

*Muhammad Fauzan*

Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman Purwokerto  
Jl. Prof. Dr. H.R. Boenyamin, No.708, Grendeng, Purwokerto Utara. E-mail:  
fauzanhtn@yahoo.co.id

# Peluang Titik Berat Otonomi Pada Daerah Provinsi dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia

Naskah Masuk: 21 Januari 2016 // Naskah Diterima: 6 Maret 2016

DOI: 10.18196/jmh.2015.0064.1-19

## **ABSTRACT**

This research entitled: Study Focus of Provincial Autonomy In the constitutional system of the Republic of Indonesia. The result of the research can be concluded that the First, the 1945 Constitution does not give a clear regulation about the options in the unit of local authority where the policy emphasis autonomy placed. The Second, in the history of the accomplishment regional administration, the policy emphasis on the autonomy at the regional Level II/regency/City normatively used to be implemented at the time of the validity of Law Number. 5 of 1974 and Law Number. 22 of 2004. The third, in the normative perspective chances of emphasis on provincial autonomy in the future is very open, it is because at the Article 18 of the 1945 amendments to the results of an open policy (open legal policy) about regional autonomy and regional autonomy center of gravity. In these provisions, do not regulate in which the emphasis regional autonomy placed. Thus the focus wisdom of regional autonomy is highly dependent on the political will of the legislators with regard to the situation of country, such as politics, security, economy and society when the law was made and the policy of the center gravity of regional autonomy in the Provincial or the Regency/City is not contradictory with the Constitution of Republic of Indonesia Year 1945.

Keywords: Autonomy, Provincial, Indonesia

## **ABSTRAK**

Penelitian ini berjudul: Kajian Titik Berat Otonomi Pada Daerah Provinsi dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia. Hasil penelitian dapat disimpulkan bahwa *Pertama*, UUD 1945 tidak memberikan mengatur secara jelas mengenai pilihan pada satuan pemerintahan daerah mana kebijakan titik berat otonomi diletakan. *Kedua*, Dalam sejarah penyelenggaraan pemerintahan daerah, kebijakan titik berat otonomi pada Daerah Tingkat II/Kabupaten/Kota secara normatif pernah dilaksanakan pada saat berlakunya UU No. 5 Tahun 1974 dan UU No. 22 Tahun 2004. *Ketiga*, Dalam perspektif normatif peluang titik berat otonomi pada daerah provinsi pada masa yang akan datang sangat terbuka, hal tersebut dikarenakan Pasal 18 UUD 1945 hasil amandemen menganut kebijakan terbuka (*open legal policy*) mengenai otonomi daerah dan titik berat otonomi daerah. Dalam ketentuan-ketentuan tersebut, tidak mengatur di mana titik berat otonomi daerah diletakan. Dengan demikian kebijakan titik berat otonomi daerah sangat tergantung pada kemauan politik pembuat undang-undang dengan memperhatikan situasi negara, seperti politik, keamanan, ekonomi dan kemasyarakatan saat UU dibuat, dan kebijakan titik berat otonomi daerah pada Daerah Provinsi maupun pada Daerah Kabupaten/Kota tidak bertentang dengan UUD RI Tahun 1945.

Kata Kunci: Otonomi, Daerah Provinsi, Indonesia

## I. PENDAHULUAN

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (1) UUD 1945, baik sebelum diamandemen maupun setelah diamandemen, Negara Indonesia adalah negara kesatuan yang berbentuk republik. Hal ini menunjukkan bahwa para pendiri negara telah dengan sengaja memilih bentuk negara kesatuan (*eenheidstaat, unitary state*) bagi Indonesia, bukan bentuk negara serikat (*federal state*) dan bukan pula bentuk negara konfederasi. Pertimbangan agung ini didasarkan pada kondisi empiris bangsa Indonesia yang monolitik sebagaimana tercermin dalam sikap gotong royong dan lain sebagainya (Robert Chambert, 1987: 106-107).

Pilihan otonomi yang merupakan sub-sistem dari negara kesatuan sebagai alternatif dari pilihan bentuk negara federal, bukan sekedar didasarkan pada pertimbangan teknis atau praktis, melainkan juga ditentukan oleh pertimbangan politik, pertimbangan pengalaman, pertimbangan kesejarahan, kenyataan sosial budaya dan sebagainya. Kenyataan wilayah negara dan kemajemukan dan hasrat untuk memberikan kesempatan yang seluas-luasnya kepada daerah-daerah dan berbagai kesatuan masyarakat hukum untuk berkembang secara mandiri, maka sendi penyelenggaraan pemerintahan yang sesuai adalah desentralisasi yang berinti pokok atau bertumpu pada otonomi (Bagir Manan, 2001: 22-24).

Dalam perspektif konstitusi kebijakan titik berat otonomi daerah belum pernah memperoleh kejelasan, hal tersebut sebagaimana dapat dilihat ketentuan Pasal 18 UUD 1945 sebelum diamandemen dan penjelasannya dapat disimpulkan bahwa wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) akan dibagi dalam beberapa Daerah Besar yang dalam perkembangannya dinamakan provinsi, dan Daerah Kecil yang dalam perkembangannya disebut sebagai Kabupaten/ Kota yang masing-

masing memiliki otonomi, yakni kemandirian untuk menjalankan pemerintahan. Dalam perspektif Undang-undang No. 5 Tahun 1974, Daerah Besar dinamakan sebagai Provinsi/ Daerah Tingkat I, dan Daerah Kecil dinamakan Kabupaten/ Kotamadya/ Daerah Tingkat II, sementara dalam perspektif Undang-undang No. 22 Tahun 1948 dinamakan Daerah Tingkat I, Daerah Tingkat II dan Daerah Tingkat III.

Ketidak-jelasan peletakan titik berat otonomi juga diketemukan dalam UUD 1945 setelah diamandemen, sebagaimana diketahui bahwa persoalan pemerintahan daerah diamanatkan dalam Pasal 18 yang menentukan bahwa:

- 1) *Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang.*
- 2) *Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.*
- 3) *Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota memiliki Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum.*
- 4) *Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis.*
- 5) *Pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat.*
- 6) *Pemerintahan daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.*
- 7) *Susunan dan tata cara penyelenggaraan pemerintahan daerah diatur dalam undang-undang.*

Berdasarkan ketentuan tersebut dan

dikaitkan dengan ketentuan Pasal 1 ayat (1), maka dapat disimpulkan prinsip otonomi daerah, yakni: *pertama*, otonomi daerah adalah subsistem dari Negara Kesatuan RI; *kedua*, susunan daerah terdiri dari provinsi dan kabupaten/ kota; *ketiga*, daerah otonom berhak mengatur dan mengurus rumah tangga sendiri berdasarkan otonomi dan tugas; *keempat*, otonomi dijalankan atas dasar otonomi seluas-luasnya; *kelima*, negara mengakui dan menghormati satuan-satuan otonomi yang bersifat khusus atau istimewa; dan *keenam*, negara mengakui dan menghormati masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisional sepanjang masing hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan negara kesatuan (Bagir Manan, 2013: 13).

Berdasarkan uraian tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa UUD 1945 hasil amandemen jika dibandingkan dengan pengaturan pemerintahan daerah dalam UUD 1945 sebelum diamandemen, memberikan pengaturan yang lebih komprehensif, namun demikian belum juga memberikan kejelasan pada satuan pemerintahan yang mana titik berat otonomi tersebut diletakkan dan dilaksanakan. Kesimpulan lain yang dapat dikemukakan bahwa baik dalam UUD 1945 sebelum dan sesudah diamandemen tidak memberi kejelasan atau pengaturan dalam satuan pemerintahan yang mana titik berat otonomi itu diletakkan.

Sementara jika memperhatikan beberapa ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai pemerintahan daerah yang pernah berlaku di Indonesia, menentukan bahwa titik berat otonomi daerah diletakkan pada daerah kabupaten/ kota, dan belum pernah terjadi dalam sejarah penyelenggaraan pemerintahan daerah yang menentukan bahwa kebijakan titik berat otonomi diletakkan daerah provinsi. Berdasarkan latar belakang tersebut, maka dapat diketengahkan perumusan masalah, yaitu bagaimanakah peluang peletakan titik

berat otonomi pada Daerah Provinsi dalam sistem ketetatanegaraan Republik Indonesia?

## II. PEMBAHASAN

Dalam perspektif sejarah ketatanegaraan Republik Indonesia perdebatan mengenai pilihan bentuk negara sudah dimulai bersamaan dengan prosen penyusunan Undang Undang Dasar (UUD) yang dilakukan oleh Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), ada 2 (dua) pilihan pada saat itu, yakni pilihan sebagai negara kesatuan dan pilihan sebagai negara federal, sehingga para pendiri negara dan penyusun UUD yang diikuti oleh sebagian kelompok masyarakat “terbelah” menjadi dua, yakni kelompok *unitaris*, yakni kelompok yang menghendaki terbentuknya negara kesatuan, dan kelompok *federalis*, yakni kelompok yang menghendaki pilihan bentuk negara federal/serikat.

C.F. Stong menyatakan bahwa yang dimaksud dengan negara kesatuan adalah bentuk negara. Kekuasaan legislatif tidak terletak pada Pemerintah Daerah. Pemerintah Pusat mempunyai wewenang untuk menyerahkan sebagian kekuasaannya kepada daerah berdasarkan hak otonomi (negara kesatuan dengan sistem desentralisasi), tetapi pada tahap terakhir tetap pada Pemerintah Pusat. Jadi kedaulatannya baik ke luar maupun ke dalam sepenuhnya terletak pada Pemerintah Pusat (CF. Strong, 1966: 94).

Dalam suatu negara kesatuan pemerintah pusat biasanya memang melimpahkan banyak tugas kepada kota-kota, kabupaten-kabupaten, atau satuan pemerintah lokal atau regional. Namun, otoritas ini dilimpahkan oleh undang-undang yang disusun oleh Dewan Perwakilan Rakyat Pusat (Calton Clymer Rodee, 1993: 35). Dalam pandangan Utrecht negara kesatuan ialah negara yang tidak terdiri atas beberapa daerah yang berstatus negara bagian (*deelstaat*), serta merdeka dan berdaulat (E. Utrecht, 1966).

Berdasarkan uraian tersebut dapat dikatakan bahwa indikator suatu negara diklasifikasikan sebagai negara kesatuan, meliputi: (1) kedaulatan tertinggi ada pada pemerintah pusat/ nasional; (2) penyerahan suatu kekuasaan atau wewenang kepada satuan pemerintah lokal hanya dapat dilaksanakan atas kuasa undang-undang yang dibuat oleh badan legislatif nasional; dan (3) tidak ada satuan pemerintah yang lebih rendah yang mempunyai sifat *staat*. Dalam suatu negara kesatuan, pada hakekat semua urusan pemerintahan berada pada Pemerintah Pusat, tetapi urusan pemerintahan tersebut dapat diserahkan atau didelegasikan kepada satuan pemerintah yang lebih rendah melalui kuasa undang-undang. Dimungkinkannya penyerahan urusan pemerintahan nasional kepada satuan pemerintahan yang lebih rendah membawa konsekuensi dalam negara kesatuan diadakan pembagian wilayah negara dalam daerah besar dan kecil (Muhammad Fauzan, 2005: 87).

Perbedaan keinginan antara bentuk negara kesatuan dan bentuk negara federal/ serikat berakhir dengan dipilihnya bentuk negara kesatuan sebagai materi muatan Pasal 1 ayat (1) UUD 1945 yang disahkan pada tanggal 18 Agustus 1945, dan pilihan bentuk negara kesatuan juga ditegaskan kembali dalam Pasal 1 ayat (1) UUD 1945 hasil amandemen, bahkan di dalam Pasal 37 ayat (5) UUD 1945 hasil amandemen, Bangsa Indonesia berkomitmen untuk tidak merubah bentuk negara kesatuan. Berdasarkan uraian tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa baik sebelum diamandemen maupun setelah diamandemen, negara Indonesia adalah negara kesatuan yang berbentuk republik.

Pilihan bentuk negara kesatuan menunjukkan bahwa para pendiri negara telah dengan sengaja memilih bentuk negara kesatuan (*eenheidstaat*, *unitary state*) bagi Indonesia, bukan bentuk negara serikat (*federal satate*) dan bukan pula

bentuk negara konfederasi. Pertimbangan agung ini didasarkan pada kondisi empiris bangsa Indonesia yang monolitik sebagaimana tercermin dalam sikap gotong royong dan lain sebagainya. (Robert Chambert, 1987: 106-107). Eksistensi Pemerintah Daerah Provinsi dalam sistem ketatanegaraan RI diamanatkan langsung dalam UUD 1945 hasil amandemen, hal tersebut dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 18 yang menentukan bahwa: *Pertama*, Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang. *Kedua*, Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan. *Ketiga*, Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota memiliki Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum. Dan *Keempat*, Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis.

Ketentuan mengenai pembagian wilayah Indonesia menjadi daerah provinsi, dan masing-masing provinsi dibagi kedalam kabupaten/ kota merupakan ketentuan yang memperjelas mengenai bentuk satuan pemerintahan yang diinginkan oleh konstitusi. Hal tersebut berbeda ketika berlakunya UUD 1945 sebelum diamandemen karena dalam Pasal 18 UUD hanya ditentukan bahwa: *Pembagian Daerah atas Daerah besar dan kecil, dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang dengan memandang dan mengingat dasar permusyawaratan dalam sidang Pemerintahan Negara dan hak-hak asal-usul dalam daerah yang bersifat Istimewa*.

Memperhatikan ketentuan tersebut, maka

dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia, “daerah besar dan kecil” serta bentuk dan susunannya ditentukan melalui kesepakatan para bentuk undang-undang pelaksanaannya. Undang-undang No. 5 Tahun 1974 tentang Pokok Pokok Pemerintahan di Daerah “menerjemahkan” “daerah besar dan kecil” dalam bentuk Daerah Tingkat I dan Daerah Tingkat II. Hal tersebut sebagaimana diamanatkan di dalam Pasal 3 ayat (1) yang menentukan bahwa: *Dalam rangka pelaksanaan asas desentralisasi dibentuk dan disusun Daerah Tingkat I dan Daerah Tingkat II.* Sementara dalam Undang-undang No. 22 Tahun 1999 “daerah besar dan kecil” bentuk dan susunannya diatur dalam Pasal 2 s/d 5 yang secara garis besar menentukan bahwa:

- a. Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi dalam Daerah Propinsi, Daerah Kabupaten, dan Daerah Kota yang bersifat otonom.
- b. Daerah Propinsi berkedudukan juga sebagai Wilayah Administrasi.
- c. Wilayah Daerah Propinsi, terdiri atas wilayah darat dan wilayah laut sejauh dua belas mil laut yang diukur dari garis pantai ke arah laut lepas dan atau ke arah perairan kepulauan.
- d. Dalam rangka pelaksanaan asas Desentralisasi dibentuk dan disusun Daerah Propinsi, Daerah Kabupaten, dan Daerah Kota yang berwenang mengatur dan mengurus kepentingan Dalam rangka pelaksanaan asas Desentralisasi dibentuk dan disusun Daerah Propinsi, Daerah Kabupaten, dan Daerah Kota yang berwenang mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat.
- e. Masing-masing berdiri sendiri dan tidak mempunyai hubungan hierarki satu sama lain.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa pengaturan mengenai eksistensi Daerah Provisni termasuk di dalamnya Daerah Kabupaten dan Kota dalam

UUD 1945 hasil amandemen jauh lebih komprehensif dan jelas. Kesimpulan lain yang dapat diambil dari ketentuan tersebut bahwa Daerah Provinsi mempunyai kedudukan disampaing sebagai daerah otonom, yakni daerah yang mempunyai kewenangan untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan sendiri berdasarkan atas prakarsa sendiri, juga mempunyai kedudukan sebagai Wilayah Administratif.

Terdapat perbedaan implementasi dari “daerah besar dan kecil” antara Undang-undang No. 5 Tahun 1974 dengan Undang-undang No. 22 Tahun 1999. Berdasarkan Undang-undang No. 5 Tahun 1974 “daerah besar” diterjemahkan sebagai Daerah Tingkat I, sedangkan berdasarkan Undang-undang No. 22 Tahun 1999 Propinsi Daerah Tingkat I menurut Undang-undang Nomor 5 Tahun 1974, dalam Undang-undang No. 22 Tahun 1999 dijadikan Daerah Propinsi dengan kedudukan sebagai Daerah Otonom dan sekaligus Wilayah Administrasi, yang melaksanakan kewenangan Pemerintah Pusat yang didelegasikan kepada Gubernur. Daerah Propinsi bukan merupakan Pemerintah atasan dari Daerah Kabupaten dan Daerah Kota. Dengan demikian, Daerah Otonom Propinsi dan Daerah Kabupaten dan Daerah Kota tidak mempunyai hubungan hierarki.

Berdasarkan Penjelasan Umum huruf (g) Undang-undang No. 22 Tahun 1999, pemberian kedudukan provinsi sebagai wilayah administratif dengan pertimbangan:

- 1) Untuk memelihara hubungan yang serasi antara Pusat dan Daerah dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- 2) Untuk menyelenggarakan Otonomi Daerah yang bersifat lintas Daerah Kabupaten dan Daerah Kota serta melaksanakan kewenangan Otonomi Daerah yang belum dapat dilaksanakan oleh Daerah Kabupaten dan Daerah Kota; dan

3) Untuk melaksanakan tugas-tugas pemerintahan tertentu yang dilimpahkan dalam rangka pelaksanaan asas dekonsentrasi.

Berlakunya Undang-undang No. 22 Tahun 1999 dalam tataran praktis telah mengakibatkan disharmonisasi antara Daerah Provinsi yang sekaligus berkedudukan sebagai wilayah administratif dengan daerah kabupaten/ kota yang hanya berkedudukan sebagai daerah otonom. Salah satu sebab disharmonisasi hubungan antara satuan pemerintahan tersebut adalah ketentuan Pasal 4 ayat (2) yang menentukan bahwa masing-masing daerah (baca = provinsi/ kabupaten/kota sebagai daerah otonom) tidak mempunyai hubungan hirarkhis satu sama lain.

Keadaan tersebut telah banyak mengakibatkan penyelenggaraan pemerintahan daerah tidak berjalan sebagaimana mestinya, terlebih sebagai daerah otonom provinsi mempunyai kewenangan untuk menyelenggarakan urusan-urusan pemerintahan yang lintas daerah kabupaten/kota, pelaksanaan urusan yang bersifat lintas kabupaten/ kota sering tidak bisa berjalan optimal karena perbedaan kebijakan antara daerah provinsi dengan daerah kabupaen/kota.

Memperhatikan hal tersebut, maka Undang-undang U No. 22 Tahun 1999 diganti dengan diundangkannya Undang-undang No. 32 Tahun 2004. Berlakunya Undang-undang No. 32 Tahun 2004 adalah dalam rangka menyesuaikan dengan Pasal 18 UUD 1945 hasil amendemen, karena UUD 1945 sudah tidak menggunakan lagi istilah “daerah besar dan kecil”. UUD 1945 hasil amendemen mengatur mengenai pembagian wilayah Indonesia sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 18 ayat (1) yang menegaskan bahwa: *Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur*

*dengan undang-undang.*

Berdasarkan undang-undang yang mengatur mengenai pemerintahan daerah pasca UUD 1945, baik Undang-undang No. 32 Tahun 2004 maupun Undang-undang No. 23 Tahun 2014, secara tegas “menerjemahkan” “daerah besar” adalah Daerah Provinsi dan “daerah kecil” adalah Daerah Kabupaten/Kota. Hal tersebut dapat dilihat dari ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 32 Tahun 2004 yang menentukan bahwa: *Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota yang masing-masing mempunyai pemerintahan daerah.* Demikian juga dengan ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 23 Tahun 2014 yang menegaskan bahwa: *Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas Daerah provinsi dan Daerah provinsi itu dibagi atas Daerah kabupaten dan kota.*

Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka terkait peluang titik berat otonomi pada Daerah Provinsi sudah barang tentu yang harus dilihat adalah peraturan perundang-undangan yang mengatur masalah pemerintahan daerah. Sebagaimana telah dikemukakan di atas, bahwa UUD 1945 hasil amendemen tidak mengatur secara jelas pada satuan daerah mana kebijakan titik berat otonomi itu dilaksanakan.

Ketika UUD 1945 tidak mengatur secara jelas tentang kebijakan titik berat otonomi pada satuan daerah tertentu, maka jika dilihat dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan yang pernah dilaksanakan di Indonesia sebagaimana telah dikemukakan di atas, bahwa ada pada saat tertntu secara tegas berdasarkan undang-undang dan peraturan pemerintah, kebijakan otonomi diletakan pada daerah kabupaten/Kota/Daerah Tingkat II, hal tersebut menunjukkan bahwa peletakan kebijakan otonomi pada satuan daerah tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945. Demikian juga sebaliknya, ketiadaan pengaturan yang melarang peletakan

titik berat otonomi pada Daerah Provinsi di dalam UUD 1945 hasil amandemen juga dapat disimpulkan bahwa hal tersebut sangat mungkin dilaksanakan.

Terkait dengan hal tersebut, Teras Narang menyatakan bahwa UUD RI 1945 hanya mengatur tentang otonomi daerah dan tidak mengatur mengenai “titik berat otonomi” dan tidak pula menentukan pada daerah mana otonomi daerah diletakan. “itik berat otonomi daerah tidak diatur secara detail dalam UUD RI 1945. Konstitusi kita menganut kebijakan terbuka (*open legal policy*) mengenai otonomi daerah dan titik berat otonomi daerah. Pengaturan otonomi daerah dan hubungan kewenangan antara pemerintah daerah diatur dalam Pasal 18 ayat (2), (5) dan Pasal 18A ayat (1) UUD 1945. Dalam ketentuan-ketentuan tersebut, tidak mengatur di mana titik berat otonomi daerah diletakan. Titik berat otonomi daerah diatur dalam undang-undang dengan memperhatikan situasi negara, seperti politik, keamanan, ekonomi dan kemasyarakatan saat undang-undang dibuat, dan kebijakan titik berat otonomi daerah pada kabupaten dan kota memang tidak bertentangan dengan UUD 1945. Namun, sejak pemberlakuan otonomi daerah di kabupaten dan kota sejak adanya Undang-undang No. 5 Tahun 1974, Peraturan Pemerintah No. 45 Tahun 1992, Undang-undang No.22 Tahun 1999, dan Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tidak membawa hasil yang diharapkan dalam mewujudkan tujuan negara dan tujuan otonomi itu sendiri. (<http://sp.beritasatu.com/home/peletakan-otonomi-daerah-pada-provinsi-tidak-langgar-konstitusi/88548>, diunduh pada tanggal 10 Januari 2016).

Memperhatikan hal tersebut maka dapat dikatakan bahwa peluang pelaksanaan kebijakan otonomi dengan titik berat pada Daerah Provinsi sangat tergantung pada situasi negara, seperti politik, keamanan, ekonomi dan

kemasyarakatan saat undang-undang dibuat, artinya sangat tergantung pada kebijakan yang akan diambil oleh pembuat undang-undang, hal tersebut karena mengenai kebijakan titik berat otonomi akan diletakan pada satuan daerah mana merupakan *open legal policy*.

Dalam banyak hal, kebijakan peletakan titik berat otonomi pada Kabupaten/Kota dengan prinsip otonomi yang seluas-luasnya telah berakibat timbulnya “daerahisme” dari Daerah Kabupaten/Kota yang bersangkutan, bahkan kenderungan untuk bersikap “mbalelo” dari Daerah Kabupaten/Kota kepada Daerah Provinsi sering dijumpai. Terlebih ketika Pasal 4 ayat (2) Undang-undang No. 22 Tahun 1999 menegaskan bahwa masing-masing daerah otonom (provinsi dan kabupaten/kota) tidak mempunyai hubungan khirarkis satu sama lain.

Memperhatikan uraian tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa, *pertama*, UUD 1945, baik sebelum diamandemen, maupun setelah diamandemen tidak memberikan kejelasan pada satuan pemerintahan daerah yang mana, titik berat otonomi itu diletakan, kemudian, *kedua*, berdasarkan peraturan perundang-undangan di bidang pemerintahan daerah, pelaksanaan titik berat otonomi hanya terjadi pada daerah kabupaten/kota, namun demikian dalam Undang-undang No. 32 Tahun 2004 jo Undang-undang No. 12 Tahun 2008, dan Undang-undang No. 23 Tahun 2014 tidak ditentukan secara eksplisit bahwa kebijakan titik berat otonomi diletakan pada daerah kabupaten/kota.

Fakta yang terjadi ketika titik berat otonomi dititik beratkan kepada kabupaten/ kota setelah reformasi bergulir mulai dari tahun 1998 sampai sekarang efektifitas penyelenggaraan dan stabilitas pemerintahan di daerah tidak berjalan sebagaimana yang diharapkan karena bagaimana jalur hubungan antara pemerintahan daerah provinsi dan pemerintahan daerah kabupaten/kota tersebut tidak berjalan dengan baik. Di

daerah sekarang gampang terjadi “bersinggungan” antara pemerintahan daerah provinsi dan daerah kabupaten/ kota sehingga jalur koordinasi antara pemerintahan daerah itu tidak berjalan efektif. Di satu sisi daerah kabupaten/kota berdalih bahwa hanya merekalah yang mempunyai otonomi sedangkan daerah provinsi tidak memiliki daerah karena provinsi hanyalah perpanjangan tangan pemerintah pusat di daerah sesuai dengan asas dekonsentrasi yang diberikan kepada wilayah provinsi sesuai UU No.32 Tahun 2004 (Resa Indrawan Samir <http://resaindrawansamir.wordpress.com/2011/05/26/pengembalian-titik-berat-otonomi-ditingkat-provinsi/>, diunduh pada tanggal 10 Januari 2016).

Di sisi lain sering dijumpai persoalan lempar tanggung jawab atas masalah yang dihadapi masyarakat, sebagai contoh ketika masyarakat menghendaki adanya perbaikan dengan segera atas fasilitas atau infrastruktur jalan yang rusak, maka akan dilihat terlebih dahulu status jalan tersebut, apakah jalan provinsi atau jalan kabupaten/kota, jika yang rusak jalan provinsi, maka hal itu menjadi tanggung jawab Pemerintah Provinsi, sekalipun jalan tersebut nyata-nyata ada di depan “mata” Pemerintah Kabupaten/Kota. Kondisi tersebut tentunya tidak menguntungkan masyarakat, karena masyarakat akhirnya tidak memperoleh pelayanan dengan baik, masyarakat tidak akan memperdulikan apakah jalan tersebut kewenangan Pemerintah Provinsi atau Pemerintah Kabupaten/ Kota, yang penting masyarakat kebutuhan akan kenyamanan dan keselamatan dalam menggunakan jalan umum terpenuhi.

Fakta lain ketika peletakan titik berat otonomi di daerah kabupaten/ kota, banyak Bupati/ walikota yang tidak dilantik oleh Gubernur karena sebuah alasan bahwa daerah

Provinsi hanyalah daerah administratif (dekonsentrasi) sehingga banyak Bupati/ walikota banyak “membangsal” dan dilantik oleh Menteri luar Negeri di Departemen dalam Negeri karena tidak mau dilantik oleh Gubernur sedangkan dalam Undang-undang No.32 Tahun 2004 Jo. Undang-undang No.12 Tahun 2008 Pasal 111 bahwa “*Bupati dan Wakil Bupati atau Walikota dan Wakil Walikota dilantik oleh Gubernur atas nama Presiden*”.

Hal lain yang perlu mendapatkan perhatian adalah bahwa pada era pelaksanaan otonomi yang seluas-luasnya dengan titik berat pada Daerah Kabupaten/ Kota, hasrat untuk membentuk daerah otonomi baru seakan tidak bisa dibendung, tercatat sampai dengan bulan Juli 2013 jumlah provinsi di Indonesia terus bertambah hingga mencapai 34 provinsi, kabupaten 410, dan kota 98. Atau jumlah daerah otonom baru baik provinsi/kabupaten/ kota pembentukan antara Tahun 1999 sampai dengan Tahun 2013 seluruhnya berjumlah 217 daerah otonomi baru yang meliputi 8 (delapan) Daerah Provinsi, dan 175 (seratus tujuh puluh lima) Kabupaten dan 34 (tigapuluh empat) Daerah Kota. Bahkan sampai dengan bulan Desember 2013 terdapat terdapat 65 dokumen usulan daerah otonomi baru yang sudah diajukan oleh pemerintah kepada DPR.

Banyaknya daerah otonomi baru sebenarnya tidak serta merta daerah mampu untuk melaksanakan otonomi yang diberikan kepada daerah yang bersangkutan, Jangankan untuk daerah otonomi baru, atau daerah otonom hasil pemekaran, daerah otonom yang sudah lamapun belum tentu dapat melaksanakan otonominya secara idial, karena menurut pemahaman saya, otonomi yang idial akan dapat diwujudkan manakala daerah otonom tersebut, di samping memiliki kemampuan untuk membuat perencanaan dan bagaimana pelaksanaan dari perencanaan tersebut, tetapi juga mempunyai kemampuan untuk membiayai

setiap pelaksanaan kegiatan penyelenggaraan pemerintahan.

Di atas telah dikemukakan, bahwa kebijakan titik berat otonomi pada daerah kabupaten/kota, karena kedua satuan pemerintahan tersebut memiliki kedekatan dengan masyarakat/ rakyat, sehingga diharapkan mampu untuk mengetahui dan memahami keinginan dan kebutuhan masyarakat serta dalam rangka meningkatkan pelayanan kepada masyarakat dan pelaksanaan pembangunan, tetapi juga dalam rangka memperpendek birokrasi pemerintahan. Namun demikian dalam kenyataannya, tidak semua daerah kabupaten/kota mampu untuk melaksanakan otonomi dengan baik, karena yang perlu diperhatikan, bahwa dalam pelaksanaan kebijakan titik berat otonomi terdapat beberapa persyaratan yang harus dipenuhi agar kebijakan tersebut dapat dilaksanakan sesuai dengan tujuan dan arah yang telah digariskan.

Beberapa persyaratan yang harus dipenuhi antara lain: *Pertama*, ketersediaan sumber daya manusia yang memiliki kemampuan dan pengetahuan yang diperlukan sesuai dengan bidang keahliannya; *Kedua*, ketersediaan kemampuan keuangan daerah untuk membiayai penyelenggaraan semua urusan pemerintahan yang diserahkan kepada daerah, dan *Ketiga*, ketersediaan sarana dan prasarana yang memadai untuk mempermudah penyelenggaraan pemerintahan; *Keempat*, adanya pemahaman yang sama diantara para penyelenggara pemerintahan di daerah, bahwa kebijakan titik berat otonomi semata-mata dalam rangka memperkuat eksistensi Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Ketersediaan sumber daya manusia yang berkualitas, yang memiliki kemampuan dan pengetahuan yang baik tentang penyelenggaraan pemerintahan akan mempermudah daerah otonom untuk tumbuh dan berkembang sesuai dengan garis politik otonomi daerah. Hal ini

disebabkan, dengan kebijakan otonomi tersebut, daerah memiliki keleluasaan untuk mengatur dan mengurus daerahnya, oleh karena itu daerah otonom akan maju dan berkembang atau bahkan sebaliknya (baca tertinggal dari daerah lainnya) salah satu faktornya sangat dipengaruhi oleh daya kreativitas dan kemampuan berinovasi aparatur penyelenggara pemerintahan.

Persyaratan ketersediaan kemampuan keuangan daerah juga menjadi salah satu faktor yang harus dipertimbangkan, karena betapapun daerah otonom tersebut didukung oleh SDM yang memiliki kreativitas tinggi dalam memajukan daerahnya, tetapi tidak didukung dengan ketersediaan dana, maka perencanaan dan kreatifitas daerah hanya akan menjadi “program” yang indah dalam tatatan konsep dan cita-cita, tetapi tidak akan pernah dapat diimplementasikan dan diwujudkan dalam kehidupan masyarakat. Memperhatikan hal tersebut, maka kebijakan titik berat otonomi daerah pada daerah Kabupaten/Kota yang sekarang masih dijalankan oleh pemerintah Indonesia, menunjukkan bahwa tingkat ketergantungan kabupaten/kota, khususnya berkaitan dengan ketersediaan dana, masih sangat besar baik melalui mekanisme Dana Alokasi Umum (DAU).

Berdasarkan Peraturan Presiden No. 2 Tahun 2014 tentang Dana Alokasi Umum Daerah Provinsi dan Kabupaten/Kota, DAU ditetapkan 26 % (dua puluh enam persen) dari Pendapatan Dalam Negeri Netto yang ditetapkan dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN), dan dari alokasi tersebut, 10 % (sepuluh persen) untuk Daerah Provinsi dan 90 % (sembilan puluh persen) untuk Daerah Kabupaten/Kota dari total DAU sebesar Rp. 341.219.325.651.000,- (*Tiga ratus empat puluh satu triliun dua ratus sembilan belas milyar tiga ratus dua puluh lima juta enam ratus lima puluh satu ribu rupiah*). Di samping ketersediaan dan

kemampuan pendanaan, aspek lain yang perlu diperhatikan agar kebijakan titik berat otonomi daerah pada daerah Kabupaten/Kota dapat berhasil, adalah ketersediaan sarana dan prasarana, ketersediaan sarana dan prasarana ini juga berkaitan dengan kemampuan keuangan daerah untuk menyediakan sarana dan prasarana tersebut.

Berkaitan dengan hal tersebut Triono Budi Sasongko yang sekarang berkedudukan sebagai pejabat Gubernur Provinsi Kalimantan Timur dalam sebuah wawancara berpendapat, bahwa peletakan titik berat otonomi yang tepat adalah pada Daerah Kabupaten/Kota, karena satuan pemerintahan daerah Kabupaten/ Kota merupakan Daerah yang sangat bersentuhan dengan masyarakat, sehingga tingkat pengetahuan atas persoalan-persoalan dan aspirasi masyarakat menjadi modal penting untuk memajukan dan membangun daerah yang bersangkutan, karena sebagaimana diketahui bahwa tujuan pemberian otonomi salah satunya adalah meningkatkan kesejahteraan rakyat. (Wawancara dengan Triono Budi Sasongko pada tanggal 30 September 2015 di Kementerian Dalam Negeri Republik Indonesia).

Sementara itu Wakil Gubernur Jawa Tengah berpendapat bahwa kebijakan peletakan otonomi pada Daerah Provinsi sangat dimungkinkan, terlebih jika dilihat dari kemampuan Daerahnya, baik kemampuan di bidang sumber daya manusia maupun kemampuan di bidang keuangan daerah, kebijakan otonomi akan sangat dipengaruhi oleh ketersediaan dana dan anggaran yang tersedia, Daerah Provinsi, khususnya Jawa Tengah jika dilihat dari ketersediaan dana dalam Anggaran Pendapatan Dan Belanja Daerah, sangat memungkinkan jika kebijakan otonomi diletakan pada Daerah Provinsi. Pada bagian lain, Heru Sudjatmoko juga sependapat dengan peneliti, bahwa peletakan titik berat otonomi

pada satuan daerah mana, apakah ada Daerah Provinsi maupun Daerah Kabupaten/Kota dalam kerangka Negara Kesatuan RI tidak serta merta harus disamakan, bagi daerah-daerah yang mempunyai kemampuan daerah tinggi, maka sudah sepantasnya kebijakab titik berat otonomi diletakan pada daerah yang bersangkutan, atau dengan perkataan lain, jika suatu Daerah Provinsi ternyata tidak memiliki kemampuan, maka tidak seharusnya titik berat otonomi diletakan pada daerah yang bersangkutan. (Wawancara dengan Wakil Gubernur Provinsi Jawa Tengah pada tanggal 5 Oktober 2014 di Semarang).

Memperhatikan hal tersebut, maka dalam sistem ketatanegaraan RI pada masa yang akan datang sangat terbuka adanya adanya “kombinasi” pelaksanaan titik berat otonomi, yakni *pertama*, bagi daerah Kabupaten/Kota yang memiliki kemampuan baik kemampuan di bidang sumber daya manusia maupun sumber dana maka kebijakan otonomi diletakan pada Daerah Kabupaten/Kota, *Kedua*, jika ternyata Daerah Kabupaten/Kota tidak memiliki kemampuan tersebut, maka kebijakan titik berat otonomi yang lebih tepat diletakan pada Daerah Provinsi.

Hal lain yang harus diperhatikan dalam pelaksanaan kebijakan titik berat otonomi adalah adanya pemahaman yang sama, bahwa kebijakan otonomi akan selalu berhubungan dengan pilihan bentuk negara kesatuan, oleh karena itu pikiran dan banyangan bahwa dengan kebijakan otonomi yang seluas-luasnya dengan menitik beratkan pada tingkatan daerah tertentu akan mendorong hasrat menjadi daerah yang “merdeka” harus dibuang jauh-jauh dari masyarakat daerah, tetapi harus disadari dan dipahami bahwa kebijakan titik berat otonomi tersebut dilaksanakan untuk mendorong akselerasi daerah otonom yang bersangkutan agar mampu meningkatkan kesejahteraan masyarakat, meningkatkan

pelayanan masyarakat, meningkatkan kemandirian serta pembangunan daerah.

Dengan demikian pemahaman mengenai pemberian otonomi seluas-luasnya adalah tetap dalam kerangka NKRI, maka walaupun menggunakan terminologi seluas-luasnya tetap dalam pembatasan-pembatasan yang dilakukan oleh Pemerintah Pusat dalam rangka mencegah terjadinya disintegrasi NKRI. Dari sudut pandang hukum, kebijakan otonomi seluas-luasnya tetap masih dengan pembatasan-pembatasan yang diwujudkan dalam peraturan perundang-undangan yang memiliki karakteristik sebagai berikut: (<http://edikuncoro.wordpress.com/2010/10/27/otonomi-daerah-sebelum-amandemen-uud-1945/>, diunduh 10 Januari 2016)

1. Memberikan wewenang kepada Pemerintah Pusat untuk setiap saat menentukan urusan-urusan Pemerintahan yang menjadi wewenangnya.
2. Memberikan wewenang kepada Pusat untuk menarik kembali atau mengalihkan urusan rumah tangga daerah menjadi urusan Pusat.
3. Memberikan wewenang untuk menolak hasrat suatu Pemerintah Daerah Otonom untuk mengatur dan mengurus urusan Pemerintahan tertentu
4. Memberikan wewenang kepada pusat untuk melakukan pengawasan terhadap jalannya pemerintahan daerah baik preventif, represif, maupun dalam bentuk-bentuk pengawasan lainnya.

Memperhatikan uraian tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa kebijakan pemberian otonomi yang seluas-luasnya dengan titik berat pada daerah otonom tertentu tidak akan berakibat hilangnya kewenangan Pemerintah Pusat untuk tetap melakukan pembinaan dan evaluasi terhadap pelaksanaan kebijakan tersebut, bahkan dalam tataran tertentu Pemerintah Pusat atas kuasa peraturan perundang-undangan dapat menarik kembali

urusan-urusan pemerintahan yang telah diserahkan kepada satuan daerah otonom. Sepanjang sejarah ketatanegaraan RI titik berat otonomi pada Daerah Provinsi memang belum pernah dilaksanakan, namun demikian hal tersebut bukan berarti tidak dimungkinkan, sekalipun masih dalam tataran konsep, ide dan gagasan. Menentukan pilihan kebijakan titik berat otonomi dengan *locus*-nya ada pada satuan Pemerintahan Daerah Provinsi secara konstitusional masih terbuka, karena dalam UUD 1945 pasca amandemen, ternyata tidak ada penjelasan/ketentuan yang secara eksplisit mengamanatkan diletakan pada satuan pemerintahan daerah mana titik berat otonomi dilaksanakan.

Ketentuan Pasal 18 ayat (1) UUD 1945 hasil amandemen sebagaimana telah dikemukakan di atas hanya mengamanatkan bahwa: "*Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dalam undang-undang*". Ketentuan tersebut diperjelas dalam Pasal 18 ayat (2) yang menentukan bahwa: *Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.*

Berdasarkan ketentuan Pasal 18 ayat (1) dan (2) tersebut dapat disimpulkan bahwa sistem yang diatur dalam UUD 1945 hasil amandemen tidak memberikan perbedaan antara Daerah Provinsi dengan Daerah Kabupaten/Kota, karena baik Daerah Provinsi maupun Daerah Kabupaten/Kota sama-sama memiliki pemerintahan daerah serta kewenangan untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan. Dengan demikian, maka baik Daerah Provinsi maupun Daerah Kabupaten/Kota mempunyai kesempatan yang sama untuk melaksanakan kebijakan sebagai *locus* titik berat otonomi.

Memperhatikan hal tersebut maka dapat dikatakan bahwa pemikiran untuk mengeluarkan kebijakan peletakan titik berat otonomi pada Daerah Provinsi secara konstitusional tidak bertentangan dengan UUD 1945, hal tersebut sebagaimana telah dikemukakan di atas, UUD 1945 tidak secara tegas mengamanatkan bahwa titik berat otonomi harus dititikberatkan di wilayah provinsi atau kabupaten/kota tetapi antara provinsi, kabupaten/kota mempunyai peluang yang sama untuk mendapatkan titikberat otonomi di daerahnya.

Kebijakan peletakan titik berat otonomi pada Daerah Kabupaten/Kota secara normatif lebih disebabkan *derivasi* undang-undang terhadap UUD 1945 yang dilakukan oleh Presiden dan DPR dalam merumuskan undang-undang yang mengatur pemerintahan daerah. Dengan demikian, kebijakan untuk meletakkan titik berat otonomi pada daerah provinsi bukan sebuah kebijakan yang bertentangan dengan UUD 1945 dan bukan merupakan sesuatu yang sulit dilakukan karena pengaturannya hanya berada dalam tatanan undang-undang bukan dalam tatanan UUD 1945.

Berdasarkan Undang-undang No. 32 Tahun 2004, Daerah Provinsi memang diberi wewenang untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan, yang menggariskan bahwa NKRI dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota yang masing-masing mempunyai pemerintahan daerah, mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan serta menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang menjadi urusan Pemerintah, dengan tujuan meningkatkan kesejahteraan masyarakat, pelayanan umum, dan daya saing daerah. Sementara berdasarkan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 23 Tahun 2014 dinyatakan bahwa Negara Kesatuan

Republik Indonesia dibagi atas Daerah provinsi dan Daerah provinsi itu dibagi atas Daerah kabupaten dan kota. Bahkan dalam ayat (2) dinyatakan bahwa Daerah kabupaten/kota dibagi atas Kecamatan dan Kecamatan dibagi atas kelurahan dan/atau Desa.

Di samping hal tersebut, Daerah Provinsi yang sebenarnya merupakan daerah otonom dan dipimpin oleh gubernur yang memiliki 2 (dua) kedudukan, yakni sebagai Kepala Daerah Otonom sekaligus sebagai Wakil Pemerintah Pusat di Daerah. Hal tersebut dapat disimpulkan dari batasan mengenai nomenklatur “dekonsentrasi” sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (8) UU No. 32 Tahun 2004 yang menentukan bahwa: *Dekonsentrasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan oleh pemerintah kepada Gubernur sebagai wakil pemerintah dan/ atau kepada instansi vertikal di wilayah tertentu.*

Berbeda dengan ketentuan tersebut, Undang-undang No. 23 Tahun 2014 bahkan memberikan dua status baik sebagai daerah otonom maupun wilayah administrasi kepada provinsi maupun kabupaten/kota. Hal tersebut sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 4 yang menentukan bahwa:

- 1) *Daerah provinsi selain berstatus sebagai Daerah juga merupakan Wilayah Administratif yang menjadi wilayah kerja bagi gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat dan wilayah kerja bagi gubernur dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan umum di wilayah Daerah provinsi.*
- 2) *Daerah kabupaten/kota selain berstatus sebagai Daerah juga merupakan Wilayah Administratif yang menjadi wilayah kerja bagi bupati/wali kota dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan umum di wilayah Daerah kabupaten/kota.*

Sebagai Wakil Pemerintah Pusat, gubernur memiliki tugas yang tidak ringan karena harus menjamin terlaksananya visi dan misi serta program Pemerintah Pusat, terutama tugas-tugas pemerintahan umum seperti stabilitas dan

integrasi nasional, koordinasi pemerintahan dan pembangunan, serta pengawasan penyelenggaraan pemerintahan kabupaten/kota. Di samping itu, berdasarkan ketentuan Pasal 38 ayat (1) Undang-undang No. 32 Tahun 2004, Gubernur sebagai Wakil Pemerintah Pusat memiliki tugas dan wewenang sebagai berikut *Pertama* Pembinaan dan pengawasan penyelenggaraan pemerintahan daerah kabupaten/kota. *Kedua*, Koordinasi penyelenggaraan urusan pemerintah di daerah provinsi dan kabupaten/kota. Dan, *Ketiga*, Koordinasi pembinaan dan pengawasan penyelenggaraan tugas pembantuan di daerah provinsi dan kabupaten/kota. Sedangkan, gubernur sebagai Kepala Daerah tugas gubernur adalah menyelenggarakan otonomi seluas-luasnya, utamanya urusan lintas kabupaten/kota, kecuali urusan pemerintahan yang ditentukan undang-undang sebagai urusan Pemerintah Pusat.

Sementara berdasarkan Undang-undang No. 23 Tahun 2014, Gubernur sebagai Wakil Pemerintah Pusat, termasuk di dalamnya Bupati/Walikota adalah dalam rangka menyelenggarakan urusan pemerintahan umum, yakni urusan pemerintahan yang berkaitan dengan beberapa hal sebagai berikut:

- a. Pembinaan wawasan kebangsaan dan ketahanan nasional dalam rangka memantapkan pengamalan Pancasila, pelaksanaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pelestarian Bhinneka Tunggal Ika serta pemertahanan dan pemeliharaan keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- b. Pembinaan persatuan dan kesatuan bangsa;
- c. Pembinaan kerukunan antarsuku dan intrasuku, umat beragama, ras, dan golongan lainnya guna mewujudkan stabilitas kemandirian lokal, regional, dan nasional;
- d. Penanganan konflik sosial sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan.

- e. Koordinasi pelaksanaan tugas antarinstitusi pemerintahan yang ada di wilayah Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota untuk menyelesaikan permasalahan yang timbul dengan memperhatikan prinsip demokrasi, hak asasi manusia, pemerataan, keadilan, keistimewaan dan kekhususan, potensi serta keanekaragaman Daerah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- f. Pengembangan kehidupan demokrasi berdasarkan Pancasila; dan
- g. Pelaksanaan semua Urusan Pemerintahan yang bukan merupakan kewenangan Daerah dan tidak dilaksanakan oleh Instansi Vertikal.

Tugas dan wewenang gubernur tersebut tidak dapat berjalan dengan baik pada dalam era titik berat otonomi pada Daerah Kabupaten/Kota, karena masih adanya anggapan bahwa hanya daerah kabupaten/kota yang otonom sedangkan Daerah Provinsi hanya satuan pemerintahan yang melaksanakan tugas dari Pemerintah Pusat saja. Daerah otonom, termasuk di dalamnya Kabupaten/Kota di samping berhak untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahannya, memilih pimpinan daerah, mengelola aparatur daerah, mengelola kekayaan daerah, memungut pajak daerah dan retribusi daerah, mendapatkan bagi hasil dari pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya lainnya yang berada di daerah, mendapatkan sumber-sumber pendapatan lain yang sah; dan mendapatkan hak lainnya yang diatur dalam Peraturan perundang-undangan. Tetapi juga berkewajiban untuk:

- a. Melindungi masyarakat, menjaga persatuan, kesatuan dan kerukunan nasional serta keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- b. Meningkatkan kualitas kehidupan, masyarakat;
- c. Mengembangkan kehidupan demokrasi;
- d. Mewujudkan keadilan dan pemerataan;

- e. Meningkatkan pelayanan dasar pendidikan;
- f. Menyediakan fasilitas pelayanan kesehatan;
- g. Menyediakan fasilitas sosial dan fasilitas umum yang layak;
- h. Mengembangkan sistem jaminan sosial;
- i. Menyusun perencanaan dan tata ruang daerah;
- j. Mengembangkan sumber daya produktif di daerah;
- k. Melestarikan lingkungan hidup;
- l. Mengelola administrasi kependudukan;
- m. Melestarikan nilai sosial budaya;
- n. Membentuk dan menerapkan peraturan perundang-undangan sesuai dengan kewenangannya; dan
- o. Kewajiban lain yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Ada kekhawatiran kelihatannya, jika titik berat otonomi diletakan pada provinsi, terutama berkaitan dengan kedudukan gubernur sebagai Kepala Daerah Otonom yang memiliki wewenang untuk mengatur dan mengurus urusan rumah tangga daerah dengan prinsip otonomi seluas-luasnya. Kedudukan dan Penguatan peran gubernur sebagai kepala daerah dapat memperkuat orientasi pengembangan wilayah dan memperkecil dampak kebijakan desentralisasi terhadap fragmentasi spasial, sosial, dan ekonomi di daerah. Kedudukan demikian sebagian pihak mengkhawatirkan bentuk negara kesatuan mengarah ke federasi apabila gubernur memiliki kewenangan sepenuhnya sebagai kepala daerah. Padahal, peran gubernur sangat penting sebagai unsur perekat Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) yang bertanggungjawab kepada presiden dalam kedudukannya sebagai wakil pemerintah pusat. (Ikhwal Syamsul Situmeang, <http://politik.kompasiana.com/2011/09/22/reposisi-peran-gubernur-dalam-uu-pemerintahan-daerah-381878.html>, diunduh pada tanggal 10 Januari 2016).

Konsekuensi sistem pemerintahan lokal

berkarakter *integrated prefectoral system* yang diterapkan di Indonesia adalah hirarki daerah otonom serta gubernur mempunyai kewenangan untuk mengoordinasi, mengawasi, menyupervisi, dan memfasilitasi agar daerah mengoptimalkan penyelenggaraan otonominya. Gubernur juga mempunyai kekuasaan pengawasan (*tutelage power*), yaitu kewenangan membatalkan kebijakan daerah yang bertentangan dengan kepentingan umum atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Memperhatikan hal tersebut di atas, kebijakan titik berat otonomi pada Daerah Provinsi sebenarnya tinggal ada atau tidak kemauan politik penguasa, memang ada kekhawatiran, ketika titik berat otonomi yang seluas-luasnya diletakan pada Daerah Provinsi, maka Daerah Provinsi akan memiliki posisi tawar yang sangat besar di hadapan Pemerintah Pusat, terlebih lagi apabila 34 (tiga puluh empat) Daerah Provinsi bersatu untuk menentang sebuah kebijakan yang dikeluarkan oleh Pemerintah Pusat, maka ancaman disintegrasi bangsa sangat terbuka. Namun demikian sebagaimana telah dikemukakan di atas, bahwa pemikiran tersebut sebenarnya tidak perlu terjadi jika ada pemahaman yang benar mengenai pilihan bentuk negara kesatuan, karena berbicara bentuk negara kesatuan, maka hakekatnya semua urusan pemerintahan sebenarnya sebenarnya milik Pemerintah Pusat, sedangkan satuan pemerintahan daerah otonom tidak lebih dari “pelaksana” kebijakan Pemerintah Pusat, sehingga tidak ada alasan ketika daerah “dilibatkan” mengatur dan mengurus urusan pemerintahan melalui mekanisme desentralisasi, merasa sebagai “pemilik” urusan pemerintahan tersebut.

Memperhatikan hal tersebut di atas, maka ada “kecurigaan” bahwa pelaksanaan kebijakan titik berat otonomi pada Daerah Kabupaten/ Kota lebih bersifat politis, karena Daerah

Kabupaten dan Daerah Kota kurang tidak mempunyai posisi tawar (*bargaining position*) di hadapan Pemerintah Pusat, di samping itu secara ekonomis posisi Daerah Kabupaten/Kota juga rendah jika dilihat dari kemampuan keuangan daerahnya, karena hampir semua Daerah Kabupaten/Kota sangat mengandalkan *supporting* dana dari Pemerintah Pusat untuk dapat membiayai pelaksanaan pemerintahan daerahnya. Oleh karena itu, maraknya pemekaran daerah otonomi baru, khususnya Daerah Kabupaten/Kota lebih didasarkan atas pertimbangan-pertimbangan untuk “mendapatkan kue kekuasaan” dengan harapan akan turunnya dana dari Pemerintah Pusat. Di samping itu, tingkat fanatisme kedaerahan pada Daerah Kabupaten/Kota juga relative kecil, sehingga resiko separatisme dan peluang berkembangnya aspirasi masyarakat federasi secara relatif sangat kecil.

Berdasarkan hasil evaluasi yang dilakukan oleh Kemendagri menunjukkan bahwa bahwa sebagian besar Daerah Otonomi Hasil Pemekaran (DOHP) belum berhasil mewujudkan kinerja yang tinggi sehingga pembentukan DOHP tidak otomatis membuat daerah langsung menjadi lebih baik dari sebelum dimekarkan. DOHP pada masa awal terbentuknya tampaknya masih disibukkan melakukan penataan infrastaruktur pemerintahan dan personil, yang mempengaruhi kemampuan mereka untuk menjalankan fungsi-fungsi pemerintahan dan pelayanan publik. (Laporan Hasil Evaluasi Daerah Otonom Hasil Pemekaran (EDOHP), 2011: 40). Bahkan dalam suatu kesempatan Menteri Dalam Negeri Gamawan Fauzi menilai, pemekaran wilayah yang sudah dilakukan hingga kini belum memberikan hasil yang memuaskan bagi kesejahteraan rakyat. Gamawan bahkan mengatakan dari hasil evaluasi yang dilakukan pemerintah 70 persen dari 205 daerah otonom baru (DOB) gagal.

(Gamawan Fauzi, <http://nasional.kompas.com/read/2012/12/15/06072741/Mendagri.70.Persen.Pemekaran.Daerah.Gagal>).

Sebagaimana telah dikemukakan di atas, bahwa pilihan kebijakan titik berat otonomi seluas-luasnya pada Daerah Provinsi akan membuat posisi tawar Daerah Provinsi yang tinggi dihadapan Pemerintah Pusat, tetapi juga akan mempermudah koordinasi dan evaluasi dan pembinaan yang dilakukan oleh provinsi terhadap satuan pemerintahan yang lebih rendah, baik kepada Daerah Kabupaten maupun Kota. Dengan demikian peran Gubernur sebagai Kepala Daerah Otonom sekaligus sebagai Wakil Pemerintah Pusat akan lebih efektif.

Pada negara-negara yang memiliki kebijakan desentralisasi dua lapis (daerah provinsi dan kabupaten/kota), terdapat berbagai argumen yang mendasari lahirnya kebijakan seperti ini. Kondisi masyarakat yang berada lebih dekat dengan pemerintah kabupaten/kota dibandingkan provinsi, perlunya efisiensi dan efektivitas birokrasi pemerintahan daerah, serta kemudahan bagi pemerintah daerah untuk melihat persoalan yang ada di tengah-tengah masyarakat, merupakan beberapa argumen yang mendasari kebijakan titik berat berada pada daerah kabupaten/kota. Kebijakan desentralisasi dua lapis ini juga menghadirkan perdebatan yang hangat terkait dengan pemberian titik berat otonomi daerah, antara di provinsi dengan di kabupaten/kota. (Djohermansyah, Djohan, [http://www.harianhaluan.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7628:titikberat-otonomi-daerah&catid=12:refleksi&Itemid=82](http://www.harianhaluan.com/index.php?option=com_content&view=article&id=7628:titikberat-otonomi-daerah&catid=12:refleksi&Itemid=82), diunduh pada tanggal 10 Januari 2016).

Untuk mempermudah pelaksanaan kebijakan titik berat otonomi pada Daerah Provinsi, maka diusulkan agar desentralisasi yang dilaksanakan pada sistem ketatanegaraan RI yang akan datang adalah desentralisasi satu

lapis, bukan desentralisasi dua lapis yang terdiri dari Daerah Provinsi dan Daerah Kabupaten/Kota melainkan desentralisasi satu lapis atau satu tingkat, maka Daerah Provinsi merupakan satu-satunya daerah otonom, sedangkan eksistensi Kabupaten/Kota hanyalah merupakan wilayah administratif saja.

Perlunya desentralisasi satu tingkat/lapis dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah dengan kebijakan titik berat otonomi pada Daerah Provinsi paling tidak ada 2 (dua) alasan, *pertama*, untuk mewujudkan efisiensi struktural pemerintahan dan *kedua* mewujudkan demokrasi lokal yang sebenarnya. Apabila otonomi daerah hanya satu tingkat efisiensi struktural akan terwujud, koordinasi menjadi efektif karena pemerintah pusat cukup mengoordinasikan dan berkoordinasi dengan gubernur saja dan gubernur cukup mengoordinasikan dan berkoordinasikan dengan Bupati dan Walikota di wilayahnya. Tidak seperti sekarang garis koordinasi menjadi tidak jelas dan tidak efektif, Bupati dan Walikota merasa tidak cukup berkoordinasi dengan Gubernur sehingga berkeliaran di Jakarta untuk berkoordinasi dengan pemerintah pusat. Bahkan banyak Bupati dan Walikota yang “melambung” melompati Gubernur dan merasa tidak ada gunanya berkoordinasi dengan Gubernur. Di mana-mana di dunia ini sistem pemerintahan ada jenjang dan hirarki. Sehingga tidak heran Bupati dan Walikota lebih sering berada di Jakarta di banding di Daerahnya sendiri. Di lain pihak Gubernur seperti tidak punya cukup kewenangan dan tidak punya daya untuk mengatur Bupati dan Walikota di wilayahnya. Posisi Gubernur menjadi *ambigu* apakah dia wakil pemerintah pusat atau wakil daerahnya mungkinkah efektif pada satu peran melekat dua kepentingan. (<http://birokrasi.kompasiana.com/2011/06/16/otonomi-daerah-cukup-satu-tingkat-masukan-untuk-revisi-undang-undang-otda-373338.html>,

diunduh pada tanggal 10 Januari 2016).

Memperhatikan hal tersebut, maka anggapan bahwa menempatkan titik berat penyelenggaraan otonomi daerah di tingkat provinsi, dapat menyebabkan penyelenggaraan pelayanan publik menjadi kurang cepat, karena pengambil kebijakan di provinsi memiliki rentang kendali yang relatif jauh dari masyarakat, tidaklah tepat, karena dengan kewenangan yang dimiliki, Gubernur sebagai Kepala Daerah sekaligus Wakil Pemerintah Pusat mempunyai kewenangan untuk mendelegasikan kepada Bupati atau Walikota. Di beberapa negara praktek kebijakan titik berat otonomi pada Daerah Provinsi telah dilakukan, antara lain China, Spanyol dan Jepang, dengan kebijakan titik berat otonomi pada Daerah Provinsi telah membawa negara-negara tersebut berhasil menciptakan jalannya koordinasi dengan baik dan harmonis antar satuan Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Daerah, dan antara Pemerintah Daerah Provinsi dengan Kabupaten/Kota sehingga efektifitas dan stabilitas penyelenggaraan pemerintahan dapat berjalan sebagaimana mestinya. (Resa Indrawan Samir, <http://resaindrawansamir.wordpress.com/2011/05/26/pengembalian-titik-berat-otonomi-ditingkat-provinsi/>, diunduh pada tanggal 10 Januari 2016).

Rentang kendali penyelenggaraan pemerintahan yang relatif jauh dari tingkat provinsi hingga ke tengah-tengah masyarakat, merupakan salah satu persoalan besar yang menyulitkan implementasi titik berat otonomi daerah di tingkat provinsi. Namun demikian hal tersebut bisa di atasi manakala kedudukan Kabupaten/Kota bukan sebagai Daerah Otonom, melainkan sebagai Wilayah Administratif, sehingga Bupati/Walikota merupakan perangkat Daerah Provinsi, dan oleh karenanya merupakan kepanjangan tangan Gubernur. Menempatkan kedudukan Bupati/Walikota

sebagai perangkat Pemerintah Daerah Provinsi akan merubah mekanisme pengisian jabatan Bupati/Walikota yakni melalui pengangkatan oleh Gubernur melalui sistem karier yang akan menjamin terbebasnya birokrasi pemerintahan dan Pegawai Negeri Sipil (PNS) terkooptasi oleh kepentingan-kepentingan politik praktis dan pragmatis, (Muhammad Fauzan Dkk, 2013: 134) dan ini akan menghemat keuangan negara/keuangan daerah yang sangat besar.

Perubahan kedudukan Kabupaten/Kota dari Daerah Otonom menjadi Wilayah Administratif atau dapat disebut juga sebagai Kabupaten/Kota Administratif berakibat eksistensi DPRD Kabupaten/Kota menjadi tidak ada, dengan demikian akan terjadi penghematan terhadap keuangan negara, tetapi juga bisa berimbas banyaknya orang yang kehilangan “kesibukan”. Sebagaimana diketahui, bahwa jumlah Kabupaten/Kota di Indonesia sebanyak 539, jika dirata-rata setiap pemilihan Kepala Daerah (Bupati/Walikota) menghabiskan dana yang bersumber dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD) sebesar 17 (tujuh belas) miliar, (<http://regional.kompas.com/read/2012/09/03/10011128/Pilkada.Serentak.untuk.Efisiensi.Anggaran>, diunduh pada tanggal 10 Januari 2016). maka akan terdapat penghematan keuangan daerah sebesar Rp. 9.163.000.000.000,- (*sembilan triliun seratus enam puluh tiga miliar rupiah*), dana itu belum termasuk dana yang dikeluarkan oleh kandidat/calon Bupati/Wakil Bupati, sebagai gambaran seorang yang terpilih menjadi Bupati/Walikota jika dirata-rata menghabiskan dana sekitar Rp. 4.000.000.000,- (*empat miliar rupiah*), (Wawancara dengan salah seorang Bupati terpilih di wilayah eks. Karesidenan Banyumas.) Dengan demikian maka dana yang dibutuhkan untuk menghasilkan Bupati/Walikota di seluruh Kabupaten/Kota yang ada di Indonesia sebesar Rp. 2.156.000.000.000,- (*dua triliun seratus lima puluh enam miliar rupiah*).

Sebagai ilustrasi, Penentuan besarnya uang representasi/gaji pimpinan dan anggota DPRD Kabupaten/Kota disusun berdasarkan PP No. 21 Tahun 2007 tentang Perubahan ketiga PP No. 24 Tahun 2004 tentang Kedudukan Protokoler dan Keuangan Pimpinan dan Anggota DPRD, data diperoleh dari Lampiran Perda APBD di beberapa Kabupaten eks. Karesidenan Banyumas. jika setiap Kabupaten/Kota memiliki DPRD dengan jumlah anggota rata-rata rata-rata 45 (empat puluh lima) orang, maka dana yang diperukan untuk membayar gaji pimpinan dan anggota serta biaya operasional DPRD sebesar Rp. 24.000.000.000,- (*dua puluh empat miliar rupiah*) setiap tahun, maka akan terjadi penghematan keuangan negara/keuangan daerah sebesar Rp. 12.936.000.000.000,- (*dua belas triliun sembilan ratus tiga puluh enam miliar rupiah*). Namun di pihak lain akan berimbas hilangnya “kesibukan” dari sekitar 24.255 orang yang sebelumnya menjadi anggota DPRD.

Perubahan mekanisme pemilihan kepala daerah secara serentak berdasarkan Undang-undang No. 22 Tahun 2014 jo Peraturan Pemerintah Pengganti Undang Undang (Perppu) No. 1 Tahun 2014 jo Undang-undang No. 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, Dan Walikota Menjadi Undang-Undang, mempunyai implikasi bahwa kebutuhan dana untuk penyelenggaraan pesta demokrasi tersebut semakin meningkat, hal tersebut karena berdasarkan Pasal 2 ayat (1) dan (2) Peraturan Menteri Dalam Negeri (Permendagri) No. 44 Tahun 2015 jo Permendagri Mo. 51 Tahun 2015 tentang Tentang Pengelolaan Dana Kegiatan Pemilihan Gubernur Dan Wakil Gubernur, Bupati Dan Wakil Bupati, Serta Walikota Dan Wakil Walikota dinyatakan bahwa Pendanaan kegiatan Pemilihan Gubernur dan Wakil Gubernur

dibebankan pada APBD provinsi dan Pendanaan kegiatan Pemilihan Bupati dan Wakil Bupati/Walikota dan Wakil Walikota dibebankan pada APBD kabupaten/kota.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa jika kebijakan titik berat otonomi pada Daerah Provinsi dilaksanakan, *Pertama*, kedudukan Kabupaten/Kota berubah statusnya dari Daerah Otonom menjadi Kabupaten/Kota Administratif, sebagai konsekuensi perubahan status, maka pengisian jabatan Bupati/Walikota diangkat dari Pegawai Negeri Sipil (PNS) yang memenuhi persyaratan, konsekuensi pengisian jabatan Bupati/Walikota yang demikian tentunya harus terlebih dahulu dilakukan amandemen terhadap UUD 1945, khususnya Pasal 18 ayat (4), karena pasal tersebut menganatkan bahwa: *Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis.. Kedua*, hanya pengisian jabatan Kepala Daerah Provinsi yang dilakukan melalui pemilihan umum secara langsung. *Ketiga*, eksistensi DPRD Kabupaten/Kota ditiadakan.

### III. PENUTUP

#### A. SIMPULAN

Berdasarkan uraian dan pembahasan tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa dalam perspektif normatif peluang titik berat otonomi pada daerah provinsi pada masa yang akan datang sangat terbuka, hal tersebut dikarenakan Pasal 18 UUD 1945 hasil amandemen menganut kebijakan terbuka (*open legal policy*) mengenai otonomi daerah dan titik berat otonomi daerah. Dalam ketentuan-ketentuan tersebut, tidak mengatur di mana titik berat otonomi daerah diletakan. Dengan demikian kebijakan titik berat otonomi daerah sangat tergantung pada kemauan politik pembuat undang-undang dengan memperhatikan situasi negara, seperti politik,

keamanan, ekonomi dan kemasyarakatan saat undang-undang dibuat, dan kebijakan titik berat otonomi daerah pada Daerah Provinsi maupun pada Daerah Kabupaten/Kota tidak bertentangan dengan UUD RI Tahun 1945.

#### B. SARAN

Dengan memperhatikan keberagaman daerah baik usul maupun kondisi daerah yang sangat heterogen, maka perlu dicoba diberlakukan kebijakan yang berbeda antara daerah otonom, bagi Daerah Kabupaten/ Kota yang telah memiliki kemampuan baik sumber daya manusia maupun sumber dana, maka kebijakan titik berat otonomi pada Daerah Kabupaten/ Kota untuk tetap dilanjutkan, namun demikian bagi Daerah Kabupaten/Kota yang belum memiliki kemampuan, maka pilihan kebijakan titik berat otonomi pada Daerah Provinsi menjadi alternatif pilihan pada masa yang akan datang, dengan demikian berkaitan dengan kebijakan titik berat otonomi model *one state multy system* dapat dilaksanakan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah salam sistem ketatanegaraan RI pada masa yang akan datang.

#### DAFTAR PUSTAKA:

Buku Teks:

- Anonymous, *Laporan Hasil Evaluasi Daerah Otonom Hasil Pemekaran (EDOHP) Tahun 2011*, Direktorat Jenderal Otonomi Daerah Kementerian Dalam Negeri Didukung Oleh Decentralization Support Facility, Jakarta, 2011;
- Chambers, Robert, 1987, *Pembangunan Desa: Mulai Dari Belakang* (Diterjemahkan oleh Pepep Sudradjat dari: *Rural Development Putting the Last First*), LP3ES, Jakarta.
- Fauzan, Muhammad. 2005, *Hubungan Keuangan antara Pusat Dan Daerah Dalam Tata Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia*, Disertasi UNPAD Bandung;
- \_\_\_\_\_, 2010, *Hukum Pemerintahan Daerah (Kajian Tentang Hubungan Keuangan Antara Pemerintah Pusat Dan Daerah)*, Stain Press, Edisi Revisi, Purwokerto;
- \_\_\_\_\_-Dkk, 2013, *PEMILUKADA (Rekonstruksi Demokrasi Lokal Dalam Sistem Ketatanegaraan RI)*, Kanwa Publisher, Yogyakarta;
- Manan, Bagir, 1993, *Perjalanan Historis Pasal 18 UUD 1945 (Perumusan dan Undang-Undang Pelaksanaannya)*, UNSIKA, Karawang;
- \_\_\_\_\_, 2001, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, PSH Fakultas Hukum UII, Yogyakarta;
- \_\_\_\_\_, 2013, *Politik Hukum Untuk Otonomi*

- Daerah*, Varia Peradilan No. 337 Desember, Jakarta;  
 Rodee, Calton Clymer Dkk, *Pengantar Ilmu Politik*, Rajawali Pers,  
 Jakarta, 1993;  
 Strong, C.F, *Modern Political Constitution*, The English Language  
 Book Society and Sidgwick and Jackson Limited, London,  
 1966.  
 Utrecht, E, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Ichtiar, Jakarta,  
 1966.

#### Artikel

- <http://sp.beritasatu.com/home/peletakan-otonomi-daerah-pada-provinsi-tidak-langgar-konstitusi/88548>  
 Resa Indrawan Samir, <http://resaindrawansamir.wordpress.com/2011/05/26/pengembalian-titik-berat-otonomi-ditingkat-provinsi/>  
<http://edikuncoro.wordpress.com/2010/10/27/otonomi-daerah-sebelum-amandemen-uud-1945/>  
<http://politik.kompasiana.com/2011/09/22/reposisi-peran-gubernur-dalam-uu-pemerintahan-daerah-381878.html>  
<http://nasional.kompas.com/read/2012/12/15/06072741/Mendagri.70.Persen.Pemekaran.Daerah.Gagal>  
 Djohermansyah Djohan, [http://www.harianhaluan.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7628:titik-berat-otonomi-daerah&catid=12:refleksi&Itemid=82](http://www.harianhaluan.com/index.php?option=com_content&view=article&id=7628:titik-berat-otonomi-daerah&catid=12:refleksi&Itemid=82)  
<http://birokrasi.kompasiana.com/2011/06/16/otonomi-daerah-cukup-satu-tingkat-masukan-untuk-revisi-undang-undang-otda-73338.html>  
<http://resaindrawansamir.wordpress.com/2011/05/26/pengembalian-titik-berat-otonomi-ditingkat-provinsi/>  
<http://regional.kompas.com/read/2012/09/03/10011128/Pilkada.Serentak.untuk.Efisiensi.Anggaran>

#### Peraturan Perundang-undangan:

- UUD 1945 Sebelum Amandemen  
 UUD 1945 Setelah Amandemen  
 Undang-undang No. 18 Tahun 1965 tentang Pemerintahan Daerah  
 Undang-undang No. 5 Tahun 1974 tentang Pokok Pokok Pemerintahan di Daerah  
 Undang-undang No. 22 Tahun 1999 Tentang Pemerintahan Daerah  
 Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah  
 Undang-undang No. 22 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati dan Walikota  
 Undang-undang No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah  
 Peraturan Pemerintah No. 45 Tahun 1992 tentang Tentang Penyelenggaraan Otonomi Daerah Dengan Titik Berat Pada Daerah Tingkat II  
 Peraturan Menetri Dalam Negeri No. 44 Tahun 2015 tentang Pengelolaan Dana Kegiatan Pemilihan Gubernur Dan Wakil Gubernur, Bupati Dan Wakil Bupati, Serta Walikota Dan Wakil Walikota  
 Peraturan Pemerintah No. 51 Tahun 2013 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 44 Tahun 2015 Tentang Pengelolaan Dana Kegiatan Pemilihan Gubernur Dan Wakil Gubernur, Bupati Dan Wakil Bupati, Serta Walikota Dan Wakil Walikota.

*Rani Arvita*

Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya. Jl. Sriwijaya Negara, Bukit Lama, Ilir Bar. I, Kota Palembang. Email: arvitarani@gmail.com

# Kedudukan Badan Pertanahan Nasional dalam Menghadapi Problematik Putusan *Non-Executable* PTUN Tentang Pembatalan Sertipikat Hak Atas Tanah

Naskah Masuk: 11 Januari 2016 // Naskah Diterima: 27 Maret 2016

DOI: 10.18196/jmh.2015.0065.20-36

## **ABSTRACT**

The existence of a lawsuit in court against the certificate is not a new thing anymore, given stelsel adopted in the system of land registration in Indonesia is negative stelsel positive tendency. If on the certificate that was sued earlier, based on court decisions that have permanent legal force (*inkracht van gewijsde*) should be revoked and canceled by the National Land Agency, but *de facto* the decision can not be implemented by the National Land Agency with some particular reason, then this is where the role of National Pertanahann Agency to be able to realize the judgment which can not be implemented as Non - Executable decision. Based on the results revealed that: First, there are two main reasons why the National Land Agency wants the Supreme Court Decision No. 158 / PK / TUN / 2011 as Non - Executable ruling that reasons are normative juridical considerations and Juridical Technical. Pertimbangann normative juridical reason is that the decision of cancellation of the Certificate Broking No. 132 on behalf of PT. TOP is overdue / expired / *verjaring*, Ultra Petita and filed by the plaintiffs who do not have other interests and there is a decision in the administrative court ruling that the criminal verdict. While consideration juridical reason partly because the decision concerning civil rights and legal justice for the hundreds of people or communities certificate owner derivative or fragment of a Certificate of Right to Building No. 132 certificate as a parent, but it also relates to issues of Local Government Assets and Money State. Second, the role of the National

Land Agency in realizing the Supreme Court Decision No. 158 / PK / TUN / 2011 to a decision of Non-Executable is a way to initiate a peace between the parties that the winning parties and the ruling party Certificate holder Broking No. 132 as a party that has been lost. The essence of peace is how the BPN role in creating the conditions that the parties who won the verdict, his rights can still be given, while for the owner of Certificate Broking No. 132 does not need to be canceled. Then after a peace between the parties earlier, the peace agreement must be drawn up in an authentic deed in this case the notarial deed, then a notary deed are then registered to Class I Palembang District Court to get the verdict determination of Non-Executable. Third, the Rule of Law which can be given to the winner of the verdict is that they can still get their rights as they are demanded in the lawsuit, while the owner of Certificate Broking No. 132 does not need to be done for cancellation as a command decision, so that the legal protection and legal justice for the hundreds of citizens derivative of the certificate holder Certificate nno Broking. 132 can still be given.

Keywords: Verdict, Non - Executable, Cancellations

## **ABSTRAK**

Adanya gugatan di Pengadilan terhadap sertipikat bukan merupakan hal baru lagi, mengingat stelsel yang dianut dalam sistem pendaftaran tanah di Indonesia adalah stelsel negatif bertendensi positif. Apabila terhadap sertipikat yang digugat tadi, berdasarkan putusan pengadilan

yang telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) harus dicabut dan dibatalkan oleh Badan Pertanahan Nasional, namun secara *de facto* putusan tersebut tidak dapat dilaksanakan oleh Badan Pertanahan Nasional dengan beberapa alasan tertentu, maka disinilah letak peranan Badan Pertanahan Nasional untuk dapat mewujudkan putusan yang tidak dapat dilaksanakan tersebut sebagai Putusan *Non-Executable*. Berdasarkan hasil penelitian diketahui bahwa: *Pertama*, ada dua alasan pokok mengapa Badan Pertanahan Nasional menginginkan agar Putusan Mahkamah Agung RI No. 158/PK/TUN/2011 sebagai Putusan *Non-Executable* yaitu alasan Pertimbangan secara Yuridis Normatif dan Yuridis Tekhnis. Pertimbangann alasan Yuridis Normatif yaitu bahwa putusan pembatalan terhadap Sertipikat Hak Guna Bangunan No. 132 atas nama PT. TOP tersebut lewat waktu/daluarsa/verjaring, Ultra Petita dan diajukan oleh Penggugat yang tidak mempunyai kepentingan serta terdapat putusan lain dalam putusan PTUN tersebut yaitu adanya putusan Pidana. Sedangkan pertimbangan alasan yuridis tekhnis antara lain karena putusan tersebut menyangkut hak keperdataan dan keadilan hukum bagi ratusan penduduk atau masyarakat pemilik sertipikat turunan atau pecahan dari Sertipikat Hak Guna Bangunan No. 132 sebagi sertipikat induknya, selain itu juga menyangkut permasalahan Aset Pemerintah Daerah dan Uang Negara. Kedua, Peranan Badan Pertanahan Nasional dalam mewujudkan Putusan Mahkamah Agung RI No. 158/PK/TUN/2001 menjadi suatu putusan yang *Non-Executable* adalah dengan cara menginisiasi perdamaian antar para pihak yaitu pihak pemenang putusan dan pihak pemegang Sertipikat Hak Guna Bangunan No. 132 sebagai pihak yang telah kalah. Inti perdamaian tersebut adalah bagaimana peranan BPN dalam menciptakan kondisi bahwa terhadap pihak yang memenangkan putusan, hak-hak nya tetap dapat diberikan, sementara bagi pemilik Sertipikat Hak Guna Bangunan No. 132 tidak perlu untuk dibatalkan. Kemudian setelah terjadi perdamaian antar para pihak tadi, maka kesepakatan perdamaian tersebut harus dituangkan dalam akta otentik dalam hal ini akta notaris, yang kemudian akta notaris tersebut selanjutnya di daftarkan ke Pengadilan Negeri Klas I Palembang untuk mendapatkan penetapan putusan *Non-Executable*. Ketiga, Kepastian Hukum yang dapat diberikan kepada pihak pemenang putusan adalah bahwa mereka tetap bisa mendapatkan hak-haknya sebagaimana yang mereka tuntut dalam gugatan, sementara kepada pemilik Sertipikat Hak Guna Bangunan No. 132 tidak perlu dilakukan pembatalan sebagaimana perintah putusan, sehingga perlindungan hukum dan keadilan hukum bagi ratusan warga masyarakat pemilik sertipikat turunan dari Sertipikat Hak Guna Bangunan No. 132 tetap dapat diberikan.

Kata Kunci: Putusan, *Non-Executable*, Pembatalan

## I. PENDAHULUAN

Bukan sesuatu hal yang mudah untuk sampai dapat diterbitkannya sebuah sertipikat hak atas tanah, mengingat dalam proses penerbitan sertipikat hak atas tanah dituntut asas kehati-hatian, ketelitian, kecermatan dan keamanan tingkat tinggi bagi lembaga atau institusi yang secara konstitusional diberi kewenangan untuk

menerbitkannya dalam hal ini Badan Pertanahan Nasional. Seiring dengan berjalannya waktu, setelah dapat diterbitkannya sebuah sertipikat hak atas tanah, kemampuan bagi pemilik tanah untuk dapat mempertahankan kepemilikan hak atas tanah yang telah dilegalkan dalam bentuk sertipikat hak atas tanah tadi, justru adalah sesuatu hal yang akan jauh lebih sulit lagi dibandingkan dengan proses penerbitan sertipikat itu sendiri.

Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) secara eksplisit konstitusional (normatif) mengamanatkan pada alinea/frase “melindungi segenap bangsa Indonesia”. Makna yang terkandung pada alinea/frase di atas, menjadi urgen manakala di sandingkan dengan asas kepastian dan perlindungan hukum dalam segala aktifitas bernegara dan berbangsa, termasuk melindungi hak-hak setiap warga negara di dalam memperoleh kepastian dan perlindungan hukum terhadap putusan (Dani, 2015: 24). Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap (*inkracht*) dalam proses bekerjanya hukum.

Kebutuhan akan adanya perlindungan hukum dan jaminan kepastian hukum dalam bidang pertanahan berarti bahwa setiap warga negara Indonesia dapat menguasai tanah secara aman dan mantap (Dani, 2015: 25). Setiap manusia pasti menginginkan adanya perlindungan dan jaminan kepastian hukum. Apapun akan dilakukan oleh setiap manusia atau warga negara untuk mendapatkan perlindungan dan jaminan kepastian hukum dalam setiap sendi kehidupannya. Tidak terkecuali dalam hal kepemilikan akan tanah. Kepemilikan tanah merupakan sebuah hak asasi manusia yang dilindungi oleh hukum internasional maupun hukum nasional. Dalam hukum internasional, perlindungan hukum hak milik diatur dalam DUHAM (Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia) Pasal 17.1, Pasal 17.2, Pasal 25.1, dan Pasal 30. Sedangkan dalam hukum

nasional, perlindungan hukum hak milik ini diatur dalam Undang-Undang Dasar Tahun 1945 Pasal 28 H Ayat (4), dan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Kepemilikan atas tanah dalam kaitannya dengan perlindungan dan jaminan kepastian hukum maka sertifikat adalah jawabannya. Sertifikat merupakan alat pembuktian hak atas tanah yang kuat. Sebagaimana ketentuan Pasal 19 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (selanjutnya disingkat UUPA) mengatur bahwa untuk menjamin adanya kepastian hukum bagi pemilik-pemilik tanah maka direalisasikan melalui pendaftaran tanah yang meliputi pengukuran, pemetaan, pendaftaran hak-hak atas tanah atau terjadinya peralihan hak atas tanah tersebut.

Sertifikat merupakan alat pembuktian hak atas tanah yang kuat sebagaimana di atur di dalam Pasal 32 ayat 1 Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah (selanjutnya disingkat PP No.24 Tahun 1997). Penjelasan dari ketentuan Pasal 32 ayat (1) PP No.24 Tahun 1997 ini adalah bahwa sertifikat merupakan tanda bukti hak atas tanah yang kuat, dalam arti bahwa selama tidak dapat dibuktikan sebaliknya, maka seluruh data fisik dan data yuridis yang tercantum di dalamnya harus diterima sebagai data yang benar. Sudah barang tentu data fisik maupun data yuridis yang tercantum dalam sertifikat harus sesuai dengan data yang tercantum dalam buku tanah dan surat ukur yang bersangkutan, karena data itu diambil dari buku tanah dan surat ukur tersebut (Kitab Undang-Undang Agraria dan Pertanahan, 2014: 297). Dengan adanya sertifikat tersebut maka terdapat adanya kepastian hukum mengenai hak kepemilikan atas suatu bidang tanah. Oleh karena itu orang akan semaksimal mungkin berusaha untuk mendapatkan sertifikat hak atas tanah.

Penyelesaian sengketa pertanahan biasanya akan bermuara ke pengadilan, baik Pengadilan Umum maupun Pengadilan Tata Usaha Negara. Penyelesaian masalah pertanahan jarang terselesaikan melalui jalur di luar pengadilan karena seringkali tidak menyelesaikan permasalahan yang dipersengketakan oleh para pihak. Ironisnya penyelesaian sengketa tanah yang melalui lembaga peradilan pun banyak menghadapi berbagai permasalahan. Perkara pertanahan yang telah dibawa ke pengadilan seakan tak pernah berujung bahkan *laksana sumur tanpa dasar* (Syarief, 2012: 13). Bahkan dalam banyak kasus, putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum yang tetap (*inkracht van gewijsde*) pun tidak dapat di eksekusi, sehingga persengketaan terus berlanjut dan tanah yang disengketapun menjadi terlantar karena status hukum kepemilikannya yang masih belum jelas (*status quo*) (Syarief, 2012: 10).

Pasal I angka 14 Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 9 Tahun 1999 (selanjutnya disingkat Permenag/Ka BPN No.9 Tahun 1999) tentang Tata Cara Pemberian dan Pembatalan Hak Atas Tanah Negara dan Hak Pengelolaan menentukan bahwa untuk dapat dilaksanakannya pembatalan sertifikat salah satunya adalah dalam rangka untuk melaksanakan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap. Dari pasal-pasal tersebut diatas sudah menegaskan bahwa hanya putusan pengadilan yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) yang dapat ditindaklanjuti oleh Badan Pertanahan Nasional yaitu berupa proses pembatalan dan pendaftaran hak atas tanah serta pemberian atau pendaftaran hak atas tanah atau sesuai dengan amar putusan yang bersangkutan. Sehubungan dengan hal itu, maka tampaklah sangat erat hubungan antara Badan Pertanahan Nasional dengan lembaga Peradilan.

Dalam tataran normatif, telah ada beberapa

peraturan-peraturan yang intinya mengatur bahwa wajib hukumnya bagi BPN RI sebagai lembaga atau pihak tereksekusi untuk mengeksekusi atau melaksanakan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap khususnya putusan yang amarnya secara tegas memerintahkan pihak BPN untuk melaksanakan pembatalan sertipikat hak atas tanah. Pasal 54 Perkab BPN RI No. 3 Tahun 2011 pada intinya menetapkan bahwa BPN RI wajib melaksanakan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap (*inkracht van gewijsde*), Pasal 55 ayat (1) yang pada intinya menetapkan bahwa tindakan untuk melaksanakan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap dapat berupa:

- a. Pelaksanaan dari seluruh amar putusan;
- b. Pelaksanaan sebagian amar putusan dan / atau;
- c. Hanya melaksanakan perintah yang secara tegas tertulis dalam amar putusan.

Dalam ketentuan lainnya yaitu Pasal 55 ayat (2) yang intinya adalah amar putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap yang berkaitan dengan penerbitan, peralihan dan/ atau pembatalan hak atas tanah, anatar lain:

- a. Perintah untuk membatalkan hak atas tanah;
- b. Menyatakan batal/tidaksah/tidak mempunyai kekuatan hukum hak atas tanah;
- c. Menyatakan tanda bukti hak tidak sah/tidak berkekuatan hukum;
- d. Perintah dilakukannya pencatatan atau pencoretan dalam buku tanah;
- e. Perintah penerbitan hak atas tanah; dan
- f. Amayang bermakna menimbulkan akibat hukum terbitnya, beralihnya atau batalnya hak.

Keputusan pembatalan sertipikat hak atas tanah merupakan salah satu bentuk dari perbuatan hukum dalam bidang pertanahan yang berupa pemutusan, penghentian atau penghapusan suatu hubungan hukum terhadap

hak milik atas tanah dalam rangka penanganan dan penyelesaian kasus pertanahan. Pasal 57 ayat (1) Perkab BPN RI No. 3 Tahun 2011 mengatur bahwa Putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 yang menyangkut pembatalan hak atas tanah wajib dilaksanakan oleh pejabat BPN RI paling lambat 2 (dua) bulan setelah diterimanya Salinan Putusan Pengadilan.

Sebagaimana ketentuan di dalam Pasal 54 ayat (1) Perkab BPN RI No. 3 Tahun 2011 mengatur bahwa BPN RI wajib melaksanakan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap. Sementara ketentuan Pasal 56 dan 57 Perkab BPN RI No. 3 Tahun 2011 pada intinya mengatur bahwa putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap yang wajib untuk dilaksanakan oleh pejabat BPN RI dapat berupa perbuatan hukum pertanahan berupa penerbitan, peralihan dan/atau pembatalan sertipikat hak atas tanah berdasarkan keputusan pejabat yang berwenang.

Pasal 58 menetapkan bahwa Kepala BPN RI menerbitkan keputusan, peralihan dan / atau pembatalan hak atas tanah untuk melaksanakan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap. Penerbitan keputusan tersebut dapat di delegasikan kepada Deputi atau Kakanwil. Oleh karena itu dapat dikatakan bahwa pembatalan sertipikat hak milik atas tanah merupakan salah satu kebijakan pertanahan nasional dalam rangka menetapkan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan hukum dengan tanah. Selain dari ketentuan-ketentuan sebagaimana yang diatur di dalam peraturan perundang-undangan yang sifatnya internal dan mengikat ke dalam khususnya untuk lembaga BPN RI, terdapat pula beberapa ketentuan-ketentuan lainnya terkait pengaturan mengenai pelaksanaan atau eksekusi terhadap putusan

pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap.

Pasal 115 Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, sebagaimana yang telah beberapa kali mengalami perubahan dan terakhir dengan Undang-Undang No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, menyatakan “Hanya Putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap yang dapat dilaksanakan”.

Sementara ketentuan dalam Pasal 116 ayat (2) Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara yang telah beberapa kali mengalami perubahan dan terakhir dengan Undang-Undang No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, menyatakan: “Apabila setelah 60 (enam puluh) hari kerja putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diterima, tergugat tidak melaksanakan kewajibannya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 97 ayat (9) huruf a, maka keputusan tata usaha negara yang disengketakan itu tidak mempunyai kekuatan hukum lagi”.

Oleh karena itu terhadap seluruh putusan-putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap atau putusan yang tidak ada lagi upaya hukum selanjutnya, dalam rangka demi untuk tercapainya kepastian hukum, terutama bagi para pihak yang berperkara tersebut dan lebih terutama lagi bagi pihak pemenang (penggugat) dalam perkara tersebut, maka putusan tersebut haruslah segera untuk dilaksanakan. Hal ini tidak terkecuali juga terhadap putusan yang sedang di ajukan permohonan peninjauan kembali (PK) oleh para pihak sebagaimana ketentuan yang diatur dalam Pasal 66 ayat (2) Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung jo. Undang-

Undang No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, yang menyatakan: “Permohonan Peninjauan Kembali tidak menanggihkan atau menghentikan pelaksanaan putusan pengadilan”.

Dari beberapa ketentuan-ketentuan peraturan khusus mengenai perintah pembatalan sertipikat hak atas tanah sebagai tindak lanjut dari adanya atau sebagai wujud pelaksanaan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap, telah nampak dengan jelas bahwa wajib hukumnya untuk melaksanakan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap, termasuk perintah dalam hal pembatalan sertipikat hak milik atas tanah, dimana kewenangan ini dengan tegas diberikan kepada BPN RI.

Namun dalam melaksanakan fungsi kontrol terhadap keputusan-keputusan yang diambil pemerintah dalam hubungannya dengan eksistensi Pengadilan Tata Usaha Negara di Indonesia, sampai dengan saat ini masih belum dapat memenuhi harapan masyarakat pencari keadilan (*yustisiabellen*). Masih banyaknya putusan PTUN khususnya yang menyangkut perkara pembatalan sertifikat hak atas tanah yang belum atau tidak dapat di eksekusi telah menimbulkan pesimisme dan apatisisme dalam masyarakat. Dalam putusan hakim administrasi, mulai terlihat jarak antara *das sollen* dan *das sein* yang akhirnya dapat mengganggu integritas negara hukum modern (Supandi, 2007: 3).

Salah satu contoh kasus secara faktual yang berkaitan dengan adanya problematik putusan pengadilan yang *non-executable* yang sampai dengan saat ini masih diupayakan penyelesaiannya oleh Kantor Pertanahan Kota Palembang adalah kasus Romi/Yuliana. Kasus ini bermula ketika Sdri. Yuliana sebagai pihak yang memiliki tanah yang terletak di Jln. Gubernur H.A. Bastari Kel. 8 Uu Kec. Seberang

Ulu I / Jakabaring Kota Palembang (dimana Sdri. Yuliana ini memiliki tanah tersebut melalui pembelian dari Sdr. Romi) mengajukan kepada Kepala Kantor Pertanahan Kota Palembang permohonan pembatalan terhadap sertipikat Hak Guna Bangunan (untuk selanjutnya akan disingkat HGB) No. 132 Tahun 1997 tanggal 4 Maret 1997, luas 1.653.042 M2 atas nama PT. Taman Ogan Permai (selanjutnya akan disingkat PT. TOP). Adapun dasar permohonan pembatalan terhadap Sertipikat HGB No. 132 tersebut adalah putusan Pengadilan Tata Usaha Negara No.16/G/2009/PTUN-PLG tanggal 7 Desember 2009 jo. Putusan Banding Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Medan No. 24/B/B/2010/PT.TUN-MDN jo. Putusan Kasasi Mahkamah Agung No. 299 K/TUN/2010 tanggal 11 Nopember 2010 jo. Putusan Peninjauan Kembali No. 158/PK/TUN/2011 tanggal 17 April 2012.

Bahwa putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Palembang No. 16/G/2009/PTUN-PLG yang para pihaknya adalah Sdr. Romi selaku Penggugat lawan Kepala Kantor Pertanahan Kota Palembang selaku Tergugat dan PT. Taman Ogan Permai/PT. Amen Mulia selaku Tergugat II Intervensi 1 serta Pemerintah Propinsi Sumatera Selatan selaku Tergugat II Intervensi 2, dalam amar putusannya pada intinya secara tegas memerintahkan kepada pihak Tergugat (BPN Kota Palembang) untuk melaksanakan pembatalan terhadap objek sengketa aquo yaitu sertipikat HGB No. 132 Tahun 1997 tanggal 4 Maret 1997, luas 1.653.042 M2 atas nama PT. Taman Ogan Permai.

Bahwa terhadap putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Palembang No. 16/G/2009/PTUN-PLG tersebut telah diperkuat pula oleh putusan baik di tingkat Banding PT. TUN Medan, Kasasi di Mahkamah Agung RI serta putusan Peninjauan Kembali (PK) di Mahkamah Agung RI. Bahwa selain adanya putusan TUN

yang sudah berkekuatan hukum yang tetap (*inkracht van gewijsde*) yang amarnya secara tegas memerintahkan untuk membatalkan sertipikat objek sengketa aquo, dalam kasus ini juga terdapat putusan pidana yang melibatkan Sdr. Romi selaku Penggugat dalam perkara No. 16/G/2009/PTUN-PLG sebagaimana diuraikan di atas.

Bahwa dengan telah terbitnya putusan PK tersebut (yang sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap), maka sudah ada perintah yang jelas bagi tergugat dalam hal ini Kantor Pertanahan Kota Palembang untuk melaksanakan isi putusan Pengadilan TUN tersebut yang intinya memerintahkan kepada Tergugat untuk membatalkan Sertipikat Hak Guna Bangunan No. 132 tahun 1997 tanggal 4 Maret 1997 dengan luas keseluruhan 1.653.042 M2 An. PT. Taman Ogan Permai (PT. TOP). Namun faktanya sampai dengan saat ini permohonan pembatalan tersebut masih belum di penuhi oleh kantor pertanahan (BPN) Kota Palembang.

Sehubungan dengan adanya fenomena mengenai banyaknya putusan-putusan PTUN yang sudah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) yang amarnya sudah jelas-jelas memerintahkan untuk dilaksanakan pembatalan sertipikat hak atas tanah, namun dalam tataran aplikatifnya putusan tersebut tidak dapat di eksekusi (*non-executable*), maka penulis merasa permasalahan ini patut dan layak untuk dikaji dan diteliti secara mendalam pada tingkat disertasi ini baik ditinjau dari aspek filosofis, sosiologis maupun yuridis. Pasal I angka 14 Peraturan Menteri Negara Agraria/ Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 9 Tahun tentang Tata Cara Pemberian dan Pembatalan Hak Atas Tanah Negara dan Hak Pengelolaan menentukan bahwa untuk dapat dilaksanakannya pembatalan sertipikat salah satunya adalah dalam rangka untuk melaksanakan putusan pengadilan yang telah

mempunyai kekuatan hukum yang tetap.

Pasal 54 Perkaban BPN RI No. 3 Tahun 2011 tentang Pengelolaan dan Pengkajian Kasus Pertanahan pada intinya menetapkan bahwa BPN RI wajib melaksanakan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap (*inkracht van gewisjde*). Dan Pasal 55 ayat (1) yang pada intinya menetapkan bahwa tindakan untuk melaksanakan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap dapat berupa:

- a. Pelaksanaan dari seluruh amar putusan;
- b. Pelaksanaan sebagian amar putusan dan / atau;
- c. Hanya melaksanakan perintah yang secara tegas tertulis dalam amar putusan.

Dalam ketentuan lainnya yaitu Pasal 55 ayat (2) yang intinya adalah amar putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap yang berkaitan dengan penerbitan, peralihan dan/ atau pembatalan hak atas tanah, anatar lain:

- a. Perintah untuk membatalkan hak atas tanah;
- b. Menyatakan batal/tidaksah/tidak mempunyai kekuatan hukum hak atas tanah;
- c. Menyatakan tanda bukti hak tidak sah/tidak berkekuatan hukum;
- d. Perintah dilakukannya pencatatan atau pencoretan dalam buku tanah;
- e. Perintah penerbitan hak atas tanah; dan
- f. Amar yang bermakna menimbulkan akibat hukum terbitnya, beralihnya atau batalnya hak.

Pasal 57 ayat (1) Perkaban BPN RI No. 3 Tahun 2011 mengatur bahwa Putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 yang menyangkut pembatalan hak atas tanah wajib dilaksanakan oleh pejabat BP RI paling lambat 2 (dua) bulan setelah diterimanya Salinan Putusan Pengadilan. Sebagaimana ketentuan terdapat di dalam Pasal 54 ayat (1) Perkaban BPN RI No. 3 Tahun 2011 mengatur bahwa BPN RI wajib melaksanakan putusan

pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap. Sementara ketentuan Pasal 56 dan 57 Perkaban BPN RI No. 3 Tahun 2011 pada intinya mengatur bahwa putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap yang wajib untuk dilaksanakan oleh pejabat BPN RI dapat berupa perbuatan hukum pertanahan berupa penerbitan, peralihan dan/atau pembatalan sertipikat hak atas tanah berdasarkan keputusan pejabat yang berwenang.

Selain dari ketentuan-ketentuan sebagaimana yang diatur di dalam peraturan perundang-undangan yang sifatnya internal dan mengikat ke dalam khususnya untuk lembaga BPN RI, terdapat pula beberapa ketentuan-ketentuan lainnya terkait pengaturan mengenai pelaksanaan atau eksekusi terhadap putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap. Pasal 115 Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, sebagaimana yang telah beberapa kali mengalami perubahan dan terakhir dengan Undang-Undang No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, menyatakan "Hanya Putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap yang dapat dilaksanakan".

Sementara ketentuan dalam Pasal 116 ayat (2) Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara yang telah beberapa kali mengalami perubahan dan terakhir dengan Undang-Undang No. 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, menyatakan: "Apabila setelah 60 (enam puluh) hari kerja putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diterima, tergugat tidak melaksanakan kewajibannya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 97 ayat (9) huruf a, maka keputusan tata usaha negara yang

disengketakan itu tidak mempunyai kekuatan hukum lagi”.

Oleh karena itu, terhadap seluruh putusan-putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap atau putusan yang tidak ada lagi upaya hukum selanjutnya, dalam rangka demi untuk tercapainya kepastian hukum, terutama bagi para pihak yang berperkara tersebut dan lebih terutama lagi bagi pihak pemenang (penggugat) dalam perkara tersebut, maka putusan tersebut haruslah segera untuk dilaksanakan. Hal ini tidak terkecuali juga terhadap putusan yang sedang di ajukan permohonan peninjauan kembali (PK) oleh para pihak sebagaimana ketentuan yang diatur dalam Pasal 66 ayat (2) Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang telah dirubah dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, yang menyatakan: “Permohonan Peninjauan Kembali tidak menangguhkan atau menghentikan pelaksanaan putusan pengadilan”.

Di sisi lain, harus dipikirkan juga mengenai kedudukan Badan Pertanahan Nasional itu sendiri, sebagai lembaga atau institusi yang secara konstitusional memang diberi kewenangan oleh negara untuk menerbitkan surat keputusan mengenai kepemilikan hak atas tanah dan sekaligus juga mempunyai kewenangan untuk mencabut dan membatalkan keputusan mengenai kepemilikan atas tanah seseorang apabila telah ada putusan pengadilan yang sudah berkekuatan hukum yang tetap (*inkracht van gewijsde*) yang amarnya memerintahkan agar BPN melaksanakan pembatalan terhadap sertifikat hak atas tanah. Yang menjadi permasalahan adalah ketika putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum yang tetap tersebut (*inkracht van gewijsde*) secara defacto BPN tidak dapat melaksanakannya (*non-executable*). Disatu sisi

demi tercapainya kepastian hukum bagi seluruh pihak-pihak yang berperkara khususnya bagi pihak pemenang putusan, BPN harus harus segera mengeksekusi putusan yang telah *inkracht* tersebut namun disisi lain dengan pertimbangan aspek keadilan, kemanfaatan dan kemaslahatan bagi banyak pihak terkait lainnya BPN tidak bisa melaksanakan putusan pengadilan tersebut (*non-executable*). Artinya dalam hal ini ada semacam kebingungan mengenai posisi atau kedudukan dari BPN itu sendiri antara apakah harus melaksanakan hukum positif secara normatif tanpa memperdulikan apapun dampak yang akan ditimbulkan bagi masyarakat banyak khususnya bagi para pihak baik itu yang terkait langsung maupun yang tidak terkait secara langsung semata-mata dengan alasan patuh melaksanakan undang-undang sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechmatigheid*) atau BPN harus berani menerobos ketentuan undang-undang atau hukum tertulis yang berlaku semata-mata atas dasar demi pencapaian tujuan (*doelmatigheid*) yaitu untuk kepentingan umum, kesejahteraan umum dan kemaslahatan rakyat banyak? Tentu hal ini bisa diperdebatkan.

Berdasarkan alasan-alasan baik secara filosofis, sosiologis maupun yuridis inilah maka penulis merasa bahwa penting dan patut untuk diadakan penelitian terhadap isu hukum yang diangkat, yaitu: (1) Mengapa terhadap putusan Mahkamah Agung RI No. 158/PK/TUN/2011 Badan Pertanahan Nasional menginginkan agar putusan tersebut *Non-Executable*? (2) Bagaimana peranan Badan Pertanahan Nasional agar putusan Mahkamah Agung RI No. 158/PK/TUN/2011 Tentang Pembatalan Sertipikat Hak Guna Bangunan No.132 Atas Nama PT. Taman Ogan Permai (PT. TOP) dinyatakan *Non-Executable*? (3) Bagaimanakah kepastian hukum terhadap pihak pemenang putusan serta perlindungan hukum terhadap para pihak pemilik sertifikat turunan dari sertifikat induk Hak Guna Bangunan No. 132 atas nama

PT. Taman Ogan Permai (PT. TOP) yang harus dibatalkan berdasarkan putusan Mahkamah Agung RI No. 158/PK/TUN/2011?

## II. PEMBAHASAN

Sertipikat Hak Guna Bangunan (selanjutnya di singkat SHGB) No. 132 diterbitkan oleh Kantor Pertanahan Kota Palembang berdasarkan Surat Kepala Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional Propinsi Sumatera Selatan Tanggal 24 Februari 1997 No.550.2/11/26/1997. Berdasarkan wilayah fisiknya masuk di Kelurahan 8 Ulu Kecamatan Seberang Ulu I Kota Palembang, tanggal penerbitan 4 Maret 1997 Gambar Situasi (GS) No.690/1997 tanggal 15 Februari 1997 dengan total luas keseluruhan 1.653.042 M<sup>2</sup> (Satu Juta Enam Ratus Lima Puluh Tiga Ribu Empat Puluh Dua Meter Persegi) atau sekitar 165 (Seratus Enam Puluh Lima) Hektar, tercatat atas nama PT. Taman Ogan Permai (selanjutnya disingkat PT. TOP) yang berkedudukan di Palembang, dimana sertipikatnya pada saat itu ditanda tangani oleh Kepala Kantor Pertanahan Kotamadya Palembang Bapak Drs. H.M. Badin Jahja.

SHGB No. 132 ini masa berlakunya adalah 30 (tiga puluh) tahun, oleh karena itu apabila dihitung dari tahun penerbitannya yaitu tahun 1997 maka SHGB No. 132 atas nama PT. TOP Ini akan berakhir haknya pada tanggal 3 Maret 2027. Berdasarkan data yang ada di Kantor Pertanahan Kota Palembang, SHGB No.132 atas nama PT. TOP dengan luas lebih kurang 165 Hektar ini, wilayah fisiknya mencakup sebagian besar wilayah yang terdapat di Jakabaring dan sekitarnya mulai dari wilayah Rotunda dan sekitarnya hingga ke seluruh wilayah perumahan atlet Jakabaring dan perumahan PT. Amen Mulia, wilayah seputaran gedung Dekranasda, hingga ke seputaran sekitar Stadion Jakabaring. SHGB No. 132 ini merupakan sertipikat induk yang saat ini sudah dipecah-pecah menjadi 26 (dua puluh enam)

pecahan induk yang kemudian sudah diterbitkan lagi 26 sertipikat Hak Guna Bangunan yang kesemuanya masih atas nama PT. TOP yaitu:

1. HGB No. 2562 SU No. 127/15 Ulu/2002 Luas 113.230 M<sup>2</sup>
2. HGB No. 2563 SU No. 128/15 Ulu/2002 Luas 18.440 M<sup>2</sup>
3. HGB No. 2564 SU No. 129/15 Ulu/2002 Luas 261.985 M<sup>2</sup>
4. HGB No. 2565 SU No. 130/15 Ulu/2002 Luas 70.170 M<sup>2</sup>
5. HGB No. 2566 SU No. 131/15 Ulu/2002 Luas 139.029 M<sup>2</sup>
6. HGB No. 2567 SU No. 132/15 Ulu/2002 Luas 34.663 M<sup>2</sup>
7. HGB No. 2580 SU. No. 11/15 Ulu/2003 Luas. 992 M<sup>2</sup>
8. HGB No. 2581 SU. No. 12/15 Ulu/2003 Luas. 992 M<sup>2</sup>
9. HGB No. 2582 SU No. 13/15 Ulu/2003 Luas 992 M<sup>2</sup>
10. HGB No. 2583 SU No. 14/15 Ulu/2003 Luas 992 M<sup>2</sup>
11. HGB No. 2584 SU No. 15/15 Ulu/2003 Luas 992 M<sup>2</sup>
12. HGB No. 2585 SU No. 16/15 Ulu/2003 Luas 526 M<sup>2</sup>
13. HGB No. 2586 SU No. 17/15 Ulu/2003 Luas 526 M<sup>2</sup>
14. HGB No. 2587 SU No. 18/15 Ulu/2003 Luas 526 M<sup>2</sup>
15. HGB No. 2588 SU No. 19/15 Ulu/2003 Luas 516 M<sup>2</sup>
16. HGB No. 2589 SU No. 20/15 Ulu/2003 Luas 516 M<sup>2</sup>
17. HGB No. 2590 SU No. 21/15 Ulu/2003 Luas 516 M<sup>2</sup>
18. HGB No. 2591 SU No. 22/15 Ulu/2003 Luas 516 M<sup>2</sup>
19. HGB No. 2592 SU No. 23/15 Ulu/2003 Luas 516 M<sup>2</sup>
20. HGB No. 2593 SU No. 24/15 Ulu/2003

- Luas 516 M<sup>2</sup>
21. HGB No. 2594 SU No. 25/15 Ulu/2003  
Luas 516 M<sup>2</sup>
  22. HGB No. 2595 SU No. 26/15 Ulu/2003  
Luas 5176 M<sup>2</sup>
  23. HGB No. 4179 SU No. 811/15 Ulu/2004  
Luas 3826 M<sup>2</sup>
  24. HGB No. 4180 SU No. 813/15 Ulu/2004  
Luas 28.189 M<sup>2</sup>
  25. HGB No. 4181 SU No. 812/15 Ulu/2004  
Luas 3.422 M<sup>2</sup>
  26. HGB No. 4182 SU No. 814/15 Ulu/2004  
Luas 3.019 M<sup>2</sup>

Setelah terjadi beberapa pecahan induk sebagaimana tertera di atas, luas SHGB No.132 atas nama PT. TOP yang tersisa saat ini adalah 967.426 M<sup>2</sup> atau sekitar 96 Hektar dari total luas keseluruhan yang sebelumnya seluas 165 Hektar. Sebagaimana yang tertera di dalam sertifikat, bahwa SHGB No. 132 tercatat atas nama PT. TOP. Bahwa PT. TOP itu sendiri didirikan berdasarkan Akte Perseroan No. 1784 tanggal 28 Desember tahun 1996 yang dibuat dihadapan Notaris Aminus, SH, kemudian Akta Pendirian PT. TOP Tanggal 26 Februari 1997 oleh Menteri Kehakiman Republik Indonesia dan Keputusan Menteri Kehakiman Republik Indonesia No. C2.1323 HT.0101 Tahun 1997 tentang Pengesahan PT. Taman Ogan Permai (PT.TOP).

Para pendiri PT. TOP itu sendiri terdiri dari Pemerintah Propinsi Daerah Tingkat I Sumatera Selatan (selanjutnya disingkat Pemprov. Sumsel) dan PT. Amen Mulia yang didirikan dengan tujuan sebagai berikut:

- a. Mengusahakan penimbunan dan pematangan tanah reklamasi untuk dapat dibangun menurut kebutuhan yang diperlukan;
- b. Mengusahakan pengembangan perumahan dan pemukiman (Developer Real Estate), perhotelan, perkantoran baik untuk keperluan swasta maupun institusi

pemerintah, sarana olahraga, sarana pendidikan, fasilitas umum untuk keperluan sosial dan budaya, sarana liburan dan pariwisata;

- c. Mengusahakan industri pariwisata dan industri kerajinan.

Aset PT. TOP adalah berupa lahan seluas 1.653.042 M<sup>2</sup> (Satu Juta Enam Ratus Lima Puluh Tiga Ribu Empat Puluh Dua Meter Persegi) atau sekitar 165 Hektar yang diperoleh berdasarkan pembebasan tanah/lahan, baik milik masyarakat maupun lahan kosong, dimana tanah yang milik masyarakat semuanya telah dilakukan ganti rugi. Adapun pembebasan tanah/lahan tersebut dilakukan oleh Panitia Pembebasan tanah berdasarkan Surat Keputusan Kepala Daerah Tingkat I Sumatera Selatan, tanggal 2 Agustus 1990, perihal pencadangan tanah seluas 1.600 Hektar dan tanggal 1 April 1993 Nomor. 227/SK/I/1993 seluas 5 Hektar yang terletak di kelurahan 5 Ulu, 8 Ulu, 16 Ulu dan Plaju Darat, Kecamatan Seberang Ulu-I dan Seberang Ulu-II Kotamadya Palembang.

Setelah maksud dan tujuan pendirian PT. TOP tersebut dianggap telah selesai, maka PT. TOP dibubarkan dengan Akta Pernyataan Keputusan Rapat Perseroan Terbatas PT. Taman Ogan Permai No. 13 tanggal 12 Nopember 2002 yang dibuat di hadapan Notaris Alia Ghanie, SH, maka dari itu terhadap aset PT. TOP yang berupa lahan sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya telah dibagi kepada pendirinya masing-masing yaitu PT. Amen Mulia dan Pemprov. Sumsel. PT. Amen Mulia mendapat 70 persen dan Pemprov. Sumsel mendapat 30 persen. Secara rincinya tanah seluas 1.841.323,12 M<sup>2</sup> (Satu Juta Delapan Ratus Empat Puluh Satu Ribu Tiga Ratus Dua Puluh Tiga Koma Dua Belas Meter Persegi) menjadi milik PT. Amen Mulia dan 789.138,48 (Tujuh Ratus Delapan Puluh Sembilan Ribu Seratus Tiga Puluh Delapan Koma Empat Puluh

Delapan Meter Persegi) menjadi miliknya Pemprov. Sumsel.

Pembagian aset PT. TOP yang terdiri dari untuk bagian PT. Amen Mulia dan bagian Pemprov. Sumsel tersebut dirumuskan dalam suatu peta yang ditanda tangani bersama antara PT. Amen Mulia dan Gubernur Sumatera Selatan. Berdasarkan hal tersebut, maka pihak PT. Amen Mulia mengajukan pemecahan atas sebagian tanah/lahan yang menjadi haknya PT. Amen Mulia yang termasuk di dalam SHGB No. 132/15 Ulu dengan GS No. 690/1997 atas nama PT. TOP ke Kantor Pertanahan Kota Palembang, sehingga setelah melalui proses yang cukup ketat, maka terbitlah 26 (Dua Puluh Enam) sertipikat, dimana sebagian besar dari tanah dalam 26 (Dua Puluh Enam) sertipikat tersebut telah dipecah-pecah lagi menjadi ratusan pecahan yang sebagian besar telah ditingkatkan menjadi sertipikat hak milik (selanjutnya disingkat SHM) dan telah dijual oleh PT. Amen Mulia kepada para konsumennya, dikarenakan PT. Amen Mulia adalah perusahaan pengembang perumahan yang dikenal dengan nama perumahannya PT Taman Ogan Permai (PT. TOP).

Bahwa sebagian dari sisa tanah yang termasuk dalam SHGB No.132 tanggal 4 Maret 1997 tersebut masih terdapat milik PT. Amen Mulia dan sebagiannya lagi menjadi haknya Pemprov. Sumsel yang kesemuanya di dapatkan dengan cara pembebasan lahan dan pemberian ganti rugi kepada masyarakat setempat yang dilakukan oleh Panitia Pembebasan lahan dengan berdasarkan Surat Keputusan (selanjutnya disingkat SK) Gubernur Sumatera Selatan, tanggal 2 Agustus 1990, perihal pencadangan tanah seluas 1.600 Hektar dan tanggal 1 April 1993 Nomor. 227/SK/I/1993 seluas 5 Hektar yang terletak di kelurahan 5 Ulu, 8 Ulu, 16 Ulu dan Plaju Darat, Kecamatan Seberang Ulu-I dan Seberang Ulu-II Kotamadya Palembang. Bahwa sisa tanah/lahan yang

terdapat di dalam SHGB No. 132/15Ulu yang luasnya saat ini tinggal lebih kurang 96 Hektar adalah milik dari Pemprov. Sumsel, oleh karena itu berdasarkan ketentuan Pasal 6 ayat (1) Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 17 Tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah kewenangan untuk memindahtangankan tanah tersebut ada pada Gubernur Sumatera Selatan selaku Pemegang Kekuasaan Pengelolaan Barang Milik Daerah.

Proses penerbitan sertipikat, termasuk pula di antaranya penerbitan SHGB No. 132 atas nama PT. TOP, merupakan salah satu rangkaian dari pendaftaran tanah, yang merupakan tugas urusan pemerintahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, bahwa Kepala Kantor Pertanahan wajib menyelenggarakan tugas pendaftaran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 36 Peraturan Pemerintah No. 10 Tahun 1961 tentang Pendaftaran tanah, dan Pemberian Hak Guna Bangunan didaftar dalam buku tanah pada Kantor Pertanahan, dan sebagai tanda bukti hak kepada pemegang Hak Guna Bangunan diberikan sertipikat hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23 ayat (1) dan (3) Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai Atas Tanah Negara.

Penerbitan Surat Keputusan tentang penerbitan atau pemberian hak atas tanah dalam bentuk sertipikat sebagaimana pula halnya dalam penerbitan SHGB No. 132/15 Ulu atas nama PT. TOP adalah merupakan keputusan tata usaha negara (*beschikking*) dimana setiap keputusan tata usaha negara itu sebelum diterbitkan pastinya selalu melalui proses, yang juga terdiri dari rangkaian berbagai macam penetapan-penetapan atau keputusan sebelumnya, dari berbagai macam rangkaian keputusan itu apabila persyaratan penetapan-penetetapan sebelumnya sudah terpenuhi, maka

selalu diakhiri dengan keputusan tata usaha negara yang menentukan.

Setelah melalui berbagai tahapan dan proses penerbitan sebagaimana ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka berdasarkan Surat Keputusan Kepala Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional Propinsi Sumatera Selatan No. 550.2/11/26/1997 diterbitkanlah Sertipikat Hak Guna Bangunan No. 132 Kelurahan 8 Ulu Kecamatan Seberang Ulu I Tanggal Penerbitan 4 Maret 1997 dengan Gambar Situasi No. 690/1997 Tanggal 15 Februari 1997 Luas 1.653.042 M<sup>2</sup> atas nama PT. TAMAN OGAN PERMAI berkedudukan di Palembang, dimana SHGB No. 132 ini masa berlakunya adalah selama 30 (tiga puluh) tahun, artinya apabila dihitung sejak dari tahun penerbitannya, maka SHGB No. 132 ini akan berakhir atau habis masa berlakunya pada tanggal 3 Maret 2027.

Lebih kurang 12 (dua belas) tahun kemudian tepatnya pada tanggal 30 Juni 2009, terhadap SHGB No. 132/15 Ulu atas nama PT. TOP ini ada gugatan yang diajukan oleh Saudara Romi yang mengajukan gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara Palembang dengan register Perkara Nomor: 16/G/2009/PTUN-PLG dimana Saudara Romi bertindak selaku Penggugat yang dikuasakan kepada para kuasa hukumnya dalam hal ini menggugat Kepala Kantor Pertanahan Kota Palembang selaku Tergugat dan PT. Amen Mulia serta Pemerintah Propinsi Sumatera Selatan selaku Tergugat II Intervensi 1 dan 2. Adapun gugatan tersebut diajukan oleh Penggugat pada tanggal 30 Juni 2009 dan terdaftar di kepaniteraan Pengadilan Tata Usaha Negara Palembang pada tanggal 02 Juli 2009.

Bahwa setelah acara jawab menjawab telah dilaksanakan baik berupa gugatan, jawaban, replik, duplik, pemeriksaan alat bukti, saksi-saksi serta pemeriksaan fisik objek sengketa di lapangan, maka akhirnya majelis hakim

Pengadilan Tata Usaha Negara yang memeriksa perkara ini telah memutus perkara ini dengan amarnya sebagai berikut:

- Mengadili: Dalam Eksepsi: "Menyatakan Eksepsi Tergugat, Tergugat II Intervensi 1 dan Tergugat II Intervensi 2 tidak diterima. Sementara dalam Dalam pokok perkara:
1. Mengabulkan gugatan Penggugat untuk sebagian;
  2. Menyatakan batal Keputusan Tata Usaha Negara yang diterbitkan oleh Kepala Kantor Pertanahan Kota Palembang (Tergugat) berupa Sertipikat Hak Guna Bangunan No. 132 Tahun 1997 tanggal 4 Maret 1997 Luas 1.653.042 M<sup>2</sup> atas nama PT. Taman Ogan Permai;
  3. Memerintahkan Tergugat untuk mencabut Sertipikat Hak Guna Bangunan Nomor 132 Tahun 1997 tanggal 4 Maret 1997 Luas 1.653.042 M<sup>2</sup> atas nama PT. Taman Ogan Permai;
  4. Memerintahkan kepada Tergugat untuk memproses kembali Sertipikat Hak Guna Bangunan atas nama PT. Taman Ogan Permai, setelah mengurangi dan mengeluarkan luas lahan tanah milik Penggugat yang berada di dalam areal Hak Guna Bangunan objek sengketa tersebut, sesuai dengan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku;
  5. Menghukum Tergugat, Tergugat II Intervensi 1, dan Tergugat II Intervensi 2 secara tanggung renteng untuk membayar biaya yang timbul dalam perkara ini, yang dalam peradilan tingkat pertama diperhitungkan sebesar Rp.2.018.000 (dua juta delapn belas ribu rupiah);
  6. Menolak gugatan Penggugat untuk selebihnya

Bahwa terhadap putusan PTUN Palembang tersebut telah dikuatkan oleh Putusan Banding PT. TUN Medan, Putusan Kasasi MARI dan sampai akhirnya Putusan PK MARI. Semua

putusan-putusan tersebut dimenangkan oleh Penggugat (Romi). Dengan mencermati seluruh putusan-putusan tersebut di atas, dimana kesemua putusan tersebut telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewisjde*) dan seluruh putusan tersebut pada intinya memerintahkan kepada Kepala Kantor Pertanahan Kota Palembang selaku Tergugat Utama atau pihak Tereksekusi untuk melakukan hal-hal sebagai berikut:

1. Menyatakan batal Keputusan Tata Usaha Negara yang diterbitkan oleh Kepala Kantor Pertanahan Kota Palembang (Tergugat) berupa Sertipikat Hak Guna Bangunan No. 132 Tahun 1997 tanggal 4 Maret 1997 Luas 1.653.042 M2 atas nama PT. Taman Ogan Permai;
2. Memerintahkan Tergugat untuk mencabut Sertipikat Hak Guna Bangunan Nomor 132 Tahun 1997 tanggal 4 Maret 1997 Luas 1.653.042 M2 atas nama PT. Taman Ogan Permai;
3. Memerintahkan kepada Tergugat untuk memproses kembali Sertipikat Hak Guna Bangunan atas nama PT. Taman Ogan Permai, setelah mengurangi dan mengeluarkan luas lahan tanah milik Penggugat yang berada di dalam areal Hak Guna Bangunan objek sengketa tersebut, sesuai dengan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku;

Terhadap semua fakta-fakta tersebut, Kantor Pertanahan Kota Palembang tetap bersikukuh tidak melaksanakan putusan pengadilan yang telah *inkracht* tersebut dan menganggap bahwa putusan tersebut adalah *Non-Executable* dengan beberapa alasan sebagai berikut: terdapat alasan yuridis normatif dan yuridis tehknis mengapa BPN RI menginginkan agar terhadap putusan MARI No. 158/PK/TUN/2011 tentang Pembatalan SHGB No. 132 atas nama PT. TOP menjadi suatu putusan *Non-Executable*.

a. Secara yuridis normatif, putusan MARI No.

158 PK/TUN/2011 adalah putusan yang kontradiktif dengan kondisi *defacto* sertipikat objek sengketa *aquo* yang telah dikalahkan *incasu* SHGB No. 132 atas nama PT. TOP.

Putusan MARI tersebut pada pokoknya membatalkan dan mencabut SHGB No. 132 dengan total luas keseluruhan 165 Ha atas nama PT. TOP, kemudian memerintahkan Tergugat (BPN) untuk “menghidupkan” kembali SHGB No. 132 tersebut setelah mengurangi dan mengeluarkan luas lahan tanah milik Penggugat. Terhadap keputusan TUN (sertipikat) yang sudah dibatalkan oleh Putusan Pengadilan, maka tidak mungkin terhadap objek yang sudah dibatalkan tersebut dapat diproses atau “dihidupkan” kembali keberadaannya atau legalitasnya, apalagi dengan cara setelah mengurangi atau “mengeluarkan” luas lahan/tanah milik Penggugat. Di sisi lain secara *defacto* SHGB No. 132 telah di pecah-pecah menjadi ratusan sertipikat turunannya, sehingga luasnya tidak lagi seluas 165 Ha sebagaimana tercantum di dalam sertipikat objek sengketa *aquo in casu* SHGB No. 132.

b. Secara yuridis normatif, putusan MARI No. 158 PK/TUN/2011, adalah suatu putusan yang Ultra Petita.

Majelis Hakim telah mengabulkan putusan “melebihi” dari apa yang diminta oleh Pengggugat yang hanya meminta penundaan pelaksanaan terhadap SHGB No. 132 berlaku sah secara hukum sampai dengan adanya putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap. Namun putusan MARI No. 158/PK/TUN/2011 amarnya memerintahkan: mencabut dan membatalkan sertipikat objek sengketa dan kemudian memproses kembali setelah mengurangi luas tanah Penggugat.

c. Secara yuridis normatif, putusan MARI No. 158 PK/TUN/2011, melanggar Kewenangan Kompetensi Absolut.

Gugatan perkara yang diajukan oleh Penggugat (Romi) tersebut adalah menyangkut sengketa kepemilikan, yang gugatannya seharusnya diajukan ke Peradilan Umum bukan ke PTUN Palembang.

- d. Secara yuridis normatif, putusan MARI No. 158 PK/TUN/2011, diputus berdasarkan gugatan yang lewat waktu/daluarsa/verjaring. Hak untuk mengajukan gugatan batas waktunya adalah 5 (lima) tahun sejak sertipikat diterbitkan, sementara gugatan terhadap SHGB No. 132 diajukan setelah 12 (dua belas) tahun sejak sertipikat tersebut diterbitkan.
- e. Secara yuridis normatif, putusan MARI No. 158 PK/TUN/2011, di putus berdasarkan gugatan yang diajukan oleh Penggugat yang tidak mempunyai kepentingan (*Point de Interest*)  
 Sesungguhnya tanah yang di klaim oleh pihak Penggugat tersebut telah dibebaskan dan diganti rugi oleh pihak Pemerintah Propinsi Sumatera Selatan, hal ini terbukti dengan adanya Berita Acara No.02 tahun 1991 tanggal 20 Agustus 1991 dengan Nomor Persil 1059 seluas 38.600 M2 Gambar Situasi No. 556/1979 tanggal 13 Februari 1979,
- f. Secara yuridis normatif, putusan MARI No. 158 PK/TUN/2011 terdapat putusan lain yang bertentangan yaitu Putusan Pidana. Bahwa terhadap Romi sendiri selaku Penggugat sebelum putusan PTUN dijatuhkan, sudah terlebih dahulu ada putusan pidananya, karena alas hak yang dipergunakan oleh Penggugat (Romi) untuk mengajukan gugatan ke PTUN adalah palsu, sehingga Romi (Penggugat) telah pula dijatuhi hukuman pidana penjara akibat dari adanya pemalsuan terhadap akta otentik tersebut. Jadi dalam hal ini, terdapat kondisi yang sangat kontradiktif yaitu, selain alas hak yang digunakan oleh Penggugat untuk menggugat telah terbukti palsu yang

kemudian pelakunya (Romi/Penggugat) juga telah dijatuhi hukuman pidana penjara namun disisi lain gugatan tersebut justru dimenangkan oleh Romi/Penggugat, artinya terhadap putusan PTUN yang telah *inkracht* tersebut terdapat juga putusan lain yang amarnya bertentangan/kontradiktif satu dengan lainnya.

Selain berdasarkan alasan yuridis normatif terhadap Putusan PK MARI No. 158 PK/TUN/2011 secara Yuridis Tehnis juga terdapat kondisi-kondisi yang membuat Kepala Kantor Pertanahan Kota Palembang tidak dapat memenuhi atau melaksanakan isi putusan yang telah *inkracht* tersebut dan menginginkan agar putusan tersebut dapat dinyatakan sebagai putusan yang bersifat *Non-Executable*.

Alasan yuridis tehnis tersebut adalah:

1. Secara yuridis tehnis menyangkut faktor keamanan

Secara *defacto* saat ini SHGB No. 132 tersebut adalah menyangkut kepemilikan terhadap ratusan kepala keluarga atau masyarakat sebagai pemilik sertipikat pecahan atau turunan dari SHGB No. 132 tersebut.

Oleh karena itu, apabila SHGB No. 132 ini dibatalkan sebagai konsekuensi pelaksanaan MARI No. 158/PK/TUN/2011, maka yang akan terjadi adalah terhadap seluruh sertipikat-sertipikat pecahan atau turunan dari SHGB No. 132 tadi yang jumlahnya sudah mencapai ratusan sertipikat milik dari ratusan penduduk masyarakat akan ikut BATAL juga secara administrasi.

Bagi para pemilik sertipikat turunan ini tadi, yang jumlahnya sudah mencapai ratusan kepala keluarga tentu akan melakukan “penolakan” atau “demo” besar-besaran akan hal ini, dan tidak menutup kemungkinan akan terjadi konflik yang besar atau bahkan “pertumpahan darah” demi mempertahankan hak milik mereka tadi. Belum lagi terhadap bangunan-bangunan yang “notabene” penguasaan dan pengelolaannya adalah pihak “pemerintah”

dalam hal ini Pemprov. Sumsel. Bisa dibayangkan dampak “kekacauan” dan “kericuhan” yang akan terjadi bila putusan tersebut harus dieksekusi.

## 2. Secara yuridis teknis menyangkut faktor biaya

Secara tehnik, untuk dapat dilaksanakannya proses pembatalan menuntut adanya mekanisme tersendiri yang tidak mudah dan menyangkut biaya-biaya administrasi yang harus disetorkan ke kas negara sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Oleh karena itu patut untuk menjadi pertimbangan serius adalah: harus dibebankan kepada siapa biaya pembatalan terhadap ratusan sertifikat turunan atau pecahan dari SHGB No. 132 tadi yang jumlahnya apabila dikalkulasikan dengan jumlah sertifikat yang harus dibatalkan mencapai milyaran rupiah. Dalam kondisi “normal” berdasarkan peraturan perundangan yang berlaku, biaya untuk pelaksanaan pembatalan terhadap sertifikat, dibebankan kepada pihak pemohon pembatalan atau pemilik sertifikat itu sendiri. Maka dalam hal ini tidak mungkin seluruh biaya pembatalan tadi akan dibebankan kepada pihak pemenang putusan maupun kepada para pemilik sertifikat turunan yang harus dibatalkan tadi.

## 3. Secara yuridis teknis menyangkut faktor kepastian “status” objek yang akan dibatalkan

Ketika Gugatan diajukan *legal standing* PT. TOP itu sudah tidak ada lagi karena PT. TOP tersebut sudah dibubarkan berdasarkan Pengumuman Pembubaran Likuidasi PT. TOP sejak tanggal 26 Desember 2001 dan telah diumumkan dalam Berita Negara tanggal 15 Maret 2002, sehingga dengan demikian putusan PTUN yang telah *inkracht* tersebut senyatanya sudah tidak mengikat lagi kepada PT. TOP.

PT. TOP sendiri adalah gabungan kepemilikan dari PT. Amen Mulia dan Pemprov. Sumsel yang pada saat didirikan pihak Pemprov. Sumsel diwakili oleh Gubernur Sumsel. Artinya terhadap SHGB No. 132 tersebut

kepemilikannya selain daripada PT. Amen Mulia juga ada kepemilikan dari pihak Pemprov. Sumsel. Dengan kata lain terhadap lahan yang termasuk dalam areal SHGB No.132 tersebut menyangkut juga Aset Daerah dalam hal ini aset Pemprov Sumsel.

Selain itu, terhadap SHGB No. 132 atas nama PT. TOP tersebut pada saat gugatan diajukan sampai dengan putusan telah *inkracht*, keberadaannya sudah dipecah menjadi 26 SHGB induk, yang kemudian masing-masing pecahan dari ke-26 SHGB tadi telah dipecah-pecah lagi menjadi ratusan pecahan lainnya. Masing-masing pemilik sertifikat pecahan tadi sebagian besar telah mengagunkan sertifikat tersebut kepada beberapa bank dalam rangka untuk mendapatkan fasilitas kredit pinjaman dll. Artinya terhadap SHGB No.132 yang akan dibatalkan tersebut adalah juga menyangkut Uang Negara.

Oleh karena itu merujuk kepada beberapa kompleksitas “status” keberadaan SHGB No. 132 itu sendiri, sehingga menjadi salah satu alasan BPN untuk menjadikan putusan MARI No. 158/PK/TUN/2011 menjadi putusan “*Non-Executable*”.

1. Peranan BPN RI dalam rangka usaha untuk mewujudkan agar terhadap putusan MARI No. 158/PK/TUN/2011 tentang Pembatalan SHGB No. 132 atas nama PT. TOP menjadi putusan *Non-Executable* adalah:
  - a. Melaporkan kepada Ketua PTUN Palembang bahwa terhadap Putusan MARI No. 158/PK/TUN/2011 tersebut, BPN Kota Palembang selaku Tergugat tidak dapat melaksanakannya berdasarkan pertimbangan faktor yuridis normatif dan yuridis tehnik.
  - b. Memanggil para pihak yang terlibat langsung dalam perkara ini serta mengupayakan perdamaian antara pihak Penggugat dengan Tergugat Intervensi. Dimana dalam perdamaian tersebut

dengan berdasarkan kesepakatan dari semua pihak baik dari pihak Romi selaku Penggugat maupun pihak PT. Amen Mulia dan Pemprov Sumsel selaku pemilik SHGB No. 132 di tetapkan bahwa dari Pihak Amen Mulia dan Pemprov Sumsel “menyetujui” bahwa terhadap tanah yang diklaim oleh pihak Penggugat akan dikeluarkan atau di “inclave” dari SHGB No. 132 untuk selanjutnya akan di proses penerbitan SHM atas nama Penggugat, sedangkan bagi pihak Penggugat selaku pemenang putusan “menyetujui” bahwa terhadap putusan MARI No. 158/PK/TUN/2011 yang amar putusannya pada intinya memerintahkan BPN untuk melaksanakan pembatalan terhadap SHGB No. 132 bisa untuk “tidak” dilaksanakan oleh Tergugat (BPN).

- c. Melegalkan perjanjian perdamaian tersebut dalam bentuk akta otentik yang ditandatangani oleh pejabat yang berwenang dalam hal ini Notaris/PPAT setempat.
- d. Mendaftarkan akta perjanjian yang telah dilegalkan dalam bentuk akta notaris tersebut ke Pengadilan Negeri Klas IA Palembang untuk mendapatkan Penetapan dari Ketua PN bahwa terhadap putusan MARI No. 158/PK/TUN/2011 tentang Pembatalan terhadap SHGB No. 132 atas nama PT. TOP sebagai suatu putusan *non-executable*.

2. Bentuk perlindungan hukum terhadap pihak pemenang putusan serta terhadap para pemilik sertipikat turunan dari sertipikat induk SHGB No. 132 atas nama PT. TOP adalah:

Terhadap Penggugat (pihak pemenang putusan), pemberian akan hak-haknya sebagaimana yang telah dimenangkannya dalam putusan tetap dapat terpenuhi, sedangkan hak-

hak keperdataan terhadap para pemilik sertipikat pecahan dari SHGB No. 132 tetap dapat diberikan perlindungan hukumnya. Artinya walaupun terhadap pihak Pemenang putusan hak-hak nya tetap dapat dipenuhi namun tanpa mengorbankan hak-hak keperdataan dari masyarakat banyak lainnya dalam hal ini para pemilik sertipikat pecahan atau turunan dari SHBG No. 132 tersebut.

### III. SIMPULAN

Merujuk adanya fenomena putusan pengadilan yang tidak dapat dilaksanakan, khususnya putusan PTUN yang amar putusannya ada perintah bagi BPN untuk melaksanakan pembatalan terhadap SHT, penulis merekomendasikan:

1. Melakukan revisi dan selanjutnya memasukkan kriteria mengenai putusan *non-executable* dalam tataran Undang-Undang, khususnya mengenai upaya paksa sebagaimana yang diatur di dalam UU No. 5 Tahun 1986 beserta perubahannya tentang PTUN serta sanksi administrasi pemecatan sebagaimana yang telah diatur dalam UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Berdasarkan fakta yang ada bahwa pembentuk undang-undang selama ini hanya “berkutut” pada upaya paksa yang akan dikenakan kepada pejabat yang tidak melaksanakan putusan pengadilan baik berupa pembayaran uang ganti rugi (*dwangsom*), serta pengumuman di media massa atau media cetak sebagaimana yang telah diatur dalam UU No. 5 Tahun 1986 beserta perubahannya tentang PTUN maupun sanksi administrasi berupa pemecatan dari jabatan sebagaimana yang telah diatur dalam UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Padahal terhadap kategori putusan pengadilan yang tidak dapat dilaksanakan (*non-executable*) tidaklah dapat dikenakan upaya paksa apalagi

sampai adanya sanksi pemecatan, karena dalam posisi ini ada kalanya pihak tereksekusi atau tergugat berniat untuk melaksanakan tapi terkendala oleh faktor teknis dan semata-mata atas dasar demi keadilan dan kepentingan masyarakat banyak.

2. Setelah dilakukan revisi dalam tataran Undang-Undang sebagaimana point 1 (satu) di atas, agar dalam tataran peraturan pelaksana dalam hal ini Peraturan Menteri Pengganti Perkabab No.3 Tahun 2011 yang saat ini sedang dalam tahap proses penyelesaian oleh Tim di Kementerian Agraria dan Tata Ruang/BPN RI untuk memasukkan atau mengatur secara khusus mengenai kriteria-kriteria putusan-putusan yang dijadikan patokan untuk dapat dijadikan sebagai putusan yang *Non-Executable* serta alternatif penyelesaian yang dapat ditempuh oleh BPN RI selaku pihak tergugat sekaligus sebagai eksekutor putusan, khususnya terhadap putusan PTUN yang amarnya memerintahkan BPN untuk melaksanakan pembatalan terhadap SHT. Sehingga selain akan ada payung hukum yang jelas bagi pihak BPN selaku pejabat yang diberi wewenang untuk mengeksekusi putusan apabila putusan pengadilan tersebut secara *defacto* di lapangan tidak dapat untuk dilaksanakan atau *non-executable*. Di sisi lain juga akan terpenuhinya perlindungan hukum, kepastian hukum serta keadilan dan kemanfaatan baik bagi pihak pemenang putusan/penggugat maupun terhadap tergugat dan pihak-pihak terkait lainnya dalam hal ini masyarakat banyak.
3. Terhadap para Hakim khususnya yang memeriksa dan mengadili perkara pertanahan agar dalam memberikan putusan selain berdasarkan kondisi *defacto* terhadap objek sengketa yang sudah berjalan juga lebih memperhatikan asas-asas dalam hukum adat

antara lain asas Konkret, asas Kontan/Tunai dan asas Komunal sebagai dasar pertimbangan putusan.

## DAFTAR PUSTAKA

### I. BUKU

- Achmat Ali, (2002), *Menguak Tabir Hukum, Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Jakarta: Gunung Agung.
- A.V. Dicey, *Introduction to the study of the Law and the Constitution*, Ninth Edition, MacMilland and CO, London 1952,
- Henry Campbell Black, 1991, *Black's Law Dictionary: Definition Of the Term and Phrases of American and English Jurisprudence*, Ancient and Modern, St Paul, Minn; West Publishing Co;
- Rusmadi Murad, (2007) *Menyingkap Tabir Masalah Pertanahan*, Bandung: Mandar Maju.
- Umar Dani. 2015, *Putusan Pengadilan Non-Executable Proses dan Dinamika Dalam Konteks PTUN*, Genta Press, Yogyakarta.
- Supandi, *Kepatuhan Hukum Pejabat Dalam Menaati putusan Pengadilan Tata Usaha Negara di Medan*, Ringkasan Penelitian (Disertasi) pada Universitas Sumatera. Utara., Medan, 2005;
- Supandi, *Problematika Penerapan Eksekusi 1"utusan Peraturl Terhadap Pejabat TUN Daerah*, Makalah Workshop, Jakarta, 28 Agustus 2004;

### Peraturan Perundang-Undangan

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria
- Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara
- Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (Lembar Negara Republik Indonesia Tahun 2011, Nomor 82).
- Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran.
- Peraturan Presiden Nomor 10 Tahun 2006 sebagaimana yang telah diganti dengan Perpres No.63 Tahun 2013 tentang Badan Pertanahan Nasional.
- Surat Edaran Kepala Badan Pertanahan Nasional tanggal 19 Juli 2000, Nomor: 500-2147 yang ditujukan kepada Seluruh Kepala Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional dan Kepala Kantor Pertanahan Kabupaten/Kota se Indonesia.
- Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2006 sebagaimana yang telah diganti dengan Peraturan Kepala BPN RI No. 1 Tahun 2014 tentang Organisasi dan Tata Kerja Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia.
- Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2006 tentang Organisasi dan Tata Kerja Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional dan Kantor Pertanahan.
- Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Pengkajian dan Penanganan Kasus Pertanahan.
- Keputusan Presiden (Keppres) No 34 Tahun 2003 tentang Kebijakan Nasional di Bidang Pertanahan

*Irwan Safaruddin Harahap*

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Tapanuli Selatan.  
Jl. St. Mohd. Arief No. 32 Padangsidempuan Sumatra Utara 22716, Email:  
irwansshmh@gmail.com.

# Perlindungan Hukum Terhadap Anak Korban Kejahatan Seksual dalam Perspektif Hukum Progresif

Naskah Masuk: 11 Maret 2016 // Naskah Diterima: 13 Mei 2016

DOI: 10.18196/jmh.2015.0066.37-47

## **ABSTRACT**

A child has the right in the same as like own adult people. There are not many people that have thought to do certain things with Children's right protection. So there are some efforts to protect children's right that have been broken by country, adult, their environment, or their parents that did not give much attention to their future. Whereas, child as the soul and the reflection of the future, family asset, religion, and nation. Child get bad experience, like children exploitation, children abuse, being sex toy, child labor, abandoned, become the street children, victims of drug trafficking. Universally, Indonesia in breaking of the children's right in real or nonreal become a normal and common image as mass media gives news about that. Indonesia as a law nation based on Pancasila must give a law protection to society, because of that the law protection will produce confession and human rights protection in his shape as individual creatures and social creatures in a unitary state that uphold family spirit in order to attain public welfare. Law enforcement to child victims of sexual crime in North Sumatra conceptually has been located on the harmonizing relations of the values which span the hierarchy activities in good rules and with attitude as series value hierarchy, to build, maintain, and defend the peacefulness social life, conception that has basic philosophy that makes more solid. Construction law to protection children victims of sexual crime in progressive law perspective is an ideology and dedication of the perpetrators of law got the first place to do a dignification.

Key Words: Law Protection, Crime Victims, Progressives Law

## **ABSTRAK**

Anak mempunyai hak asasi, sebagaimana yang dimiliki orang dewasa, perlindungan hak anak tidak banyak pihak yang turut memikirkan dan melakukan langkah-langkah konkrit. Demikian juga upaya untuk melindungi hak-hak anak yang dilanggar yang dilakukan oleh Negara, orang dewasa, lingkungan sendiri atau orang tuanya yang tidak begitu menaruh perhatian akan kepentingan masa depan anak. Padahal anak merupakan belahan jiwa, gambaran dan cermin masa depan, aset keluarga, agama, bangsa dan Negara. Indonesia sebagai Negara hukum berdasarkan Pancasila haruslah memberikan perlindungan hukum terhadap warga masyarakatnya karena perlindungan hukum akan melahirkan pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia dalam wujudnya sebagai makhluk individu dan makhluk sosial dalam wadah Negara kesatuan yang menjunjung tinggi semangat kekeluargaan demi tercapainya kesejahteraan masyarakat. Penegakan hukum terhadap anak korban kejahatan seksual di Propinsi Sumatera Utara Secara konseptual terletak pada kegiatan menyeraskan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan dalam kaidah yang bagus pada sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup, konsepsi yang mempunyai dasar filosofis sehingga akan tampak lebih konkrit. Pembangunan hukum terhadap perlindungan anak korban kejahatan seksual dalam perspektif hukum progresif adalah berupa ideologi dan dedikasi para pelaku hukum mendapat tempat yang utama untuk melakukan pemulihan.

Kata Kunci: Perlindungan Hukum, Anak Korban Kejahatan, Hukum Progresif

## I. PENDAHULUAN

Setiap anak mempunyai hak asasi, sebagaimana hak yang dimiliki oleh orang dewasa, tidak banyak pihak yang turut memikirkan dan mau melakukan langkah-langkah konkret untuk melindungi hak anak. Anak merupakan individu yang belum matang baik secara fisik, maupun mental apalagi sosialnya. Sehingga jika dibandingkan dengan orang dewasa, jelas anak akan lebih beresiko terhadap kekerasan dan penelantaran. Secara garis besar, dampak kekerasan terhadap anak antara lain:

- a. Anak menjadi negatif dan agresif serta mudah frustrasi.
- b. Menjadi sangat pasif dan apatis.
- c. Tidak mempunyai kepribadian sendiri, apa yang dilakukan sepanjang hidupnya hanyalah memenuhi keinginan orangtuanya.
- d. Rendah diri
- e. Sulit menjalin relasi dengan individu lain.

Perbuatan kejahatan seksual selalu terkait dengan perbuatan tubuh atau bagian tubuh terutama pada bagian-bagian yang dapat merangsang nafsu seksual (Sugandhi, 1981: 309). Kehadiran hukum progresif bukanlah sesuatu yang lahir tanpa penyebab, hukum progresif terlahir karena bagian dari proses pencarian keadilan dan kebenaran (*searching for the truth*) yang tidak dapat, tidak pernah berhenti. Hal ini dipertegas lagi dengan pandangan Satjipto Rahardjo (Rahardjo, 2006: 3), bahwa hukum progresif dapat dipandang sebagai konsep yang mencari jati diri, bertolak dengan realitas empirik tentang bekerjanya hukum ditengah masyarakat berupa ketidakpuasan terhadap kineja dalam kualitas penegak hukum.

Berdasarkan latar belakang masalah di atas, maka dalam penelitian ini dirumuskan masalah sebagai berikut: (1) Bagaimana konsep perlindungan hukum terhadap anak korban kejahatan seksual menurut hukum positif? (2)

Bagaimana penegakan hukum terhadap anak korban kejahatan seksual di Sumatera Utara? (3) Bagaimana pembangunan hukum terhadap perlindungan anak korban kejahatan seksual dalam perspektif hukum progresif?

## II. METODE PENELITIAN

### A. Pendekatan dan Sifat Penelitian

Metode pendekatan Normatif, hukum di identifikasikan sebagai norma peraturan atau Undang-Undang (UU). Sedangkan sifat penelitiannya deskriptif untuk melihat hukum dalam arti nyata, dan meneliti bagaimana bekerjanya hukum di lingkungan masyarakat (Ali, 2012: 72).

### B. Jenis dan Sumber Data Penelitian

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian kepustakaan. Dengan memakai bahan-bahan hukum, sebagai upaya untuk menghasilkan argumentasi, teori dan konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi. Sumber data dalam penelitian dengan memakai bahan hukum Primer, dan bahan Hukum Sekunder. ini akan meneliti efektivitas suatu undang-undang.

### C. Pengolahan dan Analisis Data

Pengelolaan dan analisis data yang digunakan dalam penelitian ini menggunakan metode kualitatif, dengan cara memadukan antara penelitian kepustakaan dan penelitian lapangan. Serta membandingkan peraturan-peraturan, ketentuan-ketentuan tentang penggunaan hukum progresif terhadap perlindungan anak korban kejahatan seksual dalam hukum progresif.

## II. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

### A. KAJIAN TENTANG KEJAHATAN

Di dalam diri manusia selalu ada kemauan untuk hidup yang menjadi sumber bagi potensi-potensi kreativitas. Namun seiring dengan hal itu, pada diri manusia juga selalu ada kemauan

untuk berkuasa yang menjadi sumber berbagai tindakan destruksi manusia. Dikatakan destruksi, karena kemauan untuk berkuasa tidak pernah mengenal kata akhir, tidak pernah mengenal batas, tidak pernah mengenal kata cukup. Konflik-konflik manusia yang mengakibatkan banyaknya malapetaka adalah konflik-konflik antara kemauan untuk berkuasa dengan kemauan untuk berkuasa lainnya (Simanjuntak, 1981: 44). Akibat yang ditimbulkan menjadi tolak ukur suatu kejahatan, apakah modus kejahatan itu berkategori ringan ataukah pemberatan dan mengakibatkan penderitaan luar biasa. Secara yuridis formal, kejahatan adalah semua perbuatan manusia yang memenuhi perumusan ketentuan hukum pidana secara definitif yang dinyatakan sebagai perbuatan kejahatan (Utrecht, 1986: 253). Hal ini dipertegas lagi oleh Wirjono Prodjodikoro bahwa tindak pidana berarti suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenai hukuman pidana (Wirjono Prodjodikoro, 2003: 59). Dilihat dari sudut formil, kejahatan adalah suatu perbuatan yang oleh masyarakat (dalam hal ini negara) diberi pidana. Hukum pidana semacam ini tidak bertujuan melindungi masyarakat tetapi memperkuat alasan atau menentang perbuatan sewenang-wenang dari penguasa. jauh lagi kejahatan merupakan sebagian dari perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan (Bonger, 1982: 19-20).

Sementara, kejahatan kesusilaan atau moral offences dari pelecehan seksual atau sexual harassment merupakan dua bentuk pelanggaran atas kesusilaan yang bukan saja merupakan masalah hukum nasional suatu negara, melainkan sudah merupakan masalah hukum semua negara di dunia atau merupakan masalah global (Atmasasmita, 1995: 103). Pertama adalah faktor yang berasal atau terdapat dalam diri si pelaku dengan maksud bahwa yang mempengaruhi seseorang untuk melakukan

sebuah kejahatan itu timbul dari dalam diri si pelaku itu sendiri yang didasari oleh faktor keturunan dan kejiwaan (penyakit jiwa). Faktor yang kedua adalah faktor yang berasal atau terdapat di luar diri pribadi si pelaku maksudnya adalah yang mempengaruhi seseorang untuk melakukan suatu kejahatan itu timbul dari luar diri si pelaku itu sendiri yang didasari oleh faktor rumah tangga, serta factor tehnologi dan lingkungan (Hamzah, 1986: 64).

## **B. PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP ANAK KORBAN KEJAHATAN SEKSUAL**

### **1. Pengertian Korban**

Pengertian korban seperti yang tercantum dalam Pasal 1 angka(2) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban menyatakan bahwa korban adalah seseorang yang mengalami penderitaan fisik, mental, atau kerugian ekonomi yang diakibatkan oleh suatu tindak pidana (Kurnia, 2005: 6-7). Korban suatu tindak pidana (kejahatan) seringkali dibuat kecewa oleh praktik-praktik penyelenggaraan hukum yang lebih condong memperhatikan dan bahkan melindungi hak-hak asasi tersangka, sedangkan hak-hak asasi korban lebih banyak diabaikan (Marzuki, 1995: 197).

### **2. Bentuk-Bentuk Perlindungan Anak**

Masalah anak memang bukan suatu masalah kecil, akan tetapi anak adalah sebagai generasi penerus bangsa dan negara. Faktor yang mendukung pelayanan terhadap anak korban kejahatan, ini dipertegas lagi oleh Arif Gosita adalah sebagai berikut:

- a. Keinginan untuk mengembangkan perlakuan adil terhadap anak dan peningkatan kesejahteraan anak.
- b. Hukum kesejahteraan yang dapat mendukung pelaksanaan pelayanan terhadap anak korban kejahatan.
- c. Sarana yang dapat dimanfaatkan untuk melaksanakan pelayanan terhadap anak

korban kejahatan (Gosita, 241).

Oleh karena itu, merupakan kewajiban bagi generasi terdahulu untuk menjamin, memelihara, dan mengamankan kepentingan anak. Pemeliharaan, jaminan, dan pengamanan kepentingan tersebut selayaknya dilakukan oleh pihak-pihak yang mengasuhnya yaitu keluarga. Dilihat dari Teori Perlindungan Hukum, Perlindungan anak merupakan suatu usaha yang mengadakan situasi dan kondisi yang memungkinkan pelaksanaan hak dan kewajiban anak secara manusiawi.

Implementasi perlindungan hukum bagi anak sebagai korban ternyata belum maksimal sebagaimana yang diberikan oleh undang-undang. Walaupun belum maksimal, namun ada beberapa bentuk perlindungan hukum yang sudah diberikan kepada anak sebagai korban sesuai Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 yang terdapat pada Pasal 64 ayat (3), bahwa anak sebagai korban mendapatkan:

1. Rehabilitasi baik dalam lembaga maupun luar lembaga
2. Upaya perlindungan dan pemberitaan identitas melalui media massa untuk menghindari labelisasi
3. Pemberian jaminan keselamatan bagi saksi korban dan saksi ahli baik fisik, mental, maupun sosial
4. Pemberian aksesibilitas untuk mendapatkan informasi mengenai perkembangan perkara (Yulia, 2010: 196).

## C. HUKUM PROGRESIF

### 1. Pengertian Hukum

Dalam fungsinya, hukum sebagai perlindungan kepentingan manusia, hukum mempunyai tujuan. Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Adapun tujuan pokok hukum untuk menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban, dan keseimbangan. Dalam pengertian lain, hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar

perorangan didalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum (Mas, 2004: 72).

Sistem Hukum tidak hanya mengacu pada aturan (*codes of rules*) dan peraturan (*regulations*), namun mencakup bidang yang luas, meliputi struktur, lembaga dari proses (*procedure*) yang mengisinya terkait dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*), dan budaya hukum (*legal structure*). Menurut Lawrence M Friedman, unsur dari sistem hukum terdiri dari struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*) dan budaya hukum (*legal culture*).

Fungsi utama hukum yaitu mengatur ketertiban merupakan syarat dasar bagi adanya suatu masyarakat, kebutuhan akan ketertiban merupakan fakta dan kebutuhan objektif bagi setiap masyarakat manusia. Tujuan hukum adalah untuk mewujudkan keadilan. Hukum ada atau diadakan adalah untuk mengatur dan menciptakan keseimbangan atau harmonisasi kepentingan manusia, ketiga tujuan ini sering diungkapkan secara terpisah dan dianggap sebagai suatu proses yang saling menentukan satu sama lain, yaitu: kepastian, keteraturan, ketertiban, dan keadilan.

Keteraturan tidak mungkin terwujud tanpa kepastian dan orang tidak mungkin mempersoalkan keadilan dalam ketidakteraturan. Dalam fungsinya, hukum sebagai perlindungan kepentingan manusia, hukum mempunyai tujuan. Dalam pengertian lain, hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar perorangan didalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum (Mertokusumo, 1999: 71).

### 2. Hukum Progresif

Gagasan hukum progresif muncul karena prihatin terhadap kualitas penegakan hukum di

Indonesia terutama sejak terjadinya reformasi pertengahan tahun 1997. Jika fungsi hukum dimaksudkan untuk turut serta memecahkan persoalan kemasyarakatan secara ideal, maka yang dialami di Indonesia sekarang ini adalah sangat bertolak belakang dengan cita-cita ideal tersebut (Rahardjo, 2005: 3-5).

Berkaitan dengan hal tersebut, maka hukum tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar. Tetapi pada hakekatnya teori-teori hukum yang ada berakar pada kedua faktor tersebut. Semakin landasan suatu teori bergeser ke faktor hukum, semakin suatu teori menganggap hukum sesuatu yang mutlak-otonom dan final. Semakin bergeser kemanusiaan, semakin teori tersebut ingin memberikan ruang kepada faktor manusia ((Rahardjo, 2005: 3-5).

#### **D. PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP ANAK KORBAN KEJAHATAN SEKSUAL MENURUT HUKUM POSITIF**

Perlindungan hukum terhadap anak merupakan upaya perlindungan berbagai kebebasan hak asasi anak (fundamental rights and freedom of children), serta berbagai kepentingan yang berhubungan dengan kesejahteraan anak. Perlindungan hukum bagi anak mencakup lingkup yang luas. Dalam perspektif kenegaraan, negara melindungi warga negaranya termasuk didalamnya terhadap anak dapat di temukan dalam pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 yang tercermin pada alinea Ke-IV, didalam penjabarannya BAB XA tentang Hak Asasi Manusia, khususnya untuk perlindungan terhadap anak, Pasal 28B ayat (2) UUD1945 dinyatakan bahwa setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Perlindungan hukum adalah segala daya upaya yang dilakukan secara sadar oleh setiap orang maupun lembaga pemerintah, bahkan

swasta yang bertujuan mengusahakan pengamanan, penguasaan, dan pemenuhan kesejahteraan hidup sesuai dengan hak-hak asasi yang ada (UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak-hak Asasi Manusia).

Definisi mengenai pengertian anak dapat dilihat dari berbagai macam peraturan perundang-undangan sebagai berikut:

##### 1. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata)

Menurut KUHPerdata batas kedewasaan anak diatur dalam Buku I pada Pasal 330KUHPerdata yang menyatakan bahwa, belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap dua puluh satu tahun, dan tidak lebih dahulu kawin.

##### 2. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Didalam Pasal 45 KUHP disebutkan bahwa dalam menuntut anak yang belum cukup umur (minderjaring) karena melakukan perbuatan sebelum umur enam belas tahun, hakim dapat memutuskan sebagai berikut:

a. Memerintahkan supaya yang bersalah dikembalikan kepada orangtuanya, walinya atau pemeliharanya, tanpa dipidana apapun.

b. Memerintahkan supaya yang bersalah diserahkan kepada pemerintah, tanpa dipidana apapun.

Selanjutnya pandangan hukum positif terhadap perlindungan anak korban kejahatan seksual dilihat dari:

##### 1. UU No.13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban.

Hak asasi manusia merupakan hak dasar, pemberian Tuhan yang dimiliki manusia selama hidup dan sesudahnya, serta tidak dapat dicabut dengan semau-maunya tanpa ketentuan hukum yang ada, jelas, dan benar. Selanjutnya, dipertegas lagi oleh Muladi alasan perlunya negara memberikan perlindungan terhadap korban individu maupun perlindungan bagi masyarakat harus berdasarkan argumen kontrak

sosial dan argumen solidaritas social (Muchsin, 2007: 31). Guna mencapai tujuan tersebut, maka pelaksanaan perlindungan tidak boleh dipisahkan dari prinsip-prinsip dasar perlindungan anak dalam konvensi hak anak dan kebudayaan.

### **E. KEDUDUKAN KORBAN TINDAK PIDANA SEKSUAL DALAM SISTEM PERADILAN PIDANA INDONESIA**

Peradilan pidana (the juvenile justice system) merupakan salah satu bentuk perlindungan yang diberikan hukum kepada anak yang telah melakukan tindak pidana. Orientasi dari keseluruhan proses peradilan pidana anak ini harus ditujukan pada kesejahteraan anak itu sendiri, dengan dilandasi prinsip kepentingan terbaik bagi anak (the best interest for children) bahwa adanya dua sasaran dibentuknya peradilan anak, yaitu:

1. Memajukan kesejahteraan anak (the promotion of the well being of the juvenile), berarti prinsip kesejahteraan anak ini harus dipandang sebagai fokus utama dalam sistem peradilan anak. Prinsip ini dapat dijadikan dasar untuk tidak menerapkan penggunaan sanksi yang semata-mata bersifat pidana, atau yang bersifat menghukum.
2. Mengedepankan prinsip proporsionalitas (the principle of proporsionality), merupakan sarana untuk mengekang penggunaan sanksi yang bersifat menghukum dalam arti membalas. Hal ini dipertegas Paul H. Hann mengemukakan pendapatnya bahwa pengadilan anak janganlah semata-mata sebagai suatu peradilan pidana bagi anak dan tidak pula harus berfungsi semata-mata sebagai suatu lembaga social (Muladi, 1992: 114).

Jaminan umum yang dimaksud tersebut adalah jaminan-jaminan yang bersifat prosedural yang paling mendasar, antara lain:

1. Hak untuk diberitahukannya tuduhan,

2. Hak untuk tetap diam,
3. Hak untuk memperoleh penasehat hukum,
4. Hak untuk hadirnya orang tua/wali,
5. Hak untuk menghadapkan saksi dan pemeriksaan silang para saksi
6. Hak untuk banding ke tingkat yang lebih tinggi.

### **F. PENERAPAN DIVERSI DALAM PERSIDANGAN ANAK**

Dalam Pasal 5 ayat(1) menyatakan bahwa sistem peradilan pidana anak wajib mengutamakan pendekatan keadilan restoratif, keadilan restoratif yang dimaksud dalam Pasal 5 tersebut adalah kewajiban melaksanakan diversi. Diversi diartikan sebagai pengalihan. Hal ini dipertegas lagi oleh Romli Artasasmita bahwa diversi yaitu kemungkinan hakim menghentikan atau mengalihkan/tidak meneruskan pemeriksaan perkara dan pemeriksaan terhadap anak selama proses pemeriksaan dimuka sidang (Wahyudi, 2011: 14).

### **G. KENDALA PENERAPAN UNDANG-UNDANG PERLINDUNGAN ANAK**

Banyaknya kekurangan didalam peraturan Perundang- undangan yang secara terpisah mengatur tentang perlindungan saksi dan Korban yang seharusnya secara hukum banyak pihak yang dijadikan saksi engan untuk menjadi saksi. Hal ini karena merasa terancam jiwa dan keluarganya terhadap apa yang disampaikan, baik ditingkat penyidikan sampai di Pengadilan.

Bahkan yang semulanya menjadi saksi akan tetapi akhirnya ditetapkan sebagai tersangka.

Oleh karena itu, baik saksi korban dan pelapor dalam perkara anak mesti mendapatkan perlindungan dan bantuan hukum.

Implementasi Undang Undang Perlindungan Anak (UUPA) di Indonesia dirasa masih sangat sulit diberlakukan secara sungguh-sungguh dan masih menjadi kendala. Penyebabnya tidak lain

dari banyaknya yang turut menjadi konsumen atau pengguna jasa pekerja seks anak.

Selanjutnya Satjipto Raharjo mendeskripsikan bahwa lemahnya penegakan hukum pada hakikatnya merupakan penegakan ide-ide atau konsep-konsep tentang keadilan, kebenaran, kemanfaatan sosial. Penegakan hukum merupakan usaha untuk mewujudkan ide dari konsep-konsep yang menjadi kenyataan. Penegakan hukum dan penggunaan hukum adalah dua hal yang berbeda. Seseorang dapat menegakkan hukum untuk memberikan keadilan, tetapi seseorang juga dapat menegakkan hukum untuk digunakan bagi pencapaian tujuan atau kepentingan lain, menegakkan hukum tidak persis sama dengan menggunakan hukum.

Menurut Black's Law Dictionary, penegakan hukum merupakan usaha untuk menegakkan norma-norma dari kaidah-kaidah hukum sekaligus nilai-nilai yang ada di belakangnya. aparat penegak hukum hendaknya memahami benar-benar jiwa hukum (*legal spirit*) yang mendasari peraturan hukum yang harus ditegakkan, terkait dengan berbagai dinamika yang terjadi dalam proses pembuatan perundang-undangan (*law making process*).

Mengingat kasus kekerasan pada anak biasanya lebih banyak terjadi pada anak dari kalangan bawah, sebagai contoh, pihak kepolisian umumnya akan malas menanganinya. Karenanya, kasus-kasus anak itu tidak bisa dijadikan lahan memperoleh uang. Sebaliknya, kalau pelaku kekerasan berasal dari golongan kaya, yang mampu membayar polisi, jaksa dan hakim, pelaku akan dibebaskan dengan mudah, dan layak (Hanafi, 1986: 255). Dalam konteks Negara Indonesia, keadilan yang hendak diwujudkan sesuai dengan yang tertuang dalam sila ke 3 Pancasila. Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Dengan demikian, sistem tidak hanya untuk memidana pelaku tetapi mewujudkan keadilan bagi korban kejahatan

dan memanusiakan manusia yang sesuai dengan tujuan hukum progresif.

## H. UNSUR-UNSUR DALAM PENEGAKAN HUKUM TERHADAP ANAK KORBAN KEJAHATAN SEKSUAL

### 1. Pengadilan

Pengaturan mengenai badan pengadilan dalam sistem hukum dimasukkan ke dalam kategori kekuasaan kehakiman. Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan, guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya negara hukum. Lebih lanjut dalam penyelenggaraan kekuasaan kehakiman diserahkan kepada badan peradilan dengan tugas pokok untuk menerima, memeriksa, mengadili, serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan (Rahardjo, 2009: 12).

Tugas menyelenggarakan peradilan yang diperinci ke dalam kegiatan-kegiatan menerima, memeriksa, dan mengadili perkara. Pengadilan di dalam melakukan penegakan hukum, dengan cara mengadili seperti yang dikehendaki oleh sistem hukum yang termasuk ke dalam kategori *ajudikatif*, yaitu menentukan apa yang sesungguhnya merupakan isi suatu peraturan, kemudian menentukan apakah peraturan itu telah dilanggar (khususnya dalam perkara pidana) (Rahardjo, 2009: 12).

### 2. Polisi

Di antara pekerjaan-pekerjaan penegakan hukum, pekerjaan kepolisian adalah yang paling menarik. Hal tersebut menjadi menarik, karena di dalamnya banyak dijumpai keterlibatan manusia sebagai pengambil keputusan. Polisi pada hakekatnya dapat dilihat sebagai hukum yang hidup, karena di tangan polisi tersebut hukum mengalami perwujudannya, setidaknya di bidang hukum pidana.

## I. FAKTOR-FAKTOR YANG

## **MEMPENGARUHI PENEGAKAN HUKUM DALAM PERLINDUNGAN TERHADAP ANAK KORBAN KEJAHATAN SEKSUAL DI SUMATERA UTARA**

Faktor-faktor yang dapat mempengaruhi penegakan hukum tersebut, antara lain:

### **1. Faktor Hukum.**

Pada faktor hukum, dalam hal kaitannya dengan undang-undang yang berlaku di Indonesia, undang-undang semakin beragam bentuk serta tujuannya dan hampir dalam kehidupan sehari-hari masyarakat harus menaati peraturan tersebut. Semua penegak hukum mau berbuat demikian.

### **2. Faktor Sarana Atau Fasilitas**

Masalah peranan dianggap penting karena penegak hukum lebih banyak tertuju pada diskresi. Didalam penegakan hukum diskresi sangat penting karena:

- a. Tidak ada perundang-undangan yang sedemikian lengkap, sehingga dapat mengatur semua perilaku manusia.
- b. Adanya kelambatan-kelambatan untuk menyesuaikan perundang-undangan dengan perkembangan-perkembangan di dalam masyarakat, sehingga menimbulkan ketidak pastian.
- c. Kurangnya biaya untuk menerapkan perundang-undangan sebagaimana yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang.
- d. Adanya kasus-kasu individual yang memerlukan penanganan secara khusus.

Sarana atau fasilitas di bidang hukum harus benar-benar berjalan secara baik karena sarana atau fasilitas tersebut menjadi sebuah dukungan demi kelancaran penegakan hukum di Sumut. Sarana atau fasilitas yang dimaksud mencakup mengenai proses perkara pidananya.

Sumatera Utara merupakan daerah titik rawan akan tindak kejahatan terhadap anak. Hal ini terlihat dari data yang ada pada kasus pengaduan pada Komisi Perlindungan Anak

Indonesia Daerah Sumatera Utara. Di asumsikan per tiga bulan, ada 13 kasus pencabulan yang terjadi di Sumut. Sehingga ada lonjakan kenaikan sekitar 100 % pada tri semester pertama pada tahun 2012. Kasus penganiayaan berjumlah 22 kasus, sodomi 9 kasus, pemerkosaan 8 kasus, Hak Kuasa Asuh (HKA) 55 Kasus, penelantaran 22 kasus, anak berhadapan dengan hukum 14 kasus, hak pendidikan anak 7 kasus, trafficking 7 kasus dan, lainnya yang berjumlah keseluruhan untuk Tahun 2012 berjumlah 192 kasus Tahun 2013 jumlahnya meningkat menjadi 199 kasus. Korban kekerasan seksual ada 53 kasus adalah anak laki-laki, dengan perbandingan persentase 60 persen anak laki laki dan 40 persen anak perempuan.

Adapun profil pelaku di hampir semua kasus sama, yakni orang-orang terdekat anak. Pelaku adalah guru, om, ayah kandung, ayah tiri, dan tetangga. Tapi pada Tahun 2014 sejak Januari sampai Maret, anak yang menjadi korban ada 244 kasus, korban kekerasan seksual 53 kasus dan lainnya 191 kasus. Sumatera Utara, khususnya Medan, termasuk dalam kondisi darurat kejahatan seksual terhadap anak, sepanjang tahun 2013 oleh Kelompok Kerja (Pokja) Perlindungan Anak Sumut. Kota Medan mencatat terdapat 12.679 kasus pelanggaran hak anak yang tersebar di 23 kabupaten/kota. Hal itu diungkapkan oleh Ketua Umum Komnas Perlindungan Anak, Aris Merdeka Sirait, bahwa, sebanyak 52 persen atau setara 7.335 kasus dari pelanggaran tersebut adalah kejahatan seksual terhadap anak. Sedangkan sisanya merupakan kasus kekerasan fisik, penelantaran dan eksploitasi ekonomi, perdagangan anak untuk tujuan eksploitasi seksual komersial, serta kasus-kasus perebutan anak (Sirait, SUMUTPOS, 15-5-2014).

Hal ini dilakukan oleh Pemerintah Provinsi Sumatera Utara dalam melindungi anak dengan mengeluarkan beberapa kebijakan antara lain:

1. Perda No. 5 Tahun 2004 tentang Bentuk-Bentuk Pekerjaan Terbaik Bagi Anak
2. Perda No. 6 Tahun 2004 tentang Pencegahan Perdagangan Orang (Tafiking)
3. Perda No. 8 Tahun 2008 tentang Gelandangan dan Pengemis (Gepeng)
4. Perda No. 3 Tahun 2014 Tentang Penyelenggaraan Perlindungan Anak.

Setiap tahun kekerasan terhadap anak selalu meningkat. Data Komisi Nasional Perlindungan Anak (KNPA) dalam tiga tahun terakhir menunjukkan data yang terus meningkat, yaitu tahun 2012 terdapat 1.383 kasus, tahun 2013 tercatat 2.792 kasus dan per-April 2014 jumlah pengaduan telah mencapai jumlah 3.023 kasus. Dari jumlah tersebut, menurut jenisnya, kekerasan seksual merupakan salah satu jenis kekerasan yang mendominasi terjadi pada anak-anak.

Data Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) mencatat kekerasan seksual terhadap anak dari 2012 sampai 2013 meningkat sebesar 30 persen dan selama tiga tahun terakhir, rata-rata lebih dari 45 anak mengalami kekerasan seksual setiap bulannya. Jenis kekerasan seksual yang dialami anak yang paling banyak terjadi dalam bentuk sodomi, pemerkosaan, pencabulan, serta inses. Kasus terbaru terjadi di Jakarta Selatan (DKI Jakarta), Depok dan Sukabumi (Jawa Barat), Tangerang (Banten), Pelalawan (Pekanbaru), Aceh Tenggara, Nagan Raya Aceh, dan Banda Aceh (DI Aceh), Padang (Sumatera Barat), Medan (Sumatera Utara), dan Kutai Kartanegara (Kalimantan Timur).

Pemberitaan ini diyakini hanyalah segelintir dari kekerasan seksual terhadap anak yang merupakan fenomena gunung es. Para korban kekerasan seksual anak tidak hanya mengalami kelukaan fisik, kerusakan organ tubuh dan seksualitasnya, serta terjangkiti penyakit infeksi menular seksual. Perhatian itu harus diwujudkan melalui kebijakan kongkrit dan strategis, antara lain:

1. Menetapkan tahun 2014 sebagai tahun Darurat Nasional Perlindungan Anak dari Kejahatan Seksual. Status darurat nasional ini diwujudkan dalam bentuk memberikan perhatian secara nasional di seluruh kawasan negara Republik Indonesia agar seluruh level pemerintah memberikan perhatian serius dalam penanganan kekerasan terhadap anak, khususnya kekerasan seksual.
2. Mewajibkan lembaga-lembaga perlindungan dan penegakan hukum untuk memprioritaskan kasus-kasus kekerasan terhadap anak, menjamin perlindungan dalam penanganannya, dan memastikan penanganan dampak yang dialami korban dan keluarga korban dilakukan secara tepat dan maksimal hingga hasil yang terbaik.
3. Menetapkan kekerasan seksual pada anak sebagai pelanggaran HAM berat dan merevisi batas maksimal hukuman pidana bagi pelaku kekerasan seksual pada anak menjadi hukuman seumur hidup.
4. Memastikan penegakan hukum (law enforcement) yang memenuhi rasa keadilan korban, keluarga korban, dan masyarakat, serta menjatuhkan hukuman yang maksimal terhadap pelaku kekerasan seksual terhadap anak.

Hukum progresif bertumpu pada manusia membawa konsekuensi pentingnya kreativitas. Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain untuk mengatasi ketertinggalan hukum, mengatasi ketimpangan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan hukum. Terobosan-terobosan hukum inilah yang dapat diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, untuk membuat kebahagiaan manusia. Secara teoritik hukum dibagi menjadi dua, hukum bermakna obyektif dan hukum bermakna subyektif. Hukum obyektif ialah peraturan-peraturan yang mengatur hubungan antara sesama bermasyarakat, sedangkan hukum

subyektif ialah kewenangan atau hak yang diperoleh seseorang berdasarkan hukum obyektif. Sedangkan progresif bermakna maju, berhasrat maju dan selalu maju. Dari dua term tersebut dapat dikatakan bahwa hukum progresif ialah peraturan-peraturan yang mengatur hubungan antara sesama masyarakat yang dibuat oleh seseorang atau kelompok yang mempunyai kewenangan membuat hukum dengan landasan keinginan untuk terus maju.

Satjipto Rahardjo memaknai hukum progresif dengan kalimat, pertama, hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Hukum tidak ada untuk dirinya melainkan untuk sesuatu yang luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia. Kedua, hukum bukan merupakan institusi yang mutlak serta final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in making*).

Hukum adalah untuk rakyat bukan sebaliknya. Bila rakyat adalah untuk hukum, apapun yang dipikirkan dan dirasakan rakyat akan ditepis karena yang dibaca adalah kata-kata Undang-Undang. Seorang hakim bukan hanya teknisi Undang-Undang tetapi juga makhluk sosial. Pekerjaan hakim sungguh mulia, karena ia bukan hanya memeras otak tapi juga nuraninya. Sehingga eksistensi hukum progresif bertolak dari dua komponen basis dalam hukum, yaitu peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Hukum ditempatkan sebagai aspek perilaku namun juga sekaligus sebagai peraturan. Peraturan akan membangun suatu sistem hukum positif, sedangkan perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah (akan) terbangun.

Hukum progresif sebagaimana telah diungkap di atas, menghendaki kembalinya pemikiran hukum pada falsafah dasarnya yaitu hukum untuk manusia. Manusia menjadi penentu dan titik orientasi dari keberadaan hukum. Karena itu, hukum tidak boleh menjadi

institusi yang lepas dari kepentingan pengabdian untuk mensejahterakan manusia. Para pelaku hukum dituntut untuk mengedepankan kejujuran dan ketulusan dalam penegakan hukum. Mereka harus memiliki empati dan kepedulian pada penderitaan yang dialami oleh rakyat dan bangsanya. Kepentingan rakyat baik kesejahteraan dan kebahagiaannya harus menjadi titik orientasi dan tujuan akhir dari penyelenggaraan hukum. Dalam konteks ini, term hukum progresif nyata menganut ideologi hukum yang pro keadilan dan hukum yang pro rakyat.

Sebagai suatu sistem, budaya berkenaan atau bersangkutan dengan kompleksitas hayatan, renungan, gagasan, pikiran, pandangan dan nilai yang pada hakikatnya merupakan ekspresi dan eksternalisasi kegiatan budi manusia dalam menjalani, mempertahankan serta mengembangkan hidup dan kehidupan manusia (Kleden, 1987: 155). Pemerintah Kabupaten Tapanuli Selatan Propinsi Sumatera Utara dengan kebiasaan Dalihan na tolunya yang mempunyai pengaruh adat yang sangat besar sebab belum mempercayai dengan secara penuh tentang adanya hukum yang berlaku di negara ini.

### III. PENUTUP

#### A. SIMPULAN

1. Konsep perlindungan hukum terhadap anak korban kejahatan seksual menurut hukum positif adalah harus berdasarkan Pancasila dalam memberikan perlindungan hukum terhadap warga masyarakatnya. Karena itu, perlindungan hukum tersebut akan melahirkan pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia dalam wujudnya sebagai makhluk individu dan makhluk sosial, dalam wadah negara kesatuan yang menjunjung tinggi semangat kekeluargaan demi tercapainya kesejahteraan masyarakat
2. Penegakan hukum terhadap anak korban

kejahatan seksual di Sumatera Utara secara konseptual belum menyetarakan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan didalam kaidah-kaidah yang bagus dan menegawantah sikap tindak sehingga masih ada sifat yang tidak sesuai dengan norma-norma hukum.

3. Pembangunan hukum terhadap perlindungan anak korban kejahatan seksual dalam perspektif hukum progresif bahwa Para pelaku hukum dituntut mengedepankan kejujuran dan ketulusan dalam penegakan hukum. Mereka harus memiliki empati dan kepedulian pada penderitaan yang dialami rakyat dari bangsa ini. Kepentingan rakyat (kesejahteraan dan kebahagiaannya) harus menjadi titik orientasi dan tujuan akhir penyelenggaraan hukum.

## B. SARAN

1. Perlu memperhatikan konvensi Hak-hak Anak (KHA) dan aturan hukum lainnya sebagai dasar kebijakan pembangunan Indonesia, dengan tujuan memperkuat peran dan tanggung jawab negara terhadap kualitas hidup anak.
2. Penegakan hukum negara melalui pemerintah propinsi Sumatera Utara diharuskan menyiapkan wadah dan fasilitas dengan mengakui dan megefektifkan kearifan lokal melalui Dalihan na Tolu dalam memberikan perlindungan terhadap anak korban kejahatan seksual.
3. Dalam pembangunan hukum progresif telah dinyatakan bahwa setiap instansi yang tugas dan fungsinya untuk pelayanan terhadap masyarakat, khususnya yang dengan kualitas pelayanan tersebut berdampak pada kesejahteraan anak, harus melaksanakan tugas dan fungsinya secara optimal.

- Prasetyo, Teguh, 2013, *Filsafat, Teori dan Ilmu Hukum, Pemikiran Menuju Masyarakat Yang Berkeadilan dan Bermartabat*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Marlina, 2010, *Pengantar Konsep Diversi dan Restorative Justice Dalam Hukum Pidana*, USU Press, Medan
- Satjipto Rahardjo, 2006, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 2006, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Cetakan Kedua, Buku Kompas, Jakarta
- Black Henry Campbell, 1999, *Black's Law Dictoonpny*, Edisi VI, St. Paul Minesota West Publshing
- Muladi, 2002, *Hak Asasi Manusia: Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Cetakan Kedua, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro
- Arif Gosita, 1996, *Masalah Perlindungan Anak*, Akademika Pressindo, Jakarta
- Rena Yulia, 2010. *Viktimologi Perlindungan Hukum Terhadap Korban Kejahatan*, Graha Ilmu Bandung
- Lawrance M.Friedman, 1984, *American Law London*, W.W. Norton & Company
- Mochtar Kusumaatmadja, 1986, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, Bina Cipta Bandung
- Lili Rasjidi, 2003 *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung, Mandar Maju Hukum, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta
- B. Simanjuntak, 1981, *Dasar-Dasar Psychologi Kriminal*, Tarsito Bandung.
- Utrecht, 1986, *Hukum Pidana I*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya
- Wirjono Prodjodikoro, 2003, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung
- W.A.Bonger, 1982, *Pengantar Tentang Kriminologi*, PT. Pembangunan
- Romli Atmasasmita, 1995, *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandar Maju, Bandung
- Andi Hamzah, 1986, *Hukum Pidana dan Acara Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia
- Titon Slamet Kurnia, 2005, *Reparasi Terhadap Korban Pelanggaran HAM di Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti,
- Suparman Marzuki, 1995, *Pelecehan Seksual*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta
- Marwan Mas, 2004, *Pengantar Ilmu Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta

## DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Ali, Ahmad, 2012, *Menjelajai Kajian Empiris Terhadap hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta
- Sugandhi 1981, *KUHP dan Penjelasan*, Usaha Nasional, Surabaya

*Heri Purwanto*

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Jl.Lingkar Barat, Tamantirto Kasihan Bantul Yogyakarta, Email: purwanto.heri79@yahoo.co.id

# Upaya Ganti Rugi Pada Lembaga Praperadilan Akibat Tidak Sahnya Penangkapan dan Penahanan Pasca Dikeluarkannya PP No.92 Tahun 2015

Naskah Masuk: 14 Maret 2016 // Naskah Diterima: 3 April 2016  
DOI: 10.18196/jmh.2015.0067.48-61

## **ABSTRACT**

This research to know whether the Government Order Number 92 of 2016 on implementing the Criminal Code relating to the increase in the amount of compensation can be implemented with a simple process in accordance with the principles of simplicity and fairness. This research uses juridical normative law research analyst with using approach of law (statute approach) and conceptual approach so it's using the secondary data sources such as primary, secondary and tertiary legal materials. Data was collected with library research and analyzed by deductive logic. Based on the results of research and discussion in mind that the process of implementation efforts related to the costs of compensation for damages can not be done easily, because they still have to refer to the decision of the Minister of Finance 983 / KMK.01 / 1983 that was already in need of revision due to too many stages that resulted the process becomes long in accordance with Government Regulation Number 92 of 2015 which requires in Article 11, paragraph 2, which reads "Payment of compensation be made within 14 (fourteen) working days from the date of claim for damages is accepted by the minister who organized". The important thing from this research is to propose immediately change the Indonesian Minister of Finance decision No. 983/KMK.01/198, into new decision implementing government regulation Number 92 Of 2015. So in this case it mean that the process of disbursement of compensation must be implemented is easy, quick and short.

Keywords: Compensation, Arrest, Detention, Pretrial.

## **ABSTRAK**

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui apakah dengan dikeluarkannya Peraturan Pemerintah No. 92 Tahun 2015 tentang pelaksana KUHAP berkaitan dengan naiknya besaran ganti kerugian dapat dilaksanakan dengan proses mudah sesuai dengan prinsip kemudahan dan keadilan. Penelitian ini merupakan penelitian doktrinal atau normatif. Tipe penelitian yang digunakan adalah tipe penelitian *yuridis normatif* (doktrinal) sehingga pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dengan sumber data sekunder berupa bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Teknik pengumpulan data dilakukan dengan teknik studi pustaka dengan mengkaji bahan-bahan hukum dan dianalisis dengan menggunakan logika deduksi. Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan diketahui bahwa proses pelaksanaan upaya ganti rugi berkaitan dengan biaya ganti kerugian belum bisa terlaksana dengan mudah karena masih harus mengacu pada keputusan Menteri Keuangan No.983/KMK.01/1983 yang memang sudah perlu direvisi karena terlalu banyak tahapan yang mengakibatkan prosesnya menjadi lama tidak sesuai dengan Peraturan Pemerintah No. 92 Tahun 2015 yang mensyaratkan pada pasal 11 ayat 2 yang berbunyi "Pembayaran ganti kerugian dilakukan dalam jangka waktu paling lama 14 (empat

belas) hari kerja terhitung sejak tanggal permohonan ganti kerugian diterima oleh menteri yang menyelenggarakan". Dalam hal ini maka kemudian bisa diartikan bahwa proses pencairan ganti kerugian harus dilaksanakan secara mudah, singkat dan cepat. Dengan masih berlakunya beberapa peraturan terkait proses ganti kerugian ini peraturan pemerintah terbaru tentang ganti kerugian maka dapat dilihat bahwa pelaksanaannya akan mengalami kendala karena akan berproses lama dalam upaya pelaksanaannya. Maka dari itu perlunya segera dibuat peraturan bersama antara Mahkamah Agung dan Menteri Keuangan dalam hal pembayaran ganti kerugian untuk bisa mewujudkan efektifitas pelaksanaan dari peraturan pemerintah No.92 tahun 2015 sehingga tidak terjadi kendala ketika dalam pemcairan ganti kerugian. Kata Kunci: Ganti rugi, Penangkapan, Penahanan, Praperadilan.

## I. PENDAHULUAN

Ganti kerugian merupakan upaya hukum yang dapat dilakukan oleh terdakwa atau keluarganya ketika mengalami tindakan yang dilakukan oleh aparat penegak hukum yang tidak sesuai prosedur KUHAP. Praperadilan merupakan sarana untuk mengajukan tuntutan ganti kerugian akibat tidak sahnya penangkapan, tidak sahnya penahanan, penghentian penyidikan, penghentian penuntutan dan juga tuntutan rehabilitasi. Praperadilan merupakan pengawasan horisontal kepada aparat penegak hukum dalam melaksanakan tugasnya. Aparat penegak hukum dalam melakukan tugasnya kadang melakukan tindakan yang bertentangan dengan undang-undang, sehingga dengan tindakannya itu maka aparat penegak hukum dapat dipraperadilan. Salah satu hal yang dapat diajukan ganti kerugian pada praperadilan terhadap tidak sahnya penangkapan dan penahanan.

Upaya ganti kerugian tidak bisa lepas dari lembaga praperadilan, karena ganti kerugian dapat diajukan permohonannya dalam pemeriksaan praperadilan dan merupakan pemeriksaan permulaan yang ada pada KUHAP. Asas yang ada dalam praperadilan yang dipegang hakim dalam pemeriksaan permulaan diantaranya adalah asas persamaan dimuka hukum, asas praduga tak bersalah. Asas ini merupakan asas untuk menjunjung tinggi hak-hak asasi manusia serta martabat manusia

adalah sesuai dengan asas negara hukum. Upaya ganti rugi pada praperadilan merupakan upaya yang ada dalam lembaga praperadilan, lembaga praperadilan bukanlah lembaga pengadilan yang berdiri sendiri, bukan pula sebagai instansi tingkat peradilan yang mempunyai wewenang memberi putusan akhir atas suatu peristiwa pidana. Praperadilan merupakan suatu lembaga yang ciri dan eksistensinya adalah:

1. Praperadilan berada dan merupakan kesatuan yang melekat pada pengadilan negeri dan sebagai lembaga pengadilan hanya dijumpai pada tingkat pengadilan negeri sebagai satuan tugas yang tidak terpisah dari pengadilan negeri.
2. Praperadilan bukan berada diluar atau disamping maupun sejajar dengan pengadilan negeri, tapi hanya merupakan divisi dari pengadilan negeri.
3. Admistratif yustisial, personil, peralatan dan finansial bersatu dengan pengadilan negeri dan berada dibawah pimpinan serta pengawasan dan pembinaan ketua pengadilan negeri.
4. Tata laksana fungsi yustisialnya merupakan bagian dari fungsi yustisial pengadilan negeri itu sendiri. (M.Yahya Harahap, 2005:1)

Praperadilan merupakan suatu lembaga yang berwenang untuk menguji satu proses sebelum satu perkara sampai pada tahap beracara di pengadilan. Praperadilan merupakan wewenang pengadilan negeri untuk memeriksa dan memutuskan menurut cara yang diatur dalam KUHAP sesuai pasal 77 sampai pasal 83. Kewenangan praperadilan menurut pasal 1 angka 10 KUHAP adalah tentang:

1. Sah atau tidaknya suatu penangkapan dan atau penahanan atas permintaan tersangka atau keluarganya atau pihak lain atas kuasa tersangka.
2. Sah atau tidaknya penghentian penyidikan atau penghentian penuntutan atas pemeriksaan demi tegaknya hukum dan

keadilan.

3. Permintaan ganti kerugian atau rehabilitasi oleh terdakwa atau keluarganya atau pihak lain atas kuasanya yang perkaranya tidak diajukan ke pengadilan.

Proses peradilan pidana dalam hukum acara pidana di Indonesia terdiri dari beberapa tahapan. Tahapan tersebut adalah penyelidikan, penyidikan, penuntutan dan tahap persidangan. Dalam tahap penyelidikan dan penyidikan terdapat tindakan yaitu penangkapan, penggeledahan, penahanan, penyitaan, pemeriksaan dan pemberkasan.

Pada penelitian ini upaya ganti kerugian pada praperadilan hanya pada proses penangkapan dan penahanan dilakukan oleh penyidik. Praperadilan mempunyai wewenang memeriksa proses tindakan penangkapan dan penahanan yang dilakukan oleh penyidik tersebut sudah dilakukan sesuai prosedur aturan KUHAP atau belum, jika tidak dilakukan sesuai prosedur maka tindakan penyidik tersebut dapat dimintakan ganti kerugian.

Ganti rugi merupakan bagian dari tuntutan yang ada pada wewenang praperadilan dan mengikuti dari tuntutan praperadilan tentang sah tidaknya tindakan penangkapan dan penahanan. Lembaga praperadilan dalam pelaksanaannya kurang begitu mendapat perhatian dari berbagai pihak dan seolah-olah hanya sebagai formalitas saja, dan yang menjadi masalah dalam praperadilan adalah apabila kita mengajukan permintaan praperadilan maka yang terjadi adalah penyidik buru-buru menyerahkan berkas kepada penuntut umum, kasus seperti ini harus mendapat dan menjadi perhatian tersendiri bagi hakim. (O.C. Kaligis, Rusdi Nurima, Denny kailimang, 1997: 4).

Lembaga praperadilan menjunjung tinggi asas praduga tak bersalah. Penerapan asas praduga tak bersalah (*presumption of innocence*) dalam proses praperadilan di Indonesia merupakan cerminan dari bentuk negara

hukum, wujudnya disamping mengakui adanya peradilan bebas dan dianutnya asas legalitas juga harus menjunjung tinggi hak asasi manusia dalam kenyataannya. Penyelenggaraan proses hukum berdasarkan asas praduga tak bersalah ini diharapkan akan mengendalikan kejahatan dan melindungi hak-hak asasi manusia sebagai terdakwa. asas ini dikarenakan meletakkan terdakwa sebagai subjek yang belum tentu bersalah (*accusatorial*). (Bambang Poernomo, 1998:34).

Upaya ganti rugi merupakan bagian tidak terpisahkan dalam lembaga praperadilan ketika memeriksa apakah seseorang itu telah melalui pores awal penangkapan dan penahanan oleh aparat penyidik secara sah menurut undang-undang atau suatu penahanan dan atau penangkapan yang mengandung cacat hukum. Suatu penangkapan dan penahanan yang cacat atau tidak sah oleh aparat penyidik mengakibatkan seseorang terdakwa dapat menuntut ganti rugi dan rehabilitasi. Permintaan pemeriksaan tentang sah atau tidaknya suatu penangkapan dan penahanan diajukan oleh terdakwa, keluarga atau kuasanya kepada Ketua Pengadilan Negeri dengan menyebutkan alasannya.

Kedudukan seorang yang terdakwa dalam proses peradilan merupakan pihak yang lemah, mengingat yang bersangkutan menghadapi pihak yang lebih tegas yaitu negara lewat aparat penegak hukumnya. Kedudukan lemah terdakwa menjadikan kedudukannya tidak seimbang dan melahirkan suatu upaya mencapainya keadilan bahwa terdakwa harus memperoleh keadilan hukum yang sebenarnya dan upaya hukum ganti kerugian merupakan bentuk upaya mencari keadilan ketika aparat penegak hukum melakukan tindakan tidak prosedural.

## II. METODE PENELITIAN

Jenis penelitian ini merupakan penelitian

*normatif* sehingga penulis dalam penelitian ini akan mengkaji tentang upaya ganti rugi akibat tidak sahnya penangkapan dan tidak sahnya penahanan. Upaya ganti rugi tersebut selanjutnya akan disesuaikan dengan ketentuan KUHAP dan Peraturan pemerintah yang terkait dengan permasalahan.

Tipe penelitian yang digunakan adalah tipe penelitian *yuridis normatif* (doktrinal) sehingga pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan isu hukum yang ditangani (Marzuki, 2005:93). Penulis dalam penelitian ini akan menelaah peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan tidak sahnya penangkapan dan tidak sahnya penahanan yang berkaitan dengan upaya ganti rugi yang bisa dilakukan.

Pendekatan konseptual dilakukan dengan mempelajari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang didalam ilmu hukum (Marzuki, 2005:95). Penulis akan menemukan ide-ide yang melahirkan konsep-konsep hukum dan asas-asas hukum yang relevan dengan permasalahan yang dihadapi. Penulis dalam hal ini akan mempelajari dan menelaah doktrin-doktrin pakar hukum sebagai sandaran bagi penulis dalam membangun suatu argumentasi hukum untuk memecahkan permasalahan yang dihadapi.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum *yuridis normatif* (doktrinal) sehingga jenis data yang digunakan ialah data sekunder (Setiono, 2010: 26). Data sekunder diperoleh melalui studi pustaka dan dokumen yang berkaitan langsung dengan permasalahan yang akan diteliti. Data sekunder tersebut terdiri dari bahan hukum primer, sekunder dan tersier sebagaimana yang akan dijelaskan sebagai berikut:

1. Bahan hukum primer yaitu, bahan Hukum Acara Pidana yang terdiri dari: Buku-buku Hukum Acara Pidana, Buku-buku Praperadilan, bahan hukum perundang-undangan terdiri dari: Kitab Hukum Acara Pidana, Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1983 tentang Pelaksana KUHAP, Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2010 tentang Pelaksana KUHAP, Peraturan Pemerintah Nomor 92 tahun 2015 tentang Pelaksana KUHAP.
2. Bahan hukum sekunder terbagi menjadi 2 (dua) bagian yaitu: Bahan hukum Acara Pidana yang diperoleh dari buku-buku teks hukum acara pidana, jurnal hukum pidana dan pendapat para ahli hukum pidana; dan Bahan ilmu hukum yang terdiri dari buku-buku teks ilmu hukum, jurnal-jurnal hukum nasional maupun internasional, data elektronik dan pendapat para ahli hukum.
3. Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan bermakna terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus hukum, ensiklopedia dan lain-lain.

Teknik analisis data sekunder dalam penelitian ini bersifat deskriptif dengan menggunakan logika deduksi yaitu menarik kesimpulan dari suatu permasalahan yang bersifat umum terhadap permasalahan yang bersifat konkrit. Hal ini berarti pola berpikir dari hal-hal yang bersifat umum (*premis mayor*) ke hal yang bersifat khusus (*premis minor*). Premis minornya dalam penelitian ini berupa ketentuan prinsip perlindungan hak asasi tersangka dalam proses peradilan dalam hal ini adanya tindakan upaya paksa penangkapan dan penahanan sedangkan premis mayornya adalah Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana.

### III. HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Ganti rugi merupakan upaya hukum untuk mendapatkan jaminan keadilan ketika aparat

penegak hukum tidak melakukan tugasnya sesuai dengan prosedur KUHAP. Ganti rugi merupakan tuntutan yang dilakukan bersama-sama dengan tuntutan permohonan dalam praperadilan untuk memeriksa apakah tindakan penangkapan dan tindakan penahanan sudah sesuai dengan ketentuan KUHAP.

Praperadilan secara harafiah berarti “sebelum pemeriksaan di sidang pengadilan”.

Praperadilan ini adalah suatu lembaga yang berwenang untuk menguji satu proses sebelum satu perkara sampai pada tahap beracara di pengadilan. Pemeriksaan praperadilan dilakukan sebelum suatu perkara masuk dalam pokok perkara yang berlangsung di depan pengadilan. Pengertian pokok perkara adalah suatu sangkaan atau dakwaan tentang telah terjadinya suatu tindak pidana, yang sedang dalam tahap penyidikan atau penuntutan, dan karena sifat dari praperadilan adalah bersifat ikutan dari pokok perkara tersebut, sehingga putusnya bersifat *voluntair* (Darwan Prints. 1993:1).

Upaya ganti rugi dalam lembaga praperadilan merupakan sarana untuk memberikan perlindungan hak asasi tersangka atau terdakwa yang telah dilanggar oleh aparat penegak hukum sehingga menimbulkan kerugian dipihak tersangka atau terdakwa akibat salah orang atau salah penerapan hukumnya. Upaya paksa bentuk tindakan penangkapan dan penahanan yang dilakukan tidak berdasarkan hukum dan undang-undang yang berlaku merupakan tindakan sewenang-wenang terhadap hak asasi manusia atau bisa dikatakan perkosaan hak asasi tersangka. Setiap tindakan perkosaan terhadap hak asasi tersangka adalah merupakan tindakan yang tidak sah, karena bertentangan dengan hukum undang-undang dan bisa disebut perbuatan *ilegal*.

Di Indonesia, pengakuan hak-hak asasi manusia membawa konsekuensi perlindungan hak-hak rakyat terhadap tindakan

pemerintahan. Pengakuan hak-hak asasi manusia ini khususnya terhadap rakyat di Indonesia terdapat dalam perlindungan hukum yang dilakukan oleh lembaga peradilan. (Harun Pudjiarto. 1999:7). Untuk kepentingan pengawasan terhadap perlindungan hak tersangka atau terdakwa maka lahir dan dibentuklah lembaga praperadilan ini. (Djoko Prakoso. 1987:31).

Prinsip utama praperadilan dalam KUHAP adalah untuk melakukan “pengawasan horisontal” atas tindakan upaya paksa terhadap tersangka atau terdakwa dalam proses pemeriksaan penyidikan dan penuntutan, agar tindakan itu benar-benar sesuai dengan ketentuan hukum dan undang-undang. Praperadilan merupakan bentuk pengawasan horisontal oleh hakim pengadilan negeri terhadap pelaksanaan tugas penyidik dan penuntut umum, terutama menyangkut upaya paksa. (Darwan Print. 1993:59).

Pasal 1 ayat (20) KUHAP tindakan penangkapan didasarkan pada “bukti” yang cukup (minimal 2 alat bukti, putusan MK) sedangkan pasal 17 tindakan penangkapan didasarkan pada “bukti permulaan” (minimal 2 alat bukti, putusan MK) yang cukup. Tidak terlepas dari permasalahan tersebut hal yang harus diperhatikan yaitu bahwa perintah penangkapan tidak dapat dilakukan dengan sewenang-wenang dan itu ditujukan kepada mereka yang benar-benar melakukan tindak pidana. (Loebby Loqman, 1990:59).

Pada proses penangkapan dari hal diatas yang menjadi kendala adalah apakah pemeriksaan dalam praperadilan juga menguji adanya bukti permulaan yang cukup ini yang merupakan syarat materiil dari penangkapan, atau hanya cukup diperiksa apakah dalam suatu penangkapan telah dipenuhi syarat formil, yaitu penangkapan sudah dengan surat perintah atau belum. Jika praperadilan memeriksa syarat materiil, maka hal itu dikhawatirkan akan

melampaui wewenangya. (Darwan Print, 1993:59).

Ganti rugi diatur dalam Pasal 77 KUHAP yang menyatakan bahwa pengadilan negeri berwenang untuk memeriksa dan memuutuskan sah atau tidaknya penangkapan, penahanan, penghentian penyidikan, penghentian penuntutan, ganti rugi dan rehabilitasi. Wewenang pemeriksaan ganti kerugian dalam lembaga praperadilan diatur pada Pasal 78 KUHAP, yang melaksanakan wewenang lembaga praperadilan adalah pengadilan negeri sesuai dengan Pasal 77 KUHAP. Susunan hakim praperadilan adalah dipimpin oleh hakim tunggal dan dalam melaksanakan tugas pemeriksaanya yang ditunjuk oleh ketua pengadilan negeri. Hal ini sesuai dengan Pasal 11 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman yang menyebutkan: "Pengadilan memeriksa, mengadili, dan memutus perkara dengan susunan majelis sekurang-kurangnya 3 (tiga) orang hakim, kecuali undang-undang menentukan lain".

Ganti rugi dalam permintaan pemeriksaannya tentang akibat sah atau tidaknya suatu penangkapan atau penahanan permohonan atau pihak yang berhak mengajukan adalah tersangka, keluarganya atau kuasanya hal ini sesuai dengan Pasal 79 KUHAP. Ganti rugi secara khusus diatur dalam Pasal 81 KUHAP, dalam pasal ini mengatur tentang permintaan ganti kerugian atau rehabilitasi akibat tidak sahnya penangkapan atau penahanan dan juga permintaan akibat sahnya penghentian penyidikan atau penuntutan yang diajukan oleh tersangka atau pihak ketiga yang bersangkutan.

Pada pengambilan keputusan dalam pemeriksaannya ganti rugi akibat sah atau tidaknya penangkapan dan penahanan, putusan hakim praperadilan harus memuat dengan jelas dasar alasannya dan harus berisi perintah kepada

penyidik atau jaksa untuk membebaskan tersangka jika putusan hakim praperadilan menetapkan bahwa suatu penangkapan atau penahanan tidak sah dan juga mencantumkan jumlah besarnya ganti kerugian dan juga rehabilitasi jika dimintakan. Pada ganti kerugian dalam pemeriksaan praperadilan, titik berat praperadilan adalah memeriksa apakah petugas telah melaksanakan atau tidak melaksanakan ketentuan undang-undang atau apakah petugas telah melaksanakan perintah jabatan yang menjadi wewenangya atau tidak atau hal lain yang menyebabkan kekeliruan (Bambang Poernomo, 1998:143).

Wewenang praperadilan adalah terbatas, wewenang untuk memutuskan apakah penangkapan atau penahanan sah atau tidak, apakah penghentian penyidikan atau penuntutan sah atau tidak. Tidak disebutkan apakah penyitaan sah atau tidak. (Andi Hamzah, 1996: 192). Hal ini jika kemudian terbukti penangkapan dan penahannya tidak sah maka ganti kerugian dapat diberikan kepada tersangka. Perihal yang dapat dimintakan dalam praperadilan sesuai wewenangya menurut KUHAP adalah:

1. Sah atau tidaknya suatu penangkapan
2. Sah atau tidaknya suatu penahanan
3. Sah atau tidaknya penghentian penyidikan
4. Sah atau tidaknya penghentian penuntutan
5. Permintaan ganti kerugian
6. Permintaan rehabilitasi.

Pada penelitian ini maka penulis membatasi pada pembahasannya pada upaya ganti kerugian akibat tindakan penangkapan dan penahanan yang tidak sah. Pembahasan tentang ganti kerugian dalam wewenang praperadilan ketika memeriksa proses penangkapan dan penahanan yang tidak sah atau tidak sesuai dengan prosedur KUHAP akan penulis uraikan dibawah ini dimulai pada penangkapan, penahanan dan ganti rugi:

## 1. SAH ATAU TIDAKNYA PENANGKAPAN

Menurut Pasal 17 KUHAP, perintah penangkapan dilakukan terhadap seseorang yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti permulaan yang cukup (minimal 2 alat bukti, sesuai putusan MK). Perumusan penangkapan ini dalam kenyataannya menimbulkan kebingungan karena ada dua perumusan penangkapan yang ada dalam KUHAP yaitu Pasal 1 ayat (20) dan Pasal 17 KUHAP.

Semua tindakan penangkapan yang dilakukan oleh aparat harus tunduk pada aturan hukum yang ada pada KUHAP. Pasal 18 ayat (1) KUHAP menyatakan penyidik kepolisian dalam melakukan penangkapan harus dapat memperlihatkan surat tugas dan memberikan surat perintah penangkapan kepada tersangka. Pada Pasal 18 ayat (3) KUHAP ditentukan bahwa tembusan surat penangkapan harus diberikan kepada keluarga tersangka segera setelah penangkapan dilakukan.

Untuk mencegah terjadinya tindakan kesewenang-wenangan aparat terhadap tersangka atau terdakwa, maka tindakan penangkapan yang dilakukan oleh aparat harus sesuai persyaratan penangkapan sebagai berikut:

- a. Tindakan penangkapan harus dilakukan untuk kepentingan penyidikan/penuntutan/peradilan (Pasal 1 ayat (20) KUHAP).
- b. Perintah penangkapan terhadap tersangka yang diduga telah melakukan tindak pidana, akan dapat diajukan apabila penyidik telah mempunyai alat bukti permulaan yang cukup (Pasal 1 ayat(20) jo Pasal 17 KUHAP
- c. Pelaksanaan penangkapan harus dilakukan dengan surat perintah penangkapan (model serse:A.5) yang ditanda tangani oleh Kepala kesatuan/instansi (Kapolda/Kapolwi/Kapolres/Kapolsek) sebagai penyidik (pasal 1 ayat(20) jo Pasal 16 ayat (2) KUHAP). Jika aparat yang melakukan penangkapan adalah penyidik/penyidik pembantu, maka

petugasnya cukup memberikan satu lembar surat perintah penangkapan kepada tersangka dan satu lembar kepada keluarga tersangka yang ditangkap (Pasal 28 KUHAP). Jika aparat yang melakukan penangkapan adalah petugas penyelidik atas perintah penyidik/penyidik pembantu, maka petugas tersebut selain memberikan surat perintah penangkapan juga harus dapat menunjukkan surat perintah tugas (model serse: C.3).

- d. Surat perintah penangkapan berisi:
  - Pertimbangan dan dasar hukum tindakan penangkapan
  - 1) Nama-nama petugas, pangkat, Nrp, Jabatan
  - 2) Identitas tersangka yang ditangkap (lengkap dan jelas)
  - 3) Uraian singkat tentang tindak pidana yang disangkakan
  - 4) Tempat atau kantor dimana akan diperiksa (Pasal 18 ayat (1) KUHAP
  - 5) Jangka waktu berlakunya surat perintah penangkapan (Pasal 19 ayat (1) KUHAP)
- e. Setiap kali selesai melaksanakan SPRIN penangkapan, petugas pelaksana membuat berita acara penangkapan (BAP) model serse A.11.03 (Pasal 75 KUHAP).
- f. Untuk tersangka pelaku tindak pelanggaran meskipun tidak bisa/dapat ditangkap akan tetapi apabila sudah dipanggil selama dua kali berturut-turut tidak mau memenuhi panggilan tanpa alasan yang sah, maka tersangka dapat ditangkap oleh penyidik (Pasal 19 ayat 2 KUHAP). (H.M.A Kuffal, 2002:34).

Hakim praperadilan dalam melakukan pemeriksaan dan pengujian terhadap sah atau tidaknya penangkapan tidak hanya menguji syarat-syarat formil namun juga syarat-syarat materiil yaitu bukti permulaan yang cukup untuk dijadikan dasar dilakukannya penangkapan, meskipun bukan diartikan pengujian ini membuktikan bahwa tersangka

memang nyata-nyata melakukan suatu tindak pidana karena pembuktian unsur tindak pidana ada pada ranah pembuktian perkara pokok yang merupakan wewenang pengadilan negeri yang dilakukan dalam persidangan biasa.

## 2. SAH ATAU TIDAKNYA PENAHANAN

Upaya paksa penahanan ini dapat dilakukan jika ada seseorang diduga keras telah melakukan tindak pidana berdasarkan bukti permulaan yang cukup, (minimal 2 alat bukti sesuai putusan MK). Pada Pasal 21 ayat (1) KUHAP menyebutkan bahwa “perintah penahanan atau penahanan lanjutan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup (minimal 2 alat bukti, sesuai putusan MK), dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti atau mengulangi tindak pidana”.

Pemeriksaan tentang sah atau tidaknya penahanan dilakukan dengan memeriksa apakah tindakan penahanan tersebut sudah sesuai dengan dasar-dasar penahanan atau belum. Memang seyogyanya pengujian keabsahan suatu penahanan oleh hakim praperadilan adalah sejauh dasar-dasar dari dilakukannya penahanan tersebut, karena suatu penahanan dianggap sah apabila telah memenuhi seluruh syarat-syarat yang telah ditetapkan didalam undang-undang dan tentunya syarat-syarat ini meliputi baik syarat formil maupun syarat materiil. (Lobby Luqman, 1990: 64).

Pertimbangan alasan penahanan yang dilakukan aparat penegak hukum ini hanya dinilai oleh petugas dan tidak dimungkinkan dengan mudah disangkal oleh pihak lain yang berkepentingan. Oleh karena itu disebut saja ketentuan penahanan bersyarat subjektif. (Bambang Pernomo, 1993:17).

Wewenang penahanan berada pada pegawai penyidik, pegawai penuntut umum maupun hakim, maka dipermasalahkan mengenai penahanan manakah yang dapat dimintakan pemeriksaan keabsahannya dihadapan praperadilan. (Lobby Loqman, 1990:65).

Hal tersebut pada Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 14 tahun 1983 tanggal 8 Desember 1983, maka pengujian terhadap sah tidaknya penahanan melalui praperadilan hanya penahanan pada tingkat penyidik dan penuntut umum sedangkan penahanan yang dilakukan oleh hakim tidak dapat diajukan praperadilan.

## 3. PERMINTAAN GANTI KERUGIAN

Ganti kerugian adalah hak seorang untuk mendapatkan pemenuhan atas tuntutan yang berupa imbalan sejumlah uang karena ditangkap, ditahan, dituntut ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan menurut cara yang diatur dalam Pasal 1 angka (22) KUHAP.

Pada semua tingkat pemeriksaan tidak menutup kemungkinan akan terjadi kesalahan dan untuk pembetulan atas kesalahan tersebut maka korban bisa minta ganti kerugian. Setiap ketidakadilan, apabila yang menyangkut kehilangan kemerdekaan seseorang haruslah dikembalikan kepada suatu keadaan yang adil dengan memberikan sejumlah ganti kerugian, hal ini haruslah dilakukan demi hukum, bukanlah hanya sekedar sebagai suatu basa-basi kesopanan belaka. (Lobby Loqman, 1993: 72)

Menurut Pasal 95 KUHAP tersangka dan terdakwa dapat mengajukan tuntutan ganti rugi yang itu merupakan hak dari tersangka dan terdakwa. Ganti rugi sesuai Pasal 95 KUHAP dapat diajukan dengan syarat-syarat:

1. Karena penangkapan atau penahanan yang tidak sah
2. Tindakan pengeledahan atau penyitaan yang bertentangan dengan ketentuan hukum

dan undang-undang

3. Karena kekeliruan orang semestinya ditangkap, ditahan atau diperiksa

Pada ketentuan Pasal 95 KUHAP, ganti rugi dapat dibagi menjadi 2 macam yaitu:

1. Ganti kerugian atas penangkapan, penahanan serta tindakan lain yang tidak sah dan pemeriksaan terhadap ganti kerugiab mengikuti acara praperadilan.
2. Ganti kerugian atas seseorang yang diadili tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang sesuai dengan Pasal 95 ayat (1).

Sesuai Pasal 95 ayat (4) KUHAP pada pemeriksaan praperadilan tuntutan ganti kerugian, ketua pengadilan negeri menunjuk haim yang sama yang telah mengadili perkara yang bersangkutan dan pemeriksaannya harus sesuai Pasal 95 ayat (5) yaitu pemeriksaannya harus mengikuti acara praperadilan.

Tuntutan ganti kerugian sesuai dengan Pasal 95 ayat (1) jo ayat (3) KUHAP diajukan ke pengadilan negeri. Pemberian besaran jumlah ganti kerugian telah diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1983. Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1983 ini telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2010 yang telah diubah lagi dengan Peraturan Pemerintah Nomor 92 tahun 2015 tentang Pelaksana KUHAP (selanjutnya disebut PP Nomor 92 tahun 2015). Pada PP Nomor 92 tahun 2015 tersebut jumlah besaran ganti kerugian telah direvisi dan berubah secara signifikan yang kalau dilihat dari jumlah besarnya paling tidak sudah bisa mencerminkan rasa keadilan walaupun dirasa masih kurang.

Pada PP Nomor 92 Tahun 2015 perubahan jumlah besaran ganti rugi itu berubah, yang isi perubahannya pada hal ganti kerugian sebagai berikut:

Ketentuan Pasal 7 Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1983 dan perubahannya Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2010

telah diubah sehingga berbunyi sebagai berikut:

Pasal 7

- 1) Tuntutan ganti kerugian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 95 KUHAP hanya dapat diajukan dalam waktu paling lama 3 (tiga) bulan terhitung sejak tanggal petikan atau salinan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap diterima.
- 2) Dalam hal tuntutan ganti kerugian tersebut diajukan terhadap perkara yang dihentikan pada tingkat penyidikan atau tingkat penuntutan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 77 huruf b KUHAP, maka jangka waktu 3 (tiga) bulan dihitung dari saat tanggal pemberitahuan penetapan praperadilan.

Ketentuan Pasal 9 diubah sehingga berbunyi sebagai berikut:

Pasal 9

- 1) Besarnya ganti kerugian berdasarkan alasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 77 huruf b dan Pasal 95 KUHAP paling sedikit Rp.500.000,00 (lima ratus ribu rupiah) dan paling banyak Rp.100.000.000,00 (seratus juta rupiah).
- 2) Besarnya ganti kerugian berdasarkan alasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 95 KUHAP yang mengakibatkan luka berat atau cacat sehingga tidak bisa melakukan pekerjaan, besarnya ganti kerugian paling sedikit Rp.25.000.000,00 (dua puluh lima juta rupiah) dan paling banyak Rp.300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah).
- 3) Besarnya ganti kerugian berdasarkan alasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 95 KUHAP yang mengakibatkan mati, besarnya ganti kerugian paling sedikit Rp.50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp.600.000.000,00 (enam ratus juta rupiah).

Ketentuan Pasal 10 diubah sehingga berbunyi

sebagai berikut:

Pasal 10

- 1) Petikan putusan atau penetapan mengenai ganti kerugian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 diberikan kepada pemohon dalam waktu 3 (tiga) hari setelah putusan diucapkan.
- 2) Petikan putusan atau penetapan ganti kerugian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diberikan kepada penuntut umum, penyidik, dan menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang keuangan.

Ketentuan Pasal 11 Peraturan Pemerintah Nomor 27 tahun 1983 berbunyi ;

Pasal 11

- 1) Pembayaran ganti kerugian dilakukan oleh Menteri Keuangan berdasarkan penetapan pengadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10.
- 2) Tata cara pembayaran ganti kerugian diatur lebih lanjut oleh Menteri Keuangan.  
Pasal 11 diatas diubah dengan PP Nomor 92 tahun 2015 sehingga berbunyi sebagai berikut:  
Pasal 11
- 1) Pembayaran ganti kerugian dilakukan oleh menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang keuangan berdasarkan petikan putusan atau penetapan pengadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10.
- 2) Pembayaran ganti kerugian dilakukan dalam jangka waktu paling lama 14 (empat belas) hari kerja terhitung sejak tanggal permohonan ganti kerugian diterima oleh menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang keuangan.
- 3) Ketentuan mengenai tata cara pembayaran ganti kerugian diatur dengan Peraturan Menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang keuangan.

Terjadinya perubahan besaran ganti kerugian pada PP Nomor 92 tahun 2015 sesuai Pasal 95 KUHAP tentunya menjadikan kabar yang baik

bagi dunia peradilan terutama bagi seseorang yang hak asasinya direbut sementara waktu. Perubahan tersebut merupakan satu perkembangan hukum positif dan dirasa mendekati keadilan masyarakat yang diberikan negara kepada seorang tersangka atau terdakwa, tetapi dalam hal ganti rugi immateriil dengan jumlah besaran ganti rugi tersebut belum bisa dikatakan memberikan keadilan walaupun kalau berbicara dan membahas kerugian immateriil memang tidak bisa mudah diukur dengan nominal uang.

Kendala pada pelaksanaan ganti kerugian tersebut sesuai PP Nomor 92 tahun 2015 adalah pada Pasal 11 ayat (1) dan ayat (2) yaitu pada aturan pencairan besaran ganti kerugian yang diajukan melalui permohonan praperadilan jika dikabulkan tuntutanannya masih berlakunya Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor 983/KMK.01/1983 (selanjutnya disebut SK Menteri Keuangan RI Nomor 983/KMK.01/1983). Pada Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia tersebut didalamnya mengatur tata cara pencairannya yang dibagi pada beberapa pasal yaitu;

Pasal 2;

1. Dengan melampirkan penetapan pengadilan yang bersangkutan ketua pengadilan negeri setempat mengajukan permohonan penyediaan dana kepada menteri kehakiman cq. Sekretaris jenderal departemen kehakiman.
2. Berdasarkan permohonan ketua pengadilan negeri tersebut menteri kehakiman cq. Sekretaris jenderal departemen kehakiman tiap triwulan atau tiap kali diperlukan mengajukan penerbitan surat keputusan otorisasi (SKO) kepada menteri keuangan cq. Direktur jenderal anggaran disertai tembusan penetapan pengadilan yang menjadi dasar permintaannya.
3. Berdasarkan permintaan menteri kehakiman dimaksud menteri keuangan cq. Direktur

jenderal anggaran menerbitkan surat keputusan otorisasi (SKO) atas beban bagian pembiayaan dan perhitungan anggaran belanja negara rutin.

4. Asli surat keputusan otorisasi (SKO) disampaikan kepada yang berhak. Pasal 3;
  1. Berdasarkan surat keputusan otorisasi (SKO) pada pasal 2 ayat 4 yang berhak mengajukan permohonan pembayaran ke kantor perbendaharaan negara (KPN) melalui ketua pengadilan negeri setempat, dengan melampirkan:
    - a. Surat keputusan otorisasi
    - b. Asli dan salinan/fotocopy petikan penetapan pengadilan.
  2. Ketua pengadilan negeri bersangkutan meneruskan permohonan pembayaran tersebut pada ayat (1) kepada kantor perbendaharaan negara pembayar disertai surat permintaan pembayaran (SPP) menurut ketentuan yang berlaku. Pasal 4;
    1. Berdasarkan surat keputusan otorisasi (SKO) bersangkutan, permohonan pembayaran dari yang berhak dan surat permintaan pembayaran (SPP) ketua pengadilan negeri setempat, kantor perbendaharaan negara (KPN) menerbitkan surat perintah membayar (SPM) kepada yang berhak sebagai beban tetap.
    2. Asli petikan penetapan pengadilan, setelah dibubuhi cap bahwa telah dilakukan pembayaran, oleh kantor perbendaharaan negara (KPN) dikembalikan kepada yang berhak.

Berdasarkan SK Menteri Keuangan RI Nomor 983/KMK.01/1983 tersebut penulis mempunyai pendapat bahwa pada tahap proses pelaksanaan pencairan biaya ganti kerugian dengan menggunakan SK Menteri Keuangan RI Nomor 983/KMK.01/1983 masih menggunakan jalur birokrasi ganda yang artinya

ada dua instansi pemerintah yang berhubungan dan mempunyai kewenangan yaitu Mahkamah Agung dan Kementerian Keuangan, hal ini akhirnya memerlukan durasi waktu pencairan yang cukup lama dan proses birokrasi yang panjang. Menurut Pasal 2, Pasal 3 dan Pasal 4 SK Menteri Keuangan RI Nomor 983/KMK.01/1983 ada tahapan yang cukup panjang dalam proses pencairan ganti kerugian setelah putusan praperadilan. Urutan prosesnya dari awal dilakukan pemeriksaan praperadilan terhadap tidak sahnya penangkapan dan tidak sahnya penahanan, hasil pemeriksaan tersebut kemudian dikabulkan permohonan praperadilannya tentang ganti kerugian akibat tidak sahnya penangkapan dan penahanan.

Keputusan praperadilan yang mengabulkan ganti kerugian akibat tidak sahnya penangkapan dan penahanan sesuai SK Menteri Keuangan RI Nomor 983/KMK.01/1983 Ketua Pengadilan Negeri setempat mengajukan permohonan penyediaan dana kepada Menteri Kehakiman cq. Sekretaris Jenderal Departemen Kehakiman.

Tahap selanjutnya Menteri Kehakiman mengajukan penerbitan surat keputusan otorisasi kepada Menteri Keuangan cq Direktur Jenderal Anggaran yang kemudian diteruskan dengan penerbitan surat keputusan otorisasi (SKO) yang masih masuk dalam beban bagian pembiayaan dan perhitungan anggaran belanja negara rutin.

Pada tahap rumit dan lamanya proses mengajukan permohonan pencairan ganti kerugian terjadi. Ganti rugi merupakan harapan besar bagi tersangka atau terdakwa ketika ternyata tindakan yang dilakukan oleh penegak hukum dalam hal ini penyidik dan Penuntut Umum tidak sesuai prosedur KUHAP. Ganti rugi sangat bermanfaat mengganti keuangan keluarga ketika seseorang dalam status tersangka atau terdakwa, karena seseorang tersebut tidak dapat memenuhi kebutuhan hidup keuangan keluarganya.

Proses pengajuan permohonan pencairan biaya ganti kerugian tersebut masih terus berlangsung dengan tahapan setelah yang bersangkutan dalam hal ini tersangka atau terdakwa menerima asli surat Keputusan Ottoriasi (SKO) kemudian yang berhak tersebut mengajukan permohonan pembayaran kepada Kantor Perbendaharaan Negara (KPN) yang masih melalui proses permohonan lewat Ketua Pengadilan Negeri dengan disertai syarat-syarat, dengan adanya surat permohonan pembayaran tersebut ketua pengadilan negeri melanjutkan proses meneruskan permohonan tersebut kepada Kantor Perbendaharaan Negara (KPN) untuk dibayarkan.

Proses ini belum selesai sampai tahapan diatas, proses masih dilanjutkan dengan permohonan pembayaran tersebut kemudian Kantor Perbendaharaan Negara masih memprosesnya dengan menerbitkan Surat Perintah Membayar (SPM) kepada yang berhak. Setelah tahap ini maka tahap ini sebut sebagai tahap akhir yang kemudian pencairan biaya ganti kerugian bisa didapatkan yang berhak.

Penulis berpendapat bahwa proses pencairan ganti kerugian ini dari awal diputuskannya ganti kerugian dalam praperadilan sampai akhir terjadinya pencairan ganti kerugian memerlukan durasi waktu yang tidak mudah prosesnya dan sangat membutuhkan waktu yang panjang. Proses yang menjadikan lama pencairan ganti kerugian adalah pada kewenangan pencairan, kewenangannya tidak ada pada instansi langsung dalam hal ini langsung pengadilan negeri tetapi memerlukan proses sampai tingkat pusat yang dalam hal ini Menteri Kehakiman dan Menteri Keuangan.

Pada aturan SK Menteri Keuangan RI Nomor 983/KMK.01/1983 masih ada Menteri Kehakiman tetapi sekarang lembaga tersebut sudah berubah secara kelembagaannya, Menteri Kehakiman sekarang menjadi Menteri Hukum dan HAM dan lembaga peradilan Indonesia

sejak tahun 2004 berada dibawah Mahkamah Agung sebagai pemilik kewenangan lembaga peradilan dalam hal ini pengadilan.

PP Nomor 92 tahun 2015 dengan perubahan didalamnya memberikan gambaran bahwa telah adanya perbaikan dalam sistem hukum pidana, dimana hak tersangka atau terdakwa mendapatkan satu jaminan tersendiri jika pada proses hukum terjadi adanya upaya paksa yang dilakukan oleh aparat penegak hukum dalam hal ini penyidik dapat dimintakan ganti kerugian yang besarnya lebih manusiawi kalau dilihat dari peraturan pemerintah sebelumnya yaitu pasal 9 Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1983 (selanjutnya disebut PP Nomor 27 Tahun 1983), pada PP Nomor 27 Tahun 1983 ini disebutkan:

1. Ganti kerugian berdasarkan alasan pada pasal 77 huruf b dan pasal 95 KUHAP adalah berupa imbalan serendah-rendahnya Rp.5000,- dan setinggi-tingginya Rp. 1.000.000,-
2. Apabila penangkapan dan penahanan dan tindakan lain sebagaimana dimaksud pasal 95 mengakibatkan yang bersangkutan sakit atau cacat sehingga tidak dapat melakukan pekerjaannya atau mati, besaran ganti kerugian berjumlah setinggi-tingginya Rp.3.000.000,-. (Leden Marpaung, 1997:58).

Pada PP Nomor 27 Tahun 1983 tersebut diketahui bahwa jumlah besaran ganti kerugian bisa dikatakan jumlahnya kecil. Pada PP Nomor 27 Tahun 1983 disebutkan apabila terjadi tidak sahnya penangkapan dan penahanan yang mengakibatkan cacat atau sampai mati hanya diganti kerugian biaya setinggi-tingginya Rp. 3.000.000,- hal ini tidak sebanding jika dibandingkan dengan terjadi hilangnya nyawa.

Pada Pasal 9 PP Nomor 92 tahun 2015, dapat diketahui terjadi perubahan besaran ganti kerugian yang berlipat dengan jumlah setinggi-tingginya menjadi Rp. 600.000.000,- (enam

ratus juta rupiah) jika sampai terjadi kematian.

Akibat dari dikeluarkannya PP Nomor 92 tahun 2015 menjadikan adanya kemajuan dalam sistem peradilan pidana dalam hal ini kepastian hukum dan keadilan, tetapi dalam proses pencairan ganti kerugian masih terkendala aturan lama yang sudah tidak sesuai dengan perkembangan hukum saat ini.

Kemajuan dan perkembangan hukum dengan dikeluarkannya PP Nomor 92 tahun 2015 haruslah tetap menjunjung prinsip keadilan dan kepastian hukum. Plato mengemukakan tentang teori hukum, sesuai dengan perkataan Plato dalam teorinya yang mengatakan bahwa hukum sebagai sarana keadilan. Maksud dari teori hukum Plato adalah hukum merupakan tatanan terbaik untuk menangani dunia fenomena yang penuh situasi ketidakadilan, aturan-aturan hukum harus dihimpun dalam satu kitab, supaya tidak muncul kekacauan hukum, setiap undang-undang harus didahului preambule tentang motif dan tujuan UU tersebut.

Dikeluarkannya PP Nomor 92 tahun 2015 tentang pelaksanaan KUHAP haruslah kemudian bisa menjadikan tujuan hukum itu bisa dirasakan oleh masyarakat, sehingga dengan aturan Pasal 9 PP Nomor 92 tahun 2015 bahwa pembayaran ganti kerugian dilakukan dalam jangka waktu paling lama 14 (empat belas) hari kerja terhitung sejak tanggal permohonan ganti kerugian diterima oleh menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang keuangan haruslah bisa dilaksanakan dengan baik,

### III. SIMPULAN

Upaya ganti kerugian pada lembaga praperadilan merupakan upaya untuk menuntut adanya pemberian ganti kerugian kepada tersangka atau keluarganya jika sampai mengakibatkan luka berat atau cacat sehingga tidak bisa melakukan pekerjaan atau terjadinya

kematian.

Ganti kerugian bisa diajukan jika terjadi tindakan tidak sahnya penangkapan dan penahanan yang tidak sesuai dengan prosedur KUHAP. Tindakan aparat penyidik yang salah atau tidak sesuai prosedur KUHAP tersebut menyebabkan perlindungan hukum terhadap hak tersangka menjadi tidak diberikan dengan benar.

Ganti kerugian pada praperadilan sekarang mengacu pada Peraturan Pemerintah Nomor 92 tahun 2015 tentang pelaksana KUHAP yang merupakan revisi dari Peraturan Pemerintah Nomor 27 tahun 1983 dan Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2010 tentang pelaksana KUHAP. Pada Peraturan Pemerintah Nomor 92 tahun 2015 Negara telah memberikan perlindungan terhadap seseorang yang melekat statusnya tersangka. Terjadinya kesalahan pada proses penangkapan dan penahanannya yang dilakukan oleh aparat penegak hukum penyidik, tersangka dapat menuntut untuk mendapatkan ganti rugi. Jumlah pemberian ganti kerugian pada Peraturan Pemerintah Nomor 92 tahun 2015 jika sampai terjadi kematian adalah Rp.600.000.000,- (enam ratus juta), tetapi hal itu menurut penulis belum sebanding jika dibandingkan dengan hilangnya hak asasi sementara ketika terjadi penangkapan dan penahanan yang tidak sah dan berakibat luka berat atau cacat atau hilangnya sebuah nyawa karena tidak profesionalnya kerja aparat penegak hukum.

Hal yang sangat perlu secepatnya dirubah dan mengalami perbaikan adalah Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor 983/KMK.01/1983 yang menurut pendapat penulis masih sangat jauh dari upaya memberikan keadilan bagi tersangka dalam proses pencairan dana ganti kerugiannya, karena dengan masih berlakunya keputusan tersebut pihak tersangka atau keluarga berharap

pencairan ganti kerugian dilakukan cepat tetapi terbentur dengan aturan Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor 983/KMK.01/1983 yang didalam isinya masih memerlukan perjalanan birokrasi yang lama.

Kendala ini seharusnya mendapatkan perhatian yang serius oleh pemerintah dalam hal ini Mahkamah Agung dan Kementerian Keuangan, sehingga penulis memberikan saran kepada pemangku kebijakan tersebut untuk memangkas sistem birokrasi permohonan permintaan pencairan ganti kerugian sehingga menjadi lebih singkat dan mudah. Pemangkasan birokrasi pencairan ganti kerugian bisa berupa dikeluarkannya Surat Keputusan bersama antara Mahkamah Agung dan Kementerian Keuangan untuk memangkas proses pencairannya atau dengan memberikan kewenangan penuh kepada Mahkamah Agung untuk mengelola anggaran ganti kerugian sehingga tidak melewati Menteri Keuangan. Sehingga pada akhirnya terjadi proses yang mudah dan singkat sesuai teori hukum yaitu “hukum sebagai sarana keadilan” dapat terwujud sehingga kepastian hukum dan perlindungan hukum tersangka atau keluarga dapat diberikan secara maksimal dan seadil-adilnya.

## DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Andi Hamzah, 1996. *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Saptar Artha Jaya, Jakarta
- Bambang Poernomo, 1998. *Pokok-pokok Hukum Acara Pidana dan Beberapa Harapan Dalam Pelaksanaan KUHAP*, Liberty, Yogyakarta.
- Darwan Prints. 1993. *Praperadilan dan Perkembangannya dalam Praktek*, Aditya, Bandung.
- Djoko Prakoso. 1987. *Hak Asasi Tersangka dan Peranan Psikologi Dalam Konteks KUHAP*, Bina Aksara, Jakarta.
- Loebby Loqman, 1990. *Praperadilan di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2005, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana.
- M.A Kuffal, 2002. *Penerapan KUHAP Dalam Praktek Hukum*, UMM, Malang.
- M.Yahya Harahap, 2005. *Pembahasan Permasalahan dan penerapan KUHAP, Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali*, Sinar Grafika, Jakarta.
- O.C. Kaligis, Rusdi Nurima, Denny Kailimang, 1997. *Praperadilan dalam Kenyataan, Study Kasus dan Komentar*, Djambatan,

Jakarta.

- Setiono, 2010, *Pemahaman terhadap Metodologi Penelitian Hukum*, Surakarta, Program Studi Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Sebelas Maret.
- St.Harun Pudjiarto, RS. 1999. *Hak Asasi Manusia Kajian Filosofi dan Implementasinya dalam Hukum Pidana Indonesia*, Atmajaya, Yogyakarta.
- Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage. 2010. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta.
- Peraturan Perundang-undangan
- Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana.
- Peraturan pemerintah Nomor 27 Tahun 1983 tentang Pelaksanaan KUHAP.
- Peraturan pemerintah Nomor 58 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan KUHAP.
- Peraturan pemerintah Nomor 92 Tahun 2015 tentang Pelaksanaan KUHAP.

*Dewi Nurul Musjtari*

Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.

Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Yogyakarta. Indonesia. Email:

dewinm@yahoo.com, dewinurulmusjtari@umy.ac.id

# Rekonstruksi Lembaga Penyelesaian Sengketa Akad Pembiayaan Dengan Jaminan Hak Tanggungan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012

Naskah Masuk: 30 Januari 2016 // Naskah Diterima: 29 Mei 2016

DOI: 10.18196/jmh.2015.0068.62-75

## **ABSTRACT**

The purpose of this research is to know the reconstruction of dispute resolution institutions of financing agreement with hak tanggungan guarantee interest in Islamic banking practices following the Ruling of the Constitutional Court Number 93 / PUU X / 2012. In addition to this, the importance of this research is to the development of Islamic banking institutions in Indonesia and economic law, particularly the law of Islamic economics. For researchers, the importance of this study is to realize the competence of researchers in developing science insightful of sharia law, especially law of syariah economic. The method in this research, using qualitative tradition, its operation carried out in accordance konstruktivisme paradigm. The relative position (stand point) the authors of the problem in this study at the level epiteme not as a participant but instead as an observer. Strategy Research carried out by the two strategies is the research library (Library Research). This study uses socio-legal rules governing studie. Technic data collection to secondary data obtained through library research and a legal document. The primary legal materials, consisting of Article 55 of Law No. 21 Th 2008 and explanation, Article 39 of Law No. 30 Th, 1999, Law No. 4 Th. 1996, Law No. 50 Th. 2009 Constitutional Court Decision No. 93 / PUU-X / 2012. Secondary law, consists of book-nail on the agreement (contract), Islamic banking, political law, legal theory, legal research methodology, journals. The primary data obtained as supporting data through research in the field (Field Research) with observations,

interviews which includes: 1) Law sanction institution: Judges Religion, Arbiter in Basyarnas, Staff Bagia Legal in Islamic Bank, Mediator in Bank Indonesia, Notary; 2) Role Occupant: Management Islamic Bank, Islamic Bank Customers, which is done by hermeneutics, sociology of law and phenomenology. Analisis data using qualitative descriptive analysis that describes the development of dispute resolution institutions guarantee security interest in Islamic banking practices after the Constitutional Court Decision 93/PUU-X/2012. The Results from this study is the reconstruction of dispute resolution institutions of financing agreement with hak tanggungan guarantee interest in Islamic banking practices following the Ruling of the Constitutional Court Number 93 / PUU X / 2012 is resolving disputes financing agreement with hak tanggungan guarantee through Parate Executie more effectively and efficiently in other words more beneficial for of the parties when compared to the settlement of disputes trough the assurance executorial title. However, for the preventive protection during the pre-contractual agreement prepared sharia Islamic banks needfully the deed of acknowledgement of financing manufacture (APP) agreed debtor. The parties are no longer glued to that in resolving disputes and guarantee rights dependents through judicial institutions and non litigation in the narrow sense, namely non litigation on consultation, banking mediation, arbitration through the National Sharia Board of Arbitration or other arbitration institution, but can also cover non-litigation

processes such as consultation, negotiation (negotiation), conciliation, non judge mediation, expert opinion or assessment.

Keywords: Reconstruction, Dispute Resolution, Guarantee Mortgage, Constitutional Court Decision

## ABSTRAK

Tujuan dari penelitian ini adalah mengetahui rekonstruksi lembaga penyelesaian sengketa akad pembiayaan dengan jaminan hak tanggungan pada praktik perbankan syariah pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012. Selain hal tersebut, pentingnya penelitian ini adalah untuk pengembangan lembaga perbankan syariah di Indonesia dan hukum ekonomi, khususnya hukum ekonomi syariah. Bagi peneliti, pentingnya penelitian ini adalah untuk mewujudkan kompetensi peneliti dalam mengembangkan ilmu hukum yang berwawasan syariah khususnya hukum ekonomi syariah. Metode dalam penelitian ini, menggunakan tradisi kualitatif, operasionalisasinya dilakukan sesuai paradigma konstruktivisme. Posisi relatif (*stand point*) penulis terhadap masalah dalam penelitian ini pada aras epiteme bukanlah sebagai partisipan tetapi sebaliknya sebagai observer. Strategi Penelitian dilakukan dengan penelitian kepustakaan (*Library Research*). Penelitian ini menggunakan tata aturan *socio-legal studies*. Teknik pengumpulan data, untuk data sekunder diperoleh melalui penelitian kepustakaan dan *legal document*. Bahan hukum primer, terdiri dari Pasal 55 UU No. 21 Th 2008 dan penjelasannya, Pasal 39 UU No. 30 Th 1999, UU No. 4 Th. 1996, UU No. 50 Th. 2009 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012, bahan hukum sekunder terdiri dari buku-kuku tentang perjanjian (akad), perbankan syariah, politik hukum, teori hukum, metodologi penelitian hukum, jurnal. Data primer sebagai data pendukung diperoleh melalui penelitian di lapangan (*Field Research*) dilakukan dengan observasi, wawancara yang meliputi: 1) *Law sanction institution*: Hakim di Pengadilan Agama, Arbiter di Basyarnas, Staf Bagian Legal di Bank Syariah, Mediator di Bank Indonesia, Notaris; 2) *Role Occupant*: Managemen Bank Syariah, Nasabah Bank Syariah, yang dilakukan dengan hermeneutika, sosiologi hukum dan fenomenologi. Analisis data menggunakan deskriptif kualitatif yaitu analisis yang menggambarkan pengembangan lembaga penyelesaian sengketa akad pembiayaan dengan jaminan hak tanggungan pada praktik perbankan syariah pasca Putusan Mahkamah Konstitusi No.93/PUU-X/2012. Hasil dari penelitian ini adalah rekonstruksi lembaga penyelesaian sengketa akad pembiayaan dengan jaminan hak tanggungan pada praktik perbankan syariah pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 dengan pilihan untuk menyelesaikan sengketa akad pembiayaan dengan Jaminan Hak Tanggungan melalui *Parate Executie* lebih efektif dan efisien dengan kata lain lebih memberikan manfaat bagi para pihak jika dibandingkan dengan penyelesaian sengketa jaminan dengan Titel Eksekutorial. Namun untuk perlindungan preventif maka pada saat pra kontraktual, akad syariah yang dipersiapkan bank syariah perlu dilengkapi dengan pembuatan Akta Pengakuan Pembiayaan (APP) yang disepakati debitur. Rekonstruksi lembaga penyelesaian sengketa akad pembiayaan dengan jaminan hak tanggungan pada praktik perbankan syariah pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 maka para pihak tidak lagi terpaku bahwa dalam menyelesaikan sengketa Jaminan Hak Tanggungannya melalui lembaga peradilan dan non litigasi dalam arti sempit yaitu secara non litigasi pada musyawarah, mediasi perbankan, arbitrase melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) atau lembaga

arbitrase lainnya, tetapi dapat juga menempuh proses non-litigasi lainnya seperti konsultasi, negosiasi (perundingan), konsiliasi, mediasi non hakim, pendapat atau penilaian ahli.

Kata Kunci: Rekonstruksi, Penyelesaian Sengketa, Jaminan Hak Tanggungan, Putusan MK

## I. PENDAHULUAN

Pertumbuhan Perbankan Syariah diklaim oleh Bank Indonesia (BI) lebih cepat dibandingkan negara lain, khususnya Malaysia. Perbankan syariah Indonesia bertumbuh hingga 40% dalam kurun waktu 5 tahun terakhir. Selanjutnya Gubernur Bank Indonesia (BI), Agus Martowardojo di sela-sela Pencanaan Gerakan Ekonomi Syariah (Ges) di Monas, Jakarta, Minggu (17/11/2013), menyebutkan bahwa: “Rata-rata pertumbuhan perbankan syariah selama 5 tahun terakhir berada pada kisaran 38%-40% jauh lebih tinggi dibanding negara umum”. Pihak BI akan memperkuat pengembangan perbankan syariah dari sisi sistem, regulasi, instrumen dan sumber daya manusia (SDM) (Ariyanti, 2013, 17-11-2013)

Bank Syariah mempunyai fungsi sebagai lembaga perantara finansial (*intermediary financial*) yang melakukan mekanisme pengumpulan dan penyaluran dana secara seimbang, sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang berlaku (Muhamad, 2000: 3). Keberadaan bank syariah sangat mendukung pemenuhan kebutuhan manusia di bidang ekonomi, namun kebutuhan manusia di bidang ekonomipun harus diiringi dengan kepastian hukum yang adil agar tercipta efektifitas dan efisiensi. Oleh karena itu tampak jelas adanya hubungan yang erat antara hukum dan ekonomi. Sistem hukum sebagai perwujudan dari sistem ekonomi. Demikian pula sebaliknya, sistem ekonomi suatu bangsa akan tercermin dalam sistem hukumnya (Satjipto Rahardjo, 2009: 102).

Salah satu hal yang penting (*urgent*) saat ini dan memerlukan konsentrasi pemikiran bagi para pengelola Bank Syariah, Nasabah Bank Syariah, Notaris, Arbiter dan Hakim di

Pengadilan Agama, terkait dengan Lembaga Penyelesaian Sengketa Jaminan Hak Tanggungan dalam Praktik Perbankan Syariah Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012. Putusan Nomor 93/PUU-X/2012, tanggal 29 Agustus 2013, terkait dengan pengujian atas Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (selanjutnya ditulis UU Perbankan Syariah). Berdasarkan Putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi mengembalikan kompetensi penyelesaian sengketa perbankan syariah kepada Peradilan Agama (Setyowati, 2013: 917).

Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi yang mengembalikan kompetensi penyelesaian sengketa perbankan syariah ke Peradilan Agama, membawa konsekuensi akan adanya revisi terhadap UU Perbankan Syariah dan peraturan pelaksanaannya serta penyesuaian proses penyelesaian sengketa yang sedang berjalan, baik pada Pengadilan tingkat I, Banding maupun yang telah berproses di Mahkamah Agung. Konsekuensi lainnya adalah perlunya kesiapan Lembaga Peradilan Agama untuk melaksanakan Putusan MK tersebut dan kesiapan sumberdaya manusia (SDM) baik Hakim maupun Panitera yang memahami hukum materiil dan formil perbankan dan lembaga keuangan syariah. Disamping itu kemampuan untuk membuat dan memahami dokumen hukum serta kemampuan untuk melakukan eksekusi jaminan dalam hal terdapat sengketa jaminan dalam penyelesaian kasusnya.

Berdasarkan uraian di atas maka peneliti tertarik untuk melakukan penelitian tentang rekonstruksi lembaga penyelesaian sengketa jaminan hak tanggungan dalam praktik perbankan syariah pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012. Adapun perumusan masalahnya adalah bagaimanakah rekonstruksi lembaga penyelesaian sengketa akad pembiayaan dengan jaminan hak

tanggungan pada praktik perbankan syariah pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012?

## II. METODE PENELITIAN

### A. TITIK PANDANG/STAND POINT

Di dalam penelitian ini digunakan tradisi kualitatif, (Muhajir, 2002: 165-168) operasionalisasinya dilakukan sesuai paradigma konstruktivisme. Paradigma konstruktivisme adalah seperangkat keyakinan atas sebuah realitas hukum (perbankan syariah) sebagai hasil konstruksi yang bersifat relatif/nisbi, spesifik dan kontekstual. Posisi relatif (*stand point*) penulis terhadap masalah dalam penelitian ini pada aras epiteme bukanlah sebagai partisipan tetapi sebaliknya sebagai observer. Sebagai observer penulis akan mencari jawaban atas setiap perumusan masalah yang diajukan dengan mempelajari realitas hukum perbankan syariah (hasil konstruksi) yang tersebar dalam peraturan perundangan atau kebijakan terkait. Pemahaman paripurna yang diperoleh merupakan produk interaksi antara peneliti dengan produk objek yang diteliti. Ada hubungan transaksional yang relatif subyektif antara peneliti dengan subyek penelitian. Peneliti adalah instrumen, sehingga dengan demikian pada tataran aksiologi kedudukan peneliti adalah sebagai observer yang mengetahui keragaman data dan subyek yang ada untuk menemukan rekonstruksi lembaga penyelesaian sengketa jaminan hak tanggungan dalam praktik perbankan syariah pasca Putusan MK No. Nomor 93/PUU-X/2012.

### B. STRATEGI PENELITIAN

Penelitian dilakukan dengan penelitian kepustakaan (*Library Research*). Studi kepustakaan dilakukan terhadap semua dokumen atau literature tentang perbankan syariah. Dokumen yang ada kemudian dikelompokkan sesuai dimensi waktu atau

periodisasinya. Studi kasus dilakukan dalam penelitian ini adalah kasus berskala nasional, khususnya kasus tentang penyelesaian sengketa jaminan hak tanggungan pada perbankan syariah.

Penelitian dengan studi kasus sebagai data pendukung, dilakukan untuk merekam fakta sosial yang menyertai perkembangan masyarakat dalam mendukung dan menopang kebutuhan manusia dalam bidang ekonomi di masyarakat. Penelitian ini menggunakan tata aturan *socio-legal studi*, *Socio Legal Studies* melihat hukum sebagai salah satu faktor dalam sistem sosial yang dapat menentukan dan ditentukan. Ada sejumlah istilah yang digunakan untuk menggambarkan hal ini, seperti *apply social science to law*, *social scientific approaches to law*, *disciplines that apply social scientific perspective to study of law* yaitu memahami hukum tidak sebagai entitas normatif yang normologik dan esoterik semata maka hukum perbankan syariah dalam studi ini dipahami sebagai entitas yang sangat dipengaruhi oleh faktor-faktor non hukum. Formulasi substansi atau isi, pilihan tujuan dan cara yang digunakan untuk mencapai tujuan atau politik hukum perbankan syariah diyakini sebagai interaksi dengan faktor-faktor non hukum.

### C. TEKNIK PENGUMPULAN DATA

#### 1. Data Sekunder diperoleh melalui Penelitian Kepustakaan (*Library Research*) dan *Legal Document*, yang meliputi:

- a. Bahan Hukum Primer, meliputi:
  - 1) Pasal 55 UU No. 21 Th 2008 dan penjelasannya, Pasal 39 UU No. 30 Th 1999, UU No. 4 Th. 1996, UU No. 50 Th. 2009 *Statute Approach* à Hubungan Keperdataan à Teori Perjanjian dan Hukum Acara, Hukum Acara Peradilan Agama.
  - 2) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor

93/PUU-X/2012 -à Politik Hukum à Teori Politik Hukum.

- 3) Akad Syariah di Perbankan Syariah.
  - b. Bahan Hukum Sekunder, terdiri dari buku-kuku tentang perjanjian (akad), perbankan syariah, politik hukum, teori hukum, metodologi penelitian hukum, jurnal.
- #### 2. Data Primer sebagai data pendukung diperoleh melalui penelitian di lapangan (*Field Research*) dilakukan dengan observasi dan wawancara kepada beberapa instansi, yang meliputi:
- a. *Law sanction institution*: Hakim di Pengadilan Agama, Arbiter di Basyarnas, Staf Bagia Legal di Bank Syariah, Mediator di Bank Indonesia, Notaris.
  - b. *Role Occupant*: Managemen Bank Syariah, Nasabah Bank Syariah-àdilakukan dengan hermeneutika, sosiologi hukum dan fenomenologi.

### D. ANALISIS DATA

Data yang diperoleh baik dari penelitian kepustakaan maupun dari penelitian lapangan akan diolah berdasarkan analisis deskriptif kualitatif. Adapun yang dimaksud dengan deskriptif adalah menggambarkan secara jelas keadaan-keadaan senyatanya dan kualitatif adalah analisis terhadap data yang dinyatakan oleh responden dan nara sumber kemudian diuraikan sehingga diperoleh suatu pengertian. Jadi deskriptif kualitatif adalah analisis yang menggambarkan pengembangan lembaga penyelesaian sengketa jaminan hak tanggungan pada praktik perbankan syariah pasca Putusan No.93/PUU-X/2012.

### III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

Rekonstruksi lembaga penyelesaian sengketa akad pembiayaan dengan jaminan hak tanggungan pada praktik perbankan syariah pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor

93/PUU-X/2012 adalah bahwa Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 terkait dengan lembaga penyelesaian sengketa jaminan hak tanggungan dalam praktek perbankan syariah mengharuskan lingkungan Peradilan Agama harus siap dan bisa memberikan perlindungan terhadap nasabah dan industri perbankan syariah. Sejak adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012, hasil penelusuran peneliti terdapat 15 kasus sengketa akad pembiayaan dengan jaminan hak tanggungan dalam praktik perbankan syariah yang diselesaikan melalui Peradilan Agama (sebanyak 8 kasus) maupun Peradilan Umum (sebanyak 7 kasus). Tidak mustahil untuk kedepannya akan semakin banyak model kasus yang diselesaikan melalui Peradilan Agama yang sebelumnya ditangani oleh Peradilan Negeri.

Perkembangan pelaksanaan penyelesaian sengketa ekonomi syariah pasca putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 berdasarkan pendapat beberapa hakim di Pengadilan Agama satu sisi semakin menunjukkan pemahaman masyarakat bahwa sengketa ekonomi syariah menjadi kompetensi absolut Peradilan Agama sehingga mereka tidak lagi mengajukan perkaranya ke Peradilan Umum. Pada sisi lain, perkembangan tersebut menjadi energi yang memacu hakim Peradilan Agama untuk meningkatkan kesiapan akademik dan ketrampilan yudisial dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah.

Berdasarkan hasil wawancara dengan hakim di Pengadilan Agama Yogyakarta Ibu Syamsiah menyatakan bahwa selama ini sudah ada beberapa perkara mengenai ekonomi syariah yang masuk di Pengadilan Agama Yogyakarta, meskipun demikian para hakim di Pengadilan Agama Yogyakarta tidak mengalami kendala dalam memeriksa dan mengadili perkara sengketa ekonomi syariah yang masuk. Hal ini dikarenakan secara akademik dan yuridis sudah

terdapat hukum acara yang memandu untuk menyelesaikan perkara yang masuk. Jika dianggap belum biasa memang harus diakui, tetapi hal ini lebih karena *stigma* yang memang masih hidup dan berkembang di masyarakat bahwa Peradilan Agama adalah pengadilan keluarga. Selain kasus yang ada di PA Yogyakarta dari hasil penelusuran Putusan di Mahkamah Agung dari tahun 2013-2014, peneliti menemukan 15 putusan pengadilan tentang penyelesaian sengketa jaminan hak tanggungan dalam praktik perbankan syariah pasca Putusan MK No 93/PUU-X/2012.

Keraguan masyarakat dan praktisi perbankan adalah wajar karena dalam masyarakat terlanjur terkena stigma bahwa Peradilan Agama adalah Peradilan yang menyelesaikan perkara perceraian atau keluarga yang selama ini menyelesaikan perkara dan sengketa nikah, talak, rujuk. Akan tetapi, keraguan mereka tidak beralasan sama sekali. Secara akademis, hakim Peradilan Agama yang pada umumnya berlatar belakang pendidikan syariah yang telah lama mempelajari ekonomi syariah dan sebelum tahun 1990 telah ada dalam mata kuliah fiqh muamalah. Disamping itu, pasca Undang-Undang Nomor 03 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama, semakin banyak hakim-hakim peradilan agama yang mengikuti studi lanjut ke jenjang lebih tinggi yaitu Strata-2 (S-2) dan Strata-3 (S3) dalam konsentrasi bidang Ekonomi Syariah dan Hukum Ekonomi Syariah.

Untuk meningkatkan kompetensinya maka beberapa hakim telah mengikuti studi banding dan pendidikan singkat (*short course*) di Luar Negeri seperti Arab Saudi, Sudan, Inggris, Pakistan dan Malaysia. Selain itu juga mengikuti bimbingan teknis di Mahkamah Agung yang diajar oleh praktisi ekonomi syariah. Beberapa kegiatan pelatihan ekonomi syariah yang bersertifikasi yang diselenggarakan oleh Diklat Hukum dan Keadilan di Mahkamah Agung juga telah banyak diikuti oleh beberapa hakim di

Peradilan Agama. Dalam hal ini pengajar berasal dari Bank Indonesia (BI), Otoritas Jasa Keuangan (OJK) dan praktisi perbankan. Disamping itu, untuk terwujudnya akuntabilitas kepada publik maka Pengadilan Agama diseluruh Indonesia telah membentuk majelis hakim khusus yang menangani sengketa ekonomi syariah yang terdiri atas hakim-hakim yang telah bersertifikat ekonomi syariah.

Sebelum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 bahwa Pasal 55 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah tidaklah rasional sebab bertentangan dengan Pasal 55 ayat (1) yang menyatakan bahwa penyelesaian sengketa pada perbankan syariah dilakukan oleh Pengadilan Agama akan tetapi, dalam penjelasan Pasal 55 ayat (2) diberikan pilihan di peradilan yang lain yaitu melalui Pengadilan Negeri. Hal tersebut tentunya menimbulkan adanya ketidakpastian hukum karena dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang *a quo* mengatur secara tegas bahwa jika terjadi perselisihan maka harus dilaksanakan di pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama. Selain itu, juga akan bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 perubahan kedua atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Kompetensi Peradilan Agama merupakan kepastian hukum bagi orang yang ingin berperkara di dalam masalah ekonomi syariah.

Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945. Terkait dengan konteks penyelesaian sengketa dan *access to justice* terhadap sengketa perbankan syariah terdapat salah satu putusan Mahkamah Konstitusi yang dikeluarkan pada tanggal 29 Agustus 2013 merupakan Putusan Nomor 93/PUU-X/2012. Putusan tersebut merupakan respon terhadap *review* (pengujian) atas Undang-

Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah khususnya pada Pasal 55 ayat (2) dan (3) dalam bidang penyelesaian sengketa perbankan syariah. Melalui putusan tersebut maka Mahkamah Konstitusi mengembalikan kompetensi kepada Peradilan Agama. (Setyowati, 2015: 3).

Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 masih terdapat penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Pengadilan Negeri. Berdasarkan penelusuran putusan di Mahkamah Agung hingga tahun 2015 terdapat 7 (tujuh) putusan. Hal ini dikarenakan dalam akad yang dibuat sebelum putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dicantumkan klausula bahwa dalam penyelesaian sengketa para pihak menunjuk Pengadilan Negeri. Apabila akad itu dibuat sebelum tanggal 12 Agustus 2012 maka seluruh proses penyelesaian sengketa di Pengadilan Negeri sah adanya karena penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah memungkinkan untuk itu. Pada sisi lain, apabila pasca putusan Mahkamah Konstitusi dalam akad syariah belum terdapat klausula forum penyelesaian sengketa, maka dengan sendirinya sengketa yang terjadi harus diajukan ke Pengadilan Agama. Dengan demikian, apabila masih ada Pengadilan Negeri yang tetap mengadili sengketa ekonomi syariah dianggap telah melampaui wewenang absolutnya dan akibat hukum atas tidak patuhnya Pengadilan Negeri maka putusan tersebut dinyatakan batal demi hukum.

Dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 dalam amarnya menyatakan bahwa "Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah tidak mempunyai hukum kekuatan mengikat" telah memberikan landasan yurisdiksi Peradilan Agama sebagai satu-satunya lembaga peradilan yang berwenang menangani perkara ekonomi

syariah dengan berbagai bentuk sengketa.

Sebagai gambaran dalam praktik di lapangan maka sengketa ekonomi syariah dapat terjadi antara lain sebagai berikut:

1. Para pihak yang bertransaksi mengenai gugatan wanprestasi dan gugatan pembatalan transaksi.
2. Pihak ketiga dengan para pihak yang bertransaksi mengenai pembatalan transaksi, pembatalan akta hak tanggungan, perlawanan sita jaminan dan/atau sita eksekusi serta pembatalan lelang.

Pengadilan Agama atau Mahkamah Syariah dalam memeriksa sengketa ekonomi syariah harus meneliti akta akad (transaksi) yang dibuat oleh para pihak, jika dalam akta akad (transaksi) tersebut memuat klausul yang berisi bahwa bila terjadi sengketa akan memilih diselesaikan oleh Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) maka Pengadilan Agama atau Mahkamah Syariah secara *ex officio* harus menyatakan tidak berwenang (Irfan, 2015: 4-5).

Perbankan syariah merupakan salah satu bagian dari ekonomi syariah yang berkembang saat ini. Pelaksanaan perjanjian (akad) dalam praktik perbankan syariah diperlukan adanya jaminan, mengingat transaksi yang dilakukan dalam produk pembiayaan (*financing*) atau jasa dikenal lembaga yang diklasifikasikan sebagai lembaga jaminan seperti dalam pelaksanaan akad *murabahah* dan akad lainnya dan *rahn*. Keberadaan jaminan hak tanggungan dalam akad pembiayaan syariah telah sesuai dengan prinsip syariah dan diperbolehkan menurut Hukum Islam. Undang-Undang Hak Tanggungan yang diterapkan penuh dalam perbankan syariah sebenarnya tidak ada masalah akan tetapi karena dalam syariah juga dikenal adanya "*rahn*" yang meskipun definisinya tidak sama dengan Hak Tanggungan, secara praktik sama dan bisa dianalogikan dengan Hak Tanggungan sebagai salah satu lembaga jaminan.

Bank Indonesia memperkenalkan bank

mengambil jaminan untuk bagi hasil dengan catatan hanya boleh dieksekusi jikalau nasabah ingkar janji atau terjadi wanprestasi. Sebelum eksekusi Hak Tanggungan, bank syariah pada umumnya akan melakukan tiga tahap penyelesaian *rescheduling* (penjadwalan kembali), *reconditioning* (*persyaratan kembali*) dan *restructuring* (penataan kembali). Ini sejalan dengan asas penangguhan dalam syariah Islam berdasarkan (QS.2:280). "Dan jika (orang berutang itu) dalam kesulitan, maka berilah tenggang waktu sampai dia memperoleh kelapangan. Dan jika kamu menyedekahkan itu lebih baik bagimu, jika kamu mengetahui." Tetapi pada prinsipnya tidak mungkin pihak perbankan menyedekahkan uang yang dipinjamkan kepada nasabahnya sebab apabila itu terjadi tentunya bank akan mengalami kebangkrutan, namun setidaknya bank syariah memberikan tenggang waktu agar nasabah dapat melunasi hutangnya dan keberadaan jaminan Hak Tanggungan adalah demi keamanan pihak perbankan syariah.

Menurut pandangan hakim Pengadilan Agama Sleman, Temanggung, Purbalingga dan Temanggung bahwa mengenai Undang-Undang Hak Tanggungan yang sementara ini diterapkan pada perbankan syariah memiliki perbedaan dengan penerapannya di perbankan konvensional yang mana bank konvensional memiliki tujuan mengcover kredit ketika nasabah mengalami kemacetan dan mutlak harus memberikan Jaminan Hak Tanggungan sedangkan pada perbankan syariah, Jaminan Hak Tanggungan digunakan untuk menambah kepercayaan masyarakat dengan melihat nasabah beserta usahanya agar dapat meyakinkan pihak bank syariah.

Pembebanan Hak Tanggungan dapat meliputi juga benda-benda yang terkait dengan tanah dengan memperjanjikannya dalam akta pembebanan hak tanggungan, seperti (Yuniarlin dan Musjtari: 46):

- a. Bangunan yang berada di atas tanah maupun di bawah permukaan tanah obyek hak tanggungan (*basement*);
- b. Satuan rumah susun atau apartemen yang berada di atas tanah obyek hak tanggungan (Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, Hak Pakai di atas Tanah Negara dan Tanah Hak Pengelolaan);
- c. Tanaman yang tumbuh di atas tanah obyek hak tanggungan;
- d. Mesin-mesin yang tertanam dalam fondasi tanah obyek hak tanggungan;
- e. Hasil karya lainnya yang merupakan satu kesatuan dengan hak atas tanah obyek hak tanggungan dan secara hukum dianggap sebagai benda tidak bergerak.

Dalam praktik perbankan syariah, hak tanggungan diterapkan sebagian besar pada akad pembiayaan. Di dalam hubungan hukum yang terjadi antara nasabah bank syariah dan bank syariah seyogyanya dilakukan secara benar berdasarkan prinsip syariah maupun peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Berdasarkan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan (Selanjutnya disebut Undang-Undang Hak Tanggungan). Hak Tanggungan disebutkan bahwa Pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang piutang yang bersangkutan atau perjanjian lainnya yang menimbulkan utang tersebut.

Berdasarkan Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan disebutkan bahwa Pemberian Hak Tanggungan dilakukan dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku agar kepentingan para pihak dapat terpenuhi maka seharusnya diperjanjikan secara

baik dan benar pula. Selain itu, akad yang dibuat harus seimbang antara hak dan kewajiban diantara para pihak yang saling mengikatkan diri. Pembiayaan yang akan menerapkan Hak Tanggungan seharusnya dilakukan dengan akta otentik. Hal ini didasarkan pada ketentuan Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Hak Tanggungan yang menyebutkan bahwa Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan wajib dibuat dengan akta notaris atau akta PPAT.

Menurut Yahya Harahap (2005: 566) kekuatan pembuktian yang melekat dalam akta otentik terdiri atas tiga kekuatan yang melekat yaitu:

- a. Kekuatan pembuktian luar adalah suatu Akta Otentik yang diperlihatkan harus dianggap dan diperlakukan sebagai Akta Otentik, kecuali dapat dibuktikan sebaliknya bahwa akta itu bukan Akta Otentik. Selama tidak dapat dibuktikan sebaliknya pada akta tersebut melekat kekuatan bukti luar. Maksud dari kata memiliki daya pembuktian luar adalah melekatkan prinsip anggapan hukum bahwa setiap Akta Otentik harus dianggap benar sebagai Akta Otentik sampai pihak lawan mampu membuktikan sebaliknya.
- b. Kekuatan pembuktian formil, berdasarkan Pasal 1871 KUH Perdata bahwa segala keterangan yang tertuang di dalamnya adalah benar diberikan dan disampaikan kepada pejabat yang membuatnya. Oleh karena itu segala keterangan yang diberikan penanda tangan dalam akta otentik dianggap benar sebagai keterangan yang dituturkan dan dikehendaki yang bersangkutan. Anggapan atas kebenaran yang tercantum di dalamnya, bukan hanya terbatas pada keterangan atau pernyataan di dalamnya benar dari orang yang menandatangani tetapi meliputi pula kebenaran formil yang dicantumkan pejabat pembuat akta mengenai tanggal yang

tertera di dalamnya sehingga tanggal tersebut harus dianggap benar, dan tanggal pembuatan akta tidak dapat lagi digugurkan oleh para pihak dan hakim.

- c. Kekuatan pembuktian materil. Dalam kekuatan akta otentik yang ketiga ini termaktub tiga prinsip yang terkandung dalam akta otentik yaitu:
- 1) Penandatanganan akta otentik oleh seorang untuk keuntungan pihak lain, ini merupakan prinsip pokok kekuatan materil suatu Akta Otentik yang mana setiap penanda tangan akta otentik oleh seorang selamanya harus dianggap untuk keuntungan pihak lain, bukan untuk keuntungan pihak penandatanganan;
  - 2) Seorang hanya dapat membebani kewajiban kepada diri sendiri. Prinsip ini merupakan lanjutan dari prinsip pertama.

Produk dari Pejabat Pembuat Akta Tanah meliputi Akta Pemberian Hak Tanggungan yang berisi pemberian Hak Tanggungan kepada kreditor tertentu sebagai jaminan untuk pelunasan piutangnya supaya Akta Pembebanan Hak Atas Tanah ini mempunyai kekuatan yang sempurna maka harus di daftarkan di Kantor Pertanahan yang merupakan unit kerja Badan Pertanahan Nasional di wilayah kabupaten, kotamadya atau wilayah administratif lain yang setingkat, yang melakukan pendaftaran hak atas tanah dan pemeliharaan daftar umum pendaftaran tanah, dengan didaftarkannya Akta Pembebanan Hak Atas Tanah, maka Penerima Hak atas Akta Pembebanan Hak Tanggungan, mempunyai hak yang diutamakan apabila pihak yang mempunyai hutang ingkar janji.

Apabila pihak debitur wanprestasi maka dasar berpijaknya adalah pengaturan mengenai eksekusi Hak Tanggungan yang diatur dalam lembaga *parate executie*. Dapat ditemui dalam Pasal 20 ayat (1) UU Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan yang menyebutkan bahwa apabila debitur wanprestasi, maka:

- a. Hak dari Pemegang Hak Tanggungan pertama untuk menjual obyek Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 UUHT, atau
- b. Titel eksekutorial yang terdapat dalam sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 ayat (2) UUHT, obyek Hak Tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang Hak Tanggungan dengan hak mendahului daripada kreditor-kreditor lainnya.

Selengkapnya teks yuridis Pasal 6 UUHT substansinya adalah: “Apabila Debitur cidera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut”.

Kemudahan menggunakan sarana Pasal 6 UUHT dikarenakan pelaksanaan penjualan obyek Hak Tanggungan hanya melalui pelelangan umum tanpa harus meminta Ketua Pengadilan Negeri. Kemudahan tersebut terutama menunjukkan efisiensi waktu dibandingkan dengan eksekusi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap. Hal tersebut mengingat kalau prosedur eksekusi melalui formalitas hukum acara, proses yang dilalui memerlukan waktu yang lama dan rumit prosedurnya. *Parate executie* lebih murah dibandingkan dengan pelaksanaan *executie* menggunakan titel eksekutorial dikarenakan tidak menanggung biaya untuk mengajukan permohonan penetapan *executie* sehingga merupakan sarana yang lebih efektif dalam penyelesaian sengketa jaminan Hak Tanggungan.

Interpretasi atau penafsiran hukum merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan yang tidak

jelas mengenai teks undang-undang agar ruang lingkup kaedah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu. Dalam melakukan penafsiran hukum terhadap suatu peraturan perundang-undangan yang dianggap tidak lengkap atau tidak jelas, seorang ahli hukum tidak dapat bertindak sewenang-wenang.

Menurut Prof. J.H.A. Logemann: "Dalam melakukan penafsiran hukum, seorang ahli hukum diwajibkan untuk mencari maksud dan kehendak pembuat undang-undang sedemikian rupa sehingga menyimpang dari apa yang dikehendaki oleh pembuat undang-undang itu.

Pasal 28 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman menyebutkan bahwa hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Hal ini berarti seorang hakim harus memiliki kemampuan dan keaktifan untuk menemukan hukum (*rechtsvinding*). *Rechtsvinding* merupakan proses pembentukan hukum oleh hakim/aparat penegak hukum lainnya dalam penerapan peraturan umum terhadap peristiwa hukum yang konkrit dan hasil penemuan hukum menjadi dasar baginya untuk mengambil keputusan. Oleh karena itu, maka hakim dapat melakukan konstruksi dan penghalusan hukum.

Langkah-langkah yang dapat dilakukan dalam Konstruksi Hukum antara lain:

- a. Hakim meninjau kembali sistem material yang mendasari lembaga hukum yang dihadapinya sebagai pokok perkara;
- b. Berdasarkan sistem itu, hakim kemudian berusaha membentuk suatu pengertian hukum (*rechtsbegrip*) baru dengan cara membandingkan beberapa ketentuan di dalam lembaga hukum yang bersangkutan, yang dianggap memiliki kesamaan-kesamaan tertentu;
- c. Setelah pengertian hukum itu dibentuk, maka pengertian hukum itulah yang

digunakan sebagai dasar untuk mengkonstruksi suatu kesimpulan dalam penyelesaian perkara (Herman, <http://hermansh.blogspot.com/2012/02/penafsiran-dan-konstruksi-hukum.html>)

Seorang ahli hukum beranggapan bahwa dalam menyelesaikan suatu perkara, peraturan perundang-undangan yang ada dan yang seharusnya digunakan untuk menyelesaikan perkara, ternyata tidak dapat digunakan. Kontruksi Penghalusan hukum dilakukan apabila penerapan hukum tertulis sebagaimana adanya akan mengakibatkan ketidakadilan yang sangat sehingga ketentuan hukum tertulis itu sebaiknya tidak diterapkan atau diterapkan secara lain apabila hendak dicapai keadilan.

Salah satu bukti perkembangan sistem ekonomi Islam di negara ini dapat dilihat dari pertumbuhan perbankan syariah di Indonesia yang semakin pesat dengan melihat pertumbuhan perbankan syariah di Indonesia semakin meningkat. Penyelesaian sengketa perbankan syariah khususnya sengketa mengenai jaminan hak tanggungan sebelum adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 diselesaikan oleh Pengadilan Negeri. Mengingat bahwa penyelesaian sengketa perbankan syariah pasca putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 menjadi kewenangan Peradilan Agama maka Pengadilan Agama harus menyelesaikan sengketa perbankan syariah di Indonesia. Hal ini didukung dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 perubahan kedua atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

Konsekuensi dari perkembangan perbankan syariah yang begitu signifikan tersebut, maka sangat mungkin akan terjadi sengketa (*dispute*) di antara para pihak yang terlibat dalam aktifitas perbankan syariah. Sengketa muncul dikarenakan berbagai alasan dan masalah yang melatar belakanginya, terutama karena adanya

*conflict of interest* di antara para pihak. Sengketa atau konflik hakekatnya merupakan bentuk aktualisasi dari suatu perbedaan dan atau pertentangan antara dua pihak atau lebih. Sebagaimana dalam sengketa perbankan syariah pihak-pihak yang bersengketa diberi kebebasan untuk menentukan mekanisme pilihan penyelesaian sengketa yang dikehendaki baik melalui jalur pengadilan (litigasi) maupun jalur di luar pengadilan (non litigasi) sepanjang tidak ditentukan sebaliknya dalam peraturan perundang-undangan, mekanisme atau cara menyelesaikan sengketa perbankan syariah sendiri sudah diatur dalam Pasal 55 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah memunculkan mekanisme penyelesaian sengketa apabila terjadi sengketa (*dispute*) antara pihak bank syariah dengan nasabah dengan ketentuan sebagai berikut:

- 1) Penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan agama.
- 2) Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad.
- 3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah

Isi Pasal 55 ayat (2) tersebut di atas diberikan penjelasan dalam penjelasan Pasal demi Pasal “yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad adalah upaya melalui musyawarah, mediasi perbankan, melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) atau lembaga arbitrase lain dan atau melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum”.

Kemunculan Pasal 55 ayat (2) termasuk penjelasannya dan ayat (3) ini memberikan

ruang kepada para pihak untuk membuat pilihan forum (*choice of forum*) dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariahnya selain melalui proses litigasi di Pengadilan Agama baik itu melalui proses litigasi di Pengadilan Negeri maupun melalui proses non litigasi melalui musyawarah, mediasi perbankan dan proses arbitrase melalui Basyarnas atau lembaga arbitrase lain selama hal tersebut diperjanjikan di dalam akad dengan catatan mekanisme penyelesaian sengketa tersebut sesuai dengan prinsip syariah.

Dengan adanya pilihan forum (*choice of forum*) yang dibuka oleh ketentuan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 dan penjelasannya kejadian *conflict of dispute settlement* (pertentangan mengenai lembaga penyelesaian sengketa) ini sudah seringkali terjadi baik antara Basyarnas dengan Pengadilan Negeri atau antara Basyarnas dengan Pengadilan Agama atau antara Pengadilan Agama dengan Pengadilan Negeri. Hal tersebut muncul karena tidak terpenuhinya kepentingan (keinginan) para pihak atau hasil dari penafsiran masing-masing pihak terhadap ketentuan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 dan penjelasannya tersebut.

Pasca dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 maka diharapkan tidak ada lagi dualisme penyelesaian sengketa perkara perbankan syariah antara pengadilan negeri dan pengadilan agama. Mahkamah Konstitusi melalui putusan Nomor 93/PUU-X/2012 menegaskan bahwa penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

Dalam penjelasan pada Pasal 55 ayat 2 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah menyatakan bahwa dalam hal para pihak telah memperjanjikan

penyelesaian sengketa selain di Pengadilan Agama maka penyelesaian sengketa dilakukan sesuai akad yaitu melalui upaya musyawarah, mediasi perbankan, Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) ataupun melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum. Apabila Pasal 55 ayat (2) tersebut tidak dilakukan uji materi maka terdapat dualisme lembaga yang menangani penyelesaian sengketa perkara perbankan syariah yaitu Pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama. Penjelasan Pasal tersebutlah yang selama ini menjadi permasalahan dalam pilihan penyelesaian sengketa (*choice of forum*).

Pada prinsipnya dalam sengketa perbankan syariah pihak-pihak yang bersengketa diberi kebebasan untuk menentukan mekanisme penyelesaian sengketa yang dikehendaki sesuai prinsip syariah atau hukum Islam yang termuat dalam kesepakatan tertulis antara bank syariah dengan pihak lain (nasabah) yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak yang selanjutnya kesepakatan tertulis ini dituangkan dalam bentuk akad dan ketentuan ini sesungguhnya sudah diatur dalam Pasal 55 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dan Pasal 49 huruf (i) Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Perubahan Terhadap Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang memberikan tugas dan kewenangan kepada pengadilan di lingkungan Peradilan Agama untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah. Jadi, selama belum ditentukan atau tidak ditentukan pilihan forum hukum dalam akad. Pasca adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 maka seluruh sengketa perbankan syariah termasuk sengketa jaminan hak tanggungan menjadi kewenangan absolut pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama.

Prosedur beracara dalam penyelesaian

sengketa perbankan syariah di Pengadilan Agama sama halnya dengan menangani perkara-perkara perdata lainnya yang masuk ke Pengadilan Negeri sebagaimana telah diatur dalam hukum acara yang berlaku di peradilan umum (Pasal 54 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama). "Hukum acara yang berlaku di Pengadilan Agama adalah hukum acara yang berlaku di Pengadilan Negeri. Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 tidaklah terlalu sulit untuk menangani sengketa ekonomi syariah yang masuk ke Pengadilan Agama.

Berkaitan hal tersebut maka apabila dikaitkan dengan hukum responsif Philip Nonet dan Philip Selznick menyebutkan bahwa hukum responsif adalah suatu institusi yang responsif mempertahankan secara kuat hal-hal yang esensial bagi integritasnya dengan tetap memperhatikan keberadaan kekuatan-kekuatan baru di dalam lingkungannya. Dalam teori hukum responsif menyatakan lingkungan yang penuh tekanan, otoritas yang berkelanjutan dari tujuan hukum dan integritas dari tertib hukum tergantung kepada model institusi hukum yang lebih kompeten (Nonet dan Selznick, 2011: 89). Dalam hal ini, penyelesaian sengketa akad pembiayaan dengan jaminan hak tanggungan dalam praktik perbankan syariah pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 menjadi kewenangan absolut dari Peradilan Agama sehingga tidak lagi menyelesaikan sengketa terkait perbankan syariah diselesaikan di Pengadilan Negeri.

Kritik atas hukum hampir selalu ditujukan kepada tidak memadainya hukum sebagai alat perubahan dan sebagai alat untuk mencapai keadilan substantif. Untuk memberikan hukum yang lebih responsif terhadap kebutuhan sosial maka hukum yang baik seharusnya memberikan sesuatu yang lebih daripada sekedar prosedur hukum. Hukum dalam hal ini harus

berkompeten dan juga adil, mampu mengenali keinginan publik serta mempunyai komitmen terhadap tercapainya keadilan substantif. Hal ini dimaksudkan bahwa hukum yang baik itu ialah harus memenuhi kebutuhan sosial.

Sebagaimana pada Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 mengamanahkan setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, namun kepastian hukum tersebut tidak didapatkan pada ketentuan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah karena mempersilahkan para pihak untuk memilih lembaga peradilan (*choice of forum*) dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah dalam perkara yang substansinya sama dan objeknya yang sama.

Menurut Bapak Marwoto yaitu salah satu hakim Pengadilan Agama Sleman menambahkan bahwa selain lembaga peradilan agama seperti Pengadilan Agama juga diperlukan instrumen atau lembaga penyelesaian sengketa perbankan syariah yang ideal untuk menunjang optimalisasi penyelesaian sengketa perbankan syariah yaitu dengan jalan memperkuat Lembaga Arbitrase Syariah. Basyarnas ataupun lembaga terkait harus ditingkatkan pada setiap daerah. Beberapa instrumen yang diperlukan untuk menunjang optimalisasi penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Pengadilan Agama adalah;

- a. Dasar hukum pemberlakuan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah ditingkatkan dari SEMA ke Undang-undang.
- b. Kompilasi Hukum Acara Ekonomi Syariah yang telah disusun segera diberlakukan dengan Undang-undang.
- c. Kodifikasi dan sosialisasi fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional, untuk menjadi referensi hakim pengadilan agama.
- d. Kodifikasi sosialisasi peraturan Bank Indone-

sia dan Otoritas Jasa Keuangan.

Selanjutnya diperjelas oleh Ibu Syamsiah Hakim Pengadilan Agama Yogyakarta bahwa model dan bentuk penyelesaian sengketa ekonomi syariah yang ideal adalah yang seluruh prosesnya berbasis pada syariah. Artinya mulai penerimaan perkara, mengadili dan menyelesaikan harus berlandaskan pada prinsip-prinsip syariah. Apabila seluruh proses dijalankan dengan prinsip syariah oleh aparatur yang menjunjung tinggi akhlak Islam, maka ada jaminan hak spiritual para pihak akan terpenuhi. Jangan sampai prosesnya penyelesaian sudah pada *track* prinsip syariah, tetapi akhlak aparaturnya tidak berakhlak Islam. Apabila ini terjadi maka tidak akan terpenuhi jaminan hak spiritual para pihak.

Dengan terbitnya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 yang menyatakan penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, maka para pihak tidak lagi terpaku dalam menyelesaikan sengketa secara non litigasi pada musyawarah, mediasi perbankan, arbitrase melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional atau lembaga arbitrase lainnya, tetapi dapat juga menempuh proses non-litigasi lainnya seperti konsultasi, negosiasi (perundingan), konsiliasi, mediasi non hakim, pendapat atau penilaian ahli.

## IV. SIMPULAN

### A. SIMPULAN

Simpulan dari hasil penelitian ini adalah bahwa rekonstruksi lembaga penyelesaian sengketa akad pembiayaan dengan jaminan hak tanggungan pada praktik perbankan syariah pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 adalah dengan *Parate Executie* lebih efektif dan efisien dengan kata lain lebih memberikan manfaat bagi para pihak jika dibandingkan dengan penyelesaian sengketa jaminan dengan Titel Eksekutorial. Namun

untuk perlindungan preventif maka pada saat pra kontraktual maka akad syariah yang dipersiapkan bank syariah perlu dilengkapi dengan pembuatan Akta Pengakuan Pembiayaan (APP) yang disepakati debitur. Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi para pihak tidak lagi terpaksa bahwa dalam menyelesaikan sengketa jaminan Hak Tanggungannya melalui lembaga peradilan dan non litigasi dalam arti sempit yaitu secara non litigasi pada musyawarah, mediasi perbankan, arbitrase melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional atau lembaga arbitrase lainnya, tetapi dapat juga menempuh proses non-litigasi lainnya seperti konsultasi, negosiasi (perundingan), konsiliasi, mediasi non mediasi perbankan, pendapat atau penilaian ahli.

## B. SARAN

Agar penyelesaian sengketa jaminan Hak Tanggungan semakin memberikan kepastian hukum bagi menguatnya perkembangan Industri Perbankan Syariah dan dapat melindungi nasabah maka upaya yang terus menerus (*continue*) untuk merubah stigma atau *image* masyarakat bahwa Peradilan Agama adalah peradilan yang kompeten untuk menyelesaikan sengketa jaminan Hak Tanggungan dalam praktek perbankan syariah. Untuk lebih meyakinkan kepada masyarakat maka upaya meningkatkan ketrampilan dan pengetahuan bagi para hakim di Peradilan Agama juga diperlukan kerjasama dan sinergi yang baik antara Peradilan Agama, Otoritas Jasa Keuangan (OJK), Perguruan Tinggi, Mahkamah Agung, Dewan Syariah Nasional, Majelis Ulama Indonesia dan Asosiasi Perbankan Syariah Indonesia (Asbisindo), Basyarnas. Pilihan sengketa alternatif dan segala sarana untuk mendukung tewujudnya penyelesaian sengketa yang mendasarkan pada metode “*Win-win Solution*” harus dioptimalkan dan menjadi “kesadaran hukum bagi para pihak, khususnya

Industri Perbankan Syariah dan Peradilan Agama serta nasabah. Selain hal yang telah disebutkan di atas maka revisi terhadap UU No. 21 Th. 2008 tentang Perbankan Syariah dan UU No. 30 Th. 1999 tentang Penyelesaian Sengketa Alternatif harus dilakukan dan menjadi agenda prioritas dalam Program Legislasi Nasional.

## DAFTAR PUSTAKA

- Adji Samekto, 2012, Ilmu Hukum Dalam Perkembangan Pemikiran Menuju Post-Modernisme, Lampung, Inedepth Publishing.
- Ali Irfan, 2015, Makalah yang berjudul “Dinamika Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah Di Lingkungan Peradilan Agama Dari Masa ke Masa”.
- Anonim, *Kamus Hukum Edisi Lengkap, Bahasa Belanda Indonesia-Inggris*, Aneka, Semarang, 1977.
- Denzin dan Lincoln dalam Erlin Indarti, 2010, Pidato Pengukuhan Guru Besar: *Diskresi dan Paradigma Sebuah Telaah Filsafat Hukum*, Semarang, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro
- Fiki Ariyanti, 2013, *Bank Syariah RI, Salip Malaysia*, Liputan6.com., posted. 17-11-2013, 09:34.
- Hartono Hadisoeparto, 1984, *Pokok-pokok Hukum Perikatan dan Hukum Jaminan*, Yogyakarta, Liberty.
- Hendi Suhendi, 2002, *Fiqh Muamalah*, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada.
- Herman, <http://hermansh.blogspot.com/2012/02/penafsiran-dan-konstruksi-hukum.html>, Sabtu, 25 Februari 2012.
- Karnaen Perwataatmadja dan Muhammad Syafi’I Antonio, 1992, *Apa dan Bagaimana Bank Islam* Yogyakarta, Dana Bhakti Wakaf
- Muhamad, 2000, *Sistem & Prosedur Operasional Bank Syariah*, Yogyakarta, UII Press.
- Noeng Muhajir mempunyai empat unsur, yaitu: a. Penentuan sample secara purposive; b. Analisis induktif; c. Grounded Theory; d. Desain sementara akan bergantung pada konteksnya. Noeng Muhajir, 2002, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Yogyakarta, Penerbit Rakesarasin.
- Philip Nonet dan Philip Selznick, 2011, *Hukum Responsif*, Cetakan ke VI, Bandung, Nusa Media.
- Prihati Yuniarlin dan Dewi Nurul Musjtari, *Hukum Jaminan dalam Praktik Perbankan Syariah*, 2009, Yogyakarta, Lab. Hukum, Fakultas Hukum UMY
- Rikardo Simarmata *Socio-Legal Studies dan Gerakan Pembaharuan Hukum dalam Digest Law, Society and Development*, Volume 1 Desember 2006-Maret 2007.
- Ro’fah Setyowati, 2013, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 93/PUU-X/2012 Terkait Penegakan Hukum Perbankan Syariah dari Perspektif Hukum Progresif, *Call for Paper* pada Konsorsium Hukum Progresif Indonesia: Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif, Satjipto Raharjo Institute bekerjasama dengan Asosiasi Sosiologi Hukum Indonesia (ASHI) dll, Semarang, 29-30 November.
- Salim HS, 2004, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.
- Satjipto Rahardjo, 2009, *Membangun dan Merombak Hukum Indonesia (Sebuah Pendekatan Lintas Disiplin)*, Yogyakarta, Genta Publishing.
- Sartio, J, 2013, *Parate Eksekusi Sebagai Sarana Mengatasi Kredit Macet*, Bandung, Citra Aditya.

Milda Istiqomah

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya.

Ketawanggede, Kec. Lowokwaru, Kota Malang, Jawa Timur. Email:  
meeldha@yahoo.com

# Kebijakan Formulasi Pengaturan “*Illicit Enrichment*” Sebagai Upaya Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Naskah Masuk: 14 Maret 2016 // Naskah Diterima: 15 April 2016

DOI: 10.18196/jmh.2015.0069.76-86

## ABSTRACT

In its progress, the criminal sanctions given to the convicted offenders of corruption are not effective. Therefore, in order to prevent corruption, the strategy needs a certain mechanism to criminalize the alleged offenders of corruption. The proper strategy is to provide a deterrent effect aims to impoverish corruptor. This study attempts to examine the regulations of corruption and offers alternative setting formulations of illicit enrichment as an effort to prevent the corruption. This research applies normative judicial method with statute approach and comparative approach. This study concludes that Indonesia doesn't have regulations related to illicit enrichment; therefore the author offers an alternative on regulation of illicit enrichment as effort to eradicate corruption in Indonesia.

Keywords: Illicit Enrichment, Prevention of Corruption.

## ABSTRAK

Dalam perkembangannya, pelaku tindak pidana korupsi tidak jera jika diberikan hukuman badan. Maka, diperlukan mekanisme tertentu yang memungkinkan agar perbuatan dari penyelenggara negara yang terindikasi/patut diduga melakukan tindak pidana korupsi dapat dijerat dengan ketentuan hukuman lain. Strategi yang tepat untuk memberikan efek jera selain hukuman badan ialah dengan cara memiskinkan koruptor. Penelitian ini bertujuan untuk melakukan pengkajian terhadap UU Tindak Pidana Korupsi dan menawarkan alternative pengaturan

formulasi *illicit enrichment* sebagai upaya untuk pencegahan tindak pidana korupsi. Penelitian ini menggunakan metode penelitian yuridis normatif dengan pendekatan *statute approach* dan *comparative approach*. Dari pengkajian tersebut dapat disimpulkan bahwa saat ini Indonesia belum memiliki perangkat peraturan yang mengatur tentang upaya pengayaan terlarang, dimana dalam pembahasan berikutnya peneliti menawarkan sebuah alternatif pengaturan terkait formulasi pengayaan terlarang sebagai upaya pemberantasan korupsi di Indonesia.

Kata Kunci: *Illicit enrichment*, pengayaan terlarang, pencegahan tindak pidana korupsi.

## I. PENDAHULUAN

Saat ini, pelaku tindak pidana korupsi tidak jera jika diberikan hukuman badan, oleh sebab itu diperlukan mekanisme tertentu yang memungkinkan agar perbuatan dari penyelenggara negara yang terindikasi/patut diduga melakukan tindak pidana korupsi dapat dijerat dengan ketentuan hukuman lain. Strategi yang tepat untuk memberikan efek jera selain

hukuman badan ialah dengan cara memiskinkan koruptor. Motivasi/keinginan pelaku tindak pidana korupsi melakukan korupsi ialah untuk memperoleh harta kekayaan yang sebanyak-banyaknya. Apabila pelaku tindak pidana korupsi dimiskinkan maka akan memutus motivasi untuk memperoleh harta kekayaan yang berlimpah tersebut. Sehingga, dengan ketentuan ini diharapkan pelaku mendapatkan *double* sanksi, yaitu hukuman badan dan hukuman perampasan harta kekayaan hasil tindak pidana korupsi tersebut. Langkah yang dapat dilakukan ialah dengan melihat keseimbangan antara penghasilan yang sah dengan harta/aset dari penyelenggara negara. Jika seorang penyelenggara negara mempunyai harta diluar dari kewajaran atau melebihi dari logika gaji bulanan serta pendapatan lain dari negara yang sah. Maka, harta tersebut patut dicurigai sebagai harta haram yang didapat dari suatu kejahatan. Sebab apabila dijumlahkan seluruh gaji, pendapatan lain yang sah dengan harta/aset yang dimilikinya akan cenderung terjadi ketimpangan antara keduanya. Dengan demikian, hal ini dapat menjadi suatu cara untuk mendeteksi terjadinya korupsi yang dilakukan penyelenggara negara karena ketidakwajaran dari harta yang dimilikinya.

Dalam hal kaitannya dengan harta kekayaan dari penyelenggara negara tersebut, memang sebenarnya sudah terdapat ketentuan perampasan aset hasil tindak pidana korupsi yang tertuang pada beberapa Pasal dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2001 tentang perubahan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (selanjutnya disebut UU pemberantasan tindak pidana korupsi). Namun, terdapat permasalahan yang muncul terkait dengan perampasan harta kekayaan milik penyelenggara negara tersebut. Hal ini

disebabkan rumusan beberapa Pasal dalam UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi masih mengandung kelemahan yang perlu disempurnakan.

Kelemahan sebagaimana dimaksud dalam UU Pemberantasan Korupsi diatas ialah *pertama*, perampasan kekayaan koruptor hanya dapat dilakukan terhadap barang yang digunakan, atau diperoleh dari korupsi atau barang yang menggantikannya (Palma 2014). Hal tersebut tertuang dalam Pasal 18 ayat (1) huruf a UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang menyatakan bahwa: "Perampasan barang bergerak yang berwujud atau tidak berwujud atau barang yang tidak bergerak yang digunakan untuk atau yang diperoleh dari tindak pidana korupsi, termasuk perusahaan milik terpidana dimana tindak pidana korupsi dilakukan, begitu pula harga dari barang yang menggantikan barang-barang tersebut".

Permasalahan yang muncul ialah jika pelaku tindak pidana korupsi mempunyai kekayaan diluar dari kasus korupsi yang menjeratnya. Secara otomatis harta kekayaan hasil tindak pidana lain tersebut tidak dapat dilakukan perampasan. Sebab secara terang dalam Pasal 18 ayat (1) huruf a UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi hanya barang yang digunakan atau diperoleh dari tindak pidana korupsi saja yang dirampas. Kemudian bagaimana jika barang yang lain selain dari tindak pidana korupsi tersebut juga merupakan hasil dari suatu kejahatan lain. Misalnya, Terdakwa divonis 10 tahun penjara dan mengembalikan barang yang dirampas senilai Rp 2 Milyar, tetapi terdakwa melakukan tindak pidana lain (seperti misalnya tindak pidana narkotika). Maka, hasil dari tindak pidana narkotika ini tidak dapat dirampas oleh negara. Jika ingin merampas harta kekayaan hasil tindak pidana narkotika tersebut, maka harus dibuktikan terlebih dahulu tindak pidana pokoknya yaitu tindak pidana narkotika. Dengan demikian, hal ini akan

membutuhkan waktu dan proses yang lama. Terlebih lagi terdapat upaya hukum berupa banding, kasasi maupun peninjauan kembali.

Kelemahan yang *kedua* ialah penggantian kerugian negara tidak maksimal (Palma 2014), hal ini disebabkan ketentuan yang terdapat dalam Pasal 18 ayat (1) huruf b UU Pemberantasan Tindak Korupsi, yang menyatakan bahwa: “Pembayaran uang pengganti yang jumlahnya sebanyak-banyaknya sama dengan harta benda yang diperoleh dari tindak pidana”.

Permasalahan yang *ketiga* ialah terdapat celah hukum untuk tidak membayar uang pengganti. Memang tidak dapat dielakan lagi bahwa ketika harta terpidana disembunyikan atau habis setelah dilakukan perampasan dan harta tersebut tidak cukup untuk menutupi uang hasil dari korupsinya. Maka, untuk mengganti kerugian negara tersebut terpidana dijatuhi pidana kurungan sebagai pidana pengganti. Sehingga, diharapkan penegak hukum untuk menelusuri pada awal penyidikan agar harta kekayaan dari penyelenggara negara tersebut tidak sempat untuk disembunyikan oleh pelaku.

Permasalahan yang *keempat* ialah Pembuktiannya yang sulit seperti diatur dalam UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi bahwa perampasan aset sebagaimana diungkapkan diatas merupakan pidana tambahan yang mengikuti dari pidana pokok. Dengan kata lain, jika pidana pokok tidak terbukti maka pidana tambahan tidak dapat diterapkan dikarenakan sifatnya hanya tambahan. Hal ini dapat dilihat dari rumusan beberapa Pasal dalam UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, khususnya Pasal 38B ayat (3) yang berbunyi: “Tuntutan perampasan harta benda sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) diajukan oleh penuntut umum pada saat membacakan tuntutan pada perkara pokok”.

Apabila ditafsirkan lebih jauh terdapat dua hal yang perlu dicermati bahwa *pertama*,

penuntut umum hanya boleh mengajukan perampasan harta kekayaan milik terdakwa pada saat sidang *requisitoir* atau pembacaan tuntutan dari Jaksa Penuntut Umum. *kedua*, tuntutan untuk mengajukan tuntutan perampasan harta benda tersebut *include* didalam surat tuntutan perkara pokok dari Penuntut Umum. Pembuktian dari harta kekayaan terdakwa tersebut dilakukan pada saat pembelaannya dalam perkara pokok. Permasalahan *kelima* yang muncul disini ialah jika jaksa melakukan kesalahan pada surat dakwaan dan surat tuntutan maka, secara otomatis terdakwa dapat bebas dari segala tuntutan. Hal ini diungkapkan dalam Pasal 38B ayat (6) UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang menyatakan bahwa: “Apabila terdakwa dibebaskan atau dinyatakan lepas dari segala tuntutan hukum dari perkara pokok, maka tuntutan perampasan harta benda sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) harus ditolak oleh hakim”.

Dengan demikian berarti pidana tambahan untuk merampas harta kekayaan dari penyelenggara negara tersebut tidak dapat dilaksanakan. Tentunya hal ini akan merugikan negara dan menguntungkan pelaku tindak pidana korupsi. Permasalahan yang *keenam*, mengacu pada pendapat Ramelan dalam Naskah Akademis RUU Perampasan Aset Tindak Pidana bahwa aset hasil tindak pidana tidak dapat dirampas dikarenakan: “Tidak ditemukannya atau meninggalnya atau adanya halangan lain yang mengakibatkan pelaku tindak pidana tidak bisa menjalani pemeriksaan di pengadilan atau tidak ditemukannya bukti yang cukup untuk mengajukan tuntutan ke pengadilan dan sebab yang lainnya (Yusuf 2012)”.

Dari berbagai permasalahan yang muncul diatas yang telah diungkapkan oleh penulis memberikan pemahaman bagi kita semua bahwa peraturan perundang-undangan selama ini belum menunjang penggantian kerugian

negara akibat tindak pidana korupsi. Hal ini dibuktikan dari jumlah kerugian negara selama ini akibat tindak pidana korupsi sangat besar.

Ketidakmaksimalan UU pemberantasan tindak pidana korupsi dalam memperoleh kembali uang negara yang telah dikorupsi, salah satunya disebabkan karena belum adanya aturan tentang “*illicit enrichment*”. Padahal, dalam *United Nation Convention Against Corruption, 2003* (selanjutnya disebut UNCAC) aturan “*illicit enrichment*” sudah diatur dalam beberapa pasal dalam konvensi Internasional tersebut. Indonesia merupakan negara pihak ke 57 yang menandatangani UNCAC pada tanggal 18 Desember 2003 dan meratifikasi melalui Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 tahun 2006 tentang pengesahan *United Nation Convention Against Corruption, 2003* pada tanggal 18 April 2006.

Apabila dikaji dari segi hukum perjanjian Internasional, supaya perjanjian itu mengikat sebagai hukum Internasional positif, maka negara-negara itu perlu menyatakan persetujuannya untuk terikat secara tegas pada perjanjian. Jika negara tidak menyatakan persetujuannya untuk terikat, maka perjanjian itu tidak akan pernah mengikatnya (Parthiana 2002). Dalam hal ini, Indonesia telah meratifikasi UNCAC sehingga Indonesia dianggap telah mengikat diri terhadap isi atau ketentuan-ketentuan dalam UNCAC. Dengan kata lain, ketentuan UNCAC tersebut harus diterapkan dalam hukum nasional suatu negara, dan akan mendapatkan suatu sanksi ketika ketentuan itu tidak diterapkan. Maka dari itu, banyak negara sebelum mengikat diri, baik dengan penandatanganan (*signature*), ratifikasi (*ratification*), akseptasi (*acceptance*), persetujuan atau akses (*approval*), pertukaran instrumen yang membentuk perjanjian (*exchange of instruments constituting a treaty*), maupun dengan cara lain yang disepakati. Negara harus menyesuaikan instrumen hukum nasional

dengan perjanjian Internasional yang telah disepakati. Hal ini berguna menyelaraskan dan agar tidak bertentangan satu sama lain antara hukum nasional dengan perjanjian Internasional tersebut.

Namun, ketentuan khusus tentang “*illicit enrichment*” ini bukanlah suatu mandatory (Yusuf 2014). Artinya tidak menjadi suatu kewajiban oleh suatu negara untuk menerapkan kedalam hukum nasionalnya. Indonesia saat ini belum menerapkan secara tegas dan jelas mengenai “*illicit enrichment*” ini. Oleh sebab itu, kekayaan/keuangan Indonesia yang telah dikorupsi oleh penyelenggara negara tidak dapat dikembalikan dengan mudah. Ketentuan “*illicit enrichment*” terdapat dalam Pasal 20 UNCAC yang menyatakan bahwa: “*Subject to its constitution and the fundamental principles of its legal system, each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, illicit enrichment, that is, a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income*”.

Dari ketentuan Pasal 20 UNCAC tersebut dapat ditafsirkan bahwa ketentuan rumusan “*illicit enrichment*” sangatlah luas. Oleh karena itu, tidak heran apabila terdapat perbedaan pada beberapa negara yang telah meratifikasi UNCAC dalam menerapkan ketentuan “*illicit enrichment*” ini. Hal ini menjadi peluang dan sekaligus menjadi tantangan bagi Indonesia untuk menerapkan ketentuan rumusan “*illicit enrichment*” ini kedalam hukum nasionalnya. Sebab, terdapat perbedaan penafsiran antara PPATK dan ICW dalam rumusan yang tepat untuk memiskinkan koruptor dengan ketentuan “*illicit enrichment*”. Ketentuan “*illicit enrichment*” tidak dapat berdiri sendiri untuk menjadi efektif dalam memiskinkan koruptor. Terdapat elemen atau komponen pendukung lainnya yang harus diformulasikan juga agar dapat menunjang dan

mengakomodasi rumusan “*illicit enrichment*” agar berlaku efektif dalam penerapannya. Menarik untuk dibahas dalam pembahasan nantinya elemen atau komponen apa sebagai prasyarat berlaku efektifnya “*illicit enrichment*”.

Atas dasar hal sebagaimana diungkapkan diatas, penulis mencoba untuk memformulasikan ketentuan “*illicit enrichment*” yang tepat, akurat dan dirasa akan efektif nantinya dalam upaya menjerat dan memiskinkan koruptor. Oleh karena itu, berdasarkan uraian sebagaimana penulis ungkapkan diatas, permasalahan dalam penelitian ini adalah: bagaimanakah seharusnya alternatif pengaturan tentang “*illicit enrichment*” dalam upaya penanggulangan tindak pidana korupsi di Indonesia?

## II. PEMBAHASAN

### A. ALTERNATIF RANCANGAN FORMULASI RUMUSAN *ILLICIT ENRICHMENT* SEBAGAI UPAYA PEMBERANTASAN TINDAK PIDANA KORUPSI DI INDONESIA.

#### a. Rancangan Formulasi Rumusan Unsur Dengan Sengaja (*When Committed Intentionally*)

Menurut doktrin dalam hukum pidana bahwa suatu tindakan dengan sengaja tersebut harus memenuhi 2 (dua) unsur, yaitu tindakan dengan sengaja tersebut harus diketahui oleh pihak yang melakukan perbuatan tersebut, dan tindakan dengan sengaja tersebut harus dikehendaki oleh pihak yang melakukan perbuatan pengayaan terlarang tersebut (Arief 2001). Kedua unsur ini harus terpenuhi untuk dapat dikatakan melakukan tindakan dengan sengaja, *a contrario* apabila tindakan mengetahui dan menghendaki ini tidak dipenuhi maka perbuatan dengan sengaja tersebut tidak akan terpenuhi. Sehingga berimplikasi pada suatu perbuatan pidana, khususnya *illicit enrichment* ini tidak dapat diterapkan dan otomatis pejabat publik yang hartanya melebihi dari

pendapatannya tidak dapat dilakukan perampasan aset melalui konsep *illicit enrichment*.

Hemat penulis arti dari mengetahui yaitu dalam batinnya si pelaku mengerti dan memahami terkait apa yang ia akan lakukan, sedangkan menghendaki merupakan manifestasi dari mengetahui tersebut. Jadi, mengetahui dan memahami tidak dapat dipisahkan untuk dapat dikatakannya adanya kesengajaan. Kesengajaan atau dengan sengaja disini merupakan salah satu pelanggaran pidana apabila terdapat unsur-unsur lain yang menunjang unsur kesengajaan tersebut. Pelanggaran pidana merupakan suatu perbuatan yang dilarang oleh peraturan perundang-undangan. Sebab, terdapat suatu asas legalitas yang pada intinya menyatakan bahwa suatu tindakan seseorang tidak dapat dipidana, kecuali terdapat peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Oleh karena itu, terhadap rancangan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) nantinya untuk dapat dikatakan dengan sengaja melakukan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) harus terdapat unsur kesengajaan.

#### b. Rancangan Formulasi Rumusan Unsur Pengayaan Terlarang (*Illicit Enrichment*)

Maraknya praktik korupsi yang dilakukan oleh pejabat publik merupakan alasan utama lahirnya *illicit enrichment*. Kebijakan kriminalisasi penting dalam UNCAC 2003 yaitu menyangkut perbuatan memperkaya diri sendiri. Secara umum *illicit enrichment* merupakan suatu perbuatan memperkaya diri sendiri yang merupakan tindak pidana yang berdiri sendiri. Secara umum bahwa *illicit enrichment* dapat diartikan sebagai instrument hukum yang mengkriminalisasi pejabat publik yang memiliki kekayaan dan/atau peningkatan kekayaan yang tidak wajar (tidak sesuai dengan sumber pemasukannya) tanpa mampu membuktikan bahwa aset tersebut diperoleh secara legal/sah

(bukan berasal dari tindak pidana).

Apabila dilihat dari instrument hukum internasional lain juga memberikan definisi yang hampir sama dengan UNCAC 2003. Dalam hal ini seperti definisi dalam *Inter-America Convention Against Corruption (IACAC)* pada *article 1x*. Titik tekan dari *Inter-America Convention Against Corruption (IACAC)* pada *article 1x* tersebut menitikberatkan pada kekayaan pejabat pemerintah selama menjabat yang terjadi peningkatan kekayaan/harta benda (aset) yang tidak sesuai dengan pendapatannya. Apabila dibandingkan dengan UNCAC 2003 pada dasarnya sama, namun yang membedakan ialah kata pihak yang melakukan jabatan tersebut. Dalam UNCAC 2003 yang dapat dipertanggungjawabkan ialah “*public official* (pejabat publik)” sedangkan dalam IACAC yang dapat dipertanggungjawabkan ialah “*goverment official* (pejabat pemerintah)”. Dalam hal ini akan dibahas pada pembahasan mengenai unsur pejabat publik dalam UNCAC 2003.

Sedangkan apabila melihat instrumen Internasional lain seperti dalam *African Union Convention On Preventing and Combating Corruption (AUCPCC)* pada *article 8* yang pada intinya pengayaan terlarang dari hasil tindak pidana harus diatur dalam hukum domestik negara masing-masing sebagai suatu pelanggaran yang harus dilarang dan diberikan sanksi yang tegas. Perbedaan antara ketiganya hanyalah pada subjek hukum yang dapat dikenakan terhadap pengayaan terlarang tersebut, khususnya terhadap AUCPCC tidak hanya subjek hukum “*public official*”, namun dalam *article 8* tersebut juga disebutkan “*....any other person which he or she cannot reasonably explain in relation to his or her income*”.

Meskipun terdapat perbedaan terminologi yang digunakan, pada prinsipnya yang menjadi isu dalam kepemilikan kekayaan berlebihan (tidak wajar) sama bahwa kepemilikan yang berlebihan (*excessive*) yang dipermasalahkan

tersebut adalah kepemilikan yang diperoleh berhubungan dengan status pejabat publik. Dalam hal ini untuk mengetahui seorang pejabat publik tersebut melakukan pengayaan terlarang atau tidak dapat dilihat sebelum, selama dan setelah ia menjabat sebagai pejabat publik. Hal ini berkaitan dengan cara bagaimana mengetahui kekayaan terlarang dengan pendapatannya tersebut. maka dengan demikian, sebelum ia menjabat sebagai pejabat publik wajib melaporkan harta kekayaannya, hal ini bertujuan untuk mengetahui dan sekaligus melindungi dari pejabat publik tersebut agar tidak dituntut sebagai pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) yang berasal dari tindak pidana selama ia menjabat.

Atas dasar sebagaimana diungkapkan diatas, penulis menawarkan rancangan rumusan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*), antara lain ialah sebagai berikut:

Pejabat publik dianggap melakukan suatu tindakan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) apabila selama menjabat sebagai pejabat publik dengan sengaja memperkaya diri sendiri secara tidak sah dengan tidak dapat menjelaskan hubungan yang rasional antara pendapatannya (gaji atau bukan gaji) yang sah/legal dengan peningkatan kekayaannya yang tidak seimbang dengan pendapatannya (sah/legal) selama menjabat.

Namun juga harus dipahami bahwa unsur memperkaya diri sendiri ini juga termasuk memperkaya korporasi miliknya atau milik keluarganya maupun memperkaya keluarganya sedarah maupun semenda sampai derajat ketiga. Jadi terdapat beberapa unsur pengayaan terlarang *illicit enrichment*, antara lain ialah:

1. Pejabat publik;
2. Selama menjabat sebagai pejabat publik;
3. Memperkaya diri sendiri (termasuk memperkaya korporasi miliknya atau milik keluarganya maupun memperkaya keluarganya sedarah maupun semenda

- sampai derajat ketiga);
4. Tidak dapat menjelaskan hubungan yang rasional antara pendapatannya (gaji atau bukan gaji) yang sah/legal dengan peningkatan kekayaannya yang tidak seimbang dengan pendapatannya yang sah/legal (gaji atau bukan gaji) selama menjabat;
  5. Dilakukan dengan sengaja.

### c. Rancangan Formulasi Rumusan Unsur Pejabat Publik (*Public Official*)

Dalam Pasal 20 UNCAC 2003 ketentuan mengenai *illicit enrichment* memberikan secara jelas bahwa pihak yang melakukan pengayaan terlarang tersebut ialah “*public official*”, seperti kutipan Pasal 20 UNCAC berikut ini: “.....*illicit enrichment, that is, a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income*”.

Apabila dibandingkan dengan IACAC yang memberikan penjelasan mengenai subjek yang dapat dikenakan pelanggaran *illicit enrichment* ialah pejabat pemerintah, seperti *article 1x* yang pada intinya berbunyi: “.....*government official that he cannot reasonably explain in relation to his lawful earnings during the performance of his functions*”.

Apabila ditelisik lebih jauh apa yang dimaksud dengan pejabat pemerintah secara harfiah sama dengan penyelenggara negara. Sedangkan apa yang dimaksud dengan penyelenggara negara salah satunya tertuang dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 1999 Tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme (selanjutnya disebut UU Penyelenggara Negara Yang Bersih Dari KKN), yang berbunyi: Penyelenggara Negara adalah Pejabat Negara yang menjalankan fungsi eksekutif, legislatif, atau yudikatif, dan pejabat lain yang fungsi dan tugas pokoknya berkaitan dengan penyelenggaraan negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang

berlaku.

Dari ketentuan tersebut jelas bahwa pejabat publik yang dimaksud disini sama dengan pejabat pemerintahan yang menjalankan fungsi eksekutif, legislatif, dan yudikatif. Dengan demikian, selain pejabat pemerintahan atau penyelenggara negara tidak dapat dikenakan ketentuan *illicit enrichment* ini. Tentunya rumusan dalam IACAC ini lebih sempit dengan membatasi pihak yang melakukan pengayaan terlarang hanya berlaku bagi pejabat pemerintahan/penyelenggara negara, selain itu tidak dapat dituduh melakukan pengayaan terlarang. Hal ini tentunya mempunyai kelemahan, sebab apabila pejabat publik lain yang menjalankan perusahaan publik seperti BUMN tidak dapat dituduh melakukan *illicit enrichment*. Padahal, pejabat yang menjalankan perusahaan publik tersebut memperoleh dana dari APBN yang diinvestasikan kepada perusahaan publik tersebut, dan jika melakukan pengayaan terlarang dengan melakukan korupsi di perusahaan publik atau tindak pidana lain yang merugikan perusahaan publik yang demikian tidak dapat dijerat dengan *illicit enrichment*. Tentunya, hal ini merupakan suatu langkah kemunduran apabila dibandingkan dengan UNCAC yang mengatur subjek yang lebih luas.

Berikut ini rumusan rancangan yang penulis tawarkan berdasarkan subjek yang dapat dikenakan perampasan aset berdasarkan *illicit enrichment*, ialah sebagai berikut: Ayat (1): Perampasan aset berdasarkan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) hanya berlaku terhadap Pejabat Publik. Ayat (2): “Pejabat Publik sebagaimana dimaksud ayat (1) ialah pejabat yang menjalankan fungsi pemerintahan dalam arti luas yang meliputi eksekutif, legislatif, dan yudikatif serta pejabat publik yang menjalankan kegiatan perusahaan publik”.

Rumusan yang penulis tawarkan di atas apabila dibandingkan dengan RUU Perampasan

Aset memberikan sedikit pandangan perbedaan terhadap subjek yang dapat dirampas. Pandangan *pertama* ialah dalam RUU Perampasan Aset tidak memberikan kejelasan siapa yang dapat dijadikan subjek perampasan aset tersebut. Namun, dapat dipahami bahwa subjeknya ialah pihak yang merasa mempunyai aset tersebut, yaitu pihak ketiga yang merasa dirugikan. Dengan demikian, dalam hal ini RUU Perampasan Aset menganut perampasan aset antara negara vs asetnya sendiri yang diduga merupakan hasil dari suatu tindak pidana.

Pandangan *kedua*, namun, sebenarnya diperlukan suatu kejelasan apabila menyangkut pejabat publik yang melakukan pengayaan terlarang. Sebab, untuk mempermudah penghitungan aset tersebut diperlukan mekanisme penelusuran dan penghitungan aset yang jelas yang dimiliki oleh pejabat publik. Hal ini juga harus sesuai dengan rekomendasi internasional khususnya UNCAC 2003 yang hanya menganut subjek pejabat publik, bukan setiap orang yang melakukan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) tersebut.

Pandangan *ketiga* bahwa mengingat pula penelitian yang digunakan oleh penulis ialah *illicit enrichment* yang khusus didasarkan pada pengayaan terlarang hasil tindak pidana korupsi oleh pejabat publik. Sehingga, wajar terdapat perbedaan penafsiran maupun perbedaan pendapat terhadap subjek yang dapat dilakukan perampasan aset melalui pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) tersebut.

#### **d. Rancangan Formulasi Rumusan Unsur Pejabat Publik Tidak Dapat Menjelaskan Kekayaan Yang Signifikan Atau Tidak Wajar (*A Public Official That He Or She Cannot Reasonably Explain In Relation To His Or Her Lawful Income*)**

Analisa terhadap pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) yang bagaimana yang dapat dikenakan terhadap pejabat publik. Maka,

dalam hal ini akan dibandingkan dengan metode perbandingan guna menyaring ketentuan yang paling tepat untuk dapat dikenakan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*). Metode perbandingan akan bertitikberat pada konvensi internasional yang telah mengatur pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) tersebut.

Untuk dapat mengetahui apa yang dimaksud dengan peningkatan kekayaan yang signifikan tersebut, dapat mengacu pada Pasal 20 UNCAC 2003 pada intinya berbunyi: “...*a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income*”.

Dari pasal 20 tersebut dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud peningkatan kekayaan yang signifikan tersebut meliputi gaji atau bukan gaji yang sudah dilaporkan harta kekayaannya kepada negara. Sehingga, suatu pejabat publik sebelum menjabat dalam jabatannya diwajibkan melaporkan harta kekayaan tersebut kepada negara. Hal ini berguna untuk menghitung peningkatan kekayaan yang sudah dilaporkan tersebut dengan peningkatan selama maupun setelah ia menjabat. Misalnya, DPR sebelum menjabat melaporkan kekayaan sebesar 2 milyar, dan selama maupun setelah menjabat ia mendapatkan peningkatan kekayaan yang wajar sekitar 6 milyar, maka totalnya 8 milyar. Apabila dihitung peningkatan kekayaan yang sudah dilaporkan tersebut seimbang dengan pendapatannya yaitu berjumlah 8 milyar, maka DPR tersebut tidak dapat dituduh melakukan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*). *A contrario* apabila setelah menjabat dan setelah dilaporkan kekayaan meningkat secara signifikan, misalnya sebesar 20 milyar, sehingga total selama maupun setelah ia menjabat tidak seimbang dengan pendapatannya yang legal/sah tersebut. Maka, ia dapat dituduh melakukan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*), dan harta

yang diduga haram tersebut dapat dirampas oleh negara.

Dapat disimpulkan dari penjelasan sebagaimana diungkapkan di atas, untuk menghitung peningkatan kekayaan yang signifikan atau tidak dapat dilihat dari 3 (tiga) hal, antara lain ialah:

- a. Kekayaan yang telah dilaporkan sebelum ia menjabat sebagai pejabat publik
- b. Kekayaan tersebut baik gaji maupun bukan gaji
- c. Perhitungan kekayaan dihitung setelah ia melaporkan kekayaannya dan dihitung selama masa jabatannya.

Dengan demikian, apabila pejabat pemerintahan tidak dapat menjelaskan peningkatan kekayaan yang berlebihan dan diduga berasal dari tindak pidana dengan menghitung gajinya dengan kekayaan yang tidak seimbang tersebut, maka ketentuan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) dapat dituduhkan kepadanya, walaupun belum terdapat pelaporan harta kekayaan. Misalnya, seorang pejabat pemerintahan mendapatkan gaji 100 juta per bulan dan ia bekerja selama 5 (lima) tahun, maka total gajinya selama 5 tahun ia menjabat  $100 \text{ juta} \times 12 \text{ bulan} \times 5 \text{ tahun} = 6 \text{ milyar}$ . Namun, kekayaan berupa aset yang dimiliki pejabat pemerintahan tersebut mencapai 50 milyar, berupa tanah, rumah, mobil dan lain-lain yang telah tercatat dalam kantor pajak. Dari titik inilah pejabat pemerintahan tersebut harus menjelaskan harta kekayaannya tersebut yang telah tercatat di kantor pajak. Apabila tidak dapat menjelaskan kekayaan yang tidak seimbang dengan gajinya, maka ia dapat dikenakan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*).

Atas dasar sebagaimana diungkapkan diatas, dapat diketahui bahwa ketentuan dalam IACAC untuk menghitung peningkatan kekayaan yang signifikan atau tidak dapat dilihat dari 4 (empat) hal, antara lain ialah:

- a. Kekayaan tersebut dapat dihitung walaupun belum terdapat pelaporan harta kekayaan kepada pihak yang berwenang.
- b. Kekayaan tersebut dihitung hanya berdasarkan gajinya semata, sehingga kekayaan yang diluar gaji tidak dihitung.
- c. Pejabat pemerintahan tersebut berhak untuk menjelaskan kekayaan tersebut baik dari gaji maupun diluar gaji, walaupun ketentuan dalam IACAC hanya menghitung berdasarkan gaji semata. Namun, pejabat pemerintahan tersebut berhak untuk membela diri dengan memberikan penjelasan pendapatannya diluar gaji.
- d. Kekayaan pejabat pemerintahan yang dihitung bertitikberat pada aset yang telah didaftarkan pada kantor pajak.

Namun, permasalahan muncul ketika terdapat kata-kata "*significant*", sebab untuk dapat mengetahui seberapa signifikan kekayaan pejabat publik tersebut sulit untuk ditentukan ukurannya. Hal demikian juga diungkapkan ICW yang berpendapat bahwa: Frasa *significant* menjadi sangat penting guna menekankan ukuran batas (limitasi) peningkatan pendapatan yang mesti dijelaskan oleh para pejabat Negara. Frasa *significant* mesti dijelaskan secara detail apa maksud dan ukurannya agar tidak menimbulkan perdebatan dan menciptakan kepastan hukum. Sebab frasa ini cukup berpotensi menjadi perdebatan terutama tentang ukuran peningkatan pendapatan yang "*significant*".

Hemat penulis, kata-kata "*significant*" tersebut memberikan arti terjadi peningkatan yang tidak wajar terhadap harta kekayaan pejabat publik yang dimaksud. Tidak wajar disini dapat dikatakan melebihi apa yang seharusnya didapat atau diperoleh dari pejabat publik tersebut. Oleh karena itu, ukuran signifikan tidak dapat ditentukan, namun dapat dipahami dengan arti melebihi dari jumlah pendapatannya yang sah/

legal atau tidak seimbang dengan pendapatannya yang sah/legal. Dengan demikian, atas dasar sebagaimana dijelaskan diatas, maka penulis menawarkan rancangan formulasi rumusan untuk dapat dihitungnya pejabat publik yang tidak dapat menjelaskan kekayaan signifikan atau tidak wajar antara lain ialah sebagai berikut:

Ayat (1):

Sebelum, selama dan setelah menjabat sebagai pejabat publik menjabat dalam jabatannya, maka diwajibkan memberikan laporan keterangan terhadap seluruh harta kekayaannya kepada Komisi Pemberantasan Korupsi.

Ayat (2):

Harta kekayaan yang dianggap melakukan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) dihitung setelah adanya laporan harta kekayaan pejabat publik sebagaimana dimaksud Pasal (...) kepada Komisi Pemberantasan Korupsi.

Ayat (3):

Perhitungan kekayaan tersebut dihitung sebelum menjabat tetapi sudah melaporkan harta kekayaannya dan sesudah masa jabatannya berakhir.

Ayat (4):

Komisi sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 1999 Tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme ialah Komisi Pemberantasan Korupsi

Hal ini tentunya mempunyai tujuan untuk mempermudah penghitungan penambahan kekayaan pejabat publik tersebut. Selaras dengan pandangan Andi Hamzah yang berpandangan bahwa "Untuk mencegah terjadinya korupsi besar-besaran, bagi pejabat yang mempunyai kedudukan jabatan yang rawan korupsi, seperti bidang pelayanan masyarakat, pendapatan negara, penegak hukum, dan pembuat kebijaksanaan harus di daftar kekayaannya sebelum menjabat jabatannya

sehingga mudah diperiksa pertambahan kekayaan dibandingkan dengan pendapatan resmi" (Hamzah 2005).

### III. PENUTUP

Bahwa undang-undang pemberantasan korupsi memiliki kelemahan dalam menanggulangi dan mencegah terjadinya tindak pidana korupsi, oleh sebab itu penulis menawarkan suatu alternatif rancangan formulasi rumusan *illicit enrichment* sebagai upaya pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia, yaitu berupa melakukan pemiskinan terhadap koruptor melalui unsur-unsur pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) dalam konvensi internasional. Alternatif tersebut antara lain ialah sebagai berikut:

- Rancangan Formulasi Rumusan Unsur Dengan Sengaja (*When Committed Intentionally*).
- Rancangan Formulasi Rumusan Unsur Pengayaan Terlarang (*Illicit Enrichment*).
- Rancangan Formulasi Rumusan Unsur Pejabat Publik (*Public Official*).
- Rancangan Formulasi Rumusan Unsur Pejabat Publik Tidak Dapat Menjelaskan Kekayaan Yang Signifikan Atau Tidak Wajar (*a publicofficial that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income*).

Sebaiknya rumusan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) yang terdapat dalam beberapa konvensi Internasional, yaitu UNCAC 2003, IACAC, AUCPCC dipertimbangkan untuk segera diterapkan di Indonesia. Sebab, saat ini UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang berlaku belum cukup menjadi payung hukum yang kuat dalam hal merampas harta kekayaan pejabat publik/penyelenggara negara yang melakukan tindak pidana korupsi. Oleh karena itu, alternatif instrumen pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) dalam bentuk pemiskinan koruptor merupakan keniscayaan yang dapat diterapkan. Terlebih lagi sudah

terdapat beberapa negara yang sudah menerapkan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) ini, dan memberikan *zero* toleransi terhadap koruptor dengan merampas harta kekayaannya dan disertai dengan memberikan denda 50% s/d 100% dihitung dari harta yang telah dirampas. Diharapkan pula dalam RUU Perampasan Aset yang belum memberikan payung hukum mengenai rumusan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) yang dibuat oleh pejabat publik perlu dibuatkan sub bab tersendiri dalam RUU Perampasan Aset tersebut. Mengingat, tindak pidana korupsi merupakan kejahatan luar biasa (*extra ordinary crime*), sehingga seyogyanya juga tidak disamakan dengan kejahatan yang biasa. Namun, sebelumnya juga harus mempertimbangkan syarat-syarat yang harus dipenuhi sebelumnya diberlakukan pengayaan terlarang (*illicit enrichment*) seperti yang telah direkomendasikan penulis agar berjalan efektif.

## DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Adami Chazawi, 2011, *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, Bayumedia Publishing, Malang.
- , 2011, *Hukum Pidana Materil Dan Formil Korupsi Di Indonesia*, Bayumedia Publishing, Malang
- Andi Hamzah, 1984, *Korupsi di Indonesia Masalah Dan Pemecahannya*, PT. Gramedia, Jakarta
- , 1993, *Sistem Pidana Dan Pidanaan Di Indonesia*. Pradnya Paramita, Jakarta,
- , 2000, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta
- Barda Nawawi Arief, 1996, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana*, Badan Penerbit Semarang, Semarang
- , 1986, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. Citra Aditya Bakti, Jakarta.
- , 2005, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakkan Dan Pengembangan Hukum Pidana*, Edisi Revisi Citra Aditya Bakti Bandung
- , 2000, *Kapita Selekta Hukum Pidana*. Penerbit Citra Aditya, Cetakan Ketiga, Bandung
- , 2001, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- C.S.T. Kansil, dan Christine S.T Kansil, 2007, *Latihan Ujian Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta
- Hamdan, 1997, *Politik Hukum Pidana*, Grafindo Persada, Jakarta
- Hamzah, dan Siti Rahayu, 1983, *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pidanaan Di Indonesia*, Akademika Presento, Jakarta
- Jimly Assididqie, 1996, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia: Studi Tentang Bentuk-Bentuk Pidana Dalam Tradisi Hukum Fiqh dan Relevansinya Bagi Usaha Pembaharuan KUHP Nasional*, Angkasa, Bandung, 1996.
- Johani Ibrahim, 2006, *Teori Dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang, Bayumedia Publishing, 2006.
- Lilik Mulyadi, *Tindak Pidana Korupsi Di Indonesia*, Normatif, Teoritis, Praktik Dan Masalahnya. Penerbit Alumni, Bandung, Cetakan Ke 2 Tahun 2011.
- Muhammad Yusuf, 2014, *Implementasi dan Pengaturan Illicit Enrichmen Dalam Delik Korupsi*. Disampaikan Dalam National Workshop, Jakarta, 18 Februari 2014.
- Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*. Alumni, Bandung 1985.
- dan Barda Nawawi Arief, 2005, *Teori-Teori Dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung
- Nyoman Serikat Putra Jaya, 2005, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Badan Penerbit Undip Semarang
- Soejono Soekanto dan Sri Mamudji, 2007, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- S.R. Sianturi Dan Mopang L. Pangabea, 1996, *Hukum Panitensia Di Indonesia*, Alumni, Ahaem-Petehaem, Jakarta
- Wayan Parthiana, 2002, *Hukum Perjanjian Internasional*, Bagian I, Penerbit: Mandar Maju, Bandung
- Widodo Ekadjahyana, 2008, *Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Dasar-Dasar Dan Tehnik Penyusunannya*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Wirjono Prodjodikoro, 1967, *Hukum Acara Pidana Di Indonesia*, Penerbit Sumur Bandung, Tahun
- Peraturan Perundang-Undangan  
Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2001  
Tentang Perubahan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 15 Tahun 2006  
Tentang Badan Pemeriksa Keuangan
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2004 Tentang  
Perbendaharaan Negara
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 1981 Tentang  
Hukum Acara Pidana Yang Telah Dikodifikasi Menjadi Kitab  
Undang-Undang Hukum Acara Pidana.
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 1999  
Tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Dan Bebas Dari  
Korupsi, Kolusi Dan Nepotisme
- United Nation Convention Againts Corruption*, 2003

*Tedi Sudrajat*

Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman Purwokerto.  
Jl. Prof. Dr. H.R. Boenyamin, No.708, Grendeng, Grendeng, Purwokerto Utara, Kabupaten  
Banyumas, Jawa Tengah  
e-mail: tedi.unsoed@gmail.com

*Agus Mulya Karsona*

Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran. Jalan Dipati Ukur No. 35 Bandung 40132.

# Menyoal Makna Netralitas Pegawai Negeri Sipil dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2014 Tentang Aparatur Sipil Negara

Naskah Masuk: 9 Februari 2016 // Naskah Diterima: 28 Maret 2016  
**DOI: 10.18196/jmh.2015.0070.87-94**

## **ABSTRACT**

Problems of neutrality of civil servants will always occur when the meaning of neutrality does not have clear standards and criteria. In order to evaluate governance, the meaning of neutrality should be broader and more functional towards the legal relationship in the context of public official relation in the field of civil servants law. Substantially, the focus of Law Number 5 Year 2014 concerning Civil State Apparatus just make civil servants as an object of neutrality, regardless of the dynamic activity of practical politic intervention. It should be underlined that the role of civil servants in government always correlate with many interested parties. If neutrality is not matched by standard criteria and restrictions, it is very possible neutrality principle only be a slogan with minimum implementation.

Keywords : Meaning, Neutrality, Civil Servants

## **ABSTRAK**

Problematika netralitas Pegawai Negeri Sipil (PNS) akan selalu terjadi ketika makna netralitas belum memiliki standar dan kriteria yang jelas. Mengevaluasi perkembangan di lingkungan pemerintahan, makna netralitas seharusnya dapat lebih luas dan lebih fungsional ke arah hubungan hukum dalam konteks pelaksanaan hubungan dinas publik dalam bidang kepegawaian. Secara substansial, fokus UU Nomor 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil Negara hanya menjadikan PNS

sebagai obyek netralitas, terlepas dari dinamisasi kegiatan politik praktis yang sarat intervensi. Perlu digarisbawahi bahwa peran PNS dalam pemerintahan selalu berkorelasi dengan banyak pihak yang berkepentingan. Jika netralitas tidak diimbangi oleh kriteria dan standar pembatasan, maka sangat dimungkinkan asas netralitas hanya menjadi slogan yang minim implementasi.

Kata kunci : Makna, Netralitas, Pegawai Negeri Sipil

## **I. PENDAHULUAN**

Tidak dapat dipungkiri bahwa persoalan netralitas Pegawai Negeri Sipil (PNS) seperti tidak pernah terselesaikan. Pemerintah telah membuat ragam pengaturan untuk membatasi hubungan PNS dengan kegiatan politik praktis guna memperkuat eksistensi dari netralitas. Namun apa ayal dikata, setiap berlangsungnya kegiatan Pemilihan Umum selalu diwarnai oleh maraknya pemberitaan tentang pelanggaran netralitas oleh oknum PNS. Hal ini berarti bahwa akar persoalan netralitas PNS belum

terjawab dan dapat diasumsikan bahwa pemerintah masih kesulitan menemukan formulasi yang tepat untuk menjawab problematika netralitas.

Berdasarkan fakta sejarah, kerentanan PNS dalam politik praktis dipengaruhi oleh keterlibatan PNS dalam menyukseskan salah satu pasangan calon kepala daerah *incumbent* didasarkan oleh iming-iming promosi jabatan. Seperti halnya yang terjadi Kabupaten Boyolali, Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) menegaskan ketidaknetralan PNS di Boyolali masuk nomor satu di Indonesia. Hal itu diperkuat dengan maraknya laporan PNS terindikasi tidak netral di Pemilihan Kepala Daerah Boyolali yang dilaporkan ke Panwaslu (<http://www.solopos.com>). Sedangkan di Lombok Utara, banyak dari PNS yang menjadi tim sukses dari calon *incumbent* (<http://mataramnews.com>). Implikasi ketidaknetralan adalah penempatan jabatan karena kepentingan politik yang tidak berdasar kompetensi, namun lebih karena faktor *marriage system* bukan *merit system*. Selain itu, semakin terpuruknya citra pemerintah karena pembangunan sistem kerja yang tidak profesional dan memihak serta menyampingkan asas netralitas (Sri Hartini, et.al, 2014:539).

Penulis sepakat dengan pernyataan Eko Prasjo bahwa konsep netralitas masih dirasakan belum sepenuh hati, karena untuk menjaga netralitas PNS dan terhindar dari politik praktis, UU Nomor 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil sNegara (UU ASN) hanya melarang untuk menjadi anggota dan pengurus partai politik. Seiring dengan berkembangnya sistem demokrasi, intervensi politik tidak cukup jika “hanya” diukur dari keterlibatan seseorang sebagai anggota atau pengurus partai politik (Eko Prasjo dan Laode Rudita, 2004:24). Pernyataan Eko Prasjo memiliki korelasi erat dengan lemahnya substansi peraturan tentang netralitas. Dalam

kaitan ini, UU ASN tidak pernah menyinggung standar dan kriteria dalam penerapan hubungan kewenangan antara jabatan Presiden atau Kepala Daerah pasca Pemilihan Umum dengan jabatan karier di lingkungan Pemerintah. Padahal hubungan keduanya sangat erat sebagai Pejabat Pembina Kepegawaian dengan Pejabat yang berwenang. Artinya, hubungan tersebut bukan hanya mengatur tentang PNS, namun lebih luas ke dalam struktur kelembagaan dan proses penentuan kebijakan PNS.

Fokus pembahasan lebih lanjut dalam tulisan ini adalah terkait dengan dinamika pemaknaan netralitas dan problem penerapannya. Pasal 2 huruf f UU ASN menyebutkan bahwa penyelenggaraan kebijakan dan manajemen ASN didasarkan pada asas netralitas. Dalam penjelasannya disebutkan bahwa “asas netralitas” adalah bahwa setiap Pegawai ASN tidak berpihak dari segala bentuk pengaruh manapun dan tidak memihak kepada kepentingan siapapun. Terlepas dari pasal tersebut, UU ASN menegaskan bahwa PNS yang merupakan bagian dari ASN tetap diberikan hak untuk memilih dalam Pemilihan Umum serta diberikan ruang untuk dipilih menjadi pejabat negara melalui mekanisme politik.

Mencermati pemaknaan yang memiliki standar ganda, tentunya analisis terhadap makna netralitas dimaksudkan untuk memaksimalkan pelaksanaan tugas pemerintahan yang berdaya guna dan berhasil guna serta mencari hakikat dari makna netralitas sebagaimana diatur dalam UU ASN.

## II. PEMBAHASAN

### A. EKSISTENSI DAN ESENSI ASAS NETRALITAS

Dalam konsep demokrasi, hak dasar dan hak asasi tidak bisa dilepaskan dari prinsip kebebasan. Prinsip kebebasan bersifat universal yang meliputi bidang sosial, ekonomi, budaya

dan politik yang dituangkan dalam berbagai deklarasi dan perjanjian internasional. Dalam implementasinya, terdapat perbedaan pengakuan antara hak-hak dasar (*grondrechten, fundamental right*) dengan hak asasi manusia (*mensenrechten, rechten van de mens atau human right*). Hak-hak dasar berhubungan dengan pengakuan hukum nasional yang melandasi hak-hak lain yang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan, sedangkan hak-hak asasi manusia biasanya memperoleh pengakuan Internasional. Perbedaan tersebut menurut Soewoto (1993:2) dapat diketemukan di dalam kepustakaan hukum tata negara, yaitu biasanya hak-hak dasar dicantumkan dalam konstitusi, sedangkan hak-hak asasi dibicarakan dalam literatur hukum internasional.

Salah satu hak asasi adalah kebebasan mengeluarkan pendapat dan pikiran melalui kebebasan berserikat dan berkumpul. Dalam tataran implementasi, masalah dasar yang timbul dalam hak asasi manusia adalah keberadaan dari pembatasan kebebasan warga negara dalam turut serta berperan aktif dalam pemerintahan (Sri Hartini, et.al, 2008:24). Secara Internasional, jaminan terhadap kebebasan berserikat dan berkumpul ini di atur dalam ketentuan article 20, *Declaration of Human Right*. Di dalam ketentuan pasal ini dinyatakan sebagai berikut:

“everyone has the right to freedom of peacefull assembly and asociation and no one may be compilled to belong an association.”. Analog isi pasal tersebut adalah (1) setiap orang mempunyai hak atas kebebasan berkumpul dan berpendapat; (2) Tiada seorang juapun dapat dipaksa memasuki salah satu perkumpulan.”

Kebebasan seperti diuraikan dalam *article 20* tersebut bersifat universal. Namun menurut Soewoto (1993:2) bahwa hak asasi ini bersifat universal, yang tidak universal adalah implementasinya dalam produk perundang-

undangan. Pengecualian terhadap universalitas hak asasi disampaikan oleh Philipus M. Hadjon (1994:5) bahwa:

*Ide negara hukum (rechstaat) cenderung ke arah positivisme hukum, yang membawa konsekuensi bahwa hukum harus dibentuk secara sadar oleh badan pembentuk undang-undang. Selanjutnya dikatakan bahwa pembentukan undang-undang pada dasarnya dimaksudkan untuk membatasi kekuasaan pemerintah secara tegas dan jelas. Pada sisi lain, pembentukan undang-undang dimaksudkan untuk melindungi hak-hak dasar. Di samping itu, usaha pembatasan hak-hak dasar ternyata juga dengan menggunakan instrumen undang-undang. Karena instrumen utama di dalam negara hukum adalah undang-undang.*

Persoalan netralitas PNS merupakan salah satu isu hukum yang bersinggungan dengan esensi kebebasan berserikat. Hal ini seperti dinyatakan oleh S.F. Marbun dan M. Mahfud MD (1998:69) bahwa:

*Salah satu persoalan besar bangsa ini dalam kehidupan bernegara adalah persoalan netralitas pegawai negeri, karena secara teoritis sulit ditemukan landasan yang dapat memberikan alasan pembenar bagi dimungkinkannya pegawai negeri untuk terlibat dalam kegiatan-kegiatan politik praktis.*

Atas persoalan di atas, maka pemerintah membuat pengaturan tentang pembatasan aktivitas PNS yang disebut dengan asas netralitas dalam Pasal 2 huruf f UU ASN. Pengaturan terhadap netralitas PNS dimaksudkan untuk memperoleh kepastian, kegunaan dan keadilan hukum guna membatasi kekuasaan terhadap kemungkinan Bergeraknya kekuasaan atas nalurinya sendiri, yang pada akhirnya mengarah pada penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*). Hal ini berarti bahwa pembatasan kekuasaan memiliki korelasi yang erat dengan upaya

membatasi perilaku dari penguasa. Tidak ada satupun peraturan yang keberlakuannya sepanjang zaman dan memenuhi kebutuhan realitas sosial yang terus berubah, sehingga setiap perubahan pada hakikatnya merupakan konsekuensi logis bagi setiap keinginan untuk memenuhi tuntutan zaman (Ellydar Chaidir, 2008:294). Perubahan perilaku, kondisi, dan kepentingan realitas sosial merupakan akses masuk dibuatnya pengaturan untuk membatasi kegiatan subyek hukum. Hal ini selaras dengan yang dinyatakan oleh Hart mengenai 3 (tiga) kaidah perilaku yang meliputi *Pertama*, Kaidah Pengakuan (Kaidah Rekognisi). Kaidah yang menetapkan kaidah perilaku mana yang di dalam sebuah masyarakat hukum tertentu harus dipatuhi; *Kedua*, kaidah Perubahan. Kaidah yang menetapkan bagaimana suatu kaidah perilaku dapat diubah; dan *Ketiga*, Kaidah kewenangan. Kaidah yang menetapkan oleh siapa dan dengan melalui prosedur yang mana kaidah perilaku ditetapkan dan bagaimana suatu kaidah perilaku harus diterapkan jika dalam suatu kejadian tertentu terdapat ketidakjelasan (J.J.H.Bruggink,1999:104).

Mencermati kaidah perilaku di atas, maka didalam hubungan hukum antara negara dengan PNS ditegaskan tentang ketentuan pembatasan perilaku pegawai yang bekerja dalam instansi negeri. Hubungan ini ini disebut dengan hubungan dinas publik. Implikasi hubungan dinas publik adalah PNS harus setia dan taat terhadap peraturan perundang-undangan (Tedi Sudrajat, 2011:406). Inti dari hubungan dinas publik adalah kewajiban bagi pegawai yang bersangkutan untuk tunduk pada pengangkatan dalam beberapa macam jabatan tertentu yang berakibat bahwa pegawai yang bersangkutan tidak menolak (menerima tanpa syarat) pengangkatannya dalam satu jabatan yang telah ditentukan oleh pemerintah di mana sebaliknya pemerintah berhak mengangkat seseorang pegawai dalam jabatan tertentu tanpa

harus adanya penyesuaian kehendak dari yang bersangkutan. Karena itu, apabila PNS akan melaksanakan hak-hak asasinya secara penuh, pemerintah dapat menyatakan yang bersangkutan bukanlah orang yang diperlukan bantuannya oleh pemerintah. (Philipus M Hadjon, 1994:214).

Makna pemberlakuan hubungan dinas publik adalah timbulnya pembatasan terhadap diri PNS melalui peraturan yang dikenakan kepadanya, termasuk didalamnya adalah hak-hak yang bersifat asasi. Dalam kaitan ini, walaupun hak asasi manusia diakui sebagai hak yang pada dasarnya tak dapat dikurangi, dirampas sedikitpun oleh siapapun, namun demikian hak asasi manusia bukanlah sesuatu yang bisa dinikmati tanpa batas. Terdapat *adagium* dalam hukum bahwa penikmatan hak seseorang dibatasi yakni oleh penikmatan hak orang lain. Hal ini memiliki makna yang sama dengan pernyataan dari John Stuart Mill bahwa suatu perbuatan (penikmatan hak) tidak menimbulkan kerugian pada orang lain, maka tidak ada legitimasi bagi negara untuk merepresi suatu penikmatan hak (Satya Arinanto, 2003:4). Sebaliknya, jika memang penikmatan hak akan mengganggu orang lain, maka pembatasan terhadapnya dimungkinkan terjadi. Pembatasan tak semata-mata memiliki justifikasi dengan sekedar adanya hukum positif saja. Pembatasan dimaksudkan untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang layak terhadap hak-hak dan kebebasan orang lain.

Penegasan pembatasan aktivitas pemerintah disampaikan oleh B.J Habibie dalam Rapat Paripurna Sidang Umum ke-8 MPR-RI tanggal 14 Oktober 1999 yang menyatakan bahwa

*Untuk menghilangkan campur tangan pemerintah dalam proses pemilu, pemerintah mengatur tentang netralitas POLRI, TNI serta PNS. Demikian juga dalam hal pelaksanaan dan pengawasan pemilu, pemerintah menyerahkan*

sebagian besar wewenangnya kepada partai politik peserta pemilu, sedangkan pemerintah lebih menempatkan diri sebagai fasilitator... selain dari itu, dalam rangka menghapuskan KKN dikalangan PNS, maka dedikasi dan profesionalisme pegawai negeri sipil perlu ditingkatkan, seiring dengan perbaikan imbalan yang mereka terima. Kita menginginkan birokrasi yang bersih, netral dan profesional. Pengaturan tentang PNS tidak boleh menjadi anggota dan pengurus partai politik dimaksudkan untuk menjaga netralitas tersebut. Dengan demikian, PNS dapat memberikan pelayanan kepada masyarakat secara profesional, optimal, adil dan merata tanpa mempertimbangkan golongan maupun aliran politik yang ada.

Implementasi dari pembahasan di MPR kemudian merujuk pada pembentukan konsepsi tentang pembatasan peran serta PNS sebagai maksud untuk menciptakan aparat yang bersih dalam upaya menciptakan *good governance*. Makna *good* dalam *good governance* mengandung 2 (dua) pengertian. *Pertama*, nilai yang menjunjung tinggi keinginan atau kehendak rakyat, dan nilai yang dapat meningkatkan kemampuan rakyat dalam pencapaian tujuan (nasional), kemandirian, pembangunan berkelanjutan dan keadilan sosial. *Kedua*, aspek fungsional dan pemerintahan yang efektif dan efisien dalam pelaksanaan tugasnya untuk mencapai tujuan tersebut. Sedangkan untuk makna *governance*, *World Bank* mendefinisikan sebagai “*the way state power is used in managing economic and sosial resources for development and society*”. *World Bank* mensinonimkan *governance* dengan penyelenggaraan manajemen pembangunan yang solid dan bertanggungjawab, sejalan dengan demokrasi dan pasar yang efisien, penghindaran salah alokasi dana investasi yang langka dan pencegahan korupsi, baik secara politik maupun

administratif, menjalankan disiplin anggaran serta penciptaan *legal* dan *political framework*. (Soedarmayanti, 2003:7)

Berdasarkan pengertian tersebut, *good governance* berorientasi pada *Pertama*, orientasi ideal, negara yang diarahkan pada pencapaian tujuan nasional. Orientasi ini bertitik tolak pada demokratisasi dalam kehidupan bernegara. Adapun orientasi kedua adalah sejauhmana pemerintah mempunyai kompetensi dan sejauhmana struktur serta mekanisme politik serta administratif berfungsi secara efektif dan efisien. Dalam kaitannya dengan netralitas PNS, maka *good governance* dapat terealisasi jika memiliki aparatur pemerintah yang tidak memihak dan profesional. Pandangan ini sesuai dengan kedudukan manusia, seperti ungkapan “*not the man but the man behind the gun*” (Sri Hartini, 2009:258).

Secara filosofis, orientasi *good governance* di atas memiliki korelasi yang erat dengan tipe birokrasi ideal yang berbentuk organisasi yang rasional dan efisien meliputi *Pertama*, individu pejabat secara personal bebas, akan tetapi dibatasi oleh jabatannya manakala ia menjalankan tugas-tugas atau kepentingan individual dalam jabatannya. Pejabat tidak bebas menggunakan jabatannya untuk keperluan dan kepentingan pribadinya termasuk keluarganya; *Kedua*, jabatan-jabatan itu disusun dalam tingkatan hierarki dari atas ke bawah dan ke samping. Konsekuensinya ada jabatan atasan dan bawahan, dan ada pula yang menyandang kekuasaan lebih besar dan ada yang lebih kecil; *Ketiga*, tugas dan fungsi masing-masing jabatan dalam hierarki itu secara spesifik berbeda satu dengan yang lainnya; *Keempat*, setiap pejabat mempunyai kontrak jabatan yang harus dijalankan. Uraian tugas (*job description*) masing-masing pejabat merupakan domain yang menjadi wewenang dan tanggung jawab yang harus dijalankan sesuai dengan kontrak; *Kelima*, setiap pejabat diseleksi atas dasar kualifikasi

profesionalitasnya, idealnya hal tersebut dilakukan melalui ujian yang kompetitif; *Keenam*, setiap pejabat mempunyai gaji termasuk hak untuk menerima pensiun sesuai dengan tingkatan hierarki jabatan yang disandanginya. Setiap pejabat bisa memutuskan untuk keluar dari pekerjaannya dan jabatannya sesuai dengan keinginannya dan kontraknya bisa diakhiri dalam keadaan tertentu; *Ketujuh*, terdapat struktur pengembangan karier yang jelas dengan promosi berdasarkan senioritas dan merit sesuai dengan pertimbangan yang obyektif; *Kedelapan*, setiap pejabat sama sekali tidak dibenarkan menjalankan jabatannya dan *resources* instansinya untuk kepentingan pribadi dan keluarganya; *Kesembilan*, setiap pejabat berada di bawah pengendalian dan pengawasan suatu sistem yang dijalankan secara disiplin. (Miftah Thoha, 2007:18)

Berdasarkan sembilan tipe ideal birokrasi yang rasional tersebut, maka birokrasi dimaksudkan untuk memisahkan antara manusia dengan jabatan (birokrasi) yang melekat dalam manusia itu sendiri. Dalam hal ini, Weber memberikan pemikiran untuk mencegah kecenderungan yang melekat dalam birokrasi, yaitu akumulasi kekuasaan dari suatu kedudukan dengan maksud untuk menciptakan keseimbangan dalam fungsi birokrasi.

Hal di atas bermakna bahwa pembatasan peran serta PNS dalam proses politik memiliki korelasi yang erat dengan konsepsi birokrasi yang berorientasi pada legitimasi, otoritas dan rasionalitas. Dalam upaya menjaga netralitas PNS dari pengaruh kepentingan politik dan untuk menjamin keutuhan, kekompakan, dan persatuan PNS, serta agar dapat memusatkan segala perhatian, pikiran, dan tenaganya pada tugas yang dibebankan kepadanya, maka setiap kegiatan PNS harus dilandasi pada asas netralitas.

## B. REKONSTRUKSI MAKNA ASAS NETRALITAS DALAM UU ASN

Dalam konteks keilmuan, pencarian makna netralitas akan selalu terkait dengan obyektivitas cara pandang. Dalam kaitan ini, kebenaran obyektivitas ilmu hanya dapat dinilai ketika unsur-unsur subjektivitas ilmu tersebut tidak mempengaruhinya atau tidak masuk sebagai salah satu unsur dari bangunan teori-teorinya. Disini jelas bahwa ilmu pengetahuan akan dikatakan objektif apabila ia terlepas dari unsur-unsur lain di luar dirinya, termasuk nilai (*value free*). Begitu ilmu terbebas dari nilai atau unsur-unsur lainnya, maka ilmu dalam keadaan posisi netral, karena ia tidak memihak kepada sesuatu apapun kecuali pada dirinya sendiri (*independent*). Objektif artinya bahwa data dapat tersedia untuk penelaahan keilmuan tanpa ada hubungannya dengan karakteristik individual dari seorang ilmuwan (Jujun S. Suriasumantri, 1999:115). Bebas nilai berarti dikotomi yang tegas antara fakta dan nilai mengharuskan subjek peneliti mengambil jarak dengan semesta dengan bersikap imparsiial-netral.

Berdasarkan analogi terhadap netralitas keilmuan, hakikat akan obyektivitas selalu bermuara pada kondisi netral, maka jelas bahwa substansi netral adalah tidak memihak. Sejatinya, kondisi tidak memihak akan terpenuhi jika berada di luar sistem dan tidak memberikan ruang akan intervensi kepentingan. Saat ini, posisi PNS berada dalam sistem yang terkoneksi dengan kepentingan politik. Di dalam sistem ini terdapat hubungan sinergi antara Presiden/Kepala Daerah dan wakilnya dengan PNS dalam lingkungan kerja yang saling berpengaruh. Apalagi hubungan ini menimbulkan implikasi jabatan karier PNS atas dasar kewenangan Presiden dan Kepala Daerah sebagai Pejabat Pembina Kepegawaian. Jelas, kondisi ini akan mengakibatkan ketidaknetralan

PNS dalam melaksanakan tugas karena sarat kepentingan. Ketika persoalan netralitas PNS ingin diselesaikan, maka pemerintah cukup mencabut hak pilih dalam pemilihan umum dan hak dipilih sebagai pejabat negara sebagai bagian dari pembatasan. Dasarnya adalah hubungan dinas publik dan *contract sui generis*.

Konsep netralitas adalah memberikan pembatasan dan kepastian akan peran dari PNS dalam pemerintahan. Implikasi pembatasan adalah penegakan hukum yang berorientasi pada jaminan PNS dalam melaksanakan tugas secara profesional. Konsep pembatasan ini memiliki korelasi dengan konsep Islam sebagaimana disampaikan oleh Ibnu Timiyah bahwa “Semua kewenangan dalam Islam tujuannya hanyalah *amar maruf nahi munkar*” (Ni’matul Huda, 2010: 47-48). Pada hakikatnya, kewenangan tersymbol dalam tugas pengawasan atas orang-orang yang memiliki kekuasaan – berarti mewujudkan partisipasi politik rakyat dalam segala perkara-perkara umum dan juga dalam hukum. Konsep ini dapat dikorelasikan dengan hakikat dari netralitas yang luarannya adalah pembentukan karakter profesional bagi PNS dalam pelayanan publik.

### III. PENUTUP

#### A. SIMPULAN

Konsep pembatasan didasarkan pada konsepsi negara hukum demokratis yang berorientasi pada penerapan *good governance* guna menciptakan perubahan kaidah perilaku yang menempatkan hubungan dinas publik dalam hukum kepegawaian. Adapun pembatasan hak politik bagi PNS dapat ditolerir sepanjang untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. Atas dasar itu, maka pemaknaan terhadap netralitas adalah membatasi

kewenangan dari PNS untuk tidak memihak dalam kegiatan politik.

#### B. SARAN

Hubungan antara PNS dengan politik praktis merupakan persoalan yang selalu terjadi ketika terdapatnya ambiguitas penafsiran dan meleburnya aspek politik di lingkungan pemerintahan. PNS sering kali dijadikan sebagai gejala sosial yang mempengaruhi lingkungan masyarakat sebagai sosok priyai yang terhormat dan diperhitungkan. Pada posisi tersebut, PNS ditempatkan sebagai media yang strategis dalam mempengaruhi dan merekrut massa yang ditengarai sebagai titik rawan PNS sehingga menjadi tidak netral dan rentan pelanggaran. Atas dasar itu, pemerintah perlu merasionalisasikan pembatasan peran PNS dalam bentuk produk peraturan perundang-undangan (secara hierarkis) dan pemerintah harus membuktikan bahwa pembatasan tersebut dilakukan hanya untuk menjamin pembangunan hukum yang demokratis. Standarnya adalah terlepasnya segala bentuk kegiatan politik praktis, termasuk dicabutnya hak pilih dan dipilih sebagai pejabat negara.

#### DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Arinanto, Satya, 2003, *Hak Asasi Manusia Dalam Transisi Politik Indonesia*, Jakarta, FH-UI
- Bruggink, J.J.H., 1999, *Refleksi Tentang Hukum* (Terjemahan Berhard Arief Sidharta), Bandung, Citra Aditya Bakti
- Chaidir, Ellydar, 2008, *Sistem Pemerintahan Negara Republik Indonesia Pasca Perubahan Undang-Undang Dasar 1945*, Yogyakarta, Total Media
- Hartini, Sri, et.al., 2008, *Hukum Kepegawaian di Indonesia*, Jakarta, Sinar Grafika
- Huda, Ni’matul, 2010, *Problematika Pembatalan Peraturan Daerah*, Yogyakarta, FH UII Press
- Marbun, S.F. dan M. Mahfud MD, 1987, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta, Liberty
- Soedarmayanti, 2003, *Good Governance (Kepemerintahan Yang Baik) Dalam Rangka Otonomi Daerah*, Bandung, Mandar Maju
- Suriasumantri, Jujun S., 1999, *Tentang Hakekat Ilmu: Sebuah Pengantar Redaksi*, dalam *Ilmu Dalam Perspektif*, Jakarta, Yayasan Obor
- Toha, Miftah, 2007, *Birokrasi dan Politik di Indonesia*, Jakarta, Raja Grafindo Persada

Jurnal, Makalah dan Internet

- Hadjon, Philipus M., 1994, "*Ide Negara Hukum dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*", Makalah Simposium tentang Politik, Hak Asasi dan Pembangunan Hukum, Makalah ini disampaikan dalam Rangka Dies Natalis XL/Lustrum Universitas Airlangga 3 November 1994
- Hartini, Sri, 2009, Penegakan Hukum Netralitas Pegawai Negeri Sipil, Jurnal Dinamika Hukum FH Universitas Jenderal Soedirman Purwokerto, Vol. 9 No.3
- Hartini, Sri, et.al, 2014, Kebijakan Netralitas Politik Pegawai Negeri Sipil dalam Pemiluakada (Studi di Jawa Tengah), Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum, Vol. 3 No.3
- Ismail, Muhammad, ("Bawaslu: Ketidaknetralan PNS Boyolali Nomor 1 di Indonesia"), <http://www.solopos.com/2015/12/09/pilkada-boyolali-baw-aslu-ketidaknetralan-pns-boyolali-nomor-1-di-indonesia-669108>, diunduh pada Selasa, 31 Mei 2016, jam. 19.30 WIB.
- Mataram News, ("Jelang Pilkada PNS Harus Netral"), <http://mataramnews.com/sorot/item/4701-jelang-pilkada-pns-harus-netral>, diunduh pada Selasa, 31 Mei 2016, jam. 18.38 WIB.
- Prasojo, Eko dan Laode Rudita, Undang-Undang Aparatur Sipil Negera; Membangun Profesionalisme Aparatur Sipil Negara", Civil Service, Jurnal Kebijakan dan Manajemen PNS, Pusat Pengkajian dan Penelitian Kepegawaian BKN Jakarta, Vol. 8 No.1
- Soewoto, 1994, "*Hak Asasi Manusia Masalah Konsep, Penjabaran, Pelaksanaan dan Pengawasan di Indonesia*", Makalah pada Dies Natalis Brawijaya ke-31 Universitas Brawijaya 1 Januari 1994
- Sudrajat, Tedi, 2011, Implikasi Hukum Pembatasan Peran Serta Pegawai Negeri Sipil Dalam Proses Politik di Indonesia, Jurnal Dinamika Hukum FH Universitas Jenderal Soedirman Purwokerto, Vol.11 No. 3

*Fitri Wahyuni*

Fakultas Hukum Universitas Islam Indragiri.

Jl. HR. Soebrantas No. 10, Tembilahan – Riau. Email: fw160586@gmail.com.

# Sanksi Pidana Pemerksaan Terhadap Anak Menurut Hukum Pidana Positif dan Hukum Pidana Islam

Naskah Masuk: 11 Maret 2016 // Naskah Diterima: 7 Mei 2016

DOI: 10.18196/jmh.2015.0071.95-109

## **ABSTRACT**

Crime is a social phenomenon that occurs at any place and time. One form of the crime is rape against children. This research is motivated by the condition of the large number of rapes that occur against children. But the threat of criminal penalties against perpetrators of child rape with imprisonment of a maximum of 15 (fifteen) years is considered not reflect the sense of justice for children as victims and that provision is not in accordance with the development of the people of Indonesia are mostly Muslim. This encourages the comparison between positive criminal law with Islamic criminal law and the need for reform of criminal law in the future. Descriptive-analytic approach-comparative, used to analyze criminal sanctions in rape against children in Indonesia. Criminal sanctions rape of children as contained in the Criminal Code and the laws establish child protection imprisonment. Viewed from the objective of sentencing in criminal law rape Indonesia that criminal sanctions against children in positive criminal law does not accommodate the interests of the protection of victims but only oriented to act so that the objective of sentencing offenders to provide a deterrent effect against perpetrators have not been up to materialize. While the Islamic criminal law does not mention explicitly about rape, but rape in Islamic criminal law can be in groups into jarimah adultery even more cruel. Islamic law had explained that rape is hirabah (QS. Al Maidah: 33). Punishment in the form of the death penalty, crucifixion, hand cut legs crossed or exiled. Thus, the formulation of sanctions in

criminal law reform on child rape can be adopted with a choice of criminal sanctions as contained in the criminal law of Islam

Keywords: Criminal Sanctions, Rape, Criminal Law, Criminal Law Islam.

## **ABSTRAK**

Kejahatan merupakan fenomena sosial yang terjadi pada setiap tempat dan waktu. Salah satu bentuk kejahatan tersebut adalah perkosaan terhadap anak. Penelitian ini dilatarbelakangi oleh kondisi banyaknya jumlah perkosaan yang terjadi terhadap anak. Namun ancaman hukuman pidana terhadap pelaku kejahatan perkosaan anak dengan ancaman pidana penjara maksimal lama 15 (lima belas) tahun dinilai belum mencerminkan rasa keadilan bagi anak sebagai korban dan ketentuan tersebut tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat Indonesia yang sebagian besar memeluk agama Islam. Hal ini mendorong adanya perbandingan antara hukum pidana positif dengan hukum pidana Islam dan perlunya pembaharuan hukum pidana kedepan. Pendekatan *deskriptif-analitik-komparatif*, digunakan untuk menganalisis tentang sanksi pidana perkosaan terhadap anak di Indonesia. Sanksi pidana pemerksaan terhadap anak sebagaimana yang terdapat dalam KUHP dan dalam undang-undang perlindungan anak menetapkan pidana penjara. Dilihat dari tujuan pemidanaan dalam hukum pidana Indonesia bahwa sanksi pidana perkosaan terhadap anak dalam hukum pidana positif tidak mengakomodir kepentingan

perlindungan korban tetapi hanya berorientasi pada perbuatan pelaku sehingga tujuan pemidanaan untuk memberikan efek jera terhadap pelaku belum maksimal terwujud. Sedangkan dalam hukum pidana Islam tidak menyebutkan secara tegas tentang perkosaan, namun perkosaan dalam hukum pidana Islam dapat di golongan ke dalam jarimah zina bahkan lebih kejam. Hukum Islam menjelaskan bahwa perkosaan merupakan had hirabah (QS. Al maidah:33). Sanksinya berupa hukuman mati, disalib, potong tangan kaki bersilang atau diasingkan. Jadi, formulasi sanksi dalam pembaharuan hukum pidana terhadap pemerkosaan anak dapat diadopsi dengan pilihan sanksi pidana sebagaimana yang terdapat dalam hukum pidana Islam.  
Kata kunci: Sanksi Pidana, Pemerkosaan, Hukum Pidana, Hukum Pidana Islam.

## I. PENDAHULUAN

Kejahatan (*crime*) merupakan tingkah laku yang melanggar hukum dan melanggar norma-norma sosial, sehingga masyarakat menentangnya (Kartono, 1992: 134). Dalam konteks sosial, kejahatan merupakan fenomena sosial yang terjadi pada setiap tempat dan waktu (Matalata, 1987: 35). Hal ini menunjukkan kejahatan bukan saja merupakan masalah bagi masyarakat tertentu yang berskala lokal maupun nasional, tapi juga menjadi masalah yang dihadapi oleh seluruh masyarakat di dunia, pada masa lalu, kini dan di masa mendatang, sehingga dapat dikatakan kejahatan sebagai *universal phenomenon* (Arief, 1994: 2).

Perkembangan sosial dewasa ini, menunjukkan banyak terjadi kejahatan terutama di kalangan masyarakat ekonomi lemah (Miller, 2011: 307-319). Salah satu bentuk kejahatan tersebut adalah pemerkosaan terhadap anak. Di Sumatera Utara misalnya, dari data yang dihimpun oleh Yayasan Pusaka Indonesia pada tahun 2012 ada 9 (Sembilan) kasus pemerkosaan terhadap anak ([https://id.m.wikipedia.org/wiki/kejahatan\\_seksual\\_terhadap\\_anak\\_di\\_Indonesia](https://id.m.wikipedia.org/wiki/kejahatan_seksual_terhadap_anak_di_Indonesia), akses 22 Oktober 2015). Di Jember, kasus pemerkosaan terhadap anak dibawah umur pada tahun 2012 tercatat sebanyak 58 kasus dan ditahun 2013 ada 50 kasus ([www.majalah-gempur.com/2014/02/jumlah-kekerasan-seksual-pada-anak.html?m=1](http://www.majalah-gempur.com/2014/02/jumlah-kekerasan-seksual-pada-anak.html?m=1), akses 22 Oktober

2015). Yayasan Kepedulian Konsumen Anak (KAKAK) selama tahun 2000 mencatat 90 kasus seksual yang dialami oleh anak Surakarta dan kasus perkosaan yang ada mencapai 18 orang ([www.majalah-gempur.com/2014/02/jumlah-kekerasan-seksual-pada-anak.html?m=1](http://www.majalah-gempur.com/2014/02/jumlah-kekerasan-seksual-pada-anak.html?m=1), akses 22 Oktober 2015). Berdasarkan hasil penghimpunan berbagai berita di 19 koran dalam masa satu tahun, terdapat 470 kasus kekerasan pada anak. Dari jumlah itu 67 di antaranya kasus pembunuhan, sedangkan 23 kasus lainnya merupakan tindak pidana perkosaan yang umumnya dilakukan pihak keluarga dekat ([http://www.gugustugas-trafficking.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=704:kasus-kekerasan-terhadap-anak-naik-300&catid=42:-info&Itemid=66](http://www.gugustugas-trafficking.org/index.php?option=com_content&view=article&id=704:kasus-kekerasan-terhadap-anak-naik-300&catid=42:-info&Itemid=66), akses 8 September 2014).

Pengaturan sanksi pidana terhadap pemerkosa anak dalam KUHP terdapat pada Pasal 287 ayat (1) KUHP yang berbunyi: Barang siapa bersetubuh dengan perempuan yang bukan istrinya, sedang diketahuinya atau harus patut disangkanya, bahwa umur perempuan itu belum cukup umur 15 tahun kalau tidak nyata berapa umurnya, bahwa perempuan itu belum masanya untuk kawin, dihukum penjara selama-lamanya sembilan tahun. Dan pada Pasal 81 ayat (1) Undang-Undang No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, menyebutkan: Setiap orang yang dengan sengaja melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 3 (tiga) tahun dan denda paling banyak Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah) dan paling sedikit Rp 60.000.000,00 (enam puluh juta rupiah).

Berdasarkan *lex specialis derogate lex generalis*, Undang-Undang No.23 Tahun 2003 Tentang Perlindungan Anak khususnya pada Pasal 81,

mengesampingkan Pasal 287 KUHP. Pasal 81 Undang-Undang No.23 tahun 2002 tersebut berisi perlindungan hukum kepada anak korban perkosaan. Pada Pasal 81 ayat (1) Undang-Undang No.23 tahun 2002, telah digunakan batas minimal hukuman penjara yakni 3 (tiga) tahun kepada pelaku kejahatan perkosaan terhadap anak dibawah umur. Jika dibandingkan dengan Pasal 287 ayat (1) KUHP, Pasal 81 ayat (1) Undang-Undang No.23 tahun 2002 ini sudah dinyatakan lebih baik dan lebih memperhatikan kepentingan perlindungan korban, khususnya anak yang menjadi korban perkosaan. Pada Pasal 81 Undang-Undang No. 23 tahun 2002 tersebut apabila dilihat dari sanksi pidana yang digunakan maka batas maksimal hukuman yakni penjara yakni 15 (lima belas) tahun. Batas maksimal hukuman ini lebih tinggi jika dibandingkan dengan batas maksimal hukuman pada Pasal 287 ayat (1) KUHP yang hanya mengancam maksimal hukuman penjara kepada pelaku kejahatan perkosaan terhadap anak dibawah umur selama 9 (Sembilan) tahun.

Meskipun dalam KUHP dan Undang-Undang Perlindungan Terhadap Anak telah memuat sanksi hukum bagi pelaku pemerkosaan anak, namun penerapan sanksi pidana terhadap pelaku pemerkosaan anak tersebut dianggap tidak memberikan efek jera ([https://id.m.wikipedia.org/wiki/kejahatan\\_seksual\\_terhadap\\_anak\\_di\\_Indonesia](https://id.m.wikipedia.org/wiki/kejahatan_seksual_terhadap_anak_di_Indonesia), akses 12 Agustus 2015) disebabkan dalam penjatuhan sanksi pidana, seringkali hakim memberikan sanksi pidana yang terlalu ringan kepada terdakwa yang terbukti melakukan tindak pidana pemerkosaan. Disamping itu, pemerkosaan terhadap anak pada dasarnya bukan hanya merusak fisik anak semata, namun juga merusak kecerdasan, emosional, tahap tumbuh kembang anak, dan kehidupan sosialnya.

Agama Islam sebagai agama terbesar yang

dianut oleh penduduk Indonesia (<http://id.wikipedia.org/wiki>, akses 20 Januari 2015), memiliki peran penting dalam pengembangan hukum dalam sejarah bangsa Indonesia hingga saat ini. Hukum Islam disyariatkan oleh Allah SWT dengan tujuan untuk mewujudkan dan merealisasikan serta melindungi kemaslahatan umat manusia, baik bagi kemaslahatan individu, masyarakat atau keduanya. Kemaslahatan yang diinginkan diwujudkan oleh syariat Islam menyangkut agama, jiwa, akal, harta, keturunan (Amir Syarifuddin, 2005, *Garis-Garis Besar Fiqh*, Prenada Media, Jakarta, hlm. 254). Untuk menjamin, melindungi dan menjaga kemaslahatan-kemaslahatan tersebut Islam menetapkan aturan, baik berupa perintah maupun larangan. Perangkat aturan yang dimaksud dalam hukum pidana Islam dikenal dengan *fiqh jina-iy* (Syarifuddin, 2005: 254) yang merupakan bagian dari keseluruhan hukum Islam. Apabila perangkat aturan yang dimaksud dilanggar maka pelakunya akan diberi sanksi atau *u'qubah* baik sifatnya duniawi maupun ukhrawi.

Dalam pandangan Hukum Islam, kejahatan pemerkosaan merupakan perbuatan yang dilarang karena pemerkosaan adalah bagian dari tindak pidana perzinaan bahkan lebih kejam darinya. Perbuatan yang dilarang ini disebut juga dengan jarimah. Oleh Syara' diancam dengan hukuman had (Sabiq, 1984: 1). Disisi lain, sebagian besar penduduk Indonesia menganut agama Islam, oleh karenanya sanksi hukum bagi pelaku pemerkosaan terhadap anak hendaknya dilakukan pembaharuan yang sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Hal ini sejalan dengan upaya pembaharuan hukum pidana (KUHP) nasional yang saat ini sedang dilakukan, khususnya dalam rangka menggantikan KUHP warisan zaman kolonial. Pengkajian hukum islam dalam rangka pembaharuan hukum pidana Indonesia menjadi sangat penting dan urgen, karena hukum

pidana yang berlaku harus mampu menampung nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.

Berdasarkan uraian pada latar belakang di atas, maka dapat dikemukakan rumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah keberadaan sanksi pidana pemerkosaan terhadap anak dilihat dari Hukum Pidana Positif dan Hukum Pidana Islam.
2. Bagaimanakah formulasi sanksi pidana bagi pelaku pemerkosaan terhadap anak kedepan dikaitkan dengan upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

## II. METODE PENELITIAN

### A. PENDEKATAN PENELITIAN.

Penelitian ini mempergunakan pendekatan doktriner (Wignjosoebroto, 2002: 147). Dalam penelitian doktriner, peneliti akan melakukan kajian secara doktriner terhadap obyek penelitian yang berupa nilai, asas dan norma hukum positif (Purbacaraka dan Soekanto, 1982: 10) terutama mengenai peraturan perundang-undangan yang mengatur masalah sanksi terhadap pelaku pemerkosa anak dalam KUHP, Undang-Undang Perlindungan Anak dan Hukum Islam beserta peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait beserta peraturan pelaksanaannya. Penelitian hukum doktriner tersebut mencakup kegiatan penelitian berupa inventarisasi peraturan perundang-undangan yang relevan dengan obyek penelitian, pencarian dan pembahasan terhadap asas-asas hukum, sistematik hukum, sinkronisasi perundang-undangan baik secara vertikal maupun horisontal. Penelitian doktriner ini difokuskan pada Penelitian terhadap perbandingan hukum (Marzuki, 2013, 172). Penggunaan pendekatan perbandingan tersebut bertujuan untuk mendeskripsikan dan menganalisa dan membandingkan tentang sanksi pidana terhadap pemerkosa anak yang diatur dalam hukum pidana positif, dan dalam hukum

pidana Islam.

### B. SIFAT PENELITIAN

Penelitian ini merupakan penelitian normatif yang bersifat deskriptif-komparatif. Deskriptif artinya penelitian ini berupaya memberikan gambaran tentang Sanksi Pidana Pemerkosaan Terhadap Anak Dalam Hukum Pidana Positif dan Hukum Pidana Islam. Komparatif artinya penelitian ini dilakukan dengan perbandingan sanksi pidana menurut hukum pidana Indonesia dan menurut hukum pidana Islam.

### C. JENIS DAN SUMBER DATA

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, maka untuk memperoleh hasil penelitian digunakan data sekunder (Soekanto: 12) dengan menggunakan bahan hukum sebagai berikut:

- a. Bahan hukum primer merupakan bahan yang menjadi sumber utama dalam penelitian, bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian ini dapat berupa peraturan perundang-undangan antara lain Undang-Undang Dasar, Undang-undang terutama Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), Undang-Undang Perlindungan Anak, Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Pengganti Undang-Undang. sumber Hukum Pidana Islam yang berupa Al Qur'an dan Al Hadits.
- b. Bahan hukum sekunder merupakan bahan hukum yang mempunyai fungsi untuk menambah/ memperkuat dan memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer. Bahan hukum sekunder dapat berupa Pertama, hasil penelitian berupa disertasi dan tesis. Kedua, Makalah yang disajikan dalam seminar baik nasional maupun internasional. Ketiga, Jurnal / Ilmiah yang terakreditasi diterbitkan oleh Lembaga Pendidikan,

lembaga pemerintahan atau lembaga lainnya. Keempat, Surat Kabar. Kelima, buku-buku literatur yang berkaitan dengan objek penelitian.

- c. Bahan hukum tertier merupakan bahan hukum yang mempunyai fungsi untuk memberikan penjelasan terhadap hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum tertier antara lain kamus / bahasa, ensiklopedi, dll.

#### D. ANALISIS DATA

Setelah data-data terkumpul maka peneliti melakukan analisa dengan cara *deskriptif-analitik-komparatif*, yakni dengan mengadakan suatu penelitian yang dalam penelitian ini tentang sanksi pidana pemerkosaan anak, untuk kemudian membandingkannya menurut Hukum Pidana Indonesia dan Hukum Pidana Islam sehingga akan ditemukan persamaan dan perbedaan antara keduanya.

### III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

#### A. SANKSI PIDANA PEMERKOSAAN TERHADAP ANAK DALAM HUKUM PIDANA POSITIF

Sanksi pidana terdiri dari dua kata, yaitu sanksi dan pidana. Sanksi artinya ancaman, berupa ancaman pidana (*strafbedreiging*) dan mempunyai tugas agar norma yang telah ditetapkan dalam hukum dan undang-undang ditaati sebagai akibat hukum dari norma yang dilanggar (Pernomo, 1993: 36). Sanksi juga diartikan sebagai akibat sesuatu perbuatan atau suatu reaksi dari perihailain yang dilakukan oleh manusia atau organisasi sosial (Utrecht, 1960: 20). Pada hakikatnya sanksi bertujuan untuk memulihkan keseimbangan tatanan masyarakat yang telah terganggu oleh pelanggaran-pelanggaran kaedah dalam keadaan semula (Mertokusuma, 1986: 10) Menurut G.P. Hoefnagels bahwa sanksi dalam hukum pidana adalah reaksi terhadap pelanggaran hukum yang

telah ditentukan undang-undang, dimulai dari penahanan tersangka dan penuntutan terdakwa sampai pada penjatuhan vonis oleh hakim (Hoefnagels, 2003: 115). Sedangkan Pidana berasal dari kata *straf* (Belanda), yang pada dasarnya penderitaan (*nestapa*) yang sengaja dikenakan atau dijatuhkan kepada seseorang yang telah terbukti bersalah melakukan tindak pidana. Jadi, Sanksi pidana adalah salah satu sarana paling efektif yang digunakan untuk menanggulangi kejahatan, namun pidana bukanlah sarana satu-satunya, sehingga apabila perlu, maka digunakan kombinasi dengan upaya sosial. Oleh karenanya perlu dikembangkan prinsip *multimum remedium* bukan *premium remedium* (Peornomo, 1989: 11) Jadi dapat disimpulkan sanksi pidana adalah alat yang dimiliki untuk menghadapi kejahatan-kejahatan atau bahaya besar sekaligus untuk menghadapi ancaman-ancaman.

Menurut Sudarto, hakikat sanksi pidana mengandung unsur-unsur atau ciri-ciri sebagai berikut (Muladi dan Arief, 1984: 4):

- 1) Pidana pada hakekatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan atau *nestapa* atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan;
- 2) Pidana diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang mempunyai kekuasaan (oleh yang berwenang);
- 3) Pidana dikenakan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang.

Negara dalam menjatuhkan sanksi pidana haruslah menjamin kemerdekaan individu dan menjaga supaya pribadi manusia tetap dihormati. Oleh sebab itu, pembedaan harus mempunyai tujuan dan fungsi yang dapat menjaga keseimbangan individu dengan kepentingan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan bersama. Untuk menjawab dan mengetahui tujuan serta fungsi pembedaan, terlebih dahulu mengetahui teori-teori tentang pembedaan. Menurut Satochid Kartanegara

dan pendapat-pendapat para ahli hukum terkemuka dalam hukum pidana, teori pemidanaan atau penghukuman dalam hukum pidana dikenal ada tiga aliran yaitu (Kartanegara: 56):

a. *Absolute* atau *vergeldings theorieen* (*vergelde*/imbalan)

Aliran ini mengajarkan dasar daripada pemidanaan harus dicari pada kejahatan itu sendiri untuk menunjukkan kejahatan itu sebagai dasar hubungan yang dianggap sebagai pembalasan, imbalan (*velgeding*) terhadap orang yang melakukan perbuatan jahat. Oleh karena kejahatan itu menimbulkan penderitaan bagi si korban

b. *Relative* atau *doel theorieen* (doel/maksud, tujuan)

Dalam ajaran ini yang dianggap sebagai dasar hukum dari pemidanaan adalah bukan *velgeding*, akan tetapi tujuan (*doel*) dari pidana itu. Jadi aliran ini menyandarkan hukuman pada maksud dan tujuan pemidanaan itu, artinya teori ini mencari mamfaat daripada pemidanaan (*nut van de straf*)

c. *Vereningings theorieen* (teori gabungan)

Teori ini sebagai reaksi dari teori sebelumnya yang kurang dapat memuaskan menjawab mengenai hakikat dari tujuan pemidanaan. Menurut ajaran teori ini dasar hukum dari pemidanaan adalah terletak pada kejahatan itu sendiri, yaitu pembalasan atau siksaan, akan tetapi di samping itu diakuinya pula sebagai dasar pemidanaan itu adalah tujuan daripada hukum.

Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan (Hartati, 60). Dengan ancaman pidana yang akan dijatuhkan dapat bersifat sebagai pencegahan khusus, yakni untuk menakut-nakuti sipenjahat supaya jangan melakukan kejahatan lagi dan pencegahan umum, yaitu sebagai cermin bagi seluruh

anggota masyarakat supaya takut melakukan kejahatan. Penjatuhan sanksi pidana pemerkosaan terhadap anak pada intinya harus sejalan dengan tujuan pemidanaan yakni menakuti-nakuti sipenjahat dan mencegah masyarakat agar tidak melakukan kejahatan yang sama.

Pemberian sanksi pidana bagi pemerkosaan anak dalam KUHP Indonesia yang berlaku saat ini dijelaskan bahwa pidana yang diancamkan bagi pemerkosaan terhadap anak dengan pidana penjara maksimum 9 (Sembilan) tahun. Sedangkan, pada pemerkosaan terhadap anak dalam undang-undang No.23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak, penjatuhan sanksi pidana berupa pidana penjara dengan penambahan maksimum umum pidana penjara adalah 15 tahun dan minimum khusus 3 tahun. Selain itu diancamkan denda paling banyak Rp 300.000.000,00 dan paling sedikit Rp 60.000.000,00. Dilihat dari pengaturan sanksi pidana bagi pemerkosaan anak, ditetapkan pidana maksimum umum dan minum khusus menjadi peluang bagi hakim dalam menjatuhkan sanksi yang ringan bagi pelaku pemerkosaan anak sehingga tujuan pemidanaan agar pelaku tidaka mengaulangi kejahatan tersebut terbuka lebar. Selain itu, sanksi pidana tersebut belum mengakomodir kepentingan perlindungan korban hanya berorientasi pada perbuatan pelaku.

## **B. SANKSI PIDANA PEMERKOSAAN TERHADAP ANAK MENURUT HUKUM PIDANA ISLAM.**

Islam telah merumuskan sebagian hukuman atas sebagian kejahatan berdasarkan *nash*, syariat Islam juga menempuh jalan lain dalam menetapkan hukuman atas kejahatan-kejahatan yang tidak ada *nash*nya, yakni dengan cara menyerahkan kepada imam (penguasa) tentang penetapan hukuman atas sebagian kejahatan dengan hukuman yang diperkirakan dapat

menimbulkan kesadaran pada diri pelaku kejahatan tersebut. Di dalam Al Qur'an dan As-Sunnah telah dijelaskan tentang hukuman-hukuman bagi kejahatan-kejahatan tertentu. yakni kejahatan-kejahatan yang secara umum dianggap sebagai bagian dari kejahatan, dilihat dari bukti-bukti yang menunjukkan keberakaran kejahatan itu di dalam jiwa penjahat dan kebesaran bahayanya bagi masyarakat. Hal ini sesuai dengan firman Allah dalam surat An-Nisa ayat 16:

*“ Dan terhadap dua orang di antara kamu yang melakukan perbuatan keji, maka sakitilah mereka. Kemudian jika mereka bertobat dan memperbaiki dirinya, maka berpalinglah kalian dari keduanya” (Q.S An-Nisa' ayat: 16). (Syamil: 80)*

Tujuan penghukuman dalam hukum pidana islam yang paling utama adalah *rahmatan lila'lamin*. Ketegasan hukuman yang ditetapkan Allah merupakan kasih sayang-Nya (*rahmat*) kepada manusia dan alam sekitarnya, agar hidup menjadi tentram, adil, damai dan sejahtera. Dengan kata lain, ketegasan ancaman hukumann yang ditetapkan Allah kepada pelaku tindak pidana dimaksudkan sebagai upaya mencegah kerusakan dan mendatangkan keselamatan, ketentraman hidup di dunia dan akhirat, mengarahkannya kepada kebenaran, keadilan, kebijaksanaan dan menerangkan jalan kebenaran hakiki (Beruh, 2015: 186-187). Tujuan pokok dalam penjatuhan hukuman dalam syariat Islam ialah pencegahan dan pengajaran serta pendidikan (Hanafi: 255).

Pengertian pencegahan ialah menahan pembuat agar tidak mengulangi perbuatan jarimahny atau agar ia tidak terus menerus memperbuatnya, disamping pencegahan terhadap orang lain selain pembuat agar ia tidak memperbuat jarimah, sebab ia bisa mengetahui bahwa hukuman yang dikenakan terhadap orang yang memperbuat pula perbuatan yang

sama. Dengan demikian, maka kegunaan pencegahan adalah rangkap, yaitu menahan terhadap pembuat sendiri untuk tidak mengulangi perbuatannya dan menahan orang lain untuk tidak memperbuatnya pula dan menjauhkan diri dari lingkungan jarimah (Hanafi: 255).

Oleh karena tujuan hukuman adalah pencegahan, maka besarnya hukuman harus sedemikian rupa yang cukup mewujudkan tujuan tersebut, tidak boleh kurang atau lebih dari batas yang diperlukannya, dan dengan demikian maka terdapat prinsip keadilan dalam menjatuhkan hukuman. Selain mencegah dan menakut-nakuti, syariat Islam tidak lalai untuk memberikan perhatiannya terhadap diri pembuat. Bahkan memberi pelajaran dan mengusahakan kebaikan terhadap diri pembuat merupakan tujuan utama, sehingga penjauhan manusia terhadap jarimah bukan karena takut akan hukumannya, melainkan karena kesadaran diri dan kebenciannya terhadap jarimah, serta menjauhkan diri dari lingkungannya, agar mendapatkan ridha Tuhan. Kesadaran demikian keadaanya tentu merupakan alat yang paling baik untuk memberantas jarimah, karena seorang sebelum sebelum memperbuat jarimah ia akan berfikir bahwa Tuhan tentu mengetahui perbuatannya dan hukuman akan menimpa dirinya, baik diketahui orang atau tidak. Dan ia tidak akan dapat menghindarkan dirinya dari hukuman akhirat. Kesadaran semacam ini yang menjadi idam-idaman sarjan-sarjana hukum positif dan para penguasa ((Hanafi: 257). Hukuman, ancaman atau sanksi bukan merupakan sesuatu yang maslahat (baik), bahkan sebaiknya hukuman itu akan berakibat buruk, menyakitkan, menyengsarakan, membelenggu kebebasan bagi pembuat penjahat.

Hukum pidana Islam, tidak memberikan definisi khusus tentang pemerkosaan baik dalam Al quran maupun hadits. Dalam kitab Fiqh

Sunnah yang ditulis oleh Sayyid Sabiq mengklasifikasikan pemerkosaan ke dalam zina yang dipaksa. Sedangkan Pemerkosaan dalam bahasa Arab disebut dengan *al wath'u* (*Al wath'u* dalam bahasa Arab artinya bersetubuh atau berhubungan seksual. Yunus, 1989: 501). *bi al ikraah* (hubungan seksual dengan paksaan). Sementara pengertian paksaan secara bahasa adalah membawa orang kepada sesuatu yang tidak disukainya secara paksa. Sedangkan menurut fuqaha adalah mengiring orang lain untuk berbuat sesuatu yang tidak disukainya dan tidak ada pilihan baginya untuk meninggalkan perbuatan tersebut (Zuhaily, 1984: 386). Jadi sanksi yang diberlakukan bagi pemerkosa adalah apabila seorang laki-laki memperkosa seorang perempuan, seluruh fuqaha sepakat perempuan itu tak dijatuhi hukuman zina (*had az zina*), baik hukuman cambuk 100 kali maupun hukuman rajam (Audah: 294). Hal ini sesuai dengan firman Allah dalam al-Quran surat al-An'am (6) ayat 145 yang berbunyi:

*Katakanlah: "Tiadalah aku peroleh dalam wahyu yang diwahyukan kepadaKu, sesuatu yang diharamkan bagi orang yang hendak memakannya, kecuali kalau makanan itu bangkai, atau darah yang mengalir atau daging babi - karena Sesungguhnya semua itu kotor - atau binatang yang disembelih atas nama selain Allah. Barangsiapa yang dalam Keadaan terpaksa, sedang Dia tidak menginginkannya dan tidak (pula) melampaui batas, Maka Sesungguhnya Tuhanmu Maha Pengampun lagi Maha Penyayang". (Q.S Al An'aam (6):145).*

Sedangkan bagi pelaku pemerkosa, hukum pidana Islam membagi kepada dua kelompok yaitu:

A. Pemerkosaan tanpa mengancam dengan senjata.

Orang yang melakukan pemerkosaan semacam ini dihukum sebagaimana hukuman

orang yang berzina. Jika dia sudah menikah maka hukumannya berupa dirajam, dan jika pelakunya belum menikah maka dihukum cambuk seratus kali serta diasingkan selama satu tahun. Sebagian ulama mewajibkan kepada pelaku pemerkosa untuk memberikan mahar bagi wanita korban pemerkosaan.

Beberapa pendapat ulama mengenai hukuman bagi pemerkosa yaitu:

- 1) Imam Malik berpendapat yang sama dengan Imam Syafi'i dan Imam Hambali. Yahya (murid Imam Malik) mendengar Malik berkata bahwa, apa yang dilakukan di masyarakat mengenai seseorang memperosa seorang wanita, baik perawan atau bukan perawan, jika ia wanita merdeka, maka pemerkosa harus membayar maskawin dengan nilai yang sama dengan seseorang seperti dia. Jika wanita tersebut budak, maka pemerkosa harus membayar nilai yang dihilangkan. *Had* adalah hukuman yang diterapkan kepada pemerkosa, dan tidak ada hukuman diterapkan bagi yang diperkosa. Jika pemerkosa adalah budak, maka menjadi tanggungjawab tuannya kecuali ia menyerahkannya.
- 2) Imam Sulaiman Al Baji Al Maliki mengatakan bahwa wanita yang diperkosa, jika dia wanita merdeka (bukan budak), berhak mendapatkan mahar yang sewajarnya dari laki-laki yang memperkosanya. Hukuman *had* dan mahar merupakan dua kewajiban untuk pelaku pemerkosa, hukuman *had* ini terkait dengan hak Allah SWT, sementara kewajiban membayar mahar terkait dengan hak makhluk.

Abu Hanifah dan Ats Tsauri berpendapat bahwa pemerkosa berhak mendapatkan hukuman *had*, namun tidak wajib membayar mahar. Sedangkan menurut Imam Syafi'i dan Imam Hambali bahwasanya barangsiapa yang memperkosa wanita, maka ia harus membayar mahar misil (Mughniyah, 1996: 367).

## B. Pemerksosaan Dengan Menggunakan Senjata

Pelaku pemerksosaan dengan menggunakan senjata untuk mengancam, dihukum sebagaimana perampok. Sementara hukuman bagi perampok telah disebutkan dalam firman Allah dalam surat al-Maidah (5) ayat 33 yang berbunyi:

*Sesungguhnya pembalasan terhadap orang-orang yang memerangi Allah dan Rasul-Nya dan membuat kerusakan di muka bumi, hanyalah mereka dibunuh atau disalib, atau dipotong tangan dan kaki mereka dengan bertimbal balik, atau dibuang dari negeri (tempat kediamannya). yang demikian itu (sebagai) suatu penghinaan untuk mereka didunia, dan di akhirat mereka beroleh siksaan yang besar. (Q.S Al Maidah (5): 33).*

Dari ayat di atas, ada empat pilihan hukuman untuk perampok yaitu:

- a. Dibunuh;
- b. Disalib;
- c. Dipotong kaki dan tangannya dengan bersilang misalnya di potong tangan kiri dan kaki kanan;
- d. Diasingkan atau di buang.

Dari uraian diatas, tidak disebutkan sanksi khusus bagi pelaku pemerksosa anak, namun pada dasarnya pelaku pemerksosa anak dapat dijatuhi sanksi pidana yang serupa dengan yang disebutkan diatas, disebabkan dalam hukum pidana Islam tidak ada pembahasan khusus mengenai sanksi pidana bagi pemerksosa anak, oleh karenanya menurut hemat penulis sanksi yang dapat dijatuhkan terhadap pelaku pemerksosa anak tersebut dapat berupa *had*, dengan syarat pelaku pemerksosaan tersebut tidak menggunakan senjata, apabila pelaku melakukan pemerksosaan dengan menggunakan senjata disertai dengan ancaman maka pelaku pemerksosaan dapat dijatuhi sanksi pidana

berupa kejahatan perampokan dengan hukuman yang dipilih dari empat macam bentuk yakni dibunuh; disalib; dipotong kaki dan tangannya dengan bersilang misalnya di potong tangan kiri dan kaki kanan; diasingkan atau di buang. Dan dari tujuan pemidanaan menurut hukum pidana Islam bahwa sanksi yang diberikan merupakan sebuah pencegahan dengan tujuan agar menahan pembuat agar tidak mengulangi perbuatan jarimahnyanya atau agar ia tidak terus menerus memperbuatnya, disamping itu bertujuan pencegahan terhadap orang lain selain pembuat agar ia tidak memperbuat jarimah, sebab ia bisa mengetahui bahwa hukuman yang dikenakan terhadap orang yang memperbuat pula perbuatan yang sama, hal ini dapat dilihat dari bentuk ancaman yang lebih keras dibandingkan ancaman hukuman yang ada di dalam hukum pidana positif yaitu berupa pidana penjara.

## Formulasi Sanksi Pidana Bagi Pelaku Pemerksosaan Terhadap Anak Kedepan Dikaitkan Dengan Upaya Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia

Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) / WvS sebagai *Ius Constitutum* atau hukum yang diberlakukan saat ini merupakan warisan dari pemerintah Kolonial Belanda telah tertinggal oleh kemajuan yang terjadi dalam kehidupan masyarakat. Berkenaan dengan hal ini perlu diperhatikan pernyataan dari Konggres PBB yang berkaitan dengan pemberlakuan Hukum asing/ impor pada suatu Negara. Pada Konggres PBB mengenai *The Prevention of Crime and The Treatment of offenders* dinyatakan bahwa Sistem Hukum Pidana yang selama ini ada di beberapa negara (terutama yang berasal/ diimpor dari Hukum Asing semasa zaman Kolonial) pada umumnya bersifat *Obsolete and Unjust* (telah usang dan tidak adil) serta *Out-moded and Unreal* (sudah ketinggalan zaman dan tidak sesuai kenyataan (BArief, 1998: 103).

Berdasarkan pernyataan Konggres PBB di atas dikaitkan dengan keberadaan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP/ WvS) yang sampai saat ini dipandang sebagai Kitab Induk Hukum Pidana sudah semestinya dilakukan pembaharuan. Pembaharuan Hukum Pidana hendaknya sesuai dengan sosio politik, sosio filosofik dan sosio kultural masyarakat Indonesia. Di samping itu alasan yang sangat prinsip untuk melakukan pembaharuan Hukum Pidana adalah:

1. Alasan Politik: Negara Indonesia yang telah lima puluh tahun lebih merdeka adalah wajar mempunyai Hukum Pidanasendiri yang diciptakannya sendiri oleh karena hal ini merupakan simbol kebanggaan dari Negara yang telah bebas dari Penjajahan.
2. Alasan Sosiologis ; Pengaturan dalam Hukum Pidana merupakan pencerminan dari ideologi, politiksuatu Bangsa di mana Hukum itu berkembang artinya bahwa segala Nilai-nilai sosial dan Kebudayaan suatu Bangsa itu harus mendapat tempat dalam pengaturan Hukum Pidana.

Alasan Praktis ; Dengan Pembaharuan Hukum Pidana yang baru akan dapat memenuhi Kebutuhan Praktik, sebab Hukum Peninggalan Penjajah jelas masih menggunakan Bahasa Belanda padahal kita sebagai Negara yang merdeka sudah memiliki Bahasa sendiri, tentu tidaklah tepat jika menerapkan suatu Aturan Hukum berdasarkan Teks yang tidak Asli (Sudarto, 1983: 66-68).

Usaha pembaharuan hukum pidana di Indonesia tentunya tidak terlepas dari politik hukum yang bertugas untuk meneliti perubahan-perubahan yang perlu diadakan terhadap hukum yang ada agar dapat memenuhi kebutuhan-kebutuhan baru di dalam masyarakat. Politik hukum (Sudarto, 1983: 20).tersebut meneruskan arah perkembangan tertib hukum, dari *ius contitutum* yang bertumpu pada kerangka landasan hukum yang

terdahulu menuju pada penyusunan *ius constituendum* atau hukum pada masa yang akan datang.

Hal tersebut di atas sejalan dengan yang dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief, yaitu: (Arief, 2002: 30-31). Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosiopolitik, sosio-filosofik, sosiokultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.

Berdasarkan pendapat Barda Nawawi Arief tersebut dapat dilihat bahwa beliau merumuskan tentang latar belakang dan urgensi pembaharuan hukum pidana dengan meninjaunya dari aspek sosio-politik, sosio-filosofik, dan sosio-kultural. Sedangkan Sudarto menyebut ada tiga alasan mengapa KUHP perlu diperbaharui yakni alasan politik, sosiologis dan praktis (Sudarto, 1983: 66-68).

Pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) pada hakekatnya juga merupakan bagian dari kebijakan/politik hukum pidana (*penal policy*), yang harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policyoriented approach*) dan pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value-oriented approach*) (Sudarto, 1983: 66-68) atau dengan kata lain upaya penanggulangan kejahatan perlu ditempuh dengan pendekatan kebijakan dalam arti ada keterpaduan (*integrallis*) antara politik kriminal dan politik sosial serta ada keterpaduan antara upaya penanggulangan kejahatan dengan penal dan non penal dan di dalam setiap kebijakan (*policy*) terkandung pula pertimbangan nilai.

Bertolak dari pendekatan kebijakan, Sudarto berpendapat bahwa dalam menghadapi masalah sentral dalam kebijakan kriminal terutama masalah pertama yang disebut juga masalah kriminalisasi, harus diperhatikan hal-hal yang pada intinya sebagai berikut (Sudarto, 1983: 66-

68):

1. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional yang mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata, materiil, spirituil berdasarkan Pancasila; sehubungan dengan hal ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat;
2. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil dan atau spirituil) atas warga masyarakat;
3. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip-prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*); Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari bagian-bagian penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelastin*).

Jadi upaya pembaharuan hukum pidana Indonesia mempunyai suatu makna yaitu menciptakan suatu kodifikasi hukum pidana nasional untuk menggantikan kodifikasi hukum pidana yang merupakan warisan kolonial yakni *Wetboek van Strafrecht Nederlands Indie* 1915, yang merupakan turunan dari *Wetboek van Strafrecht* negeri Belanda tahun 1886 (Muladi dan Arief: 10) Sudarto mengatakan *Wetboek van Starafrecht* atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang disingkat W.v.S atau KUHP yang sehari-hari digunakan oleh para praktisi hukum Indonesia telah berusia lebih dari 50 tahun. Selama itu ia mengalami penambahan, pengurangan atau perubahan, namun jiwanya tidak berubah (Sudarto, 1974: 2).

Kondisi perubahan hukum yang adil dan sesuai dengan kenyataan yang berakar dari nilai-

nilai yang ada dalam masyarakat kemudian secara tegas juga dinyatakan dalam konsideran Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP) yang menyatakan bahwa materi hukum pidana nasional harus disesuaikan dengan politik hukum, keadaan, dan perkembangan kehidupan berbangsa dan bernegara bangsa Indonesia. Sementara tujuan penyusunan hukum pidana dinyatakan sebagai perwujudan upaya pembaharuan hukum nasional Negara Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, serta untuk menghormati dan menjunjung tinggi hak asasi manusia. Penjelasan Umum Rancangan KUHP juga menyatakan bahwa Penyusunan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) Nasional untuk menggantikan KUHP peninggalan pemerintah kolonial Belanda dengan segala perubahannya merupakan salah satu usaha dalam rangka pembangunan hukum nasional. Usaha tersebut dilakukan secara terarah dan terpadu agar dapat mendukung pembangunan nasional di berbagai bidang, sesuai dengan tuntutan pembangunan serta tingkat kesadaran hukum dan dinamika yang berkembang dalam masyarakat.

Suatu aturan hukum sudah memenuhi tuntutan secara yuridis, aturan hukum itu tidak akan dapat berlaku efektif dalam masyarakat apabila tidak memenuhi tuntutan keberlakuan secara sosiologis dan filosofis. Hal ini disebabkan Hukum yang baik dan karenanya dapat efektif diterapkan di dalam masyarakat selalu menuntut persyaratan keberlakuan secara yuridis, filosofis dan bahkan juga secara historis (Asshiddiqie, 1996: 160).

Pemeriksaan oleh pembentuk undang-undang dikategorikan sebagai delik kesusilaan yang berhubungan dengan seksual. Makna kesusilaan ini harus diartikan sebagai hal-hal yang termasuk dalam penguasaan norma-norma kepatutan bertingkah laku dalam pergaulan

masyarakat tidak hanya berkaitan dengan pengertian kesusilaan dalam bidang seksual (Saleh 2003: 109). Menentukan materinya atau substansinya harus bersumber dan mendapat sandaran kuat dari moral agama. Senada dengan pendapat tersebut di atas Mulyana W Kusuma menyatakan kejahatan seks serta kejahatan yang menyangkut seks (*seks related crimes*) yang dirumuskan dalam hukum pidana sebagai delik susila senantiasa harus dipahami secara kontekstual dalam hubungannya dengan perkembangan budaya dan perubahan-perubahan struktur sosial yang ada di masyarakat (Kusuma, 1993).

Dalam konteks hukum pidana Indonesia, usaha untuk memformulasikan sanksi pidana yang tepat bagi pemerkosaan terhadap anak adalah suatu kebutuhan yang mendesak seiring dengan perkembangan teknologi informasi yang telah menjangkau semua lapisan masyarakat. Upaya formulasi sanksi pidana terhadap pemerkosa anak dilakukan melalui Kebijakan hukum pidana. Kebijakan hukum pidana tersebut dilaksanakan melalui tahap-tahap konkretisasi/operasionalisasi/fungsionalisasi hukum pidana yang terdiri dari tahap perumusan pidana (kebijakan formulatif/legislatif), tahap penerapan hukum pidana (kebijakan aplikatif/yudikatif), dan tahap pelaksanaan hukum pidana (kebijakan administratif/eksekutif).

Dalam kebijakan formulasi hukum pidana proses kriminalisasi memegang peranan penting, karena pada tahap inilah pembuat undang-undang menentukan suatu perbuatan yang awalnya bukan tindak pidana menjadi tindak pidana. Setiap perbuatan yang dikriminalisasikan harus mempertimbangkan banyak hal, seperti kepentingan hukum yang akan dilindungi, tingkat bahaya, kerugian, biaya, kesiapan dan penguasaan teknologi oleh aparat dan lain sebagainya.

Simposium Pembaharuan Hukum Pidana

Nasional pada bulan Agustus tahun 1980 di Semarang, dalam laporannya disebutkan tentang kriteria kriminalisasi dan dekriminalisasi yang perlu diperhatikan dalam kebijakan formulasi, yaitu:

1. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan, ataudapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban;
2. Apakah biaya mengkriminalisasi seimbang dengan hasil yang akan dicapai, artinya costpembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan tertib hukum yang akan dicapai;
3. Apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya; dan Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa, sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat (Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, Agustus 1980: 12). Sumber bahan dalam kebijakan melakukan pembaharuan dan penyusunan delik-delik baru diambil antara lain dari:
  - a) masukan berbagai pertemuan ilmiah (simposium/seminar/ lokakarya) yang berarti juga dari berbagai kalangan masyarakat luas;
  - b) masukan dari beberapa hasil penelitian dan pengkajian mengenai perkembangan delik-delik khusus dalam masyarakat dan perkembangan iptek;
  - c) masukan dari pengkajian dan pengamatan bentuk-bentuk serta dimensi baru kejahatan dalam pertemuan-pertemuan/kongres internasional;
  - d) masukan dari berbagai konvensi internasional (baik yang telah diratifikasi maupun yang belum diratifikasi); masukan dari hasil pengkajian perbandingan berbagai

KUHP asing (Arief: 273-274).

Adanya kriminalisasi pemerkosaan dalam Konsep KUHP tersebut merupakan suatu upaya antisipasi dan penanggulangan maraknya tindak pidana pemerkosaan khususnya terhadap anak. Dalam proses kriminalisasi ini perlu memperhatikan sebab-sebab timbulnya pemerkosaan terhadap anak yang meliputi berbagai aspek, seperti aspek ekonomi, sosial budaya dan adanya kelainan atau penyimpangan perilaku seks. Selain itu, upaya preventif dan aspek perlindungan korban, moralitas pelaku, anak-anak dan masyarakat umum juga penting, baik menggunakan sarana penal maupun non penal.

Konsep KUHP merumuskan delik yang dapat digunakan untuk menjerat pelaku Pemerkosaan melalui perubahan pasal yang ada di dalam KUHP, yakni dengan memperluas makna dari perkosaan ialah dengan cara mengubah atau menambahkan atau menjelaskan atau merinci kembali definisi tentang perkosaan. Dengan ini, maka akan menambah unsur perbuatan yang awalnya bukan termasuk dalam kejahatan menjadi kejahatan atau kriminalisasi. Tindak pidana perkosaan tersebut berorientasi pada perbuatan pelaku yaitu memaksa untuk bersetubuh melalui kekerasan atau ancaman kekerasan, menjadi mengarah pada perbuatan. Persetubuhan dengan ketiadaan kehendak dari korban, termasuk di dalamnya tentang perkosaan terhadap anak-anak. Seperti yang diutarakan dalam Pasal 488 Rancangan KUHP sebagai berikut: (Rancangan Undang-Undang (RUU) Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Departemen Hukum dan Perundang-undangan, 1999-2000: 160-161):

(1) Dipidana karena melakukan tindak pidana perkosaan dengan pidana penjara paling lama 12 tahun dan paling singkat 3 tahun:

a. Laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan di luar perkawinan,

bertentangan dengan kehendak perempuan tersebut;

- b. Laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan di luar perkawinan, tanpa persetujuan perempuan tersebut;
- c. Laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan dengan persetujuan perempuan tersebut, tetapi persetujuan tersebut dicapai melalui ancaman untuk dibunuh atau dilukai;
- d. Laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan, dengan persetujuan perempuan tersebut karena perempuan tersebut percaya bahwa laki-laki tersebut adalah suami yang sah;
- e. laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan yang berusia di bawah 14 empat belas tahun dengan persetujuannya; atau
- f. laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan perempuan, padahal diketahui bahwa perempuan tersebut dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya.

(2) Dianggap juga melakukan tindak pidana perkosaan, jika dalam keadaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1):

- a. Laki-laki memasukan alat kelaminnya ke dalam anus atau mulut perempuan
- b. Laki-laki memasukan suatu benda yang bukan merupakan bagian tubuhnya ke dalam vagina atau anus perempuan

Pengaturan sanksi pemerkosaan yang dimuat dalam rancangan KUHP berlaku secara umum, belum terdapat formulasi sanksi khusus pemerkosaan terhadap anak. Seharusnya dalam rancangan KUHP kedepan hendaknya memuat aturan yang khusus berkaitan dengan sanksi pidana bagi pemerkosa anak sesuai dengan landasan filosofis lahirnya rancangan KUHP yang bertujuan memperoleh kembali keadilan hukum, sesuai konsep paham ideologi yang berlandaskan falsafah Pancasila. Oleh karenanya, formulasi sanksi bagi pemerkosa anak kedepan

sebaiknya diadopsi nilai-nilai hukum Islam dalam pembaharuan pidana. Formulasi sanksi tersebut dapat berupa sanksi pidana yang dipersamakan dengan sanksi jarimah zina yakni sanksi rajam atau cambuk seratus kali atau berupa pilihan sanksi pidana yang serupa dengan jarimah hirabah (perampokan) yakni hukuman mati.

#### IV. PENUTUP

Pemeriksaan terhadap anak merupakan kejahatan yang sangat meresahkan di dalam kehidupan masyarakat. Hal ini dapat dilihat dari sejumlah kasus pemeriksaan yang terjadi terhadap anak. Untuk menjerat pelaku pemerkosa anak, hukum pidana positif telah mencantumkan sanksi pidana bagi pelaku pemerkosa anak sebagaimana terdapat dalam KUHP dan dalam undang-undang perlindungan anak berupa sanksi pidana penjara. Apabila dilihat dari tujuan pidanaan dalam hukum pidana Indonesia bahwa sanksi pidana perkosaan terhadap anak dalam hukum pidana positif belum mengakomodir kepentingan perlindungan korban tetapi hanya berorientasi pada perbuatan pelaku sehingga tujuan pidanaan untuk memberikan efek jera terhadap pelaku tidak berlaku.

Sanksi pidana yang diberikan terhadap pemerkosa anak dalam hukum pidana Islam kepada dua kelompok yaitu, Pemeriksaan tanpa mengancam dengan senjata dihukum sebagaimana hukuman orang yang berzina. Jika dia sudah menikah maka hukumannya berupa dirajam, dan jika pelakunya belum menikah maka dihukum cambuk seratus kali serta diasingkan selama satu tahun, dan pemeriksaan dengan menggunakan senjata untuk mengancam, dihukum sebagaimana perampok. Dalam hukum pidana Islam penjatuhan sanksi bertujuan lebih kepada pencegahan, maka besarnya hukuman harus sedemikian rupa yang cukup mewujudkan tujuan tersebut, tidak boleh

kurang atau lebih dari batas yang diperlukannya, dan dengan demikian maka terdapat prinsip keadilan dalam menjatuhkan hukuman.

Dari perbandingan sanksi pidana menurut hukum pidana positif dan pidana Islam bahwa perbedaannya kepada bentuk sanksi yang dijatuhkan. Hukum pidana positif dalam menjatuhkan sanksi berupa pidana penjara dengan ketentuan maksimum dan minum, hal ini mendorong timbulnya ketidakadilan dalam penjatuhan sanksi pidana. Sementara dalam hukum pidana Islam sanksi yang dijatuhkan lebih tegas disebabkan sanksi tersebut bersumber langsung dari Allah SWT sebagaimana terdapat dalam al-Qur'an. Ketegasan ancaman hukuman yang ditetapkan Allah kepada pelaku tindak pidana dimaksudkan sebagai upaya mencegah kerusakan dan mendatangkan keselamatan, ketentraman hidup di dunia dan akhirat. Disisi lain upaya pembaharuan hukum pidana merupakan tuntutan zaman yang selalu berkembang sehingga pembaharuan hukum pidana kedepan harus memperhatikan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Salah satu agenda penting dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia dengan memperbaharui sanksi pidana pemeriksaan terhadap anak yang memasukkan nilai-nilai agama dalam perumusan sanksi tersebut.

#### DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Al Faruk Asadullah, 2009, *Hukum Pidana Dalam Sistem Hukum Islam*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Abdul Malik Muhammad, t,th, *Perilaku Zina Pandangan Hukum Islam dan KUHP*, Bulan Bintang, Jakarta.
- Annisa, 2011, "Analisis viktimisasi struktural terhadap tiga korban perdagangan perempuan", *Jurnal Kriminologi Indonesia* Vol. 7 No.III 310 Desember 2011.
- Ashiddiqie Jimly,1996, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia Studi Tentang BentukBentuk Pidana Dalam Tradisi Hukum Fiqh dan Relevansinya Bagi Usaha Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, Angkasa, Bandung.
- Departemen Agama RI, 2005, *Al- Qur'an dan Terjemahan*, Syamil, Bandung.
- Doi Abdurrahman, 1991, *Tindak Pidana dalam Syariat Islam*, Rineka Cipta, Jakarta.
- E Utrecht,1960, *Hukum Pidana I Cetakan Kedua*, PT Penerbitan

- Universal, Bandung.
- F Lamintang P.A. & Theo Llamintang, 2011, *Delik-Delik Khusus Kejahatan Melanggar Norma Kesusilaan & Norma Kepatutan*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Hanafi Ahmad, 1967, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakarta.
- Halim Barakatullah Abdul, dan Teguh Prasetyo, 2006, *Hukum Islam Menjawab Tantangan Zaman yang Terus Berkembang*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Hartati Evi, 2007, *Tindak Pidana Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Jawad Mughniyah Muhammad, 1996, *Al Fiqh Al Madzhab Al Khamsah*, Lentea Basritama, Jakarta.
- Kuntowijoyo, 1996, *Agama dan Demokrasi di Indonesia, dalam buku Demokrasi Indonesia Kontemporer*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Kartanegara Satochid, t.th, *Hukum Pidana Bagian Satu*, Balai Lektur Mahasiswa, Jakarta.
- Moeljatno, 2003, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Bumi Aksara, Jakarta.
- Mahmud Marzuki Peter, 2013, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Marpaung Leden, 2008, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Malik Ibn Anas Imam, 1999, *Al Muwaththa' Kumpulan Hadits dan Hukum Islam Pertama Cet 1*, Raja Grafindo, Jakarta.
- Mertokusuma Sudikno, 1986, *Norma dan Kaidah Hukum*, Offset Gajdah Mada University Press, Yogyakarta.
- Nawawi Arief Barda, 1994, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Hukum Pidana*, Ananta Semarang.
- \_\_\_\_\_, 2010, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1998, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Pernomo Bambang, 1993, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Purbacaraka Poernadi dan Soerjono Soekanto, 1982, *Perihal Kaidah Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Kartono Kartini, 1992, *Patologi Sosial, Jilid I Edisi Baru.*, Rajawali Press, Jakarta.
- Sahetapy.J.E, 1987, *Viktimologi Sebuah Bunga Rampai*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta.
- Sholehuddin, 2003, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana Ide Dasar Double Track System & Impelementasinya*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Syah Beruh Ridwan, 2015, *Membumikan Hukum Tuhan Perlindungan HAM Perspektif Hukum Pidana Islam*, Pustaka Ilmu, Yogyakarta.
- Sudarto, 1983, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung.
- Tongat, 2003, *Hukum Pidana Materil Tinjauan atas Tindak Pidana Terhadap Subyek Hukum Dalam KUHP*, Djambatan Jakarta.
- Wignjosoebroto Soetandyo, 2002, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Elsam, Jakarta.
- W Kusuma Mulyana, 1993, *Perumusan Tindak Pidana Kesusilaan (Perzinaan dan Pemerkosaan) dalam Rancangan KUHP Baru di Tinjau dari Aspek Kebijakan Kriminal dan Aspek Sosial Budaya, Makalah disampaikan pada seminar sehari tentang Tinjauan Terhadap Rancangan Rancangan KUHP Baru Khususnya Tindak Pidana Kesusilaan*, Fak. Hukum Universitas Katolik Soegijapranata, Semarang.
- Yunus Muhammad, 1989, *Kamus Arab Indonesia*, Hidakarya Agung, Jakarta.
- Zuhaily Wahbah, 1984, *Al-Fiqhu Al Islami Wa Adillatuhu Juz V*, Daar Al Fikr, Damaskus.
- Artikel:  
[https://id.m.wikipedia.org/wiki/kejahatan\\_sekseual\\_terhadap\\_anak\\_di\\_Indonesia](https://id.m.wikipedia.org/wiki/kejahatan_sekseual_terhadap_anak_di_Indonesia) (Terakhir dikunjungi 22 Oktober 2015 jam 11.07 wib)  
[www.majalah-gempur.com/2014/02/jumlah-kekerasan-seksual-pada-anak.html?m=1](http://www.majalah-gempur.com/2014/02/jumlah-kekerasan-seksual-pada-anak.html?m=1) (Terakhir dikunjungi 22 Oktober 2015 jam 11.18 wib)  
[http://www.gugustugastrafficking.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=704:kasus-kekerasan-terhadap-anak-naik-300&catid=42:info&Itemid=66](http://www.gugustugastrafficking.org/index.php?option=com_content&view=article&id=704:kasus-kekerasan-terhadap-anak-naik-300&catid=42:info&Itemid=66). Terakhir kali dikunjungi 8 September 2014 jam 20.35  
<http://bisnis.com/kabar24/read/20140430/19/2233762/hukum-pidana-islam-brunai-hukum-mati-pemerksa-pezina-dan-pelaku-sodomi>. terakhir dikunjungi pada tanggal 10 Maret 2016 jam 10.00 wib.

# *Constitutional Complaint* Dalam Rangka Penegakan Hak Asasi Manusia di Republik Indonesia

Naskah Masuk: 3 April 2016 // Naskah Diterima: 22 Mei 2016

DOI: 10.18196/jmh.2015.0072.110-120

## **ABSTRACT**

The Constitutional Court exists to oversee the RI State Constitution contained therein and the protection of human rights enforcement. Protection of constitutional rights of citizens by the Court comes through constitutional review authority. But in the mechanism, the Court protect the constitutional rights of citizens to the extent of constitutional rights are violated by the provisions of the law, so the law will be declared contrary to the constitution. In fact, the possibility of violations of citizens' constitutional rights not only through the normative provisions of a law. There are many way and possible that violation of the constitutional rights of citizens, either by the authorities or by the actions of other parties. In this condition we know that constitutional complaint very urgent in Constitutional Court in Indonesia.

Keywords: Constitutional Complaint, Human Rights, Constitutional Court.

## **ABSTRAK**

Mahkamah Konstitusi (MK) hadir untuk mengawal Konstitusi Negara RI yang didalamnya terkandung perlindungan dan penegakan HAM. Perlindungan hak-hak kontitusional warga negara melalui MK hadir melalui kewenangan constitutional review. Akan tetapi dalam mekanisme tersebut, MK melindungi hak-hak konstitusional warga negara sebatas terhadap hak konstitusional yang dilanggar oleh ketentuan-ketentuan dalam undang-undang, sehingga undang-

undang tersebut nantinya dinyatakan bertentangan dengan konstitusi. Padahal, kemungkinan pelanggaran hak konstitusional warga negara tidak hanya melalui ketentuan normatif dalam suatu undang-undang. Banyak jalan dan kemungkinan terjadinya pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara, baik oleh tindakan dari penguasa maupun oleh pihak-pihak lain. Disinilah kita mengetahui pentingnya mekanisme Constitutional Complaint di Mahkamah Konstitusi.

Kata Kunci: Constitutional Complaint, Hak Asasi Manusia, Mahkamah Konstitusi.

## **I. PENDAHULUAN**

Gagasan konstitusi sebagai alat pembatas kekuasaan tidak dapat dipisahkan dengan gagasan perlindungan hak asasi manusia, negara demokratis dan negara hukum. Konstitusi merupakan kristalisasi normatif atas tugas negara dalam memberikan perlindungan hak asasi manusia dan melaksanakan pemerintahan berdasarkan kedaulatan rakyat disertai batas-batas kekuasaan secara hukum yang diarahkan

bagi kepentingan dan kemaslahatan rakyat secara keseluruhan (Mahfud, 2003: 142). Pada kondisi inilah sistem kekuasaan negara akan disebut demokratis.

Perubahan konstitusi Indonesia yakni Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) tahun 1999-2002 telah membawa perubahan besar dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, baik dalam pelebagaan kekuasaan legislatif, eksekutif, maupun yudikatif. Khusus dalam sistem kekuasaan kehakiman (yudikatif) di samping Mahkamah Agung (MA) dan badan-badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, peradilan milliliter, peradilan tatausaha Negara, telah muncul Mahkamah Konstitusi (MK).

Berdirinya Mahkamah Konstitusi dimulai dengan diadopsinya ide *Constitutional Court* dalam amandemen Konstitusi yang dilakukan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) pada tahun 2001. Mahkamah Konstitusi dibentuk untuk menjamin agar konstitusi sebagai hukum tertinggi dalam Negara dapat ditegakkan sebagaimana mestinya. Berangkat dari pemikiran ini maka tidak heran Mahkamah Konstitusi disebut dengan Pengawal Konstitusi. Kehadiran Mahkamah Konstitusi cukup memberikan kontribusi yang signifikan dalam mengawal hak-hak konstitusional warga Negara yang selama rezim pemerintahan orde baru tidak pernah mendapat ruang yang cukup dalam penuntasannya.

Mahkamah Konstitusi merupakan Lembaga yudikatif yang sejak awal pembentukannya sampai dengan saat ini memiliki 4 wewenang yaitu: menguji undang-undang terhadap UUD 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar 1945, memutus pembubaran partai politik, memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum, dan

terdapat satu kewajibannya yaitu memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar (Pasal 24 Undang-Undang Dasar 1945, Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi).

Berdasarkan kewenangan Mahkamah Konstitusi tersebut, ketika terdapat pelanggaran terhadap hak asasi warga negara yang dijamin dalam konstitusi dan pelanggarannya terdapat dalam ketentuan aturan hukum atau regulasi dapat diluruskan melalui salah satu kewenangannya yaitu mekanisme *constitutional review*. Lantas, pertanyaannya adalah mekanisme apa yang dapat ditempuh untuk tindakan atau keputusan penyelenggara negara yang melanggar hak konstitusional warga negara?

Selain itu, bila kita membandingkan kewenangan Mahkamah Konstitusi di Indonesia dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi pada umumnya yang berlaku pada negara lain, seperti telah disebutkan di atas, maka masih terdapat satu hal yang belum terakomodir dalam kewenangan MK yang diberikan oleh UUD 1945. Kewenangan tersebut adalah terkait penanganan terhadap pengaduan atau keluhan konstitusi oleh rakyat (*constitutional complaint*). Kenyataan tersebut bisa diartikan bahwa perlindungan hak asasi manusia setiap warga negara Indonesia yang diakui dan dilindungi oleh konstitusi, ternyata belum tersedia secara lengkap mekanisme dan prosedurnya di dalam konstitusi.

Demikian pula dalam mekanisme *constitutional review* yang kewenangannya diberikan kepada MK, memang telah terkandung semangat perlindungan hak-hak konstitusional warga negara. Akan tetapi, dalam mekanisme tersebut, MK melindungi hak-hak konstitusional warga negara sebatas terhadap hak konstitusional yang dilanggar oleh ketentuan-

ketentuan dalam undang-undang, sehingga undang-undang tersebut nantinya dinyatakan bertentangan dengan konstitusi. Padahal, kemungkinan pelanggaran hak konstitusional warga negara tidak hanya melalui ketentuan normatif dalam suatu undang-undang. Banyak jalan dan kemungkinan terjadinya pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara, baik oleh tindakan dari penguasa maupun oleh pihak-pihak lain.

Berdasarkan hal-hal yang telah diuraikan tersebut, maka sudah seharusnya perlu adanya mekanisme perlindungan hak-hak konstitusional dengan proses dan prosedur yang dimuat dalam konstitusi. Perlindungan terhadap hak asasi manusia tidak hanya sebatas pengakuan terhadap hak asasi manusia dalam konstitusi, tetapi diperlukan mekanisme perlindungan yang jelas untuk menjamin terlaksananya perlindungan tersebut. Oleh karena itu, *constitutional complaint* merupakan sesuatu yang urgen untuk diadopsi sebagai kewenangan MK.

## II. PEMBAHASAN

### A. URGENSI *CONSTITUTIONAL COMPLAINT* DI INDONESIA

Di dalam negara hukum modern yang demokratis, *constitutional complaint* merupakan upaya hukum untuk menjaga secara hukum martabat yang dimiliki manusia yang tidak boleh diganggu gugat agar aman dari tindakan kekuasaan negara. *Constitutional complaint* merupakan mekanisme gugatan konstitusional sebagai salah satu alat bagi perlindungan hak asasi manusia. *Constitutional complaint* memberikan jaminan agar dalam proses-proses menentukan dalam penyelenggaraan negara, baik dalam pembuatan perundang-undangan, proses administrasi negara dan putusan peradilan tidak melanggar hak-hak konstitusional.

*Constitutional complaint* menjadi upaya

hukum yang luar biasa dalam mempertahankan hak-hak konstitusional bagi setiap individu warga negara. Proses gugatan konstitusional ini merupakan wujud pengaduan masyarakat atas keberatan terhadap perilaku kinerja pemerintah terhadap rakyat, peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan yang dianggap bertentangan dengan hak asasi manusia yang diatur dalam konstitusi.

Sehubungan dengan itu pada prinsipnya, *constitutional complaint* merupakan metode untuk memperjuangkan agar hak-hak dasar seseorang tidak tercederai oleh tindakan negara. Dalam hal ini, *constitutional complaint* memiliki makna istimewa yaitu terkait dengan kedudukan manusia dalam sebuah negara. Setiap warga negara dalam negara hukum modern yang demokratis merupakan bagian dari pemilik kedaulatan dimana semua kekuasaan negara sesungguhnya berasal dari rakyat. Di dalam negara yang berkedaulatan rakyat, *constitutional complaint* menjadi semacam pengakuan bahwa rakyat adalah pemegang kedaulatan. Melalui *constitutional complaint* inilah kemudian warga negara sebagai bagian rakyat yang berdaulat diikutsertakan secara efektif dalam mekanisme kelembagaan negara terutama pada proses pengawasan terhadap lembaga-lembaga konstitusional melalui peradilan konstitusional. Dengan demikian hak dan martabat manusia diakui dan dilindungi secara efektif melalui sebuah kekuasaan peradilan konstitusional.

Indonesia merupakan negara hukum yang berkedaulatan rakyat atau demokratis, sekaligus negara demokratis yang berdasar hukum. UUD 1945 telah mengatur dan menjamin hak konstitusional warga negara. Pengaturan dan jaminan pengakuan hak asasi manusia antara lain dinyatakan dalam Pasal 27, 28 dan 29 UUD 1945. Secara kuantitas Pasal 28 UUD 1945 telah sangat akomodatif untuk mengakui dan menjamin hak-hak konstitusional warga negara. Tentu saja jaminan hak asasi manusia

tersebut berlaku untuk semua warga negara tanpa kecuali dan tanpa membedakan warga negara dengan unsur-unsur pembeda seperti suku, ras dan agama.

Selain dalam Bab Hak Asasi Manusia maupun ketentuan konstitusi yang dirumuskan dengan kata “hak”, kewajiban negara untuk menyediakan pendidikan dasar, prioritas anggaran pendidikan sebesar 20 persen dari APBN dan APBD (Pasal 34), atau kewajiban negara untuk menyediakan jaminan sosial, juga menimbulkan hak konstitusional bagi warga negara.

Pertanyaannya kini adalah, apakah hak-hak konstitusional yang sudah diakui dan dijamin oleh konstitusi tersebut telah benar-benar mendapat perlindungan dan telah disediakan upaya hukum yang cukup ketika hak itu dilanggar. Kasus Ahmadiyah yang terjadi di desa Cikeusik Padeglang Banten merupakan contoh kasus yang terkait dengan pelanggaran hak konstitusional yang berujung pada pembunuhan beberapa orang di hari minggu 6 Februari 2011 (<http://m.tempo.co/read/news/2011/02/06/179311441/Kronologi-Penyerangan-Jamaah-Ahmadiyah-di-Cikeusik>, akses 11 November 2013).

Kemudian terbitlah SKB 3 Menteri tentang Peringatan dan Pelarangan Aktivitas Jamaah Ahmadiyah Islam (JAI) tanggal 9 Juni 2008 yang ditandatangani oleh Menteri Agama, Jaksa Agung dan Menteri Dalam negeri (<http://sumut.kemenag.go.id/file/file/SKB/qecr1362680584.pdf>, akses 11 November 2013), hal tentunya bertentangan dengan hak konstitusional seperti yang diatur dalam Pasal 29 Ayat (2) UUD 1945 tentang kebebasan beragama. SKB ini kemudian di ujikan ke MK namun ditolak dengan pendapat bahwa dalil pemohon tidak tepat karena untuk menguji SKB bukan kewenangan MK (<https://sahanamyna.wordpress.com/2010/04/20/alasan-mk-menolak-uji-uu-penodaan-agama-2/>

diakses 11 November 2013). Terhadap SKB tersebut Mahfud MD berpendapat bahwa SKB tiga Menteri tentang pelarangan Jamaah Ahmadiyah itu tidak dapat digugat ke Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Agung maupun PTUN. Berikut pernyataan Mahfud MD tentang SKB tersebut: (<https://sahanamyna.wordpress.com/2010/04/20/alasan-mk-menolak-uji-uu-penodaan-agama-2/>, akses 11 November 2013)

*“Mahkamah Konstitusi tidak berwenang menilai SKB Ahmadiyah. Berdasarkan ketentuan Pasal 24 C UUD 1945, Mahkamah Konstitusi hanya berwenang melakukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Dibawa ke MA juga tidak tepat, karena SKB bukan peraturan perundang-undangan, sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 dan Jika diperkarakan ke PTUN juga kurang tepat karena SKB tersebut dapat dinilai sebagai peraturan bukan penetapan karena ada muatannya yang bersifat umum dan benar terjadi ketika ahmadiyah menggugat ke PTUN ditolak karena PTUN mengadili kasus yang bersifat individual konkrit.”*

Kasus berikutnya yaitu kasus Majalah Playboy Indonesia, dimana setelah melakukan penerbitan majalah ini pada tanggal 7 April 2006 di Indonesia pimpinan nya ditangkap dan terjadi pengrusakan bahkan pembakaran kantor Majalah Playboy di Jalan TB Simatupang Jakarta Selatan oleh Front Pembela Islam (FPI) (<https://m.tempo.co/read/news/2010/08/27/063274387/kasus-playboy-indonesia-dari-terbit-hingga-tutup-kontroversial>, akses 11 November 2013). Terkait kasus Majalah Playboy berkaitan dengan hak konstitusional yang diatur dalam Pasal 28E Ayat (3) UUD 1945 yang menegaskan bahwa setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.

Kasus tersebut merupakan contoh yang menunjukkan bahwa warga negara tidak

berpeluang mempertahankan dan memperjuangkan hak konstitusionalnya ketika dilanggar. Padahal dalam negara hukum yang demokratis, seperti yang diinginkan Indonesia dalam UUD 1945, harapan terselenggaranya kehidupan demokratis yang berdasar hukum (*rule of law*) dengan adanya jaminan perlindungan konstitusional. Perlindungan tersebut, bukan hanya sebatas jaminan dan pengakuan hak-hak konstitusional warga negara, tetapi juga diharapkan untuk menentukan pula cara prosedur untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak dasar tersebut.

Sehubungan dengan upaya perlindungan hak-hak konstitusional inilah *constitutional complaint* dapat dijadikan solusi dan mendapatkan tempat dalam upaya perwujudan negara demokratis yang berdasar hukum, sekaligus negara hukum yang demokratis. Dengan mengakomodir *constitutional complaint* ke dalam konstitusi, maka perlindungan hak-hak konstitusional akan memperoleh jaminan dan kepastian dalam pelaksanaannya, bukan sekedar normatif saja.

Perlindungan terhadap hak konstitusional adalah salah satu isu mendasar dalam konstitusi. Maka dari itu penulis mencoba mengungkapkan beberapa alasan mengapa *constitutional complaint* menjadi sesuatu yang sangat urgen dan perlu diadopsi dalam sistem ketatanegaraan Indonesia dan menjadi kewenangan dari MK.

*Pertama*, dilihat dari sisi sejarah, hak konstitusional merupakan hak dasar yang tidak hanya berhubungan dengan konstitusi melainkan merupakan bagian dari konstitusi. Hak konstitusional yang bermula dari konsep *individual rights* atau hak-hak individu yang diturunkan dari pemikiran hak-hak alamiah atau *nature rights* (Basu, 2003: 48-78). Ketika dituangkan dalam dan menjadi bagian dari konstitusi maka itu akan mengikat seluruh cabang kekuasaan negara. Taat dan patuh terhadap hak-hak -hak tadi merupakan sesuatu

yang harus dipaksakan. Salah satu bentuk pemaksaan itu adalah putusan pengadilan. *Constitutional Complaint* hadir di sini untuk mempertahankan hak-hak konstitusional yang dimiliki oleh warga negara. Di sisi lain fungsi MK sebagai pengawal konstitusi maka kewenangan untuk mengadili *Constitutional Complaint* seharusnya diberikan kepada MK.

*Kedua*, tidak adanya kewenangan MK untuk mengadili *Constitutional Complaint* menyebabkan tidak tersedianya upaya hukum melalui peradilan konstitusional untuk pelanggaran terhadap hak-hak konstitusional warga negara yang terjadi bukan karena inkonstitusionalitas norma Undang-Undang melainkan karena adanya perbuatan maupun kelalaian lembaga negara atau pejabat publik. Sementara semua upaya hukum yang tersedia berdasarkan sistem yang berlaku saat ini telah ditempuh oleh pihak pengadu atau pelapor. Salah satu akibatnya yang dapat kita lihat saat ini dimana banyak permohonan yang diajukan ke MK, yang secara substansial merupakan *Constitutional Complaint* dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*) dengan alasan MK tidak berwenang untuk mengadilinya (Faiz, <http://jurnalhukum.blogspot.com/2006/09/constitutional-complaint-dan-hak-asasi>, akses 23 Januari 2013: 2), menyatakan bahwa surat-surat maupun permohonan yang diterima oleh Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi selama tahun 2005, sedikitnya terdapat 48 surat ataupun permohonan yang dapat dikategorikan sebagai bentuk constitutional complaint atau sejumlah 3 (tiga) kali lipat permohonan judicial review pada tahun yang sama). Jika hal ini dibiarkan terus-menerus, maka jelas kontradiktif dengan gagasan negara hukum sebagai salah satu gagasan pokok yang mendasari dilakukannya perubahan terhadap UUD 1945.

*Ketiga*, dalam sistem yang berlaku saat ini, upaya hukum yang tersedia bagi warga negara untuk mempertahankan hak-hak

konstitusionalnya melalui proses peradilan konstitusional di MK hanyalah melalui mekanisme pengujian Undang- Undang terhadap Undang- Undang Dasar. Dengan kata lain, sistem yang berlaku saat ini mengasumsikan seolah- olah pelanggaran terhadap hak- hak konstitusional warga negara itu hanya terjadi jika pembentuk undang- undang yakni DPR bersama Presiden membuat undang- undang yang ternyata melanggar hak konstitusional warga negara. Padahal, sebagaimana telah diuraikan sebelumnya pelanggaran terhadap hak konstitusional warga negara tersebut tidak hanya terjadi karena kesalahan undang- undang tetapi juga karena perbuatan atau kelalaian pejabat publik. Keadaan demikian menjadi gejala akhir- akhir ini dimana mereka yang menganggap hak konstitusional mereka dilanggar mengajukan permohonan pengujian undang- undang padahal norma yang diuji padahal norma yang diuji sama sekali tidak mengandung materi muatan yang bersifat inkonstitusional atau mereka mencoba cara lain, yakni dengan membuat konstruksi hukum seolah- olah terjadi sengketa kewenangan antar lembaga dengan harapan hal itu dapat memulihkan kerugian dan atau kewenangan konstitusional yang mereka alami.

*Keempat*, tidak dimilikinya kewenangan mengadili *Constitutional Complaint* oleh MK juga kontradiktif dengan sejarah kelahiran gagasan MK. Lahirnya MK di samping untuk menegakkan prinsip negara hukum juga dilandasi keinginan yang kuat untuk memberikan perlindungan maksimum terhadap demokrasi dan hak- hak dasar warga negara. Pemberian kewenangan untuk mengadili perkara *Constitutional Complaint* kepada MK akan memberikan kontribusi pada upaya memperkuat penghormatan terhadap hak- hak dan kebebasan – kebebasan mendasar manusia mengintensifkan perlindungan terhadap hak-

hak tersebut dan mempetegas derajat konstitusionalnya.

## **B. PERKEMBANGAN *CONSTITUTIONAL COMPLAINT* DI INDONESIA**

Ditinjau dari sejarah pembentukan MK yang dituangkan dalam UUD ada satu perdebatan menarik yang menjadi topik bahasan dalam pembicaraan tentang kewenangan MK. Namun salah satu hal yang pasti adalah keinginan untuk membentuk MK didorong oleh gagasan mengejawantahkan fungsi pengujian konstitusional, khususnya pengujian konstitusionalitas Undang-Undang. Hal ini sudah mengemuka dalam sidang- sidang Panitia Ad hoc III (selanjutnya disingkat PAH) BP MPR tahun 1999. Fraksi- fraksi di MPR saat itu berpendapat banyak terdapat undang- undang yang bertentangan dengan UUD sementara mekanisme untuk melakukan koreksi terhadap Undang- Undang tersebut melalui pengujian di Peradilan akan kesesuaiannya dengan UUD tidak ada. Oleh karena itu ada lembaga yang memiliki kewenangan untuk melakukan fungsi itu sudah dirasakan sebagai kebutuhan (Palguna, 2013: 561).

Dorongan kearah pembentukan lembaga demikian makin menguat dengan telah melembaganya kesadaran akan pentingnya perlindungan yang nyata terhadap HAM yang dikonsepsikan sebagai hak konstitusional. Suara- suara tentang perlunya perlindungan yang nyata terhadap HAM dengan membentuk MK yang tadinya lebih banyak hidup dalam kesadaran kelompok organisasi non pemerintahan saat ini telah pula menjadi bagian dari mereka yang duduk di Lembaga Negara khususnya DPR dan MPR

Selanjutnya dalam perkembangan perdebatan mengenai kewenangan MK salah satu yang secara eksplisit mengusulkan agar MK yang akan dibentuk itu diberi wewenang *Constitutional Complaint* adalah Fraksi PDIP namun istilah

yang digunakan adalah “gugatan yang berdasarkan Undang- Undang Dasar”. Usulan tersebut dikemukakan sebagai pendapat akhir Fraksi pada Rapat pleno ke 41 PAH I BP MPR. Dalam usulan tersebut dikatakan antara lain:

Pasal berikutnya atau pasal 29 dalam usulan kami:

Ayat (1) Di dalam lingkungan Mahkamah Agung dibentuk Mahkamah Konstitusi;

Ayat (2) MK memiliki kewenangan untuk menguji Undang- Undang dan peraturan – perundangan di bawah Undang- Undang; memberi pertimbangan kepada DPR dalam hal DPR hendak meminta persidangan MPR mengenai laporan perilaku presiden yang mengkhianati negara dan / atau merendahkan maratabat lembaga kepresidenan; memberi keputusan akhir mengenai putusan pembubaran suatu partai politik; memberi putusan apabila terdapat perselisihan antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah otonom; memberikan putusan atau gugatan yang berdasarkan UUD.... (Risalah Rapat Pleno ke 41 Panitia Ad Hoc I Badan Pekerja MPR 2000, 8 Juni 2000: 24-25). Yang dimaksudkan dengan gugatan berdasarkan UUD substansinya tidak lain adalah *Constitutional Complaint*.

Namun usulan ini kemudian tidak diteruskan karena dua alasan: Pertama, ada kekhawatiran apabila kewenangan memutus *Constitutional Complaint* itu diberikan kepada MK akan segera terjadi penumpukan perkara. Kedua karena masih merupakan hal baru, dikhawatirkan akan ada tumpah tindih dengan kewenangan pengadilan dalam lingkungan perdilan umum (misalnya apakah MK juga memutus persoalan penentuan ganti kerugiannya dalam perkara *Constitutional Complaint* itu.

Sementara dalam diskusi dalam tim internal PDIP, selaku fraksi yang mengusulkan agar kewenangan itu diberikan kepada MK, pembahasan mengenai kewenangan untuk

memutus “gugatan berdasarkan UUD atau *Constitutional Complaint* itu disepakati untuk tidak diteruskan setelah ketua tim Jacob Tobing memaparkan pengalaman MK afrika Selatan dan MK Jerman.

Di Afrika Selatan di mana terdapat kemungkinan bahwa putusan MA Afrika Selatan dapat dibatalkan oleh MK melalui mekanisme gugatan atas dasar konstitusi (istilah yang digunakan pada saat itu) sehingga timbul semacam ketidak pastian hukum juga. Sedangkan pengalaman Jerman yang menurut informasi saat itu, menerima perkara *Constitutional Complaint* rata-rata 6 ribu perkara pertahun ikut memberikan andil bagi diambilnya keputusan internal untuk tidak meneruskan usulan itu dengan alasan bahwa kita belum siap ((Risalah Rapat Pleno ke 41 Panitia Ad Hoc I Badan Pekerja MPR 2000, 8 Juni 2000: 563).

Sebagaimana telah diketahui, dalam UUD 1945 telah dinyatakan secara tegas bahwa Indonesia adalah negara hukum yang kemudian diikuti dengan pembentukan MK, maka secara teoritik pada saat itu sesungguhnya adanya mekanisme *Constitutional Complaint* telah menjadi kebutuhan teoritik. Sebab satu hal yang pasti adalah bahwa setiap negara hukum senantiasa menempatkan konstitusi sebagai bagian dari hukum tertinggi dan didalam konstitusi terdapat salah satu bagian yang sangat fundamental yakni HAM.

Terkait dengan mekanisme *constitutional complaint* setiap tahunnya terhadap surat-surat maupun permohonan yang diterima oleh Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi sejak tahun 2005, sedikitnya terdapat 48 surat ataupun permohonan yang dapat dikategorikan sebagai bentuk *constitutional complaint* atau sejumlah 3 (tiga) kali lipat permohonan *judicial review* pada tahun yang sama (Faiz, <http://jurnalhukum.blogspot.com/2006/09/constitutional-complaint-dan-hak-asasi>, akses 23 Januari

2013: 2).

Melihat dari kenyataan di Indonesia kita dapat melihat bahwa *Constitutional Complaint* merupakan suatu yang urgen karena masalah dan pelanggaran terhadap hak konstitusional warga negara tengah marak terjadi dan tidak ada lembaga peradilan manapun yang dapat memutuskan sengketa ataupun masalah ini. Sehingga wacana yang pernah dilemparkan oleh fraksi PDIP dalam pembahasan kewenangan MK oleh MPR perlu dihidupkan kembali dan dimaknai sebagai suatu yang harus ada di negara Indonesia.

Di samping itu perlu juga dicermati mengenai pembentukan kewenangan Mahkamah Konstitusi, bahwa ide untuk memasukkan mekanisme *constitutional complaint* ini juga dilontarkan oleh Komisi Konstitusi setelah proses perubahan keempat UUD 1945 disahkan. Mengenai draft tandingan oleh Komisi Konstitusi, diusulkan bahwa dalam pasal 24 ayat (1) hasil perubahan ketiga UUD 1945 ditambah dengan kewenangan *constitutional complaint*. Adapun draf tandingan tersebut dapat dilihat sebagai berikut (Laksono, Jurnal Konstitusi, vol. 4 nomor 4, Desember 2007: 138):

- a. Kewenangan Mahkamah Konstitusi hasil amandemen yaitu: 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.
- b. Kewenangan Mahkamah Konstitusi hasil draft Komisi Konstitusi yaitu: 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 dan memutus pengaduan pelanggaran hak konstitusional warga negara.

### **Impikasi Hukum diadopsinya *Constitutional Complaint* di Indonesia**

Implikasi hukum yang paling akan sangat memberikan dampak yakni berkaitan dengan tugas dan wewenang MK. MK sepatutnya memiliki kewenangan *constitutional complaint*, sebab kedudukan MK akan menjadi keluar dari tujuan didirikannya apabila tetap berpegang teguh pada *constitutional review*.

Karena setiap produk dari lembaga negara diluar legislatif, tindakan pejabat publik dan putusan final pengadilan umum yang melanggar hak-hak konstitusional warga negara tidak akan dapat ditindak oleh MK. Bukankah tujuan didirikannya MK tidak semata-mata untuk melindungi warga negara dari tindakan sewenang-wenang negara yang selalu dijemakan dalam produk hukum (legislasi), tapi pada dasarnya sebagai penjaga dan pelindung konstitusi. Sehingga seharusnya setiap pelanggaran konstitusi, baik dalam bentuk peraturan perundang-undangan maupun dalam bentuk tindakan dan kebijakan pejabat publik, dapat dimohonkan penyelesaiannya kepada MK.

Di lain sisi, upaya hukum pengaduan konstitusional melalui *judicial review* terlalu prosedural dan tidak secara langsung mengena pada pelanggaran konstitusional. Seseorang yang merasa haknya terlanggar oleh perbuatan pejabat publik harus terlebih dahulu mengajukan pembatalan peraturan perundang-undangan terkait sebelum memperoleh justifikasi bahwa haknya memang telah dilanggar oleh perbuatan pejabat publik dan

putusan final pengadilan umum.

Padahal hemat penulis, suatu pelanggaran hak-hak konstitusional seharusnya dapat langsung dituntut tanpa membatalkan peraturan perundang-undangan bersangkutan terlebih dahulu. Tentu saja dengan menggunakan konstitusi sebagai batu ujinya. Lagi pula tidak semua pelanggaran konstitusi bersumber dari terlanggarnya hak-hak konstitusional dari diberlakukannya suatu undang-undang.

Hal tersebut karena, bisa jadi suatu undang-undang telah sesuai dengan konstitusi, akan tetapi tindakan pejabat publik dalam menjalankan maksud dari undang-undang tersebut melanggar hak-hak konstitusi masyarakat.

Dengan demikian, kebutuhan akan instrumen perlindungan hak-hak konstitusi berupa *constitutional complaint* seharusnya berangkat dari empat kesadaran. *Pertama*, kesadaran akan adanya suatu tindak pelanggaran hak-hak konstitusional yang dilakukan oleh *state apparatus*.

*Kedua*, kesadaran akan adanya suatu pelanggaran hak-hak konstitusional yang merupakan akibat dari dikeluarkannya suatu putusan pengadilan umum. *Ketiga*, kesadaran bahwa dengan tidak diaturnya atau dikeluarkannya suatu peraturan perundang-undangan akan melanggar hak-hak konstitusional. *Keempat*, pengakuan terhadap MK sebagai pelindung konstitusi. Dengan kesadaran tersebut, mekanisme *constitutional complaint* niscaya dan mutlak diperlukan.

Kewenangan MK untuk memutus *constitutional complaint* saat ini masih terkendala karena kewenangan tersebut masih belum termuat secara eksplisit di dalam UUD 1945. Tetapi dengan mengingat pentingnya perlindungan terhadap hak konstitusional warga negara, maka fungsi MK sebagai lembaga pengawal konstitusi dipandang perlu memiliki kewenangan *constitu-*

*tional complaint*. Selama ini salah satu kewenangan MK adalah menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945 (*Judicial review*), yang berarti hanya sebatas pelanggaran hak konstitusional warga negara dalam bentuk undang-undang.

Ketentuan yang mengatur mekanisme *constitutional complaint* di Indonesia belum termuat secara eksplisit di konstitusi, artinya tidak tertulis dalam UUD 1945. Namun secara tersirat terkandung adanya hak-hak konstitusional warga yang dilindungi oleh negara. Sehingga bagi setiap warga negara yang merasa hak-hak konstitusionalnya dilanggar oleh tindakan penguasa dapat mengajukan perkara kepada lembaga peradilan yang berwenang, dalam hal ini adalah MK (sesuai fungsinya sebagai pengawal konstitusi). Hal tersebut terkait erat dengan teori pembangunan hukum responsif, yakni teori yang menyatakan bahwa bingkai hukum pada prinsipnya harus partisipatif, serta berisi nilai-nilai yang tepat berdasarkan asas-asas hukum yang berkembang dalam masyarakat.

### III. SIMPULAN

Berdasarkan uraian dan pembahasan diatas maka kesimpulan yang dapat ditarik yaitu keberadaan *constitutional complaint* sebagai kewenangan Mahkamah Konstitusi sudah merupakan sebuah kebutuhan yang mendesak dan sangat urgen untuk diberlakukan dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia. *Constitutional complaint* bukan merupakan hal baru di Indonesia karena *constitutional complaint* sudah pernah diwacanakan sebagai salah satu kewenangan MK pada saat Rapat pleno Pembentukan MK dan juga oleh Komisi Konstitusi melalui draft tandingan terkait kewenangan MK. Sehingga dengan demikian jika kewenangan *constitutional complaint* bagi MK diadopsi maka implikasi hukumnya adalah terciptanya perlindungan Hak Asasi warga

negara Indonesia dari tindakan aparat  
Pemerintah ataupun oknum yang mencederai  
Hak Asasi warga Negara dan pengakuan  
terhadap MK sebagai pengawal Konstitusi.

## DAFTAR PUSTAKA

- Assidique, Jimly. 2005. *Konstitusi dan Konstitusionalisme*. Jakarta: Konpress
- Durga Das Basu, 2003. *Human Rights In Constitutional Law*. Wadhwa and Company, New Delhi
- Laksono Fadjar, Meretas Constitutional Complaint ke dalam UUD 1945: Menuju Konstitusi yang Lebih Demokratis, *Jurnal Konstitusi*, vol. 4 nomor 4, Desember 2007
- Mahfud MD, Mohammad. 2003. *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*. Jakarta: Rineka Cipta
- Mohamad Faiz, Pan, <http://jurnalhukum.blogspot.com/2006/09/constitutional-complaint-dan-hak-asasi>. *Menabur Benih Constitutional Complaint*
- Palguna, ID Gede. 2013. *Pengaduan Konstitusional upaya hukum terhadap pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara*, Jakarta: Sinar Grafika
- Risalah Rapat Pleno ke 41 Panitia Ad Hoc I Badan Pekerja MPR 2000
- Thaib, Dahlan dkk. 2011. *Teori dan Hukum Konstitusi*, Jakarta: Raja Grafindo Perkasa
- Surat Keputusan Bersama Tiga Menteri tentang Pelarangan Jamaah Islam Ahmadiyah <http://sumut.kemenag.go.id/file/file/SKB/qecr1362680584.pdf>
- <http://m.tempo.co/read/news/2011/02/06/179311441/Kronologi-Penyerangan-Jamaah-Ahmadiyah-di-Cikeusik>
- <https://m.tempo.co/read/news/2010/08/27/063274387/kasus-playboy-indonesia-dari-terbit-hingga-tutup-kontroversial>
- [http://www.hukumpedia.com//SKB 3 Menteri tentang ahmadiyah bukan kewenangan MK diakses tanggal 23 Januari 2013](http://www.hukumpedia.com//SKB%203%20Menteri%20tentang%20ahmadiyah%20bukan%20kewenangan%20MK%20diakses%20tanggal%2023%20Januari%202013)
- Peraturan Perundang-undangan dan Putusan Pengadilan  
Undang- Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945  
Undang- Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi  
Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 002/SKLN-IV/2006  
Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 004/SKLN-IV/2006

*Dr. Martinus Sardi, MA.*

Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, Jl. Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul, Yogyakarta. E-Mail: msardi123@gmail.com

# Membangun Budaya Hak-Hak Asasi Manusia

Naskah Masuk: 3 Januari 2016 // Naskah Diterima: 8 Maret 2016

DOI: 10.18196/jmh.2015.0073.121-127

## **ABSTRACT:**

The violations of Human Rights remain spread in all over the world until now. There are violations of Human Rights in all the countries in this universe. It is not possible to find a country, which free from this violation. It is very terrible, such as the professional killing and systematic murder. It will cause to grow the culture of dead. This culture does not respect on the human life. The professional killing and systematic murder are real social fact, which are not distinct and justly resolved. This criminal actions will grow more terrible, if the official organs of the government provoke and take apart in this matter, do not want to obstacle and stop them, although they are capable to do it. The culture of Human Rights can be built, if the culture of life has been respected, the people, especially the organ of the government takes care and respect to Human Rights and promote them as well as possible. So the human life will grows to the directions of the welfare for the people and more civilized. If the people develop the culture of Human Rights, the human civilizations will grow for respect them. We have task to develop the culture of Human Rights.

Key Words: Human Rights, Violations of Human Rights, Culture of Human Rights, Culture of Life and Death.

## **ABSTRAK**

Sampai saat ini pelanggaran HAM masih terjadi hampir di seluruh dunia. Di semua Negara terjadi pelanggaran HAM, tiada satu Negara

pun di bumi ini yang bebas dari pelanggaran HAM. Pelanggaran HAM yang begitu mengerikan adalah pembunuhan atau penghilangan nyawa secara sistematis dan disengaja. Pembunuhan yang demikian itu akan melahirkan apa yang biasanya diistilahkan dengan budaya kematian. Budaya kematian itu menunjukkan bahwa kehidupan ini tidaklah dihargai. Tiada respek akan kehidupan manusia. Pembunuhan terjadi di mana-mana, tanpa penyelesaian yang pasti dan jelas. Tindak kejahatan ini akan semakin mengerikan, bila penguasa atau organ Negaralah yang memerintahkan atau ikut terlibat di dalamnya, atau tidak mau menghentikannya, sekalipun mereka itu mampu. Budaya HAM akan dapat dibangun bila budaya kehidupan mulai diperhatikan, dipelihara dan dikembangkan dengan baik. Dengan demikian kehidupan manusia ini akan semakin sejahtera dan beradab. Semakin budaya HAM ini berkembang, peradaban manusia akan semakin berkembang juga, sebaliknya bila pelanggaran HAM tidak ditangani secara serius dan profesional, kehidupan manusia akan semakin biadab. Kata-kata Kunci: Hak-Hak Asasi Manusia, Pelanggaran HAM, Budaya HAM, Budaya Kehidupan dan Kematian.

## **1. PENDAHULUAN**

Kalau kita mencermati berbagai laporan tahunan keadaan Hak Asasi Manusia (HAM) di

negara kita, ternyata Negara kita masih belum bebas dari adanya pelanggaran HAM. Pelanggaran HAM dalam berbagai bentuk, secara khusus pembunuhan atau penghilangan nyawa secara sengaja, masih terjadi di Negara kita dan banyak yang belum diselesaikan secara tuntas. Hampir setiap hari terjadi pelanggaran HAM, dan tidak jarang penghilangan nyawa secara sengaja. Seolah tiada hari tanpa pelanggaran HAM (Bdk. Ana Filipa Vrdoljak, 2012, 163-188, Geoffrey Robertson QC, 2010, Martinus Sardi, 2014, 31-40, Raoy Gutman dan David Rieff (eds), 1999, US Department of the States, 2015, 6-14). Penghargaan dan respek akan hidup manusia masih jauh dari sempurna. Dalam situasi yang demikian ini sangatlah penting untuk menggagas adanya grand design untuk membangun Budaya HAM (Bdk. Jeremy Sarkin, 1998, 628-665, Martinus Sardi, 2015, 451-457).

Budaya HAM akan terbangun bila budaya kehidupan itu dipelihara dengan baik, dan pelanggaran HAM semakin mengecil. Kematian para pejuang HAM dan kemanusiaan, misalnya Munir yang tragis merupakan tanda bahwa budaya kehidupan belumlah terbangun. Budaya kematian masih menyelimuti berbagai komponen kekuasaan negara kita. Kematian Munir dan banyak pejuang HAM dan kemanusiaan di Negeri ini telah meninggalkan luka yang menganga dan wajah pelaksanaan HAM kita masih perlu perjuangan selanjutnya. Budaya kematian atau dengan penghilangan nyawa yang secara profesional, sistematis dan terencana tanda bahwa di negara kita ini belum tertanam dan mengakar adanya budaya kehidupan. Membunuh sesama manusia, terutama mereka yang dianggap kritis terhadap penguasa, vokal dan menyuarakan kebenaran dan keadilan, bagaikan menyembelih ayam potong saja. (Bdk. Ana Filipa Vrdoljak, 2012, 163-188, Geoffrey Robertson QC, 2010, Martinus Sardi, 2014, 31-40, Raoy Gutman dan

David Rieff (eds), 1999, US Department of the States, 2015, 6-51).

Sungguh suatu fakta yang sulit dipungkiri. Kematian Munir yang tidak kunjung terungkap secara transparan, siapa pelaku sebenarnya merupakan kekalahan organ negara kita dalam menegakkan HAM dan membangun budaya kehidupan. Organ negara yang seharusnya berkompeten mengungkap setuntas-tuntasnya tragedi kematian Munir, menjadi macet dan tidak mampu. Orang boleh bertanya, kalau kasus yang begitu resent atau baru saja tidak dapat diungkap secara tuntas, bagaimana mungkin organ negara kita dapat menangani berbagai kasus yang sudah lama di masa lalu dan lebih kompleks? Sungguh suatu yang pantas disayangkan. Ataukah organ negara kita tidak mau mengungkapnya secara tuntas?(Bdk. Daniel Jonah Goldhagen, 2007, Franciszek Piper dan Teresa Swiebocka, 2005, Geoffrey Robertson QC, 2010).

Yang jelas, dengan adanya berbagai tragedi kematian, khususnya karena penghilangan nyawa secara sengaja di negara ini, dapatlah dinyatakan bahwa budaya kematian masih meraja-lela di Indonesia. Budaya kematian belum hilang di bumi kita ini. Mungkinkah budaya kematian dengan ciri khas penghilangan nyawa seperti itu akan musnah dari bumi Indonesia ini? Kalau semua organ negara kita dan setiap warga masyarakat berkehendak baik mencintai kehidupan, kita yakin bahwa budaya kematian akan berakhir dan budaya kehidupan akan berkembang. Budaya kehidupan seharusnya mengalahkan budaya kematian. Di situlah awal tumbuhnya nilai-nilai kemanusiaan, HAM akan semakin berkembang dengan baiknya, keamanan manusia akan terjamin, dan selanjutnya budaya HAM dapat dibangun di Negara kita (Bdk. Ana Filipa Vrdoljak, 2012, 163-188, Candra Gautama dan B.N Marbun (ed), 2000, Barry Buzan, 1991, Martinus Sardi, 2003, 207 - 219).

Berdasarkan uraian tersebut di atas dapatlah dirumuskan permasalahan yang perlu digali: Bagaimanakah Budaya Hak Asasi Manusia itu harus dibangun di Negara kita?

## **2. PERLINDUNGAN DAN PEMAJUAN HAK-HAK ASASI MANUSIA**

Deklarasi Vienna tahun 1993, hasil dari Konferensi dunia yang diadakan Perserikatan Bangsa-Bangsa, mencanangkan suatu program dan aksi serta agenda untuk bertindak berkenaan dengan Perlindungan dan Pemajuan Hak-Hak Asasi Manusia. Sebab pelanggaran HAM sangatlah memprihatinkan. Dalam Deklarasi Vienna ini antara lain dinyatakan, “Konferensi Dunia Hak Asasi Manusia menyatakan keprihatinan yang sangat terhadap pelanggaran Hak Asasi Manusia yang terus terjadi di semua tempat di dunia, yang dilakukan tanpa menghargai standar yang terkandung dalam instrumen Hak Asasi Manusia internasional dan hukum kemanusiaan internasional, serta terhadap kurangnya bantuan yang memadai dan efektif untuk para korban. Konferensi Dunia Hak Asasi Manusia sangat prihatin terhadap pelanggaran Hak Asasi Manusia yang terjadi pada saat konflik bersenjata berlangsung, yang berpengaruh terhadap masyarakat sipil terutama perempuan, anak, mereka yang lanjut usia dan para penyandang cacat...”. (Deklarasi Vienna, no. 20) Banyak pihak yang tidak mematuhi hukum internasional dan bertindak tidak manusiawi. Akibatnya pelanggaran HAM terjadi terus-menerus tiada hentinya. Oleh karena itu pantaslah kalau, “Konferensi Dunia Hak Asasi Manusia juga mengutuk dan menyatakan kekhawatirannya atas pelanggaran berat yang sistematis dan keadaan yang menyebabkan hambatan serius bagi penerapan semua Hak Asasi Manusia secara seutuhnya yang terus berlangsung di berbagai tempat di dunia. Pelanggaran dari hambatan tersebut antara lain

penyiksaan, perlakuan atau hukuman yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat, eksekusi kilat dan sewenang-wenang, penahanan orang-orang, penahanan yang sewenang-wenang, semua bentuk rasisme, diskriminasi rasial dan apartheid, pendudukan oleh bangsa lain dan dominasi asing, xenofobia, kemiskinan, kelaparan. dan pengingkaran lainnya terhadap hak ekonomi, sosial dan budaya, tidak adanya toleransi beragama terorisme, diskriminasi terhadap perempuan dan juga tidak adanya norma hukum. (Deklarasi Vienna, no. 30). Pelanggaran HAM yang paling mengerikan adalah pembunuhan atau penghilangan nyawa yang sengaja, sistematis dan professional. Sungguh sangat mengerikan (Bdk. Ana Filipa Vrdoljak, 2012, 163-188, Barry Buzan, 1991, Candra Gautama dan B.N Marbun (ed), 2000, Martinus Sardi, 2003, 207 – 219, Geoffrey Robertson QC, 2010).

Hak-hak Asasi Manusia dalam segala situasinya bagaimana pun juga haruslah mendapat perlindungannya dari pihak pemerintah dan harus diperjuangkan oleh semua pihak. Perlindungan dan Perjuangan untuk mengimplementasikan HAM dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara akan mengarahkan adanya pemenuhan HAM bagi warganya. Pelanggaran HAM akan semakin dikurangi, dan sedapat mungkin diatasi oleh semua pihak, terutama oleh organ Negara yang resmi dan masyarakat sipil. Perjuangan HAM merupakan perjuangan kemanusiaan dan dilaksanakan demi tercapainya pemenuhan HAM bagi semua manusia yang hidup di dunia ini. Dengan demikian nilai manusia manusia dan martabatnya akan semakin dijunjung tinggi dan dihargai. Pelanggaran terhadap HAM dan pelecehannya akan semakin dikikis habis.

Dengan adanya pelanggaran HAM itu, harga diri manusia benar-benar dihina, dilecehkan dan begitu direndahkan, apalagi pelanggaran itu berupa penghilangan nyawa secara sengaja,

sistematis dan professional. Tindakan itu dapat dikatakan sebagai tindakan yang biadab, bagaikan peradaban manusia sudah tidak ada lagi. Dalam rangka itu, Konferensi dunia yang diselenggarakan di Vienna, Austria tahun 1993 itu mengajak semua pihak terutama pemerintah Negara untuk ikutserta masyarakat dunia mengkikis habis pelanggaran HAM, dengan melindungi semua warganya dan mempromosikan HAM dalam situasi apapun juga. HAM tidaklah boleh dihina dan dilecehkan oleh siapapun juga, terutama oleh mereka yang memegang kekuasaan Negara dan pemerintah. Kalau HAM semakin mendapat perlindungannya, dan penuhan seutuhnya HAM itu akan terlaksana, maka budaya HAM kiranya akan dapat dibangun. Budaya HAM sungguh sangat penting dikembangkan di jaman sekarang ini demi generasi yang mendatang agar semakin respek akan hidup manusia yang seutuhnya (Bdk. Georg Lehmann, 1998, Jeremy Sarkin, 1998, 628-665, Martinus Sardi, 2012, 71 - 92).

### **3. DARI INSTRUMEN HAM KE BUDAYA HAM**

Dalam rangka melindungi rakyat serta hak-haknya, Pemerintah bersama dengan Dewan Perwakilan Rakyat haruslah meratifikasi berbagai instrument hukum internasional dengan membuat undang-undang yang bertujuan mau menjamin hak-hak asasi manusia itu. Kebanyakan ratifikasi dari pihak Indonesia merupakan ratifikasi telanjang atau ratifikasi yang kurang mau melindungi kesejahteraan rakyat dan mau menghindar dari tuntutan hukum internasional. Kita dapat mengambil contoh mengenai bagaimanakah hak-hak asasi anak harus dilindungi. Terhadap perhatian akan hak-hak asasi anak ini benar-benar kelihatan bahwa negara Indonesia tidak mau adanya tuntutan standard internasional dalam ratifikasi hukum internasional, khususnya mengenai perlindungan hak-hak asasi anak. Ratifikasi yang

seharusnya dilaksanakan dalam bentuk Undang-Undang yang pasti jaminannya, oleh Pemerintah Indonesia ratifikasi itu dilaksanakan dalam bentuk Keputusan Presiden Soeharto. Memang keputusan Presiden itu juga dapat dipakai sebagai tata aturan untuk meratifikasi hukum internasional. Tampaknya suatu hukum internasional ditanggapi dengan keputusan Presiden, yang sama sekali tidak memberikan jaminan atau perlindungan pada hak-hak asasi anak, sebaliknya malah mau melepaskan diri dari tanggungjawab pada tuntutan internasional (Bdk. Ana Filipa Vrdoljak, 2015, Martinus Sardi, 2012, 71 - 92, Satjipto Rahardjo, 2005, 217 - 226).

Sehubungan dengan jaminan perlindungan terhadap kesejahteraan rakyat, Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak-Hak Asasi Manusia juga kurang memberikan garansinya di negara kita. Karena kalau hak-hak asasi manusia itu dilanggar, apakah sanksi pidana pelanggaran itu? Dan apakah para korban pelanggaran hak asasi manusia itu dilindungi oleh hukum hak asasi manusia yang pasti? Serta bagaimanakah para korban pelanggaran hak asasi manusia itu dilindungi dan dapat mencari perlindungan? Instrumen hukum atau sarana yuridis yang pasti mengenai hal ini tidaklah tegas secara transparan bagi rakyat Indonesia. Hal ini berbeda jauh sekali dengan warga Uni-Eropa yang kalau merasa diri hak-hak asasinya dilanggar, mereka bahkan secara pribadi dapat mengajukan ke pengadilan Hak Asasi Manusia di Strasbourg, Prancis. Memang dalam Undang-Undang mengenai Hak-Hak Asasi Manusia secara jelas dideretkan hak-hak asasi manusia Indonesia, akan tetapi bagaimanakah dan dengan cara apakah hak-hak asasi itu benar-benar mendapat perlindungan yang pasti? Juga dalam Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia di negara kita tidaklah berisikan suatu jaminan apapun terhadap kesejahteraan rakyat.

Pengadilan Hak-Hak Asasi Manusia hanya mengatur bagi pelanggaran hak-hak asasi yang berat saja (kejahatan genosaid dan kejahatan melawan kemanusiaan), sedangkan pelanggaran hak-hak asasi biasa tidaklah mendapat yurisdiksinya dalam Pengadilan HAM. Dengan demikian perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia tetaplah menjadi persoalan aktual yang harus segera diselesaikan di Indonesia, paling tidak dari segi yuridis-praktis. Perlindungan hak-hak asasi biasa bagaimana pun juga haruslah ada, demi kesejahteraan rakyat. Persoalannya ialah bagaimana dan ke manakah orang-orang yang menjadi korban pelanggaran hak-hak asasi biasa - artinya tidak tergolong pelanggaran yang berat - dapat mengadu dan mencari keadilan? Jaminan dan garansi untuk hal itu masih belum ada, dan belum tercakup dalam Undang-Undang tentang pengadilan Hak-hak Asasi Manusia. Pelanggaran HAM yang biasa saja digolongkan dalam pelanggaran dalam yurisdiksi pengadilan pidana biasa, dan bukan dalam yurisdiksi pengadilan HAM (Bdk. Muladi (ed.), 2005, 99-110, Sunarto, 137-148).

Dari berbagai instrumen HAM baik nasional maupun internasional yang disahkan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa, mau menunjukkan bahwa rakyat itu seharusnya memperoleh dan menikmati HAMnya dan sekaligus juga mempunyai kesempatan untuk mengembangkannya semaksimal mungkin (Bdk. Ana Filipa Vrdoljak, 2012, 163-188, Candra Gautama dan B.N Marbun (ed), 2000, Geoffrey Robertson QC, 2010, Georg Lehmann dan Stefan Gosepath, Suhrkamp (ed.), 1998)

Pengembangan HAM dan perlindungan terhadapnya sebagaimana dicanangkan oleh Deklarasi Viena tahun 1993 dan Deklarasi Millenium tahun 2000 haruslah mampu untuk menciptakan budaya HAM. Budaya HAM dapat lahir dimulai dengan respek terhadap kehidupan dan hak-hak yang terkait dengannya. Hak-Hak dasar yang tidak boleh dilecehkan

antara lain hak hidup, mengembangkan diri, pengakuan di hadapan hukum, non diskriminasi, privacy, hak milik, kebebasan beragama, keamanan, kedamaian, keluarga, dls. haruslah dipromosikan sedemikian rupa, sehingga setiap orang tahu, sadar dan siap sedia untuk mengembangkannya serta respek terhadapnya. Hal ini akan menjadi lebih lengkap dengan dipromosikannya keamanan manusia. (Bdk. Barry Buzan, 1991, Candra Gautama dan B.N Marbun (ed), 2000, Geoffrey Robertson QC, 2010, Jeremy Sarkin, 1998, 628-665, Martinus Sardi, 2015, 451-457).

Bila kita memperhatikan studi tentang keamanan, mula pertama yang menjadi fokus adalah keamanan negara atau keamanan dari sudut militer, lalu dengan berkembang arah globalisasi, keamanan dilihat paling tidak dari lima sudut pandang military security, political security, economic security, societal security, dan environmental security. Keamanan negara itu penting, tetapi arah keamanan manusia itu menjadi fokus dari HAM. HAM mau menekankan betapa pentingnya manusia itu memperoleh hak-haknya, khususnya rasa aman, damai dan tenteram, tanpa adanya ancaman apapun dari siapapun juga. Berbagai instrumen HAM memang menekankan betapa pentingnya nilai hidup manusia itu dan harus mendapat perlindungannya yang pasti. HAM justru akan berkembang dengan baiknya, bila keamanan manusia itu diberi tempatnya yang layak. Dengan demikian budaya HAM itu akan berkembang. Budaya HAM akan berkembang dengan kerjasama semua pihak untuk mempromosikan dalam segala aspeknya, dan melanggar HAM haruslah dinilai sebagai tindakan yang tidak beradab (Bdk. Ana Filipa Vrdoljak, 2012, 163-188, Barry Buzan, 1991, Candra Gautama dan B.N Marbun (ed), 2000, Geoffrey Robertson QC, 2010, Martinus Sardi, 2012, 71 - 92, Satjipto Rahardjo, 2005, 217 - 226).

#### **4. BUDAYA HAM DAN KEAMANAN MANUSIA DALAM NEGARA YANG DEMOKRATIS**

Budaya HAM haruslah diciptakan dan mulai tertanam di negara kita. Dan hal ini akan menjadi nyata dengan dimulainya respek akan hak hidup manusia. Itu berarti keamanan manusia terjamin. Hidup manusia tidaklah boleh diancam, ditekan atau pun dilecehkan. Pelanggaran HAM haruslah semakin dikikis habis, apalagi penghilangan nyawa secara sengaja, sistematis dan profesional. Hak-hak Asasi Manusia tidaklah boleh dilecehkan oleh siapapun juga. Hak-hak Asasi Manusia haruslah menjadi titik sentral pelaksanaan demokratisasi. Demokrasi berarti pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat. Dengan demikian sovranitas kekuasaan itu di tangan rakyat. Rakyat berkuasa. Kekuasaan rakyat itu dapat dalam bentuk perwakilan dalam pemerintahan, parlemen ataupun dalam kontrol terhadap siapapun yang memegang kekuasaan itu sendiri (Kurt Tudyka, 1992, 4-13}. Dalam era demokrasi, perjuangan hak-hak asasi manusia, perlindungan, pengembangan dan pemajuannya tidaklah boleh dihalangi, dan hak-hak asasi itu sendiri mendapat jaminannya dari hukum yang adil dan pasti.

Negara yang menganut demokrasi itu mau menjamin dan melindungi rakyatnya. Dalam kenyataannya demokrasi, yang berarti “kuasa itu dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat” tetaplah jauh dari kenyataan. Negara diselenggarakan dan dikuasai oleh suatu pemerintah yang pada umumnya belum mampu memperhatikan kepentingan dan kesejahteraan rakyat, termasuk di dalamnya keadilan. Dalam rangka itu, Deklarasi Vienna mau mengajak betapa pentingnya adanya suatu demokratisasi yang disertai dengan pembangunan dan respek akan hak-hak asasi manusia serta kebebasan yang dasariah, yang semuanya itu saling tergantung dan saling mempengaruhi satu sama

lain. Demokrasi haruslah merupakan suatu dasar dari adanya kebebasan bagi rakyat untuk menyatakan pendapatnya dalam bidang politik, ekonomi, sosial dan sistem budaya, dan rakyat yang sama itu diberi kesempatan untuk ikut ambil bagian secara aktif dalam menyelenggarakan kekuasaan. Kekuasaan ada di tangan rakyat dan dilaksanakan oleh rakyat dengan berbagai dimensinya. Rakyat tidaklah boleh dijadikan korban pelanggaran hak-hak asasi mereka, tetapi dijadikan sebagai subyek dan pusat segalanya dalam melaksanakan penyelenggaraan negara, dan penentuan kebijakan hidup sosial kemasyarakatannya. Rakyat pada jaman sekarang ini tidaklah boleh dikesampingkan dan dibiarkan begitu saja, tetapi harus diberi porsi yang integral dalam pembangunan, serta dijamin kesejahteraannya (Bdk. Daniel Jonah Goldhagen, 2007, Franciszek Piper dan Teresa Swiebocka, 2005, Geoffrey Robertson QC, 2010, Martinus Sardi, 861 - 867).

Yang menjadi persoalan sekarang ialah: bagaimanakah dan kondisi yang manakah yang dapat menciptakan situasi yang benar-benar demokratis, sehingga proteksi dan promosi hak-hak asasi manusia itu dapat benar-benar terlaksana, rakyat mendapat perlindungan segala hak-haknya, kesejahteraan serta keadilan dapat dinikmati. Dalam rangka itu perlu adanya: kepastian hukum; perimbangan dalam trias politika antara kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif; dan penyelenggaraan negara dengan pemerintahan yang baik, jujur dan profesional (Bdk. Ana Filipa Vrdoljak, 2012, 163-188, Barry Buzan, 1991, Candra Gautama dan B.N Marbun (ed), 2000, Geoffrey Robertson QC, 2010, Martinus Sardi, 2001, 19-48, Satjipto Rahardjo, 2005, 217 - 226).

Dalam situasi yang demikian inilah saatnya dibangun budaya HAM. Budaya HAM akan semakin berkembang dengan baik, bila organ Negara mau berjuang demi kesejahteraan rakyat

dengan jaminan adanya perlindungan dan pengembangan HAM, dan terbuka akan kritik dari pihak rakyat. Bila HAM semakin diperhatikan, budaya HAM akan dapat tumbuh subur, dan akan semakin beradab, tetapi bila HAM tidak mendapat tempatnya yang layak serta masih banyak pelanggaran HAM, apalagi yang melanggar adalah organ Negara, maka tindakan yang biadab akan terjadi. Bagaimana pun juga dalam jaman ini, budaya HAM haruslah kita bangun dengan seluruh potensi yang ada dan kerjasama dengan semua pihak yang berkehendak baik (Bdk. Ana Filipa Vrdoljak, 2012, 163-188, Barry Buzan, 1991, Georg Lehmann, 1998, Jeremy Sarkin, 1998, 628-665, Martinus Sardi, 2016, 861 – 867).

## 5. PENUTUP

Pelanggaran HAM yang terjadi di seluruh dunia haruslah diperjuangkan untuk dikikis habis, sehingga hidup di dunia ini akan semakin beradab. Mungkinkah di Negara kita ini akan bebas dari pelanggaran HAM. Pelanggaran HAM yang begitu mengerikan adalah pembunuhan atau penghilangan nyawa secara sistematis, disengaja dan professional bagaimana pun juga tidak boleh terjadi lagi. Pemunuhan yang demikian itu, yang melahirkan budaya kematian haruslah diakhiri dengan seluruh kekuatan dan potensi yang ada dan bekerjasama dengan seluruh komponen masyarakat. Budaya kematian yang tidak respek akan kehidupan manusia tidaklah boleh dikembangkan lagi. Budaya yang respek akan kehidupan atau budaya kehidupan haruslah dikembangkan dan dipromosikan dalam seluruh aspek hidup masyarakat. Dari situlah Budaya HAM akan dapat dibangun. Budaya kehidupan diperhatikan, dipelihara dan dikembangkan di seluruh negara dalam segala segi dan aspeknya. Dengan demikian kehidupan manusia ini akan semakin beradab. Budaya HAM bagaimana pun juga harus dikembangkan dan peradaban

manusia berkembang mencapai peradaban yang luhur. \*\*\*\*\*

## BIBLIOGRAFI

- Ana Filipa Vrdoljak, 2012: "Gross Violations of Human Rights and Restitution: Learning from Holocaust Claims", Selected Works of Ana Filipa Vrdoljak, University of Technology, Sydney, 163-188.
- Ana Filipa Vrdoljak (ed.), 2015: *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford.
- Candra Gautama dan B.N Marbun (ed), 2000: *Hak Asasi Manusia: Penyelenggaraan Negara yang Baik dan Masyarakat Warga*, Komisi Nasional Hak Asasi manusia, Jakarta.
- Barry Buzan, 1991: *People, State & Fear: An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*, Harvester Wheatsheaf, New York. 19-20
- Daniel Jonah Goldhagen, 2007: *I Volonterosi Carnefici di Hitler: i tedeschi comuni e l'olocausto*, Milano.
- Franciszek Piper dan Teresa Swiebocka, 2005: *Auschwitz: il campo della morte*, Auschwitz-Birkenau.
- Geoffrey Robertson QC, 2010: *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*, Penguin Book.
- Georg Lehmann dan Stefan Gosepath, Suhrkamp (ed.), 1998: *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main.
- Georg Lehmann, 1998: "Menschenrechte: Zwischen Moral und Recht", dalam: Georg Lehmann dan Stefan Gosepath, Suhrkamp (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main.
- Hermann Langbein, 2009: *Die Menschen in Auschwitz*, Frankfurt-M, Berlin, Wien.
- Jeremy Sarkin, 1998: "The Development of a Human Rights Culture in South Africa", dalam *Human Rights Quarterly*, (Vol. 20/1998) 628-665.
- Keputusan Presiden No.36/1990, tanggal 25 Agustus 1990, Ratifikasi konvensi hak-hak anak. Konvensi ini mulai berlaku sebagai bagian integral dari hukum Indonesia sejak 5 Oktober 1990.
- Kurt Tudyka, 1992, "The Meaning of Democracy Today", dalam: *Concilium* (5/1992) 4-13.
- Martinus Sardi, 2001: "Kepastian Hukum: jaminan Kesejahteraan Umum bagi Rakyat", dalam: *Kontribusi Ilmu, Pengetahuan dan Teknologi dalam Penyelamatan Indonesia*, Universitas Atma Jaya Yogyakarta p. 19-48.
- Martinus Sardi, 2002: "Perlindungan dan Penyebarluasan Hak-Hak Asasi Manusia dalam Situasi Demokratis", dalam: *Media – Militer – Politik, Crisis Communications: Perspektif Indonesia dan Internasional* (Friedrich Elbert Stiftung dan Galang Press, Yogyakarta, 171 – 183.
- Martinus Sardi, 2003: "Conflict, Reconciliation toward Peace in the Indonesian Context: the role of Media and interreligious Dialogue", *Proceeding International Seminar: Globalization, Religion, and Media in the Islamic World: Intercultural Dialogue, Yogyakarta, October 8th – 9 th, 2002* (Atma Jaya Yogyakarta University, Yogyakarta 2003), 207 – 219.
- Martinus Sardi, 2010: "Multiculturalism: Base of the Challenges for the Promotion and Protection of Human Rights", dalam: *Toward an Inclusive Democratic Indonesian Society: Bridging the Gap Between State Uniformity and Multicultural Identity Patterns*, (Yale University – University of Atma Jaya Yogyakarta, Yogyakarta 2010).
- Martinus Sardi, 2012: "Manusia Membuat Hukum bagi Dirinya Sendiri: Refleksi Filosofis Atas Hukum Yang Berperspektif Hak Asasi Manusia", dalam: *Menafsir Ulang Strategi Kebudayaan*

- Indonesia* (Universitas Atma Jaya Yogyakarta – Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2012), 71 – 92.
- Martinus Sardi, 2014: “Menuju Masyarakat Berwawasan HAM: Berbasis Lokal, Bervisi Internasional”, dalam: Muh. Latif Fauzi dan Sulhani Herwawan (ed.), *Islam dan HAM: Diskursus dan Pengalaman Indonesia*, Kuakaba Dipantara, Yogyakarta, 31 - 54.
- Martinus Sardi, 2015: “Membangun Budaya Damai dalam Masyarakat ASEAN”, dalam: Mujiyana dan Martino Sardi (ed.), *Proceeding Seminar Nasional: Peluang dan Tantangan Menghadapi Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA) – Perspektif Hukum dan Perlindungan Sumber Daya Laut*, Laboratorium Ilmu Hukum, FH UMY, Yogyakarta, 451-457.
- Martinus Sardi, 2016: “The Promotion and Protection of Human Rights for International Justice”, in: *Proceedings International Conference on Social Politics, Yogyakarta January 26 – 28, 2016, The Challenges of Social Sciences in a Changing World, Proceeding Books By Faculty of Social and Political Sciences Universitas Muhammadiyah Yogyakarta (UMY) For the International Conference on Social Politics Volume II*, 861 – 867.
- Muladi (ed.), 2005: *Hak Asasi Manusia: Hakekat, Konsep dan Implementasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, Refika Aditama, Bandung
- Norbert Brieskorn, 1997: *Menschenrechte: eine historisch-philosophische Grundlegung*, Kohlhammer, Stuttgart.
- Raoy Gutman dan David Rieff (eds), 2009: *Crimes of War*, W.W. New York.
- Satjipto Rahardjo, 2005: “HAM dalam Masyarakat”, dalam: Muladi (ed.), *Hak Asasi Manusia: Hakekat, Konsep dan Implementasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, Refika Aditama, Bandung, 217 – 226.
- Stefan Gosepath, 1998: “Sinn der Menschenrechte”, dalam: Georg Lehmann dan Stefan Gosepath, Suhrkamp (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Mainz.
- The Vienna Declaration: Vienna Declaration and Programme of Action, World Conference on Human Rights, Vienna, 14-25 June 1993, U.N. Doc. A/CONF.157/24 (Part I) at 20 (1993).
- Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak-Hak Asasi Manusia.
- US Department of the States, 2015: *Indonesian 2014 Human Rights Report*, Washington.