

Yeni Widowaty, Fadia Fitriyanti

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan,
Bantul, Yogyakarta 55183.

Email:yenni_widowatie@yahoo.com

MEMBANGUN MODEL PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP MASYARAKAT SEBAGAI KORBAN PENCEMARAN DAN/ATAU PERUSAKAN LINGKUNGAN OLEH KORPORASI DENGAN PRINSIP *RESTORATIVE JUSTICE*

ABSTRACT

Due to pollution and environmental destruction that most feel is the victim. Most victims also suffered losses, both material and immaterial losses, therefore it is natural that the victims should receive protection. The purpose of this research is to analyze about: 1) the resolution of environmental cases which occur either through the courts or out of court; 2) the implementation of legal protection for the victims of pollution and environmental destruction; 3) formulating the ideal model of legal protection for the victims of pollution and environmental destruction by the corporation is based on the principles of restorative justice in the future. The research method is used the socio-legal research using primary and secondary data. The results showed that environmental cases can be resolved through the court and outside the court. Ideal model of legal protection for the victims of pollution and / or environmental destruction by the corporation is based on the restorative justice principle in the future. The offender in this case as the corporation will deal with victims of environmental pollution and the state as a facilitator. The Facilitator from the state for this early stage could be represented by a judge. In an agreement between the perpetrator and the victim of the most important is the provision of

compensation from the offender to the victim. Ideally in the concept forward on major and compensation mechanism is stipulated in the rules of implementation.

Keywords: legal protection, victims, environmental pollution, restorative justice

ABSTRAK

Akibat pencemaran dan perusakan lingkungan yang paling merasakan adalah korban. Korban juga yang paling menderita kerugian, baik kerugian materiil maupun immateriil, oleh karena itu wajar jika korban harus mendapat perlindungan. Tujuan penelitian ini untuk menganalisis tentang: 1) penyelesaian kasus lingkungan hidup yang terjadi baik melalui jalur pengadilan maupun di luar pengadilan; 2) implementasi perlindungan hukum terhadap korban pencemaran dan perusakan lingkungan hidup; 3) merumuskan model ideal perlindungan hukum terhadap korban pencemaran dan perusakan lingkungan oleh korporasi sesuai prinsip *restorative justice* di masa datang. Metode penelitian yang digunakan adalah sosio legal riset dengan menggunakan data primer dan sekunder. Hasil penelitian menunjukkan bahwa kasus lingkungan hidup dapat diselesaikan melalui jalur pengadilan dan di luar pengadilan. Model ideal perlindungan hukum terhadap korban pencemaran dan/ atau perusakan lingkungan oleh korporasi sesuai prinsip *restorative justice* di masa datang maka pelaku dalam hal ini korporasi akan berhadapan dengan korban pencemaran lingkungan hidup dan negara sebagai fasilitator. Fasilitator dari negara untuk tahap awal ini bisa diwakili oleh hakim. Dalam kesepakatan antara pelaku dan korban tersebut yang paling utama adalah adanya pemberian ganti kerugian dari pelaku terhadap korban. Dalam konsep kedepan idealnya mengenai besar dan mekanisme ganti kerugian ini diatur dalam aturan pelaksanaan.

Kata kunci: perlindungan hukum, korban, pencemaran lingkungan, *restorative justice*

I. PENDAHULUAN

Seiring dengan pesatnya perkembangan pembangunan ekonomi dan industri, kebutuhan akan sumber daya pertambangan semakin bertambah. Di sisi lain, masalah kerusakan lingkungan akibat eksploitasi pertambangan juga semakin meningkat. Kasus-kasus pertambangan yang mengemuka yang diduga meningkatkan kerusakan lingkungan antara lain adalah PT. Freeport Indonesia, PT. Newmont Minahasa Raya (NMR), PT. Newmont Nusa Tenggara, PT. Kelian Equatorial Mining (KEM), PT. Adaro Enviro Coal, PT. Arutmin, PT. Kaltim, PT. Prima Coal, PT. Indo Muro Kencana (IMK), PT. Meares Sopotan Mining, PT. Nusa PT. Halmahera Miniral, PT. Barisan Tropical Mining dan masih banyak yang lain (www.walhi.org.id, 2007).

Aktifitas industri di Indonesia, berdasarkan data Departemen Perindustrian Tahun 2006 menghasilkan 26.514.883 ton Bahan Berbahaya dan Beracun (B3) dari berbagai sektor industri. Di sektor industri kimia hilir beredar 3.282.641 ton B3, industri kimia hulu sebanyak 21.066.246 ton, industri logam mesin tekstil aneka (ILMTA) sebanyak 1.742.996 ton, dan industri kecil menengah (IKM) sebanyak 423 ton (Kementerian Negara Lingkungan Hidup, 2006). Akibat pencemaran dan/ atau perusakan lingkungan tersebut yang paling merasakan adalah korban. Korban juga yang paling menderita kerugian, baik kerugian materiil maupun immateriil bahkan juga berakibat korban cacat seumur hidup. Penderitaan juga akan dialami oleh keluarga korban, oleh karena itu wajar jika korban harus mendapat perlindungan.

Perlunya diberikan perlindungan hukum kepada korban kejahatan secara memadai tidak saja merupakan isu nasional tetapi internasional, oleh karena itu masalah ini perlu memperoleh perhatian yang serius. Pentingnya perlindungan korban kejahatan memperoleh perhatian serius,

.....

dapat dilihat dari dibentuknya *Declaration of basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa, sebagai hasil dari *The Seventh United Nation Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, yang berlangsung di Milan Italia September 1985 (Didik M. Arief Mansur dan Elisatris Gultom, 2007: 22).

Hasil penelitian yang dilakukan oleh Widowati menunjukkan bahwa diantara tujuh perusahaan yang dinyatakan bersalah melakukan pencemaran lingkungan dan dijatuhi pidana yaitu PT. Gladiatex Lestari Parahyangan (PT.Gladiatex), CV. COS-50 Lampung, PT. Kahatex di Garut, PT. Dongwoo Environmental Indonesia di Bekasi, PT. Sekar Bengawan, CV. Suburtex dan PT. Dunia Setia Sandang Asli Textile (DSSA) tidak ada satupun yang memberikan ganti kerugian kepada korban (Yeni Widowaty, 2011: 282).

Bagi korban pencemaran dan/ atau perusakan lingkungan, tidak mudah untuk dapat menggugat ganti kerugian kepada pelaku. Apabila mengajukan gugatan secara perdata memerlukan waktu lama dan biaya yang dikeluarkan tidak seimbang dengan hasil yang didapatkan. Hal tersebut dikarenakan disamping mekanismenya belum diatur, nilai ganti rugi juga belum diatur. Hal ini pernah terjadi pada putusan Pengadilan Negeri Pekalongan pada tahun 1995. Dalam hal demikian, upaya memberikan perlindungan hukum terhadap korban akan lebih bermakna apabila korban dilibatkan dalam proses penyelesaiannya. Suatu konsep yang berkembang yang melibatkan korban di dalamnya disebut keadilan restorativ atau *restorative justice*

Berdasarkan uraian tersebut, penelitian ini akan mengkaji beberapa permasalahan sebagai berikut:

- 1) Bagaimanakah penyelesaian kasus lingkungan hidup yang terjadi selama ini baik melalui jalur pengadilan maupun di luar pengadilan?
- 2) Bagaimanakah implementasi perlindungan hukum terhadap korban pencemaran dan/ atau perusakan lingkungan hidup selama ini?
- 3) Bagaimanakah model ideal perlindungan hukum terhadap korban pencemaran dan/ atau perusakan lingkungan oleh korporasi sesuai prinsip *restorative justice* di masa datang?

II. METODE PENELITIAN

1. Paradigma Penelitian

Paradigma (Lexy Moleong, 1996: 30) yang digunakan dalam penelitian ini adalah *konstruktivisme* (Egon G. Guba dan Yvonna S, Lincoln, 1994: 100) karena penelitian ini dimaksudkan untuk menghasilkan suatu rekonstruksi pemikiran atau gagasan serta model baru mengenai perlindungan hukum terhadap korban, dan gagasan serta teori yang ada sebelumnya atau sama sekali baru.

2. Tipe Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian *socio-legal* yakni penelitian dalam bentuk penelitian empiris yang berorientasi pada penemuan teori-teori mengenai proses terjadinya dan mengenai proses bekerjanya hukum dalam masyarakat atau menyelidiki sangkut paut hukum dengan gejala sosial

lainnya (Romli Atmasasmita, 2009: 27). Jenis data yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah data primer dan data sekunder.

3. Teknik Pengolahan dan Analisis Data

Dalam penelitian ini, data yang diperoleh dianalisis dengan menggunakan model analisis mengalir (*flow model of analysis*) (Matthew B Miles dan A Michael Huberman, 1992: 19-20):



Secara lebih rinci data yang diperoleh dari penelitian, baik penelitian kepustakaan atau penelitian lapangan, diolah dan dianalisis secara kritis analitis dan disajikan secara deskriptif kualitatif. Tahap analisis data merupakan satu tahapan yang penting dalam suatu proses penelitian.

Berkaitan dengan suatu penelitian hukum yang ingin mencari jawaban mengenai masalah hukum yang fokus ke persoalan perlindungan terhadap korban, maka penting untuk melakukan analisis dengan tidak hanya penekanan premis mayornya bersumber dari hukum formal maupun materiil, akan tetapi premisnya juga dicari dari teori-teori yang ada, yang semuanya secara langsung atau tidak mendasarkan kebenarannya pada data yang diperoleh melalui penelitian-penelitian berlogika induksi (Soetandyo Wignjosoebroto, 2007: 29-30).

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. Penyelesaian Kasus Lingkungan Hidup melalui Jalur Pengadilan dan di Luar Pengadilan

1. Penyelesaian Kasus Lingkungan Hidup di luar Jalur Pengadilan

Pasal 84 Undang-undang Nomor 32 tahun 2009 (UUPLH) yang menyatakan bahwa penyelesaian sengketa lingkungan hidup dapat ditempuh melalui pengadilan atau di luar pengadilan. Selanjutnya dalam pasal tersebut juga menentukan bahwa pilihan penyelesaian sengketa lingkungan hidup dilakukan secara suka rela oleh para pihak yang bersengketa. Gugatan melalui pengadilan hanya dapat ditempuh apabila upaya penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang dipilih dinyatakan tidak berhasil oleh salah satu atau para pihak yang bersengketa.

Penyelesaian sengketa lingkungan di luar pengadilan melalui *alternative dispute resolution (ADR)* bersifat pilihan (suka rela) dan tidak berlaku terhadap tindak pidana lingkungan hidup. Hal-hal yang dapat dilakukan melalui ADR ini adalah ganti kerugian dan/ atau tindakan-tindakan tertentu guna menjamin tidak akan terulangnya dampak negatif terhadap lingkungan (Mas Achmad Santosa, 2003: 42). Hal tersebut sesuai dengan ketentuan Pasal 85 UUPLH 2009:

(1) Penyelesaian sengketa lingkungan hidup diluar pengadilan dilakukan untuk mencapai

kesepakatan mengenai:

- a. bentuk dan besarnya ganti rugi;
 - b. tindakan pemulihan akibat pencemaran dan/ atau perusakan;
 - c. tindakan tertentu untuk menjamin tidak akan terulangnya pencemaran dan/ atau perusakan; dan/ atau
 - d. tindakan untuk mencegah timbulnya dampak negatif terhadap lingkungan hidup.
- (2) Penyelesaian sengketa di luar pengadilan tidak berlaku terhadap tindak pidana lingkungan hidup sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini.
- (3) Dalam penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan dapat digunakan jasa mediator dan/atau arbiter untuk membantu menyelesaikan sengketa lingkungan hidup.

Tujuan diaturnya penyelesaian sengketa di luar pengadilan adalah untuk melindungi hak keperdataan para pihak yang bersengketa dengan cepat dan efisien. Hal tersebut mengingat penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi cenderung membutuhkan waktu lama dan biaya yang relatif tidak sedikit. Proses penyelesaian sengketa di pengadilan lambat, biaya beracara mahal, pengadilan dianggap kurang responsif dalam penyelesaian perkara, sehingga putusan sering tidak mampu menyelesaikan masalah dan penumpukan perkara ditingkat Mahkamah Agung yang tidak terselesaikan. Khusus terhadap sengketa lingkungan hidup, pilihan penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan dapat dilakukan melalui sebuah lembaga baik yang dibentuk oleh pemerintah dan masyarakat sebagaimana diatur dalam Pasal 8 Peraturan Pemerintah Nomor 54 Tahun 2000 yang menentukan bahwa lembaga jasa dapat dibentuk oleh pemerintah pusat dan/ atau pemerintah daerah. Lembaga penyedia jasa yang dibentuk oleh pemerintah pusat ditetapkan oleh Menteri dan berkedudukan di instansi yang bertanggungjawab di bidang pengendalian dampak lingkungan. Sementara itu, lembaga penyedia jasa yang dibentuk oleh pemerintah daerah ditetapkan oleh Gubernur/ Bupati/ Walikota dan berkedudukan di instansi yang bertanggungjawab di bidang pengendalian dampak lingkungan daerah yang bersangkutan.

Sebagaimana dikemukakan di atas bahwa penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan merupakan pilihan para pihak dan bersifat sukarela. Para pihak juga bebas untuk menentukan lembaga penyedia jasa yang membantu penyelesaian sengketa lingkungan hidup. Lembaga penyedia jasa menyediakan pelayanan jasa penyelesaian sengketa lingkungan hidup dengan menggunakan bantuan arbiter atau mediator atau pihak ketiga lainnya. Apabila para pihak telah memilih upaya penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan, gugatan melalui pengadilan hanya dapat ditempuh apabila upaya tersebut dinyatakan tidak berhasil secara tertulis oleh salah satu atau para pihak yang bersengketa atau salah satu atau para pihak yang bersengketa menarik diri dari perundingan.

Dalam Undang-undang Nomor 32 Tahun 2009 bahwa penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan diselenggarakan untuk mencapai kesepakatan mengenai bentuk dan besarnya ganti rugi dan/ atau mengenai tindakan tertentu guna menjamin tidak akan terulangnya

pencemaran dan/atau perusakan dan/atau menjamin adanya tindakan guna mencegah timbulnya dampak negatif terhadap lingkungan hidup. Penyelesaian sengketa di luar pengadilan ini tidak berlaku terhadap tindak pidana lingkungan hidup.

Penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan tersebut dapat difasilitasi melalui jasa pihak ketiga, baik yang memiliki kewenangan mengambil keputusan, untuk membantu menyelesaikan sengketa lingkungan hidup, seperti pemerintah dan/ atau masyarakat. Adapun bentuk penanganan penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan dapat melalui: arbitrase, mediasi, negosiasi, konsiliasi dan *fact finding*. Berikut akan dijelaskan masing-masing bentuk penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan.

a. Arbitrase

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase berarti dengan cara menyerahkan kepada pihak ketiga (netral) yang mempunyai wewenang untuk memutuskan perkara. Menurut ketentuan Pasal 1 angka 1 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999, arbitrase adalah cara penyelesaian satu perkara perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.

Dalam penyelesaian sengketa lingkungan hidup menggunakan arbitrase secara teoritis memang lebih cepat dan "*murah*" dan dengan prosedur yang sederhana namun pilihan ini kadang dirasa kurang tepat dikarenakan arbitrase menyerupai dengan pengadilan, sehingga keputusan yang diambil bisa saja tidak menimbulkan kepuasan dari kedua belah pihak dan *win-win solutions* tidak dapat tercapai. Menurut Undang-undang No. 30 Tahun 1999, pada prinsipnya mekanisme penyelesaian sengketa dengan arbitrase adalah melalui tiga tahapan, yaitu: tahap persiapan atau pra pemeriksaan, tahap pemeriksaan atau penentuan dan tahap pelaksanaan.

b. Mediasi

Orang yang menjadi penengah disebut mediator. Dalam penyelesaian sengketa lingkungan hidup, apabila antara kedua pihak tidak dapat menyelesaikan sendiri sengketa yang mereka hadapi, mereka dapat menggunakan pihak ketiga yang netral untuk membantu mereka mencapai persetujuan atau kesepakatan. Mediasi sendiri diatur dalam Pasal 6 ayat (3), (4) dan (5) Undang-undang No. 30 Tahun 1999. Dalam mediasi, seorang mediator mempunyai dua (2) macam peran yang dilakukan, yaitu: *pertama*, mediator berperan *pasif*. Hal ini berarti para pihak sendiri yang lebih aktif untuk menyelesaikan permasalahan yang mereka hadapi sehingga peran mediator hanya sebagai penengah, mengarahkan penyelesaian sengketa, dan sebagainya. *Kedua*, mediator berperan *aktif*. Hal ini berarti mediator dapat melakukan berbagai tindakan seperti merumuskan dan mengartikulasi titik temu untuk mendapatkan kesamaan pandangan dan memberikan pengertian kepada kedua belah pihak tentang penyelesaian sengketa. Dengan demikian seorang mediator diharapkan dapat menyelesaikan permasalahan tersebut karena kedua pihak yang bersengketa bersifat menunggu.

Mediasi diatur dalam Pasal 85 dan 86 Undang-undang Nomor 32 Tahun 2009, penyelesaian sengketa lingkungan hidup melalui mediasi dinilai merupakan langkah terbaik melihat bahwa

keputusan hasil perundingan mediasi merupakan responsif atas permasalahan yang disengketakan disamping melihat pada segi biaya dan waktu yang relatif lebih minimal. Dalam penyelesaian sengketa lingkungan hidup, mediasi akan menguntungkan kedua belah pihak, selain proses penyelesaiannya yang cepat dan biaya murah. Selain bergantung kepada mediator, hasil dari negosiasi dapat juga dikatakan gagal apabila ada salah satu pihak yang melakukan pengingkaran terhadap hasil mediasi.

c. Negosiasi

Negosiasi adalah proses tawar menawar yang bersifat konsensus yang di dalamnya para pihak berusaha memperoleh atau mencapai persetujuan tentang hal-hal yang disengketakan atau yang berpotensi menimbulkan sengketa. Para pihak yang bersengketa berhadapan langsung secara seimbang dalam mendiskusikan permasalahan yang mereka hadapi secara korporatif dan saling terbuka. Dalam penyelesaian sengketa lingkungan hidup dengan negosiasi bisa saja unsur-unsur hukum tidak dipersoalkan, asalkan proses negosiasi tersebut mampu diselesaikan dengan baik dan saling menguntungkan antara kedua belah pihak. Sukses atau tidaknya sebuah negosiasi tergantung oleh tujuan kedua pihak yang bersengketa, yang tentunya negosiasi tersebut akan mengalami kendala apabila salah satu pihak tidak memahami pentingnya negosiasi sehingga hanya menonjolkan hak-hak masing masing pihak. Selain berhadapan secara langsung antara kedua belah pihak, pada suatu keadaan tertentu masih tetap diperlukan perlunya orang ketiga yang memahami negosiasi sehingga hasil negosiasi justru tidak merugikan/ menguntungkan salah satu pihak.

2. Penyelesaian Kasus Pencemaran dan/ atau Perusakan Lingkungan melalui Jalur Pengadilan

Sebagaimana ditentukan dalam Pasal 84 Undang-undang Nomor 32 tahun 2009 bahwa penyelesaian sengketa lingkungan hidup dapat ditempuh melalui pengadilan atau di luar pengadilan. Pilihan penyelesaian sengketa lingkungan hidup tersebut dilakukan secara sukarela oleh para pihak yang bersengketa. Gugatan melalui pengadilan hanya dapat ditempuh apabila upaya penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang dipilih dinyatakan tidak berhasil oleh salah satu atau para pihak yang bersengketa.

a. Ganti Kerugian dan Pemulihan Lingkungan

Setiap penanggung jawab usaha dan/ atau kegiatan yang melakukan perbuatan melanggar hukum berupa pencemaran dan/ atau perusakan lingkungan hidup yang menimbulkan kerugian pada orang lain atau lingkungan hidup wajib membayar ganti rugi dan/ atau melakukan tindakan tertentu. Selain itu bagi setiap orang yang melakukan pemindahtanganan, perubahan sifat dan bentuk usaha, dan/ atau kegiatan dari suatu badan usaha yang melanggar hukum tidak melepaskan tanggung jawab hukum dan/ atau kewajiban badan usaha tersebut. Pembayaran uang paksa terhadap setiap hari keterlambatan atas pelaksanaan putusan pengadilan dapat ditetapkan oleh Pengadilan. Penjelasan Pasal 87 ayat (1) menjelaskan bahwa selain diharuskan membayar ganti rugi, pencemar dan/atau perusak lingkungan hidup dapat

pula dibebani oleh hakim untuk melakukan tindakan hukum tertentu, misalnya perintah untuk:

- a) memasang atau memperbaiki unit pengolahan limbah sehingga limbah sesuai dengan baku mutu lingkungan hidup yang ditentukan;
- b) memulihkan fungsi lingkungan hidup; dan/ atau
- c) menghilangkan atau memusnahkan penyebab timbulnya pencemaran dan/ atau perusakan lingkungan hidup.

b. Tanggung Jawab Mutlak/ *Strict Liability*

Menurut ketentuan Pasal 88 Undang-undang Nomor 32 tahun 2009 bahwa setiap orang yang tindakannya, usahanya, dan/ atau kegiatannya menggunakan B3, menghasilkan dan/ atau mengelola limbah B3, dan/ atau yang menimbulkan ancaman serius terhadap lingkungan hidup bertanggung jawab mutlak atas kerugian yang terjadi tanpa perlu pembuktian unsur kesalahan.

c. Tenggat Kedaluwarsa untuk Pengajuan Gugatan

Tenggat kedaluwarsa untuk mengajukan gugatan ke pengadilan mengikuti tenggang waktu sebagaimana diatur dalam ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan dihitung sejak diketahui adanya pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup. Ketentuan mengenai tenggat kedaluwarsa tidak berlaku terhadap pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup yang diakibatkan oleh usaha dan/atau kegiatan yang menggunakan dan/ atau mengelola B3 serta menghasilkan dan/atau mengelola limbah B3.

d. Hak Gugat Pemerintah dan Pemerintah Daerah

Instansi pemerintah dan pemerintah daerah yang bertanggung jawab di bidang lingkungan hidup berwenang mengajukan gugatan ganti rugi dan tindakan tertentu terhadap usaha dan/ atau kegiatan yang menyebabkan pencemaran dan/ atau kerusakan lingkungan hidup yang mengakibatkan kerugian lingkungan hidup. Kerugian lingkungan hidup adalah kerugian yang timbul akibat pencemaran dan/ atau kerusakan lingkungan hidup yang bukan merupakan hak milik privat.

e. Hak Gugat Masyarakat

Masyarakat berhak mengajukan gugatan perwakilan kelompok untuk kepentingan dirinya sendiri dan/ atau untuk kepentingan masyarakat apabila mengalami kerugian akibat pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup. Gugatan dapat diajukan apabila terdapat kesamaan fakta atau peristiwa, dasar hukum, serta jenis tuntutan di antara wakil kelompok dan anggota kelompoknya.

f. Hak Gugat Organisasi Lingkungan Hidup

Dalam rangka pelaksanaan tanggung jawab perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup, organisasi lingkungan hidup berhak mengajukan gugatan untuk kepentingan pelestarian fungsi lingkungan hidup. Hak mengajukan gugatan terbatas pada tuntutan untuk melakukan tindakan tertentu tanpa adanya tuntutan ganti rugi, kecuali biaya atau pengeluaran riil.

Penyelesaian sengketa melalui jalur Pidana

Tindak pidana lingkungan hidup di Indonesia saat ini dapat dikategorikan sebagai *administrative penal law* atau *public welfare offenses* yang memberi kesan ringannya perbuatan tersebut. Dalam hal ini fungsi hukum pidana bersifat menunjang sanksi-sanksi administratif untuk ditaatinya norma-norma hukum administrasi. Dengan demikian keberadaan tindak pidana lingkungan sepenuhnya tergantung pada hukum lain (Barda Nawawi Arief, 1998: 203).

Dalam merumuskan TPLH hendaknya selalu diingat bahwa kerugian dan kerusakan lingkungan hidup tidak hanya bersifat nyata (*actual harm*) tetapi juga yang bersifat ancaman kerusakan potensial, baik terhadap lingkungan hidup maupun kesehatan umum. Hal ini disebabkan karena kerusakan tersebut seringkali tidak seketika timbul dan tidak dengan mudah pula untuk dikuantifikasi.

Dalam merumuskan TPLH hendaknya selalu dipertimbangkan adanya dua macam elemen yakni elemen material (*material element*) dan elemen mental (*mental element*). Element material mencakup: (1) adanya perbuatan atau tidak berbuat sesuatu (*omission*) yang menyebabkan terjadinya tindak pidana atau (2) perbuatan atau tidak berbuat yang melanggar atau bertentangan dengan standar lingkungan yang ada (Muladi, 1997: 202).

B. Implementasi Perlindungan Hukum Terhadap Korban Pencemaran dan/ atau Perusakan Lingkungan Hidup

Dari hasil penelitian kasus yang didapat kebanyakan diselesaikan secara administratif. Beberapa kasus lingkungan hidup yang diselesaikan dengan menjatuhkan sanksi administratif antara lain: Tahun 2007 ada 11 (sebelas) perusahaan dan tahun 2008 ada 7 (tujuh) perusahaan di Karanganyar yang memerlukan pembinaan teknis dari Dinas Lingkungan Hidup Karanganyar. Untuk tahun 2007 perusahaan-perusahaan tersebut adalah: PT. Indo Acidatama Tbk, PT. Kusumahadi Santosa, PT. Sawah Karunia Agung Tekstil, PG. Tasikmadu, TPA. Tinja kec Mojogedang, Peternakan Babi, Peternakan Ayam ada tiga tempat, PT. Telkom (menara telekomunikasi), PT. Manunggal Adipura. Setelah ada pembinaan dari Dinas Lingkungan Hidup kemudian perusahaan melakukan perbaikan, maka tahun 2008 tinggal 7 (tujuh) perusahaan yang diberi pembinaan teknis. Ketujuh perusahaan tersebut yaitu Peternakan ayam, PG. Tasikmadu, PT. Panca Darma Puspawira, PT. Sekar Bengawan (Dinas Lingkungan Hidup Kabupaten Karanganyar, 2008). Apabila tidak bisa dilakukan pembinaan, maka akan diselesaikan sesuai perundang-undangan yang berlaku, yaitu berdasar asas subsidiaritas.

Pembinaan yang dilakukan Dinas Lingkungan Hidup ini sebetulnya merupakan cara mediasi antara masyarakat dengan perusahaan dimana sebagai mediator dari Badan Lingkungan Hidup. Apabila tidak bisa dilakukan pembinaan tersebut kemudian langkah pertama diselesaikan secara administratif dulu, baru kemudian cara yang lain.

Sebagai contoh sanksi adiministratif adalah sebagai berikut: terhadap PT. Danarhadi berupa

sanksi administratif dengan Keputusan Kepala Badan Lingkungan Hidup Propinsi Jawa Tengah atas nama Gubernur Nomor 660.1/BLH.I/1504, tgl 27 Agustus 2008 berupa paksaan untuk melakukan: a. membenahi IPAL secara keseluruhan sesuai ketentuan teknis dan mengoperasionalkan secara optimal; b. mengajukan IPLC jangka waktu pelaksanaan kewajiban selambat-lambatnya 90 hari sejak diterimanya keputusan ini. Contoh lain untuk sanksi administratif terhadap PT. Agra Kencana Gita Cemerlang Kabupaten Karanganyar yang ditetapkan dengan keputusan Kepala Bapedalda Jateng atas nama Gubernur Jateng No. 660.1/BPDL.II/ 0974 tgl 22 Mei 2008 berupa: a. memperbaiki dan menyempurnakan IPAL; b. mengelola limbah padat dari IPAL (*sludge*) dan dari penggunaan bahan bakar batubara (*bottom ash dan fly ash*) yang termasuk kategori sebagai limbah B3 dan c. melakukan pengujian kualitas emisi cerobong dan kualitas udara ambien dari sumber tidak bergerak secara rutin 6 bulan sekali. Jangka waktu pelaksanaan kewajiban dilaksanakan selambat-lambatnya 90 hari sejak diterimanya keputusan ini.

Untuk memberikan perlindungan hukum terhadap korban dapat dilakukan dalam berbagai bentuk dan berbagai cara. Bentuknya bisa berupa pemberian ganti kerugian kepada korban, bisa berupa santunan atau pemberian dana seperti yang dilakukan oleh PT. Palur Raya. PT. Palur Raya selain memberi dana bantuan kepada masyarakat juga akan membangun gedung serbaguna untuk fasilitas publik walaupun hingga saat ini masih dalam proses. Sedangkan caranya bisa dengan mediasi, negosiasi atau arbitasi dsb. Seperti kasus yang terjadi antara PT. Acidatama Chemical Industri (IACI) dengan kelompok tani Sumber Rejeki Kanten, Desa Sroyo Kecamatan Jaten Kabupaten Karangnyar diselesaikan dengan kesepakatan antara dua pihak.

Penyelesaian kasus lingkungan yang terjadi antara PT. Palur Raya dengan masyarakat Desa Ngringo Kecamatan Jaten Kabupaten Karangnyar yang diwakili oleh Konsorsium Korban Limbah (KKL) warga Desa Ngringo. PT Palur Raya pada waktu itu digugat warga karena berdasarkan hasil pemeriksaan laboratorium yang di lakukan tim independen dari UGM limbah perusahaan tersebut mengandung B3. Kesepakatan kedua belah pihak antara PT. Palur Raya dan masyarakat Desa Ngringo, Kecamatan Jaten Kabupaten Karanganyar yang diwakili oleh Konsorsium Korban Limbah (KKL) pada tanggal 19 Januari 2002. Kesepakatan ini diambil dengan iktikad baik dari kedua belah pihak untuk hidup bertangga dengan baik. Pada saat itu disepakati bahwa:

- a) Pihak PT Palur Raya akan memberikan dana sebesar Rp. 1.100.000.000 (satu milyar seratus juta rupiah) kepada warga desa Ngringo dengan disaksikan oleh Bupati Kepala Daerah kabupaten Karangnyar.
- b) dengan kesepakatan ini maka gugatan perdata oleh PT palur Raya terhadap Tim Independen, serta tuntutan pidana oleh masyarakat terhadap PT Palur raya dicabut selambat-lambat 7 (tujuh) hari setelah kesepakatan dibuat.

Pemilihan penyelesaian sengketa atau *alternative dispute resolution (ADR)* memang sering menjadi pilihan para pihak yang bersengketa. Menurut Sudharto, ADR memiliki potensi untuk dijadikan wahana penyelesaian konflik lingkungan karena beberapa alasan (Sudharto P. Hadi, 2008):

- a) memungkinkan keterlibatan aktif semua pihak yang bersengketa. Keterlibatan ini

menumbuhkan rasa memiliki terhadap perundingan.

- b) Dengan keterlibatan sebagaimana disebut dalam huruf a pihak-pihak yang bersengketa akan mendukung kesepakatan, sehingga keberlanjutan hubungan baik diantara para pihak bisa lebih dijamin. Pemrakarsa kegiatan tidak merasa dipermalukan dan disudutkan di media masa, sedangkan di pihak masyarakat (*affected people*) tidak merasa *powerless*
- c) Selaras dengan budaya masyarakat Indonesia yang menjunjung tinggi asas musyawarah.
- d) Penyelesaian sengketa melalui jalur perundingan (ADR) secara teoritis lebih efisien (dari segi biaya, tenaga dan waktu) serta memiliki potensi untuk bisa melahirkan kesepakatan yang *winn-win* ini menjamin keberlanjutan hubungan baik diantara para pihak. Keberlanjutan ini sangat penting, karena terjadinya resistensi masyarakat terhadap kehadiran usaha/ kegiatan akan mengancam kegiatannya. Hal yang penting bagi dunia usaha adalah *degree of acceptance* dari masyarakat.

Kesepakatan yang dilakukan antara PT. Palur Raya dengan masyarakat desa Ngringo selaku korban yang diwakili oleh KKL merupakan pilihan yang disepakati bersama antara pelaku dan korban. Pada penyelesaian sengketa melalui jalur pidana juga belum memberikan perlindungan hukum kepada korban. Dengan menjatuhkan sanksi pidana kepada pelaku seolah-olah sudah dirasa cukup. Padahal dalam sanksi pidana juga ada sanksi pidana tambahan terhadap korporasi berupa melakukan tindakan tertentu. Beberapa kasus tindak pidana lingkungan hidup diantaranya:

(lihat tabel 1)

Dari kasus-kasus tersebut di atas tidak ada satupun yang menjatuhkan sanksi pidana berupa pemberian ganti kerugian atau restitusi atau apaun bentuknya yang memberikan perlindungan hukum kepada korban.

C. Model Ideal Perlindungan Hukum Terhadap Korban Pencemaran dan/ atau Perusakan Lingkungan oleh Korporasi Sesuai Prinsip *Restorative Justice* Di Masa Datang

Setelah dipaparkan mengenai perlindungan hukum terhadap korban pencemaran dan/atau perusakan selama ini dan implementasinya di lapangan maka terlihat bahwa selama ini korban belum mendapatkan perlindungan hukum baik secara formil maupun materiil. Walaupun para pihak ada yang menempuh jalur di luar pengadilan namun belum ada standar tertentu mengenai berapa ganti kerugian yang harus diberikan kepada korban oleh pelaku.

1. Keuntungan prinsip *Restorative Justice* dalam menyelesaikan perkara

Pada umumnya saat ini penjatuhan sanksi kepada pelaku/ *offender* langsung dijatuhkan dari Negara. Jadi dalam proses beracara di pengadilan yang ada adalah hubungan antara negara dan pelaku. Dengan konsep *restorative justice* antara pelaku dan korban ada komunikasi dan Negara sebagai fasilitator. Sebetulnya pada penyelesaian di luar pengadilan hampir mirip dengan *restorative justice* hanya saja tidak melibatkan negara. Konsep pendekatan *restorative justice* merupakan

TABEL.1
PUTUSAN PENGADILAN NEGERI PERKARA TINDAK PIDANA LINGKUNGAN HIDUP

NO	NAMA PERUSAHAAN	NAMA TERDAKWA	PASAL DAKWAAN	PUTUSAN PN	PUTUSAN PT	PUTUSAN MA
1	PT. Sekar Bengawan	Paulus Tanujaya, Direktur Utama	Pasal 43 ayat (1) jo Pasal 45 UU No. 23 tahun 1997	Bdsk Ptus PN Nomor : 20/Pid.B/2005/PN.Kray tanggal 23 Mei 2005 dijatuhi pidana penjara selama 6 bulan dengan masa percobaan 9 (sembilan) bulan dan denda Rp. 75.000.000,- subsidair kurungan 1 (satu) bulan	pidana penjara selama 8 bulan dan denda 100.000.000,- subsidair 1 (satu) bulan kurungan	Putusan Kasasi menguatkan
2	CV. Suburtext	Iwan Hartoyo pekerjaan direktur dan Adji Silvano Irawan, ST pekerjaan KaBag Finishing	Pasal 43 ayat (1) jo Pasal 45 UU No 23 tahun 1997 jo Pasal 55 ayat (1) ke 1 KUHP	putusan pidana nomor: 19/Pid.B/2005/PN.Kray tanggal 23 Mei 2003: 1. Iwan Hartoyo dijatuhi pidana penjara selama 5 bulan masa percobaan 8 bulan dan denda 70.000.000,-subsidair dua bulan kurungan. 2. terdakwa II Adji Silvano Irawan dijatuhi pidana penjara selama 4 bulan masa percobaan 7 bulan denda 20.000.000,- subsidair satu bulan kurungan.	Kejaksanaan Negeri mengajukan banding sehingga pihak suburtext mengajuka kontra memori banding. Putusan PT Semarang No: 140/PID/2005/PT.S MG memutuskan: menguatkan putusan Pengadilan Negeri Karanganyr tanggal 23 mei 2005 sebagaimana tersebut di atas	
3	PT. Dunia Setia Sandang Asli Textile (DSSA)	1. Budi Santosa Pekerjaan: direktur oprasional 2. terdakwa 2 Joko Waluyo Pekerjaan karyawan PT DSSA	pasal 43 ayat (1) jo Pasal 45 UU No 23 tahun 1997 jo pasal 55 ayat 1 KUHP	Nomor : 53/Pid.B/2005/PN.Kray ▲ terdakwa I budi santosa dengan pidana penjara selama 5 bulan dan masa percobaan 8 bulan dan denda sbsar 25 juta subs 1 bulan kurungan. Terdakwa II joko waluyo dengan pidana penjara slama 4 bulan dengan percobaan 8 bulan dan denda sebesar 20 juta subs 1 bulan kurungn.		

(Sumber data Pengadilan Negeri Karanganyar, 2009)

suatu pendekatan yang lebih menitik-beratkan pada kondisi terciptanya keadilan dan keseimbangan bagi pelaku tindak pidana serta korbannya sendiri. Mekanisme tata acara dan peradilan pidana yang berfokus pada pemidanaan diubah menjadi proses dialog dan mediasi untuk menciptakan kesepakatan atas penyelesaian perkara pidana yang lebih adil dan seimbang

bagi pihak korban dan pelaku.

Restorative justice itu sendiri memiliki makna keadilan yang merestorasi, Restorasi meliputi pemulihan hubungan antara pihak korban dan pelaku. Pemulihan hubungan ini bisa didasarkan atas kesepakatan bersama antara korban dan pelaku. Pihak korban dapat menyampaikan mengenai kerugian yang dideritanya dan pelaku pun diberi kesempatan untuk menebusnya, melalui mekanisme ganti rugi, perdamaian, kerja sosial, maupun kesepakatan-kesepakatan lainnya. Hal ini menjadi penting karena proses pemidanaan konvensional tidak memberikan ruang kepada pihak yang terlibat, dalam hal ini korban dan pelaku untuk berpartisipasi aktif dalam penyelesaian masalah mereka.

Mantan Ketua Mahkamah Agung Bagir Manan (Jecky Tengens, 2011) pernah menulis bahwa hambatan dalam melaksanakan perdamaian antara korban dan pelaku seringkali bersumber pada sikap penegak hukum yang sangat formalistik dengan mengatakan proses hukum akan tetap berjalan walaupun telah terjadi perdamaian, sifat melawan hukum tidak akan hapus karena perdamaian. Disamping keuntungan tersebut diatas ada sejumlah keuntungan yang lain adalah:

- a. bahwa masyarakat telah diberikan ruang untuk menangani sendiri permasalahan hukumnya yang dirasakan lebih adil. Dalam hal ini asas sederhana, terang dan tunai yang lebih banyak dikenal dan dipergunakan dalam hukum adat dalam penanganan perkara-perkara keperdataan dapat juga diterapkan dalam hukum pidana.
- b. aparat kepolisian, kejaksaan dan pengadilan dapat lebih memfokuskan diri untuk memberantas tindak pidana-tindak pidana yang kualifikasinya lebih berbahaya seperti narkoba, terorisme sehingga beban Negara dalam beberapa hal menjadi berkurang.

2. Penerapan *Restorative Justice* di Beberapa Negara

Praktek di banyak negara di dunia, trend yang berkembang menunjukkan bahwa *restorative justice* ini hanya terbatas pada tindak pidana tertentu saja dan yang paling banyak diterapkan adalah pada kasus-kasus tindak pidana yang dilakukan oleh anak-anak dan remaja seperti di New Zealand, Inggris dan Wales, Philipina dan Canada. Pandangan ini dapat menjadi berbeda jika melihat kepada kasus di Afrika Selatan pasca apartheid. Pemerintah Afrika Selatan justru mempergunakan pendekatan *restorative justice* dalam menyelesaikan kasus-kasus kekerasan yang pernah dilakukan oleh rezim Apartheid. *Restorative justice* telah diterjemahkan dalam berbagai variasi rumusan dengan berbagai variasi nilai atau dasar filosofis, syarat, strategi, mekanisme, program, dan bahkan jenis maupun tindak pidana dan terhadap siapa saja pihak yang dapat terlibat didalamnya. Dalam beberapa regulasi bahkan mekanisme ini diterjemahkan secara rinci. Beberapa hal yang menarik dari berbagai regulasi tersebut adalah bahwa:

- a. Terdapat beberapa negara yaitu Australia, Canada, Finlandia, Ghana, Bulgaria, atau Belgia, yang menerjemahkannya sebagai suatu konsep mediasi dimana dibuka peluang penyelesaian

- perkara pidana diluar sistem peradilan sementara, atau
- b. Terdapat beberapa negara yaitu Inggris, Selandia Baru, atau Afrika Selatan, yang memasukkan konsep ini sebagai bagian dari sistem pemidanaan.

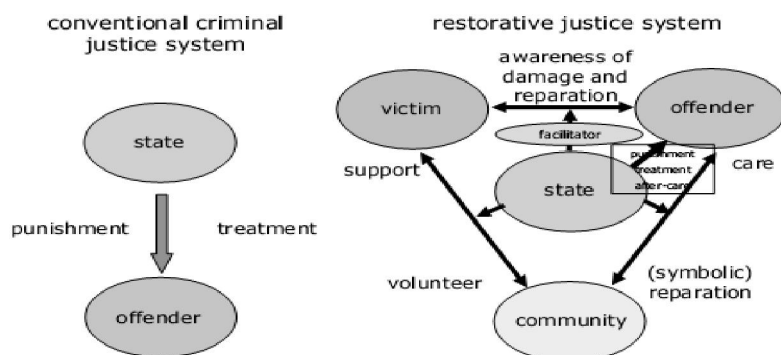
Perkembangan penerapan pendekatan *restorative justice* yang marak akhir-akhir ini karena muncul anggapan paradigma ini membawa banyak keuntungan perubahan yang positif terhadap masyarakat dan negara.

3. Perlindungan hukum terhadap korban dalam pencemaran lingkungan Prinsip *Restorative Justice* di Masa Datang

Dalam hal terjadi pencemaran dan atau perusakan lingkungan dimasa datang idealnya korban lebih diperhatikan. Korban bukan hanya sebagai pihak yang dirugikan saja sehingga dengan dijatuhkannya sanksi kepada pelaku seolah-olah perlindungan hukum terhadap korban sudah tercapai. Korban bukan lagi sebagai objek namun sebagai subjek yang berhadapan dengan pelaku. Apabila pelaku Korporasi sesuai dengan UUPPLH 2009 Pasal 116 maka pertanggungjawaban ada pada badan usaha; dan/atau . orang yang memberi perintah untuk melakukan tindak pidana tersebut atau orang yang bertindak sebagai pemimpin kegiatan dalam tindak pidana tersebut.

Mengacu pada pendapat Tatsuya Ota tentang *restorative justice* bahwa dibandingkan pada penyelesaian perkara pidana saat ini dimana hanya ada dua pihak yaitu Negara dan pelaku yang dikenal dengan sistem konvensional maka konsep *restorative justice* lebih memenuhi keadilan para pihak. Konsep seperti ini sebagaimana gambar di bawah ini yang dikemukakan oleh Tatsuya Ota (2005)

RAGAN 2:
STRUCTURE OF *RESTORATIVE JUSTICE*



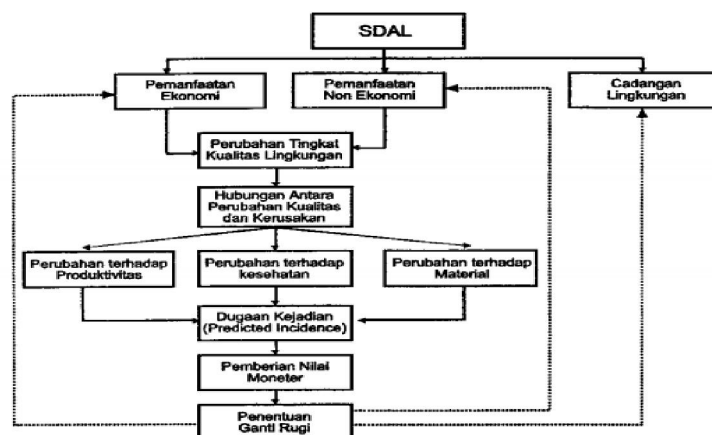
Drawn by Tatsuya Ota with reference to figures in: Anneli Vestmarte et al., *Introducing Restorative Justice in Belgian Prisons* (2000) and Tim Newell, *Restorative Justice in Prisons* (2003)

Dengan mengacu ragaan yang dikemukakan oleh Tatsuya Oka tersebut maka pelaku dalam hal ini korporasi akan berhadapan dengan korban pencemaran lingkungan hidup dan negara sebagai fasilitator. Fungsi negara sebagai fasilitator ini senada dengan pendapat Wolfgang Friedmann, bahwa negara mempunyai empat fungsi yaitu: 1) fungsi negara sebagai *provider* (penjamin kesejahteraan masyarakat); 2) fungsi negara sebagai *regulator* (pengatur); 3) fungsi negara

sebagai *entrepreneur* (pengusaha); dan 4) fungsi negara sebagai *umpire* (pengawas, wasit) (Wolfgang Friedmann, 1971: 3).

RAGAAN 3

KONSEP PENGHITUNGAN GANTI KERUGIAN PENCEMARAN DAN ATAU PERUSAKAN LINGKUNGAN (KLH,2006: 6)



Fasilitator dari negara untuk tahap awal ini bisa diwakili oleh hakim, hal tersebut dikarenakan penyelesaian dengan prinsip *restorative justice* akan melibatkan pihak pelaku dan korban. Antara pelaku dan korban harus sama-sama didengar pada saat pemeriksaan pengadilan. Korban tidak hanya sebagai pelengkap penderita, namun sebagai subjek pokok yang seharusnya mendapat perlindungan. Prinsip perlindungan terhadap korban tetap harus mempertimbangkan kepentingan pelaku dalam hal ini korporasi. Jangan sampai perusahaan pada lari sehingga investasi turun gara-gara terlalu memihak kepada korban. Untuk itulah idealnya ada keseimbangan kepentingan antara pelaku dan korban (*daad dader strafrecht*).

Dalam kesepakatan antara pelaku dan korban tersebut yang paling utama adalah adanya pemberian ganti kerugian dari pelaku terhadap korban. Dalam konsep kedepan idealnya mengenai besar dan mekanisme ganti kerugian ini diatur dalam aturan pelaksanaan. Nilai besarnya ganti kerugian sesuai dengan kerugian obyek yang dilihat dari segi ekonomis. Sebagaimana dalam ragaan di bawah ini penentuan ganti kerugian diberikan setelah melalui beberapa tahap dengan beberapa pertimbangan. Jika tidak maka dalam pelaksanaan di lapangan akan kesulitan dan cenderung merugikan korban.

Langkah-langkah penghitungan ganti kerugian tersebut adalah sebagai berikut: (KLH, 2006: 7-8).

1. klarifikasi terhadap proses terjadinya pencemaran dan atau kerusakan lingkungan. Verifikasi dugaan terjadinya pencemaran dan atau perusakan sumber daya alam dan lingkungan dilakukan melalui dua langkah:
 - a. Identifikasi sumber pencemaran dan atau perusakan
 - b. Proses terjadinya pencemaran dan atau perusakan

2. Identifikasi lingkungan yang terkena pencemaran dan atau perusakan (sebagaimana ragaan di atas) terdiri dari langkah-langkah:
 - a. Identifikasi jenis media lingkungan yang tercemar dan atau rusak;
 - b. Penghitungan lamanya pencemaran dan atau kerusakan berlangsung;
 - c. Identifikasi pencemaran dan atau kerusakan terjadi secara langsung atau tidak langsung;
 - d. Pengukuran derajat pencemaran dan atau kerusakan yang terjadi
 - e. Identifikasi status kepemilikan sumber daya alam dan lingkungan yang terdiri dari: a. Sumber daya alam dan lingkungan milik publik; dan b. milik perorangan.

Jadi jika besarnya ganti rugi sudah ditentukan atau sudah diatur maka dalam pelaksanaan di lapangan sudah ada kepastian hukum sehingga menimbulkan rasa keadilan.

IV. SIMPULAN DAN SARAN

A. Simpulan

1. Penyelesaian kasus lingkungan hidup yang terjadi selama ini baik melalui jalur pengadilan maupun di luar pengadilan
 - a. Penyelesaian Kasus Lingkungan Hidup di luar Jalur Pengadilan
Penyelesaian sengketa lingkungan di luar pengadilan melalui *Alternative dispute resolution (ADB)* bersifat pilihan (suka rela) dan tidak berlaku terhadap tindak pidana lingkungan hidup. Penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan tersebut dapat difasilitasi melalui jasa pihak ketiga, baik yang memiliki kewenangan mengambil keputusan, untuk membantu menyelesaikan sengketa lingkungan hidup, seperti pemerintah dan/atau masyarakat.
 - b. Penyelesaian Kasus Pencemaran dan/ atau Perusakan Lingkungan melalui Jalur Pengadilan
Gugatan melalui pengadilan hanya dapat ditempuh apabila upaya penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang dipilih dinyatakan tidak berhasil oleh salah satu atau para pihak yang bersengketa. Penyelesaian ini dilakukan bisa melalui jalur penal dan non penal.
2. Implementasi perlindungan hukum terhadap korban pencemaran dan/ atau perusakan lingkungan hidup selama ini
Terhadap kasus pencemaran dan/atau perusakan lingkungan hidup yang diselesaikan melalui jalur pengadilan, pada umumnya belum memberikan perlindungan hukum pada korban. Dengan menjatuhkan sanksi pidana kepada pelaku seolah-olah sudah dirasa cukup. Tidak ada sanksi kewajiban membayar ganti kerugian oleh pelaku kepada korban, walaupun dalam UU No 23 tahun 2003 dan UUPPLH 2009 mengatur sanksi pidana tambahan terhadap korporasi berupa melakukan tindakan tertentu. Jika mau menggugat ganti kerugian bisa dilakukan melalui jalur keperdataan tetapi memerlukan waktu lama dan ganti kerugian yang didapat tidak seimbang dengan biaya yang dikeluarkan. Penyelesaian sengketa lingkungan yang diselesaikan melalui jalur di luar pengadilan pada umumnya lebih memuaskan para pihak, baik pelaku maupun korban.

3. Model ideal perlindungan hukum terhadap korban pencemaran dan /atau perusakan lingkungan oleh korporasi sesuai prinsip *restorative justice* di masa datang

Dengan mengacu ragaan yang dikemukakan oleh Tatsuya Oka maka pelaku dalam hal ini korporasi akan berhadapan dengan korban pencemaran lingkungan hidup dan negara sebagai fasilitator. Fasilitator dari negara untuk tahap awal ini bisa diwakili oleh hakim. Antara pelaku dan korban harus sama-sama didengar pada saat pemeriksaan pengadilan. Korban tidak hanya sebagai pelengkap penderita, namun sebagai subjek pokok yang seharusnya mendapat perlindungan. Namun demikian dalam perlindungan terhadap korban tetap harus mempertimbangkan kepentingan pelaku dalam hal ini korporasi. Jangan sampai perusahaan pada lari sehingga investasi turun gara-gara terlalu memihak kepada korban. Untuk itulah idealnya ada keseimbangan kepentingan antara pelaku dan korban (*daad dader strafrecht*).

Dalam kesepakatan antara pelaku dan korban tersebut yang paling utama adalah adanya pemberian ganti kerugian dari pelaku terhadap korban. Dalam konsep kedepan idealnya mengenai besar dan mekanisme ganti kerugian ini diatur dalam aturan pelaksanaan. Jika tidak maka dalam pelaksanaan di lapangan akan kesulitan dan cenderung merugikan korban.

B. SARAN

1. Perlu dilakukan reformulasi undang-undang lingkungan hidup yang memberikan perlindungan hukum terhadap korban
2. Pertanggungjawaban pelaku pencemaran dan/atau perusakan lingkungan tidak cukup hanya dikenakan sanksi pidana namun juga bertanggungjawab kepada korban sehingga perlu dibuat aturan pelaksanaannya.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdulkadir Muhammad, 2004, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti
- Arif Gosita, 1985, *Masalah Korban Kejahatan*, Akademika Pressindo.
- , 1987, *Relevansi Viktimologi Dengan Pelayanan terhadap Para Korban Perkosaan*, Jakarta, Ind Hill-Co.
- Barda Nawawi Arief, 1998, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Bandung, Citra Aditya Bakti.
- , 2007, *Masalah Penegakan Hukum dan kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Jakarta, Kencana.
- Bryan A Garner (editor in Chief), 2004, *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, Thomson West.
- Col. Veng Sothy, 2005, *Country Report on Victim Protection and Abuse of Power*; Kingdom of Cambodia Ministry of Interior , Commissariat General National Police, 02 August, 2005
- Didik M. Arief Mansur dan Elisatris Gultom, 2007, *Urgensi Perlindungan Korban Kejahatan*, Jakarta, Raja Grafindo Persada.
- Egon G. Guba dan Yvonna S, Lincoln, 1994, *Handbook of Qualitative Research*, London & New

- Delhi: Sage Publications International Education and Professional Publisher.
- General Assembly, 1985, United Nations, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 29 November 1985 96th plenary meeting
- Gunawan Widjaja, 2008, *Resiko Hukum Sebagai Direksi, Komisaris dan Pemilik PT*, Jakarta, Forum Sahabat.
- Herbert Edelhertz dan Geis, 2010, *Public Compensation Victims of Crime*, New York: Prager Publishing, 1974, hlm.4 dalam, Abdussalam, *Victimology*, Jakarta, PTIK.
- I.S. Susanto, 1998, *Tinjauan Kriminologis Terhadap Kejahatan Ekonomi*, Makalah disampaikan dalam Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi, 23-30 Nopember 1998, Semarang
- Jecky Tengens, *Pendekatan Restorative Justice* dalam Sistem Pidana Indonesia , www.hukumonline.com, diunggah selasa, 19 Juli 2011, Diunduh Selasa 28 Oktober 2014 Jam 12.05
- Johny Ibrahim, 2007, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang, Bayumedia Publishing.
- John P. J. Dussich, 2005, *Basic Concepts of Victimology*, The UNAFEI 131st International Training Course, September 27, 2005, Tuesday
- Kementerian Negara Lingkungan Hidup RI, 2006, *Status Lingkungan Hidup Indonesia 2006*, Jakarta.
- , 2006, *Panduan Penghitungan Ganti Kerugian Akibat Pencemaran dan atau Perusakan Lingkungan*
- Lexy J.Moleong, 1996, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Bandung, Remaja Rosdakarya.
- Mattew B Miles dan A Michael Huberman, 1992, *Analisis Data Kualitatif*, Jakarta, UI Press.
- Mas Achmad Santosa, 2003, dalam Seminar Pemikiran Perubahan Undang-undang No 23 Tahun 1997, 15 Desember 2003, di Jakarta
- Muhadar, 2006, *Viktimisasi Kejahatan Pertanahan*, Laksbang.
- Muladi, 1997, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro.
- N. H. T. Siahaan, 2002, *Hukum Lingkungan dan Ekologi Pembangunan*, Jakarta, Erlangga.
- Otto Soemarwoto et al, 1975, *Seminar Pengelolaan Sumber Daya Air*, Bandung, Lembaga Ekologi UNPAD.
- Philip Kristanto, 2004, *Ekologi Industri*, Yogyakarta, penerbit Andi dan Universitas Kristen Petra Surabaya.
- Rena Yulia, 2010, *Viktimologi Perlindungan Hukum terhadap Korban Kejahatan*, Jakarta, Graha Ilmu.
- R.M Gatot Sumartono, 1996, *Hukum Lingkungan Indonesia*, Jakarta, Sinar Grafika.
- Romli Atmasasmita, 2009, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, Jakarta, PT Fikahati Aneska.
- Ronald A. Anderson, Ivan Fox, David P. Twomey, *Business Law*, Cincinnati Ohio, South-Western Publishing. Co, 1984, hlm 641-642 dalam Dwidja Priyatno, 2009, *Kebijakan Legislasi Tentang Sistem Pertanggungjawaban Pidana Korporasi di Indonesia*, Bandung, CV. Utomo.
- Rudi Prasetyo, 1989, *Perkembangan Korporasi Dalam Proses Modernisasi dan Penyimpangan*

- penyimpangannya*, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional Kejahatan Korporasi di FH UNDIP Semarang 23-24 Nopember 1989
- Soetandyo Wignjosoebroto, 2002, *Hukum Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Huma, Jakarta.
- Soetandyo Wignjosoebroto, 2007, *Disertasi Sebuah Pedoman Ringkas Tentang Tatacara Penulisannya*, Laboratorium Sosiologi Fakultas Ilmu Sosial Dan Ilmu Politik Universitas Airlangga, Surabaya.
- Subekti dan R Tjitrosudibyo, 1979, *Kamus Hukum*, Jakarta, Pradnya Paramita.
- Sudharto P. Hadi, 2005, *Aspek Soaial AMDAL sejarah, Teori dan Metode*, Gadjah Mada University Press.
- , 2008, *Pilihan Penyelesaian Sengketa Lingkungan*, Disampaikan pada Diklat Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS), diselenggarakan oleh Pusdiklat Kementerian Negara Lingkungan Hidup, Serpong, 17 Nopember 2008
- Sukinta, 1997, *Perlindungan Hukum Ganti Kerugian Bagi Orang Yang Menjadi Korban Tindak Pidana Dalam Proses Pidana*, Tesis pada Program Magister Ilmu Hukum UNDIP, Semarang.
- Tatsuya Ota , 2005, *Victim Support Scheme & Restorative Justice in Asia* , UNAFEI, 9 September 2005
- United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, 1999, *Handbook on Justice for Victims* , New York.
- Wolfgang Friedmann, 1971, *The State and The Rule of Law in A Mixed Economy*, Steven and Sons, London.
- Yeni Widowaty, 2011, *Kebijakan Hukum Pidana Dalam Memberikan Perlindungan Hukum Terhadap Korban Tindak Pidana Lingkungan Hidup Oleh Korporasi*, Disertasi program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro.
- Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Zvonimir Paul Separovic, 2006, *Victimology, Studies Of Victims*, Zagreb, 1985 Dalam Muhadar, *Viktimisasi Kejahatan Pertanahan*, Laksbang.

M.Syamsudin

Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta. Jalan Tamansiswa No.158, Yogyakarta.
Email: sm.syamsudin@yahoo.com.au; syamsudin.jawandi@gmail.com

URGENSI PEMBARUAN *COMMERCIAL CODE* DI BIDANG PELAYARAN GUNA MENJAMIN PERLINDUNGAN HUKUM KONSUMEN (STUDI PERBANDINGAN DI PELABUHAN PORTKLANG MALAYSIA)

ABSTRACT

This study was aimed to reform some of regulations of the commercial code in shipping which are no longer adequate in the present development. The main issues of the study are: (1) How is the development of commercial code in regulating shipping matter in Indonesia?; (2) Which regulations of the commercial code are necessarily to be reviewed to guarantee the legal protection of consumers?; (3) How is the practice of commercial code in Malaysia as a comparison in regulating the port in Indonesia?. The study uses the traditions of normative legal research. Legal materials are collected by studying document both the primary legal materials and secondary legal materials. Legal materials are analyzed by both of themes and content analysis. The analysis of the theme is focused on topics of commercial code that needs to be reviewed. On the other hand, the content analysis is aimed to the contents of the legal provisions of the commercial code which are no longer appropriate, and it needs to be replaced by the new ones. The results of the study shows that there are some commercial code regulations that need to be reviewed namely: (1) It relates to the definition of the contract and the parties involved in the making of the contract; (2) It is necessary to determine the limits of

liability and responsibility of the carrier, and the protection of shippers (customers); (3) From the results of the comparative studies at the Port Klang Malaysia demonstrate that normatively Indonesia is not left behind in terms of regulating commercial Code. It demonstrates that in practice Indonesia has imposed the Hageu-Visby Rules 1968, although Indonesia has not yet ratified it. On the other hand, Malaysia still imposes the Hague Rule 1924. The facts prove that PortKlang in Malaysia is more advanced than the ports in Indonesia in terms of infrastructure availability. PortKlang engagesin 13th rank among ports in the world, while the ports in Indonesia are not included in the world rank.

Key words: Reform, Commercial Code, Consumer Protection Law

ABSTRAK

Studi ini bertujuan untuk mereview beberapa ketentuan *commercial code* di bidang pelayaran yang sudah tidak memadai lagi dengan perkembangan zaman. Pokok permasalahan yang menjadi fokus kajian adalah: bagaimanakah perkembangan dari *commercial code* yang mengatur bidang pelayaran pada saat ini di Indonesia? Ketentuan-ketentuan yang manakah dari *commercial code* yang perlu direview untuk menjamin perlindungan hukum konsumen? Bagaimanakah pelaksanaan *commercial code* di Pelabuhan PortKlang Malaysia sebagai bahan perbandingan dengan pelabuhan di Indonesia?. Penelitian ini mengikuti tradisi penelitian hukum normatif. Bahan-bahan hukum dikumpulkan dengan studi dokumen baik terhadap bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder. Bahan-bahan hukum dianalisis berdasarkan analisis tema dan analisis isi. Analisis tema ditekankan pada topik-topik ketentuan hukum dari *commercial code* yang perlu ditinjau ulang, sedangkan analisis isi ditujukan pada muatan isi dari ketentuan hukum dari *commercial code* yang sudah tidak sesuai lagi untuk digantikan yang baru. Hasil kajian menunjukkan bahwa terdapat beberapa ketentuan *commercial code* yang perlu direview yaitu terkait dengan pengertian kontrak dan para pihak yang terlibat dalam pembuatan kontrak; perlu pengaturan secara jelas dan tegas tentang kewajiban dan batas-batas tanggungjawab pengangkut, serta perlindungan terhadap pengirim dan penerima barang (konsumen). Dari hasil kajian perbandingan di Pelabuhan PortKlang Malaysia menunjukkan bahwa sesungguhnya Indonesia tidak tertinggal dalam hal pengaturan *Commercial Code*. Dalam praktik Indonesia telah memberlakukan *Hageu-Visby Rules* 1968, meskipun belum ada kejelasan tentang sudah diratifikasi atau belum, sedangkan Malaysia masih memberlakukan *Hague Rule* 1924. Fakta menunjukkan bahwa PortKlang di Malaysia lebih maju dibandingkan dengan pelabuhan di Indonesia dalam hal ketersediaan infrastruktur. PortKlang menempati rangkin 13 di antara pelabuhan-pelabuhan di dunia, sedangkan pelabuhan-pelabuhan di Indonesia tidak ada satupun yang masuk hitungan rangking yang diperhitungkan.

KataKunci: Pembaruan, Commercial Code, Perlindungan Hukum Konsumen

I. PENDAHULUAN

Istilah *Commercial Code* atau dalam peristilahan lain disebut dengan *Commercial Law* memiliki beberapa definisi. Wikipedia memberikan pengertian *Commercial Code* sebagai ‘*a commercial code is a codification of private law relating to merchants, trade, business entities (especially companies), commercial contracts and other matters such as negotiable instruments*’. (http://en.wikipedia.org/wiki/Commercial_code)

Di beberapa negara, *Commercial Code* juga disebut dengan istilah yang berbeda-beda, di Perancis, penyebutan istilah ini adalah ‘*Code de Commerce*’, yang diberlakukan sejak tahun 1807 sebagai salah satu bagian yang diatur dalam *Napoleon Code*. Aspek yang diatur meliputi transaksi bisnis, kepailitan, hukum bisnis dan yurisdiksi pengadilan dalam menyelesaikan permasalahan terkait. Di Jepang, yaitu *Commercial Code of Japan*, memuat tiga buku, yaitu Buku I tentang Ketentuan

Umum (*General Provision*), Buku II mengenai Perusahaan (*Corporation*) dan Buku III memuat pengaturan melalui pasal-pasal (*Commercial Act*).

Di dalam istilah Indonesia, *Commercial Code* diterjemahkan dengan 'Hukum Dagang', yang sumber utamanya adalah Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD). Oleh karena itu *Commercial Code* di bidang pelayaran pada judul tulisan ini dapat diartikan sebagai seluruh regulasi yang mengatur mengenai kegiatan niaga atau komersial di bidang pelayaran. Aspek niaga dalam kegiatan pelayaran di antaranya adalah, kegiatan usaha jasa perairan, pengaturan tarif, penyelesaian sengketa dan pengaturan tanggungjawab pelaku usaha di bidang pelayaran yang diatur dalam Buku II KUHD (khususnya Bab V-A tentang Pengangkutan barang) dan peraturan terkait.

Berdasarkan titik tolak dari cakupan Hukum Maritim dalam arti luas, menurut M. Husseyn Umar, Hukum Maritim meliputi baik hukum yang bersifat privat (keperdataan) maupun hukum publik. Lingkupnya meliputi: (a) Ketentuan-ketentuan yang menyangkut Hukum Privat (Keperdataan) secara khusus terdapat dalam Buku II KUHD dengan judul: "Hak-hak dan Kewajiban-Kewajiban yang Timbul dari Pelayaran"; (b) Ketentuan-ketentuan yang menyangkut Hukum Publik pada umumnya mengenai aspek teknis/nautis pelayaran, peraturan ekonomi (seperti persyaratan izin usaha dll) terdapat di berbagai peraturan perundangan yang tersebar (Ordonansi, undang-undang, peraturan pemerintah, surat keputusan menteri dsb).

Di bidang Hukum Privat (Perdata), Buku II KUHD memuat materi hukum yang meliputi: (1) Kapal laut dan muatannya; (2) Pengusaha kapal dan pengusaha pelayaran; (3) Nakhoda, awak kapal dan pelayar; (4) Perjanjian kerja laut; (5) Mencarterkan dan mencarter kapal; (6) Pengangkutan barang; (7) Pengangkutan orang; (8) Tubrukan kapal; (9) Kapal karam, kandas dan penemuan barang di laut; (10) Asuransi atau pertanggungjawaban terhadap bahaya-bahaya di laut; (11) Awar (kerugian di laut); (12) Hapusnya perikatan-perikatan dalam perdagangan laut; (13) Kapal dan alat pelayaran di sungai dan perairan pedalaman (Umar, 2001: 157-158-).

Kondisi saat ini, ketentuan-ketentuan dalam Buku II KUHD banyak yang sudah ketinggalan zaman, karena adanya perkembangan teknologi, pola-pola transportasi dan konvensi-konvensi internasional. Dalam praktik di dunia pelayaran, terutama pelayaran dari atau ke luar negeri digunakan ketentuan-ketentuan yang lazim berlaku di dunia internasional, sehingga ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam KUHD sepenuhnya dikesampingkan. Demikian pula pelayaran dalam negeri, beberapa ketentuan penting KUHD tidak dapat dilaksanakan, a.l. mengenai batas tanggungjawab pengangkut yang tidak memadai karena besarnya batas ganti rugi secara nominal dalam ketentuan Pasal 470 dan 474 yang tidak mencerminkan batas ganti rugi yang wajar (Umar, 2001: 162-163). Di bidang hukum publik, khususnya mengenai hal-hal yang bersifat teknis dan juga yang menyangkut kesejahteraan sosial terdapat berbagai kesenjangan karena sebagian besar dari KUHD tersebut belum mengalami penyesuaian dengan berbagai konvensi internasional, meskipun beberapa konvensi telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia (Umar, 2001: 178). Oleh karena itu perlu dikaji lebih lanjut tentang permasalahan ini. Untuk itu, kajian ini akan difokuskan pada rumusan masalah sebagai berikut: (1) Bagaimanakah perkembangan *commercial*

code yang mengatur bidang pelayaran saat ini di Indonesia?; (2) Ketentuan-ketentuan yang manakah dari *commercial code* yang perlu ditinjau ulang untuk mendukung perlindungan konsumen di Indonesia saat ini?; (3) Bagaimanakah pelaksanaan *commercial code* di Pelabuhan Port Klang Malaysia sebagai bahan banding dengan pelabuhan-pelabuhan di Indonesia?

II. METODE PENELITIAN

Penelitian ini mengikuti tradisi penelitian hukum normatif. Bahan-bahan hukum dikumpulkan dengan studi dokumen baik terhadap bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder. Meskipun peneliti terjun ke lapangan, namun bahan hukum yang dikumpulkan tetap berupa bahan-bahan hukum baik yang primer maupun sekunder yang diorientasikan untuk menjawab permasalahan hukum yang diajukan. Bahan-bahan hukum tersebut dianalisis berdasarkan analisis tema dan analisis isi. Analisis tema ditekankan pada topik-topik ketentuan hukum dari *commercial code* yang perlu dilakukan evaluasi dan juga direview, sedangkan analisis isi ditujukan pada muatan isi dari ketentuan hukum dari *commercial code* yang perlu direview.

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. Selintas tentang Perkembangan *Commercial Code* di Indonesia

Menurut sejarahnya, KUHD (aslinya W.v.K.) yang berlaku di Indonesia berasal dari Negara Belanda. Di Belanda sendiri W.v.K mulai dinyatakan berlaku sejak 1 Oktober 1838. Pada waktu itu dunia luar memuji kodifikasi yang dilakukan oleh pemerintah Belanda, karena cara penyusunannya sangat baik. Tetapi kemudian terjadilah kemajuan yang sangat pesat (revolusioner) dengan ditemukannya Mesin Uap yang diterapkan pada kapal-kapal laut, sehingga kapal-kapal tersebut berlayar dengan menggunakan Mesin Uap. Perubahan ini membawa akibat berubahnya hukum bagi nakhoda dan para pengusaha kapal, terutama yang terkait dengan risiko. Dengan digunakannya uap untuk menjalankan kapal, maka kodifikasi tahun 1838 yang dulunya mendapat pujian, kemudian dianggap sudah tidak memadai lagi dengan perkembangan kemajuan teknologi perkapalan (Soedjono, 1982: 10).

Melihat perkembangan tersebut, terdapat upaya-upaya untuk memperbarui Hukum Laut, yang dianggap sudah ketinggalan zaman. Upaya-upaya tersebut oleh H.M.N. Purwosutjipto diringkaskan sebagai berikut: (a) Pada akhir abad ke-18 (1890), atas dorongan dari Kamar Dagang Rotterdam diusulkan kepada Pemerintah Belanda agar memperbarui Hukum Laut. Komisi yang dibentuk oleh Kamar Dagang tersebut berhasil mengumumkan rencana perubahan/pembaruan Hukum Laut pada tahun 1901; (b) Karena desakan dan dorongan kepada pemerintah Belanda ini makin santer, maka akhirnya pada tahun 1905 Menteri Kehakiman Belanda pada waktu itu, Mr.E.E. Van Raalte, memerintahkan kepada Prof.Mr.W.L.P.A Molengraaff untuk menyusun rencana pembaruan Hukum Laut dan Rencana tersebut telah selesai pada tahun 1907; (c) Rencana tersebut kemudian dikirim kepada Raad van State untuk advis, yang baru diberikan pada tahun 1910; (d) Dengan disahkan *Traktat Brussels* pada tahun 1910 tentang Tubrukan Kapal, uang tolong dan

uang penyelamat (*hulp en bergloot*), maka rencana undang-undang tersebut disesuaikan dengan Traktat Brussels oleh penyusunnya dan baru pada tahun 1914 dapat diumumkan; (e) Pada tahun 1920 rencana undang-undang pembaruan Hukum Laut itu oleh Menteri Kehakiman Belanda pada waktu itu, Mr.Heemskerk diajukan kepada Staten Generaal; (f) Pada tahun 1924 rencana undang-undang tersebut dibicarakan dalam Staten Generaal dan pada tanggal 22 Desember 1924 diundangkan dalam S.Ned.1924-573; (g) Pada tahun 1924 itu juga telah diterima sebagai perjanjian internasional “*The Hague Rule*”. Ini merupakan suatu alasan untuk merubah undang-undang tentang “Hukum Laut” yang baru saja dundangkan itu. Hal ini terjadi pada tahun 1926; (h) Undang-undang Hukum Laut Baru tahun 1926 ini mengatur tentang: kapal-kapal laut, pengusaha kapal, nakhoda, carter kapal, pengangkutan laut, dan tubrukan kapal. Ini mulai diberlakukan sejak 1 Pebruari 1927 bersama-sama dengan undang-undang tentang: Surat-Surat Laut (*Zeebrievenwet*) yang diundangkan pada tanggal 10 Juni 1926 (S.Ned.1926-171); (i) Undang-undang tentang Hukum Laut yang baru tersebut setelah dilakukan beberapa perubahan kemudian diberlakukan di Hindia Belanda (Indonesia) dan semua daerah jajahan Belanda lainnya. Untuk Hindia Belanda (Indonesia) Hukum Laut yang baru ini dimasukkan dalam S.1933-47 jjs 38-1 dan 2, yang mulai berlaku pada 1 April 1938. Pemberlakuan tersebut didasarkan pada asas konkordansi, yakni W.v.K Hindia Belanda konkordans dengan W.v.K Belanda (H.M.N.Purwosutjipto, 1985: 5-8).

Sejak proklamasi 17 Agustus 1945, W.v.K Indonesia (KUHD) tetap diberlakukan berdasarkan pada asas toleransi yuridis Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945: “Segala peraturan perundang-undangan dan lembaga negara yang ada masih tetap berlaku selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini”. Dengan demikian sejak proklamasi 17/8/1945 KUHD tetap dalam keadaan seperti pada saat diberlakukan oleh pemerintah Belanda.

Semangat kemerdekaan Indonesia telah membangkitkan bangsa Indonesia untuk membangun dan mengembangkan industri pelayaran nasional, yang selama zaman penjajahan dikuasai oleh perusahaan pelayaran milik Belanda. Pelayaran pantai (*cabotage*), yaitu pelayaran antar pulau di Indonesia, sejak tahun 1891 dikuasai dengan hak monopoli oleh N.V. KPM (*Koninklijke Paketvaart Maatschappij*) yang terikat oleh suatu kontrak yang disebut “*Groot Archipel Contract*” dengan pemerintah Belanda. Untuk pelayaran ke/dari luar negeri, diselenggarakan oleh perusahaan-perusahaan Belanda lainnya dan milik asing.

Perubahan kebijakan terjadi pada tahun 1936 setelah dikeluarkannya *Indische Scheepvaartwet* 1936 (UU Pelayaran, S.1936. No.700) oleh pemerintah Belanda. Undang-undang Pelayaran 1936 ini yang menjadi dasar pengaturan pelayaran setelah Indonesia merdeka berdasarkan asas toleransi yuridis. Perkembangan beberapa peraturan perundangan yang menjadi dasar pengaturan pelayaran setelah Indonesia merdeka seperti diuraikan berikut ini, yang meliputi: (a) Rezim UU pelayaran 1936; (b) Rezim UU No.21 Tahun 1992 tentang Pelayaran; dan (c) Rezim UU No.17 tahun 2008 tentang Pelayaran.

a. Rezim UU Pelayaran 1936

Beberapa peraturan-peraturan pelaksanaan yang lahir berdasarkan UU Pelayaran 1936 tersebut antara lain: (a) PP No. 61/ 1954 tentang Perusahaan Muatan Kapal Laut; (b) PP No. 47/1957 tentang penyelenggaraan pelayaran dalam fungsinya untuk perkembangan ekonomi sosial; (c) PP No.12 tahun 1962 tentang revisi atas PP No.47 tahun 1957 meskipun tidak secara eksplisit mencabutnya; (d) PP No.5 Tahun 1964 mencabut PP No.47/1957 dan PP No.12/1962; (e) PP No.2 tahun 1969 menyempurnakan PP No.5 tahun 1964; (f) INPRES No.4 tahun 1985 ditujukan untuk melaksanakan dan mengambil langkah-langkah guna makin memperlancar arus barang antar pulau, ekspor dan impor, dalam rangka peningkatan kegiatan ekonomi dan ekspor komoditi non-migas; (g) PP No. 25 tahun 1985 secara fundamental mengubah ketentuan yang dianut dalam PP No.2/ 1969 dimana kegiatan bongkar muat termasuk dalam lingkup kegiatan perusahaan pelayaran; (h) PP No. 17 Tahun 1988 (Pakno 21); (i) INPRES No. 3 tahun 1991 mengatur kembali tata laksana ekspor dan impor dengan mengembalikan fungsi dan tugas-tugas Direktorat Jenderal Bea dan Cukai dan menetapkan kembali wewenang dan tugas-tugas operasional pelabuhan, khususnya Surveyor yang ditetapkan oleh pemerintah.

b. Rezim UU No.21 Tahun 1992 tentang Pelayaran

Undang-undang ini mulai berlaku 1 September 1992 dan mengatur segala aspek pelayaran baik nautik-teknis, ekonomi pelayaran, maupun hal-hal teknis perundang-undangan yang lazim yaitu ketentuan pidana, ketentuan peralihan dan penutup. Secara substantif muatan UU tersebut meliputi: kenavigasian (lalu lintas di laut), kepelabuhanan, perkapalan (termasuk kelaiklautan kapal), peti kemas, pengukuran, pendaftaran kapal, awak kapal, pencegahan dan penanggulangan pencemaran laut oleh kapal, pengangkutan, kecelakaan kapal, pencarian dan pertolongan, serta sumber daya manusia.

Dari aspek ekonomi Undang-undang ini membuat terobosan penting karena memuat ketentuan yang merupakan kebijakan dasar untuk mengembangkan armada niaga dan usaha pelayaran nasional yang selama ini belum pernah ditetapkan dengan UU. Dalam Undang-undang tersebut disebutkan adanya 61 kali mengenai perlunya peraturan pemerintah. Yang menarik terkait dengan *Commercial Code* adalah pengaturan tentang nakhoda/pemimpin kapal dan anak buah kapal. Ketentuan tersebut menimbulkan kerancuan mengingat Buku II KUHD juga mengatur hal yang sama secara luas. Memang dalam hal ini dapat diterapkan asas *lex posteriore derogat lex priori*. Namun jika dilihat dari masalahnya pengaturan yang terdapat dalam KUHD Buku II jauh lebih luas jangkauannya.

Masalah awak kapal ini sebenarnya mengandung 2 aspek, yaitu aspek hukum publik dan aspek hukum privat. Aspek hukum publik terkait dengan tugas, tanggungjawab dan kedudukan awak kapal dalam penegakan peraturan terkait keselamatan kapal dan pelayaran. Aspek privat terkait hubungan hukum antara nakhoda dan anak buah kapal dengan pemilik atau operator kapal dengan pemilik/ pengirim barang.

c. Rezim UU No.17 tahun 2008 tentang Pelayaran

Dalam perjalanan waktu, Undang-undang No.21/1992 tentang Pelayaran perlu dilakukan penyesuaian karena telah terjadi berbagai perubahan paradigma dan lingkungan strategis, baik dalam sistem ketatanegaraan Indonesia seperti penerapan otonomi daerah atau adanya kemajuan di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi.

Pengertian “pelayaran” sebagai sebuah sistem telah berubah dan meliputi angkutan di perairan, kepelabuhanan, keselamatan dan keamanan pelayaran, serta perlindungan lingkungan maritim. Pengertian ini memerlukan penyesuaian dengan kebutuhan dan perkembangan zaman serta ilmu pengetahuan dan teknologi agar dunia pelayaran Indonesia dapat berperan di dunia internasional.

Atas dasar hal-hal tersebut, maka disusunlah UU Pelayaran baru yang merupakan penyempurnaan dari Undang-undang No. 21/1992. Penyelenggaraan pelayaran sebagai sebuah sistem diharapkan dapat memberikan manfaat yang sebesar-besarnya kepada seluruh rakyat, bangsa dan negara. UU ini diharapkan dapat memupuk dan mengembangkan jiwa kebaharian, dengan mengutamakan kepentingan umum, dan kelestarian lingkungan, koordinasi antara pusat dan daerah, serta pertahanan keamanan negara.

Undang-undang No.17/2008 memuat empat unsur utama yakni angkutan di perairan, kepelabuhanan, keselamatan dan keamanan pelayaran, serta perlindungan lingkungan maritim. Keempat unsur utama tersebut dapat diuraikan sebagai berikut: (a) Pengaturan bidang angkutan di perairan memuat prinsip pelaksanaan asas *cabotage* dengan cara pemberdayaan angkutan laut nasional yang memberikan iklim kondusif guna memajukan industri angkutan di perairan. Ini ditempuh antara lain adanya kemudahan di bidang perpajakan dan permodalan dalam pengadaan kapal serta adanya kontrak jangka panjang untuk angkutan. Dalam rangka pemberdayaan industri angkutan laut nasional, dalam UU ini diatur pula mengenai hipotek kapal. Pengaturan ini merupakan salah satu upaya untuk meyakinkan kreditor bahwa kapal Indonesia dapat dijadikan agunan berdasarkan peraturan perundang-undangan, sehingga diharapkan perusahaan angkutan laut nasional akan mudah memperoleh dana untuk pengembangan armadanya; (b) Pengaturan untuk bidang kepelabuhanan memuat ketentuan mengenai penghapusan monopoli dalam penyelenggaraan pelabuhan, pemisahan antara fungsi regulator dan operator serta memberikan peran serta pemerintah daerah dan swasta secara proposional di dalam penyelenggaraan kepelabuhanan; (c) Pengaturan untuk bidang keselamatan dan keamanan pelayaran memuat ketentuan yang mengantisipasi kemajuan teknologi dengan mengacu pada konvensi internasional yang cenderung menggunakan peralatan mutakhir pada sarana dan prasarana keselamatan pelayaran, di samping mengakomodasi ketentuan mengenai sistem keamanan pelayaran yang termuat dalam “*International Ship and Port Facility Security Code*”; (d) Pengaturan untuk bidang perlindungan lingkungan maritim memuat ketentuan mengenai pencegahan dan penanggulangan pencemaran lingkungan laut yang bersumber dari pengoperasian kapal dan sarana sejenisnya dengan mengakomodasikan ketentuan internasional terkait seperti

“*International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*”.

Selain keempat hal tersebut, yang juga diatur secara tegas dan jelas dalam UU ini adalah pembentukan institusi di bidang penjagaan laut dan pantai (*Sea and Coast Guard*) yang dibentuk dan bertanggung jawab kepada Presiden dan secara teknis operasional dilaksanakan oleh Menteri. Penjaga laut dan pantai memiliki fungsi komando dalam penegakan aturan di bidang keselamatan dan keamanan pelayaran, dan fungsi koordinasi di bidang penegakan hukum di luar keselamatan pelayaran. Penjagaan laut dan pantai tersebut merupakan pemberdayaan Badan Koordinasi Keamanan Laut dan Kesatuan Penjagaan Laut dan Pantai. Dengan pengaturan ini diharapkan penegakan aturan di bidang keselamatan dan keamanan pelayaran dapat dilaksanakan secara terpadu dan terkoordinasi dengan baik sehingga tidak terjadi tumpang tindih kewenangan penegakan hukum di laut yang dapat mengurangi citra Indonesia dalam pergaulan antarbangsa. Terhadap Badan Usaha Milik Negara yang selama ini telah menyelenggarakan kegiatan perusahaan pelabuhan tetap dapat menyelenggarakan kegiatan yang sama dengan mendapatkan pelimpahan kewenangan Pemerintah, dalam upaya meningkatkan peran Badan Usaha Milik Negara guna mendukung pertumbuhan ekonomi.

Dengan diundangkannya UU 17/2008, berbagai ketentuan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan lain yang berkaitan dengan pelayaran, antara lain KUHD (*Wetboek van Koophandel*), Ordonansi Laut Teritorial dan Lingkungan Maritim Tahun 1939, UU No. 1 Tahun 1973 tentang Landas Kontinen Indonesia, UU No. 5 Tahun 1983 tentang Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia, UU No. 17 Tahun 1985 tentang Pengesahan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hukum Laut 1982 (*United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982*), UU No.6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia, UU No.23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, UU No. 31 Tahun 2004 tentang Perikanan, dan sepanjang menyangkut aspek keselamatan dan keamanan pelayaran tunduk pada pengaturan UU ini.

Dalam UU ini kebijakan baru yang lahir adalah terbukanya peluang bagi diperlakukannya privatisasi dalam penyediaan layanan kepelabuhanan. Kebijakan privatisasi yang dikembangkan dalam penyediaan layanan pelabuhan ini diharapkan memiliki beberapa manfaat, yaitu: (a) Menaikkan efisiensi manajemen layanan pelabuhan; (b) Memberdayakan sektor swasta untuk menginvestasikan dana mereka dalam mengembangkan dan mengoperasikan infrastruktur dan fasilitas layanan pelabuhan; (c) Menarik pasar baru, investasi, dan aplikasi teknologi dari sektor swasta yang memiliki kinerja lebih baik dalam mengelola layanan pelabuhan; (d) Meningkatkan kualitas layanan konsumen dengan harga bersaing.

Model yang dikembangkan dalam privatisasi pelabuhan ini adalah publik-swasta yang memposisikan fungsi regulator pelabuhan dan pemilik tanah pelabuhan pada wilayah publik (pemerintah) dan memberikan ruang bagi swasta untuk masuk dan berkompetisi pada wilayah operator pelabuhan. Upaya peningkatan sembilan layanan pelabuhan dalam UU ini dikembangkan dengan membangun interaksi yang relevan antara otoritas pelabuhan, operator pelabuhan dan pengguna layanan jasa pelabuhan.

Pola interaksi tersebut merupakan perwujudan dari integrasi ketiga komponen untuk mencapai tujuan bersama yaitu optimalisasi pelayanan. Dengan demikian segala jenis pelayanan jasa yang diusahakan di pelabuhan tidak boleh terpisah dari kontribusi semua komponen yang terlibat dalam kegiatan pelabuhan, baik yang terjadi secara langsung maupun tidak langsung. Target yang ingin dicapai dari interaksi ini adalah optimalisasi pelayanan pelabuhan.

Terkait dengan *Commercial Code*, beberapa hal yang perlu diperhatikan adalah usaha jasa terkait dengan angkutan di perairan, yaitu: (1) Bongkar muat barang; (2) Jasa pengurusan transportasi; (3) Angkutan perairan pelabuhan; (4) Penyewaan peralatan angkutan laut atau peralatan jasa terkait dengan angkutan laut; (5) *Tally* mandiri; (6) Depo peti kemas; (7) Pengelolaan kapal (*ship management*); (8) Perantara jual beli dan/atau sewa kapal; (9) Keagenan awak kapal; (10) Keagenan kapal; dan (11) Perawatan dan perbaikan kapal. Berbagai usaha jasa tersebut di samping mengandung aspek hukum publik seperti perizinan, juga mengandung aspek hukum privat misalnya terkait dengan kontrak-kontrak yang harus dibuat.

B. Beberapa Ketentuan *Commercial Code* yang perlu di Review untuk Menjamin Perlindungan Hukum Konsumen di Bidang Pelayaran

Aspek Hukum Privat (Perdata) tentang penyelenggaraan angkutan laut di Indonesia sumber utamanya adalah Buku II KUHD. Muatan isi dalam Buku II tersebut mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang timbul dari pelayaran. Cakupan meterinya cukup luas yang pada pokoknya mengatur hal-hal yang berhubungan dengan kapal laut dan muatannya, pemilik/pengusaha kapal, nakhoda dan awak kapal, pengangkutan barang dan orang, tubrukan kapal, bencana kapal, kerugian di laut (awar), asuransi laut, hapusnya perikatan-perikatan dalam perdagangan melalui laut dan juga mengenai kapal dan alat pelayaran sungai dan perairan pedalaman.

Ketentuan-ketentuan yang terdapat pada Buku II KUHD tersebut merupakan produk hukum dari masa Kolonial Belanda dan isinya praktis tidak mengalami perubahan hingga saat ini. Padahal dilihat dari perkembangan Hukum Maritim Internasional dan bahkan untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri sekalipun banyak dari ketentuan-ketentuan tersebut sudah tidak memadai untuk diterapkan. Pada saat ini, berbagai konvensi internasional telah lahir dan bahkan sebagian besar telah diterapkan dalam praktik angkutan laut dan pelayaran internasional. Konvensi yang paling menonjol adalah Konvensi Brussel 1920 mengenai penyeragaman ketentuan tentang konosemen (B/L) yang terkenal dengan nama *Hague Rules* yang kemudian mengalami perubahan dalam Protokol 1967 sehingga terkenal dengan nama *Hague-Visby Rules*. Dalam pada itu telah lahir pula Konvensi Pengangkutan Melalui Laut 1982 yang dikenal dengan nama *Hamburg Rules* yang dimaksudkan untuk pada waktunya menggantikan *Hague/Hague-Visby Rules*.

Di samping itu terdapat pula Konvensi Mengenai Angkutan Barang Multimoda 1980 dan khusus mengenai angkutan penumpang dan barang bawanya. Di sisi lain juga terdapat Incoterm (*International Commercial Terms*) 2010 sebagai usaha dari pelaku bisnis internasional dalam

pengaturan kegiatan bisnis angkutan laut. Incoterm adalah kodifikasi dari peraturan internasional untuk keseragaman interpretasi pasal-pasal kontrak dalam perdagangan internasional. Incoterm merupakan perjanjian antara *seller* dan *buyer*. Dalam Incoterm, *seller* dan *buyer* menetapkan hal-hal yang harus dilakukan dalam suatu *sales contract* untuk menghindari perselisihan dalam pengangkutan laut. Berbagai konvensi dan peraturan lainnya yang bersifat internasional tersebut perlu mendapatkan perhatian untuk pengembangan hukum privat maritim di Indonesia ke depan.

Berikut ini diuraikan hasil review terhadap beberapa aspek pengangkutan barang melalui laut yang perlu mendapatkan perhatian untuk pembaruan *Commercial Code* Indonesia ke depan.

1. Pengertian Kontrak dan Para Pihak yang Terlibat

Sebuah kontrak pengangkutan barang melalui laut pada intinya melibatkan dua pihak yaitu pengirim (*shipper*) dan pengangkut (*carrier*). Namun dalam praktik, pengiriman barang melalui laut melibatkan banyak pihak yang masing-masing mempunyai fungsi dan kepentingannya sendiri. Para pihak tersebut meliputi: (a) Pengirim barang (*shipper*), yaitu orang atau badan hukum yang memiliki barang untuk dikirim dari satu pelabuhan asal ke pelabuhan tujuan; (b) Penerima barang (*consignee*), yaitu orang atau badan hukum yang akan menerima barang yang dikirim oleh *shipper*; (c) Ekspedisi Muatan Kapal Laut (EMKL) atau *freight forwarder*; yaitu perusahaan yang ditunjuk mengurus dan menyelesaikan dokumen angkutan laut, baik ekspor maupun impor, termasuk mengangkut barang dari gudang *shipper* ke gudang lini I atau mengangkut barang dari gudang lini I ke gudang *consignee*. EMKL dapat berfungsi sebagai wakil eksportir dan dapat pula berfungsi sebagai importir; (d) Perusahaan Bongkar Muat (PBM), perusahaan yang khusus bergerak dalam kegiatan bongkar-muat dari dan ke kapal; (e) Pengangkut barang (*carrier*), yaitu perusahaan pelayaran yang melaksanakan pengangkutan dari pelabuhan muat ke pelabuhan tujuan; (f) PT (Persero) PELINDO, adalah BUMN yang menyediakan fasilitas pelabuhan, baik fasilitas untuk kapal maupun untuk barang; (g) Bea dan Cukai, pihak yang bertanggungjawab terhadap barang-barang yang dibongkar-muat dari dan ke kapal sehubungan dengan pungutan pajak ekspor-impor; (h) Karantina Hewan/Tumbuhan, merupakan pihak yang bertanggungjawab terhadap pengawasan kesehatan barang (hewan dan tumbuhan) yang dibongkar-muat dari dan ke dalam kapal.

Jika dicermati secara seksama, KUHD belum mengatur secara jelas pengertian perjanjian pengangkutan dan pihak-pihak yang menjadi subyek hukum dalam perjanjian tersebut. Pasal 466 KUHD hanya mengatur pengertian tentang pengangkut. Untuk menjamin adanya kejelasan dan kepastian hukum dari para pihak yang menjadi subyek hukum dalam perjanjian, maka diperlukan rumusan yang jelas tentang pengertian perjanjian pengangkutan dan juga pihak-pihak yang menjadi subyek hukumnya. Untuk itu diusulkan rumusan sebagai berikut:

- a. Kontrak pengangkutan barang melalui laut (*Contract of carriage of goods by sea*) adalah kontrak pengangkutan barang di mana antara pengangkut dan pengirim bersepakat untuk membawa barang di atas kapal laut dari satu pelabuhan ke pelabuhan lain dan meliputi pula kegiatan

penyerahan barang di wilayah laut yang disepakati dalam perjanjian.

- b. Pengangkut (*Carrier*) adalah setiap orang atau badan hukum yang namanya tertuang dalam perjanjian pengangkutan barang melalui laut atau pihak yang melakukan perjanjian kepada perusahaan pelayaran berdasarkan perjanjian carter menurut waktu atau carter menurut perjalanan.
- c. Pengirim barang (*Shipper*) adalah setiap orang atau badan hukum yang melakukan perjanjian pengangkutan barang melalui laut dengan pengangkut yang memiliki nama atas barang tersebut yang diangkut oleh pengangkut.
- d. Penerima barang (*Consignee*) adalah orang atau badan hukum yang berhak untuk mengambil pengiriman barang.

2. Kewajiban Pengangkut

Kewajiban pengangkut diatur dalam Pasal 467 KUHD, yang menentukan bahwa kewajiban pengangkut adalah menyelenggarakan pengangkutan barang dan menjaga keselamatan barang yang diangkut mulai dari diterimanya dari pengirim sampai diserahkan kepada penerima. Ketentuan tersebut dipertegas oleh Undang-undang No.17/2008 tentang Pelayaran pada Pasal 38 yang menentukan:

- 1) Perusahaan angkutan di perairan wajib mengangkut penumpang dan/atau barang terutama angkutan pos yang disepakati dalam perjanjian pengangkutan.
- 2) Perjanjian pengangkutan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibuktikan dengan karcis penumpang dan dokumen muatan.
- 3) Dalam keadaan tertentu Pemerintah memobilisasi armada niaga nasional.

Dari rumusan yang sudah ada, baik pada KUHD maupun UU 17/2008, diusulkan rumusan baru untuk memperbarui KUHD sebagai berikut:

Kewajiban Pengangkut

- Pengangkut wajib membawa barang ke tempat tujuan dan menyerahkan barang dalam keadaan sesuai dengan kondisi ketika mereka menerimanya.
- Pengangkut wajib membawa tanpa ada penundaan.

3. Tanggungjawab Pengangkut

Untuk tanggungjawab pengangkut diatur dalam Psl.468 ayat (1), (2) dan (3) KUHD. Dari kewajiban yang ditentukan oleh undang-undang, melahirkan tanggungjawab pengangkut, yaitu menjaga keselamatan barang yang diangkutnya. Oleh karena itu, segala hal yang mengganggu keselamatan barang, yang merugikan pengirim atau penerima, menjadi tanggungjawab pengangkut. Tanggungjawab ini berarti pengangkut berkewajiban menanggung segala kerugian yang timbul atas barang yang diangkutnya selama dalam batas-batas pengangkutan. Karena pihak lawan dari pengangkut adalah pengirim, maka pengangkut harus bertanggungjawab kepada

pengirim.

Rumusan pasal-pasal yang mengatur tanggungjawab pengangkut baik dalam KUHD maupun Undang-undang No.17/2008 dapat dicermati sebagai berikut ini.

- Pasal 468 ayat (1) KUHD menentukan bahwa pengangkut bertanggungjawab atas barang yang diangkutnya sejak barang diterima olehnya sampai barang tersebut diserahkan kepada si penerima.
- Psl 468 ayat (2) KUHD menentukan bahwa pengangkut diwajibkan mengganti segala kerugian yang disebabkan karena barang tersebut seharusnya atau sebegini tidak dapat diserahkan, atau karena terjadi kerusakan pada barang itu, kecuali apabila dapat dibuktikan bahwa tidak diserahkan barang atau kerusakan tadi disebabkan oleh suatu malapetaka yang selayaknya tidak dapat dicegah maupun dihindarkannya atau cacat dari barang tersebut atau kesalahan dari yang mengirimkannya.
- Psl 468 ayat (3) KUHD menentukan bahwa Pengangkut juga bertanggungjawab terhadap segala perbuatan mereka yang dipekerjakan bagi kepentingan pengangkutan dan segala barang (alat-alat) yang dipakainya untuk menyelenggarakan pengangkutan.

Pasal 468 KUHD tersebut dipertegas oleh Undang-undang No.17/2008 tentang Pelayaran.

Pasal 40 menentukan:

- 1) Perusahaan angkutan di perairan bertanggung jawab terhadap keselamatan dan keamanan penumpang dan/atau barang yang diangkutnya.
- 2) Perusahaan angkutan di perairan bertanggung jawab terhadap muatan kapal sesuai dengan jenis dan jumlah yang dinyatakan dalam dokumen muatan dan/atau perjanjian atau kontrak pengangkutan yang telah disepakati.

Pasal 41 menentukan:

- 1) Tanggung jawab sebagaimana dimaksud dalam Pasal 40 dapat ditimbulkan sebagai akibat pengoperasian kapal, berupa:
 - a. kematian atau lukanya penumpang yang diangkut;
 - b. musnah, hilang, atau rusaknya barang yang diangkut;
 - c. keterlambatan angkutan penumpang dan/atau barang yang diangkut; atau
 - d. kerugian pihak ketiga.
- 2) Jika dapat membuktikan bahwa kerugian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b, huruf c, dan huruf d bukan disebabkan oleh kesalahannya, perusahaan angkutan di perairan dapat dibebaskan sebagian atau seluruh tanggung jawabnya.
- 3) Perusahaan angkutan di perairan wajib mengasuransikan tanggung jawabnya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan melaksanakan asuransi perlindungan dasar penumpang umum sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Dari rumusan yang sudah ada baik pada KUHD maupun Undang-undang 17/2008, diusulkan rumusan baru untuk memperbarui KUHD tentang tanggungjawab pengangkut sebagai berikut:

Pengangkut bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan oleh hilangnya atau kerusakan barang serta dari keterlambatan dalam pengiriman jika kejadian yang menyebabkan kehilangan, kerusakan atau penundaan yang terjadi kecuali pengangkut dapat membuktikan ada keadaan terpaksa sehingga dapat terhindar dari tanggungjawab tersebut.

Untuk mempertanggungjawabkan pengangkut ini dapat didasarkan pada 2 (dua) hal yaitu 'wanprestasi' dan 'perbuatan melawan hukum' (PMH). Sarana wanprestasi dapat digunakan jika terdapat unsur kesalahan dari pengangkut terkait dengan pelaksanaan kontrak yang merugikan pengirim. Unsur kesalahan dapat meliputi kesengajaan dan kelalaian yang dilakukan oleh pengangkut. Pengangkut dapat terbebas dari unsur kesalahan ini jika ia dapat membuktikan bahwa perbuatannya itu benar-benar di luar kemampuan pengangkut atau dalam keadaan *force major* (*overmacht*). Sementara itu, sarana pmh dapat digunakan jika pengangkut melanggar ketentuan perundang-undangan di luar kontrak pengangkutan, seperti melanggar UU 17/2008 dan Undang-undang lain yang terkait. Semuanya harus dibuktikan dalam proses peradilan oleh hakim.

4. Pembatasan Tanggung Jawab Pengangkut

Pembatasan Tanggungjawab pengangkut diatur dalam Pasal 470, 474, 475, 476 dan 477KUHD. Muatan isi Pasal 470 adalah sebagai berikut:

Psl 470 ayat (1) menentukan bahwa larangan bagi pengangkut memperjanjikan tidak bertanggungjawab sama sekali atau hanya bertanggungjawab sampai suatu batas harga tertentu, bagi kerugian yang disebabkan: (1) kurang diusahakannya pemeliharaan, perlengkapan, dan peranakbuahan terhadap kapal; (2) kurang diusahakannya kemampuan kapal untuk menyelenggarakan pengangkutan sesuai dengan perjanjian; (3) salah memperlakukan atau penjagaan terhadap barang yang diangkut; (4) jika ada janji-janji yang bermaksud demikian adalah batal.

Psl 470 ayat (2) menentukan bahwa memperkenankan pengangkut memperjanjikan bahwa ia tidak akan bertanggungjawab lebih dari suatu jumlah tertentu untuk sepotong barang yang diangkutnya, kecuali kalau kepadanya telah diberitahukan tentang sifat dan harga barang tersebut, sebelum atau pada waktu barang itu diterimanya. Adapun jumlah tertentu tersebut tidak boleh kurang dari 600 (enam ratus) "gulden".

Psl 470 ayat (3) menentukan bahwa memperkenankan pengangkut memperjanjikan, bahwa dia tidak akan memberikan susuatu ganti rugi, apabila sifat dan harga barang dengan sengaja diberitahukan secara keliru.

Isi Psl 470 harus disesuaikan dengan perkembangan yang terjadi di dunia internasional

(konvensi). Perlu diingat bahwa nilai 'gulden' itu tidak sama dengan rupiah, sehingga perlu disesuaikan dengan ketentuan-ketentuan konvensi internasional. Menurut The Hague Rules Pasal IV ayat (5) ditetapkan sebanyak f. 100, dan menurut perusahaan lainnya ditetapkan sebanyak US\$ 500; Per koli. Menurut Protokol The Hague Rules tanggal 23 Pebruari 1968, jumlah tersebut diubah menjadi 10.000 – franc per koli atau 30 franc perkilogram dari berat kotor barang yang rusak atau hilang. Menurut Konvensi PBB tentang pengangkutan Barang Melalui Laut 1978, Pasal 6 dan, 26, adalah 835 satuan uang per koli atau 2,5 satuan uang perkilogram dari berat kotor barang yang rusak atau hilang. Satuan uang ini menurut Pasal 26 Konvensi tersebut adalah "*Special Drawing Rights*(SDR) yang nilainya ditetapkan oleh *International Monetary Fund*.

Jumlah ganti kerugian yang diharuskan oleh Pasal 468 itu harus dibatasi. Jika tidak, maka ada kemungkinan Pihak Pengangkut akan menderita rugi dan mungkin jatuh pailit, akibatnya tidak ada orang yang sanggup untuk menjadi pengangkut. Agar hal itu tidak terjadi, maka pembentuk undang-undang membatasi jumlah ganti kerugian. Jadi, pembatasan ganti kerugian dapat dilakukan oleh pengangkut sendiri dengan cara mengadakan klausula dalam perjanjian pengangkutan, konosemen atau charter party.

Pembatasan jumlah ganti kerugian tersebut diatur dalam Pasal 474, 475, 476 dan 477 tersebut membedakan antara pengangkut yang juga menjadi pengusaha kapal dan pengangkut yang bukan pengusaha kapal. Pengusaha kapal adalah selalu pengangkut dan dari sebab itu dia bertanggung jawab atas semua barang yang diangkutnya dengan kapal tersebut. Tetapi pengangkut *yang bukan pengusaha kapal* adalah pengangkut dari sebagian muatan kapal atau beberapa potong dari padanya. Oleh sebab itu pertanggung jawaban pengangkut yang bukan pengusaha kapal ini tidak digantungkan pada kemampuan kapal untuk memuat, tetapi dihubungkan dengan *hak tuntutan*nya kepada pengusaha kapal.

Pasal 474 menentukan bahwa apabila *pengangkut* itu adalah juga *pengusaha kapal*, maka jumlah ganti kerugian pada barang-barang yang diangkut dengan kapal yang bersangkutan, terbatas sejumlah 50 (gulden) per meter kubik *isi bersih* kapal tersebut ditambah dengan isi ruangan mesin.

Pembatasan jumlah kerugian ini *tidak berlaku* bagi tiap-tiap *peristiwa*, tetapi bertalian dengan semua barang-barang muatan yang diangkut *bersama-sama* dalam kapal yang bersangkutan. Hal ini menjadi penting, bila dalam pelayaran yang sama terjadi beberapa sebab yang menimbulkan kerugian, tetapi selalu barang lain yang tertimpa kerugian. Keseluruhan jumlah ganti kerugian yang harus dibayar oleh pengangkut inilah yang dibatasi oleh undang-undang. Dengan demikian maka tercapailah tujuan dari ketentuan undang-undang, dengan mana pengangkut dapat memperhitungkan seluruh risiko yang menjadi bebannya

Untuk perbandingan dengan di Malaysia bahwa Rancangan COGSA Malaysia meningkatkan pembatasan tanggungjawab pengangkut dari GBP100 ke 666,67 SDR per paket/unit atau 2 SDR per kilogram, dimana di antara keduanya dipilih yang tertinggi.

Diusulkan rumusan terkait dengan Batas-batas Tanggungjawab Pengangkut:

Kewajiban pengangkut pada terjadinya kehilangan atau kerusakan barang, terbatas pada jumlah

per paket atau unit pengiriman lainnya atau per kilogram berat kotor barang yang hilang atau rusak, yang diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah.

Kewajiban dari pengangkut atas keterlambatan dalam pengiriman diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah.

Dalam kasus apapun, kewajiban pengangkut yang akan diatur dalam peraturan pemerintah harus disesuaikan dengan merujuk pada ketentuan internasional.

Pembatasan Pemberian Ganti Rugi bagi Pengangkut:

Kerugian sebagai akibat dari kehilangan atau kerusakan barang dibatasi sampai dengan jumlah yang setara dengan 835 unit per paket atau unit pengiriman lainnya atau 2,5 unit per kilogram berat kotor barang yang hilang atau rusak, mana yang lebih tinggi.

Tanggung jawab pengangkut atas keterlambatan dalam pengiriman dibatasi sampai dengan jumlah yang setara dengan dua setengah kali pengiriman yang dibayar dari barang tertunda, tetapi tidak melebihi barang total hutang di bawah kontrak pengangkutan barang melalui laut.

Dalam hal apapun kewajiban total pengangkut, di bawah kedua sub-ayat di atas dari ayat ini, melebihi batasan yang akan dibuat berdasarkan sub-ayat pertama untuk total kerugian dari barang-barang

Kehilangan hak untuk membatasi tanggungjawab:

Pengangkut tidak berhak mendapat manfaat dari terbatasnya tanggungjawab jika terbukti bahwa kerugian, kerusakan atau keterlambatan pengiriman akibat perbuatan atau kelalaian pengangkut yang dilakukan dengan maksud untuk menimbulkan kerugian kerusakan, seperti menunda, atau sembarangan dan dengan pengetahuan bahwa kerugian, kerusakan atau keterlambatan mungkin akan terjadi.

Seorang pekerja atau agen dari pengangkut tidak berhak mendapat manfaat dari terbatasnya tanggung jawab jika terbukti bahwa kerugian, kerusakan atau keterlambatan pengiriman akibat perbuatan atau kelalaian dari pekerja atau agen, dilakukan dengan sengaja menyebabkan kerugian, kerusakan atau keterlambatan, atau sembarangan dan dengan mengetahui bahwa kerugian, kerusakan atau keterlambatan mungkin akan terjadi.

5. Perlindungan terhadap Pengirim dan Penerima Barang

Ps1 470-a KUHD menentukan bahwa bila kerugian yang timbul itu disebabkan karena suatu cacat daripada alat pengangkutan atau susunannya, maka pengangkut dilarang membebaskan beban untuk membuktikan: (1) bahwa ia telah cukup mengusahakannya mengenai pemeliharaan peralatan dan peranakbuahan kapal; (2) bahwa alat pengangkutan itu mempunyai cukup kesanggupan untuk melakukan pengangkutan sesuai dengan perjanjian yang sudah ditutup.

Ps1 471 KUHD menentukan bahwa bila ada kesalahan atau kelalaian dari pengangkut atau orang yang dipekerjakannya, maka pengangkut tidak dapat membebaskan tanggungjawabnya,

keculai bila secara tegas telah diperjanjikan sebaliknya. Psl 517-b KUHD menentukan bahwa konosemen-konosemen yang isinya bertentangan isi Pasal 470 KUHD, tidak boleh dikeluarkan untuk pengangkutan-pengangkutan yang berasal dari pelabuhan-pelabuhan Indonesia.

Pada hakikatnya Psl 470 bertujuan untuk melindungi pihak Pengirim, yang kedudukan ekonominya relatif lemah jika dibandingkan dengan kedudukan ekonomi Pengangkut. Hal ini disadari oleh pembentuk undang-undang sehingga menetapkan pasal-pasal yang fungsinya menegakkan ketentuan dalam Pasal 470 tersebut yaitu Psl 470-a; 471; dan 517-b.

Pasal 471 itu adalah peraturan pelengkap, artinya pengangkut dapat memperjanjikan menyimpang dari ketentuan-ketentuan tersebut dalam Pasal 471. Pasal 517-b merupakan aturan pemaksa, sehingga jika dilanggar syarat perjanjian tersebut batal demi hukum (artinya dianggap tidak pernah ada perjanjian tersebut). Untuk itu diusulkan rumusan untuk melindungi pengirim dan penerima barang sebagai berikut:

Jika sebuah kontrak telah disepakati dan telah berjalan, maka tanggung jawab terkait dengan barang yang akan dikirim sepenuhnya berada ditangan pengangkut, apabila terjadi sebuah kelalaian atau kesalahan yang mengakibatkan hilang atau rusaknya barang yang dikirim tersebut, maka hal tersebut sepenuhnya akan menjadi tanggung jawab pengangkut, kecuali terdapat suatu keadaan yang diluar kuasa pengangkut (keadaan memaksa) yang mengakibatkan rusak atau hilangnya barang yang akan dikirim.

Pengecualian tanggung jawab pengangkut atau orang yang diperkerjakan terhadap barang yang dikirim, yaitu: (1) Barang yang dikirim tersebut berbeda atau tidak sesuai dengan barang yang telah disepakati dalam kontrak, baik berupa bentuk, nilai, sifat, karakter dan fungsinya; (2) Ada perjanjian pengecualian yang secara tegas terdapat dalam kontrak tersebut dan telah disepakati dan diketahui oleh para pihak; (3) Terkait dengan pengiriman barang berbahaya, maka pengirim harus memenuhi semua ketentuan yang telah diatur, yaitu: (1) Pengirim harus menandai atau label barang sebagai berbahaya; (2) Pengirim harus memberitahukan kepadanya tentang karakter dari barang berbahaya dan jika perlu, tindakan pencegahan harus diambil; (3) Jika pengirim tidak mampu menerangkannya kepada pengangkut yang sebenarnya tidak memiliki pengetahuan tentang karakter barang berbahaya tersebut, apabila barang tersebut hancur atau rusak, maka tidak terdapat pembayaran kompensasi atas hancur dan hilangnya barang tersebut; (4) Jika pengirim tidak dapat mematuhi ketentuan yang telah disepakati, maka pengangkut tidak bertanggung jawab; (5) Para pelayan atau agen pengirim tidak bertanggung jawab atas kehilangan atau kerusakan sebagaimana dimaksud dalam ayat diatas, kecuali kerugian atau kerusakan disebabkan oleh kesalahan atau kelalaian yang mereka lakukan.

C. Studi Komparasi Pelaksanaan *Commercial Codedi* Pelabuhan Portklang Malaysia

a. Kondisi Umum Pelabuhan

PortKlang terletak di Negara Bagian Selangor, Malaysia. Lokasinya di lembah Klang, sekitar

40 km dari Kuala Lumpur. Berdasarkan instruksi pemerintah pada tahun 1993, pelabuhan ini dibangun sebagai pelabuhan pusat B/M nasional dan terkadang juga digunakan sebagai persinggahan. PortKlang melayani *hinterland* yang menguasai dan menjadi pusat pertumbuhan terencana di Selangor dan terdapat Bandara Udara Internasional.

PortKlang masuk dalam ranking 13 pelabuhan terbaik di dunia (Lihat Tabel 3) dan menangani sekitar 37% perdagangan laut Malaysia. Lokasinya yang strategis menjadikan PortKlang sebagai pelabuhan pertama yang menghubungkan lingkaran barat dan timur dari jalur perdagangan belahan Eropa dan timur dunia. Pelabuhan ini memiliki hubungan dagang dengan lebih dari 120 negara dan jaringan lebih dari 300 pelabuhan di seluruh dunia.

Dalam performance-nya, total alur barang yang diangkut pada tahun 2011 mencapai 9,603,926 TEUS dan kontainer sebanyak 194,167,667 FWT yang rinciannya terdapat pada Tabel 1 berikut ini.

TABEL. 1 PERFORMANCE ALUR BARANG DAN KONTAINER TAHUN 2011 DI PORT KLANG

Indigenous	3,515,050	37%
Transshipment	6,088,876	63%
Containerised	166,576,695	87%
Conventional	275,909,72	13%

Sumber: PortKlang Authority, 2011

Kondisi tersebut ditunjang dengan kapal dan sarana yang memadai sebagaimana rincian pada Tabel 2 berikut ini.

TABEL. 2 JUMLAH KAPAL DI PORT KLANG

Operator	Year	Dry	Liquid	General	Container	Passenger	TOTAL	%
Northport		153	618	973	5,386	574	7,704	43
Westport		200	1,555	722	7,001	2	9,480	52
Private Jetty	2011	58	43	0	0	687	788	4
Glenn Cruise		0	0	0	0	145	145	1
G. Total		411	2,216	1,695	12,387	1,408	18,117	100

Sumber: PortKlang Authority, 2011

Kondisi tersebut, menempatkan Portklang sebagai pelabuhan terbaik ke-13 pada tahun 2011.

TABEL. 3 PERINGKAT DUNIA PELABUHAN BERDASARKAN JUMLAH ARUS BARANG TAHUN 2011

World Ranking	Port Name	Total TEU (Million)
1 (2)	Shanghai	31.5
2 (1)	Singapore	29.8
3 (3)	Hong Kong	24.3
4 (4)	Shenzhen	22.9
5 (5)	Busan	15.9
6 (8)	Ningbo	14.5
7 (6)	Guangzhou	13.9
8 (9)	Qingdao	12.8
9 (7)	Dubai	12.8
10 (10)	Rotterdam	12.2
11 (11)	Tianjin	11.2
12 (12)	Kaohsiung	9.8
13 (13)	PortKlang	9.6
14 (14)	Hamburg	9.1
15 (16)	Antwerp	8.7
16 (17)	Los Angeles	7.8
17 (18)	Port Tanjung Pelepas	7.5
18 (15)	Long Beach	6.6
19 (19)	Xiamen	6.4
20 (22)	Dalian	6.3

Sumber : Port Klang Authority, 2011

b. Manajemen Pelabuhan

Beberapa hal penting terkait pengelolaan pelabuhan di Malaysia dapat dijelaskan sebagai berikut: (a) Pemerintah Malaysia mempunyai 2 (dua) pelabuhan utama terbesar yaitu *Port Klang* yang terletak di wilayah Kuala Lumpur dan Pelabuhan Tanjung Pelepas terletak di Wilayah Johor; (b) Pembinaan penyelenggaraan *Port Klang* oleh Port Klang *Authority*; (c) Port Klang memiliki manajemen personal, fasilitas peralatan dan program operasional pelabuhan berkualitas; (d) Port Klang terdiri dari 2 terminal yaitu *Nort Port* dan *West Port*; (e) Nort Port terminal yang merupakan pelabuhan multipurpose dioperasikan oleh perusahaan *Nort Port (Malaysia) Bhd* yang merupakan cabang dari perusahaan NCB Holding Bhd; (f) Demikian juga dengan West Port Terminal dioperasikan oleh Klang Multi Terminal Sdn Bhd yang juga merupakan cabang

dari NCB Holding Bhd dan PTP dioperasikan oleh Johor *West Port* Sdn Bhd. (MISC, 2003; Departemen Perhubungan, 2007)

Pembinaan penyelenggaraan Pelabuhan dilakukan oleh *Port Authority*. Disamping itu, pengelolaan mencakup beberapa aktivitas antara lain: (a) Pelabuhan Tanjung Pelepas memiliki manajemen personal, fasilitas peralatan dan program operasional pelabuhan yang berkualitas; (b) Port Klang ditetapkan sebagai kawasan bebas (*Free Zone*) tepatnya *Nortport* pada 1 April 1993, *South Point* pada 19 Februari 2004 dan *Westports* 20 Juni 1996 dimana investor bebas bersyarat untuk ke pelabuhan tersebut.

Kedua pelabuhan tersebut dilengkapi sarana angkutan yang komprehensif baik angkutan *container* melalui prasarana jalan raya, rel KA, laut dan sarana angkutan udara secara multi moda. (MISC, 2003; Departemen Perhubungan, 2007).

c. Kebijakan Privatisasi dalam Aktivitas Pelabuhan

Peraturan-peraturan yang melandasi aktivitas PortKlang dan Tanjung Pelepas dapat dilihat dari penjelasan di bawah ini: (a) Penyelenggaraan pelabuhan umum adalah menjadi tanggungjawab Pemerintah Malaysia melalui Menteri Pengangkutan Malaysia yang dalam pelaksanaan diselenggarakan oleh *Regulatory Authority* dengan tugas melakukan pembinaan atas penyelenggaraan kepelabuhan; (b) PortKlang dibangun dengan investasi total untuk Port Klang sebanyak 50 million RM dan dibangun melalui pola kerja sama antara Pemerintah Malaysia dengan pihak Swasta, dimana untuk Port Klang dengan NCB Holding Bhd; (c) Keikutsertaan pihak swasta tersebut dilakukan melalui prosedur tender terbuka dan Pemerintah Malaysia dengan memberikan hak konsesi selama 30 tahun dengan skema *Built Operate* dan Transfer (BOT); (d) Pola bagi hasilnya dilakukan berdasarkan *revenue sharing* sebesar 30% dari revenue tahunan, sementara itu pihak swasta mendapatkan *revenue* dari kegiatan *stevedoring* dan penumpukan sedangkan pelayanan kapal menjadi revenue dari Pemerintah Malaysia; (e) Lahan dan perairan serta fasilitas basic infrastruktur seperti break water, alur, kolam, serta sarana bantu navigasi pelayaran disediakan oleh Pemerintah Malaysia, sedangkan bangunan dan fasilitas operasional pengelolaan pelabuhan disamakan dengan pihak swasta; dan (f) Mengenai tarif-tarif di pelabuhan dikontrol langsung oleh Pemerintah Malaysia.

d. Pelaksanaan *Commercial Code* di Pelabuhan

Sebagai payung hukum dalam praktik bisnis dan perangkat-perangkat terkait di PortKlang terdapat beberapa peraturan nasional yang dirujuk dan berpengaruh terhadap kegiatan bisnis pelayaran. Peraturan-peraturan tersebut antara lain: (1) Ordinan Pengangkutan Kargo Melalui Air 1950; (2) Ordinan Perkapalan Saudagar 1952; (3) Ordinan Perkapalan Saudagar (Sabah) 1960; (4) Ordinan Perkapalan Saudagar (Sarawak) 1960; (5) Akta Lembaga Dius Api; (6) Akta Lembaga Pelabuhan 1963; (7) Akta Suruhanjaya Pelabuhan Pulau Pinang 1955; (8) Akta Lembaga Pelabuhan Bintulu 1981; dan (9) Akta Pelabuhan (Penswastaan).

Selain peraturan yang berlaku secara nasional tersebut, di Port Klang juga diberlakukan pengaturan yang berasal dari perjanjian internasional baik yang bersifat bilateral maupun multi-lateral. Perjanjian internasional secara bilateral dapat dilihat dalam Tabel 4 berikut ini.

TABEL 4. PERJANJIAN BILATERAL MALAYSIA DENGAN NEGARA-NEGARA LAIN

Tahun	Negara
1983	Malaysia-Bangladesh
1983	Malaysia-Turkey
1985	Malaysia-Belgo-Luxemburge
1985	Malaysia-Sri Lanka
1985	Malaysia-Pakistan
1987	Malaysia-Russia
1987	Malaysia-China
1988	Malaysia-Indonesia
1988	Malaysia-South Korea
1991	Malaysia-Romania
1992	Malaysia-Vietnam
1997	Malaysia-South Africa

Sumber: Port Klang Authority, 2011

Dalam hal pelaksanaan *Commercial Code* di bidang pelayaran, Malaysia memberlakukan Malaysia *Carriage of Goods by Sea Act* 1950 (COGSA) yang diberlakukan sejak pendudukan Inggris. Pasca kemerdekaannya, beberapa peraturan lain ditetapkan untuk diberlakukan di dua wilayah Malaysia yaitu, *Convention Relating to the Carriage of Goods by Sea and to the Liability of Shipowners and Others* yang diberlakukan tahun 1960 di Malaysia Timur (Sarawak), dan di wilayah Sabah peraturan turunan tahun 1961 yang mengadopsi *Hague Rules*. Namun saat ini Malaysia masih dalam proses upaya revisi COGSA disesuaikan dengan Konvensi Internasional yang lebih relevan saat ini yaitu *Hague-Visby Rules* 1968 terutama dalam hal tanggungjawab dan ganti rugi.

Selain Port Klang pelabuhan Malaysia lainnya yang masuk di jajaran 20 besar adalah Pelabuhan Tanjung Pelepas. Dalam hal infrastruktur, pelabuhan-pelabuhan tersebut memang unggul dari beberapa pelabuhan yang ada di Indonesia, meskipun dalam hal regulasi yang diberlakukan masih lebih maju Indonesia, karena Indonesia sudah menerapkan *Hague-Visby Rules* 1968 (lihat Tabel 5)

Berdasarkan data yang dikumpulkan, sesungguhnya Indonesia tidak tertinggal dalam hal pemberlakuan hukum yang berlaku. Data pada Tabel 5 menunjukkan bahwa dalam praktik Indonesia sudah memberlakukan *Hague-Visby Rules* 1968 (tidak ada kepastian sudah diratifikasi

atau belum). Sementara itu negara Malaysia masih memberlakukan *Hague Rule 1924*. Setelah dilakukan survey lapangan menunjukkan bahwa pencapaian prestasi PortKlang bukan hanya hukum yang diberlakukan secara konsisten, namun juga ketersediaan infrastruktur yang lebih memadai dibanding pelabuhan di Indonesia. Untuk itu tidak mengherankan apabila dalam peringkat dunia prestasi PortKlang menempati posisi yang sangat diperhitungkan. Jadi upaya yang harus dilakukan Indonesia kedepan selain memperbaiki aspek regulasinya adalah juga perbaikan terhadap infrastruktur dan SDM. Berikut tabel tentang negara-negara peserta konvensi yang menerapkan Hague-Rule, Hague/Visby-Rule dan Hamburg-Rule

TABEL 5. DAFTAR NEGARA-NEGARA PESERTA KONVENSI YANG MENERAPKAN HAGUE-RULE, HAGUE/VISBY-RULE DAN HAMBURG-RULE

Albania			Finland	Hague-Visby	•
Algeria	Hague		France	Hague-Visby	•
Angola	Hague		Gambia	Hamburg	
Anguilla	Hague		Georgia	Hamburg	•
Antigua and Barbuda	Hague		Germany	Hague-Visby	•
Argentina	Hague/Hague-Visby	i	Ghana	Hague	
Australia	Hague-Visby/Hamburg	i•	Goa	Hague	
Austria	Hamburg		Gibraltar	Hague-Visby	•
Bahamas	Hague		Greece	Hague-Visby	•
Bangladesh	Hague	i	Grenada	Hague	
Barbados	Hamburg		Guinea	Hamburg	
Belgium	Hague-Visby	•	Guinea-Bissau	Hague	
Belize	Hague		Guyana	Hague	
Bermuda	Hague-Visby	•	Hong Kong	Hague-Visby	• 1
Bolivia	Hague		Hungary	Hamburg	
Botswana	Hamburg		Iceland	Hague-Visby	i•
British Virgin Islands	Hague-Visby	•	India	Hague/Hague-Visby	i•
Brunei	Hague		Indonesia	Hague-Visby	i
Burkina Faso	Hamburg		Iran	Hague	
Burundi	Hamburg		Israel	Hague/Hague-Visby	i•
Cameroon	Hamburg		Italy	Hague-Visby	•
Canada	Hague/Hague-Visby	§•			
Cape Verde	Hague		Japan	Hague-Visby	•
Cayman Islands	Hague-Visby	•	Jordan	Hamburg	
Chile	Hamburg		Kenya	Hamburg	2
China	Hague-Visby/Hamburg	§•			
Comoros	Lebanon		Hamburg		
Congo	Hague		Lesotho	Hamburg	
Cote d'Ivoire	Hague		Liechtenstein		
Croatia		•	Luxembourg	Hague-Visby	•
Cuba	Hague		Macau	Hague	
Cyprus	Hague		Madagascar	Hague	
Czech Republic	Hamburg		Malawi	Hamburg	
Denmark	Hague-Visby	•	Malaysia	Hague	
Djibouti			Marshall Islands		
Dominica	Hague		Martinique		

Dominican Republic	Hague		Mauritania		
East Timor	Hague		Mauritius	Hague	
Ecuador	Hague-Visby		Mexico	Hague-Visby	•
Egypt	Hamburg	•	Micronesia		
Estonia	Hague	i	Moldova		
Falkland Islands	Hague-Visby		Monaco	Hague	
Fiji	Hague		Montserrat	Hague-Visby	•
Morocco	Hamburg		Slovakia	Hamburg	
Mozambique	Hague		Slovenia	Hague	
Nauru	Hague		Soloman Islands	Hague	
Netherlands	Hague-Visby	•	Somalia	Hague	
New Zealand	Hague-Visby	•	South Africa	Hague-Visby	i
Nigeria	Hamburg		Spain	Hague-Visby	•
Norway	Hague-Visby	•	Sri Lanka	Hague-Visby	
Oman	Hague-Visby	i•	Sweden	Hague-Visby	•
Pakistan	Hague	i	Switzerland	Hague-Visby	•
Panama	Hague	i	Syria	Hague-Visby	
Papua New Guinea	Hague		Taiwan	Hague	
Paraguay	Hague-Visby		Tanzania	Hamburg	
Peru	Hague		Thailand	Hague-Visby/Hamburg	3
Philippines	Hague	i	Tonga	Hague-Visby	
Poland	Hague-Visby	•	Trinidad and Tobago	Hague	
Portugal	Hague/Hague-Visby	i	Tunisia	Hamburg	
Romania	Hamburg		Turkey	Hague	
Russian Federation	Hague-Visby	•	Turks and Caicos Islands	Hague-Visby	•
Sabah	Hague		Tuvalu	Hague	
Saint Helena	Hague		Uganda		
Saint Kitts and Nevis	Hague		Ukraine	Hague-Visby	i•
Saint Lucia	Hague		United Arab Emirates	Hague-Visby	i
Saint Vincent and the Grenadines	Hamburg		United Kingdom	Hague-Visby	•
Sao Tome and Principe	Hague		United States	Hague	
Senegal	Hamburg		Uruguay	None	4
Serbia and Montenegro	Hague		Venezuela	Hague-Visby/Hamburg	i
Seychelles	Hague		Vietnam	Hague-Visby	i
Sierra Leone	Hamburg		Zambia	Hague	
Singapore	Hague-Visby				

Sumber: MOT Malaysia, 2012

KETERANGAN:

- SDR Protocol
 - i Dengan penerapan hukum setempat
1. Pemerintah Republik Rakyat China dikonfirmasi dengan surat 4 Juni 1997 hingga Depositari bahwa Aturan Den Haag-Visby dan SDR Protocol terus berlaku untuk Daerah Administrasi Khusus Hong Kong dengan Pasal 8 tentang reservasi dari Protokol Visby dan Pasal 3 Protokol SDR.
 2. Aturan Hamburg tidak dapat diterapkan untuk klaim dalam praktik.
 3. Dengan penerapan hukum setempat. Perubahan atas COGSA BE 2.534 sedang dipertimbangkan di buku publikasi.
 4. Hukum lokal akan mengakui beberapa hak keterbatasan.

IV. SIMPULAN DAN SARAN

A. Simpulan

Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa terdapat beberapa ketentuan *commercial code* yang perlu direview yaitu terkait dengan pengertian kontrak dan para pihak yang terlibat dalam pembuatan kontrak, pengaturan secara jelas dan tegas tentang kewajiban dan batas-batas tanggungjawab pengangkut, dan perlindungan terhadap pengirim barang (konsumen). Dari hasil kajian perbandingan di Pelabuhan Port Klang Malaysia menunjukkan bahwa sesungguhnya secara normatif Indonesia tidak tertinggal dalam hal pengaturan Commercial Code. Meskipun belum ada kejelasan apakah Indonesia sudah meratifikasi atau belum *Hague-Visby Rules* 1968, namun dalam praktik Indonesia telah memberlakukan *Hague-Visby Rules* 1968 dibandingkan dengan Malaysia yang masih memberlakukan *Hague Rule 1924*. Realitas empirik menunjukkan bahwa Pelabuhan PortKlang lebih maju dibandingkan dengan pelabuhan di Indonesia dalam hal ketersediaan infrastruktur. Pelabuhan Portklang menempati rangkin 13 diantara pelabuhan-pelabuhan di dunia, sedangkan pelabuhan di Indonesia tidak masuk rangking yang diperhitungkan.

B. Saran

Pemerintah Indonesia melalui Kementerian Perhubungan segera melakukan pembaruan terhadap ketentuan-ketentuan KUHD yang sudah tertinggal dengan perkembangan zaman. Ketentuan yang perlu diperbarui meliputi: pengertian kontrak dan para pihak yang terlibat dalam pembuatan kontrak, pengaturan secara jelas dan tegas tentang kewajiban dan batas-batas tanggungjawab pengangkut, dan perlindungan terhadap pengirim barang (konsumen).

Pemerintah Indonesia perlu memperjelas kedudukan *Hague-Visby Rules* 1968 untuk diratifikasi, sehingga mempunyai kekuatan mengikat sebagai bagian dari hukum positif Indonesia. Pemerintah perlu menata ulang infra struktur pelabuhan-pelabuhan di Indonesia, agar tidak tertinggal dengan perkembangan dengan negara-negara lain.

DAFTAR PUSTAKA

- Berlingieria, Francesco, 2009. *Comparative Analysis of The Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules and The Rotherdam Rules* Papper Delevered at The General Assembly of The AMD, Marrakesh 5-6 November 2009.
- H.M.N. Purwosutjipto, 1985, *Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia 5, Hukum Perairan laut dan Perairan Darat*, Jakarta, Penerbit Djambatan.
- Hartono, Siti Soemarti, 1983. *KUHD (Kitab Undang-Undang Hukum Dagang) & PK (Peraturan Kepailitan*, Yogyakarta, Seksi hukum Dagang Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada.
- Juwana, Hikmahanto, *Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*, Jakarta, Penerbit Lentera Hati, 2002.
- Maritime Legislation Project Indonesia, 1987. *Part 4 Private Maritime Law*, Final Report of The Foreign Experts, Amsterdam/Jakarta.

- Ministry of Transportation Malaysia, 2012. "Draft Malaysia Carriage of Goods by Sea Act 201X".
MIMA (Maritime Institute of Malaysia)
- Ministry of Transportation Malaysia, 2012. "Parties to the Conventions and the Countries which apply the Rules:.
- Putra, Ida Bagus Wyasa, 2000, *Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional*, Bandung, PT Refika Aditama.
- Sardjono, Sapto, 1985, *Hukum Dagang Laut Bagi Indonesia*. Jakarta, CV.Simplex.
- Syahmin AK, 2006, *Hukum Dagang Internasional; Dalam Kerangka Studi Analitis* Jakarta, PT Raja Grafindo Persada.
- Soedjono, Wiwoho, 1982, *Hukum Dagang Suatu Tinjauan tentang Ruang Lingkup dan masalah yang Berkembang dalam Hukum Pengangkutan di laut bagi Indonesia*. Jakarta, Bina Aksara
- Suyono, RP. 2007, *Shipping: Pengangkutan Intermoda Ekspor Impor Melalui Laut*, edisi revisi, Jakarta, PPM, Jakarta
- Umar, M. Husseyn, 2001, *Hukum Maritim dan masalah-masalah Pelayaran di Indonesia, Buku 1*. Jakarta, Pustaka Sinar Harapan.
- _____, 2001, *Hukum Maritim dan masalah-masalah Pelayaran di Indonesia, Buku 2*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- _____, 2001, *Hukum Maritim dan masalah-masalah Pelayaran di Indonesia, Buku 3*. Jakarta, Pustaka Sinar Harapan
- Peraturan:**
- Undang-Undang No. 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran.
- Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis
- Peraturan Presiden No. 44 Tahun 2005 tentang pengesahan konvensi internasional tentang Piutang *Maritime dan Mortgage (Mortgage Law and Maritime Liens 1993)*.
- Peraturan Pemerintah Republik Indonesia No. 20 tahun 2010 tentang Angkutan Di Perairan.
- Peraturan Pemerintah Republik Indonesia No. 61 tahun 2009 tentang kepelabuhan.
- Peraturan Menteri Perhubungan No. KM 11 tahun 2007 tentang pedoman penetapan tarif pelayanan jasa bongkar muat petikemas di dermaga konvensional di pelabuhan yang diselenggarakan oleh badan usaha pelabuhan.
- Keputusan Menteri Perhubungan No. 14 tahun 2002 tentang Penyelenggaraan dan Pengusahaan Bongkar Muat Barang dari dan ke Kapal
- Keputusan Menteri Perhubungan No. 25 tahun 2002 tentang Pedoman Dasar Perhitungan Tarif Pelayanan Jasa Bongkar Muat Barang dari dan ke Kapal di Pelabuhan.
- Keputusan Menteri Perhubungan No. 79 tahun 1999 tentang Status Trayek Tetap dan Teratur atau Linier Angkutan Laut Luar Negeri.
- Wikipedia English, available at http://en.wikipedia.org/wiki/Commercial_code

Danang Wahyu Muhammad

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Jalan Lingkar Selatan Tamantirto, Kasihan, Bantul Yogyakarta 55183. Email: dwmuhammad@yahoo.com; danangwahyu@umy.ac.id

PENERAPAN PRINSIP SYARIAH DALAM PERMODALAN BANK SYARIAH

ABSTRACT

Islamic Bank is a bank that is based on Syariah principles. The principles must always be obeyed both in the establishment and in the operational, including the financial capital. Regarding the capital, it must not come from a source that is considered as haram according to Syariah principles, which will cause a mix between halal and haram. Something that is halal must be strictly separated from something that is haram, and vice versa. This paper discusses The Application of Syariah Principles in Islamic Bank Capitalization. Several principles are applied and must be obeyed by Islamic Bank, namely: Al-Ta'awan Principle, Principle of Avoiding (Al-Ikhtinaz) from gharar, masyir, and riba. As a part of Islamic Economy, the activities of Islamic Bank can be observed from four points of view, namely: ilahiyah economy, ahlak economy, humanity economy, and balance economy. Meanwhile, from several views of Muslim Economists, it can be concluded that the core of Islamic teaching is tauhid, which means that all human activities in the world, including economy, is merely for ibadah – act of devotion – which is aimed at following one law, Allah's law. The value of tauhid, in practice, is interpreted in many values and there are three basic values that become distinguishing factors between Islamic economy and other, namely adl, khilafah, and takaful. It can be concluded that there is a possibility that Syariah Principles are violated by Islamic Bank in terms of its capitalization. This can be seen from the missing of requirements that make it compulsory for all founders to make a statement letter which states that the financial capital deposited to Islamic Bank does not come from a source which is considered as haram

according to Syariah Principle. The consequence of the missing requirement is the possibility of receiving haram financial capital from the founders. Should this happen, then Syariah Principle is violated.

Keyword: syariah principle, financial capital, islamic bank

ABSTRAK

Bank Syaria'ah adalah bank yang mendasarkan pada prinsip-prinsip Syariah. Prinsip-prinsip Syariah tersebut harus selalu dipatuhi oleh Bank Syariah mulai dari pendirian sampai dengan operasionalnya, termasuk juga dalam hal ini permodalan Bank Syariah. Berkaitan dengan permodalan, modal Bank Syariah tidak boleh berasal dari sumber yang diharamkan secara Syariah, karena hal itu nanti akan menyebabkan bercampurnya sesuatu yang haram dengan yang halal. Sesuatu yang halal harus secara tegas dipisahkan dengan yang haram, demikian juga sebaliknya. Dalam makalah ini dibahas tentang Penerapan Prinsip Syariah Dalam Permodalan Bank Syariah. Ada beberapa prinsip yang berlaku dan harus dipatuhi oleh Bank Syariah, diantaranya: Prinsip *Al-Ta'awun*, Prinsip Menghindar *Al-Ikhtinaz*, prinsip menghindari dan menjauhkan diri dari perbuatan *Gharar*, *Maysir*, dan *Riba*. Sebagai bagian dari kegiatan ekonomi Islam, maka kegiatan Bank Syariah dapat dilihat dari empat sudut pandang, yaitu: ekonomi *ilahiyah*, ekonomi *ahlaq*, ekonomi kemanusiaan dan ekonomi keseimbangan. Sementara itu, dari berbagai pandangan ekonom muslim, dapat diketahui bahwa inti dari nilai ajaran Islam adalah *tauhid*, yaitu bahwa segala aktivitas manusia di dunia ini, termasuk ekonomi, hanya dalaam rangka ibadah, untuk ditujukan mengikuti satu kaidah hukum, yaitu hukuk Allah. Nilai *tauhid*, dalam pelaksanaannya diterjemahkan dalam banyak nilai dan terdapat tiga nilai dasar yang menjadi pembeda ekonomi syariah dengan lainnya, yaitu: *adl*, *khilafah* dan *takaful*. Hasil kajian dapat disimpulkan bahwa prinsip syariah berpotensi disimpangi oleh Bank Syariah berkaitan dengan permodalannya. Hal ini dapat dilihat dari dihilangkannya ketentuan yang mewajibkan para pendiri untuk membuat surat pernyataan bahwa modal yang disetorkan ke dalam Bank Syariah tidak berasal dari sumber dana yang diharamkan secara syariah. Konsekuensi dari dihilangkan ketentuan tersebut adalah dimungkinkan modal yang disetor oleh para pendiri berasal dari sumber dana yang diharamkan, dan apabila hal itu benar-benar terjadi maka akan menyimpang dari prinsip Syariah.

Kata kunci: prinsip syariah, modal, bank syariah

I. PENDAHULUAN

Bank Syariah sampai akhir tahun 2011 telah mengalami perkembangan yang pesat. Secara kuantitatif, perkembangan Bank Syariah tersebut dapat dilihat dari jumlah bank yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah dan dari sisi volume usaha. Sampai akhir tahun 2011 terdapat 11 (sebelas) Bank Umum Syariah (BUS), 24 Unit Usaha Syariah (UUS) dan 155 Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS). Secara keseluruhan jaringan kantor Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah berjumlah 1.737 kantor. Dari sisi kinerja, perbankan syariah juga menunjukkan perkembangan yang baik ditandai dengan pertumbuhan yang tinggi pada sejumlah indikator utama perbankan syariah. Total aset perbankan syariah (BUS, UUS dan BPRS) tumbuh 48,6% menjadi Rp. 149,00 trilyun. Dana Pihak Ketiga (DPK) yang dihimpun BUS dan UUS meningkat sebesar 51,8% menjadi Rp. 115,4 trilyun, sedangkan yang dihimpun BPRS meningkat 30,6% menjadi Rp. 2,1 trilyun. Untuk pembiayaan yang disalurkan mengalami pertumbuhan yang semula Rp. 68 trilyun pada akhir tahun 2010 menjadi Rp. 102,65 trilyun pada akhir tahun 2011 (Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia, 2011: 3-7).

Pesatnya perkembangan Bank Syariah tersebut tidak lepas dari keunggulan-keunggulan yang dimiliki dan yang ditawarkan oleh Bank Syariah. Bank Syariah adalah bank yang dalam

operasionalnya mendasarkan pada prinsip-prinsip Islam. Bank Syariah dalam melakukan kegiatan operasional perbankan tidak hanya untuk tujuan bisnis semata, yang berupa keuntungan materiil, tetapi juga mengejar kebahagiaan di akhirat (Muhammad Syafii Antonio, 2001: 34). Untuk tujuan itu, Bank Syariah dalam melakukan kegiatan operasional perbankan tidak hanya mendasarkan pada ketentuan perbankan pada umumnya tetapi juga mendasarkan pada ketentuan Syariah. Bank Syariah harus patuh pada prinsip-prinsip syariah yang terimplementasikan mulai dari pendirian sampai operasionalnya (Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia, 2007: 1-2).

Permodalan Bank Syariah memegang peranan penting dalam menentukan Bank Syariah tersebut sudah memenuhi prinsip-prinsip syariah atau belum. Hal ini karena modal merupakan awal dari berdirinya Bank Syariah, apabila modal Bank Syariah tersebut berasal dari sumber yang diharamkan secara syariah, maka hal tersebut dapat mengurangi bahkan menghilangkan kehalalan kegiatan Bank Syariah tersebut. Tujuan yang baik harus dilakukan dengan cara yang baik. Dalam sistem ekonomi Islam dikenal adanya rambu-rambu tentang apa yang boleh dilakukan dan apa yang tidak boleh dilakukan. Rambu-rambu tersebut antara lain adalah: carilah yang halal lagi baik; tidak menggunakan cara yang batil; tidak berlebih-lebihan/ melampau batas; tidak di *dzalimi* maupun men-*dzalimi*, menjauhkan diri dari unsur *riba*, *maysir*; (perjudian dan *intended speculation*), dan *gharar* (ketidakjelasan dan manipulatif); serta tidak melupakan tanggung jawab sosial berupa *zakat*, *infak* dan *sedekah* (Muhammad Syafii Antonio, 2001: 12). Berdasarkan latar belakang di atas, maka dalam tulisan ini dirumuskan masalah sebagai berikut: bagaimana penerapan prinsip syariah dalam permodalan Bank Syariah?.

II. PEMBAHASAN

A. Prinsip-prinsip pada Bank Syariah

Prinsip-prinsip pada Bank Syariah, meliputi:

1. Prinsip *AlTa'awun*

Merupakan prinsip untuk saling membantu dan bekerja sama. Dalam hal ini Allah Swt telah memerintahkan kepada manusia untuk berbuat saling tolong menolong dalam berbuat kebaikan dan takwa. Sebaliknya, Allah Swt melarang manusia untuk tolong menolong dalam hal perbuatan dosa dan pelanggaran, sebagaimana firman Allah dalam QS. Al-Maidah: 2, yang artinya:

"Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu melanggar syi'ar-syi'ar Allah, dan jangan melanggar kehormatan bulan-bulan haram, jangan (mengganggu) binatang-binatang had-hadnya, dan binatang-binatang qalaa-id, dan jangan (pula) mengganggu orang-orang yang menjunjung Baitullah sedang mereka mencari karunia dan keridhaan dari Tuhannya dan apabila kamu telah menyelesaikan ibadah haji, maka bolehlah berburu, dan janganlah sekali-kali kebencian(mu) kepada sesuatu kamu karena mereka menghalanghalangi kamu dari Masjidilharam, mendorongmu berbuat aniaya (kepada mereka). Dan tolong menolonglah kamu dalam (mengerjakan) kebajikan dan takwa, dan jangan tolong menolong dalam berbuat dosa dan pelanggaran. Dan bertakwalah kamu kepada Allah, sesungguhnya Allah amat berat siksa-Nya."

2. Prinsip Menghidar *Al-Ikhtinaz*

Prinsip ini sejalan dengan fungsi uang, yaitu tidak membiarkan uang menganggur dan tidak berputar dalam transaksi yang bermanfaat bagi masyarakat umum. Dalam pandangan Islam, uang adalah *flow concept*, oleh karena itu harus berputar dalam perekonomian. Semakin cepat uang berputar dalam perekonomian, maka akan semakin tinggi tingkat pendapatan masyarakat dan semakin baik perekonomiannya (H. Veithzal Rivai & H. Arviyan Arifin, 2010: 299; Adiwarmanto A. Karim, 2007: 88; Ahmad Dimiyati, 2008: 122-16). Prinsip ini didasarkan pada firman Allah Swt, yang tercantum dalam QS. An_Nisaa': 29, yang artinya:

"Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamemu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka di antara kamu, janganlah kamu membunuh dirimu; sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu."

Dalam perbankan Syariah dilarang keras untuk melakukan transaksi apabila terdapat hal-hal sebagai berikut:

- a. *Gharar*; yaitu adanya unsur-unsur ketidakpastian atau tipu muslihat dalam transaksi.
- b. *Maysir*; yaitu unsur judi yang transaksinya bersifat spekulatif yang dapat menimbulkan kerugian satu pihak dan keuntungan bagi pihak lain.
- c. *Riba*; yaitu transaksi yang menggunakan sistem bunga.

Ekonomi Syariah memiliki karakteristik dan nilai-nilai yang berfokus kepada *amar ma'ruf nahi munkar*; yang berarti mengerjakan yang benar dan meninggalkan yang dilarang. Oleh karena itu, tujuan dari sistem ekonomi syariah antara lain (Zainuddin Ali, 2008: 2):

- a. Kesejahteraan ekonomi dalam kerangka normal moral Islam (dasar pemikiran QS. Al-Baqarah: 2 dan 168, Al-Maidah: 87-88, Al-jumu'ah: 10);
- b. Membentuk masyarakat dengan tatanan sosial yang solid berdasarkan keadilan dan persaudaraan yang universal (QS. Al-Hujurat: 13, Al-Maidah: 8, Asy-Syuaraa: 183);
- c. Mencapai distribusi pendapatan dan kekayaan yang adil dan merata (QS. Al-an'aam: 165, An-Nahl: 71, Az-Zukhruf: 32);
- d. Menciptakan kebebasan individu dalam konteks kesejahteraan sosial (QS. Ar-Ra'du:36, Luqman: 22).

Di samping itu, berdasarkan hal di atas ekonomi syari'ah dapat dilihat dari 4 (empat) sudut pandang, yaitu (Zainuddin Ali, 2008: 3):

- a. Ekonomi *Ilahiyah* (Ketuhanan)

Ekonomi Ketuhanan mengandung arti, bahwa manusia diciptakan oleh Allah Swt untuk memenuhi perintah-Nya, yakni beribadah dan dalam mencari kebutuhan hidupnya, manusia harus berdasarkan aturan-aturan (syariah) dengan tujuan utama untuk mendapatkan ridho-Nya.

- b. Ekonomi Akhlaq

Ekonomi akhlaq mengandung arti, bahwa kesatuan antara ekonomi dan akhlaq harus berkaitan dengan sektor produksi, distribusi dan konsumsi. Dengan demikian seorang muslim tidak bebas mengerjakan apa saja yang diinginkan atau yang menguntungkan tanpa mempedulikan orang lain.

c. **Ekonomi Kemanusiaan**

Ekonomi kemanusiaan mengandung arti, bahwa Allah Swt memberikan predikat '*khalifah*' hanya kepada manusia, karena manusia diberi kemampuan dan perasaan yang memungkinkan ia melaksanakan tugasnya, melalui perannya sebagai '*khalifah*' manusia wajib beramal, bekerja keras, berkreasi dan berinovasi.

d. **Ekonomi Keseimbangan**

Ekonomi keseimbangan adalah pandangan Islam terhadap hak individu dan masyarakat diletakkan dalam neraca keseimbangan yang adil tentang dunia dan akhirat, jiwa dan raga, akal dan hati, perumpamaan dan kenyataan, iman dan kekuasaan.

Ekonomi syariah adalah sebuah bangunan yang akan ditopang oleh tiang-tiang penyangga yang kokoh. Dalam bangunan ekonomi syariah, tiang-tiang penyangga ini berupa prinsip-prinsip ekonomi. Prinsip-prinsip ini lah yang akan menjadikan bangunan ekonomi syariah kokoh dan dinamis. Kualitas bangunan ekonomi syariah tersebut akan diwarnai oleh nilai-nilai. Nilai disini adalah nilai yang di gali dari Al-Quran dan As-Sunnah. Nilai-nilai yang ada dalam Al-Quran dan As-Sunnah tersebut tidak dapat dipisah-pisahkan antara yang satu dengan yang lain. Nilai-nilai tersebut merupakan satu kesatuan yang utuh, yang akan selalu mendasari setiap kegiatan ekonomi.

Nilai-nilai dalam Al-Quran dan As-Sunnah terkait dengan ekonomi sangatlah banyak. Dari berbagai pandangan ekonomi muslim, dapat disimpulkan bahwa inti dari nilai ajaran Islam adalah *tauhid*, yaitu bahwa segala aktivitas manusia di dunia ini, termasuk ekonomi, hanya dalam rangka ibadah, untuk ditujukan mengikuti satu kaidah hukum, yaitu hukum Allah Swt. Pada hakikatnya, hukum yang berlaku di dunia ini bisa berasal dari Allah Swt maupun manusia. Ekonomi akan membawa kepada falah ketika mampu membawa hukum-hukum buatan manusia ini kembali kepada hukum universal, yaitu hukum Allah. Nilai *tauhid*, dalam pelaksanaannya diterjemahkan dalam banyak nilai dan terdapat tiga nilai dasar yang menjadi pembeda ekonomi syariah dengan lainnya. Tiga nilai dasar tersebut (Tim Pusat Pengkajian dan Pengembangan Ekonomi Islam (P3EI) UII bekerja sama dengan Bank Indonesia, 2008: 59-65) adalah:

a. Adl

Keadilan (*adl*) merupakan nilai paling asasi dalam ajaran islam. Menegakkan keadilan dan memberantas kedzaliman adalah tujuan utama dari risalahpara Rasul-Nya (QS. 57:25). Keadilan seringkali diletakkan sederajat dengan kebajikan dan ketakwaan (QS. 5:8). Seluruh ulama terkemuka sepanjang sejarah Islam menempatkan keadilan sebagai unsur paling utama dalam *muqashid syariah*. Ibnu Taimiyah menyebut keadilan sebagai nilai utama dari tauhid, sementara Muhammad Abduh menganggap kedzaliman (*zulm*) sebagai kejahatan yang paling buruk (aqbah

al-munkar) dalam kerangka nilai-nilai Islam. Sayyid Qutb menyebut keadilan sebagai unsur pokok yang komprehensif dan terpenting dalam semua aspek kehidupan.

Terminologi keadilan dalam Al-Quran disebutkan dalam berbagai istilah, antara lain *al-dl, qisth, mizan, hiss, qasd* atau variasi ekspresi tidak langsung. Sementara untuk terminology untuk ketidakadilan adalah *zulm, itsm, dhalal* dan sebagainya. Dengan berbagai muatan makna adil tersebut, secara garis besar keadilan dapat didefinisikan sebagai suatu keadaan dimana terdapat kesamaan perlakuan di mata hukum, kesamaan hak kompensasi, hak hidup secara layak, hak menikmati pembangunan dan tidak adanya pihak yang dirugikan serta adanya keseimbangan dalam setiap aspek kehidupan.

b. *Khilafah*

Nilai *khilafah* secara umum berarti tanggung jawab sebagai pengganti atau utusan Allah di alam semesta. Manusia diciptakan Allah untuk menjadi *khalifah* di muka bumi (QS. 2:30), yaitu menjadi wakil Allah untuk memakmurkan bumi dan alam semesta. Manusia telah dibekali dengan semua karakteristik mental spiritual dan materiil untuk memungkinkannya hidup dan mengemban misi-Nya secara efektif, manusia juga telah disediakan segala sumber daya memadai bagi pemenuhan kebutuhan kebahagiaan bagi manusia seluruhnya seandainya digunakan secara efisien dan adil (QS. 24:55; QS. 6:165; QS. 7:74).

Konsep khilafah dapat dijabarkan lebih lanjut dalam berbagai pengertian, namun pengertian umumnya adalah amanah dan tanggung jawab manusia terhadap apa-apa yang telah dikuasakan kepadanya dalam bentuk sikap dan perilaku manusia terhadap Allah, sesama dan alam semesta. Dalam makna sempit, khilafah berarti tanggung jawab manusia untuk mengelola sumber daya yang dikuasakan Allah kepadanya untuk mewujudkan mashlahah yang maksimum dan mencegah kerusakan di muka bumi. Untuk mewujudkan nilai khilafah ini manusia telah diberi oleh Allah berupa hak penguasaan-pemilikan (QS. 14:32-33), hak pengelolaan sumber daya dan kebebasan untuk memilih dan berkreasi untuk mengemban amanahnya (QS. 11:61). Makna khilafah dapat dijabarkan lebih lanjut menjadi beberapa pengertian (Tim Pusat Pengkajian dan Pengembangan Ekonomi Islam (P3EI) UII bekerja sama dengan bank Indonesia, 2008: 62-63) sebagai berikut:

1) Tanggung jawab berperilaku ekonomi dengan cara yang benar

Suatu usaha pemilikan, pengelolaan ataupun pemanfaatan sumber daya yang tidak benar akan bisa membuat kerusakan pada lingkungan, baik kerusakan yang dampaknya langsung maupun kerusakan yang baru akan dirasakan akibatnya setelah beberapa decade kemudian. Bentuk pengelolaan yang tidak benar dalam islam diartikan sebagai setiap bentuk pengelolaan yang berdampak pada kemubadziran dan pengrusakan ataupun cara pengelolaan yang bertentangan dengan syariat Islam, seperti perjudiam, penyuapan (*bribery*), prostitusi dan sebagainya. Secara praktis, manusia diwajibkan untuk mengikuti semua petunjuk-petunjuk Allah dan menjauhi larangan-larangan-Nya dalam memanfaatkan sumber daya tersebut.

2) Tanggung jawab untuk mewujudkan *mashlahah* maksimum

Dalam memanfaatkan sumber daya ekonomi, nilai yang digariskan Islam adalah memberikan kemanfaatan yang sebesar-besarnya bagi kehidupan manusia sebagai sarana terciptanya kesejahteraan. Adanya hambatan yang menyebabkan sekelompok manusia dari kalangan tertentu menguasai atau memonopoli pemanfaatan sumber daya ekonomi harus dicegah. Juga harus dicegah adanya hambatan structural yang menghalangi sekelompok manusia untuk ikut memperoleh manfaat dari sumber daya ekonomi, terutama sumber daya ekonomi vital yang menentukan kelangsungan manusia.

3) Tanggung jawab perbaikan kesejahteraan setiap individu

Perbedaan rizki dari Allah merupakan kehendak Allah semata. Allah telah mengetahui ukuran yang tepat bagi masing-masing hamba-Nya. Namun, perbedaan tersebut tidak boleh menjadi unsur yang memicu kekacauan. Hal ini bisa diwujudkan jika kesejahteraan tidak dimonopoli oleh sekelompok orang. Mereka yang memperoleh kelebihan rizki bertanggung jawab untuk memberikan sebagian rizkinya kepada pihak lain yang sedikit jumlahnya (QS. 16: 71)

c. *Takaful*

Islam mengajarkan bahwa seluruh manusia adalah bersaudara. Sesama orang islam adalah saudara dan belum sempurna iman seseorang sebelum mencintai saudaranya melebihi cintanya kepada diri sendiri. Hal inilah yang mendorong manusia untuk mewujudkan hubungan yang baik diantara individu dan masyarakat melalui konsep penjaminan oleh masyarakat atau takaful. Jaminan masyarakat (*social insurance*) ini merupakan bantuan yang diberikan masyarakat kepada anggotanya yang terkena musibah atau masyarakat yang tidak mampu. Jaminan masyarakat ini tidak saja bersifat material, tetapi juga bersifat ma'nawiy (nonmateri). Konsep takaful ini bisa dijabarkan lebih lanjut menjadi (Tim Pusat Pengkajian dan Pengembangan Ekonomi Islam (P3EI) UII bekerja sama dengan Bank Indonesia, 2008: 64-65) sebagai berikut:

1) Jaminan terhadap pemilikan dan pengelolaan sumber daya oleh individu

Setiap individu dalam pandangan islam mempunyai hak untuk memiliki dan mengembangkan sumber daya ekonomi. Oleh karena itu, tidak diperbolehkan memonopoli suatu barang atau sumber daya ekonomi untuk kepentingan pribadi. Sebagaimana Allah jelaskan bahwa setiap individu manusia adalah khalifah Allah dibumi dan sumber daya alam ini diciptakan untuk kesejahteraan manusia. Setiap individu juga harus dijamin mendapatkan kesempatan yang sama untuk mendapatkan lapangan kerja (pemilikan dan pengelolaan tenaga kerja) dan pemanfaatan sumber daya alam yang dikuasainya.

2) Jaminan setiap individu untuk menikmati hasil pembangunan atau out put

Setiap individu memiliki hak untuk hidup secara baik dan mulia, menikmati sumber daya ciptaan Allah tetap dengan berpegang pada nilai keseimbangan dan masyarakat yang harmoni (QS. 17:70; QS. 5:2). Sekecil apapun hasil pembangunan yang diperoleh suatu masyarakat harus didistribusikan kepada setiap anggotanya.

3) Jaminan setiap individu untuk membangun keluarga sakinah

Keluarga merupakan elemen ini dari wujudnya masyarakat. Dalam pandangan Islam, masyarakat bukan sekedar hasil perkumpulan dari individu-individu, namun masyarakat dibangun secara hierarkis oleh individu, keluarga, masyarakat, Negara dan umat sedunia. Masyarakat yang sejahtera hanya akan terwujud oleh keluarha-keluarga yang sakinah. Sakinah dalam hal ini dimaknai sebagai keluarga yang dibangun dengan tujuan dan proses benar. Setiap individu harus mendapatkan jaminan untuk membentuk keluarga sakinah, baik dari mulai memilih jodoh yang terbaik, menikah dan memiliki serta membangun keturunan yang baik.

4) Jaminan untuk *amar ma'ruf nahi munkar*

Amar ma'ruf nahi munkar merupakan kewajiban bagi setiap individu muslim dalam menjalani kehidupan didunia, yaitu kewajiban untuk mendorong orang lain berbuat kebaikan dan mencegah manusia dari berbuat keburukan. Dengan konsep ini, manusia secara individu atau kelompok akan berusaha untuk mewujudkan kehidupan yang baik dan menjauhkan hal-hal yang dilarang Allah dari kehidupannya. Suatu perekonomian Islam harus menjamin adanya peluang setiap individu untuk amar ma'ruf nahi munkar sehingga masyarakat harmoni bisa terwujud.

B. Penerapan Prinsip Syariah Dalam Permodalan Bank Syariah

1. Modal Bank Syariah Berasal dari Sumber Yang Halal Menurut Syariah

Bank syariah adalah bank yang dimaksudkan untuk mengakomodasikan masyarakat yang ingin menjalankan Islam secara kaaffah, yaitu menghindari hal-hal yang dilarang oleh Agama Islam. Oleh karena itu, Bank syariah diwajibkan untuk patuh pada prinsip-prinsip syariah, sejak dari pendirian sampai pada operasionalnya, dalam hal ini termasuk dalam permodalannya. Menurut Islam, untuk melakukan sesuatu yang baik, harus diawali dengan yang baik juga. Demikian juga dengan konsep halal. Halal, menurut Islam, adalah halah dzatnya dan halal cara mendapatkannya. Daging ayam menurut Islam halal untuk dikonsumsi. Tetapi, apabila dalam mendapatkannya dilakukan dengan cara mencuri, maka daging ayam tersebut menjadi haram. Demikian juga, apabila cara menyembelohnya tidak sesuai dengan ajaran Islam, maka daging ayam tersebut juga haram untuk dikonsumsi.

Sebaliknya, daging babi secara dzatnya sudah haram. Meskipun cara mendapatkannya dengan cara membeli dengan menggunakan uang yang berasal dari kerja yang halal, daging babi tetaplah haram untuk dikonsumsi. Hal ini berlaku juga terhadap uang. Uang pada dasarnya merupakan sesuatu yang halal, tetapi jika mendapatkannya dengan cara mencuri atau merampok,, maka uang tersebut menjadi haram untuk dimanfaatkan. Apabila uang tersebut digunakan untuk membeli ayam goreng, maka ayam goreng tersebut yang tadi halal menjadi haram untuk dikonsumsi.

Bank syariah sebagaimana telah disebutkan diharapkan patuh pada prinsip-prinsip syariah, sehingga bank sebagai lembaga, dan hasil-hasil dari produknya halal secara agama. Demikian

juga dengan dana yang digunakan untuk modal kegiatan usahanya juga harus halal secara syariah. Modal bank syariah tidak boleh berasal dari sumber-sumber yang dilarang oleh agama. Dana yang digunakan untuk modal bank syariah tidak boleh berasal dari hasil merampok, korupsi, hasil perjudian, hasil usaha minuman keras dan sebagainya yang bertentangan dengan syariah, termasuk tidak boleh berasal dari hasil membungakan uang atau riba.

Menurut Pasal 9 ayat (1) UUPS ditentukan bahwa Bank Umum Syariah hanya dapat didirikan dan/atau dimiliki oleh:

- a. Warga Negara Indonesia dan/atau badan hukum Indonesia;
- b. Warga Negara Indonesia dan/atau badan hukum Indonesia dengan warga Negara asing dan/atau badan hukum asing secara kemitraan; atau
- c. Pemerintah daerah

Selanjutnya, pada pengaturan bank syariah yang terdahulu, yaitu SK Direksi Bank Indonesia No. 32/34/KEP/DIR tanggal 12 Mei 1999 tentang Bank Umum Berdasarkan Prinsip Syariah pada pasal 6 huruf g ditentukan bahwa untuk mengajukan izin prinsip disyaratkan adanya surat pernyataan dari calon pemegang saham bank yang berbentuk hukum perseroan Terbatas Perusahaan Daerah atau calon anggota bagi bank yang berbentuk hukum koperasi, bahwa setoran modal:

- a. Tidak berasal dari pinjaman atau fasilitas pembiayaan dalam bentuk apapun dari bank dan/atau pihak lain di Indonesia
- b. Tidak berasal dari sumber dana yang diharamkan menurut prinsip syariah termasuk dari dan untuk tujuan pencucian uang (*money laundering*).

Demikian juga pada saat mengajukan izin usaha, menurut pasal 9 huruf g, SK Direksi Bank Indonesia No. 32/34/KEP/DIR tanggal 12 Mei 1999 menentukan bahwa untuk mengajukan izin usaha wajib dilampirkan surat pernyataan dari pemegang saham bank yang berbentuk hukum Perseroan Terbatas/ Perusahaan Daerah atau anggota bagi bank yang berbentuk hukum koperasi, bahwa setoran modal:

- a. Tidak berasal dari pinjaman atau fasilitas pembiayaan dalam bentuk apapun dari bank dan/atau pihak lain di Indonesia
- b. Tidak berasal dari sumber dana yang diharamkan menurut prinsip syariah termasuk dari dan untuk tujuan pencucian uang (*money laundering*)

SK Direksi Bank Indonesia No. 32/34/KEP/DIR tanggal 12 Mei 1999 tersebut sudah tidak berlaku karena telah dicabut dengan Peraturan Bank Indonesia No. 6/24/PBI/2004 tentang Bank Umum yang Melaksanakan kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Bank Indonesia No. 7/35/PBI/2005. Dalam PBI tersebut di atas masih ada ketentuan yang mengatur tentang dana yang digunakan sebagai modal disetor harus berasal dari sumber yang halal secara syariah. Ketentuan ini terdapat dalam pasal 6 yang menyatakan bahwa:

“surat pernyataan dari calon pemegang saham bagi Bank yang berbentuk hukum Perseroan Terbatas/Perusahaan Daerah atau dari calon anggota bagi Bank yang berbentuk hukum Koperasi,

bahwa setoran modal sebagaimana dimaksud dalam huruf I:

- a. Tidak berasal dari pinjaman atau fasilitas pembiayaan dalam bentuk apapun dari bank dan/ atau pihak lain;
- b. Tidak berasal dari sumber dana yang diharamkan menurut prinsip syariah termasuk dari dan untuk tujuan pencucian uang (*money laundering*.”

Akan tetapi, untuk saat ini Peraturan Bank Indonesia No. 6/24/PBI/2004 tentang bank Umum yang Melaksanakan kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah sebagaimana telah diubah dengan peraturan Bank Indonesia No. 11/35/PBI/2005 sudah dinyatakan dicabut dan tidak berlaku lagi dengan peraturan Bank Indonesia No. 11/3/PBI/2009 tentang bank Umum Syariah. Dengan demikian, untuk saat ini yang berlaku adalah Peraturan Bank Indonesia No. 11/3/PBI/2009 tentang bank Umum Syariah.

Dalam Peraturan Bnk Indonesia yang saat ini berlaku, ketentuan tentang adanya pernyataan dari calon pemegang saham atau calon anggota bank tentang sumber dana tidak berasal dari yang diharamkan menurut prinsip syariah sudah dihilangkan. Dalam Pasal 15 Peraturan Bank Indonesia tersebut hanya ditentukan bahwa sumber dana yang digunakan dalam rangka kepemilikan bank:

- a. Tidak berasal dari pinjaman atau fasilitas pembiayaan dalam bentuk apapun dari bank dan/ atau pihak lain; dan /atau
- b. Tidak berasal dari dan tujuan pencucian uang (*money laundering*)

Demikian juga dalam Surat Edaran Bank Indonesia No. 11/9/DPbS tanggal 7 April 2009 tentang Bank Umum Syariah, ketentuan tentang adanya pernyataan sebagaimana dimaksud diatas tidak ada. Dalam Bab II, huruf A, angka 11, SEBI No. 11/9/DBPS ditentukan bahwa untuk mengajukan persetujuan prinsip diperlukan surat pernyataan dari pemegang saham bahwa sumber dana yang digunakan dalam rangka kepemilikan bank:

- a. Tidak berasal dari pinjaman atau fasilitas pembiayaan dalam bentuk apapun dari bank dan/ atau pihak lain; dan /atau
- b. Tidak berasal dari dan tujuan pencucian uang (*money laundering*)

Sedangkan dalam Bab II, huruf B, angka 9, SEBI No. 11/9/DPbS, ditentukan bahwa untuk mengajukan izin usaha disyaratkan adanya surat pernyataan dari pemegang saham bahwa pemenuhan modal disetor tidak berasal dari sumber dana yang dilarang sebagaimana dimaksud Peraturan Bank Indonesia tentang Bank Umum Syariah.

Pengaturan tentang sumber yang halal ini menjadi sangat penting, sebab kalau tidak, bank syariah akan bisa digunakan sebagai sarana untuk melakukan “pencucian uang syariah” (Danang Wahyu Muhammad, 2012: 355). Artinya, uang yang semula haram secara syariah diinvestasikan ke dalam bank syariah dan nanti seakan-akan dana tersebut menjadi halal secara syariah.

2. Tidak Bercampur Dengan Dana Yang Haram Menurut Syariah

Pemisahan antara uang yang haram dengan yang halal menurut ketentuan syariah malah terdapat dalam pasal 15 Peraturan Bank Indonesia Nomor: 8/3Pbi/2006 Tentang Perubahan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah Dan Pembukaan Kantor Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah Oleh Bank Umum Konvensional, yang menyatakan Bank yang memiliki Kantor Cabang Syariah wajib:

- a. Memiliki pencatatan dan pembukuan tersendiri untuk kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah;
- b. Menyusun laporan keuangan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah; dan
- c. Memasukan laporan keuangan sebagaimana dimaksud dalam huruf b ke dalam laporan keuangan gabungan.

Pemisahan pencatatan dan pembukuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 15 huruf a diatas adalah dimaksud agar tidak ada percampuran antara uang dari nasabah kantor Cabang yang menjalankan Prinsip Syariah dengan uang dari nasabah Konvensional.

Menurut *Lajnah Ad-Da'awah lil Bubuuts Al-'Ilmiyyah Wal Ifta* (Komite Tetap Kajian Fatwa Ilmiah dan Pemberian Fatwa) kerajaan Saudi Arabia, secara tegas mengatakan bahwa membayar bunga pinjaman dengan menggunakan uang yang berasal dari bunga simpanan tidak diperkenankan (M. Abdul Ghoffar, 2009: 392)

Fatwa di atas mendasarkan pada ketentuan yang ada dalam Al-Quran, antara lain dalam surat Al-Baqarah 276, yang artinya: "Allah memusnahkan riba dan menyuburkan sedekah. Dan Allah tidak menyukai setiap orang yang tetap dalam kekafiran, dan selalu berbuat dosa."

Disamping itu, juga mendasarkan pada As-Sunnah. Disebutkan dalam hadits shahih dari Jabir bin 'Abdillah, dia menuturkan: "Rasulullah saw., melaknat orang yang memakan riba, yang memberinya makan, juru tulis dan kedua sanksinya. Beliau bersabda, "Mereka itu sama." (HR. Muslim) Dalam hadits yang lain, Rasulullah saw., Bersabda: "Yang halal itu demikian, jelas, dan yang haram pun demikian jelas. Dan diantara keduanya terdapat beberapa samara masalah yang samar-samar, yang tidak diketahui oleh banyak orang...."

Tampaknya, fatwa diatas ingin benar memisahkan antara yang halal dengan yang haram. Bahwa sesuatu yang halal tidak dapat dicampur dengan yang haram, demikian juga sebaliknya. Umat Islam dilarang untuk memanfaatkan sesuatu yang bersumber dari yang haram, meskipun hal itu digunakan untuk sesuatu yang bersifat baik.

Dalam sebuah media Tanya jawab on-line dijelaskan, bahwa riba tidak terkena zakat. Antara riba dan zakat berada dalam dua sisi yang berbeda. Riba adalah sesuatu yang diharamkan, baik dalam Al-Quran maupun dalam As-Sunnah dan *Ijtihad* ulama. Sedangkan zakat sesuatu yang diwajibkan dan merupakan salah satu jenis ibadah. Bahkan, zakat merupakan salah satu rukun Islam, salah satu inti ibadah dalam Islam. Oleh karena itu, segala sesuatu yang berasal dari riba tidak dapat digunakan sebagai sarana melakukan ibadah (Anonim, diunduh tanggal 24 April 2011, pukul 23:57).

Hal yang sama terjadi pada Raden Said (Sunan Kalijaga). Pada masa mudanya, Sunan Kalijaga

adalah seorang perampok yang terkenal dan ditakuti dikawasan Jawa Timur. Tetapi, dalam setiap melakukan aksinya, Sunan Kalijaga selalu memilih korbannya dengan seksama. Raden Said hanya merampok orang kaya yang tak mau mengeluarkan zakat dan sedekah. Dari hasil rampokannya itu, sebagian besarnya selalu ia bagi-bagikan kepada orang miskin. Semuanya berubah saat Sunan Kalijaga bertemu dengan seorang ulama yang bernama Syekh Maulana Makhdum Ibrahim alias Sunan Bonang. Sunan Bonang inilah yang kemudian menyadarkannya bahwa perbuatan baik tak dapat diaawali dengan perbuatan buruk-sesuatu yang *hag* tak dapat dicampuradukan dengan sesuatu yang *hati* (Anonim, diunduh tanggal 18 Juni 2011, pukul 6:27)

Selanjutnya, dalam ketentuan Pasal 5 ayat (4) UU Perbankan Syariah yang berbunyi: "Bank Syariah yang telah mendapat izin usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib mencantumkan dengan jelas kata "syariah" pada penulisan nama banknya ." Ketentuan tersebut mempunyai banyak makna, antara lain untuk memberi peringatan kepada pihak bank bahwa dirinya membawa misi syariah. Dengan adanya kata "syariah" pada nama banknya, menjadikan bank tersebut wajib berhati-hati dan selalu patuh pada prinsip syariah. Disamping itu, dengan pencantuman kata "syariah" pada nama bank syariah, maka hal itu membawa konsekuensi bahwa prinsip syariah selalu menjadi bagian dari bank syariah, termasuk dalam hal permodalan. Dengan demikian, maka syariah selalu terikat untuk tidak menyimpang dari prinsip syariah.

III. PENUTUP

Berdasarkan pembahasan diatas, maka dapat disimpulkan dengan dicabut dan dinyatakan tidak berlakunya Peraturan Bank Indonesia N0m0r:6/24/PBI/2004 tentang Bank Umum Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Bank Indonesia No. 7/35/PBI/2005 oleh Peraturan Bank Indonesia No. 11/3/PBI/2009 tentang Bank Umum Syariah berpotensi tidak diterapkannya prinsip syariah kaitannya dengan permodalan Bank Syariah. Dengan berlakunya Peraturan Bank Indonesia No. 11/3/PBI/2009 maka hilang juga ketentuan tentang kepastian modal Bank Syariah tidak berasal dari sumber dana yang diharamkan menurut prinsip syariah. Sehingga dengan demikian akan berpotensi juga bercampurnya uang haram dengan uang halal, apabila modal bank Syariah sudah secara tegas ditentukan bahwa antara yang haram dengan yang halal harus dipisahkan. Sesuatu yang halal tidak dapat dicampur dengan yang haram, demikian juga sebaliknya. Umat Islam dilarang untuk memanfaatkan sesuatu yang bersumber dari yang haram, meskipun hal itu digunakan untuk sesuatu yang bersifat baik.

DAFTAR PUSTAKA

- Adiwarman A. Karim, 2007, *Ekonomi Makro Islam*, Jakarta, PT.RajaGrafindo Persada.
Ahmad Dimiyati, 2008, *Teori Keuangan Islam; Rekontruksi Metodologi Terhadap Teori Keuangan Al-Ghazali*, Yogyakarta, UII Press,
Anonim, Riba Tidak terkena Zakat, suatu Tanya jawab, <http://www.syariahonline.com/>, diunduh

tanggal 24 April 2011, jam 23:57

- , Biografi Sunan Kalijaga – Wali Songo, <http://www.uniquenews.net/2011/05/biografi-sunan-kalijaga-walisongo.html>, diunduh tanggal 18 juni 2011, pk 6:27
- Danang Wahyu Muhammad, 2012, *Konsep Falah Dalam Pengaturan Bank Syariah dan Pembuatan Kontrak Pada Bank Syariah*, Disertasi, Universitas Diponegoro, Semarang.
- Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia, *Laporan Perkembangan Perbankan Syariah Tahun 2007*, hlm. 1-2, www.bi.go.id, dicetak tanggal 15 Januari 2009, pk. 16.09 1ib
- Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia, *Laporan Perkembangan Perbankan Syariah Tahun 2011*, http://www.bi.go.id/web/id/Publikasi/Perbankan+dan+Stabilitas+keuangan+laporan+perbankan+syariah+ipps_2011.htm, dicetak tanggal 2 Agustus 2012, pk. 13.30 wib
- H. Veithzal Rivai & H. Arviyan Arifin, 2010, *Islamic Banking: Sebuah Teori, Konsep dan Aplikasi*, Jakarta, Bumi Aksara.
- Muhammad Syafii Antonio, 2001, *Bank Syariah: Dari Teori Ke Praktek*, Jakarta, Gema Insani Press.
- Syaikh Ahmad bin 'Abdurrazaq Ad-Duwayisy (Pengumpul dan penyusun), 1999, *Fatawa Al-Lajnah Ad-Daaimah lil Buhuuts Al-Ilmiyyah Wal Iftaa 'Al-Buyuu' (1), Daarul 'Ashimah Riyadh Saudi Arabia*, diterjemahkan oleh M. Abdul Ghoftar, 2009, *Fatwa-fatwa jual Beli Oleh Ulama-Ulama Besar Terkemuka*, Bogor, Pustaka Imam Asy-Syafii.
- Tim Pusat Pengkajian dan Pengembangan Ekonomi Islam (P3EI) UII bekerjasama dengan Bank Indonesia, 2008, *Ekonomi Islam*, Jakarta, PT.Raja Grafindo Persada.
- Zainuddin Ali, 2008, *Hukum Ekonomi Syariah*, Jakarta, Sinar Grafika.

Peraturan Perundang-Undangan

Al Quran

As-Sunnah

SK Direksi Bank Indonesia Nomor: 32/34/KEP/DIR tanggal 12 Mei 1999 tentang Bank Umum Berdasarkan Prinsip Syariah

Peraturan Bank Indonesia Nomor: 6/24/PBI/2004 tentang Bank Umum yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah Sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Bank Indonesia No: 7/35/PBI/2005

Peraturan Bank Indonesia Nomor: 8/3/Pbi/2006 tentang perubahan keiatan usaha bank umum konvensional menjadi bank umum yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah dan pembukaan kantor bank yang melaksanakan kegoatan usaha berdasarkan prinsip syariah oleh bank umum konvensional

Peraturan ban Indonesia nomor: 11/3/PBI2009 tentang bankumum syariah

Surat edaran bank Indonesia nomor: 11/9/DPbS tanggal 7 April 2009 tentang bank umum syariah.

Oskar S. Matampo

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Palu. Jalan Hang Tuah No.29 Palu

Email: faculty.hukum@gmail.com

PEMBATASAN TERHADAP HAK ASASI MANUSIA DALAM PRESPEKTIF KEADAAN DARURAT

ABSTRAK

Human rights is a gift from Allah SWT, as a consequence becoming human creature, therefore it couldn't be deprived or abolished by the state. If a state in an abnormal condition or emergency condition, state is allowed to take an extraordinary action including giving restriction to human right for the sake of defending state integrity and protect its citizens, but human right that could be restricted is human right which is categorized in non-derogable right (right that couldn't be limited in any kind of condition). This research found that in the practice of human right restriction which is applied in any kind of emergency condition in various area of Indonesia precisely touch the rights which are non-derogable rights.

Key words : human rights, emergency condition, human rights restrictions

ABSTRAK

Hak asasi Manusia merupakan pemberian dari Allah SWT, sebagai konsekuensi dari manusia adalah ciptaan Allah SWT, sehingga tidak dapat dirampas atau dihapuskan oleh negara. Jika suatu Negara dalam kondisi tidak normal atau dalam keadaan darurat, negara diperbolehkan melakukan tindakan yang bersifat luar biasa termasuk melakukan pembatasan terhadap Hak Asasi Manusia demi mempertahankan integritas Negara dan melindungi warga negaranya, namun hak asasi manusia yang dapat dilakukan pembatasan yakni hak asasi manusia yang masuk dalam golongan *derogable right* (hak yang dapat dibatasi pemenuhannya), tidak dibenarkan pembatasan

terhadap hak asasi manusia yang masuk dalam golongan *non-derogable right* (hak yang tidak dapat dibatasi pemenuhannya dalam keadaan apapun). Penelitian ini menemukan bahwa pada praktiknya pembatasan hak asasi manusia ketika diberlakukan keadaan darurat diberbagai wilayah Indonesia justru menyentuh hak-hak yang sifatnya *non derogable rights*.

Kata Kunci : HAM. Keadaan Darurat. Pembatasan HAM

I. PENDAHULUAN

Hak asasi Manusia merupakan pemberian dari Allah SWT, sebagai konsekuensi dari manusia adalah ciptaan Allah SWT, sehingga tidak dapat dirampas atau dihapuskan oleh negara. Negara berkewajiban menanggung beban atau bertanggung jawab untuk penghormatan, pemenuhan dan perlindungan hak asasi manusia bagi seluruh warga negaranya.

Perkembangan hak asasi manusia tidak dapat dipisahkan dengan negara hukum, karena salah satu indikasi untuk disebut sebagai negara hukum, antara lain ditegakkannya hak asasi manusia, karenanya negara hukum tanpa mengakui, menghormati sampai melaksanakan sendi-sendi hak asasi manusia tidak dapat disebut sebagai negara hukum. Sebagai negara hukum yang menjunjung tinggi hak asasi manusia Indonesia mengatur hak asasi manusia didalam konstitusinya yaitu undang-undang dasar 1945, sebagaimana halnya juga konstitusi negara-negara didunia

Berbagai upaya untuk mewujudkan HAM dalam kehidupan nyata sejak dahulu hingga saat sekarang ini tercermin dari perjuangan manusia dalam mempertahankan harkat dan martabatnya dari tindakan sewenang-wenang penguasa yang tiran. Timbulnya kesadaran manusia akan hak-haknya sebagai manusia merupakan salah satu faktor penting yang melatarbelakangi dan melahirkan gagasan yang kemudian dikenal sebagai HAM.

HAM ada bukan karena diberikan oleh masyarakat dan kebaikan dari negara, melainkan berdasarkan martabatnya sebagai manusia (Knut D. Asplund, 2009 : 11) jadi bukan berdasarkan hukum positif yang berlaku, melainkan berdasarkan martabatnya sebagai manusia. Dengan demikian, faktor-faktor seperti ras, jenis kelamin, agama maupun bahasa tidak dapat menegasikan eksistensi HAM pada diri manusia.

Asumsi di atas yang dijadikan sebagai dasar diterimanya pernyataan hak asasi manusia sedunia pada tahun 1948 oleh suatu badan internasional yaitu Perserikatan Bangsa-Bangsa (Hassan Suryono 2007 : 86). Melalui resolusi PBB Nomor 217 (III), negara-negara anggota PBB mendeklarasikan nilai-nilai HAM yang hingga saat ini menjadi "*a common Standard of achievement for all people and all nations*". Sebagai sebuah pernyataan atau piagam *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), baru mengikat secara moral namun belum secara yuridis. Agar suatu pernyataan mengikat secara yuridis harus dituangkan dalam bentuk perjanjian unilateral. Indonesia telah meratifikasi beberapa instrument HAM internasional yang mengikat bagi negara-negara yang meratifikasinya salah satunya adalah *International Covenant on Civil and Political Rights* (Konvenan internasional hak sipil dan politik).

Konvenan internasional hak sipil dan politik memberikan kewenangan kepada negara untuk melakukan pembatasan-pembatasan hak asasi manusia ketika negara dalam keadaan darurat

yang esensial dan mengancam kehidupan suatu bangsa. Sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 4 Konvenan hak sipil dan politik sebagai berikut :

(1) *In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.* (Dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa dan keberadaannya, yang telah diumumkan secara resmi, Negara-negara Pihak Kovenan ini dapat mengambil langkah-langkah yang mengurangi kewajiban-kewajiban mereka berdasarkan Kovenan ini, sejauh memang sangat diperlukan dalam situasi darurat tersebut, sepanjang langkah-langkah tersebut tidak bertentangan dengan kewajiban-kewajiban lainnya berdasarkan hukum internasional dan tidak mengandung diskriminasi semata-mata berdasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau asal-usul sosial).

(2) *No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision* (Pengurangan kewajiban atas pasal-pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16 dan 18 sama sekali tidak dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan ini)

Berdasarkan Pasal 4 konvenan hak sipil dan politik di atas memberikan legalitas kepada pemerintah untuk melakukan pembatasan terhadap Hak asasi manusia jika Negara dalam keadaan darurat. Keadaan darurat atau yang dalam bahasa inggrisnya disebut sebagai *state of emergency* menurut Pengadilan Eropa untuk hak asasi manusia adalah situasi krisis yang luar biasa atau keadaan darurat yang mempengaruhi keseluruhan penduduk dan merupakan ancaman bagi kehidupan komunitas yang terorganisir (Nihal Jayawickrama, 2002 : 205).

Keadaan darurat dapat terjadi karena berbagai faktor, seperti penyebab yang timbul dari luar (*eksterna*) atau dari dalam negeri (*interna*). Ancamannya dapat berupa ancaman militer/bersenjata atau dapat pula tidak bersenjata seperti teror bom dan keadaan darurat lainnya, tetapi dapat menimbulkan korban jiwa, harta benda di kalangan warga negara yang mutlak harus dilindungi (Binsar Gultom : 2010 : 4). Dalam kondisi negara tidak normal atau keadaan darurat sistem hukum yang diterapkan harus menggunakan kekuasaan dan prosedur yang bersifat darurat lewat hukum keadaan darurat yang dapat mengesampingkan hukum dalam keadaan normal, tanpa harus mempengaruhi sistem-sistem pemerintahan yang demokratis yang dianut berdasarkan konstitusi. Dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa tersebut, konstitusi memberikan kekuasaan kepada kepala negara atau pemerintah untuk menilai dan menentukan negara dalam keadaan darurat (A. H. Robertson and J.G Merrills, 1994 : 185).

Judge David mengatakan: “ *the government, within the constitution, has all the powers granted to it, which are necessary to preserve its existence* (Oren Gross and Fionnuala N’I Aol’ain, 2006 : 92) ” (pemerintah, dalam konstitusi memiliki segala kuasa yang diberikan dan dibutuhkan untuk

menjaga eksistensinya). Hal ini senada dengan Beni Prasad mengatakan sebagai berikut :

“ when face to face with dire adversity, government could do anything. The justification of it all is that abnormal times have an ethics of their own, appaddharma as it is called. It must be clearly understood, that in days of distress, all the ordinary rules of morality and custom are suspended (Venkat Iyer : 2002 : 2). (Dalam keadaan yang bersifat darurat, pemerintah dianggap dapat melakukan tindakan apa saja. Pembeneran mengenai hal ini didasarkan atas pengertian bahwa suatu keadaan yang tidak normal mempunyai sistem norma hukum dan etikanya tersendiri, atau keadaan yang disebut Appaddharma yang berarti keadaan krisis yang sangat mengerikan. Dalam keadaan kacau tersebut, semua aturan moralitas yang biasa berlaku dalam keadaan normal dapat ditunda berlakunya).

Ini berarti bahwa dalam keadaan darurat semua tindakan yang bersifat luar yang dilakukan oleh pemerintah termasuk melakukan pembatasan terhadap Hak Asasi Manusia dapat dibenarkan untuk dilakukan demi mempertahankan integritas negara dan melindungi warga negaranya. Komite PBB tentang HAM dalam *General Comment No 29 on Article 4 of ICCPR*. Mensyaratkan Ada dua kondisi mendasar harus dipenuhi untuk dapat membatasi hak asasi manusia yaitu :

the situation must amount to a public emergency which threatens the life of the nation, and the State party must have officially proclaimed a state of emergency (dimana situasi harus berupa keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa, dan negara pihak harus menyatakan secara resmi negara dalam keadaan darurat).

Pada dasarnya setiap hak asasi manusia wajib dilindungi (*protect*), dipenuhi (*fulfill*) dan ditegakan (*enforced*) oleh negara. Hanya saja dalam perkembangannya, tidak semua hak harus dipenuhi secara mutlak, ada pula hak-hak yang dapat dibatasi pemenuhannya dan ada hak-hak yang tidak dapat dibatasi pemenuhannya meskipun dalam keadaan darurat. Hak-hak yang boleh dibatasi pemenuhannya dalam keadaan darurat yaitu hak yang disebut sebagai *derogable rights*, yang terdiri dari hak untuk menyatakan pendapat, hak untuk bergerak, hak untuk berkumpul, dan hak untuk berbicara. Akan tetapi yang harus mendapatkan perhatian ialah sekalipun negara dalam keadaan bagaimanapun ada hak yang tidak bisa dibatasi dalam segala keadaan hak itu disebut *non derogable rights* (hak-hak yang bersifat absolut yang tidak boleh dikurangi pemenuhannya oleh negara-negara pihak, walaupun dalam keadaan darurat sekalipun) yang pada prinsipnya meliputi adalah hak untuk hidup, kebebasan dari tindakan penyiksaan, bebas dari tindakan yang tidak manusiawi dan merendahkan martabat, kebebasan dari perbudakan dan penghambaan, kebebasan dari undang-undang berlaku surut, serta kebebasan berpikir, berhati nurani dan beragama. Hak asasi yang penulis sebutkan diatas disebut dengan intisari (*hardcore*) HAM, Artinya itulah hak asasi manusia yang utama yang tidak boleh hilang dalam diri manusia dan hak inilah yang selalu dipertahankan dari diri manusia.

Praktiknya pembatasan hak asasi manusia ketika diberlakukan keadaan darurat diberbagai

wilayah Indonesia justru menyentuh hak-hak yang sifatnya *non derogable rights* sehingga mengakibatkan jatuhnya korban jiwa, harta benda dikalangan warga negara yang mutlak harus dilindungi. Seperti pada masa orde baru yaitu pada masa pemerintahan Soeharto hingga masa reformasi dibawah pemerintahan BJ. Habibie, Abdurrahman Wahid (Gus Dur), Megawati Soekarno Putri dan Susilo Bambang Yudhoyono, negara republik Indonesia tidak pernah lepas dari keadaan darurat, baik yang diumumkan secara *de jure* maupun secara *de facto*. Seperti keadaan darurat di Tanjung Priok tahun 1984, keadaan darurat pada waktu meruntuhkan rezim Soeharto yaitu tahun 1998, keadaan darurat di Poso, keadaan darurat di Timor-Timur tahun 1999, keadaan darurat di Nangroe Aceh Darussalam tahun 2003 dan berbagai kasus lain-lain.

Peristiwa-peristiwa dalam keadaan darurat diatas merupakan contoh adanya penyalahgunaan kekuasaan oleh rezim yang berkuasa dengan menggunakan kekuatan militer terhadap penduduk sipil, yang mengakibatkan jatuhnya korban jiwa dan harta benda dikalangan penduduk sipil yang seharusnya mendapatkan perlindungan dari negara.

II. PEMBAHASAN

A. Prinsip Pembatasan Terhadap HAM Yang Dibenarkan Dalam Keadaan Darurat

Indonesia merupakan negara yang berdasarkan hukum dimana salah satu unsur dari negara hukum adalah adanya jaminan perlindungan HAM bagi setiap individu. Adanya perlindungan terhadap HAM mengandung arti bahwa negara tidak dapat bertindak sewenang-wenang membatasi hak dan kebebasan setiap warga negara, terlebih terhadap HAM tergolong dalam jenis *non-derogable right* (hak asasi manusia yang tidak bisa dikurangi pemenuhannya dalam keadaan darurat sekalipun).

HAM yang tergolong dalam jenis *non-derogable right* yang penulis sebutkan diatas disebut sebagai intisari (*hardcore*) HAM, artinya inilah HAM yang utama yang tidak boleh hilang dalam diri manusia dan hak inilah yang selalu dipertahankan dari diri manusia. Ini menunjukkan bahwa HAM itu ada dan harus dihormati oleh seluruh umat manusia di dunia dan dalam kondisi apapun sebagai kodrat lahiriah setiap manusia.

Tetapi, ketika negara dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa dan telah dideklarasikan oleh presiden, tidak semua HAM dapat dipenuhi pemberlakuannya, HAM yang tergolong dalam jenis *derogable rights* (Hak-hak yang boleh dibatasi pemenuhannya dalam keadaan darurat) yang terdiri dari, hak untuk menyatakan pendapat, hak untuk bergerak, hak untuk berkumpul, dan hak untuk berbicara. Jaminan pemenuhan terhadap HAM yang dikategorikan *derogable rights* dapat dibatasi ataupun ditunda pemenuhannya.

Apabila suatu negara menghadapi ancaman yang membahayakan eksistensi atau kedaulatan sebagai negara merdeka atau membahayakan keselamatan warga negaranya, negara tersebut dianggap dapat bertindak apa saja, terlepas dari persoalan legalitas cara-cara yang ditempuh. Namun, tindakan-tindakan pembatasan terhadap HAM, bagaimanapun harus ditentukan batas-batasannya yang jelas beserta ukuran-ukuran yang tidak membuka peluang terjadinya penyalahgunaan dengan merugikan kepentingan kemanusiaan yang lebih luas.

Menurut Alexander N. Domrin, ada berbagai macam alasan untuk menyatakan keadaan darurat dalam undang-undang dari negara-negara didunia seperti yang dilakukan oleh para sarjana hukum Jerman, A Hamann dan Hans-Ernst Folz membagi semua keadaan darurat ke dalam enam atau tujuh kategori. A Hamann mengidentifikasi keadaan darurat sebagai berikut (Alexander N. Domrin, 2006 : 1)

1. Invasi asing;
2. Tindakan publik yang bertujuan subversi rezim konstitusional;
3. Pelanggaran serius mengancam ketertiban umum dan keamanan;
4. Bencana,
5. Pemogokan dan kerusuhan di bidang penting dari perekonomian;
6. Gangguan penting dalam pelayanan publik dan
7. Kesulitan di bidang ekonomi dan keuangan

Hans-Ernst Folz dalam bukunya, *A State of Emergency and Emergency Legislation (Staatsnotstand und Notstandsrecht)*, yang diterbitkan di Jerman pada tahun 1961, mengusulkan daftar yang lebih rumit alasan yang memungkinkan pemberlakuan keadaan darurat harus meliputi :

1. Adanya bahaya eksternal yang mengancam negara (tindakan bahaya dari militer atau invasi militer, atau adanya koordinasi kegiatan subversif dalam negeri dari wilayah suatu negara asing
2. Adanya kerusuhan domestik yang berbeda jenis, pemberontakan, kerusuhan, dan pemberontakan, “konstitusional keharusan” disebabkan oleh terganggunya fungsi normal dari organ konstitusional atau konflik (di negara federal) antara pusat dan subjek federasi;
3. Gangguan fungsi normal dari otoritas pemerintah disebabkan oleh pemogokan dalam pelayanan sipil;
4. Penolakan untuk membayar pajak (strike pajak);
5. Kesulitan di bidang ekonomi dan keuangan dan
6. Kerusuhan buruh, dan bencana nasional.

-Sistem hukum di semua negara menentukan tindakan-tindakan khusus untuk mengatasi keadaan yang tidak normal yang kemudian disebut sebagai keadaan darurat. Dalam pengaturan-pengaturan keadaan darurat tersebut selalu terdapat unsur-unsur yang bersifat mengurangi, membatasi, ataupun membekukan hak-hak asasi manusia tertentu. Namun, pengurangan, pembatasan, atau pembekuan hak-hak asasi semacam itu haruslah bersifat:

1. Bersifat sementara waktu
2. Dimaksudkan untuk tujuan mengatasi keadaan krisis dan
3. Dengan maksud dikembalikannya keadaan normal sebagaimana biasanya guna mempertahankan hak-hak asasi manusia yang bersifat fundamental

Syarat-syarat pembatasan dan pengurangan hak-hak asasi manusia yang diatur di atas diterjemahkan secara lebih detil di dalam Prinsip-Prinsip Siracusa (*Siracusa Principles*). Prinsip ini

menyebutkan bahwa pembatasan hak tidak boleh membahayakan esensi hak. Semua klausul pembatasan harus ditafsirkan secara tegas dan ditujukan untuk mendukung hak-hak, prinsip ini juga menegaskan bahwa pembatasan hak tidak boleh diberlakukan secara sewenang-wenang. Pembatasan HAM hanya bisa dilakukan jika memenuhi kondisi-kondisi berikut :

- a. *Prescribed by Law* (diatur berdasarkan hukum)
- b. *in a democratic society* (diperlukan dalam masyarakat demokratis)
- c. *Public Order (ordre public)* (untuk melindungi ketertiban umum)
- d. *Public Health* (untuk melindungi kesehatan publik)
- e. *Public Morals* (untuk melindungi moral publik)
- f. *National Security* (untuk melindungi keamanan nasional)
- g. *Public Safety* (untuk melindungi keselamatan publik)
- h. *Rights and freedoms of others or the rights or reputations of others* (melindungi hak dan kebebasan orang lain)

Negara bebas memutuskan sampai sejauh mana dan dengan alat apa akan melakukan pembatasan terhadap HAM dengan ketentuan bahwa mereka memenuhi syarat-syarat yang tertuang dalam klausul-klausul yang relevan (Manfred Nowak 2003 : 63). Namun, yang harus ditekankan bahwa syarat-syarat pembatasan HAM diatas ditujukan pada HAM yang tergolong *derogable rights* (HAM yang dapat dibatasi pemenuhannya dalam keadaan darurat).

Praktik di beberapa negara seperti Prancis dan Amerika, memungkinkan penguasa militer untuk melakukan pembatasan-pembatasan HAM setiap warga sipil. Di Prancis misalnya, penguasa militer dapat melakukan (Jimly Asshiddiqie 2007 : 137-138):

- a) *Search homes of citizens at any time;* (pencarian ke rumah warga kapan saja)
- b) *Deport liberated convicts and persons who are not residents of the area under the state of siege;* (mendeportasikan tahanan yang berkeliaran dan orang-orang yang bukan penghuni wilayah keadaan darurat)
- c) *Require the surrender of arms and munitions and search for and remove any weaponry at any time; and* (penyerahan senjata dan amunisi dan pencariannya dan menghilangkan senjata apa pun kapan saja)
- d) *Censor any publications and meeting it judges to incite or sustain disorder;* (menyensor publikasi apa pun yang menimbulkan atau meneruskan gangguan)

Di Amerika Serikat meskipun tidak dinyatakan secara eksplisit dalam Undang-undangnya akan tetapi penguasa militer juga dapat melakukan pembatasan, misalnya membatasi gerak individu (*individual movement*), pengenaan ancaman hukuman melalui peradilan militer dan pembatasan atau pengurangan beberapa HAM. Sedangkan di Indonesia pembatasan terhadap HAM hanya dibenarkan ketika Negara dalam keadaan darurat.

Apapun bentuk dan jenis tindakan pembatasan HAM yang dilakukan oleh TNI/Polri ketika dalam keadaan darurat tidak boleh menyentuh HAM yang tergolong dalam jenis *non-derogable*

right dimana secara tegas dinyatakan dalam Pasal 4 (2) ICCPR dan Pasal 4 Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM serta Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 bahwa HAM yang tergolong *non derogable right* tidak boleh dibatasi dalam keadaan apapun. Keadaan apapun disini penulis terjemahkan sebagai keadaan darurat sipil, militer maupun keadaan darurat perang.

Upaya pembatasan terhadap HAM yang tergolong *non-derogable right* merupakan bentuk pelanggaran terhadap HAM, inilah yang menurut penulis bertentangan dengan kewajiban-kewajiban Negara dimana negara harus menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fulfill*) hak asasi manusia.

Meskipun secara umum menurut Manfred Nowak bahwa HAM tidak dapat dianggap mutlak, tetapi hanya memiliki validitas relatif, atau yang dalam bahasa Jimly Asshidiqie disebut sebagai mutlak insani yaitu bahwa sifat absolutnya itu berlaku sepanjang rumusan konstitusi itu sendiri yang merupakan produk perjanjian sosial tertinggi tidak diubah lagi pada suatu saat. Artinya, semutlak-mutlaknya sifat mengikat dari norma hukum konstitusi hukum tertinggi, hal itu tetap bersifat relatif, namun sebagai norma hukum dasar yang tertinggi, ketentuan undang-undang dasar yang menentukan sifat absolut dari hak yang disebut sebagai *non-derogable right* atau HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun tetap harus diakui.

Penulis sependapat dengan apa yang disebutkan Manfred Nowak dan Jimly Asshidiqie di atas, bahwa HAM itu secara umum tidak bersifat mutlak, akan tetapi selama HAM itu diatur baik didalam konvenan internasional yang relevan maupun didalam konstitusi suatu negara dijamin kemutlakannya, maka HAM itu tidak bisa diganggu gugat pemberlakuannya sekalipun negara dalam keadaan darurat. hal ini dikarenakan jika ketujuh HAM yang tergolong *non derogable rights* yang diatur dalam Pasal 4 (2) ICCPR dan Pasal 4 UU No 39 Tahun 1999 Tentang HAM, dapat dibatasi pemenuhannya untuk apa mencantumkan isi Pasal yang secara eksplisit menyebutkan bahwa pengurangan kewajiban atas ketujuh hak asasi tersebut sama sekali tidak dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan ini. Artinya bahwa selama rumusan pasal itu menyebutkan bahwa ketujuh (7) HAM yang digolongkan dalam jenis *non-derogable rights* tidak bisa dikurangi pemberlakuannya dalam keadaan apapun, maka selama itu pula kita tidak dapat menghindari dari penafsiran bahwa ketujuh hak tersebut bersifat mutlak.

Negara-negara pihak yang melakukan pelanggaran terhadap hak-hak dalam jenis ini, seringkali akan mendapat kecaman sebagai negara yang telah melakukan pelanggaran serius hak asasi manusia (*gross violation of human rights*).

Begitu pula dengan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 secara eksplisit menyebutkan bahwa ketujuh hak tersebut tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Hal ini menimbulkan perbedaan penafsiran dari beberapa kalangan, dimana sebagian kalangan mengatakan bahwa HAM yang tergolong *non derogable rights* dapat dilakukan pembatasan dengan syarat harus "ditetapkan dengan undang-undang". Tujuannya adalah semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam

suatu masyarakat demokratis sebagaimana yang diatur dalam Pasal 28J ayat (2).

Menurut Jimly Asshidiqie pembatasan yang dimaksud oleh Pasal 28J ayat (2) tersebut diatas tidak ditujukan kepada ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, ketentuan Pasal 28J tidak ada hubungannya dengan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, Pasal 28I merupakan Pasal “pamungkas” dan pasal pengulangan terhadap rincian ketentuan Pasal 28A sampai dengan Pasal 28H. Artinya, Pasal 28I tersebut merupakan Pasal pengecualian yang tidak boleh mengurangi ketujuh jenis hak asasi manusia dalam keadaan apapun (keadaan darurat sipil, militer, maupun perang).

B. Prosedur Penetapan Keadaan Darurat

Banyak sekali istilah yang dipakai dalam praktik di berbagai negara mengenai keadaan yang dimaksud dengan keadaan darurat, misalnya Prancis menyebut keadaan darurat sebagai *etat de siege*, Amerika dan Inggris menyebutnya *Martial Law*, Indonesia menyebutnya keadaan bahaya atau keadaan darurat. Sedangkan dalam instrument HAM internasional misalnya *European Convention on Human Rights* (Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia), *American Convention on Human Rights* (Konvensi Amerika tentang hak asasi manusia) dan *International Covenant on Civil and Political Rights* (Konvenan internasional hak sipil dan politik) menggunakan istilah *public emergency*.

Istilah-istilah tersebut di atas dipakai tergantung kepada kandungan makna yang dipahami di masing-masing bahasa yang berlaku di tiap-tiap Negara (Jimly Asshiddiqie : 2007 : 9), namun kesemua istilah-istilah tersebut menunjuk kepada pengertian yang hampir sama, yaitu keadaan bahaya yang tiba-tiba mengancam tertib umum, yang menuntut negara untuk bertindak dengan cara-cara yang tidak lazim menurut aturan hukum yang biasa berlaku dalam keadaan normal. Hal ini senada dengan Beni Prasad mengatakan sebagai berikut (Venkat Iyer, 2000 : 2):

“ when face to face with dire adversity, government could do anything. The justification of it all is that abnormal times have an ethics of their own, appaddharma as it is called. It must be clearly understood, that in days of distress, all the ordinary rules of morality and custom are suspended. (Dalam keadaan yang bersifat darurat, pemerintah dianggap dapat melakukan tindakan apa saja. Pembeneran mengenai hal ini didasarkan atas pengertian bahwa suatu keadaan yang tidak normal mempunyai sistem norma hukum dan etikanya tersendiri, atau keadaan yang disebut Appaddharma yang berarti keadaan krisis yang sangat mengerikan. Dalam keadaan kacau tersebut, semua aturan moralitas yang biasa berlaku dalam keadaan normal dapat ditunda berlakunya)

Hal ini berarti bahwa dalam keadaan tidak normal atau keadaan darurat semua tindakan yang tidak lazim dari pemerintah yang diperlukan untuk mengembalikan kondisi negara menjadi normal kembali dapat dibenarkan untuk dilakukan demi mempertahankan keutuhan negara dan melindungi warga negaranya. Pemberlakuan ketentuan yang mengatur keadaan darurat itu sejak lama mendapat perhatian serius. Sekalipun terjadi keadaan darurat, perlindungan hak

asasi manusia itu tetap menjadi perhatian utama dalam berbagai instrumen hukum internasional yang dikembangkan. Oleh karena itu, penerapan suatu prinsip keadaan darurat di suatu negara sangat diperlukan asas-asas atau dasar yang melandasi dikeluarkannya status hukum keadaan darurat. Asas-asas yang berlaku dalam hubungannya dengan pemberlakuan keadaan darurat yaitu sebagai berikut (Jimly Asshiddiqie : 2007) :

a. Asas deklarasi

Maksud asas deklarasi adalah setiap pemberlakuan keadaan darurat atau keadaan luar biasa harus diumumkan atau diproklamasikan (dideklarasikan) secara resmi dan terbuka kepada publik sehingga semua orang mengetahuinya. Adanya tindakan deklarasi yang resmi dan terbuka tersebut bukan saja tindakan itu dilakukan secara transparan dan akuntabel, tetapi juga berfungsi sebagai momentum hukum yang menentukan status dari keadaan hukum yang ada sebelumnya menjadi sah secara hukum.

b. Asas legalitas

Maksud asas legalitas ini merupakan persesuaian deklarasi keadaan darurat dengan tindakan-tindakan darurat yang diambil oleh seorang kepala negara (Presiden, Raja atau Ratu), sesuai menurut peraturan perundang-undangan suatu negara, asas legalitas ini dimaksudkan untuk memastikan bahwa hukum dalam suatu negara sesuai dengan hukum internasional. Tindakan darurat yang dilakukan dalam suatu negara harus tetap berada dalam koridor atau kerangka hukum.

c. Asas komunikasi

maksud asas komunikasi merupakan kewajiban untuk memberitahukan tindakan pemberlakuan keadaan darurat itu kepada setiap negara warga negara, negara-negara sahabat dan negara-negara lainnya yang menjadi peserta perjanjian yang relevan, pemberitahuan harus disampaikan secara resmi melalui perwakilan-perwakilan negara-negara yang bersangkutan lewat pelapor khusus Perserikatan Bangsa-Bangsa.

d. Asas kesementaraan

Maksud asas kesementaraan mengacu pada sifat keistimewaan dari deklarasi keadaan darurat itu yang perlu dibatasi waktu pemberlakuannya untuk menghindari terjadinya penyalahgunaan kekuasaan yang dapat mengancam kebebasan dan jaminan-jaminan konstitusional hak asasi manusia

e. Asas keistimewaan ancaman

Maksud asas keistimewaan ancaman ini mengacu kepada keyakinan bahwa krisis yang terjadi itu merupakan bahaya yang nyata dan sedang terjadi (*actual threats*), atau setidaknya bahaya yang secara potensial sungguh-sungguh mengancam komunitas kehidupan bersama

f. Asas proporsionalitas

Maksud asas proporsionalitas ini perlu diambil tindakan segera dan tepat karena adanya kegentingan yang memaksa (*compelling need*) dan yang secara proporsional (berimbang atau

wajar) benar-benar memerlukan tindakan yang diperlukan untuk menghadapi atau mengatasi keadaan darurat tersebut.

g. Asas *Intangibility*

Maksud asas intangibility ini menyangkut hak asasi manusia yang bersifat khusus yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun (*non derogable right*)

h. Asas pengawasan

Maksud asas pengawasan sifat legal berlakunya keadaan darurat harus melalui tindakan-tindakan proklamasi, deklarasi, atau ratifikasi dan tindakan-tindakan yang diambil selama keadaan darurat yang dapat berupa penangguhan, pengurangan, ataupun pembatasan hak-hak asasi manusia tertentu harus tetap berada dalam kerangka prinsip-prinsip demokrasi dan negara hukum.

Pemberlakuan keadaan darurat harus dinyatakan secara resmi oleh pemerintah bahwa negara dalam keadaan darurat di dalam pernyataan keadaan darurat ini terletak makna esensial, yakni penduduk harus harus tahu materi, wilayah dan lingkup waktu pelaksanaan tindakan darurat itu dan dampaknya terhadap pelaksanaan hak asasi manusia (C De Rover, 2000 : 229). Kebutuhan akan pengumuman tersebut terutama dimaksudkan untuk mencegah penyimpangan *de facto*, serta usaha-usaha selanjutnya untuk membenarkan pelanggaran hak-hak asasi manusia yang telah dilakukan. namun muncul pertanyaan siapakah yang seharusnya diberi kewenangan mengambil keputusan untuk menyatakan bahwa negara sedang mengalami keadaan darurat. Hal ini penting untuk mempertahankan prinsip-prinsip legalitas dan kepastian hukum pada waktu ketika keadaan darurat diberlakukan. Carl Schmitt, berpendapat bahwa yang berwenang memutuskan adalah *the sovereign* (pemegang kedaulatan), yaitu (Carl Schmitt 1985 : 11)

“.....*he who decides on the exception. Every general norm demands a normal, everyday frame of life to which it can be factually applied and which is subjected to its regulation. For a legal order to make sense, a normal situation actually exists* (dimana penguasa mengambil keputusan berdasarkan pengecualian. Tiap-tiap norma yang berlaku di masyarakat membutuhkan suatu sistem yang normal, setiap saat kerangka kehidupan yang bisa diaplikasikan secara faktual/ nyata dan tunduk kepada peraturan. Dikarenakan adanya suatu tatanan hukum yang menjadikan makna bahwa situasi yang normal secara nyata akan tetap bertahan terus).

Pendapat Carl Schmitt mengenai keadaan darurat ini didasarkan pada keputusan yang diambil oleh penguasa, penguasa disini dapat diterjemahkan sebagai kepala negara (presiden/raja/ratu), yang memiliki kewenangan untuk menyatakan secara resmi kepada publik bahwa negara dalam keadaan darurat. Pendapat Carl Schmitt ini juga menekankan bahwa keadaan darurat tidak berlaku secara terus menerus tetapi hanya sementara, apabila keadaan telah menjadi normal kembali maka status keadaan darurat akan dikembalikan kedalam kondisi normal atau biasa.

Sebagaimana telah penulis sebutkan sebelumnya bahwa negara Indonesia adalah negara

berdasarkan atas hukum sehingga pengumuman yang dilakukan oleh kepala negara dalam hal ini presiden yang menyatakan bahwa negara dalam keadaan darurat harus didasarkan atas hukum. Yang dalam hal ini diatur secara eksplisit dalam hukum dasar (konstitusi) Negara Republik Indonesia Pasal 12 Undang-Undang Dasar 1945 dan Pasal 22 Undang-Undang Dasar 1945 yang kemudian dijabarkan lebih lanjut didalam Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 23 Tahun 1959 tentang Keadaan Bahaya.

Pentingnya pemberlakuan keadaan darurat ini, untuk mengembalikan kondisi negara menjadi normal kembali harus bisa memberikan perlindungan, penghormatan serta pemenuhan hak asasi manusia setiap warga negara sehingga prinsip *necessity* atau prinsip kebutuhan yang mana negara diharuskan mengambil langkah apa saja yang diperlukan untuk melindungi dan mempertahankan integritas negara, tetap berada dalam koridor hukum. Sehingga masyarakat dapat percaya kepada keputusan negara memberlakukan keadaan darurat tersebut.

Banyak konstitusi negara didunia membuat klausul keadaan darurat yang memberikan kekuasaan kepada kepala negara untuk memproklamasikan (mengumumkan) secara *de jure* negaranya dalam keadaan darurat. Misalnya menurut konstitusi republik kelima di Prancis yang secara eksplisit memberikan kewenangan kepada presiden untuk secara unilateral menyatakan atau mendeklarasikan keadaan darurat (*etat de siege*) (Binsar Gultom 2010 : 87). Adapun syarat yang harus dipenuhi sebelum presiden mendeklarasikan keadaan darurat, yaitu :

- a. Apabila: (1) lembaga-lembaga negara (2) kemerdekaan bangsa (3) integritas wilayah negara (4) pemenuhan kewajiban internasional negara dalam ancaman yang serius dan segera
- b. Apabila tidak berfungsinya system kekuasaan umum sebagaimana mestinya karena mengalami gangguan oleh karena adanya *etat de siege*, Presiden harus mendeklarasikan pada bangsanya keadaan darurat setelah berkonsultasi dengan Perdana Menteri dan Ketua-Ketua Dewan

Di Inggris kewenangan untuk menentukan dan memberlakukan keadaan darurat (*martial law*) di pahami sebagai hak prerogatif Raja atau Ratu sebagai kepala negara. Adapun syarat pemberlakuan keadaan darurat berdasarkan *Civil Contingencies Act 2004* adalah sebagai berikut

- a) Ancaman yang serius terhadap kesejahteraan manusia
- b) Ancaman serius terhadap lingkungan, atau
- c) Dalam hal terjadinya perang
- d) Adanya terorisme

Lain halnya di Amerika meskipun konstitusinya tidak menyatakan secara eksplisit mengenai keadaan darurat (*martial law*). *Martial law* berkembang tersendiri dalam praktik melalui peranan pengadilan atas dasar prinsip *judge-made law*. Kewenangan Presiden selaku Panglima Tertinggi Negara (*commander in chief*) memberlakukan keadaan darurat (*martial law*) diketahui dari putusan Exparte Miligan adalah (Clinton L Rossiter, 1951):

- i) hanya apabila benar-benar terdapat kebutuhan yang ketat (*only where strictly necessary*)
- ii) hanya dalam hal terjadi invasi asing atau perang saudara (*only during foreign invasions or civil war*)

- iii) hanya apabila pengadilan sipil yang berwenang tidak lagi dapat berfungsi dengan baik (*only when the civilian courts in the jurisdiction are no longer able to operate*)
- iv) hanya dalam keadaan perang yang nyata (*only in the area of actual war*)

Di Indonesia sendiri kepala negara dalam hal ini Presiden sebagai Panglima Tertinggi Angkatan Perang RI berwenang untuk menyatakan seluruh atau sebagian dari wilayah Negara RI dalam keadaan bahaya (keadaan darurat) dengan tingkatan keadaan darurat sipil atau keadaan darurat militer atau keadaan perang. Menurut Pasal 1 UU Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (perpu) No 23 Prp Tahun 1959 tentang Keadaan Bahaya terdapat tiga kriteria yang dipakai untuk menentukan suatu keadaan darurat, antara lain :

1. Keamanan atau ketertiban hukum di seluruh wilayah atau sebagian wilayah Negara RI terancam oleh pemberontakan, kerusuhan-kerusuhan atau akibat bencana alam, sehingga dikhawatirkan tidak dapat diatasi oleh alat-alat perlengkapan secara biasa.
2. Timbul perang atau bahaya perang atau dikhawatirkan perkosaan wilayah Negara RI dengan cara apapun juga.
3. Hidup negara berada dalam keadaan bahaya atau dari keadaan-keadaan khusus ternyata ada atau dikhawatirkan ada gejala-gejala yang dapat membahayakan hidup negara

Dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa tersebut, konstitusi memberikan kekuasaan kepada Presiden untuk menilai apakah negara dalam keadaan serius atau tidak berdasarkan atas laporan yang disampaikan oleh Panglima TNI dan Menteri Pertahanan dan Keamanan. Hal ini dapat diklaim bahwa hanya pemerintah yang memiliki tanggung jawab menjaga kehidupan bangsa dan menggunakan informasi yang diperlukan sebagai bahan pertimbangan untuk menyatakan negara dalam keadaan darurat.

Menurut pendapat penulis bahwa kebutuhan akan pengumuman tersebut terutama dimaksudkan sebagai legitimasi dan legalitas bagi aparat dalam hal ini TNI/ Polri untuk mengambil tindakan-tindakan yang diperlukan untuk mengembalikan kondisi negara menjadi normal kembali dan memberikan kemudahan kepada dunia internasional untuk mengontrol pemberlakuan keadaan darurat tersebut.

Tindakan-tindakan yang diperlukan tersebut harus berdasarkan prinsip proporsionalitas (bersifat wajar) atau setimpal, artinya tindakan dimaksud tidak boleh melebihi kewajaran yang menjadi dasar pembenaran bagi dilakukannya tindakan itu sendiri, dalam rangka membela diri (*self-defence*) dari ancaman yang membahayakan kehidupan bangsa.

Pernyataan berlakunya keadaan darurat ini, harus sesuai dengan intensitas ancaman yang dapat membahayakan kehidupan masyarakat atau kelangsungan hidup bangsa dan negara serta keutuhan wilayah maupun persatuan dan kesatuan nasional dan pelaksanaannya diatur dengan Undang-Undang.

Dengan adanya deklarasi itu, mulailah berlaku suatu rezim hukum baru, yaitu rezim hukum darurat yang menggantikan rezim hukum sebelumnya. Dengan adanya deklarasi itulah, status

hukum keadaan darurat menjadi sah dan dapat disebut *emergency de jure*. Dalam kondisi seperti ini, dimungkinkan terjadi pembatasan HAM dalam bentuk apa saja tujuannya adalah untuk melindungi warga dan integritas negara dari ancaman bahaya. Namun, HAM yang tergolong sebagai *non-derogable rights* sebagaimana yang diatur oleh Pasal 4 (2) ICCPR dan Pasal 28I UUD 1945 tidak boleh dibatasi pemenuhannya.

Setelah keadaan darurat dideklarasikan secara resmi, harus ditetapkan dalam bentuk hukum tertentu, yaitu dalam bentuk Keputusan Presiden (Kepres) ataupun dalam bentuk Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu), langkah selanjutnya menurut Jimly Asshiddiqie adalah sebagai berikut (Jimly Asshiddiqie) :

- (a) Pendeklarasian atau proklamasi secara terbuka
- (b) Penerbitan atau pengundangan dalam lembaran negara dan
- (c) Penyebarluasan naskah deklarasi itu kepada pihak-pihak yang terkait, baik menurut ketentuan hukum nasional maupun menurut ketentuan hukum internasional.

Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) sebagai lembaga pengawas jalannya roda pemerintahan dalam rangka pelaksanaan undang-undang, mempunyai kepentingan dengan diberlakukannya keadaan darurat itu sehingga pernyataan atau deklarasi pemberlakuan keadaan darurat itu harus diberitahukan kepada DPR. Pemberitahuan kepada DPR, disamping bersifat administratif, juga diajukan untuk maksud meminta persetujuan atas pemberlakuan keadaan darurat tersebut.

Naskah hukum pemberlakuan keadaan darurat itu selain perlu secara tertulis dalam bentuk UU atau Kepres, dan lain-lain, juga harus disampaikan kepada pihak-pihak yang terkait menurut ketentuan hukum nasional dan menurut ketentuan hukum internasional.

Adapun pihak-pihak yang terkait yang harus disampaikan ketika keadaan darurat telah dalam bentuk UU atau Kepres, menurut ketentuan hukum nasional adalah semua lembaga negara yang terkait melalui pimpinannya masing-masing, seperti : Dewan Perwakilan Rakyat (DPR); Dewan Perwakilan Daerah (DPD), Mahkamah Konstitusi (MK), Mahkamah Agung (MA), Badan Pemeriksa Keuangan (BPK), Tentara Nasional Indonesia (TNI), Kepolisian Negara RI, Kejaksaan Agung, Bank Indonesia, Para Menteri Kabinet dan Kepala Daerah (Gubernur, Bupati, atau Walikota) yang didaerahnya diberlakukan keadaan darurat. Sedangkan menurut ketentuan hukum internasional sendiri, keadaan darurat harus diberitahukan kepada negara-negara sahabat (negara-negara tetangga) dan negara-negara lainnya yang menjadi peserta perjanjian yang relevan.

Pemberitahuan harus disampaikan secara resmi melalui perwakilan-perwakilan negara-negara yang bersangkutan lewat Pelapor Khusus Perserikatan Bangsa-Bangsa mengenai keadaan darurat sebagaimana diatur dalam *the 1503 Procedure*; yaitu *Special Rapporteur on the Question of Human Rights and states of Emergency* yang biasa dikenal dengan singkatan, "*Special Rapporteur on States of Emergency*". Pemberlakuan keadaan darurat harus dibatasi oleh waktu, yang mengharuskan adanya kepastian kapan keadaan darurat dimulai dan diakhiri atau berakhir, hal ini untuk menghindari terjadinya penyalahgunaan kekuasaan yang dapat mengancam kebebasan dan jaminan-jaminana hak asasi manusia, dan penghapusan keadaan darurat dilakukan oleh Presiden dan dituangkan

dalam bentuk (Perpu) ataupun dalam bentuk (Kepres).

III. SIMPULAN DAN SARAN

A. Simpulan

1. Pembatasan Hak Asasi Manusia dalam keadaan darurat dapat diperbolehkan secara hukum, namun hak asasi manusia yang dapat dilakukan pembatasan yakni hak asasi manusia yang masuk dalam golongan *derogable right* (hak yang dapat dibatasi pemenuhannya), tidak dibenarkan pembatasan terhadap hak asasi manusia yang masuk dalam golongan *non-derogable right* (hak yang tidak dapat dibatasi pemenuhannya dalam keadaan apapun), apabila Hak Asasi Manusia yang masuk dalam golongan *non-derogable right* dibatasi pemenuhannya pasti akan terjadi pelanggaran terhadap hak asasi manusia
2. Pemberlakuan keadaan darurat harus dinyatakan secara resmi oleh pemerintah bahwa negara dalam keadaan darurat Di dalam pernyataan keadaan darurat ini terletak makna esensial, yakni penduduk harus harus tahu materi, wilayah dan lingkup waktu pelaksanaan tindakan darurat itu dan dampaknya terhadap pelaksanaan hak asasi manusia, pengumuman keadaan darurat tersebut harus dituangkan dalam peraturan pemerintah sehingga menjadi legalitas bagi TNI maupun Polri untuk melakukan tindakan-tindakan yang dianggap perlu dilakukan termasuk melakukan pembatasan terhadap hak asasi manusia.

B. Saran

1. Sebaiknya Polri maupun TNI diberikan pemahaman yang lebih mendalam terhadap Hak Asasi Manusia sehingga implementasi pembatasan terhadap hak asasi manusia tidak menyentuh hak asasi manusia yang masuk dalam golongan *non-derogable right* (hak yang tidak dapat dikurangi pemenuhannya dalam keadaan apapun)
2. Meskipun dalam keadaan darurat yang telah diumumkan secara resmi semua tindakan yang dilakukan oleh aparat keamanan dalam hal ini TNI maupun Polri dibenarkan secara hukum namun sebaiknya TNI maupun Polri ketika diberlakukan keadaan darurat harus tetap menjunjung tinggi hak asasi manusia

DAFTAR PUSTAKA

- A.H.Robertson and J.G Merrills, 1994, *Human Rights In Europe A Study of The European Convention on Human Rights* Manchester, Manchester and New York, University Press.
- Binsar Gultom, 2010, *Pelanggaran HAM Dalam Hukum Keadaan Darurat Di Indonesia Mengapa Pengadilan HAM Ad Hoc Indonesia Kurang Efektif*, Jakarta, PT Gramedia Pustaka Utama
- Domrin N Alexander, 2006, *The Limits of Russian Democratisation Emergency Powers and State of Emergency*. Routledge, London & New York.
- Hassan Suryono, 2007, *Implementasi dan Sinkronisasi Hak Asasi Manusia Internasional Dan Nasional*, dalam Muladi (editor), *Hak Asasi Manusia Hakekat, Konsep dan Implikasinya Dalam Perspektif*

-
- Hukum dan Masyarakat*, Bandung, PT Rafika Aditama.
- Jayawickrama Nihal, 2002, *The Judicial Application of Human Rights Law National, Regional and International Jurisprudence*. Cambridge University Press.
- Jimly Asshiddiqie, 2007, *Hukum Tata Negara Darurat*. Jakarta, Raja Grafindo Persada.
- Knut D. Asplund, (eds.) (Penyunting/editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM UII)
- Nowak Manfred, 2003, *Introduction To The International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff Publishers.
- A.H.Robertson and J.G Merrills, 1994, *Human Rights In Europe A Study of The European Convention on Human Rights*, Manchester and New York, Manchester University Press.
- Rover C de, 2000, *To Serve & To Protect Acuan Universal Penegakan HAM* Terjemahan Suparman Mansyur, Jakarta, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada.

Djoko Imbawani

Fakultas Hukum Universitas Widyagama Malang. Jalan Taman Borobudur Indah No. 3, Malang, 65142

Email: djoko_imbawani@yahoo.co.id

PENGUJIAN PERATURAN PEMERINTAH PENGGANTI UNDANG-UNDANG OLEH MAHKAMAH KONSTITUSI

ABSTRACT

Constitutional Court (MK) through Verdict Number 138/PUU-VIII/2009 have, conclusion that authoritative MK to check, to judging, and breaking application of examination of Regulation of Government of Substitution of Code. Though article 24 C sentence (1) Constitution of Indonesia State 1945 (III amendment) for example authoritative test inviter code to constitution, to uphold supremacy of constitution. Assessment to regulation of government of substitution of code according to rule articles 22 sentence (2) Constitution of Indonesia State 1945 conducted by Parliament in next conference. This Research type is research of law of normative. Approach which utilized in this research is approach of law philosophy, approach of law theory, and constitutional approach. The system based on the Constitution's attempt to RIS or UUDS, judicial it does not allow review of product in the form of legislative act because the product is a result of the exercise of sovereignty, let alone judicial review against a Perpu. Similarly a Perpu born based on the Constitution of 1945 (original text) also cannot be done yudicial review. After he did the amendment to the Constitution process yudicial review can be done. Yudicial review against a Perpu can be done, but the need for the restriction that a Perpu substance should set things outside the realm of the Executive branch can do yudicial review.

Key word: judicial review, regulation of government of substitution code, lconstitutional court

ABSTRAK

Mahkamah Konstitusi (MK) melalui Putusan perkara Nomor 138/PUU-VII/2009, berkesimpulan bahwa MK berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu). padahal Psl. 24 C ayat (1) UUD 1945 (perubahan III) antara lain berwenang menguji undang-undang (uu) terhadap UUD, untuk menegakkan supremasi UUD. Penilaian terhadap Perpu menurut ketentuan Pasal 22 ayat (2) UUD 1945 dilakukan oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dalam sidang berikutnya. Jenis penelitian ini adalah penelitian hukum normatif. Pendekatan yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan filsafat hukum, pendekatan teori hukum, dan pendekatan konstitusional Sistem ketatanegaraan berdasarkan Konstitusi RIS maupun UUDS, tidak memungkinkan dilakukannya *judicial review* terhadap produk legislatif berupa undang-undang oleh karena produk tersebut merupakan hasil dari pelaksanaan kedaulatan, apalagi *judicial review* terhadap Perpu. Demikian pula Perpu yang lahir berdasarkan UUD 1945 (naskah asli) juga tidak dapat dilakukan *judicial review*. Setelah dilakukannya amandemen terhadap UUD 1945 proses *judicial review* bisa dilakukan. *Judicial review* terhadap Perpu bisa dilakukan, akan tetapi perlu adanya pembatasan bahwa seyogianya Perpu yang substansinya mengatur hal-hal di luar ranah eksekutif saja yang dapat dilakukan *judicial review*.

Kata Kunci: *Judicial Review, Perpu, Mahkamah Konstitusi*

I. PENDAHULUAN

Pasal 22 UUD 1945: Ayat (1) “Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang.” Ayat (2) Peraturan pemerintah itu harus mendapat persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikut. Ayat (3), “Jika tidak mendapat persetujuan, maka peraturan pemerintah itu harus dicabut. Kewenangan Presiden menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang yang selanjutnya dalam tulisan ini disebut Perpu diimbangi dengan keharusan adanya persetujuan DPR dalam persidangan berikut, jika disetujui perpu tersebut menjadi undang-undang, akan tetapi jika ditolak DPR maka perpu tersebut harus dicabut.”

Persoalan akademik dan problematika hukum muncul ketika Perpu No. 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, dimohonkan pengujian ke MK, dan MK melalui Putusan Nomor 138/PUU-VII/2009, berkesimpulan bahwa berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan pengujian perpu tersebut, meskipun pada Putusan MK tersebut terdapat satu orang hakim yang memiliki pendapat sama namun memiliki alasan berbeda (*concurring opinion*) yaitu Hakim Konstitusi Moh. Mahfud MD, dan seorang hakim yang mempunyai pendapat berbeda (*dissenting opinion*), yaitu Hakim Konstitusi Muhammad Alim.

Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, antara lain MK berwenang menguji undang-undang terhadap UUD. UUD 1945 tidak menyebut pengujian perpu oleh MK, tetapi perpu itu harus mendapat persetujuan oleh DPR dalam persidangan berikutnya atau pengujian politik (*political review*) oleh DPR. Secara substansial materi muatan Perpu sama dengan materi muatan Undang-undang. Kedudukan Perpu dalam tata urutan peraturan perundang-undangan menurut Pasal 7 Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundangan-undangan, sebagai ketentuan yang berlaku pada saat pengujian Perpu tersebut, kedudukan Perpu ditempatkan sejajar dengan Undang-undang. Demikian pula dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang

pembentukan Peraturan Perundang-undangan, kedudukan Perpu sejajar dengan Undang-undang. Berdasarkan uraian di atas, maka rumusan masalahnya adalah:

1. Bagaimanakah keberadaan MK dalam pengujian peraturan perundang-undangan?
2. Bagaimanakah *judicial review* Perpu/undang-undang darurat menurut UUD/Konstitusi RI?
3. Bagaimanakah pandangan MK terhadap Perpu?
4. Bagaimanakah seharusnya kewenangan MK terhadap pengujian Perpu?

II. METODE PENELITIAN

Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif. Pendekatan yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan filsafat hukum, pendekatan teori hukum, dan pendekatan konstitusional. Pendekatan filsafat hukum dimaksudkan untuk mengetahui dasar filosofis adanya pengujian peraturan perundang-undangan, pendekatan teoritis digunakan untuk mengetahui berbagai teori yang dapat dijadikan dasar pembenar boleh tidaknya MK menguji Perpu terhadap UUD, dan berbagai persyaratan teoritis yang harus dijadikan pedoman pengujian. Pendekatan konstitusional dipergunakan untuk mengetahui asas-asas atau prinsip dasar yang terkandung dalam UUD 1945, selanjutnya dipergunakan sebagai patokan dalam memahami substansi UUD 1945, yaitu apakah UUD 1945 menghendaki adanya kewenangan MK menguji Perpu atau tidak, bagaimanakah implikasinya dalam ketatanegaraan.

III. HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Mahkamah konstitusi dan pengujian peraturan perundang-undangan

Gagasan perlunya suatu "MK" dalam ketatanegaraan Indonesia sudah ada sejak pembahasan UUD dalam rapat besar BPUPKI, tanggal 15 Juli 1945. Dalam rapat ini, Muhammad Yamin mengusulkan agar MA juga diberi kewenangan membanding-bandingkan undang-undang apakah tidak melanggar/ bertentangan dengan UUD Usul Yamin ditolak oleh Soepomo (Risalah Sidang BPUPKI, 1998 : 324) dengan tiga (3) alasan, *pertama*, UUD yang akan dibuat tidak memakai sistem yang membedakan secara prinsip tiga lembaga negara sebagaimana ajaran trias politica; *kedua*, pada saat itu bangsa Indonesia kekuarangan ahli hukum dan tidak tersedianya ahli hukum yang berpengalaman; *ketiga*, dalam praktik, jika ada perselisihan tentang soal, apakah sesuatu UU bertentangan dengan UUD atau tidak, itu pada umumnya bukan soal yuridis, tapi soal politis.

Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga negara baru dalam ketatanegaraan Indonesia, kehadirannya melalui perubahan ketiga UUD 1945, yaitu diatur dalam ketentuan Pasal 24A dan 24C, yang memiliki lima kewenangan, atau biasa juga disebut empat (4) kewenangan dan satu (1) kewajiban (Jimly Asshiddiqie, 2005 : 104). Istilah empat (4) kewenangan ini karena memang pada permulaan kalimat Pasal 24C ayat (1) menggunakan perkataan "Mahkamah Konstitusi berwenang ...", sedangkan istilah satu (1) kewajiban ini karena pada awal kalimat Pasal 24C ayat (2) menggunakan perkataan "Mahkamah Konstitusi wajib...", tapi pada hakikatnya kesemuanya adalah kewenangan MK, sebab rumusan Pasal 24C ayat (2) juga merupakan kewenangan MK,

penggunaan kata “wajib” menurut peneliti lebih bernuansa sosiologis dan politis. Empat kewenangan yang diatur dalam Pasal 24C ayat (1) juga inklusif mengandung kewajiban MK untuk memutuskan perkara itu, MK tidak dapat menolak suatu perkara dengan alasan hal itu sifatnya kewenangan MK, bukan kewajiban MK padahal pengajuan perkara itu telah memenuhi syarat hukum yang ditentukan. karena itu lebih tepat disebut lima (5) kewenangan, yaitu: (i) menguji undang-undang terhadap UUD; (ii) memutus sengketa kewenangan konstiusional antarlembaga negara; (iii) memutus pembubaran partai politik; (iv) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum; dan (v) memutus pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD. Ketentuan tersebut juga dimuat dalam Pasal 10 UU No. 24 tahun 2003 tentang MK.

Hal penting untuk dikomentari terkait dengan kewenangan pengujian UU terhadap UUD 1945 adalah pada pembatasan kewenangan bagi MK yang hanya dapat menguji undang-undang yang diundangkan setelah perubahan UUD 1945, namun pembatasan ini sejak tanggal 12 April 2005 tidak berlaku lagi karena dicabut oleh MK. Putusan MK tersebut sangat tepat sebab pembatasan yang dilakukan dalam Pasal 50 menyalahi hakikat supremasi UUD 1945 sebagai batu uji terhadap semua undang-undang yang sedang berlaku. Untuk melaksanakan kewenangannya, MK memiliki beberapa fungsi sebagai berikut (Jimly Asshiddiqie, 2004: 104): (i) pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*); (ii) penafsir konstitusi (*the Sole Interpreter of the Constitution*); dan (iii) pengawal demokrasi (*the guardian and the sole interpreter of constitution, as well as the guardian of the process of democratization*).

Sebagai pengawal konstitusi, MK dibentuk untuk menjamin agar konstitusi sebagai hukum tertinggi dapat ditegakkan sebagaimana mestinya, hal ini sebagai konsekuensi dari supremasi konstitusi yang dianut dalam UUUD 1945. Sebagai penafsir konstitusi, MK merupakan lembaga negara yang memiliki kewenangan tertinggi menentukan tafsir yang benar tentang berbagai hal yang terdapat dalam konstitusi. Sebagai pengawal demokrasi, MK antara lain berperan menyelesaikan berbagai sengketa politik, terutama sengketa yang terkait dengan perselisihan hasil pemilu. Fungsi-fungsi MK ini telah berjalan dengan baik, salah satu buktinya adalah hampir semua putusan MK diterima dengan baik, baik oleh elit politik maupun masyarakat bawah, terutama yang terkait sengketa hasil pemilu. Meskipun tidak dapat dipungkiri bahwa putusan MK adakalanya juga menimbulkan perdebatan di kalangan ahli, di kalangan politisi, LSM maupun masyarakat luas, seperti terhadap putusan MK terkait dengan pemberlakuan surut Perpu yang kemudian menjadi Undang-undang dalam peristiwa bom Bali, namun hal itu merupakan dinamika dalam berbangsa.

B. Judicial review Perpu/Undang-undang Darurat menurut konstitusi/UUD NRI

Perpu, sebagaimana terdapat dalam Pasal 22 UUD 1945, dengan nama lain juga terdapat dalam Konstitusi Republik Indonesia Serikat 1949 dan Undang-undang Dasar Sementara 1950, Perpu merupakan peraturan perundang-undangan produk eksekutif. Sebelum sampai pada

pengujian Perpu oleh MK, sebagai perbandingan, penelusuran tentang Perpu akan dimulai dari Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950.

1. *Judicial Review* Undang-Undang Darurat menurut Konstitusi RIS 1949

Pasal 139 Konstitusi RIS, menyebutkan: ayat (1) Pemerintah berhak atas kuasa dan tanggung jawab sendiri menetapkan Undang-undang darurat untuk mengatur hal-hal penyelenggaraan pemerintah federal yang karena keadaan-keadaan yang mendesak perlu diatur dengan segera. Undang-undang darurat yang ditetapkan pemerintah, jika ditolak DPR maka tidak berlaku lagi karena hukum. (Pasal 140 ayat (2) Konstitusi RIS).

Beberapa catatan terhadap rumusan Pasal 139 dan 140 Konstitusi RIS terkait dengan Undang-undang Darurat, ialah: *Pertama*, yang punya kewenangan menetapkan undang-undang darurat adalah pemerintah. *Kedua*, syarat obyektif untuk keluarnya undang-undang darurat adalah karena keadaan-keadaan yang mendesak. *Ketiga*, jika undang-undang darurat ditolak DPR maka secara hukum tidak berlaku lagi. Dalam hal ini tidak diperlukan lagi mekanisme pencabutan. Persetujuan DPR adalah bentuk pengujian secara politis. Apakah dimungkinkan pengujian undang-undang oleh lembaga yudisial sebelum mendapat persetujuan atau penolakan DPR. Perlu ditelusuri, Konstitusi RIS dalam kaitan pengujian undang-undang oleh lembaga yudisial, sebab jika dalam kondisi normal saja undang-undang tidak dapat diuji oleh lembaga yudisial, apalagi dalam kondisi tidak normal.

Pasal 1 ayat (2) Konstitusi RIS, menyatakan "Kekuasaan Kedaulatan Republik Indonesia Serikat dilakukan oleh Pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat dan Senat. Lembaga negara pelaksana kedaulatan rakyat secara teori adalah pengejawantahan kehendak rakyat, oleh karena itu adalah wajar jika produknya tidak dapat diuji oleh lembaga lain. Konsekuensi dari keberadaan Pemerintah, DPR dan Senat sebagai pelaksana kedaulatan rakyat, maka undang-undang federal atau undang-undang yang dibuat oleh ketiga lembaga negara ini menurut Pasal 130 ayat (2) Konstitusi RIS 1949 tidak dapat diganggu gugat. Perkataan tidak dapat diganggu-gugat mengandung pengertian bahwa Konstitusi RIS 1949 tidak memungkinkan pengadilan menguji suatu undang-undang federal yang bertentangan dengan Konstitusi RIS.

Undang-undang menurut Konstitusi RIS tidak dapat dilakukan pengujian karena ia lahir sebagai produk dari pelaksana kedaulatan rakyat, karena itu adalah wajar pula jika Undang-undang Darurat yang lahir dari kondisi tidak normal dan diharuskan adanya persetujuan DPR untuk kelanjutannya, juga tidak memungkinkan dilakukan pengujian oleh lembaga yudisial.

2. *Judicial Review* Undang-Undang Darurat menurut UUDS 1950

Pasal 96 ayat (1) UUDS 1950, Pemerintah berhak atas kuasa dan tanggung jawab sendiri menetapkan Undang-undang darurat untuk mengatur hal-hal penyelenggaraan pemerintah yang karena keadaan-keadaan yang mendesak perlu diatur dengan segera. Ayat (2) Undang-undang darurat mempunyai kekuasaan dan derajat undang-undang, ketentuan ini tidak mengurangi yang

ditetapkan dalam pasal yang berikut. Jika ditolak oleh DPR, maka peraturan itu tidak berlaku lagi karena hukum. (Pasal 97 ayat (2) UUDS 1950).

Terkait dengan penetapan undang-undang darurat, beberapa catatan terhadap rumusan Pasal 96 dan 97 UUD 1950, adalah: *Pertama*, yang menetapkan uduarurat adalah Pemerintah. *Kedua*, syarat obyektif dikeluarkannya undang-undang darurat adalah keadaan-keadaan yang mendesak dan memerlukan pengaturan segera. Ketiga, keharusan adanya penilaian dalam bentuk persetujuan atau penolakan DPR, jika DPR menolak maka darurat itu dengan sendirinya tidak berlaku lagi.

Apakah undang-undang darurat sebelum mendapatkan penilaian DPR dapat dilakukan pengujian secara yudisial? Jawaban pertanyaan ini dimulai dengan terlebih dahulu mengkaji dapat tidaknya pengujian yudisial atas undang-undang. Logika hukumnya, seandainya undang-undang saja tidak dapat dilakukan pengujian apalagi dengan undang-undang darurat yang dikeluarkan dalam kondisi tidak normal untuk memulihkan keadaan menjadi normal. Pengujian undang-undang oleh lembaga yudisial tidak dapat dilepaskan dari keberadaan pembentuk uu dalam kaitannya dengan pelaksana kedaulatan rakyat.

Berkaitan dengan siapa pelaksana kedaulatan rakyat menurut UUDS 1950 dengan tegas telah terjawab dalam Pasal 1 ayat (2) UUDS 1950 ialah Pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat. Berbeda dengan Konstitusi RIS 1949 yang dalam Pasal 68 dengan tegas mendefinisikan “pemerintah” adalah Presiden dan menteri, maka dalam UUDS 1950 tidak dijumpai definisi semacam ini, itu sebabnya muncul banyak penafsiran tentang siapa yang dimaksud dengan pemerintah. Ismail Suny berpendapat bahwa Presiden (dan Wakil Prsiden) itu merupakan bagian dari suatu “dwi-tunggal” Pemerintah RI, menteri-menteri merupakan bagian lainnya (Ismail Sunny, 1986 :127). Menurut penulis, perkataan “Pemerintah” dalam Pasal 1 ayat (2) UUDS 1950 harus diartikan presiden dan wakil presiden, menteri-menteri tidak termasuk dalam pengertian ini, sebab hanya presiden dan wakil presiden yang tidak dapat diganggu-gugat sebagaimana dikatakan dalam Pasal 83 ayat (1) UUDS 1950, sedangkan para menteri tidak demikian. Hal ini sejalan dengan makna kedaulatan yang dilaksanakan oleh Pemerintah. Jadi yang merupakan pelaksana kedaulatan rakyat adalah pemerintah (Presiden dan Wakil Presiden) dan Dewan Perwakilan Rakyat.

Adapun yang merupakan kedaulatan yang dijalankan secara bersama antara Pemerintah dan DPR adalah dalam membentuk undang-undang. Itu pula sebabnya UUDS 1950 tidak memungkinkan undang-undang diganggu gugat sebab uu adalah produk dari dua lembaga negara yang menjadi pelaksana kedaulatan, sebagaimana diatur dalam Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950, menyebutkan: Undang-undang tidak dapat diganggu gugat. Latar belakang penempatan Pemerintah dan DPR sebagai pelaksana kedaulatan rakyat dapat ditemukan dalam jawaban Pemerintah RIS atas laporan Panitia Pelapor Dewan Perwakilan Rakyat tertanggal 3 Agustus 1950, bahwa “Pasal 1 ayat (2) dari UUDS 1950 bermaksud untuk menyatakan bahwa dalam melakukan pemerintahan dan perundang-undangan negara, Pemerintah dan DPR bekerjasama untuk melaksanakan kemauan rakyat” (Supomo, 1958: 22).

Berdasarkan kajian di atas, maka undang-undang tidak dapat dilakukan pengujian, karena produk dari lembaga negara pelaksana kedaulatan. Karena itu berlaku pula dalam Undang-undang Darurat yang dikeluarkan dalam kondisi tidak normal untuk mengembalikan keadaan pada kondisi normal.

3. *Judicial Review* Perpu menurut UUD 1945 (naskah asli)

Prinsip undang-undang tidak dapat diganggu gugat dalam Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950, juga diterima di negeri Belanda. Menurut Ismail Suny pandangan yang sama berlaku pula dalam UUD 1945 (sebelum perubahan). Pandangan Ismail Suny ini merujuk pada Pasal 20 dari Ketentuan-ketentuan Umum mengenai Perundang-undangan di Indonesia (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesië*) L.N. H.B. 1847, 23 dimana, meskipun perkataan undang-undang tidak dapat diganggu-gugat tidak diatur dengan tegas dalam UUD 1945 (sebelum perubahan), akan tetapi prinsip ini berlaku karena Pasal 20 A.B. masih tetap berlaku berdasarkan Aturan peralihan Pasal II UUD 1945.

Berdasarkan rumusan Pasal 22 ayat (1) UUD 1945, sesungguhnya pembuat UUD tidak bermaksud memberi nama khusus semacam perpu, tapi tetap Peraturan Pemerintah (PP) sebagai pengganti undang-undang. Hanya dalam praktik ketatanegaraan selama ini dan dalam kajian akademik lazim disingkat dengan perpu. Persoalan yang muncul di sini adalah, apakah perpu sederajat atau tidak dengan uu. Dalam Tap. MPRS XX/MPRS/1966, kedudukan perpu sederajat dengan uu, namun dalam Tap. MPR III/MPR/2000, kedudukan perpu di bawah uu, selanjutnya dalam uu No. 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, kedudukan perpu kembali sejajar dengan uu, demikian pula dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan kedudukan Perpu juga sejajar dengan Undang-undang. Sesungguhnya dari namanya "Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang" sudah jelas mengandung makna bahwa kedudukan Perpu dan Undang-undang sama, oleh karena itu Perpu dapat mencabut Undang-undang, meski pada persidangan DPR berikutnya Perpu itu harus mendapat persetujuan DPR untuk menjadi Undang-undang ataukah ditolak/dicabut berlakunya.

Pasal 5 ayat (1) Ketetapan MPR RI Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan menentukan: MPR berwenang menguji undang-undang terhadap UUD 1945, dan Ketetapan MPR. Ketentuan itu merupakan dasar hukum yang pertama kali mengatur tentang pengujian undang-undang, akan tetapi sampai masa berlakunya ketetapan MPR itu berakhir tidak pernah dilaksanakan, menurut Jimly Asshiddiqie (2005a, xvi), hal itu disebabkan oleh tidak adanya mekanisme yang memungkinkannya secara teknis dapat dilaksanakan.

Pasal 5 ayat (2) Tap MPR tersebut menentukan: Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Dalam ketetapan MPR tersebut, kedudukan perpu di bawah uu, hal itu dapat diartikan bahwa MA berwenang menguji Perpu.

Selama berlakunya ketetapan MPR tersebut hingga dicabut, MA belum pernah melakukan pengujian Perpu. Barangkali juga karena Undang-undang sebagai pelaksanaan Pasal 6 ketetapan MPR tersebut belum ada.

Sebagai pengganti Tap MPR No. III/MPR/2000 adalah Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Pasal 7 menempatkan perpu sejajar dengan Undang-undang. Pasal 9 Undang-undang tersebut juga mengatur : Materi muatan perpu sama dengan materi muatan undang-undang. Artinya, perpu boleh mengatur semua yang masuk kategori materi muatan uu, dalam seluruh aspek penyelenggaraan negara. Pasal 25 ayat (3) Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004: Dalam hal Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang ditolak DPR, maka perpu tersebut tidak berlaku. Artinya, perpu tersebut tidak memerlukan pencabutan sebab sudah tidak berlaku. Yang perlu diatur melalui uu adalah akibat hukum dari perpu tersebut. Oleh karena itu ketentuan dalam Pasal 25 ayat (4) tidak diperlukan.

Perubahan ketiga UUD 1945 berimplikasi secara mendasar pada sistem ketatanegaraan. Sebagaimana telah dikemukakan bahwa Perubahan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945, mengubah pelaksana kedaulatan yang semula menempatkan MPR sebagai pelaksana sepenuhnya kedaulatan rakyat, menjadi kedaulatan rakyat dilakukan menurut UUD 1945. Perubahan rumusan pasal 1 ayat (2) tersebut dapat dipandang sebagai pergeseran dari supremasi MPR kepada supremasi UUD. Sebagai konsekuensi dari supremasi UUD maka diperlukan adanya lembaga negara yang mengawal UUD/Konstitusi, salah satu bentuk pengawalan itu adalah memastikan tidak ada norma hukum, khususnya uu yang bertentangan dengan UUD. Pemikiran itu merupakan salah satu hal penting yang mendasari lahirnya Mahkamah Konstitusi. Melalui perubahan ketiga UUD 1945, lembaga negara ini lahir berdasarkan Pasal 24A dan 24C, yang dibetiri lima kewenangan, atau biasa juga disebut empat (4) kewenangan dan satu (1) kewajiban. Pengujian undang-undang terhadap UUD merupakan kewenangan MK untuk memastikan bahwa tidak ada uu yang bertentangan dengan UUD.

C. Pandangan MK tentang Perpu

Pandangan MK sebagaimana tertuang dalam Putusan Perkara Nomor 138/PUU-VII/2009, bahwa dasar hukum dibuatnya Perpu diatur dalam Pasal 22 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, *“Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang”*. Kemudian Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, selanjutnya disebut UU 10/2004, telah mendudukkan Perpu sejajar dengan Undang-undang.

Selanjutnya, dalam putusan tersebut diuraikan bahwa UUD membedakan antara perpu dengan peraturan pemerintah sebagaimana dimaksud Pasal 5 ayat (2) yang tujuannya adalah untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya. Karena perpu diatur dalam Bab tentang DPR sedangkan DPR adalah pemegang kekuasaan untuk membentuk undang-undang maka materi perpu seharusnya adalah materi yang menurut UUD diatur dengan undang-undang dan

bukan materi yang melaksanakan undang-undang sebagaimana dimaksud oleh Pasal 5 ayat (2) UUD 1945 dan materi perpu juga bukan materi UUD.

Apabila terjadi kekosongan undang-undang, atau karena adanya berbagai hal sehingga materi undang-undang tersebut belum diproses untuk menjadi undang-undang sesuai dengan tata cara atau ketentuan yang berlaku dalam pembuatan undang-undang, kemudian terjadi situasi dan kondisi yang bersifat mendesak yang membutuhkan aturan hukum *in casu* undang-undang untuk segera digunakan mengatasi sesuatu hal yang terjadi tersebut maka Pasal 22 UUD 1945 menyediakan pranata khusus dengan memberi wewenang kepada Presiden untuk membuat peraturan pemerintah (sebagai) pengganti undang-undang. Pembuatan undang-undang untuk mengisi kekosongan hukum dengan cara membentuk undang-undang seperti proses biasa atau normal, dimulai dari tahap pengajuan rancangan undang-undang oleh DPR atau oleh Presiden sampai disahkannya menjadi undang-undang memerlukan waktu yang cukup lama sehingga kebutuhan hukum yang mendesak tersebut tidak dapat diatasi.

Menimbang bahwa dengan demikian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang diperlukan apabila:

1. adanya keadaan yaitu kebutuhan mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan Undang-Undang;
2. Undang-Undang yang dibutuhkan tersebut belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum, atau ada Undang-Undang tetapi tidak memadai;
3. kekosongan hukum tersebut tidak dapat diatasi dengan cara membuat Undang-Undang secara prosedur biasa karena akan memerlukan waktu yang cukup lama sedangkan keadaan yang mendesak tersebut perlu kepastian untuk diselesaikan;

Tiga syarat di atas adalah syarat adanya kegentingan yang memaksa sebagaimana dimaksud oleh Pasal 22 ayat (1) UUD 1945.

UUD 1945 memberikan hak kepada Presiden untuk menetapkan perpu dan tidak memberikan hak kepada DPR untuk membuat peraturan sebagai pengganti undang-undang. Apabila pembuatan peraturan diserahkan kepada DPR maka proses di DPR memerlukan waktu yang cukup lama karena DPR sebagai lembaga perwakilan, pengambilan putusannya ada di tangan anggota, yang artinya untuk memutuskan sesuatu hal harus melalui rapat-rapat DPR sehingga kalau harus menunggu keputusan DPR kebutuhan hukum secara cepat mungkin tidak dapat terpenuhi. Di samping itu, dengan disebutnya "Presiden berhak" terkesan bahwa pembuatan perpu menjadi sangat subjektif karena menjadi hak dan tergantung sepenuhnya kepada Presiden.

Pembuatan perpu memang di tangan Presiden yang artinya tergantung kepada penilaian subjektif Presiden, namun demikian tidak berarti bahwa secara absolut tergantung kepada penilaian subjektif Presiden karena sebagaimana telah diuraikan di atas penilaian subjektif Presiden tersebut harus didasarkan kepada keadaan yang objektif yaitu adanya tiga syarat sebagai parameter adanya kegentingan yang memaksa. Dalam kasus tertentu dimana kebutuhan akan undang-undang sangatlah mendesak untuk menyelesaikan persoalan kenegaraan yang sangat penting

yang dirasakan oleh seluruh bangsa, hak Presiden untuk menetapkan perpu bahkan dapat menjadi amanat kepada Presiden untuk menetapkan perpu sebagai upaya untuk menyelesaikan persoalan bangsa dan Negara.

Perpu melahirkan norma hukum dan sebagai norma hukum baru akan dapat menimbulkan: (a) status hukum baru, (b) hubungan hukum baru, dan (c) akibat hukum baru. Norma hukum tersebut lahir sejak perpu disahkan dan nasib dari norma hukum tersebut tergantung kepada persetujuan DPR untuk menerima atau menolak norma hukum perpu. Sebelum adanya pendapat DPR untuk menolak atau menyetujui perpu, norma hukum tersebut adalah sah dan berlaku seperti undang-undang. Oleh karena itu dapat menimbulkan norma hukum yang kekuatan mengikatnya sama dengan undang-undang maka terhadap norma yang terdapat dalam perpu tersebut Mahkamah dapat menguji apakah bertentangan secara materiil dengan UUD 1945. Dengan demikian Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji perpu terhadap UUD 1945 sebelum adanya penolakan atau persetujuan oleh DPR, dan setelah adanya persetujuan DPR karena perpu tersebut telah menjadi undang-Undang;

4. PENGUJIAN PERPU MENURUT UUD NRI TAHUN 1945

Ada tiga ciri utama yang menandai prinsip supremasi konstitusi, yaitu: (i) pembedaan antara norma hukum konstitusi dan norma hukum lainnya; (ii) keterikatan penguasa terhadap konstitusi; dan (iii) adanya satu lembaga yang memiliki kewenangan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang dan tindakan hukum pemerintah. Pengujian oleh lembaga peradilan biasa disebut pula dengan *judicial review*. Fungsi *judicial review* adalah untuk mengoreksi produk hukum di bawah *staatsfundamental nom*, produk perundang-undangan di bawah undang-undang dasar. Tugas untuk me-review peraturan perundang-undangan terhadap undang-undang dasar, sebaiknya memang diserahkan kepada lembaga diluar lembaga pembentuknya (legislative dan eksekutif) untuk mempertahankan objektivitas. Pengujian internal (*Legislative Review* atau *executive review*) dipandang cenderung bersifat subjektif (Maruarar Siahaan, 2004: 14).

Jimly Asshiddiqie dalam Maruarar Siahaan (2004: 14) berpandangan bahwa perpu dan semua ketentuan yang tercantum didalamnya, tetap terbuka dan tunduk kepada pengujian oleh pengadilan (*judicial review*) sehingga konstitusionalitasnya, baik secara materiil maupun secara formal, tetap dapat dipertanggungjawabkan secara hukum. Berbeda halnya dengan pandangan Ni'matul Huda (2010: 88), yang berpendapat bahwa MK tidak berwenang menguji perpu meskipun ada alasan riil yang memperkuat diperlukannya Perpu diuji oleh lembaga yudisial, sepanjang konstitusi (UUD 1945) belum melimpahkan kewenangan itu kepada lembaga yudisial manapun, termasuk Mahkamah Konstitusi. Perpu hanya dapat diuji secara politik oleh DPR. Merujuk pada Putusan Perkara Nomor 138/PUU-VII/2009, terkait dengan permohonan pengujian Perpu No. 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, MK berkesimpulan bahwa MK berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan pengujian Perpu tersebut.

Secara garis besar, pokok-pokok ketiga pendapat tersebut disarikan di bawah ini: Pendapat Pertama (pendapat MK), MK berwenang menguji perpu terhadap UUD dengan argumentasi:

1. Kedudukan perpu setingkat dengan undang-undang.
2. Pasal 22 UUD 1945 bagian dari BAB VII tentang DPR, terkait dengan kewenangan pembentukan uu. Oleh karena DPR orangnya banyak dan mekanismenya panjang, maka perpu diserahkan kepada presiden.
3. Materi muatan perpu sama dengan materi muatan undang-undang.
4. Perpu diperlukan apabila ada kegentingan yang mendesak, keadaan yang obyektif:
 - 1) Adanya keadaan yaitu kebutuhan mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan undang-undang;
 - 2) UU yang dibutuhkan tersebut belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum, atau ada UU tetapi tidak memadai;
 - 3) Kekosongan hukum tersebut tidak dapat diatasi dengan cara membuat UU secara prosedural biasa karena akan memerlukan waktu yang cukup lama sedangkan keadaan yang mendesak tersebut perlu kepastian untuk diselesaikan.
5. Perpu melahirkan norma hukum baru, yang dapat menimbulkan: (a) status hukum baru; (b) hubungan hukum baru, dan (c) akibat hukum baru. Norma hukum baru tersebut lahir sejak Perpu disahkan, meskipun kemudian DPR yang berwenang menguji secara politis.

Berdasarkan argumentasi MK di atas, peneliti mengemukakan beberapa catatan, ialah sebagai berikut:

1. Pendapat bahwa MK berwenang menguji perpu (semua jenis Perpu) terhadap UUD adalah berbahaya karena dapat dimaknai sebagai perampasan kewenangan, bukan menerima kewenangan. Oleh karena dalam penyelenggaraan negara, kondisi yang tidak normal atau luar biasa membutuhkan pengaturan luar biasa pula melalui Perpu, maka perlu diperhatikan bahwa selama perpu tersebut dalam lingkup administrasi negara seyogyanya diberikan kesempatan kepada DPR untuk melakukan pengujian terlebih dahulu (*political Review*), akan tetapi jika perpu itu mengatur hal di luar administrasi negara, maka demi menjaga tegaknya sistem *checks and balances* sebagaimana menjadi salah satu asas UUD 1945, dan demi untuk menegakkan supremasi UUD, maka barulah MK berwenang melakukan pengujian. Seperti dalam kasus pengujian Perpu No. 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
2. Pendapat bahwa MK berwenang menguji segala perpu, dapat menjadi pembena sebagian kalangan bahwa MK menjelma sebagai lembaga negara yang suprem atau supremasi MK, bukan konstitusi yang suprem atau supremasi konstitusi. Padahal hakikat MK adalah mengawal dan memastikan agar konstitusi tetap dan selalu suprem. Jadi, bukan supremasi MK, melainkan supremasi konstitusi.
Terhadap Putusan Mahkamah ini Hakim Konstitusi Moh. Mahfud MD mempunyai alasan

berbeda (*concurring opinion*) dan Hakim Konstitusi Muhammad Alim mempunyai pendapat berbeda (*dissenting opinion*):

1. Pandangan Hakim Konstitusi Moh. Mahfud MD

Secara garis besar, pendapat Moh. Mahfud MD bahwa MK berwenang menguji perpu tersebut dengan alasan berbeda (*concurring opinion*):

a. Pada dasarnya MK tidak dapat menguji perpu, dengan alasan:

- 1). Sesuai dengan original intent, tafsir historik, tafsir gramatik, dan logika hukum.
- 2). Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, MK hanya diberi kewenangan menguji UU terhadap UUD. Jadi menguji perpu tidak masuk kewenangan MK.
- 3). Kajian akademik tahun 2000/2001, bahwa pengujian perpu oleh lembaga yudisial adalah perampasan kewenangan konstitusional DPR (Pasal 22 UUD 1945).

b. Perkembangan Ketatanegaraan, dengan penafsiran sosiologis dan teleologis, MK berwenang menguji perpu terhadap UUD 1945, dengan alasan:

- 1). Adanya perdebatan perihal kapan harus dilakukan penilaian DPR atas perpu tersebut.
- 2). Keabsahan perpu yang tidak nyata-nyata disetujui atau tidak secara tegas disetujui namun juga tidak secara nyata ditolak DPR.
- 3). Terkait dengan perpu yang tidak disetujui DPR, kapan perpu tersebut harus diganti dengan Undang-undang pencabutan atau dengan Undang-undang pengganti.
- 4). Dapat terjadi perpu dibuat secara sepihak oleh Presiden tetapi secara politik DPR tidak dapat bersidang untuk membahasnya karena situasi tertentu.

Berdasarkan hal-hal tersebut maka, Mahfud MD menyetujui perpu dapat diuji oleh Mahkamah Konstitusi melalui penekanan pada penafsiran sosiologis dan teleologis. Penekanan pilihan atas penafsiran yang demikian memang agak mengesampingkan penafsiran historis dan gramatik, bahkan keluar dari *original intent* ketentuan tentang perpu sebagaimana diatur di dalam Pasal 22 UUD 1945. Hal ini perlu dilakukan justru untuk melindungi kepentingan *original intent* pasal-pasal dan prinsip-prinsip lain yang ada di dalam UUD 1945. Pilihan pandangan ini semata-mata didasarkan pada prinsip untuk menjaga tegaknya konstitusi yakni “tidak boleh satu detik pun ada peraturan perundang-undangan yang berpotensi melanggar konstitusi tanpa bisa diluruskan atau diuji melalui pengujian yudisial.”

Terhadap alasan yang disampaikan oleh Hakim Konstitusi Moh. Mahfud MD di atas, beberapa catatan peneliti:

- a. Sesuai dengan *original intent*, tafsir historik, tafsir gramatik, dan logika hukum yang lazim dipergunakan dalam menafsirkan konstitusi, pada dasarnya berpendapat bahwa tidak dapat dilakukan pengujian atas perpu.
- b. Dengan mengacu pada perkembangan ketatanegaraan, maka dengan penafsiran sosiologis dan teleologis, menurutnya MK berwenang menguji perpu. Argumentasi dengan penafsiran sosiologis dan teleologis di atas (1, 2, 3 dan 4), lebih pada masalah teknis, sebab hal itu dapat

diatasi dengan dibuatnya uu tentang pembentukan perpu yang antara lain mengatur semua hal di atas sehingga tidak terjadi seperti itu, yang berarti MK sudah tidak berwenang untuk menguji perpu terhadap UUD

- c. Padahal dalam penyelenggaraan negara yang begitu luas, boleh jadi suatu saat Presiden mengeluarkan perpu yang nyata-nyata melanggar UUD padahal sudah berlaku sejak disahkan oleh Presiden.

2. Hakim Konstitusi Muhammad Alim

Secara garis besar, pendapat berbeda (*dissenting opinion*) dari hakim konstitusi Muhammad Alim adalah sebagai berikut:

I. Alasan MK tidak berwenang menguji Perpu adalah:

1. Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Pasal 10 ayat (1) huruf a UU No. 24 Tahun 2003, Pasal 12 ayat (1) huruf a UU No.4 Tahun 2004 tentang kekuasaan Kehakiman, hanya menyebut, Menguji UU terhadap UUD.
2. Pasal 22 tidak diubah, Pasal 20 tentang kewenangan DPR membentuk UU, Pasal 24C UUD 1945, menguji UU terhadap UUD.
3. Tap MPR No. III/MPR/2000, kewenangan MPR menguji UU, dialihkan pada MK menurut Pasal 24C ayat (1) UUD 1945.
4. Perubahan kedudukan Perpu dalam Tap MPR No. III/2000 pada UU No. 10 Tahun 2004 tidak dapat mengubah Pasal 24C ayat (1) UUD 1945.
5. Kewenangan yang diberikan oleh yang berdaulat harus dilaksanakan menurut UUD, menguji perpu tidak sesuai dengan UUD.

II. Kecuali berikut ini, maka MK berwenang menguji Perpu, yaitu:

1. Jika materi muatan perpu diluar materi UU, atau jelas-jelas bertentangan dengan UUD, seperti pembubaran DPR (Pasal 7C UUD 1945).

Terhadap alasan yang disampaikan oleh Hakim Konstitusi Muhammad Alim di atas, beberapa catatan peneliti:

- a. Menurut Hakim Konstitusi Muhammad Alim, pada dasarnya MK tidak dapat menguji perpu kecuali jika materi muatan perpu diluar materi UU, atau jelas-jelas bertentangan dengan UUD, seperti pembubaran DPR (Pasal 7C UUD 1945). Pengecualian yang dikemukakan tersebut terlalu umum, bagaimana jika perpu itu tidak dengan jelas bertentangan UUD, tetapi materi perpu itu masuk dalam wilayah ketatanegaraan, seperti dalam kasus pengujian perpu KPK. Bukankah KPK merupakan lembaga negara independen, sehingga jika Presiden mengatur dengan perpu dapat terjadi campur tangan yang tentunya bertentangan dengan hakikat kehadiran KPK. Jadi dalam kasus pengujian perpu terkait KPK tersebut sudah tepat jika MK berpendapat memiliki wewenang.
- b. Pasal 5 ayat (1) Ketetapan MPR RI Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan

Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan menentukan: MPR berwenang menguji undang-undang terhadap UUD 1945, dan Ketetapan MPR. Pasal 5 ayat (2) Tap MPR di atas menentukan: Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Dalam ketetapan MPR tersebut, kedudukan perpu di bawah uu, hal itu dapat diartikan bahwa MA berwenang menguji perpu. Karena itu, argumentasi bahwa pengujian uu bergeser dari MPR kepada MK tidak cukup sebagai dasar bahwa MK tidak berwenang menguji perpu. Sebab Tap MPR tersebut memungkinkan pengujian atas perpu.

IV. SIMPULAN

1. Keberadaan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar sebagai akibat pergeseran pelaksana keadaulatan dari MPR ke UUD.
2. UUD secara tegas memberikan kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar.
3. Mahkamah Konstitusi berpandangan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang menguji perpu karena kedudukan perpu setara dengan undang-undang.
4. Kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji perpu seharusnya dibatasi kepada perpu yang materinya diluar hukum administrasi negara.

DAFTAR PUSTAKA

- Anwar, , "Perpu dalam Sistem Perundang-undangan dan Pengujian oleh MK RI", makalah disampaikan dalam Seminar Nasional Ketatanegaraan dan Musda Asosiasi Pengajar HTN dan HAN Jawa Timur UMM, Malang 30 Oktober 2010.
- _____, 2011, *Teori dan Hukum Konstitusi: paradigma kedaulatan pasca perubahan UUD 1945, implikasi dan implementasinya pada lembaga negara*, mALANG, In-TRANS Publishing.
- Bagir Manan, 1999, *Lembaga Kepresidenan*, Yogyakarta Pusat Studi Hukum UII dan Gama Media.
- _____, Peraturan Pemerintah Sebagai Pengganti Undang-Undang, *Varia Peradilan*, Majalah Hukum Tahun XXV No. 295 Juni 2010
- Ismail Suny, 1986, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, Jakarta, Aksara Baru.
- Jimly Asshiddiqie, 2005, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta, Konstitusi Press.
- _____, 2005, *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, Jakarta, Konstitusi Press.
- Ni'matul Huda, Pengujian Perpu oleh Mahkamah Konstitusi, *Jurnal Konstitusi*, Volume 7 Nomor 5, Oktober 2010, ISSN 1829-7706.
- Maruarar Siahaan, Uji Konstitusionalitas Peraturan Perundang-undangan Negara Kita: Masalah dan Tantangan, *Jurnal Konstitusi*, Volume 7 Nomor 4, 2010
- Supomo, *Undang-Undang Dasar Sementara Republik Indonesia*, Noordhoff-Kolff,

Peraturan Per-uu-an dan Putusan MK:

Undang-undang Dasar 1945

Konstitusi RIS 1949

Undang-undang Dasar Sementara 1950

Putusan MK Nomor 138/PUU-VII/2009 Perihal Pengujian Perpu No. 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Risalah:

Risalah Sidang BPUPKI-PPKI, 28 Mei 1945-22 Agustus 1945, Sekretariat Negara RI,

Tanto Lailan

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan,
Bantul, Yogyakarta, 55183
E-mail: tanto_tatanegara@yahoo.com

PENAFSIRAN KONSTITUSI DALAM PENGUJIAN KONSTITUSIONALITAS UNDANG- UNDANG TERHADAP UNDANG- UNDANG DASAR 1945

ABSTRACT

This study is about interpretation of constitution, this study is based on the extent authority of the Constitutional Court on the interpretation of the constitution, including various verdicts that are considered as controversial. The result of the study shows that Constitution 1945 giving authority of the constitution interpretation of the Constitutional Court to evaluate the conflict of legal norm, this could be meant that the Constitutional Court is "the guardian of the constitution and the sole interpreting of constitution" and as the legitimate interpreter of the constitution. Some interesting in implementing the interpretation of the constitution as a standard to evaluate the conflict of legal norm, consists of: First, essentially, that the interpretation of the constitution is one of the ways to elaborate understandings contained in constitution text. Second, related to the independence and the freedom of judge in using an interpretation method which is not regulated by positive law, therefore the judge is free to use those interpretation methods which are appropriate with the conviction of the Justice. Justice in using the interpretation method doesn't only have function as funnel of the act, but also has functioned as the funnel of justice since a judge is required the value of the law and the sense of justice which exists in the society (substantial justice). Refer to the theory of living constitution, therefore Constitution 1945 should be understood as a constitution which has textual and contextual dimension Third, the restriction in using the interpretation method, the constitutional judge couldn't only focused into the originalism interpretation method which only based to original intent / the formulation of Constitution 1945 or using the other

interpretations (non originalist) which oppositely those interpretation the 1945 Constitution doesn't work according to system and/ or contended with the main idea underlying the constitution itself entirely related to the purpose that would like to be realized. Fourth, the use of interpretation method should be able to be accounted to the publics, therefore the validity could be examined in certain cases. This is very essential to do since Constitutional Court has an extent interpretation authority so that it could keep justice of Constitutional Court to avoid it from misuse of authority in interpreting of 1945 Constitution.

Keyword: Interpretation, Constitutional Review, Law, 1945 Constitution

ABSTRAK

Kajian ini tentang penafsiran konstitusi dalam pengujian konstusionalitas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945, kajian ini dilatarbelakangi oleh luasnya kewenangan MK dalam penafsiran konstitusi, termasuk berbagai putusan yang dinilai kontroversial. Hasil kajian menunjukkan bahwa UUD 1945 secara tersirat memberikan kewenangan penafsiran konstitusi kepada MK untuk menilai pertentangan norma hukum dalam pengujian konstusionalitas undang-undang, artinya MK adalah "*the guardian of constitution and the sole interpreting of constitution*" dan sebagai penafsir sah terhadap undang-undang dasar atau konstitusi (*the legitimate interpreter of the constitution*). Beberapa hal yang menarik dalam melaksanakan penafsiran konstitusi sebagai tolok ukur untuk menilai pertentangan norma hukum, meliputi: *Pertama*, artinya bahwa penafsiran terhadap konstitusi merupakan salah satu cara untuk mengelaborasi pengertian-pengertian yang terkandung dalam konstitusi dan proses menemukan pengertian-pengertian dari teks konstitusi. *Kedua*, terkait dengan independensi dan kebebasan hakim dalam menggunakan metode penafsiran yang tidak diatur dalam hukum positif, maka hakim bebas menggunakan metode penafsiran tersebut yang sesuai dengan keyakinan hakim. Hakim dalam menggunakan metode penafsiran jangan hanya berfungsi sebagai corong undang-undang, tetapi juga berfungsi corong keadilan sebab hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (keadilan substantif). Merujuk pada *teori the living constitution*, maka UUD 1945 harus dipahami sebagai konstitusi yang memiliki dinamika berdimensi tekstual dan kontekstual. *Ketiga*, batasan dalam penggunaan metode penafsiran bahwa hakim konstitusi tidak boleh hanya semata-mata terpaku pada metode penafsiran *originalisme* yang mendasarkan diri pada *original intent*/perumusan pasal UUD 1945 atau menggunakan penafsiran lain (*non originalis*) yang menyebabkan penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan UUD 1945 sebagai suatu sistem dan/atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi UUD itu sendiri secara keseluruhan berkait dengan tujuan yang hendak diwujudkan. *Keempat*, penggunaan metode penafsiran harus dipertanggungjawabkan kepada publik, agar hal tersebut bisa teruji kevalidannya dalam kasus tertentu. Hal ini perlu dilakukan karena MK memiliki kewenangan penafsiran yang luas terhadap konstitusi, sehingga untuk menjaga hakim MK agar terhindar dari penyalahgunaan kekuasaan dalam menafsirkan UUD 1945.

Kata kunci: Penafsiran, Pengujian Undang-undang, undang-undang, UUD 1945

I. PENDAHULUAN

Pengujian undang-undang terhadap Undang-undang Dasar 1945 (UUD 1945) yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK) merupakan wujud prinsip atau asas konstusionalitas undang-undang (*constitutionality of law*) yang menjamin bahwa undang-undang yang dibuat oleh pembentuk undang-undang itu tidak bertentangan dengan UUD 1945. Kewenangan pengujian undang-undang menimbulkan sebuah kewenangan yang *mutatis muntandis* (dengan sendirinya) ada, yaitu kewenangan menafsirkan konstitusi. Apabila dalam konstitusi tidak terdapat ketentuan yang eksplisit mengenai kewenangan menafsir konstitusi kepada lembaga negara yang diberikan kewenangan *constitutional review*, maka harus dipahami bahwa kewenangan menafsirkan konstitusi

menyertai kewenangan *constitutional review* tersebut.

Oleh sebab itu, sering dinyatakan bahwa *Constitutional Court* itu merupakan “*the guardian of constitution and the sole interpreting of constitution*”, disebut sebagai penjaga konstitusi berdasarkan kewenangan dalam memutuskan apakah sebuah produk perundang-undangan telah sesuai dengan konstitusi atau tidak (Feri Amsari, 2011: 80-81). Senada dengan pandangan tersebut, Abdul Latif (2009: 323-324) mengemukakan bahwa pengujian konstitusionalitas undang-undang tidak dapat dilaksanakan tanpa kewenangan menafsirkan pasal-pasal dalam konstitusi yang memiliki kekuatan hukum. Prinsip dasar dari perwujudan keadilan dalam konstitusi tidak dapat tercapai apabila masing-masing cabang kekuasaan diberi kewenangan untuk menafsirkan konstitusi sesuai dengan interpretasinya sendiri-sendiri.

Kewenangan menafsirkan itu sesungguhnya timbul dari sebuah tafsir pula, misalnya Pasal 24C UUD 1945 bahwa “MK menguji undang-undang terhadap UUD” sebagai ketentuan pemberian kewenangan *constitutional review* kepada MK, ketentuan tersebut tidak mengandung kewenangan MK untuk melakukan penafsiran terhadap konstitusi, namun sangatlah tidak mungkin dapat melakukan penilaian pertentangan norma sebuah undang-undang apabila tidak menggunakan penafsiran konstitusi, dalam hal ini MK sebagai penafsir sah terhadap undang-undang dasar atau konstitusi (*the legitimate interpreter of the constitution*). Senada dengan pandangan tersebut dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie (2011:175) bahwa fungsi hakim dalam menjalankan dan menerapkan hukum (*the statute law*) dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu: (1) untuk menemukan fakta-fakta yang terjadi dalam suatu kasus tertentu, dan kemudian (2) untuk menemukan pengertian mengenai apa yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang agar dilakukan hakim dalam menangani kasus semacam itu.

Menurut Rosjidi Ranggawidjaja (1996: 47). yang mengutip pendapat Kleintjes bahwa tersimpul adanya wewenang untuk menyelidiki dan menilai isi peraturan perundang-undangan yang diuji maupun peraturan perundang-undangan yang menjadi batu pengujinya. Dalam hal suatu peraturan perundang-undangan dinyatakan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi derajatnya, maka di dalam tata urutan perundang-undangan yang ada harus diartikan bahwa peraturan yang lebih tinggi derajatnya tersebut oleh penguji telah dilakukan penafsiran. Dalam melakukan pengujian lembaga yang berwenang juga mempunyai wewenang untuk menafsirkan karena menguji isi peraturan perundang-undangan berarti membandingkan dan di dalamnya termasuk “*process of discovering and expounding the meaning of the articles of laws and the constitution*”. Dengan demikian lewat wewenang melakukan pengujian materiil, lembaga peradilan juga mempunyai wewenang untuk menafsirkan ketentuan UUD. Ni'matul Huda (2008: 276) justru mempertanyakan benarkah MK lembaga penafsir konstitusi dan sejauhmana kewenangan MK dalam menafsirkan konstitusi, ketentuan ini tidak jelas sehingga diperlukan rambu-rambu yang tegas dan jelas.

Menurut kajian penulis bahwa skema pengujian undang-undang baik ranah teoritis maupun praktik masih menyisakan berbagai problem terkait penafsiran hukum. Dalam berbagai putusan

pengujian materil yang menggunakan penafsiran sebagai tolok ukur, MK banyak menciptakan terobosan hukum, tetapi disisi lain MK justru terjebak dalam “terabasan hukum”. Dalam arti terkadang MK membuat putusan progresif terkait permasalahan tersebut, dan terkadang MK terjebak pada pemahaman yang kurang tepat dalam memahami pertentangan norma hukum yang menyebabkan lemahnya bangunan sistem hukum. Bahkan, para hakim MK juga menggunakan pandangan atau kemampuan mereka berdasarkan pemahaman mereka terhadap hukum itu sendiri, artinya bahwa hakim-hakim berbeda pula dalam melakukan penafsiran konstitusi, sehingga terdapat beberapa penafsiran konstitusi yang justru saling bertentangan dalam kasus yang sama. Untuk itulah kajian ini diperlukan, guna mengurai benang kusut problematika penafsiran konstitusi dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang.

II. PEMBAHASAN

A. Penafsiran Konstitusi

Penafsiran/ interpretasi diperlukan ketika ada ketidakjelasan makna atas teks, ketika ada perbedaan penafsiran atas suatu teks maka diperlukan sebuah penafsiran atasnya, penafsiran berlaku pada seluruh teks dalam lintas disiplin ilmu. Penafsiran itu sendiri berasal dari bahasa arab yaitu *tafsir* yang berarti menerangkan atau menyatakan, kata ini diambil dari kata *tafsirah* yaitu perkakas yang digunakan tabib/ dokter untuk mengetahui penyakit orang yang sakit. Penggunaan kata tafsir melekat pada pencarian makna atas teks Al-Quran. Dalam menafsirkan makna Al-Quran para ulama klasik (Syafi'i, Maliki, Hanafi, Ahmad bin Hanbal, Al Ghazali, Ibn Taimiyyah, Muhammad Abduh, Rasyid Ridha, dan sebagainya) menggunakan ilmu bantu yaitu ilmu *Lughat, Nahwu, Tashrif, Balaghah, Ushul Fiqh* serta ilmu Asbabun Nuzul (Tim Peneliti PKK FH Universitas Jenderal Soedirman, 2006: 197).

Pandangan Jimly Asshiddiqie (2006: 175) bahwa penafsiran merupakan proses dimana pengadilan mencari kepastian pengertian mengenai pengaturan tertentu dari suatu undang-undang, penafsiran merupakan upaya melalui pengadilan untuk mencari kepastian mengenai apa sesungguhnya yang menjadi kehendak pembentuk undang-undang. Pandangan lain menyebutkan bahwa penafsiran merupakan upaya mencari arti atau makna atau maksud sesuatu konsep/ kata/ istilah, menguraikan atau mendeskripsikan arti atau makna atau maksud dari konsep/ kata/ istilah dengan maksud agar jelas atau terang artinya.

Menafsirkan konstitusi berarti memberikan arti atau makna dari suatu istilah atau kumpulan istilah dalam rumusan pasal atau ayat. Biasanya dilakukan dengan cara menguraikan atau menjelaskan maksud dari sesuatu hal yang dianggap belum jelas. Selain itu, menafsirkan konstitusi atau undang-undang berarti memberikan keterangan atau penjelasan agar dapat dipahami maksud atau artinya (Rosjidi Ranggawijaya, 1996: 34). Penafsiran secara garis besar dapat dibedakan menjadi dua yaitu: *pertama*, penafsiran harfiah, yaitu semata-mata menggunakan kalimat-kalimat dari peraturan sebagai pegangannya dan tidak keluar dari *litera legis*. *Kedua*, fungsional atau biasa diartikan interpretasi bebas yaitu interpretasi yang tidak mengikatkan diri sepenuhnya pada

kalimat-kalimat dari peraturan sebagai pegangannya melainkan mencoba untuk memahami maksud sebenarnya dari suatu peraturan dengan berbagai sumber lain yang dianggap bisa memberikan penjelasan yang lebih memuaskan (Tim Peneliti PKK FH Universitas Jenderal Soedirman, 2006: 199).

Dalam studi ilmu hukum tata negara, penafsiran suatu naskah hukum (konstitusi dan dokumen hukum lainnya) merupakan suatu hal yang niscaya, karena gagasan dan semangat yang terkandung dalam suatu naskah hukum terkait dengan ruang dan waktu, dalam arti erat kaitannya dengan situasi dimana dan ketika naskah hukum itu diterapkan. Kebutuhan akan penafsiran tersebut timbul karena konstitusi tidak memuat semua ketentuan normatif yang diperlukan dalam rangka penataan kehidupan bernegara. Untuk melakukan penafsiran konstitusi diperlukan metode dan teknik tertentu yang dapat dipertanggungjawabkan secara rasional dan ilmiah, sehingga upaya menegakkan konstitusi sesuai dengan tuntutan perkembangan zaman yang ada dan tidak bertentangan dengan semangat rumusan konstitusi yang lazim digunakan dalam rumusan normatif (Jimly Asshiddiqie, 1998: 16). Jarak dirumuskannya dan dibentuk satu konstitusi dengan diterapkan atau diaplikasikannya konstitusi pada masa yang jauh berbeda, melahirkan aliran-aliran dengan pendapat atau pandangan atau pendirian konstitusional secara teoritis yang bertolak belakang satu dengan yang lainnya, yaitu aliran *originalisme* dan *non-originalisme*.

Penafsiran atau interpretasi merupakan metode penemuan hukum (*rechtvinding*), sebab metode ini merupakan sarana atau alat untuk mengetahui makna undang-undang (Sudikno Mertokusumo, 1993: 13) dalam pengujian materiil tersimpul adanya wewenang untuk menyelidiki dan menilai isi peraturan perundang-undangan yang menjadi batu pengujinya, jadi suatu undang-undang yang isinya sesuai atau dinyatakan bertentangan dengan derajat yang lebih tinggi oleh penguji telah dilakukan penafsiran. Intinya bahwa menguji isi undang-undang berarti membandingkan dan di dalamnya termasuk *process of discovering and expounding the meaning of the articles of law and the constitution* (proses penemuan dan penguraian norma konstitusi (Rosjidi Ranggawidjaja, 1996: 47). Jadi dalam wewenang pengujian materiil undang-undang terhadap UUD 1945 oleh MK, terdapat kewenangan melakukan penafsiran atas norma hukum.

Dalam memahami konstitusi Keith E. Whittington mengingatkan ada dua cara, yakni: *pertama*, melalui penafsiran konstitusi, bertujuan untuk menemukan makna dari naskah konstitusi, dan *kedua*, konstruksi konstitusi memiliki esensi yang mengarah pada penafsiran politis dan manakala penafsiran naskah konstitusi tidak dapat memastikan sebuah petunjuk aktivitas atau perbuatan (Harjono, 2008: 407). Pandangan lain, bahwa tujuan yang sudah *given* dari *judicial review* adalah menafsirkan konstitusi, penafsiran itu untuk mengelaborasi makna konstitusi dan merupakan batu uji dalam *judicial review* (Maruarar Siahaan, 2008:6).

Metode-metode dalam menafsirkan konstitusi sangat beragam, para ahli juga mengemukakan banyak pandangan mengenai metode ini. Penafsiran yang paling memperoleh perhatian, yaitu penafsiran originalis dan non originalis dengan berbagai varian penafsiran yang melingkupinya. John H. Garvey dan T.Alexander Aleinikoff mengemukakan beberapa metode utama dalam

melakukan penafsiran konstitusi, yaitu; *Interpretivism/ Non-interpretivism; Textualism; Original Intent; Stare Decisis; Neutral principles; dan balancing* atau kombinasi dari beberapa metode tersebut (Saldi Isra, dkk., 2010: 55). Para hakim menggunakan pandangan atau kemampuan mereka berdasarkan pemahaman mereka terhadap hukum itu sendiri, artinya bahwa hakim-hakim berbeda pula dalam melakukan penafsiran konstitusi, sehingga suatu saat para hakim akan saling bertentangan dalam menafsirkan konstitusi terhadap sebuah perkara tertentu (Saldi Isra, dkk., 2010: 55). Sudikno Mertokusumo (1993: 14) mengidentifikasi beberapa metode interpretasi yang lazimnya digunakan oleh hakim (pengadilan), meliputi: Penafsiran gramatikal/ bahasa, penafsiran teleologis atau sosiologis, penafsiran sistematis atau logis, penafsiran historis, penafsiran komparatif atau perbandingan, dan penafsiran futuristik.

B. Tolok Ukur Penafsiran Konstitusi dalam menilai Pertentangan Norma

Karakteristik khusus dalam pengujian materiil undang-undang terhadap UUD 1945 adalah adanya penggunaan tolok ukur metode penafsiran oleh hakim konstitusi untuk menilai materi atau substansi UUD 1945. Hal ini berbeda dengan pengujian formil, dalam pengujian formil yang diuji adalah fakta mengenai proses pembentukan undang-undang yang bukti-buktinya harus nyata serta tidak boleh dilakukan penafsiran terhadap fakta tersebut, hakim memberikan putusan dengan alasan bukti tersebut. Misalnya pembentukan undang-undang tidak transparan atau tidak *quorum*, tidak transparan dan tidak *quorum* harus dibuktikan dengan data-data konkret/ fisik yang mendukung. Sementara pengujian materiil berada dalam ranah menguji norma-norma pasal/ ayat dalam undang-undang dengan menjelaskan maksud dari norma hukum dalam konstitusi yang masih bersifat abstrak, apakah mengandung cacat hukum atau tidak, apakah adil atau tidak, apakah berkepastian hukum atau tidak, apakah memberikan manfaat atau tidak, sehingga untuk menilai norma pasal tersebut harus menggunakan metode penafsiran.

Dalam praktik, pilihan atas penafsiran untuk menilai konstitusionalitas suatu undang-undang pasti akan mendatangkan pro kontra terutama di kalangan ahli dan pemerhati hukum. Tidak salah kalau Mahfud MD menyatakan bahwa putusan-putusan MK membuat banyak pihak harus mengernyitkan dahi sebagai tanda keheranan atau ketidaksetujuan. Penilaian pertentangan hukum secara materiil melalui penggunaan metode penafsiran, yang mana hakim bebas memilih beragamnya metode penafsiran dalam ilmu hukum (penafsiran konstitusi). Sebuah undang-undang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 sangat tergantung dari penafsiran mana yang digunakan, misalnya MK pernah menyatakan sebuah undang-undang bertentangan dengan UUD 1945 dengan menggunakan penafsiran *originalis (original intent)*, padahal pasal-pasal dalam undang-undang yang diuji lebih bersifat menjelaskan atau mengelaborasi lebih jauh pasal-pasal yang terdapat dalam UUD 1945. Artinya dalam pengujian materiil bahwa pilihan penafsiran hakim sangat menentukan makna pertentangan norma yang dibuat dan dikonstruksi oleh hakim.

Penggunaan metode penafsiran oleh hakim konstitusi untuk menilai pertentangan norma hukum dilandasi bahwa MK merupakan satu-satunya sebagai lembaga negara sebagai penafsir

sah konstitusi (*the sole judicial interpreter of the constitution*). Pengujian konstiusionalitas (pengujian materiil) tidak dapat dilaksanakan tanpa kewenangan menafsirkan pasal-pasal dalam konstitusi yang memiliki kekuatan hukum. Prinsip dasar keadilan konstitusi tidak dapat tercapai apabila masing-masing cabang kekuasaan diberikan kekuasaan untuk menginterpretasikan konstitusi sesuai dengan interpretasinya sendiri-sendiri (Abdul Latif, 2009, 323-324). Penafsiran merupakan bagian dari *rechtsvinding* (penemuan hukum) yang selalu dilakukan oleh hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara (Mukti Arto, 2001: 332). Besarnya kewenangan tafsir tidak terlepas dari upaya untuk memenuhi rasa keadilan, namun jika kewenangannya tersebut tidak dapat digunakan secara negarawan, maka dapat saja merugikan masyarakat pencari keadilan (Refli Harun, dkk (Ed), 2004: 301).

Menurut Satjipto Rahardjo bahwa penafsiran hukum itu merupakan jantung hukum, hampir tidak mungkin hukum bisa dijalankan tanpa membuka pintu penafsiran. Penafsiran hukum merupakan aktifitas yang mutlak terbuka untuk dilakukan, sejak hukum berbentuk tertulis. Diajukan sebuah adagium "*membaca hukum adalah menafsirkan hukum*", mengatakan teks hukum sudah jelas, adalah suatu cara saja bagi pembuat hukum untuk bertindak pragmatis seraya diam-diam mengakui, bahwa ia mengalami kesulitan untuk memberikan penjelasan (Feri Amsari, 2009: 180). Artinya kewenangan MK dalam menafsirkan konstitusi sangat besar, bahkan kewenangan MK dalam menafsirkan konstitusi dapat saja memasuki wilayah tanpa batas.

Untuk melihat penggunaan metode penafsiran sebagai dasar untuk menilai dan menentukan pertentangan norma hukum secara materiil undang-undang terhadap UUD 1945, penting untuk mengkaji dua kacamata tafsir yang saling bertentangan dan sering menimbulkan perdebatan akademis yang tak berkesudahan, yakni metode penafsiran *originalis* dan *non originalis*. Penafsiran *originalis* dan *non originalis* ini sama-sama memiliki alasan yang kuat dalam mempertahankan pendiriannya, elaborasi keduanya dapat dilihat pada sub bahasan di bawah ini:

Pertama, Penafsiran Originalis (*Originalist*). Alasan yang kuat bahwa penafsiran originalis (*originalist*) merupakan penafsiran yang paling tepat dalam memahami konstitusi sekaligus sebagai dasar menentukan pertentangan norma hukum adalah: (1) originalisme menekan kemungkinan bahwa hakim-hakim yang tidak dipilih itu akan merampas kekuasaan dari wakil rakyat yang dihasilkan melalui pemilihan; (2) dalam jangka panjang, originalisme memberi perlindungan lebih baik pada otoritas pengadilan; (3) non originalisme memberi terlalu banyak ruang kepada hakim untuk memaksakan nilai-nilai mereka sendiri yang bersifat subjektif dan elitis, hakim membutuhkan kriteria-kriteria yang netral dan objektif untuk menghasilkan putusan yang sah, kriteria-kriteria netral itu diberikan oleh pengertian dari para perancang dan mereka yang meratifikasi klasula konstitusi; (4) originalisme memberi penghormatan yang lebih baik terhadap pengertian konstitusi sebagai suatu kontrak yang bersifat mengikat; (5) originalisme lebih sering membuat pembentuk undang-undang terpaksa mempertimbangkan kembali dan kemungkinan mengubah undang-undang yang buruk buatan mereka sendiri daripada membiarkan pengadilan untuk mencoret (*membatalkan*. penulis) undang-undang (I Dewa Gede Palguna, 2013: 289).

Penafsiran *originalis* ini menitikberatkan pada penilaian pertentangan norma hukum berdasarkan pada *original meaning* atau *original intent* yaitu mencoba menghadirkan semangat awal terbentuknya konstitusi tertulis lewat perdebatan-perdebatan pada saat penyusunan UUD, mendasarkan pada pemahaman dan tujuan konstitusi dari pendapat para penyusun konstitusi, *originalis* melihat beberapa sumber diantaranya pandangan *framers of constitution* termasuk tulisan-tulisan terdahulu pada penyusun konstitusi, artikel-artikel pada koran ketika konstitusi dibentuk, notulensi persidangan dalam pembentukan konstitusi, misalnya catatan persidangan BPUPKI dalam pembentukan UUD 1945, cacatan-catatan perumusan norma UUD 1945 amandemen. Justice Antonin Scalia (Hakim Agung *Supreme Court* Amerika) yang menganut pandangan *originalis* berpendapat bahwa penafsiran konstitusi hanya dapat dilakukan melalui pendekatan pemahaman dari penyusun konstitusi itu sendiri atau pemahaman umum dari masyarakat terhadap konstitusi itu sendiri. Para *originalis* mempercayai bahwa cara terbaik dalam menafsirkan konstitusi adalah dengan melihat tujuan para penyusun konstitusi itu sendiri (Saldi Isra, dkk., 2010: 58)

Menurut Mahfud MD bahwa ketidakjelasan tolok ukur dalam memaknai pertentangan norma hukum yang berdasarkan pada pemaknaan, kriteria, penggunaan penafsiran *original intent* sebagai metode penafsiran dalam pengujian norma hukum, hal ini terkait dengan teori apa yang menjadi dasar dan semangat dalam perumusan konstitusi maupun pembentukan peraturan perundang-undangan. Hakim boleh menggunakan *original intent* suatu produk hukum, hal ini berdasarkan fakta bahwa secara teoritis pengujian norma hukum tersebut bertujuan untuk mengetahui makna atau maksud utama/ maksud sebenarnya dari isi konstitusi atau peraturan perundang-undangan (Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, 2010, 65).

Sebab dengan pemahaman *original intent*, maka orisinilitas ataupun gagasan dan semangat asli dari suatu rumusan peraturan perundang-undangan dapat terlindungi. Pengujian dilakukan karena pertentangan antara isi undang-undang dengan UUD, dimana isi konstitusi suatu negara adalah apa yang ditulis dan latar belakang pemikiran apa yang melahirkan tulisan isi konstitusi tersebut tanpa harus terikat dengan teori dan apa yang berlaku di negara lain (Saldi Isra, dkk., 2010: 58). Selain itu, MK harus menjadikan *original intent* sebagai tolok ukurnya (Mahfud MD, 2009: 280).

Beberapa putusan MK yang menggunakan penafsiran *originalis* (*original intent*) sebagai argumentasi untuk membatalkan norma hukum pasal/ ayat dalam undang-undang:

1. Putusan No.006/PUU-IV/2006

Putusan No.005/PUU-IV/2006 perihal pengujian konstitusionalitas Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Undang-undang No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, dalam pengujian ini beberapa norma hukum yang mengatur pengawasan Komisi Yudisial dibatalkan, yakni: Pasal 20, 21, 22, 23 sepanjang mengenai pengawasan, Pasal 24 ayat (1) sepanjang yang menyangkut hakim konstitusi, dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) UU Komisi Yudisial serta Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Kekuasaan Kehakiman bertentangan dengan Pasal 24, Pasal 24A, dan Pasal 24B UUD 1945. Pembatalan beberapa norma hukum ini dilatarbelakangi

adanya penggunaan tolok ukur penafsiran *original intent*.

Menurut pendapat MK bahwa apabila ditinjau secara sistematis dan dari penafsiran berdasarkan “*original intent*” perumusan ketentuan UUD 1945, ketentuan mengenai KY dalam Pasal 24B UUD 1945 memang tidak berkaitan dengan ketentuan mengenai MK yang diatur dalam Pasal 24C UUD 1945. Dari sistematika penempatan ketentuan mengenai Komisi Yudisial sesudah pasal yang mengatur tentang MA yaitu Pasal 24A dan sebelum pasal yang mengatur tentang MK yaitu Pasal 24C, sudah dapat dipahami bahwa ketentuan mengenai Komisi Yudisial pada Pasal 24B UUD 1945 itu memang tidak dimaksudkan untuk mencakup pula objek perilaku hakim konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 24C UUD 1945. Hal ini dapat dipastikan dengan bukti risalah-risalah rapat-rapat Panitia *Ad Hoc*I Badan Pekerja MPR maupun dari keterangan para mantan anggota Panitia *Ad Hoc* tersebut dalam persidangan bahwa perumusan ketentuan mengenai KY dalam Pasal 24B UUD 1945 memang tidak pernah dimaksudkan untuk mencakup pengertian hakim konstitusi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24C UUD 1945.

Mengkaji putusan ini, Saldi Isra (2010: 308) dan Pusat Studi Konstitusi (PUSaKO) Fakultas Hukum Universitas Andalas (2010:100), mempertanyakan *apakah yang dimaksudkan dengan bertentangan dengan UUD 1945?*, sehingga pertanyaan tersebut menjadi penting untuk dikaji dan dijelaskan secara tepat dan bahkan diimplementasikan secara tepat pula oleh MK. Berdasarkan hasil penelitian PusaKo, bahwa penafsiran tekstualis (*original intent*) tersebut menyebabkan makna bertentangan dengan UUD menjadi masalah, sebab beberapa pasal-pasal dalam undang-undang tersebut yang lebih bersifat menjelaskan atau mengelaborasi lebih jauh pasal-pasal yang terdapat dalam UUD 1945.

Selain itu, jika terdapat beberapa perumus norma konstitusi yang sepakat untuk merumuskan suatu norma dengan arti yang sama, akan tetapi tidak berhasil merumuskan suatu teks dengan makna kolektif yang sama, maka *original intent* tersebut mengalami kesukaran untuk mampu mengkomunikasikan *intent* yang dimaksudkan dan dipikirkan. Berdasarkan hasil kajian Majelis Eksaminasi Putusan MK No.005/PUU/2006 yang dibentuk oleh Pusat Kajian Anti Korupsi FH-UGM dan *Indonesia Court Monitoring* bahwa argumen MK dengan penggunaan penafsiran *original intent* menyebabkan argumen yang anti akuntabilitas, sebab penafsiran *original intent* tidak mudah dilakukan dan sering menimbulkan kontroversi karena multi interpretasi makna *original intent* itu sendiri. Kontroversi tidak sebatas itu, menurut Majelis Eksaminasi bahwa putusan MK tersebut sangat kontroversial, meliputi: (1) putusan MK diluar harapan masyarakat karena menganulir pasal-pasal strategis dalam upaya menciptakan peradilan yang bersih; (2) MK dinilai bertindak terlalu jauh melampaui kewenangannya ketika menganulir beberapa pasal yang terkait dengan kewenangan Komisi Yudisial; (3) putusan MK dalam kasus ini terkesan dipaksakan karena klasula-klasula yang dinilai oleh MK bertentangan dengan UUD 1945, sesungguhnya justru menjelaskan lebih detail ketentuan yang belum diatur secara jelas oleh Pasal 24B UUD 1945; (4) dengan putusan yang demikian, MK punya kecenderungan menjadi lembaga yang hegemonik dan berpotensi mengancam keseimbangan konsep *separation of power* dan prinsip *checks and bal*

ances yang menjadi dasar munculnya MK dalam UUD 1945. Masalah yang muncul dari putusan tersebut adalah putusan yang semakin menjauhi gagasan pembaruan hukum. Bahkan, putusan MK tersebut akan semakin menyuburkan praktik korupsi dalam proses peradilan (*judicial corruption*) atau menumbuhkembangkan praktik mafia peradilan.

2. Putusan No.14/PUU-XI/2013

Putusan No.14/PUU-XI/2013 merupakan putusan Pengujian Undang-undang No.42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, dalam putusan ini digunakan penafsiran *original intent* untuk membatalkan Pasal 3 ayat (5), Pasal 12 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 14 ayat (2), dan Pasal 112 Undang-undang No.42 Tahun 2008 yang mengatur pemilu nasional tidak serentak atau pemilihan umum Presiden diselenggarakan setelah pemilihan umum legislatif. Pendapat MK menyebutkan bahwa dalam perspektif *original intent* dan penafsiran sistematik bahwa Pasal 22E ayat (2) UUD 1945 “Pemilihan umum diselenggarakan untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Presiden dan Wakil Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah” terdesain serentak. Apabila diteliti lebih lanjut makna asli yang dikehendaki oleh para perumus perubahan UUD 1945 dapat disimpulkan bahwa penyelenggaraan Pemilu Presiden adalah dilakukan serentak dengan pemilu legislatif. Hal itu secara tegas dikemukakan oleh Slamet Effendy Yusuf sebagai salah satu anggota Panitia *Ad Hoc* I Badan Pekerja MPR RI yang mempersiapkan *draft* perubahan UUD 1945 yang mengemukakan bahwa para anggota MPR yang bertugas membahas perubahan UUD 1945 ketika membicarakan mengenai permasalahan ini telah mencapai satu kesepakatan bahwa “...yang dimaksud pemilu itu adalah pemilu untuk DPR, pemilu untuk DPD, pemilu untuk presiden dan wakil presiden, dan DPRD. Jadi, diletakkan dalam satu rezim pemilu, diterangkan lebih lanjut secara teknis bahwa gambaran pelaksanaan Pemilu nantinya akan terdapat 5 (lima) kotak, yaitu “... Kotak 1 adalah kotak DPR, kotak 2 adalah kotak DPD, kotak 3 adalah presiden dan wakil presiden, dan kotak 4 adalah DPRD provinsi, kotak 5 adalah DPRD kabupaten/kota.” (vide Naskah Komprehensif Perubahan UUD 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002, Buku V Pemilihan Umum (2010), halaman 602 yang mengutip Risalah Komisi A ke-2 Sidang Majelis pada Sidang Tahunan MPR 2001, tanggal 5 November 2001). Dari sudut pandang *original intent* dari penyusun perubahan UUD 1945 telah terdapat gambaran visioner mengenai mekanisme penyelenggaraan pemilu Presiden, bahwa pemilu Presiden diselenggarakan secara bersamaan dengan pemilu legislatif.

Penggunaan penafsiran *original intent* untuk membatalkan norma hukum beberapa Pasal dalam Undang-undang No.42 Tahun 2008 bertujuan untuk memperkuat sistem presidensiil. Menurut Giovanni Sartori menegaskan bahwa sistem politik dikatakan pemerintahan presidensial, jika presiden: (i) *result from populer election*, (ii) *during his or her pre-establish tenure cannot be discharged by a parliamentary vote*, and (iii) *heads or otherwise directs the government that he or she appoints* (Saldi Isra, 2013: 405). Bahkan dalam sistem presidensiil murni itu salah satu cirinya adalah Presiden dipilih langsung oleh rakyat, namun seiring perkembangan sistem demokratisasi di Indonesia yang

semakin melaju deras, ternyata pemilihan langsung Presiden dan Wakil Presiden saja ternyata tidak cukup untuk memperkuat sistem presidensiil di Indonesia, sehingga untuk memperkuat sistem presidensiil diperlukan penataan ideal bahwa Pilpres dilakukan secara langsung dan serentak bersama pemilu legislatif.

Berdasarkan pendapat MK bahwa dalam penyelenggaraan Pilpres tahun 2004 dan tahun 2009 yang dilakukan setelah Pemilu legislatif ditemukan fakta politik bahwa untuk mendapat dukungan demi keterpilihan sebagai Presiden dan dukungan DPR dalam penyelenggaraan pemerintahan, jika terpilih, calon Presiden terpaksa harus melakukan negosiasi dan tawar-menawar (*bargaining*) politik terlebih dahulu dengan partai politik yang berakibat sangat mempengaruhi jalannya roda pemerintahan di kemudian hari. Negosiasi dan tawar-menawar tersebut pada kenyataannya lebih banyak bersifat taktis dan sesaat daripada bersifat strategis dan jangka panjang, misalnya karena persamaan garis perjuangan partai politik jangka panjang. Oleh karena itu, Presiden pada faktanya menjadi sangat tergantung pada partai-partai politik yang menurut MK dapat mereduksi posisi Presiden dalam menjalankan kekuasaan pemerintahan menurut sistem pemerintahan presidensial.

Artinya berdasar hal di atas pemilu Presiden yang terdesain “tidak serentak” ditambah ketentuan *presidential threshold* telah mendistorsi dan bahkan melemahkan sistem presidensiil, “bagi-bagi kue” kursi menteri untuk partai politik koalisi pada saat pemilu Presiden maupun koalisi di pemerintahan justru menyebabkan sistem pemerintahan presidensiil tidak stabil. Artinya dengan penafsiran *original intent* dikembalikan makna pemilihan umum menurut konstitusi, sehingga kedepan dengan pemilu nasional serentak diharapkan memperkuat hubungan legislatif dan eksekutif dalam kerangka *checks and balances* yang dikehendaki oleh konstitusi sehingga akan menciptakan pemerintahan yang lebih stabil dan efektif dalam konteks sistem pemerintahan presidensiil yang telah dikonsepsikan dalam UUD 1945.

Pilihan *original intent* terhadap dua kasus di atas menimbulkan implikasi yang berbeda, Putusan No.006/PUU-IV/2006 yang menyebabkan penilaian bahwa MK anti akuntabilitas. Sementara Putusan No.14/PUU-XI/2013 dinilai baik oleh masyarakat guna memperkuat sistem presidensiil, sekaligus memangkas negosiasi dan tawar-menawar kursi (misalnya menteri) antara presiden dan parpol pendukung koalisi. Putusan No.006/PUU-IV/2006 dinilai kontroversial dan anti akuntabilitas tersebut dikarenakan adanya asas hukum acara (*nemo iudex in causa sua*/ hakim tidak mengadili hal-hal yang terkait dengan dirinya sendiri) yang sengaja diterobos oleh MK, sehingga menyebabkan penilaian oleh masyarakat bahwa putusan tersebut kontroversial dan anti akuntabilitas. Menurut logika penafsiran *original intent* putusan tersebut dapat dibenarkan oleh sebagian ahli hukum, sebab tiada maksud pembentuk UUD yang mendesain bahwa hakim MK termasuk dalam objek pengawasan oleh KY, dan hakim konstitusi boleh dan tiada larangan untuk menggunakan penafsiran *original intent*.

Intinya bahwa Hakim memang boleh dan tiada larangan menggunakan satu metode penafsiran jika menurut hakim yang bersangkutan dianggap benar menurut keyakinan, namun penggunaan

penafsiran *original intent* saja tidaklah cukup dijadikan dasar dalam menilai pertentangan norma hukum, hakim harus mengelaborasi kemungkinan-kemungkinan penggunaan metode penafsiran lain yang tentu menyebabkan implikasi lain. Bercermin dari dua kasus di atas, penggunaan *original intent* saja menimbulkan implikasi yang berbeda, artinya penggunaan *original intent* harus tepat dan selektif dan benar-benar memperhatikan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila dan hakim harus menemukan “makna keadilan menurut konstitusi”.

Kedua, penafsiran non originalis (*non original intent*). Berbeda dengan penafsiran originalis, alasan yang kuat bahwa penggunaan penafsiran non originalis (*non original intent*) oleh hakim merupakan penafsiran yang paling tepat dalam memahami konstitusi sekaligus sebagai dasar menentukan pertentangan norma hukum adalah: (1) para perancang konstitusi (pada konvensi Philadelphia) mengindikasikan bahwa mereka tidak ingin keinginan-keinginan mereka yang bersifat spesifik nantinya akan mengontrol interpretasi; (2) tidak ada satupun konstitusi tertulis yang mampu mengantisipasi cara-cara yang dapat digunakan pemerintah di masa yang akan datang untuk menindas rakyat, sehingga ada kalanya merupakan keharusan bagi hakim untuk mengisi kekosongan itu; (3) maksud para perancang itu bermacam-macam, terkadang bahkan sifatnya sementara dan acapkali mustahil untuk ditentukan; (4) non originalisme memungkinkan hakim untuk mencegah krisis yang dapat terjadi karena penafsiran yang tidak fleksible terhadap suatu ketentuan dalam konstitusi yang tidak lagi mampu memenuhi maksud asli dari ketentuan itu; (5) non originalisme memungkinkan konstitusi berkembang sesuai dengan pengertian-pengertian yang lebih mencerahkan tentang hal-hal, seperti perlakuan yang sama terhadap orang-orang (kulit hitam), kaum perempuan, dan kaum minoritas lainnya (I Dewa Gede Palguna, 2013: 289-290).

Penafsiran non originalis memberikan pemahaman bahwa lembaga kekuasaan kehakiman (MK) sebagai lembaga penafsir undang-undang dasar (*the sole judicial interpreter of the constitution*) tidak boleh hanya semata-mata terpaku kepada metode penafsiran “*originalism*” dengan mendasarkan diri hanya kepada “*original intent*” perumusan pasal UUD 1945, terutama apabila penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan-ketentuan UUD 1945 sebagai suatu sistem dan/atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi UUD itu sendiri secara keseluruhan berkait dengan tujuan yang hendak diwujudkan. MK harus memahami UUD 1945 dalam konteks keseluruhan jiwa (*spirit*) yang terkandung di dalamnya guna membangun kehidupan ketatanegaraan yang lebih tepat dalam upaya memadukan cita hukum (*rechtsidee*) dan cita negara (*staatsidee*) guna mewujudkan negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasar atas hukum, yang merupakan penjabaran pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945.

Menurut Maruarar Siahaan (2008: 80) bahwa untuk menjembatani teks konstitusi sebagai produk di zamannya yang merefleksikan nilai, tantangan dan persoalan yang dihadapi perumusny di masa lalu untuk dijadikan pedoman, nilai dan pandangan hidup dan dasar bernegara di masa kini dengan persoalan, tantangan dan situasi yang berbeda. Oleh karenanya untuk memenuhi

tuntutan demikian, norma konstitusi yang diperlukan dari UUD 1945 pada masa lalu, tantangan dan kebutuhan zaman di masa sekarang tidak harus hanya dipahami sebagaimana dipahami dan dimaksudkan pada awalnya ketika para perumus menyusunnya (*original intent*). Yang harus ditemukan tidak selalu makna yang dimaksud pembentuknya, akan tetapi apa yang menjadi makna yang dikehendaki oleh teks norma konstitusi itu sendiri untuk menyelesaikan satu perselisihan hukum yang dihadapi. Justice Brennan yang menjabat sebagai Hakim Agung Amerika mengemukakan bahwa "sikap bersikukuh dengan *original intent* tersebut merupakan "sikap sombong yang dibungkus dengan sikap rendah hati". Sehingga dianjurkan agar hakim di zaman modern semestinya tidak hanya mengacu pada sejarah masa penyusunannya, melainkan pada sejarah masuknya interpretasi dan apa yang dimaksudkan oleh kata-kata dalam teks masa lalu tersebut.

Penafsiran non originalis semakin membumi setelah adanya pernyataan Mahfud MD dalam pidato penutupan rapat kerja MK-RI pada tanggal 22-24 Januari 2010 (saat itu masih menjabat Ketua MK) bahwa MK menganut hukum Progresif, sebuah konsep hukum yang tidak terkungkung oleh teks undang-undang semata, tetapi juga memperhatikan rasa keadilan yang hidup di masyarakat dan hukum yang berkemanfaatan. Pemikiran hukum progresif ini dimotori oleh Satjipto Rahardjo, bahwa hukum progresif memuat kandungan moral yang sangat kuat, progresivisme tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tak bernurani, melainkan sebuah institusi yang bermoral. Hukum progresif adalah hukum yang mampu memenuhi kebutuhan bangsa dan ikut merasakan penderitaan bangsanya. Dengan demikian, hukum akan melayani kepentingan rakyatnya, bukan sebaliknya ...hukum tidak berada di awang-awang atau ruang hampa, tetapi ada di dalam masyarakat." Secara filosofis gagasan hukum progresif, memposisikan hukum senantiasa berfungsi sebagai solusi bagi masyarakatnya. Hukum juga harus 'turun' ke dalam relung hati rakyatnya guna menjadi penyelamat di tengah-tengah kesulitan yang dihadapi, hukum tidak boleh menempatkan diri berpihak pada golongan tertentu saja. Artinya antara penafsiran non originalis dan hukum progresif saling melengkapi, yang menekankan adanya paradigma penafsiran "tidak terkukung oleh teks" dan mengutamakan manusia daripada teks hukum, mengutamakan keadilan dan kemanfaatan hukum daripada kepastian hukum.

Beberapa putusan MK yang menggunakan penafsiran non originalis sebagai argumentasi untuk membatalkan norma hukum pasal/ ayat dalam undang-undang:

1. Putusan MK No.138/PUU-VII/2009

Putusan MK No.138/PUU-VII/2009 merupakan Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang No.4 Tahun 2009 tentang Perubahan atas Undang-undang No.30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap UUD 1945) yang menjadi yurisprudensi bahwa MK berwenang menguji Perppu. Menurut Hakim Konstitusi Moh.Mahfud MD yang memiliki alasan berbeda (*concurring opinion*) terkait Kewenangan MK dalam pengujian Perppu, bahwa jika dirunut dari *original intent*, tafsir historik, tafsir gramatik, dan logika hukum

seharusnya MK tidak bisa melakukan pengujian yudisial (*judicial review*) atas Perppu terhadap UUD 1945. Namun akhir-akhir ini ada perkembangan penting dalam ketatanegaraan Indonesia yang menyebabkan perlunya Perppu dapat diuji konstitusionalitasnya oleh MK terutama melalui titik tekan dalam penafsiran konstitusi. Dalam kaitan antara perkembangan ketatanegaraan dan pengujian Perppu, diperlunya penafsiran atas isi UUD 1945 tidak hanya bertumpu pada *original intent*, tafsir historik, dan tafsir gramatik melainkan harus menekankan pada penafsiran sosiologis dan teleologis.

Memang pengujian harus berlandaskan pada patokan-patokan yang jelas dan tak dapat hanya bermain dalam lapangan perspektif teoritis yang sangat luas, patokan dasarnya adalah apa yang sebenarnya diinginkan sebagai politik hukum pembentukan MK, isi konstitusi suatu negara adalah apa yang ditulis dan latar belakang pemikiran apa yang melahirkan tulisan/ teks isi konstitusi tersebut tanpa harus terikat dengan teori dan apa yang berlaku di negara lain. Selain itu, penafsiran yang hanya bertumpu pada otonomi dan independensi teks merupakan penafsiran yang bersifat artifisial atau semu, karena yang dicari adalah keadilan menurut teks suatu Pasal. Dalam konteks inilah, sudah seharusnya di dalam menafsirkan konstitusionalitas suatu undang-undang terhadap UUD 1945, MK tidak hanya menjadikan teks sebagai yang utama. Sebab, supremasi konstitusi tidak hanya dimaknai semata-mata sebagai supremasi teks pasal-pasal UUD 1945 melainkan juga memperhatikan konteks dan kontekstualisasi suatu pasal dengan kondisi kekinian.

Paradigma yang menyerahkan secara penuh kepada penafsiran hukum berdasarkan otonomi teks hanya akan menimbulkan keadilan berdasarkan teks, sedangkan yang hendak dicari bukanlah keadilan seperti itu tapi suatu makna yang lebih dalam lagi, yakni keadilan sosial atau keadilan substantif. Putusan ini membuktikan bahwa MK dapat menjadikan penafsiran hukum *non original intent* (atau penafsiran progresif) dalam menafsirkan konstitusionalitas suatu undang-undang karena diyakini penafsiran tersebut tidak kaku dan tidak hanya bertumpu pada otonomi teks, sehingga eksistensi UUD 1945 sebagai "*living constitution*", akan benar-benar terwujud. Dalam melakukan penafsiran kasus ini MK berorientasi pada keadilan substantif daripada hanya berkuat pada keadilan prosedural. Sebab keadilan substantif menjamin prinsip keadilan sosial yang menjadi salah satu cita hukum yang dalam hal ini secara eksplisit termuat dalam sila kelima Pancasila. Prinsip ini menjadi pedoman bagi MK di dalam melakukan penafsiran dan menjadi penguji kebenaran hukum positif serta menjadi arah hukum untuk dikristalisasikan dalam bentuk norma yang imperatif guna memperoleh keadilan yang sebenar-benarnya.

2. Putusan MK No.5/PUU-IX/2011

Putusan MK No.5/PUU-IX/2011 perihal Pengujian Undang-undang No.30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU KPK) terhadap UUD 1945 merupakan putusan yang menggunakan penafsiran non originalisme (*non original intent*), sebab penggunaan metode penafsiran oleh MK justru bertentangan dengan penafsiran lembaga pembentuk Undang-Undang (Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat), yang menimbulkan perubahan pada isi kaidah

hukum dengan menginterpretasi sebuah aturan hukum. Di sini yang berubah adalah isi kaidah/norma hukumnya, sedangkan aturan hukumnya tetap tidak berubah. Hakim membentuk norma baru dengan cara menafsirkan dan menciptakan, mengubah atau menghapuskan makna norma-norma tertentu dalam undang-undang melalui putusannya.

Putusan ini merupakan putusan yang tepat, sekalipun harus bertentangan dengan penafsiran pembentuk undang-undang (maksud dan tujuan pembentuk undang-undang / penafsiran *original intent*), hal ini mengingat bahwa urgensi penafsiran adalah penafsiran fakta yang merupakan pembuatan dan pelaksanaan norma yang valid. Selain itu mengingat bahwa MK merupakan satu-satunya sebagai lembaga negara sebagai penafsir sah konstitusi (*the sole judicial interpreter of the constitution*) dan berdasar pada prinsip dasar keadilan konstitusi, sebab prinsip ini tidak dapat tercapai apabila masing-masing cabang kekuasaan diberikan kekuasaan untuk menginterpretasikan konstitusi sesuai dengan interpretasinya sendiri-sendiri.

Jika menggunakan *original intent* sudah tentu MK akan membenarkan penafsiran pembentuk hukum (Presiden dan DPR), dan memutuskan bahwa Pasal 34 Undang-undang *a quo* tidak bertentangan dengan UUD 1945. Penggunaan pendekatan *non original intent* ini merupakan langkah progresif yang merupakan terobosan hukum, penafsiran yang benar atas norma ketentuan Pasal 34 Undang-Undang *a quo* mendasarkan pada prinsip-prinsip umum yang terkandung dalam konstitusi yaitu prinsip kepastian hukum yang adil, prinsip persamaan dan keadilan, prinsip kemanfaatan hukum, serta prinsip kepentingan umum. Prinsip-prinsip tersebut, adalah merupakan nilai-nilai dasar yang terkandung dalam konstitusi dan menjadi semangat keberadaan sebuah negara yang berdasar pada sistem konstitusional.

Penggunaan penafsiran UUD 1945 oleh MK dalam putusan pengujian undang-undang ternyata bersifat relativis, maksud relativis adalah pandangan yang mendasarkan bahwa segala sesuatu tidak ada yang mutlak dan tidak semua hal bisa digeneralisasikan, segala sesuatu harus dikontekstualkan dengan apa yang melatarbelakangi dan melingkupinya, bahwa apa yang dianggap perilaku dan norma yang baik, buruk, beradab, dan tidak beradab dalam konteks sosiohistoris atau masyarakat tertentu belum tentu memiliki nilai yang sama dengan sosiohistoris masyarakat lain. Dalam wacana lain maka konteks suatu masalah akan selalu berbeda dengan konteks masalah lain. Oleh karena itu, perlu kontekstualisasi setiap masalah lain tersebut, inilah ternyata yang menjadi pandangan MK dalam menafsirkan UUD 1945 melalui putusan-putusannya. Jadi tafsir putusan MK, satu sama lain akan berbeda, karena akan memandang dari teks dan konteks yang melingkupi kasus per kasus (Tim Peneliti PKK FH Unsoed, 2006: 215-216).

Merujuk pada kajian di atas, bahwa penggunaan metode penafsiran dalam pengujian undang-undang harus memiliki tolok ukur dan batasan yang jelas, tolok ukur dan batasan tersebut meliputi:

Pertama, intinya bahwa penafsiran terhadap konstitusi merupakan salah satu cara untuk mengelaborasi pengertian-pengertian yang terkandung dalam konstitusi dan proses menemukan pengertian-pengertian dari teks konstitusi yang hasilnya diakui sebagai hukum tata negara (*constitutional law*) yang dapat dijelaskan secara rinci, sehingga dapat diterapkan oleh pengadilan (I

Dewa Gede Palguna, 2013: 285). Artinya penafsiran pertentangan norma hukum tidak boleh lepas dari pengertian-pengertian yang sudah tertuang jelas dalam konstitusi/ UUD 1945. Hakim bebas memilih dan menggunakan penafsiran untuk menentukan pertentangan norma hukum undang-undang terhadap UUD 1945, apakah itu tafsir "*originalis*" maupun "*non originalis*", namun kebebasan memilih dan menggunakan metode penafsiran tersebut harus dalam koridor dan dijalankan berdasarkan falsafah Pancasila dan UUD 1945. Hakim harus mampu merefleksikan setiap teks pasal yang terkait dengan fakta kejadian yang ditemukan di persidangan ke dalam putusan hakim yang mengandung aura nilai-nilai Pancasila dan aura nilai-nilai dasar konstitusi. Sehingga setiap putusan hakim harus memancarkan pertimbangan nilai filosofis yang tinggi, konkretnya ditandai oleh karakter putusan yang ber-Ketuhanan, berprrikemanusiaan, menjaga persatuan, penuh kebajikan, dan berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia

Kedua, terkait dengan independensi dan kebebasan hakim dalam menggunakan metode penafsiran yang tidak diatur dalam hukum positif, maka hakim bebas menggunakan metode penafsiran tersebut yang sesuai dengan keyakinan hakim. Hakim dalam menggunakan metode penafsiran jangan hanya berfungsi sebagai corong undang-undang, tetapi juga berfungsi corong keadilan sebab hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (keadilan substantif). Merujuk pada *teori the living constitution*, maka UUD 1945 harus dipahami sebagai konstitusi yang memiliki dinamika berdimensi tekstual dan kontekstual. Artinya penafsiran hakim yang memasukan pengujian Perppu menjadi kewenangan MK lebih berdimensi kontekstual, bahwa dalam negara hukum tidak diperbolehkan adanya pelanggaran konstitusional terhadap hak-hak warga negara yang diakibatkan oleh Perppu.

Ketiga, batasan dalam penggunaan metode penafsiran bahwa hakim konstitusi tidak boleh hanya semata-mata terpaku pada metode penafsiran *originalisme* yang mendasarkan diri pada *original intent*/ perumusan pasal UUD 1945 atau menggunakan penafsiran lain (*non originalis*) yang menyebabkan penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan UUD 1945 sebagai suatu sistem dan/atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi UUD itu sendiri secara keseluruhan berkait dengan tujuan yang hendak diwujudkan (Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, 2010: 77-78). Hakim konstitusi harus memahami UUD 1945 dalam konteks keseluruhan jiwa (spirit) yang terkandung di dalamnya guna membangun kehidupan ketatanegaraan yang lebih tepat dalam upaya mencapai cita negara (*staatidee*) yaitu mewujudkan negara hukum demokratis dan negara demokrasi berdasarkan hukum yang merupakan penjabaran dari pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945.

Keempat, menurut Aidul Fitricada sebagaimana dikutip Iwan Satriawan (2009: 21) bahwa MK perlu mempertanggungjawaban metode penafsiran yang digunakan untuk memutus suatu perkara, agar hal tersebut bisa dipertanggungjawabkan kepada publik. Hal ini perlu dilakukan karena MK memiliki kewenangan penafsiran yang luas terhadap konstitusi, sehingga ia pun rentan dengan kecenderungan penyalahgunaan kekuasaan dalam menafsirkan UUD 1945. Artinya harus ada pertanggungjawaban akademis terhadap penggunaan metode penafsiran dalam menentukan

pertentangan norma hukum, tidak cukup sampai disitu, seluruh elemen bangsa ini juga harus melakukan pengkajian dan memberikan penilaian kritis terhadap metode penafsiran yang digunakan hakim konstitusi. Hal ini diperlukan karena MK harus dijaga oleh seluruh elemen bangsa, jangan sampai menggunakan pilihan penafsiran yang justru merusak tatanan sistem berkonstitusi dan berdemokrasi.

III. SIMPULAN

Undang-undang Dasar 1945 secara tersirat memberikan kewenangan penafsiran konstitusi kepada MK untuk menilai pertentangan norma hukum dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang, artinya MK adalah “ *the guardian of constitution and the sole interpreting of constitution*” dan sebagai penafsir sah terhadap undang-undang dasar atau konstitusi (*the legitimate interpreter of the constitution*). Kewenangan penafsiran ini dilakukan dalam ranah pengujian materil, yaitu pengujian terhadap substansi atau isi sebuah undang-undang, dalam praktik MK telah beberapa kali menggunakan penafsiran konstitusi untuk menilai konstitusionalitas norma, yaitu: Putusan No.006/PUU-IV/2006, Putusan MK No.138/PUU-VII/2009, Putusan MK No.5/PUU-IX/2011, dan Putusan No.14/PUU-XI/2013.

Penafsiran konstitusi sebagai tolok ukur untuk menilai pertentangan norma hukum dalam pengujian undang-undang harus memiliki tolok ukur dan batasan yang jelas, tolok ukur dan batasan tersebut meliputi: *Pertama*, intinya bahwa penafsiran terhadap konstitusi merupakan salah satu cara untuk mengelaborasi pengertian-pengertian yang terkandung dalam konstitusi dan proses menemukan pengertian-pengertian dari teks konstitusi. *Kedua*, terkait dengan independensi dan kebebasan hakim dalam menggunakan metode penafsiran yang tidak diatur dalam hukum positif, maka hakim bebas menggunakan metode penafsiran tersebut yang sesuai dengan keyakinan hakim. Hakim dalam menggunakan metode penafsiran jangan hanya berfungsi sebagai corong undang-undang, tetapi juga berfungsi corong keadilan sebab hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (keadilan substantif). Merujuk pada *teori the living constitution*, maka UUD 1945 harus dipahami sebagai konstitusi yang memiliki dinamika berdimensi tekstual dan kontekstual.

Ketiga, batasan dalam penggunaan metode penafsiran bahwa hakim konstitusi tidak boleh hanya semata-mata terpaku pada metode penafsiran *originalisme* yang mendasarkan diri pada *original intent*/ perumusan pasal UUD 1945 atau menggunakan penafsiran lain (*non originalis*) yang menyebabkan penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan UUD 1945 sebagai suatu sistem dan/atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi UUD itu sendiri secara keseluruhan berkait dengan tujuan yang hendak diwujudkan. *Keempat*, penggunaan metode penafsiran harus dipertanggungjawabkan kepada publik, agar hal tersebut bisa teruji kevalidannya dalam kasus tertentu. Hal ini perlu dilakukan karena MK memiliki kewenangan penafsiran yang luas terhadap konstitusi, sehingga untuk menjaga hakim MK agar terhindar dari penyalahgunaan kekuasaan dalam menafsirkan UUD 1945.

DAFTAR PUSTAKA**Buku:**

- Amsari, Feri., 2011, *Perubahan UUD 1945: Perubahan Konstitusi NKRI Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers.
- Arto, Mukti., 2001, *Konsepsi Ideal Mahkamah Agung Redefenisi Peran dan Fungsi Mahkamah Agung untuk Membangun Indonesia Baru*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Asshiddiqie, Jimly., 1998, *Teori dan Aliran Penafsiran Hukum Tata Negara*, InHilco, Jakarta
- , 2011, *Perihal Undang-Undang* Jakarta, Rajawali Pers.
- Harjono, 2008, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa*, Jakarta, Sekjen dan Kepaniteraan MKRI.
- Huda, Ni'matul 2008, *UUD 1945 dan Gagasan Amandemen Ulang* Jakarta, Rajawali Pers.
- Harun, Refli., (dkk), *Menjaga Denyut Konstitusi (Refleksi Satu Tahun Mahkamah Konstitusi)*, Jakarta Konstitusi Press.
- Isra, Saldi., 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Jakarta, Rajawali Press.
- , Yuliantri, Feri Amsari, Charles Simabura, Dayu Medina, dan Edita Elda (2010), *Perkembangan Pengujian Perundangundangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berfikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif)*, Padang dan Jakarta, Pusat Studi Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Andalas dan Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- Latif, Abdul., 2009, *Fungsi Mahkamah Konstitusi: Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*, Yogyakarta, Total Media.
- Mahfud MD, Moh., 2009, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta, Rajawali Pers.
- , 2010, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers.
- Mertokusumo, Sudikno., 1993, *Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung
- Palguna, I Dewa Gede 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta, Sinar Grafika.
- Ranggawidjaja, Rosjidi., 1996, *Wewenang Manafsirkan dan Mengubah Undang-Undang Dasar*, Bandung-Sukabumi, PT.Citra Bakti Akademika
- Siahaan, Maruarar., 2005, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta, Konstitusi Press
- , 2008, *Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi yang Hidup*, Jakarta, Sekjen dan Kepaniteraan MKRI
- Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi

Artikel

- Amsari, Feri., 2009, “”Satjipto Rahardjo dalam Jagat Ketertiban Hukum Progresif, *Jurnal Konstitusi*, Volume 6, Nomor 2, Juli 2009
- Isra, Saldi., 2013, “Hubungan Presiden dan DPR”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 10, Nomor 3, Sep-

tember 2013

Satriawan, Iwan., 2008, "Kewenangan *Constitutional Review* MK dan Prinsip *Checks and Balances System* (Analisa terhadap Putusan MK RI Nomor 005/PUU-IV/2006)", *Jurnal Konstitusi PK2P FH UMY*, Volume I, No.1 September 2008

Tim Peneliti dari Pusat Kajian Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman, 2006, "Nilai Undang-Undang Dasar 1945 dalam Penafsiran MK (Studi terhadap Putusan *Judicial Review* MK)", *Jurnal Konstitusi* Volume 3 Nomor 3 September 2006

Nevey Varida Ariani

Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan HAM RI, Jalan May Jen Sutoyo No.10
Cililitan Jakarta Timur
Email : nevey.ariani@yahoo.com

IMPLEMENTASI UNDANG- UNDANG NOMOR 11 TAHUN 2012 TENTANG SISTEM PERADILAN PIDANA ANAK DALAM UPAYA MELINDUNGI KEPENTINGAN ANAK

ABSTRACT

Children are a mandate from God Almighty which in them laid a dignity as human beings. Children need protection against negative effects of a fast-growing development. This essay is trying to discuss about how's the implementation of the law of SPPA and the Government of Indonesia's efforts in protecting children especially those who are conflicted with the law in accordance to The Law number 11 Year 2012. The method applied in this essay is qualitative socio-legal approach, based on the library data. In the investigation process, prosecution until the proceedings, there still be diversion process is ultimately enforced considering the children's age and the penalties are not over than 7 years. If this diversion process is not applicable then the judicial process is becoming ultimum remedium, putting the children in LPAS, LPAK and LPKS. Those institutions are expected to give new hopes to children who's dealing with the legal matters. Through the approaching system in Juvenile Criminal Court Process from investigators, prosecutors, judges, advocates to the public counselor, both the Ministry of Law and Human Rights and the Social Ministry, it is necessary to establish a clear coordination and role in implementing the Juvenile Criminal Court System.

Keywords: Children, Diversion, Restorative, Juvenile Justice System

ABSTRAK

Anak merupakan amanah dari Tuhan Yang Maha Esa yang melekat harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya. Anak perlu mendapat perlindungan dari dampak negatif perkembangan pembangunan yang cepat. Oleh karena itu, permasalahan sebagai berikut: bagaimana Implementasi UU SPPA dan Upaya apa yang dilakukan pemerintah dalam melindungi anak yang berhadapan dengan hukum menurut UU No.11 Tahun 2012. Metode yang digunakan dalam studi ini adalah socio-legal approach yang bersifat kualitatif, berdasarkan data kepustakaan. Dalam proses penyidikan, penuntutan sampai proses persidangan masih diupayakan proses diversifikasi dengan syarat memperhatikan usia anak dan acuan pidana tidak lebih dari tujuh tahun jika pelaksanaan diversifikasi ini tidak dapat dilakukan maka proses peradilan adalah menjadi *ultimum remedium* dengan menempatkan anak pada LPAS, LPAK maupun LPKS yang Lembaga itu diharapkan mampu untuk memberikan harapan baru bagi anak yang berhadapan dengan hukum. Dengan adanya pendekatan sistem dalam proses peradilan pidana anak dari penyidik, jaksa, hakim advokat sampai dengan pembimbing kemasyarakatan baik dari kementerian hukum dan HAM serta kementerian Sosial, koordinasi dan peran yang jelas dalam pelaksanaan Sistem Peradilan anak Pidana ini sangat diperlukan.

Kata Kunci : Anak, Diversi, Restorative, Sistem Peradilan Anak

I. PENDAHULUAN

Anak adalah bagian yang tidak terpisahkan dari keberlangsungan hidup manusia dan keberlangsungan sebuah bangsa dan negara. Dalam konstitusi Indonesia, anak memiliki peran strategis yang secara tegas dinyatakan bahwa negara menjamin hak setiap anak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Oleh karena itu, kepentingan terbaik bagi anak patut dihayati sebagai kepentingan terbaik bagi kelangsungan hidup umat manusia. Konsekuensi dari ketentuan Pasal 28B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 perlu ditindaklanjuti dengan membuat kebijakan pemerintah yang bertujuan melindungi Anak (UU SPPA No.11 Tahun 2012 dalam bagian penjelasan)

Anak perlu mendapat perlindungan dari dampak negatif perkembangan pembangunan yang cepat, arus globalisasi di bidang komunikasi dan informasi, kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, serta perubahan gaya dan cara hidup sebagian orang tua yang telah membawa perubahan sosial yang mendasar dalam kehidupan masyarakat yang sangat berpengaruh terhadap nilai dan perilaku anak. Penyimpangan tingkah laku atau perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh anak, antara lain, disebabkan oleh faktor di luar diri anak tersebut. Data anak yang berhadapan dengan hukum dari Direktorat Jenderal Pemasyarakatan menunjukkan bahwa tingkat kriminalitas serta pengaruh negatif penyalahgunaan narkoba, psikotropika, dan zat adiktif semakin meningkat (UU SPPA No.11 tahun 2012).

Indonesia adalah salah satu negara yang pernah meratifikasi Konvensi Hak-Hak Anak (KHA) pada tahun 1990 yang telah disetujui oleh Majelis Umum PBB pada 20 November 1989. Dalam Pasal 4 KHA dinyatakan: Negara Peserta akan mengambil semua langkah legislatif, administratif dan lain sebagainya untuk pelaksanaan hak-hak yang diakui dalam konvensi. Selain itu dalam Pasal 6 KHA dinyatakan: Negara Peserta mengakui bahwa setiap anak memiliki hak yang melekat atas kehidupan. Satu dekade kemudian, tepatnya pada tahun 2001, Indonesia menyatakan

komitmennya terhadap deklarasi Dunia Yang Layak Bagi Anak (*A World Fit for Children*). Sesuai dengan ketentuan Konvensi Hak Anak (*Convention on the Rights of the Child*) yang diratifikasi oleh pemerintah Indonesia melalui Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990, kemudian juga dituangkan dalam Undang – Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak dan Undang – Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak dan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak yang kesemuanya mengemukakan prinsip-prinsip umum perlindungan anak, yaitu non diskriminasi, kepentingan terbaik bagi anak, kelangsungan hidup dan tumbuh kembang serta menghargai partisipasi anak. (Ridwan Mansyur, 2014).

Masa-masa perkembangan anak adalah masa emas sekaligus masa paling penting, untuk mencapai puncak perkembangan yang optimal, terutama pada periode perkembangan anak. Definisi dari pertumbuhan adalah bertambahnya jumlah dan ukuran sel serta jaringan interselular, yang juga berarti bertambah pula ukuran fisik dan struktur tubuh sang anak. Sedangkan, perkembangan anak, yakni menggambarkan adanya kenaikan pada kematangan fungsi individu. Pertumbuhan dan perkembangan anak sudah seharusnya diperhatikan dan dijaga dengan baik, karena dua hal tadi adalah indikator penting dalam mengukur status kesehatan anak, yang nantinya akan berpengaruh pula pada kualitas hidup anak.

Anak sebagai bagian dari generasi muda merupakan penerus cita-cita perjuangan bangsa dan merupakan sumber daya manusia bagi pembangunan nasional kedepan. Oleh karena itu diperlukan pembinaan secara terus menerus demi kelangsungan hidup, pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental dan sosial serta perlindungan dari segala kemungkinan yang membahayakan atau merusak masa depan anak. Kurang lebih dari 4.000 anak Indonesia diajukan ke pengadilan setiap tahunnya atas kejahatan ringan, seperti pencurian, penganiayaan bahkan pembunuhan (Anjar Anan, 2013). Pada umumnya mereka tidak mendapatkan dukungan, baik dari pengacara maupun dinas sosial sehingga pemenuhan terhadap hak akan terabaikan, anak dianggap sebagai penjahat yang patut untuk dirampas kemerdekaannya padahal anak adalah manusia yang patut untuk mendapatkan perlindungan dan pendidikan. Banyak anak bermasalah hukum yang melakukan kejahatan ringan kemudian dipenjara seperti kasus pencurian sandal jepit yang dilakukan oleh seorang anak yang berinisial AAL di Palu kemudian diproses secara hukum dalam sidang diperadilan (Kompas.com, 6 Januari 2012) Dari kasus di atas, ini menunjukkan bahwa masih banyak anak di Indonesia yang berkonflik dengan hukum dan dihadapkan pada mekanisme peradilan pidana anak. Tentu saja semua ini butuh perhatian yang serius dari semua pihak karena mengingat anak merupakan penerus generasi bangsa yang punya masa depan dan harapan untuk meneruskan estafet kepemimpinan bangsa ini.

Perlindungan hukum bagi anak dapat dilakukan sebagai upaya perlindungan hukum terhadap berbagai kebebasan dan hak asasi anak. Perlindungan terhadap anak ini juga mencakup kepentingan yang berhubungan dengan kesejahteraan anak. Perlindungan anak yang berhadapan dengan hukum (ABH), merupakan tanggung jawab bersama aparat penegak hukum. Tidak hanya

anak sebagai pelaku, namun mencakup juga anak sebagai korban dan saksi.

Aparat penegak hukum yang terlibat dalam penanganan ABH tidak hanya mengacu pada Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Sistem Peradilan Pidana Anak atau peraturan perundang-undangan lainnya yang berkaitan dengan penanganan ABH, namun lebih mengutamakan perdamaian daripada proses hukum formal yang mulai diberlakukan 2 tahun setelah UU SPPA diundangkan atau 31 Juli 2014 (Pasal 108 UU No. 11 Tahun 2012).

Atas dasar itulah, alasan perubahan UU SPPA ini disebabkan beberapa hal berikut: *pertama*, kegagalan sistem peradilan pidana anak untuk menghasilkan keadilan; *kedua*, tingkat tindak pidana dan residivisme anak tidak mengalami penurunan; *ketiga*, proses peradilan gagal memperlakukan anak; *keempat*, pengadilan lebih banyak memanfaatkan pidana perampasan kemerdekaan (pidana penjara) daripada bentuk sanksi lainnya; dan *kelima*, pendekatan yang terlalu Legalistik. (Diani Sedia Wati, 2014). Berdasarkan latar belakang masalah tersebut adapun rumusan masalah sebagai berikut :

1. Bagaimana Implementasi pelaksanaan Sistem Peradilan Pidana Anak (SPPA) menurut UU No.11 Tahun 2012?
2. Upaya apa yang dilakukan pemerintah dalam melindungi anak yang berhadapan dengan hukum menurut UU No.11 Tahun 2012 ?

II. METODE PENELITIAN

Metode yang digunakan dalam studi ini adalah *socio-legal approach* yang bersifat kualitatif, berdasarkan data kepustakaan. Dengan pendekatan *socio-legal approach*, studi ini menggunakan dua pendekatan, yaitu pendekatan sosial dan pendekatan yuridis normatif. Pendekatan sosial dipergunakan untuk menganalisis situasi sosial ekonomi dan sosial politik, guna menjelaskan nilai-nilai keadilan, kesejahteraan bagi anak yang berhadapan dengan hukum, Sedangkan pendekatan yuridis normatif dipergunakan untuk menganalisis norma peraturan perundang-undangan mengacu pada nilai-nilai kesejahteraan dan keadilan dalam masyarakat.

Analisis yang dilakukan bersifat kualitatif; yang tidak menekankan pada kuantitas data; melainkan pada kualitasnya. Studi dilakukan menggunakan data kepustakaan, dengan menelusuri dokumen peraturan perundang-undangan, buku, jurnal hukum, pendapat para ahli untuk menjelaskan permasalahan dalam studi ini.

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. Implementasi Pelaksanaan Sistem Peradilan Pidana Anak (SPPA) Menurut UU No.11 Tahun 2012

Undang-undang terbaru yang mengatur tentang anak yang berhadapan dengan hukum adalah Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak (UU SPPA) ini merupakan pengganti dari Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak yang bertujuan agar dapat terwujud peradilan yang benar-benar menjamin perlindungan kepentingan terbaik bagi anak yang berhadapan dengan hukum. UU Pengadilan Anak dinilai

sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan hukum dalam masyarakat dan belum secara komprehensif memberikan perlindungan khusus kepada anak yang berhadapan dengan hukum. Hal lain yang perlu diingat adalah anak yang melakukan pelanggaran hukum atau melakukan tindakan kriminal sangat dipengaruhi beberapa faktor lain di luar dirinya seperti pergaulan, pendidikan, teman bermain dan sebagainya. Oleh sebab itu, peran orang tua, lingkungan bermain, dan pelayanan dasar anak seperti kesehatan serta pendidikan harus menjadi perhatian bersama.

Sistem Peradilan Pidana Anak adalah keseluruhan proses penyelesaian perkara Anak yang berhadapan dengan hukum, mulai tahap penyelidikan sampai dengan tahap pembimbingan setelah menjalani pidana.

(Lihat Tabel 1)

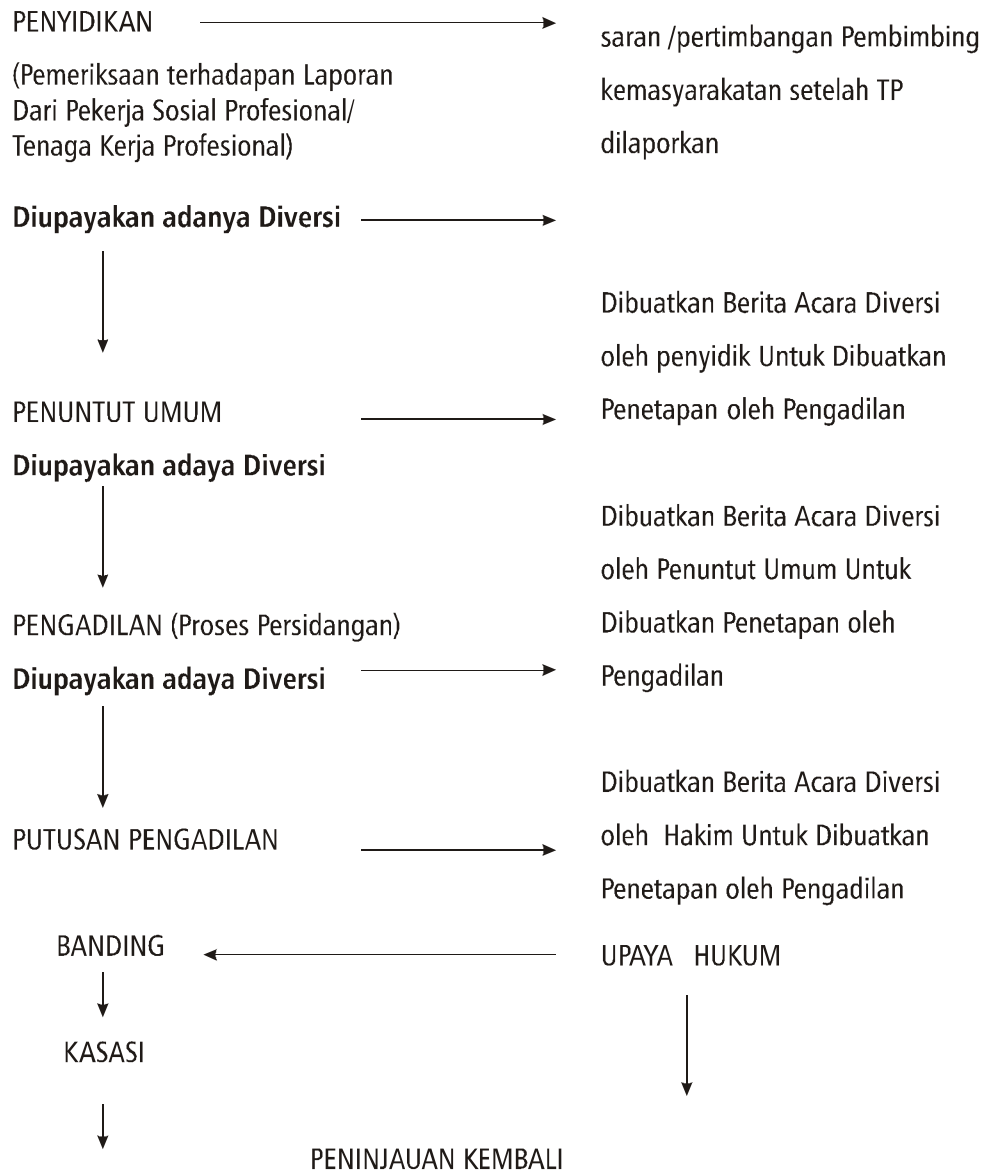
Dalam rangka melindungi kepentingan anak maka Sistem Peradilan Pidana Anak dilaksanakan berdasarkan asas : (UU SPPA No.11 tahun 2012)

- a. perlindungan;
- b. keadilan;
- c. non diskriminasi;
- d. kepentingan terbaik bagi anak;
- e. penghargaan terhadap pendapat anak;
- f. kelangsungan hidup dan tumbuh kembang anak;
- g. pembinaan dan pembimbingan anak;
- h. proporsional;
- i. perampasan kemerdekaan dan ppidanaan sebagai upaya terakhir; dan
- j. penghindaran pembalasan.

Menurut Arif Gosita, perlindungan anak merupakan upaya-upaya yang mendukung terlaksananya hak-hak dan kewajiban. Seorang anak yang memperoleh dan mempertahankan hak untuk tumbuh dan berkembang dalam hidup secara berimbang dan positif, berarti mendapat perlakuan secara adil dan terhindar dari ancaman yang merugikan. Usaha-usaha perlindungan anak dapat merupakan suatu tindakan hukum yang mempunyai akibat hukum, sehingga menghindarkan anak dari tindakan orang tua yang sewenang-wenang. (Moch. Faisal Salam, 2005 :1)

Berdasarkan gambar diatas maka di jelaskan bahwa kesepakatan diversi dilakukan oleh Penyidik atas rekomendasi Pembimbing Kemasyarakatan. Pada tingkat penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan perkara anak di pengadilan negeri wajib diupayakan Diversi untuk menjamin kepentingan yang terbaik bagi anak dan jika upaya diversi tidak dapat berjalan atau tidak ada kesepakatan maka dilanjutkan keproses persidangan sebagai upaya hukum yang paling terakhir sehingga wajib diupayakan adanya diversi dan apabila tidak dilakukan maka batal demi hukum dan aparat penegak hukum jatuhkan sanksi. Demikian pula dengan setelah terjadinya poses peradilan maka dapat dilakukan banding, kasasi sampai upaya hukum luar biasa yaitu peninjauan kembali.

GAMBAR. 1. BERIKUT INI TAHAPAN DALAM SISTEM PERADILAN PIDANA ANAK MENURUT UU NO.11 TAHUN 2012



UU SPPA yang mulai berlaku pada 31 Juli 2014 memiliki berbagai konsekuensi bagi berbagai pihak hal yang paling menarik untuk disoroti adalah berdasarkan ketentuan dalam Pasal 107 UU SPPA, Pemerintah diwajibkan untuk mengeluarkan setidaknya 6 (enam) materi Peraturan pemerintah (PP) dan 2 (dua) materi Peraturan Presiden (Perpres) sebagai Peraturan pelaksanaan UU SPPA yang harus ditetapkan paling lambat 1 (satu) tahun sejak UU SPPA diberlakukan, atau tepat pada 30 Juli 2015, namun peraturan pelaksana itu belum juga disahkan.

Beberapa Implikasi dari tidak hadirnya peraturan pelaksana UU SPPA diantaranya adalah (*Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)*, 4 Juni 2014). *Pertama*, terjadi kekosongan hukum dalam pelaksanaan suatu aturan. UU SPPA masih sangat umum menjelaskan terkait beberapa ketentuan, untuk itu diperlukan peraturan pelaksana untuk secara komprehensif menjelaskan suatu aturan

TABEL 1. ANALISA TERHADAP UU NO.11 TAHUN 2012 TENTANG SISTEM PERADILAN PIDANA ANAK

No.	Pasal dalam UU No.11 tahun 2012	Substansi yang terkandung dalam UU No 11 tahun 2012, (Diani Sedia Wati , 14 Juli 2014) yaitu:
1.	Pasal 5 : (1) Sistem Peradilan Pidana Anak wajib mengutamakan pendekatan Keadilan Restoratif.	Dari dimensi filosofisnya, UU SPPA menerapkan sistem peradilan pidana anak yang restoratif (tidak fokus pada hukuman penjara, melainkan pada perbaikan/pemulihan keadaan korban pasca terjadinya suatu tindak pidana);
2.	Pasal 1 poin 2 Anak yang Berhadapan dengan Hukum adalah anak yang berkonflik dengan hukum, anak yang menjadi korban tindak pidana, dan anak yang menjadi saksi tindak pidana.	Dari segi ruang lingkupnya, UU SPPA tidak hanya mengatur anak pelaku saja, melainkan mengatur anak berhadapan dengan hukum (ABH) yang meliputi anak sebagai pelaku, anak sebagai korban dan anak yang menjadi saksi tindak pidana;
3.	Pasal 1 point 3 Anak yang Berkonflik dengan Hukum yang selanjutnya disebut Anak adalah anak yang telah berumur 12 (dua belas) tahun, tetapi belum berumur 18 (delapan belas) tahun yang diduga melakukan tindak pidana	Usia pertanggungjawaban pidana anak adalah 12- 18 tahun dan tidak dibatasi oleh status perkawinan seseorang dari yang asalnya 8 -18 tahun dan dibatasi oleh status perkawinan seseorang;
4.	Pasal 5 : (3) Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf a dan huruf b wajib diupayakan Diversi.	Kewajiban proses Diversi (pengalihan) pada setiap tingkat pemeriksaan bagi anak pelaku;
5.	Pasal 90 Anak Korban dan Anak Saksi berhak atas: a. upaya rehabilitasi medis dan rehabilitasi sosial, baik di dalam lembaga maupun di luar lembaga; b. jaminan keselamatan, baik fisik, mental, maupun sosial; dan c. kemudahan dalam mendapatkan informasi mengenai perkembangan perkara.	Penegasan Hak anak pelaku, korban dan saksi dalam Proses Peradilan;
6.	Pasal 69 (2) Anak yang belum berusia 14 (empat belas) tahun hanya dapat dikenai tindakan.	Pembatasan Upaya perampasan kemerdekaan sebagai measure of the last resort, dengan jangka waktu yang lebih singkat;
7.	Pasal 25 (1) Register perkara Anak dan Anak Korban wajib dibuat secara khusus oleh lembaga yang menangani perkara Anak.	Kewajiban membuat register khusus bagi anak pelaku, korban dan saksi;
8.	Pasal 63 samapai dengan 68 menekankan fungsi dan peran petugas kemasayarakatan dan pekerja sosial.	Penguatan peran petugas kemasayarakatan dan pekerja sosial;
9.	Pasal 23 : (1) Dalam setiap tingkat pemeriksaan, Anak wajib diberikan bantuan hukum dan didampingi oleh Pembimbing Kemasyarakatan atau pendamping lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan	Kewajiban untuk memberikan bantuan hukum;
10.	Pasal 104 Setiap lembaga pemsayarakatan anak harus melakukan perubahan sistem menjadi LPKA sesuai dengan Undang-Undang ini paling lama 3 (tiga) tahun.	Penghapusan Rutan dan Lapas Anak diganti menjadi LPAS (Lembaga Penempatan Anak Sementara), LPKA (Lembaga Pembinaan Khusus Anak), maupun LPKS (Lembga Penyelenggara Kesejahteraan Sosial); dan
11.	Pendidikan Dan Pelatihan Pasal 92 (1) Pemerintah wajib menyelenggarakan pendidikan dan pelatihan bagi penegak hukum dan pihak terkait secara terpadu.	Kewajiban mengikuti training terpadu bagi para penyelenggara SPPA. dikoordinasikan oleh kementerian yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum.

dalam Undang-Undang. Misal Dalam hal program pendidikan, pembinaan, dan pembimbingan dalam hal anak belum berumur 12 (dua belas) tahun melakukan atau diduga melakukan tindak pidana, tanpa peraturan pelaksana maka dapat dipastikan akan ada kekosongan pengaturan mengenai program pendidikan, pembinaan, dan pembimbingan bagi anak belum berumur 12 tahun, tidak ada satupun aturan di Indonesia baik Undang-Undang maupun turunannya yang mengatur mengenai hal ini. *Kedua*, Adak ada aturan yang mengikat aparat penegak hukum Secara keseluruhan. Dampak ini bisa dilihat dalam pengaturan Diversi misalnya. Dalam hal diversi sebelumnya MA telah mengeluarkan Perma Diversi, namun aturan teknis tersebut tentu saja hanya berlaku di lingkungan peradilan umum, menjadi permasalahan ketika terjadi standar berbeda antara Diversi yang ada di Kepolisian, Kejaksaan dan Pengadilan tentunya. *Ketiga*, UU SPPA semakin lama bisa diterapkan. Tantangan terbesar dalam merubah suatu sistem tentu saja berhubungan dengan merubah kebiasaan dari pihak-pihak yang berada dalam sistem tersebut. SPPA merupakan sistem baru yang diperkenalkan dalam sistem peradilan pidana di Indonesia. Absennya peraturan pelaksana untuk mengefektifkan UU SPPA tentu saja berdampak pada tertundanya pemberlakuan UU SPPA dengan efektif pula. Hasilnya, tentu saja terancamnya hak dan kepentingan anak yang dikandung dalam UU SPPA (*Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)*, 4 Juni 2014).

Dengan demikian upaya yang terus dilakukan dalam Implementasi UU SPPA ini harus didukung oleh berbagai pihak dalam rangka menjamin pelaksanaan proses hukum yang terbaik bagi anak karena anak merupakan generasi yang patut untuk dilindungi hak-haknya, bermanfaat bagi masyarakat dan penerus estafet kepemimpinan bangsa yang berakhlak dan bermoral serta untuk menghindarkan peradilan yang berstigma negatif terhadap anak.

B. Upaya pemerintah dalam melindungi anak yang berhadapan dengan hukum menurut UU No.11 Tahun 2012

1. Penerapan Deversi menurut UU No.11 Tahun 2012

Anak merupakan amanah dari Tuhan Yang Maha Esa yang melekat harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya. Hak hak setiap anak wajib dijunjung tinggi tanpa anak tersebut meminta. Kasus kasus ABH yang dibawa dalam proses peradilan adalah kasus kasus yang serius saja, itu juga harus selalu mengutamakan prinsip kepentingan terbaik bagi anak, serta proses penghukuman adalah jalan terakhir (*ultimum remedium*) dengan tetap tidak mengabaikan hak hak anak.

Istilah kenakalan anak itu pertama kali ditampilkan pada Badan Peradilan di Amerika dalam rangka usaha membentuk suatu undang-undang peradilan bagi anak di negara tersebut. Dalam pembahasannya ada kelompok yang menekankan segi pelanggaran hukumnya, ada pula yang menekankan pada sifat tindakan anak apakah sudah menyimpang dari norma yang berlaku atau belum melanggar hukum. Namun semua sepakat bahwa dasar pengertian kenakalan anak adalah perbuatan atau tingkah laku yang bersifat anti sosial (Wagiati Soetodjo, 2006: 9.)

Menurut Katini Kartono (1992:7) yang dikatakan Juvenile Delinquency, adalah (Nashriana, 2011: 76)

Perilaku jahat/dursila, atau kejahatan/kenakalan anak-anak muda, merupakan gejala sakit (patologi) secara sosial pada anak-anak dan remaja yang disebabkan oleh suatu bentuk pengabaian sosial sehingga mereka itu mengembangkan bentuk pengabaian tingkah laku yang menyimpang

Secara filosofi anak merupakan bagian dari generasi muda, sebagai salah satu sumber daya manusia yang merupakan potensi dan penerus cita-cita perjuangan bangsa di masa yang akan datang yang memiliki peran serta cirri-ciri khusus serta memerlukan pembinaan dan perlindungan yang khusus pula.

Sistem Hukum Pidana Indonesia memasuki babak baru dalam perkembangannya. Salah satu bentuk pembaharuan yang ada dalam Hukum Pidana Indonesia adalah pengaturan tentang hukum pidana dalam perspektif dan pencapaian keadilan kepada perbaikan maupun pemulihan keadaan setelah peristiwa dan proses peradilan pidana yang dikenal dengan keadilan restoratif (*restoratif justice*) yang berbeda dengan keadilan retributif (menekankan keadilan pada pembalasan) dan keadilan restitutif (menekankan keadilan pada ganti rugi) oleh sebab itu pidana sebagai *ultimum remedium* (upaya hukum yang terakhir) dalam perkara tindak pidana anak dengan tujuan perbaikan dan penurunan angka kejahatan pada anak yang berhadapan dengan hukum serta perlindungan yang terbaik bagi anak.

Apabila ditinjau dari perkembangan ilmu hukum pidana dan sifat pemidaan modern, telah memperkenalkan dan mengembangkan apa yang disebut pendekatan hubungan Pelaku-Korban atau "*Doer-Victims*" *Relationship*. Suatu pendekatan baru yang telah menggantikan pendekatan perbuatan atau pelaku atau "*daad-dader strafrecht*". Ahli hukum telah memperkenalkan formula keadilan khususnya dalam penegakkan HAM, bahwa ada 3 aspek pendekatan untuk membangun suatu sistem hukum dalam rangka modernisasi dan pembaharuan hukum, yaitu segi struktur (*structure*), substansi (*substance*) dan budaya (*legal culture*) yang kesemuanya layak berjalan secara integral, simultan dan paralel (Ridwan Mansyur, 2014)

Keadilan Restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan. Diversi adalah pengalihan penyelesaian perkara Anak dari proses peradilan pidana ke proses di luar peradilan pidana. (UU SPPA No 11 Tahun 2012)

Konsep *Restorative Justice* telah muncul lebih dari dua puluh tahun yang lalu sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana anak. Kelompok Kerja Peradilan Anak Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mendefinisikan restorative justice sebagai suatu proses semua pihak yang berhubungan dengan tindak pidana tertentu duduk bersama-sama untuk memecahkan masalah dan memikirkan bagaimana mengatasi akibat pada masa yang akan datang. Proses ini pada dasarnya

dilakukan melalui diskresi (kebijakan) dan diversifikasi, yaitu pengalihan dari proses pengadilan pidana ke luar proses formal untuk diselesaikan secara musyawarah.

Penyelesaian melalui musyawarah sebetulnya bukan hal baru bagi Indonesia, bahkan hukum adat di Indonesia tidak membedakan penyelesaian perkara pidana dan perdata (Anjar Anan, 2013) semua perkara dapat diselesaikan secara musyawarah dengan tujuan untuk mendapatkan keseimbangan atau pemulihan keadaan. Dengan menggunakan metode restorative, hasil yang diharapkan ialah berkurangnya jumlah anak-anak yang ditangkap, ditahan dan divonis penjara, menghapuskan stigma dan mengembalikan anak menjadi manusia normal sehingga diharapkan dapat berguna kelak di kemudian hari.

Adapun sebagai mediator dalam musyawarah dapat diambil dari tokoh masyarakat yang terpercaya dan jika kejadiannya di sekolah, dapat dilakukan oleh kepala sekolah atau guru. Syarat utama dari penyelesaian melalui musyawarah adalah adanya pengakuan dari pelaku serta adanya persetujuan dari pelaku beserta keluarganya dan korban untuk menyelesaikan perkara melalui musyawarah pemulihan, proses peradilan baru berjalan. Dalam proses peradilan harus berjalan proses yang diharapkan adalah proses yang dapat memulihkan, artinya perkara betul-betul ditangani oleh aparat penegak hukum yang mempunyai niat, minat, dedikasi, memahami masalah anak dan telah mengikuti pelatihan restorative justice serta penahanan dilakukan sebagai pilihan terakhir dengan mengindahkan prinsip-prinsip dasar dan konvensi tentang Hak-Hak Anak yang telah diadopsi ke dalam undang-undang perlindungan anak.

Diversifikasi bertujuan:

- a. mencapai perdamaian antara korban dan anak;
- b. menyelesaikan perkara anak di luar proses peradilan;
- c. menghindarkan anak dari perampasan kemerdekaan;
- d. mendorong masyarakat untuk berpartisipasi; dan
- e. menanamkan rasa tanggung jawab kepada anak.

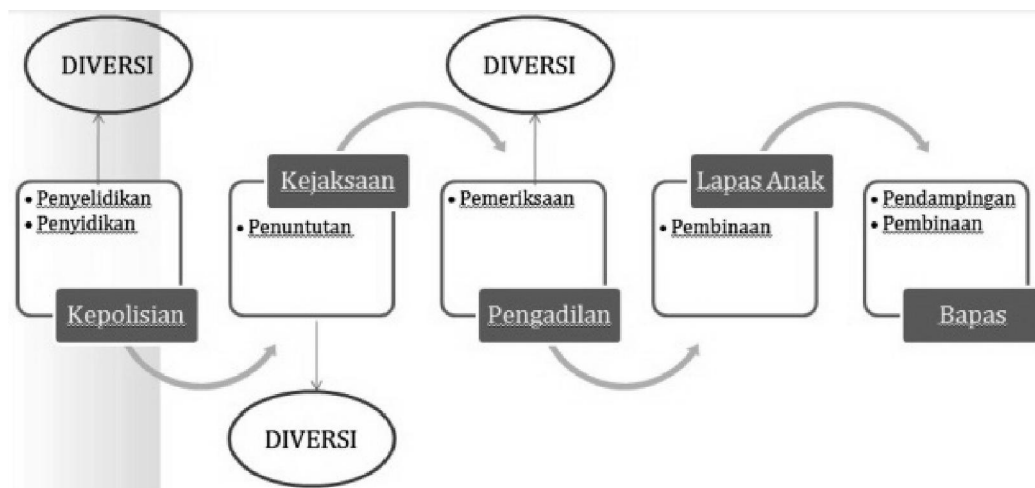
Diversifikasi wajib diupayakan dalam tingkat penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan perkara anak di pengadilan negeri, meskipun konsekuensi "wajib" pada pengupayaan diversifikasi juga menjadi kabur karena sanksi terhadap pengabaian ketentuan ini yang diatur pada pasal 96 sudah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 110/PUU-X/2012. (Erdian, 2014)

Hal ini menjadi menjadi substansi pelaksanaan dari undang-undang yang dianggap mengikat, Pelaksanaan diversifikasi seharusnya sebagai pertanggungjawaban profesional terhadap kode etik jabatan dan etika dalam berkehidupan yang berkaitan dengan masalah anak, terkandung makna yang mendalam terhadap sanksi tersebut dalam rangka melindungi hak dan kepentingan yang terbaik bagi anak karena hukum dibuat bukan untuk kepentingan golongan namun untuk kesejahteraan setiap masyarakat.

Di luar itu kasus-kasus anak dapat diselesaikan melalui mekanisme non formal yang didasarkan

pada pedoman yang baku. Bentuk penanganan non formal dapat dilakukan dengan diversi sebagaimana proses mediasi yang difasilitasi oleh penegak hukum pada setiap tingkat untuk mencapai keadilan restoratif yang dapat diselesaikan dengan mewajibkan anak yang berhadapan dengan hukum untuk mengikuti pendidikan atau pelatihan pada lembaga LPKS dan LPKA yang baik dan profesional seperti yang dilakukan dengan pemulihan bagi anak serta korban, ataupun jika terpaksa terjadi penghukuman hak hak anak tidak boleh diabaikan. Sehingga pada akhirnya penanganan non formal dapat terlaksana dengan baik jika diimbangi dengan upaya menciptakan sistem peradilan yang kondusif.

Gambar 2. Berikut adalah skema upaya diversi dalam Sistem Peradilan Pidana Anak (Erdian, 2014)



Sesungguhnya, diversi dapat juga digambarkan sebagai suatu sistem dimana fasilitator mengatur proses penyelesaian pihak-pihak yang bertikai untuk mencapai penyelesaian yang memuaskan sebagai keadilan restoratif. Tradisi dan mekanisme musyawarah mufakat merupakan wujud nyata dalam memperkuat hukum yang hidup dalam masyarakat sejak dulu. Dengan demikian, inti dari keadilan restoratif adalah penyembuhan, pembelajaran moral, partisipasi dan perhatian masyarakat, dialog, rasa memaafkan, tanggungjawab dan membuat perubahan, yang semuanya itu merupakan pedoman bagi proses restorasi dalam perspektif keadilan restoratif. Jika proses diversi tidak berjalan maka proses peradilan berlangsung dan hakim menetapkan putusan maka LPKA akan berperan dalam proses ini yang didalamnya juga BAPAS sebagai peneliti laporan kegiatan anak, namun sementara ini jika LPKA belum terbentuk maka akan ditempatkan di lapas anak dan dalam amanat UU ini dalam jangka waktu 3 tahun LPKA sudah terbentuk sampai seluruh Indonesia.

Penyidik, Penuntut Umum, dan Hakim dalam melakukan Diversi harus mempertimbangkan : (UU SPPA No 11 Tahun 2012)

- a. rekomendasi dari pembimbing kemasyarakatan
- b. kategori tindak pidana;

- c. umur anak;
- d. hasil penelitian kemasyarakatan dari Bapas; dan
- e. dukungan lingkungan keluarga dan masyarakat.

Hasil kesepakatan diversi dapat berbentuk, antara lain:

- a) pengembalian kerugian dalam hal ada korban;
- b) perdamaian dengan atau tanpa ganti kerugian;
- c) rehabilitasi medis dan psikososial;
- d) penyerahan kembali kepada orang tua/wali;
- e) keikutsertaan dalam pendidikan atau pelatihan di lembaga pendidikan atau LPKS paling lama 3 (tiga) bulan; atau
- f) pelayanan masyarakat paling lama 3 (tiga) bulan.

Anak wajib dilindungi agar mereka tidak menjadi korban tindakan siapa saja (individu atau kelompok, organisasi swasta ataupun pemertintah) baik secara langsung maupun tidak langsung. Pada hakikatnya anak tidak dapat melindungi diri sendiri dari berbagai macam tindakan yang menimbulkan kerugian mental, fisik, sosial dalam berbagai bidang kehidupan dan penghidupan. (Maidin Gultom 2012: 69)

2. Upaya Pemerintah dalam melindungi anak yang berhadapan dengan hukum

Dalam rangka menerapkan *Integrated Criminal Justice System* maka semua pihak yang terkait dalam proses penegakan hukum terhadap anak harus terlibat dalam pemenuhan jaminan hukum terhadap anak yaitu polisi, jaksa, hakim dan pelaksana dari putusan pengadilan harus saling bersatu padu dalam pelaksanaan menegakkan hukum dan keadilan yang terbaik bagi kepentingan anak. Dalam undang-undang SPPA seluruh Aparat Penegak Hukum dilibatkan untuk turut serta menyelesaikan masalah anak. Semisal bagaimana aparat kepolisian, kejaksaan dan kehakiman terlibat aktif dalam menyelesaikan kasus tanpa harus melalui proses pidana hingga menghasilkan putusan pidana.

Di samping itu, dalam sumber daya manusia Aparat penegak hukumnya khususnya penyidik, penuntut umum serta hakim dituntut untuk memahami persoalan anak dengan mengikuti pendidikan pengadilan Anak. Demikian pula dengan advokat yang harus pula dituntut untuk mengetahui persoalan anak. Kemajuan lain dari undang-undang SPPA adalah penahanan sementara anak ditempatkan di LPAS dan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap ditempatkan di LPKA. Penempatan lembaga LPAS dan LPKA dimaksudkan agar anak tidak bergabung dengan tahanan orang dewasa. (Rosmiati Sain, 2014)

Apabila anak terpaksa harus ditahan, penahanan tersebut harus di Rutan khusus anak, dan apabila terpaksa harus dipenjarakan maka harus ditempatkan di Lapas anak. Baik di Rutan maupun di Lapas, anak harus tetap bersekolah dan mendapatkan hak-hak dasarnya sesuai dengan *The*

Beijing Rules agar mereka dapat menyongsong masa depan yang cerah karena pengabaian terhadap hak-hak anak adalah juga pengabaian terhadap masa depan bangsa dan negara. Model *restorative justice* juga berlandaskan dengan *due process model* bekerjanya sistem peradilan pidana, yang sangat menghormati hak-hak hukum setiap tersangka seperti, hak untuk diduga dan diperlakukannya sebagai orang yang tidak bersalah jika pengadilan belum memvonisnya bersalah, hak untuk membela diri dan hak untuk mendapatkan hukuman yang proposional dengan pelanggaran yang telah dilakukan sehingga penghormatan terhadap harkat dan martabat manusia dapat terlindungi dengan baik.

Selain penegak hukum yang ada intansi terkait atau yang berperan dalam pemenuhan hak anak antara lain (UU SPPA No 11 tahun 2012)

1. Pembimbing Kemasyarakatan adalah pejabat fungsional penegak hukum yang melaksanakan penelitian kemasyarakatan, pembimbingan, pengawasan, dan pendampingan terhadap anak di dalam dan di luar proses peradilan pidana.
2. Pekerja Sosial Profesional adalah seseorang yang bekerja, baik di lembaga pemerintah maupun swasta, yang memiliki kompetensi dan profesi pekerjaan sosial serta kepedulian dalam pekerjaan sosial yang diperoleh melalui pendidikan, pelatihan, dan/ atau pengalaman praktik pekerjaan sosial untuk melaksanakan tugas pelayanan dan penanganan masalah sosial anak.
3. Tenaga Kesejahteraan Sosial adalah seseorang yang dididik dan dilatih secara profesional untuk melaksanakan tugas pelayanan dan penanganan masalah sosial dan/atau seseorang yang bekerja, baik di lembaga pemerintah maupun swasta, yang ruang lingkup kegiatannya di bidang kesejahteraan sosial anak.
4. Lembaga Pembinaan Khusus Anak yang selanjutnya disingkat LPKA adalah lembaga atau tempat Anak menjalani masa pidananya. Lembaga Penempatan Anak Sementara yang selanjutnya disingkat LPAS adalah tempat sementara bagi anak selama proses peradilan berlangsung.
5. Lembaga Penyelenggaraan Kesejahteraan Sosial yang selanjutnya disingkat LPKS adalah lembaga atau tempat pelayanan sosial yang melaksanakan penyelenggaraan kesejahteraan sosial bagi anak.
6. Balai Pemasyarakatan yang selanjutnya disebut Bapas adalah unit pelaksana teknis pemasyarakatan yang melaksanakan tugas dan fungsi penelitian kemasyarakatan, pembimbingan, pengawasan, dan pendampingan.

Dalam Pelaksanaan Sistem Peradilan Pidana Anak menggunakan pendekatan sistem, sehingga pihak-pihak yang terlibat harus melaksanakan amanat undang-undang secara profesional dan bermartabat agar tidak terjadi kecurangan baik itu korupsi, kolusi dan nepotisme yang dapat mengganggu kinerja aparat penegak hukum misalnya dalam proses peradilan anak ini, BAPAS memiliki peran yang cukup besar oleh karena peran BAPAS dari proses penyidikan, penuntutan serta pengadilan harus hadir dalam proses Diversi. Disisi lain faktor penilaian subjektif BAPAS juga cukup berpengaruh pada putusan hakim, oleh karena sebelum hakim menjatuhkan putusan

terlebih dahulu mendengar dari pendapat BAPAS. Di samping peran yang demikian tidak menutup kemungkinan muncul tindakan-tindakan yang negatif semisal (suap). Tindakan lain adalah adanya pemaksaan agar terjadi proses perdamaian dari pihak Kepolisian dan Kejaksaan yang merupakan hasil pendekatan (suap) keluarga pelaku dengan pihak Kepolisian dan Kejaksaan. Tentunya ketika undang-undang telah berjalan akan nampak masalah-masalah yang menjadi kelemahan dari Undang-undang SPPA yang harus dihindari oleh berbagai pihak sehingga implementasi pelaksanaan undang-undang ini sesuai tujuan pembentukan dan demi menciptakan keadilan dan kesejahteraan dalam masyarakat.

Peran pekerja sosial juga harus diberdayakan, termasuk pendampingan bagi anak yang baru menyelesaikan pembinaan di dalam lembaga, karena dalam UU SPPA tentang ketentuan pekerja sosial dari Keenterian Sosial yang bertugas membimbing, membantu, dan mengawasi anak yang berdasarkan putusan pengadilan dijatuhi pidana bersyarat, pidana pengawasan, dan pidana denda, diserahkan kepada negara dan harus mengikuti latihan kerja atau anak yang memperoleh pembebasan bersyarat dari LPKA dan LPAS. Pekerja sosial juga bertugas membantu dan mengawasi anak yang berkonflik dengan hukum yang berdasarkan putusan pengadilan diserahkan kepada Kementerian Sosial dalam lembaga LPKS untuk mengikuti pendidikan dan pelatihan kerja. Peran penegak hukum, Kementarian Hukum dan HAM serta peran Kementerian Sosial saling berkoordinasi dan jelas fungsi dan tugasnya dengan tepat sesuai amanat UU sehingga tidak ada lagi penelantaran terhadap anak.

III. SIMPULAN DAN SARAN

A. SIMPULAN

Dalam Implementasi Undang-undang No 11 tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak mengamanatkan adanya suatu proses perubahan paradigma berfikir yang mengutamakan kepentingan terbaik bagi anak dan perlindungan terhadap hak anak. Maka dalam pelaksana UU SPPA ini mencoba untuk melaksanakan proses peradilan anak melalui pendekatan diversifikasi karena dalam setiap proses dilakukan upaya tersebut baik dalam proses penyidikan, penuntutan sampai proses persidangan diupayakan proses diversifikasi dengan syarat misal memperhatikan usia anak dan acaman pidana tidak lebih dari tujuh tahun. Upaya diversifikasi ini akan membuat sebuah peradilan yang kondusif dan *fair* jika pelaksanaannya memenuhi unsur profesional dan menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia, namun jika upaya hukum ini dilakukan akibat tidak ada sikap profesional dan syarat kepentingan maka pelaksanaan dan UU SPPA ini akan jauh dari nilai keadilan dan kesejahteraan pada masyarakat melalui penetapan dari pengadilan. Jika pelaksanaan diversifikasi ini tidak dapat dilakukan maka proses peradilan adalah menjadi *ultimum remedium* dengan tetap memperhatikan kepentingan yang terbaik bagi anak dengan menempatkan anak pada LPAS, LPAK maupun LPKS yang lembaga itu diharapkan mampu untuk memberikan harapan baru dan perlindungan bagi anak yang berhadapan dengan hukum.

Dengan adanya pendekatan sistem dalam proses peradilan pidana anak dari penyidik, jaksa,

hakim advokat sampai dengan pembimbing kemasyarakatan baik dari kementerian hukum dan HAM serta kementerian Sosial melaksanakan amanat UU dengan menyediakan kualitas SDM yang profesional, jujur dan adil dengan memenuhi fasilitas sarana dan prasana seperti (LPKA, LPAS, dan LPKA) secara memadai dan baik dengan kualifikasi pemenuhan kepentingan yang terbaik bagi anak tepat sasaran baik dilihat kualitas proses dan hasil. Dengan demikian impelentasi dari tujuan UU SPPA ini dapat terlaksana dengan baik.

B. SARAN

1. Metode Diversi dan *Restorative Justice* menjadi suatu pilihan dan solusi yang tepat untuk menyelesaikan perkara pidana yang dilakukan oleh anak, karena didalamnya terdapat konsep mulia yaitu menempatkan kepentingan terbaik bagi anak dan tidak mengabaikan hak hak anak. Namun demikian dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 110/PUU-X/2012 maka diharapkan tidak menjadi bias dalam melaksanakan diversi bagi aparat penegak hukum.
2. Ada tiga hal penting yang harus dipersiapkan oleh pemerintah terkait dengan pelaksanaan UU SPPA yaitu mempersiapkan produk hukum pendukung, persiapan terhadap peran aparat penegak hukum, persiapan tempat penahanan dan pemasyarakatan anak.
3. Diperlukan koordinasi yang tegas dan jelas antara *criminal justice system* untuk menerapkan hukum yang baik dan adil demi menghormati kepentingan yang terbaik bagi anak dengan menetapkan amar putusan hakim dengan jelas penempatannya di tempatkan pada LPAS, LPKA maupun LPKS serta kementerian yang ditunjuk mempersiapkan dengan baik dan penuh tanggung jawab baik mengenai fasilitas maupun anggaran sehingga tidak terjadi saling lempar tanggung jawab.
4. Memaksimalkan fungsi dan peran dalam mekanisme evaluasi dan kontrol terhadap Sistem Peradilan Pidana Anak oleh Lembaga Independen di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Faisal Salam, Moch, 2005, *Hukum Acara Peradilan Anak di Indonesia*. Cetakan I. Bandung, Mandar Maju
- Hoefhagels, G. Peter, 1973, *The Other Side Of Criminology (An Inversion Of The Concept Of Crime*. Kluwer-Deventer, Holland.
- Marlina, 2012, *Peradilan Pidana Anak di Indonesia*. Cetakan Kedua. Bandung, Refika Aditama
- Maidin Gultom, 2012, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak dan Perempuan* Cetakan Kesatu. Bandung, PT. Refika Aditama
- Mulyadi, Lilik., 2005, *Pengadilan Anak di Indonesia (Teori, Praktik, dan Permasalahannya)*. Cetakan I. Bandung, Mandar Maju.
- Nashriana, 2011, *Perlindungan Hukum Pidana Bagi Anak di Indonesia*, Jakarta, Grafindo Persada

- Soetodjo, Wagiyati, 2006, *Hukum Pidana Anak* Cetakan Pertama. Bandung, Refika Aditama
- Poklewski, K-Koziell, Alternatives to Imprisonment in The New Polish Penal Code, dalam Edward M. Wise and Gerhard O.W. Mueleer Ed., *Studies in Comparative Criminal Law*, Charles C. Thomas Publisher, Springfield, Illinois, USA.
- Praja, Juhaya S., 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Bandung, Pustaka Setia
- Widodo, 2012, *Prisonisasi Anak Nakal: Fenomena Dan Penaggulangannya*, Yogyakarta, Aswaja Pressindo

Internet :

- Anjar Anan, *Konsep Diversi dan Restoratif* 9 April 2013 13:49
- Diani Sedia Wati, Indonesia akan *Bertaklukan UU No.11 tahun 20012 tentang sistem Peradilan Pidana anak*, Berita Harian Bappenas, 14 Juli 2014
- Erdian, *Penerapan Diversi dan Restorative Justice dalam Sistem Peradilan Pidana Anak, Kanwil Kemenkumham Jawa barat*, 27 Maret 2014
- Galuh Lakmiwaty, *Teori Hukum dan Aplikasi Diversi sebagai Bentuk Perlindungan Hukum terhadap anak dalam Sistem Peradilan Pidana*, www.academia.edu
- Institute for Criminal Justice Reform (ICJR), *UU SPPA berlaku akhir juli 2014, ICJR Desak Pemerintah Segera Buat Peraturan Pelaksana*, 4 Juni 2014
- Ridwan Mansyur, *Keadilan Restoratif Sebagai Tujuan Pelaksanaan Diversi Pada Sistem Peradilan Pidana Anak*, *Berita Utama MA*, 8/13/2014 12:14:59 Pm
- Rosmiati Sain*, Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak dan Problemnya, LBH Apik Makasar, 2014

Rochmani

Fakultas Hukum Unisbank Semarang, Jalan Tri Lomba Juang, Semarang, Kota Semarang, Jawa Tengah 50241

PENEGAKAN HUKUM YANG BERORIENTASI PADA KEBERLANJUTAN SUMBER DAYA IKAN

ABSTRACT

Area of Indonesia consists of 80% water, which contains abundance of potential fish resources, Those fish resources should be utilized for as much as prosperity and welfare for Indonesian. In fact, fish resources haven't enhanced the living standard, which is sustainable and equitable. Issues on fisheries come up such as exaggeration of fishing, theft fish, illegal fishing activities and the use of fish resources that exceeding the generation of fish itself. That circumstance will cause harm for the state, the fishermen, as well as people in general. The use of tools that harm the nature will cause the decrease of fish resources and threat the sustainability of fish resources. The aim of writing this article is to analyze law enforcement related to the sustainability of fish resources and the sustainability of fish resources, viewed from the perspective of justice. As the result of the study, law enforcement to protect the fish resources generally has not given attention to the sustainability of fish resources, therefore fishermen still use unfriendly tools to catch the fishes. Those unfriendly tools will cause the occurrence of over-fishing and will impact to the environmental damages. Those kinds of things will destruct the fishes, therefore the quantity of fish will have deteriorated and even could be extinct. Those environmental damages would suffer the present generation as well as the next generation since they couldn't consume fish which is very essential for the growth of the human body and eradicate the job for the people as the fishermen. The present generation will be sinful if the next generation will get the impact of what the present generation done. In order to reduce more over-fishing activities and

the distrust of the fish habitat it needs the law enforcement, which is oriented to the sustainability of fish resources. The sustainability of fishery resources couldn't maintain its existence, this could be seen as the symbol of environmental damages. In this case, the law also needs to make integration of fish resources sustainability to be processed so that it will result output law enforcement which is oriented to fish resources sustainability. As a conclusion, in law enforcement oriented to fish resources sustainability, it needs to be thought by the lawmaker to embed that the law should contain idea or concept about justice, legal certainty, the significance of fish resources and the implementation of the law itself. In the fish resources utilization and law enforcements, it needs to pay attention to the justice principle; intergenerational equity; intergenerational equity; precautionary; conservation of biological diversity; conservation of biological diversity.

Key words : law enforcement, over-fishing, sustainability, fish resources.

ABSTRAK

Wilayah Indonesia terdiri dari 80% perairan yang mengandung banyak sumber daya ikan yang potensial. Sumber daya ikan tersebut semestinya dapat dimanfaatkan sebesar-besarnya untuk kesejahteraan dan kemakmuran rakyat Indonesia. Kenyataan sumber daya ikan belum mampu meningkatkan taraf hidup yang berkelanjutan dan berkeadilan. Berkembang isu adanya penangkapan ikan yang berlebih, pencurian ikan dan tindakan illegal fishing dan penggunaan alat penangkapan ikan yang tidak ramah lingkungan. Hal ini berarti pemanfaatan sumber daya ikan melebihi regenerasi ikan itu sendiri. Keadaan tersebut akan menimbulkan kerugian bagi negara dan kepentingan nelayan sendiri dan masyarakat pada umumnya. Penggunaan alat penangkapan ikan yang tidak ramah lingkungan hidup akan mengakibatkan menurunnya sumber daya ikan dan mengancam keberlanjutan sumber daya ikan. Tujuan penulisan artikel untuk mengkaji penegakan hukum dalam kaitannya dengan keberlanjutan sumber daya ikan dan keberlanjutan sumber daya ikan ditinjau dari perspektif keadilan. Sebagai hasil kajian; penegakan hukum untuk melindungi sumber daya ikan pada umumnya belum memperhatikan keberlanjutan sumber daya ikan sehingga masih banyak nelayan yang menggunakan alat penangkap ikan yang tidak ramah lingkungan. Alat tangkap ikan yang tidak ramah terhadap lingkungan hidup akan mengakibatkan terjadinya tangkap lebih (*over-fishing*) dan menimbulkan dampak kerusakan lingkungan hidup. Hal tersebut akan menyebabkan kerusakan habitat ikan sehingga kuantitas ikan akan mengalami penurunan dan bahkan bisa punah. Dampak kerusakan lingkungan hidup tersebut akan menimbulkan penderitaan generasi sekarang dan generasi yang akan datang karena tidak bisa mengkonsumsi ikan yang sangat dibutuhkan bagi pertumbuhan tubuh manusia dan menghilangkan matapencaharian para nelayan sebagai penangkap ikan. Generasi sekarang akan berdosa bilamana generasi yang akan datang menerima akibat kerusakan lingkungan hidup yang ditimbulkan generasi sekarang. Guna mengurangi dampak adanya kegiatan tangkap ikan lebih dan kerusakan habitat ikan perlu adanya penegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan. Keberlanjutan sumber daya ikan yang tidak dapat dipertahankan eksistensinya, merupakan pertanda terjadinya kerusakan lingkungan hidup. Dalam hal ini hukum juga perlu melakukan pengintegrasian keberlanjutan sumber daya ikan untuk diolah sehingga menghasilkan keluaran penegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan. Sebagai kesimpulan; dalam penegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan, perlu diperhatikan dalam fikiran para pembuat hukum dan pelaksana hukum harus tertanamkan bahwa hukum yang dibuatnya harus mengandung ide atau konsep tentang keadilan, kepastian hukum, kemanfaatan dalam perlindungan sumber daya ikan dan dapat diimplementasikan. Dalam pemanfaatan sumber daya ikan dan penegakan hukum perlu memperhatikan prinsip keadilan; antar generasi (*intergenerational equity*); dalam satu generasi (*intragenerational equity*); pencegahan dini (*precautionary*); perlindungan keragaman hayati (*conesevation of biological diversity*); perlindungan keragaman hayati (*conesevation of biological diversity*).

Kata kunci: penegakan hukum, tangkap lebih, keberlanjutan, sumber daya ikan.

I. PENDAHULUAN

Indonesia sebagai negara kepulauan dengan luas wilayah laut mencapai 80 % dari luas daratan. Wilayah perairan yang luas tersebut mempunyai kekayaan laut dan mengandung banyak sumber daya ikan yang potensial. Kekayaan laut tersebut tidak akan habis selamanya untuk kepentingan kesejahteraan rakyat Indonesia apabila dimanfaatkan dengan memperhatikan keberlanjutannya dan keadilan. Sumber daya ikan tersebut dapat dimanfaatkan sebesar-besarnya untuk kesejahteraan dan kemakmuran rakyat Indonesia. Kenyataan sumber daya ikan belum mampu meningkatkan taraf hidup yang berkelanjutan dan berkeadilan. Berkembang isu bahwa penangkapan ikan yang berlebih, pencurian ikan dan tindakan *illegal fishing* dan penggunaan alat penangkapan ikan yang tidak ramah lingkungan. Penggunaan alat penangkapan ikan yang tidak ramah lingkungan hidup akan mengakibatkan menurunnya sumber daya ikan dan mengancam keberlanjutan sumber daya ikan. Hal ini akan menimbulkan kerugian bagi negara dan kepentingan nelayan sendiri. Keadaan tersebut memerlukan regulasi dan rekonstruksi alat tangkap yang ramah terhadap lingkungan hidup. Tujuan regulasi dan rekonstruksi alat tangkap ikan yang ramah lingkungan hidup, akan memberikan perlindungan terhadap sumber daya ikan. Alat tangkap ikan yang tidak ramah terhadap lingkungan hidup akan mengakibatkan terjadinya tangkap lebih (*overfishing*) dan menimbulkan dampak kerusakan lingkungan hidup.

Hal tersebut akan menyebabkan kerusakan habitat ikan sehingga kuantitas ikan akan mengalami penurunan dan bahkan bisa punah. Dampak kerusakan lingkungan hidup tersebut akan menimbulkan penderitaan generasi sekarang dan generasi yang akan datang karena tidak bisa mengkonsumsi ikan yang sangat dibutuhkan bagi pertumbuhan tubuh manusia. Guna mengurangi dampak adanya kegiatan tangkap ikan lebih dan kerusakan habitat ikan perlu adanya penegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan. Dari latarbelakang tersebut penulis mengambil judul tulisan, "Penegakan Hukum yang Berorientasi pada Keberlanjutan Sumber Daya Ikan". Permasalahan yang timbul adalah : 1). Bagaimana penegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan?. 2). Bagaimana keberlanjutan sumber daya ikan ditinjau dari perspektif keadilan.

II. PEMBAHASAN

A. Kegiatan Manusia dan Sumber Daya Ikan

Kerusakan lingkungan hidup banyak disebabkan oleh dominan kegiatan manusia. Menurut Homer-Dixon (1993), kegiatan manusia dapat menyebabkan kerusakan lingkungan atau kelangkaan sumber daya ikan dalam tiga cara. Pertama, kegiatan manusia dapat menyebabkan penurunan jumlah dan kualitas sumberdaya ikan, terutama jika sumberdaya dieksploitasi dengan tingkat kecepatan yang melebihi daya pulihnya. Kedua, penurunan atau kelangkaan sumberdaya ikan disebabkan oleh alat penangkapan ikan yang menyebabkan tangkap lebih (*overfishing*). Dengan bertambahnya penduduk dan menurunnya sumber daya ikan akan mempengaruhi pendapatan para nelayan dan menimbulkan kerugian bagi negara dan kepentingan nelayan sendiri.

Hal ini berarti pemanfaatan sumber daya ikan melebihi regenerasi ikan itu sendiri. Ketiga, akses terhadap lingkungan sumberdaya ikan yang tidak seimbang juga akan menyebabkan banyak persoalan. Ketiga faktor kegiatan manusia di atas dapat terjadi secara sendiri-sendiri atau dalam kombinasi (Mitchel, B.Setiawan, Rahmi, 2010: 9-10). Ketiga kegiatan faktor tersebut merupakan kegiatan manusia yang tidak memperhatikan keberlanjutan sumber daya ikan. Kegiatan manusia tersebut telah menimbulkan kerusakan di bumi. Dalam Qur'an, manusia telah diingatkan agar tidak membuat kerusakan di bumi.

Qur'an Surat Al-Qashash ayat 77:

“Dan carilah (pahala) negeri akhirat dengan apa yang telah dianugerahkan Allah kepadamu, tetapi janganlah kamu lupakan bagianmu di dunia dan berbuat baiklah (kepada orang lain) sebagaimana Allah telah berbuat baik kepadamu, dan janganlah kamu berbuat kerusakan di bumi. Sungguh, Allah tidak menyukai orang yang berbuat kerusakan.”

Al-Qur'an Surat Rum ayat 41:

“Telah nampak kerusakan di darat dan di laut disebabkan karena perbuatan tangan manusia, supaya Allah merasakan kepada mereka sebagian dari (akibat) perbuatan mereka agar mereka kembali (kejalan yang benar).”

Dalam keberlanjutan sumber daya ikan menuntut sebuah perubahan mendasar dalam kebijakan nasional, yang memberi prioritas pada kelestarian bentuk-bentuk kehidupan di laut, demi mencapai keberlanjutan sumber daya ikan. Sasaran utamanya bukan pembangunan itu sendiri, melainkan mempertahankan dan melestarikan sumber daya ikan dan seluruh kekayaan bentuk-bentuk kehidupan di laut. Hal ini harus menjadi komitmen politik pembangunan nasional, kalau tidak kehancuran sumber daya laut dan ancaman bagi kehidupan manusia di bumi ini semakin tidak serasi.

Keberlanjutan sumber daya ikan atau kemenerusan sumber daya ikan merupakan upaya untuk tetap mempertahankan atau melestarikan fungsi lingkungan hidup sumber daya ikan. Pelestarian fungsi lingkungan hidup sumber daya ikan untuk menjaga agar lingkungan hidup (sumber daya ikan) ini tetap dapat menopang kehidupan baik generasi masa kini dan generasi masa mendatang. Generasi mendatang yang mendapatkan sumber daya ikan yang rusak sebagai akibat tindakan generasi masa kini dipandang dari aspek filosofis merupakan suatu ketidakadilan. Ketidakadilan yang diciptakan oleh generasi masa kini merupakan perampasan hak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat pada generasi masa mendatang. Keadaan tersebut menunjukkan ketidakharmonisan antara manusia dan lingkungan. Dasar filosofis lingkungan hidup salah satunya adalah eco developmentalis, bahwa hubungan antara manusia dan lingkungan hidup berbasis konsep bahwa lingkungan dan sumber daya ikan seharusnya dapat digunakan untuk meningkatkan peradaban atau meningkatkan kesejahteraan manusia dan keberlanjutan sumber daya ikan. Baik untuk kesejahteraan manusia pada generasi sekarang maupun generasi yang akan datang serta

keberlanjutan sumber daya ikan untuk waktu sekarang dan akan datang.

Secara yuridis pengertian keberlanjutan lingkungan hidup (sumber daya ikan) tersirat dalam penjelasan Pasal 2 huruf b, UU No. 32 tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup adalah “bahwa setiap orang memikul kewajiban dan tanggung jawab terhadap generasi mendatang dan terhadap sesamanya dalam satu generasi dengan melakukan upaya pelestarian daya dukung ekosistem dan memperbaiki kualitas lingkungan hidup”. Upaya pelestarian daya dukung ekosistem dan perbaikan kualitas lingkungan hidup kurang mendapat perhatian dalam kegiatan ekonomi dan dalam penyelesaian perkara lingkungan hidup. Hal tersebut berpotensi menimbulkan kerusakan lingkungan hidup.

Istilah keberlanjutan pertama kali dikenalkan pada tahun 1987 oleh *World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission)* melalui bukunya *Our Common Future*. Apa yang harus berkelanjutan adalah kapasitas pembaruan dan evolusi dalam ekosistem, serta inovasi dan kreativitas dalam sistem sosial. Keberlanjutan bukan merupakan akhir yang harus dicapai, tetapi target yang secara menerus harus dinegosiasikan. Keberlanjutan sumber daya ikan atau kemenerusan sumber daya ikan masih diragukan, mengingat terus berlangsungnya masalah lingkungan yang disebabkan oleh dampak negatif kegiatan manusia (*Manitoba Round Table on Environment and Economy*, 1992: 33). Dampak negatif kegiatan manusia harus dihentikan dengan penegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan dan rekonstruksi alat penangkap ikan yang ramah terhadap lingkungan hidup.

B. Perspektif Filosofis Antroposentris

Dalam aspek filosofis, pandangan yang mempengaruhi perilaku manusia sehingga menimbulkan kerusakan lingkungan hidup adalah pandangan antroposentris. Antroposentris sebuah teori etika lingkungan hidup yang memandang bahwa manusia sebagai pusat dari sistem alam semesta. Manusia dan kepentingannya dianggap yang paling menentukan dalam tatanan ekosistem dan dalam kebijakan yang diambil dalam kaitannya dengan alam, baik secara langsung atau tidak langsung. Alam dilihat hanya sebagai obyek, alat dan sarana bagi pemenuhan kebutuhan dan kepentingan manusia. Alam hanya alat bagi pencapaian tujuan manusia. Alam tidak mempunyai nilai pada dirinya sendiri. Cara pandang antroposentris melahirkan sikap dan perilaku rakus dan tamak yang menyebabkan manusia mengambil kebutuhannya dari alam tanpa mempertimbangkan pelestarian fungsi lingkungan hidup. Pelestarian fungsi lingkungan hidup tidak terpikirkan oleh manusia yang berpandangan antropocentris.

Ada beberapa posisi dan argumen moral yang bisa dijadikan pegangan bagi perilaku manusia dalam hubungan dengan pemanfaatan sumber daya ikan. Posisi dan argumen moral menurut Richard Sylvan dan David Bennett adalah *prudential and instrumental argument*. *Prudential argument* terutama menekankan bahwa kelangsungan hidup dan kesejahteraan manusia tergantung dari kelestarian dan kualitas lingkungan hidup. Kelangsungan hidup manusia tergantung dari kelestarian alam semesta beserta seluruh isinya. Kendati menurut antroposentrisme, manusia

dianggap terpisah dan berada di atas alam, teori anthroposentrisme tidak bisa mengingkari kenyataan ekologis bahwa ada keterkaitan sangat erat sebagaimana dipahami oleh Aristoteles dan Thomas Aquinas, diantara semua makhluk dalam alam, termasuk manusia. Dengan demikian, manusia mempunyai kepentingan untuk melestarikan fungsi lingkungan hidup sumber daya ikan, karena dengan melestarikan fungsi lingkungan hidup sumber daya ikan, manusia mempertahankan hidupnya sendiri (Keraf, 2010: 58-59). *Argument instrumental* argumen ini terutama mau mengenalkan nilai tertentu pada alam dan segala isinya, tetapi nilai alam di sini hanya sebatas nilai instrumental. Dengan argumen ini, manusia terdorong untuk melestarikan alam, tetapi hanya sebatas sebagai alat bagi pemenuhan kebutuhan dan kepentingan manusia. Dengan argumen ini, manusia mengembangkan sikap hormat terhadap alam (*respect for nature*), tetapi bukan karena alam mempunyai nilai pada dirinya sendiri, melainkan karena nilai instrumen alam, yaitu demi kepentingan manusia (Keraf, 2010: 60). Lingkungan hidup dan termasuk manusia yang ada di dalamnya berkepentingan terhadap kelestarian fungsi lingkungan hidup. Dengan pelestarian fungsi lingkungan hidup maka lingkungan hidup termasuk manusia yang ada didalamnya dapat mempertahankan dirinya sendiri. Dengan demikian, kelestarian fungsi lingkungan hidup sumber daya ikan merupakan hak bagi manusia dan lingkungan hidup itu sendiri.

C. Penegakan Hukum Lingkungan dan Keberlanjutan Sumber Daya Ikan

Pada hakekatnya penegakan hukum mengandung ide atau konsep-konsep yang dapat digolongkan sebagai sesuatu yang abstrak termasuk ide tentang keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan sosial (Radbruch dalam Satjipto Rahardjo, 2009:12). Apabila berbicara tentang penegakkan hukum, maka pada hakekatnya berbicara tentang penegakkan ide-ide serta konsep-konsep yang *nota bene* adalah abstrak tersebut. Dirumuskan secara lain, penegakan hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide tersebut menjadi kenyataan. Proses perwujudan ide-ide tersebut merupakan hakekat dari penegakan hukum (Radbruch dalam Satjipto Rahardjo, 2009:12). Dengan demikian penegak hukum dalam menyelesaikan suatu masalah hukum dalam benak pikirannya harus tertanam hendak mewujudkan ide-ide atau konsep-konsep tentang keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan sosial kepada masyarakat pada umumnya dan pencari keadilan pada khususnya. Apabila penegak hukum belum bisa mewujudkan ide atau konsep dalam suatu kasus yang ditangani, berarti bisa dikatakan penegak hukum belum menegakkan hukum.

Menurut Soerjono Soekanto, secara konsepsional inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyasinkan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejewantah sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup. Nilai-nilai yang hendak diwujudkan adalah nilai-nilai dasar hukum yaitu nilai keadilan, kepastian hukum, nilai moral, nilai kejujuran. Apabila hukum tidak bisa mewujudkan nilai-nilai tersebut maka akan mengurangi kepercayaan masyarakat terhadap hukum yang ada dan masyarakat akan

meninggalkan serta cenderung akan main hakim sendiri. Kalau membicarakan masalah hukum tentunya ujung-ujungnya membicarakan nilai keadilan yang dicari. Keadilan yang dimaksud disini adalah keadilan bagi seluruh masyarakat dan keadilan bagi lingkungan hidup itu sendiri (sumber daya ikan).

Penegakan Hukum adalah suatu proses untuk mewujudkan keinginan-keinginan hukum menjadi kenyataan. Keinginan-keinginan hukum adalah pikiran-pikiran badan pembuat undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan hukum. Proses penegakan hukum menjangkau pula sampai kepada pembuat hukum. Perumusan pikiran pembuat hukum yang dituangkan dalam peraturan hukum akan turut menentukan bagaimana penegak hukum itu dijalankan. Dalam kenyataannya, proses penegakan hukum memuncak pada pelaksanaannya oleh para pejabat penegak hukum (Rahardjo, 2009: 24). Dengan demikian yang mempunyai kewajiban dalam menegakkan hukum tidak hanya penegak hukum yang menagani masalah hukum, tetapi juga para pembuat hukum. Dalam fikiran para pembuat hukum harus tertanamkan bahwa hukum yang dibuatnya harus dapat diimplementasikan dalam suatu kehidupan hukum dan mengandung ide atau konsep tentang keadilan, kepastian hukum, kemanfaatan, moral dan kejujuran.

Esensi penegakan hukum lingkungan adalah upaya preventif maupun represif dalam menaggulangi terncamnya keberlanjutan sumber daya ikan. Upaya preventif berarti pengawasan aktif yang dilakukan terhadap kepatuhan atas peraturan tanpa kejadian langsung yang menyangkut kejadian konkret. Upaya preventif dilakukan dengan penyuluhan, pemantauan dan penggunaan kewenangan yang bersifat pengawasan. Upaya represif dilaksanakan dalam hal ada perbuatan melanggar peraturan, dan upaya ini bertujuan untuk mengakhiri perbuatan terlarang (Hidayat dan Samekto, 2007: 68). Upaya preventif maupun represif dalam menegakan hukum hanya akan efektif apabila penegakan hukum terhadap keberlanjutan sumber daya ikan tersebut benar-benar didukung oleh substansi hukum, struktur penegakan hukum dan kultur hukum yang memadai (Hidayat dan Samekto, 2007: 68).

Masalah penegakan hukum sebenarnya terletak pada faktor-faktor yang mungkin mempengaruhinya. Faktor-faktor tersebut, adalah sebagai berikut:

1. Faktor hukumnya sendiri.
2. Faktor penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum.
3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum.
4. Faktor masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan.
5. Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta, dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup (Rahmadi, 2011: 207-208).

Kelima faktor tersebut saling berkaitan dengan eratnya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum, juga merupakan tolok ukur daripada efektivitas penegakan hukum. Dengan demikian faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan hukum tersebut perlu diintegrasikan agar penegakan hukum dapat efektif. Faktor-faktor tersebut apabila dikaitkan dengan teori Talcot

Parsons merupakan sub-sistem dari hukum.

Dalam teori Talcot Parsons dijelaskan bahwa hukum mempunyai fungsi integrasi. Teori Parsons menempatkan hukum sebagai salah satu sub-sistem dalam sistem sosial yang lebih besar. Disamping hukum, terdapat sub-sistem lain yang memiliki logika dan fungsi yang berbeda-beda. Sub-sistem yang dimaksud adalah budaya, politik, dan ekonomi (Parsons, 1971). Budaya berkaitan dengan nilai-nilai yang dianggap luhur dan mulia, dan oleh karena itu mesti dipertahankan. Sub-sistem ini berfungsi mempertahankan pola-pola ideal dalam masyarakat. Hukum menunjuk pada aturan-aturan sebagai main bersama (*rule of the game*). Fungsi utama sub-sistem ini mengkoordinir dan mengontrol segala penyimpangan agar sesuai dengan aturan main. Politik bersangkut paut dengan kekuasaan dan kewenangan. Tugasnya adalah pendayagunaan kekuasaan dan kewenangan untuk mencapai tujuan. Ekonomi menunjuk pada sumber daya materiil yang dibutuhkan untuk menopang hidup sistem. Tugas sub-sistem ekonomi adalah menjalankan fungsi adaptasi berupa kemampuan menguasai sarana-sarana dan fasilitas untuk kebutuhan sistem.

Empat sub-sistem itu, selain sebagai realitas yang melekat pada masyarakat, juga serentak merupakan tantangan yang harus dihadapi tiap kehidupan sosial. Hidup matinya sebuah masyarakat ditentukan oleh berfungsi tidaknya tiap sub-sistem sesuai tugas masing-masing. Untuk menjamin itu, hukumlah yang ditugaskan menata keserasian dan gerak sinergis dari tiga sub-sistem yang lain itu (Bernard L. Tanya, dkk, 2010: 152). Inilah yang disebut fungsi integritas dari hukum dalam teori Talcot Parsons. Parsons menempatkan hukum sebagai unsur utama integritas sistem. Hukum harus mampu menginterasikan sub-sub sistem yang lain agar bisa berjalan sinergis tanpa saling bertabrakan. Setiap sub-sistem memiliki karakter yang berbeda. Sub-sistem budaya cenderung konservatif dan setia mempertahankan pola-pola ideal. Sub-sistem ekonomi sangat dinamis dan cenderung melahirkan terobosan-terobosan baru yang bisa saja tidak sesuai dengan ideal budaya. Sub-sistem politik senantiasa mencari berbagai cara untuk mencapai tujuan yang berbeda dengan pola-pola budaya. Keadaan yang rentan benturan ini, harus ditangani oleh hukum lewat fungsi pengintegrasian agar setiap sub-sistem berjalan serasi dan sinergis demi lestarnya sistem.

Hukum yang berkedudukan sebagai suatu institusi yang melakukan pengintegrasian terhadap proses-proses yang berlangsung dalam masyarakat, menyebabkan hukum harus terbuka menerima masukan-masukan dari bidang ekonomi, politik dan budaya untuk kemudian diolah menjadi keluaran-keluaran yang produktif dan berdaya guna. Dari sub-sistem politik, hukum butuh dukungan personil, kebijakan, kewenangan, dan kekuasaan yang memadai. Dari sub-sistem ekonomi, hukum butuh sokongan modal, keahlian, sarana dan prasarana. Dari sub-sistem budaya, hukum membutuhkan input nilai, moral dan kearifan. Masukan dari sub-sub sistem yang lain itu, harus dimanfaatkan dan diolah oleh sub-sistem hukum untuk meningkatkan kemampuan menjalankan fungsi integrasi. Sumbangan personil dan kewenangan dari sub-sistem politik, harus dimanfaatkan untuk memerkokoh legitimasi. Sumbangan modal dan sarana dari sub-sistem ekonomi, harus didayagunakan untuk menciptakan organisasi yang efektif dan efisien. Sumbangan

nilai dan moral dari sub-sistem budaya, harus dimanfaatkan untuk melahirkan keputusan-keputusan yang adil dan obyektif (Bernard L. Tanya, dkk, 2010: 153-154). Dengan demikian bekerjanya hukum akan dipengaruhi oleh faktor-faktor lain yang berada di luar hukum. Faktor-faktor tersebut, baik faktor budaya, politik dan ekonomi, berada dalam kehidupan masyarakat. Dalam kaitannya dengan penegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan, maka sub-sistem yang ada tersebut perlu dikembangkan lagi dengan memasukkan sub-sistem keberlanjutan sumber daya ikan. Keberlanjutan sumber daya ikan berkaitan dengan nilai yang kapasitasnya untuk dipertahankan. Keberlanjutan sumber daya ikan yang tidak dapat dipertahankan eksistensinya, merupakan pertanda terjadinya kerusakan lingkungan hidup.

Dalam hal ini hukum juga melakukan pengintegrasian keberlanjutan sumber daya ikan untuk diolah sehingga menghasilkan keluaran penegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan. Keberlanjutan sumber daya ikan diwujudkan dengan melakukan pendekatan ekosistem. Dalam pendekatan ekosistem dimungkinkan untuk dilakukan prediksi terhadap kemungkinan-kemungkinan kerusakan sumber daya ikan akan timbul. Dari prediksi tersebut bisa dijadikan sebagai dasar penegak hukum memberikan sanksi. Prediksi terhadap akibat dari kegiatan yang ditimbulkan oleh para nelayan yang tidak ramah lingkungan merupakan tahapan perkembangan hukum yang rasional. Dengan demikian hukum juga berfungsi untuk mengintegrasikan dengan keadaan akan datang yang diprediksi akan timbul kerusakan lingkungan hidup. Keadaan yang akan datang yang dimaksud adalah keberlanjutan sumber daya ikan. Dalam hal ini ada tahap perkembangan hukum yang rasional.

Keberlanjutan sumber daya ikan merupakan kapasitas untuk bertahan dan melestarikan fungsi lingkungan hidup dan seluruh kekayaan sumber daya laut untuk kesejahteraan manusia dan makhluk hidup lainnya. Keberlanjutan sumber daya ikan harus diupayakan dalam rangka mewujudkan kualitas hidup yang baik untuk generasi sekarang dan generasi yang akan datang. Keberlanjutan sumber daya ikan merupakan suatu tuntutan baik untuk generasi sekarang maupun generasi yang akan datang. Manfaat keberlanjutan sumber daya ikan adalah masyarakat dalam mengembangkan kehidupan ekonomi dan aspek kehidupan lainnya, tetap melestarikan serta menjamin ekosistem di sekitarnya dalam simbiosis yang saling mendukung. Dengan keberlanjutan sumber daya ikan masyarakat diajak untuk mengembangkan pola-pola kegiatan dalam semua aspek kehidupan yang berbasis ekologi dan sekaligus menjaga lingkungan hidup demi memberikan penghidupan yang layak (Naess, 1993: 47-48). Keberlanjutan sumber daya ikan tidak hanya memberi tuntunan kepada masyarakat agar ikut menjaga keberlanjutan sumber daya ikan, tetapi pemerintah juga diharapkan menjadikan keberlanjutan sumber daya ikan sebagai kebijakan nasional dalam melindungi kehidupan di laut.

Keberlanjutan sumber daya ikan juga untuk mewujudkan keadilan generasi sekarang dan generasi masa depan, dengan demikian berarti perlu solidaritas antar generasi. Hal ini ditunjukkan perlunya pengakuan akan adanya keterbatasan (*limitations*) atas sumber daya ikan yang harus diatur pemanfaatannya agar tidak mengorbankan kepentingan generasi yang akan datang. Dari

aspek yuridis, komitmen untuk melindungi sumber daya ikan diatur dalam UUD NRI 1945. UUD NRI 1945 mengatur perlindungan terhadap manusia dan sumber daya alam, termasuk sumber daya ikan ada di dalamnya. Keseimbangan perlindungan terhadap manusia dan unsur-unsur sumber daya laut itu sendiri untuk menjaga keutuhan ekosistem. Pasal 33 ayat (3) dari UUD NRI 1945 menyebutkan bahwa “bumi air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”. Pasal tersebut menyiratkan pemanfaatan sumber daya alam untuk kesejahteraan masyarakat (*pro jobs, pro people*), tetapi tidak menyiratkan perlunya pemanfaatan secara rasional agar tidak merusak lingkungan hidup (*pro nature*). Dalam amandemen UUD NRI 1945 sebaiknya memasukkan klausul perlunya perlindungan fungsi lingkungan hidup (Hadi, dan Samekto, 2007: 47-48). Pengaturan lingkungan hidup dalam UUD NRI 1945 sebatas pemanfaatan lingkungan hidup untuk memenuhi kepentingan manusia. Kepentingan lingkungan hidup sendiri belum diperhatikan yaitu keberlanjutan lingkungan hidup. Dalam Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945 hanya mengatur lingkungan hidup untuk kemakmuran rakyat dan Pasal 28 H ayat (1) UUD NRI 1945 hanya mengatur hak lingkungan hidup yang baik dan sehat untuk kepentingan manusia juga. Lingkungan hidup yang baik dan sehat untuk kepentingan lingkungan hidup itu sendiri kurang diperhatikan.

D. Sumber Daya Ikan Dalam Perspektif Keadilan

Pemanfaatan sumber daya ikan dan penegakan hukum yang tidak memperhatikan keberlanjutan sumber daya ikan merupakan bentuk ketidakadilan yang merugikan generasi sekarang dan generasi yang akan datang, serta merugikan lingkungan hidup itu sendiri. Dalam pemanfaatan dan penegakan hukum sumber daya ikan perlu memperhatikan prinsip keadilan. Menurut Mas Achmad Santosa (1996) sebagaimana dikutip oleh Arief Hidayat dan FX. Adji Samekto, ada 5 (lima) prinsip keadilan, yaitu:

- 1) Prinsip keadilan antar generasi (*intergenerational equity*); prinsip ini mengandung makna bahwa setiap generasi umat manusia di dunia memiliki hak untuk menerima dan menempati bumi bukan dalam kondisi yang buruk akibat perbuatan generasi sebelumnya.
- 2) Prinsip keadilan dalam satu generasi (*intragenerational equity*); prinsip ini yang berbicara tentang keadilan di dalam sebuah generasi umat manusia, dimana beban dari permasalahan lingkungan harus dipikul bersama oleh masyarakat dalam satu generasi.
- 3) Prinsip pencegahan dini (*precautionary*); prinsip ini mengandung pengertian, apabila terdapat ancaman yang berarti, atau adanya ancaman kerusakan lingkungan yang tidak dapat dipulihkan, ketiadaan temuan atau pembuktian ilmiah yang konklusif dan pasti, tidak dapat dijadikan alasan untuk menunda upaya-upaya untuk mencegah terjadinya kerusakan lingkungan.
- 4) Prinsip perlindungan keragaman hayati (*consevation of biological diversity*); prinsip ini merupakan prasyarat dari berhasil-tidaknya pelaksanaan prinsip keadilan antar generasi (*intergeneratioanal equity principle*). Perlindungan keragaman hayati juga terkait dengan masalah pencegahan,

- sebab mencegah kepunahan jenis dari keragaman hayati diperlukan demi pencegahan dini.
- 5) Prinsip internalisasi biaya lingkungan; kerusakan lingkungan hidup dapat dilihat sebagai *external cost* dari suatu kegiatan ekonomi yang diderita oleh pihak yang tidak terlibat dalam kegiatan ekonomi. Kerusakan lingkungan hidup merupakan *external cost* yang harus ditanggung oleh pelaku kegiatan ekonomi. Dengan demikian biaya kerusakan lingkungan hidup harus diintegrasikan ke dalam proses pengambilan keputusan yang berkaitan dengan penggunaan sumber-sumber daya alam (sumber daya ikan). (Hidayat dan Samekto, 2007: 45).

Sumber daya ikan itu sendiri itu juga mempunyai hak akan keberlanjutannya. Hak keberlanjutan sumber daya ikan itu sendiri secara umum belum diperhatikannya dalam penegakan hukum. Hal ini merupakan suatu bentuk ketidakadilan.

Dalam rangka penegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan guna mewujudkan keberlanjutan sumber daya ikan, Menteri Susi Pudjiastuti, Menteri Kelautan dan Perikanan pada tanggal 8 Januari 2015 menerbitkan, PERMEN – KP.No.2 Tahun 2015 Tentang Larangan Penggunaan Alat Penangkapan Ikan Pukat Hela (*Trawls*) dan Pukat Tarik (*Seine Nets*). Alat Penangkapan Ikan yang dilarang adalah:

1. Pukat Hela (trawl), yang meliputi:
 - a. Pukat hela dasar (*Bottom Trawl*).
 - b. Pukat hela pertengahan (*midwater trawl*).
 - c. Pukat hela kembar berpapan (otter twin trawls).
 - d. Pukat dorong.

Pukat hela dasar (*Bottom Trawl*) terdiri dari:

- 1) Pukat hela dasar berpalang (*beam trawls*).
- 2) Pukat hela dasar berpapan (*otter trawls*).
- 3) Pukat hela dasar dua kapal (*pair trawls*).
- 4) Nephrops trawl; dan
- 5) Pukat hela dasar udang (*shrimp trawls*), berupa pukat udang.

Pukat hela pertengahan (*midwater trawls*), terdiri dari:

- 1) Pukat hela pertengahan berpapan (*otter trawls*), berupa pukat ikan.
 - 2) Pukat hela pertengahan dua kapal (*pair trawls*); dan
 - 3) Pukat hela pertengahan udang (*shrimp trawls*).
2. Alat Penangkap ikan tarik (*sein nets*), yang meliputi:
- a. Pukat tarik pantai (*beach seines*).
 - b. Pukat tarik berkapal (*boat or vessel seines*).

Pukat tarik berkapal (*boat or vessel seines*), terdiri dari:

- 1) Dogol (*danish seines*).
- 2) *Scottish seines*.
- 3) Pair seines.
- 4) Payang.
- 5) Cantrang dan
- 6) Lamparan dasar.

Alat penangkap ikan yang dilarang tersebut di atas tidak ramah lingkungan hidup. Penggunaan alat penangkapan ikan yang tidak ramah lingkungan hidup akan mengakibatkan menurunnya sumber daya ikan dan mengancam keberlanjutan sumber daya ikan. Hal tersebut juga dapat menimbulkan kerugian bagi negara dan kepentingan nelayan sendiri. Guna mewujudkan keberlanjutan sumber daya ikan, perlu regulasi yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan dan rekonstruksi alat tangkap yang ramah terhadap lingkungan hidup. Hal ini untuk mewujudkan keberlanjutan sumber daya ikan dan perlindungan terhadap sumber daya ikan dan kehidupan para nelayan.

Alat tangkap ikan yang tidak ramah terhadap lingkungan hidup akan mengakibatkan terjadinya tangkap lebih (*over-fishing*) dan menimbulkan dampak kerusakan lingkungan hidup. Dampak lain yang akan ditimbulkan adalah kerusakan habitat ikan, sehingga kuantitas ikan akan mengalami penurunan dan bahkan bisa punah.

Pelarangan penggunaan alat penangkap ikan diatur dalam Pasal 9 ayat (1) UU No.45 Th 2009 Tentang Perubahan Atas UU No.31 Th 2004 Tentang Perikanan, "Setiap orang dilarang memiliki, menguasai, membawa, dan/atau menggunakan alat penangkap ikan yang mengganggu dan merusak keberlanjutan sumber daya ikan di kapal penangkap ikan di wilayah Negara Republik Indonesia". Dalam Pasal 85 UU No.45 Th 2009 Tentang Perubahan Atas UU No.31 Th 2004 Tentang Perikanan, ditegaskan lagi bahwa:

"Setiap orang yang dengan sengaja memiliki, menguasai, membawa, dan/atau menggunakan alat penangkap ikan dan/atau alat bantu penangkapan ikan yang mengganggu dan merusak keberlanjutan sumber daya ikan di kapal penangkap ikan di wilayah pengelolaan perikanan Negara Republik Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan denda paling banyak Rp.2.000.000.000,00 (dua miliar rupiah)".

Nelayan yang masih menggunakan alat penangkapan ikan yang dilarang tersebut di atas, masih diperbolehkan beroperasi, sebagai mana diatur dalam Pasal 6, PERMEN-KP No.2 Tahun 2015: "SIPI (Surat Ijin Penangkapan Ikan) dengan alat penangkapan ikan pukat hela (*trawl*) dan pukat tarik (*seine net*) yg telah diterbitkan sebelum berlakunya PERMEN -KP No. 2/Th 2015 masih tetap berlaku sampai dengan habis masa berlakunya.

PERMEN-KP No.2 Tahun 2015 mendapat tanggapan pro dan kontra. Dengan diterbitkan PERMEN tersebut menimbulkan demo dimana-mana, bahkan di Batang sampai menimbulkan kerusakan yang menimbulkan korban baik pihak nelayan dan aparat kepolisian. Para nelayan

menganggap bahwa , PERMEN-KP No.2 Tahun 2015 sangat mendadak dan terburu-buru dilaksanakan. Sebenarnya PERMEN-KP No.2 Tahun 2015 bukan aturan yang baru. PERMEN-KP No.2 Tahun 2015 merupakan amanah UU No.31 Tahun 2004 Tentang Perikanan Jo.UU No.45 Tahun 2009 Tentang Perikanan. Pernah pula diatur dalam Keputusan Menteri Pertanian Nomor 503/Kpts/UM/7/1980, larangan penggunaan cantrang dan Keputusan Dirjen Perikanan Nomor IK.340/DJ.10106/97 sebagai petunjuk pelaksanaan dari larangan penggunaan cantrang.

Dalam mengatasi kesan yang terburu-buru dan nelayan dapat melaksanakan PERMEN-KP No.2 Tahun 2015, pemerintah dapat melaksanakan langkah-langkah sebagai berikut: pemerintah perlu waktu yang cukup untuk melaksanakan sosialisasi pelaksanaan PERMEN-KP No.2 Tahun 2015. Pemerintah harus memiliki data valid tentang alat penangkap ikan yang dilarang dan nelayan yang menggunakan alat penangkap ikan yang dilarang. Pemerintah mengambil alat penangkap ikan nelayan yang tidak ramah lingkungan dan mengganti alat penangkapan ikan yang ramah lingkungan. Pemerintah menanggung biaya untuk konversi dalam rangka mempersiapkan pengalihan alat penangkapan ikan nelayan.

Kementerian Kelautan dan Perikanan dalam rangka menegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan seyogyanya tidak perlu gentar dengan adanya aksi demo-demo yang menentang pemberlakuan PERMEN-KP No.2 Tahun 2015. PERMEN-KP No.2 Tahun 2015 tersebut tujuan mulianya sebenarnya untuk melindungi dan mewujudkan sumber daya ikan yang berkelanjutan. Dengan dipertahankannya keberlanjutan sumber daya ikan, memberikan kesempatan ikan untuk regenerasi secara alami sehingga sumber daya ikan tetap ada dan terhindar dari kepunahan. Demikian juga dengan generasi yang akan datang tetap bisa memanfaatkan sumber daya ikan. Generasi sekarang akan berdosa bilamana generasi yang akan datang menerima akibat kerusakan lingkungan hidup yang ditimbulkan generasi sekarang. Kegiatan yang dilakukan oleh generasi sekarang yang merusak lingkungan hidup tersebut adalah pemanfaatan sumber daya ikan secara berlebihan yang berakibat kepunahan sumber daya ikan. Sumber daya ikan yang dipertahankan akan keberadaannya sebenarnya juga untuk mempertahankan keberadaan nelayan dengan mata pencahariannya menangkap ikan. Apabila sumber daya ikan tetap ada, tentu mata pencaharian para nelayan tetap dapat dipertahankan karena hasil tangkapannya masih melimpah. Demikian juga dengan kebutuhan masyarakat akan ikan tetap dapat terpenuhi.

III.SIMPULAN DAN SARAN

A. simpulan

1. Penegakan hukum yang berorientasi pada keberlanjutan sumber daya ikan: Kewajiban dalam menegakkan hukum tidak hanya pada penegak hukum yang menangani masalah hukum, tetapi juga para pembuat. Dalam pikiran para pembuat dan pelaksana hukum harus tertanamkan bahwa hukum yang dibuatnya harus mengandung ide atau konsep tentang keadilan, kepastian hukum, kemanfaatan dalam perlindungan sumber daya ikan dan dapat diimplementasikan. PERMEN – KP.No.2 Tahun 2015 Tentang Larangan Penggunaan Alat

Penangkapan Ikan Pukat Hela (*Trawls*) dan Pukat Tarik (*Seine Nets*), mengandung ide atau konsep yang berorientasi untuk keberlanjutan sumber daya ikan, untuk memberikan perlindungan hukum terhadap sumber daya ikan agar tidak punah. PERMEN tersebut harus diimplementasikan dalam suatu kehidupan hukum dalam masyarakat. Meskipun belum semua nelayan menyetujuinya, namun karena tujuan mulianya untuk memberikan perlindungan terhadap sumber daya ikan akan keberlanjutannya dan pro kesejahteraan rakyat, maka sangat beralasan untuk ditegakkan dan implementasikan. Alat tangkap ikan yang tidak ramah terhadap lingkungan hidup akan mengakibatkan:

- a) Terjadinya tangkap lebih (*over-fishing*) dan menimbulkan dampak kerusakan lingkungan hidup (sumber daya laut).
- b) Menyebabkan kerusakan habitat ikan sehingga kuantitas ikan akan mengalami penurunan dan bahkan bisa punah.

2. Keberlanjutan sumber daya ikan ditinjau dari perspektif keadilan:

Pemanfaatan sumber daya ikan dan penegakan hukum yang tidak memperhatikan keberlanjutan sumber daya ikan merupakan bentuk ketidakadilan yang merugikan generasi sekarang dan generasi yang akan datang, serta merugikan lingkungan hidup itu sendiri. Sumber daya ikan itu sendiri itu sebenarnya juga mempunyai hak akan keberlanjutannya. Apabila sumber daya ikan tidak dipertahankan akan keberlanjutannya merupakan suatu ketidakadilan. Keberlanjutan sumber daya ikan yang tidak dapat dipertahankan eksistensinya, merupakan pertanda terjadinya kerusakan lingkungan hidup. Hak keberlanjutan sumber daya ikan itu sendiri secara umum belum diperhatikannya dalam penegakan hukum, hal ini juga merupakan suatu bentuk ketidakadilan. Dalam Pemanfaatan sumber daya ikan dan penegakan hukum perlu memperhatikan Prinsip keadilan; antar generasi (*intergenerational equity*); dalam satu generasi (*intragenerational equity*); pencegahan dini (*precautionary*); perlindungan keragaman hayati (*consevation of biological diversity*); perlindungan keragaman hayati (*consevation of biological diversity*).

B. Saran

Dalam menegakkan hukum yang mengandung ide atau konsep untuk melindungi sumber daya ikan tidak perlu terpengaruh pro atau kontra yang terjadi di masyarakat sehingga perlu langsung ditegakkan dan diimplementasikan. Hal ini untuk melindungi sumber daya ikan dalam mewujudkan kesejahteraan rakyat dan mempertahankan kuantitas ikan agar terjamin keberadaannya serta tidak punah.

DAFTAR PUSTAKA

- Arief Hidayat dan FX. Adji Samekto, 2007, *Kajian Kritis, Penegakan Hukum Lingkungan di Era Otonomi Daerah*, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro
- Bruce Mitchel, B.Setiawan, Dwita Hadi Rahmi, 2010, *Pengelolaan Sumber Daya dan Lingkungan*,

- Yogyakarta, Gadjah Mada University Press
- Manitoba Round Table on Environment and Economy, 1992, *Sustainable Development Towards Institutional Change in the Manitoba Public Sector*
- Arne Naess, 1993, *Ecology, Community and Lifestyle*, Cambridge Univ. Press.
- Sudharto P. Hadi dan FX. Adji Samekto, 2007, *Dimensi Lingkungan Dalam Bisnis Kajian Tanggung Jawab Sosial Perusahaan Pada Lingkungan*, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro
- A. Sonny Keraf, 2010, *Etika Lingkungan Hidup*, Jakarta, PT Kompas Media Nusantara
- Satjipto Rahardjo, 2009, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Yogyakarta, Genta Publishing
- Satjipto Rahardjo, 2009, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Yogyakarta, Genta Publishing
- Th. G. Drupsteen, 1983, *Ontwikkeling in het Milieurecht gedurende de jaren zeventig* dalam H. Th. F van Maarseven et al, *Recente Rechtssontwikkelingen (1970-1980)*, Tjeen willink, Zwolle.
- Takdir Rahmadi, 2011, *Hukum Lingkungan di Indonesia*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.
- Talcot Parsons, *The System of Modern societies*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1971.
- William M. Evan dalam Bernard L. Tanya, dkk, 2010, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Jakarta.
- Vilhelm Aubert dalam Bernard L. Tanya dkk, 2010, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta.
- PERMEN – KP.No.2 Tahun 2015 *Tentang Larangan Penggunaan Alat Penangkapan Ikan Pukat Hela (Trawls) dan Pukat Tarik (Seine Nets)*

FX. Sumarja

Pengajar Hukum Agraria, Fakultas Hukum Universitas Lampung, Jalan Prof. Dr. Ir Soematri Brojongoro No. 1, Gedungmeneng, Bandar Lampung 35145. Email:fxsmj.unila@gmail.com

LARANGAN PENGASINGAN TANAH DAN PELUANG INVESTASI ASING DI INDONESIA

ABSTRAK

Throughout the political history, agrarian law in Indonesia recognize the prohibition of land alienation. Foreigners or foreign legal entities (foreign investors) were banned for land ownership. Agrarian Fundamental Laws stipulates that foreigners domicile in Indonesia and foreign legal entities which have representatives in Indonesia are only allowed to have land use rights and building lease rights. In practice, foreigners and foreign legal entities prefer to acquire land ownership rights by nominee. Whereas nominee is illegal and has very weak legal position. Article 16 paragraph (1) letter h junto Article 24 Agrarian Fundamental Laws open the opportunities for foreign investors in land tenure through Guna Bangun Serah rights, by positioning the ground as a means of production rather than as an investment. Guna Bangun Serah in Indonesia was marked by the birth of the Minister of Finance of the Republic of Indonesia Decree No. 470 / KMK.01 / 1994 on Procedures for Removal and Utilization of Assets / Country's Wealth, which adopted the "Turgut's Formula", namely the construction and management of dams on the river Syehan Turkey. This study aims to find an alternative land ownership for foreign investors that require land as ingredients, considering the limited tenure in Indonesia to consider the expediency of justice and legal certainty. The new paradigm is needed in attracting foreign investment in Indonesia, in order to obtain the benefit, justice and legal certainty, through Bangun Guna Serah rights. Article 16 paragraph (1) letter h Agrarian Fundamental Laws stipulates the other rights that are not included: Properties, Cultivation rights, Building rights, Tenure and Rental Rights will be established by law. Bangun Guna Serah

rights defined as rights to construct a building and / or its facilities on land that is not his own and then utilize the building and / or its facilities in a certain period of time that has been agreed, as in the future the land, buildings and / or the following facilities will be transferred to the owner of the land after the term expired. Guna Bangun Serah rights can be incorporated into the Land Bill.

Keywords: Guna Bangun Serah rights, state land, foreign investment.

ABSTRAK

Sepanjang sejarah politik hukum agraria di Indonesia mengenal larangan pengasingan tanah. Orang asing atau badan hukum asing (investor asing) dilarang mempunyai tanah hak milik. UUPA mengatur bahwa orang asing yang berkedudukan di Indonesia dan badan hukum asing yang memiliki perwakilan di Indonesia hanya diperbolehkan mempunyai tanah hak pakai dan hak sewa untuk bangunan. Praktikanya, orang asing dan badan hukum asing lebih memilih mendapatkan tanah hak milik dengan *nominee*. Padahal *nominee* itu ilegal dan mempunyai kedudukan hukum yang sangat lemah. Pasal 16 ayat (1) huruf h jo. Pasal 24 UUPA membuka peluang bagi investor asing dalam penguasaan tanah melalui hak Bangun Guna Serah, dengan memposisikan tanah sebagai sarana produksi bukan sebagai investasi. Bangun Guna Serah di Indonesia ditandai dengan lahirnya Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia No. 470/KMK.01/ 1994 tentang Tata Cara Penghapusan dan Pemanfaatan Barang Milik/Kekayaan Negara, yang mengadopsi "*Turgut's Formula*", yaitu pembangunan dan pengelolaan bendungan di sungai Syehan Turki. Penelitian ini bertujuan menemukan alternatif penguasaan tanah bagi investor asing yang memerlukan tanah sebagai sarannya, mengingat keterbatasan hak penguasaan tanah di Indonesia dengan mempertimbangkan kemanfaatan keadilan dan kepastian hukum. Diperlukan paradigma baru dalam menarik investasi asing di Indonesia, agar mendapatkan kemanfaatan, keadilan dan kepastian hukum, melalui hak bangun guna serah. Pasal 16 ayat (1) huruf h UUPA mengatur bahwa hak-hak lain yang tidak termasuk Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, Hak Pakai, dan Hak Sewa akan ditetapkan dengan undang-undang. Hak bangun guna serah adalah hak mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya di atas tanah yang bukan miliknya sendiri kemudian mendayagunakan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya diserahkan kepada pemegang hak atas tanah setelah berakhirnya jangka waktu. Hak Bangun Guna Serah dapat dimasukkan ke dalam RUU Pertanahan.

Kata kunci: hak bangun guna serah, tanah negara, investasi asing.

I. PENDAHULUAN

Pembangunan infrastruktur mempunyai peran penting untuk memperkokoh persatuan dan kesatuan bangsa. Pembangunan infrastruktur berbasis wilayah semakin penting untuk diperhatikan, terutama infrastruktur untuk membuka isolasi wilayah. Penyediaan infrastruktur baik sarana maupun prasarana transportasi air (laut, danau dan sungai) yang berkeadilan adalah infrastruktur yang dibangun sesuai kebutuhan. Pembangunan infrastruktur yang terjadi di Indonesia saat ini dirasa kurang merata, salah satunya disebabkan oleh faktor sumberdaya yang terbatas.

Menurut Didik J Rachbini (<https://pwkunpas.wordpress.com/welcome/ekonomi-kebijakan-infra-struktur-kritis-pada-implementasi/> diakses tgl 30 Maret 2015 jam 08.30), semakin baik keadaan infrastruktur, semakin baik pula pengaruhnya terhadap keadaan ekonomi. Infrastruktur akan menentukan lancar atau tidaknya kegiatan perekonomian, karena merupakan urat nadi perekonomian. Ketersediaan infrastruktur yang baik, bisa dipastikan sebuah daerah memiliki keadaan ekonomi yang baik. Sebaliknya, jika suatu daerah tidak memiliki/memiliki infrastruktur

jelek, keadaan ekonominya pun cenderung tidak baik, misalnya bagian utara Jawa dan daerah yang berada di bagian selatan Jawa, sangat berbeda. Salah satu pembangunan infrastruktur dengan melibatkan swasta yang penting dalam mendukung transportasi air guna membuka isolasi wilayah adalah pelabuhan.

Sejak tahun 2005, pemerintah sudah memulai membuat kebijakan peningkatan peran swasta dalam pembangunan infrastruktur melalui Perpres 67 Tahun 2005 jo. Perpres No. 13 Tahun 2010 jo. Perpres Nomor 56 Tahun 2011 jo. Perpres No. 66 Tahun 2013 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur. Kebijakan ini diambil dengan pertimbangan bahwa dana untuk pembangunan infrastruktur kurang dan tidak bisa tercukupi oleh dana APBN. Realisasinya, peran swasta masih sangat rendah, yang disebabkan oleh empat hal. Pertama, sejak tahun 2005 sampai sekarang, kebijakan ini hanya menjadi kebijakan tertulis tanpa ada implementasi dan realisasi. Kedua, kesulitan dalam pengadaan tanah. Ketiga, tidak ada target untuk mendukung rencana induk pengembangan infrastruktur. Keempat, diperlukan kelembagaan dan regulasi.

Sebenarnya mengikutsertakan swasta dalam pemanfaatan dan pengoptimalan barang milik negara (BMN) yang berupa tanah (meskipun tidak secara tegas disebut penyediaan infrastruktur) telah dimulai sejak tahun 1994, yaitu dengan Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia No. 470/KMK.01/1994 tentang tata cara penghapusan dan pemanfaatan barang Milik/kekayaan Negara, dan Kepmenkeu No. 248/KMK.04/1995 tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-Pihak yang Melakukan Kerjasama dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah. Pemanfaatan BMN dengan perjanjian Bangun Guna Serah adalah pemanfaatan BMN berupa tanah oleh pihak lain, dengan cara pihak lain tersebut membangun bangunan atau sarana lain berikut fasilitasnya di atas tanah tersebut, serta mendayagunakannya dalam jangka waktu tertentu, untuk kemudian menyerahkan kembali tanah, bangunan, dan/atau sarana lain berikut fasilitasnya tersebut beserta pendaayagunaannya kepada departemen/lembaga yang bersangkutan setelah berakhirnya jangka waktu yang disepakati. Skema BGS sebenarnya menguntungkan swasta, karena tidak perlu melakukan pengadaan tanah. Skema BGS ini, tanah telah disediakan pemerintah.

Eksistensi BGS kemudian mendapat penguatan pengaturan di dalam Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah sebagai pelaksanaan dari Pasal 49 ayat (6) UU No. 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara. Pada tahun 2008, Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah dilakukan perubahan dengan Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2008. Pada tanggal 24 April 2014, PP No. 6 Tahun 2006 jo. PP No. 38 Tahun 2008 dicabut dan diganti dengan Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah (FX. Sumarja, 2014: 497). Sementara itu, kerjasama penyediaan infrastruktur diakomodir di dalam Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 2014. Masih terdapat bentuk lain pemanfaatan barang milik negara, selain BGS, yaitu Bangun Serah Guna (BSG), Sewa, Kerja Sama Pemanfaatan (KSP), dan Kerja Sama Penyediaan Infrastruktur (KSPI).

Berdasarkan Perpres No. 67 Tahun 2005 jo. Perpres No. 13 Tahun 2010 yang dimaksud dengan swasta adalah Perseroan Terbatas, BUMN, BUMD dan Koperasi. Bagaimanakah dengan swasta asing, dalam arti penanaman modal asing? Swasta asing dapat dilibatkan berdasarkan Pasal 10 Perpres No. 56 Tahun 2011, bahwa Badan Usaha dan Badan Hukum Asing dapat mengajukan prakarsa Proyek Kerjasama Penyediaan Infrastruktur kepada Menteri/Kepala Lembaga/ Kepala Daerah dengan kriteria sebagai berikut: a) tidak termasuk dalam rencana induk pada sektor yang bersangkutan; b) terintegrasikan secara teknis dengan rencana induk pada sektor yang bersangkutan; c) layak secara ekonomi dan finansial; dan d) tidak memerlukan dukungan Pemerintah yang berupa kontribusi fiskal dalam bentuk finansial.

Perlu disayangkan berdasarkan ketentuan Pasal 39 PP No. 27 Tahun 2014 bahwa badan hukum asing tidak termasuk badan usaha yang dapat memanfaatkan BMN menggunakan skema kerjasama penyediaan infrastruktur. Namun berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 3 dan 8 UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM), diatur bahwa penanaman modal asing merupakan kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri. Modal asing adalah modal yang dimiliki oleh negara asing, perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, badan hukum asing, dan/atau badan hukum Indonesia yang sebagian atau seluruh modalnya dimiliki oleh pihak asing. Dengan demikian, berdasarkan UUPM, modal asing ataupun investor asing dapat berperan serta dalam pembangunan infrastruktur dalam bentuk badan hukum Indonesia, baik seluruhnya modal asing maupun patungan dengan modal dalam negeri.

Meskipun UUPM membuka peluang investor asing berperan serta dalam pembangunan infrastruktur namun tetap saja, ia tidak diperkenankan menguasai tanah dengan hak Milik dan Hak Guna Bangunan. Pada sisi lain pembangunan infrastruktur tidak mungkin dipisahkan dari ketersediaan tanah. Kondisi ini dimaknai juga sebagai keprihatinan trend dunia sekarang yaitu *global trading* dimana perusahaan korporasi mengambil tanah-tanah di Negara berkembang untuk mengamankan cadangan pangan mereka dan cadangan produksi yang lebih luas. Oleh karena itu, tanah perlu dilindungi dari ekspansi korporasi (Sediono Tjondronegoro, 2013).

Berdasarkan uraian di atas, permasalahannya adalah bagaimanakah peluang investasi asing di bidang pembangunan infrastruktur (pelabuhan laut) di tengah-tengah politik hukum larangan pengasingan tanah di Indonesia? Tujuan penelitian ini adalah menemukan alternatif penguasaan tanah bagi investor asing yang memerlukan tanah sebagai sarannya, mengingat keterbatasan hak penguasaan tanah di Indonesia dengan mempertimbangkan kemanfaatan keadilan dan kepastian hukum.

II. METODE PENELITIAN

1. Pendekatan Masalah

Penelitian ini termasuk dalam tipe penelitian hukum doktrinal, karena yang dikaji adalah kaidah peraturan perundang-undangan menurut doktrin aliran positivisme dalam ilmu hukum ((Soetandyo Wignyosoebroto, 2002: 160-169). Kaidah peraturan perundang-undangan yang dimaksud adalah ketentuan yang mengatur sumberdaya alam (agraria), bangun guna serah dan kerjasama penyediaan infrastruktur. Sebagai penelitian doktrinal, yang dikaji tidak sekedar menemukan aturan hukumnya, tetapi meliputi juga prinsip-prinsip hukum, dan doktrin-doktrin hukum guna menjawab permasalahan penelitian, sesuai dengan karakter preskriptif ilmu hukum (Johnny Ibrahim, 2008: 34-37).

2. Bahan Hukum

Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer (Peter Mahmud Marzuki, 2010: 141-166). Bahan hukum primer terdiri dari peraturan perundang-undangan yang terkait dengan sumberdaya agraria, bangun guna serah dan kerjasama penyediaan infrastruktur:

- a) UUDNRI 1945, Alenia ke-4 pembukaan, Pasal 28J ayat (2) dan Pasal 33 ayat (3);
- b) UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria;
- c) UU No 11 Tahun 2005 tentang ratifikasi Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya;
- d) UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal;
- e) UU No. 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum;
- f) PP No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah;
- g) PP No. 38 Tahun 2008 tentang perubahan Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah;
- h) PP No. 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.
- i) Keppres No. 23 Tahun 1980 tentang Pemanfaatan Tanah Hak Guna Usaha dan Hak Guna Bangunan untuk Usaha Patungan Dalam Rangka Penanaman Modal Asing;
- j) Perpres No. 67 Tahun 2005 jo. Perpres No. 13 Tahun 2010 jo. Perpres No. 56 Tahun 2011 jo. Perpres No. 66 Tahun 2013 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur;
- k) Kepmenkeu No. 470/KMK.01/1994 tentang tata cara penghapusan dan pemanfaatan barang Milik/kekayaan Negara;
- l) Kepmenkeu No. 248/KMK.04/1995 tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-Pihak yang Melakukan Kerjasama dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah;
- m) Permenkeu No. 96/PMK.06/2007 tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara;
- n) Permenkeu No. 78/PMK.06/2014 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Pemanfaatan Barang Milik Negara.

3. Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum primer dikumpulkan melalui prosedur identifikasi, inventarisasi, dan membuat catatan atau kutipan terhadap peraturan perundang-undangan di bidang sumber daya alam (agraria), bangun guna serah dan kerjasama penyediaan infrastruktur.

4. Analisis Bahan Hukum

Bahan hukum yang telah dikumpulkan dan diolah, selanjutnya dianalisis guna menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, dan doktrin-doktrin hukum guna menjawab permasalahan penelitian. Metode analisis yang digunakan adalah preskriptif-analitis, yaitu dengan cara pemaparan dan analisis tentang isi (struktur) hukum yang berlaku, sistematisasi hukum yang dipaparkan dan dianalisis, interpretasi, dan penilaian hukum yang berlaku (D.H.M. Meuwissen, 1994: 26-28; B. Arief Sidharta, 2000: 149-152; B. Arief Sidharta, 2009: 55-57).

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

Berdasarkan ketentuan Pasal 2 ayat (3) Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya (1966), yang telah diratifikasi dengan UU No 11 Tahun 2005, bahwa “Negara-negara berkembang, dengan memperhatikan hak asasi manusia dan perekonomian nasionalnya, dapat menentukan sampai seberapa jauh mereka dapat menjamin hak-hak ekonomi yang diakui dalam Kovenan ini kepada warga negara asing”. Jauh hari sebelum kovenan internasional ada dan diratifikasi, Indonesia sudah menentukan pilihan bahwa orang asing dilarang mempunyai tanah hak milik (Ps. 21 ayat (1) UUPA), namun tetap diperbolehkan mempunyai tanah dengan hak pakai atau hak sewa untuk bangunan, seperti halnya di Singapura, orang asing boleh punya tanah dengan status *lease hold* (Eddy Ruchiyat, 2006: 216-217).

Ketentuan Pasal 21 (1) UUPA sejalan dengan Konstitusi Agraria Indonesia. Meskipun kajian konstitusi agraria merupakan kajian hukum yang masih relatif baru. Kajian konstitusi agraria berada pada wilayah pembahasan persoalan agraria di dalam konstitusi, sehingga posisinya diantara kajian hukum konstitusi dan kajian hukum agraria (Yance Arizona, 2014: 10). Kajian hukum agraria masih dimaknai sebatas hak-hak penguasaan tanah (Boedi Harsono, 2008) Sebagai bagian dari hukum publik, konstitusi agraria membahas dimensi yang luas dan mendasar. Konstitusi merupakan hukum dasar yang mendasari berbagai aktivitas hukum yang terjadi di dalam penyelenggaraan negara, sehingga konstitusi agraria juga menjadi dasar pembangunan hukum agraria di Indonesia.

Konstitusi agraria yang teruang dalam Alinea ke-4 Pembukaan UUDNRI 1945, bahwa “Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintahan Negara Indonesia yang *melindungi* segenap bangsa Indonesia dan *seluruh tumpah darah* Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum...”, dan Pasal 33 ayat (3) UUDNRI 1945, serta Pasal 9 jo Pasal 21 ayat (1) UUPA merupakan politik hukum larangan kepemilikan tanah hak milik oleh orang asing (politik hukum larangan pengasingan tanah).

Pasal 33 ayat (3) UUDNRI 1945 sudah tegas mengatur, bahwa bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Konstitusi tersebut sudah tegas mengatur bahwa kemakmuran rakyat-lah yang diutamakan dalam pengelolaan tanah. Artinya hak-hak atas tanah rakyat yang perlu diperjuangkan untuk dapat dipenuhi berdasarkan konstitusi, dibandingkan orang asing. Namun demikian orang asing tetap diperkenankan juga untuk mendapatkan manfaat atas tanah yang ada di wilayah NKR, meskipun terbatas.

Perkenan orang asing mendapatkan manfaat atas tanah yang disediakan UUPA sebatas hak pakai dan hak sewa untuk bangunan. Padahal terdapat instrumen yang lebih menguntungkan dalam memanfaatkan/mengelola tanah di Indonesia bagi orang asing selain pemberian hak pakai dan hak sewa untuk bangunan, yaitu Bangun Guna Serah. Bangun guna serah akan lebih memudahkan dalam pelaksanaan pembangunan infrastruktur (pelabuhan), mengingat Pemerintah cukup menyediakan tanah dan memberikan kemudahan fasilitas (perizinan) kepada investor, kemudian investor tinggal melakukan pembangunan, pengoperasian dan kemudian menyerahkannya kepada pemerintah. Pihak investor tidak perlu melakukan perolehan/pengadaan tanah, yang selama ini menjadi hambatan dalam pembangunan.

Perkenan orang asing mendapatkan manfaat atas tanah demikian itu sejalan dengan apa yang dicita-citakan Notonagoro, bahwa orang asing dapat diberikan akses terhadap tanah di Indonesia berdasarkan kepentingan bangsa Indonesia terhadap orang asing, bukan atas kepentingan orang asing (Notonagoro, 1984:79; Iman Soetikno, 1985: 18). Boleh tidaknya orang asing akses terhadap tanah di Indonesia tergantung apa yang menjadi kebutuhan bangsa Indonesia. Akses tanah bagi orang asing harus diukur dari segi kemanfaatannya untuk bangsa Indonesia. Pendapat Notonagoro, tersebut sebenarnya sebagai peringatan bagi Pemerintah untuk sungguh-sungguh memperhatikan kepentingan rakyat dalam pengelolaan sumber daya agraria, utamanya tanah. Manfaat atas tanah jangan sampai lebih banyak dinikmati oleh orang asing.

Instrumen akses tanah bagi pihak asing sebenarnya tidak terbatas pada hak pakai dan hak sewa untuk bangunan seperti yang ditentukan dalam Pasal 42 dan 45 UUPA. Disadari ataupun tidak, perluasan akses tanah bagi pihak asing sudah terjadi sejak lama, terutama dalam bidang perkebunan, melalui Keppres No. 23 Tahun 1980 (FX. Sumarja, 2015: 387) Pada bidang infrastruktur perluasan akses tanah tersebut terjadi dengan lahirnya Kepmenkeu No. 470/KMK.01/1994 tentang tata cara penghapusan dan pemanfaatan barang Milik/kekayaan Negara, menggunakan instrumen bangun guna serah, dan Perpres No. 56 Tahun 2011 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur, menggunakan instrumen kerjasama penyediaan infrastruktur. Baik bangun guna serah maupun kerjasama penyediaan infrastruktur kemudian mendapat pengaturan di dalam PP No. 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.

Menurut PP No. 27 tahun 2014, baik bangun guna serah (BGS) maupun kerjasama penyediaan infrastruktur (KSPI) dalam pemanfaatan barang milik negara yang berupa tanah dengan melibatkan

swasta, pada prinsipnya dilakukan atas dasar keterbatasan dana pemerintah yang bersumber dari APBN dalam pembangunannya dalam rangka menyelenggarakan pelayanan publik, dan bukan semata-mata untuk mengoptimalkan pemanfaatan BMN (tanah). Tujuan pemanfaatan BMN (tanah) menurut PP No. 27 tahun 2014 melalui skema BGS dan KSPI sangat berbeda dengan skema pinjam pakai, sewa ataupun kerjasama pemanfaatan (KSP).

Skema sewa ataupun kerjasama pemanfaatan (KSP) adalah untuk mengoptimalkan pemanfaatan BMN (tanah) dan meningkatkan penerimaan negara/daerah. Skema sewa tanah perlu mendapat kajian lebih lanjut, mengingat putusan MK No. 87/PPU-XI/2013, tanggal 18 Maret 2014 terhadap uji materi UU No. 19 Tahun 2013 tentang Pemberdayaan dan Perlindungan Petani bahwa Pemerintah tidak boleh memberikan hak sewa. Mengingat sewa hanya dapat dilakukan oleh pemilik, jika pemerintah dapat memberikan hak sewa berarti pemerintah adalah pemilik tanah (*domein verklaring*), hal ini bertentangan dengan UUPA. Sementara itu skema pinjam pakai adalah untuk mengoptimalkan pemanfaatan atau hasil guna BMN (tanah) kepada instansi lain dalam penyelenggaraan pemerintahan.

Seperti dikemukakan di atas bahwa pemberian akses tanah kepada pihak asing didasarkan atas kepentingan bangsa Indonesia dan bukan atas dasar kepentingan pihak asing, selain itu harus lebih bermanfaat, berkeadilan dan adanya jaminan kepastian hukum. Berdasarkan prinsip itulah, maka dalam memberikan akses tanah terhadap pihak asing dapat dilakukan penilaian. Penilaian dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip yang ada pada UUPA, juga didasarkan pada nilai kemanfaatan, keadilan dan kepastian hukum. Berdasarkan batu uji itulah dapat ditentukan skema yang paling tepat antara BGS dan KSPI.

(Lihat Tabel 1)

Tabel 1 di atas merupakan gambaran akses tanah bagi pihak swasta (asing) pada skema BGS/BSG dan KSPI menurut PP No. 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, Permenkeu No. 78/PMK.06/2014 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Pemanfaatan Barang Milik Negara, dan Perpres No. 67 Tahun 2005 jo. Perpres No. 13 Tahun 2010 jo. Perpres No. 56 Tahun 2011 jo. Perpres No. 66 Tahun 2013 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur.

Memperhatikan uraian dalam tabel 1 tersebut di atas dapat diketahui bahwa perbedaan skema antara BGS/BSG dengan KSPI, didasari oleh sttus: wilayah pemerintahan (pusat dan/atau daerah), jangka waktu, perpanjangan jangka waktu pemanfaatan BMN, jaminan utang terhadap hasil pemanfaatan BMN, alih teknologi, dan dukungan finansial dari pemerintah. Atas dasar skema pada tabel 1 di atas dilakukan penilaian dari sisi kemanfaatannya bagi Pemerintah yang tertuang pada table 2 berikut:

TABEL 1. AKSES TANAH PIHAK SWASTA DALAM SKEMA BGS/BSG & KPSI

Isu	BGS/BSG Berdasar PP No. 27 Tahun 2014, dan Permenkeu No. 78/PMK.06/2014	KSPI Berdasar PP No. 27 Tahun 2014, Permenkeu No. 78/PMK.06/2014, dan Perpres No. 67 Tahun 2005 dengan perubahan-perubahannya.
Dasar pertimbangan	- memerlukan bangunan dan fasilitas bagi penyelenggaraan pemerintahan negara/daerah untuk kepentingan pelayanan umum dalam rangka penyelenggaraan tugas dan fungsi; - tidak tersedia atau tidak cukup tersedia dana dalam APBN/D untuk penyediaan bangunan dan fasilitas tersebut	- dalam rangka kepentingan umum dan/atau penyediaan infrastruktur guna mendukung tugas dan fungsi pemerintahan; - tidak tersedia atau tidak cukup tersedia dana dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara untuk penyediaan infrastruktur; - termasuk dalam daftar prioritas proyek program penyediaan infrastruktur yang ditetapkan pemerintah.
Larangan menjaminkan	dilarang menjaminkan, menggadaikan, atau memindahtangankan: 1) tanah yang menjadi objek BGS/BSG; 2) hasil BGS yang digunakan langsung untuk penyelenggaraan tugas dan fungsi Pemerintah Pusat/Daerah; 3) hasil BSG.	dilarang menjaminkan, menggadaikan, atau memindahtangankan BMN yang menjadi objek KSPI
Berakhirnya perjanjian	Serah terima objek BGS/BSG dilakukan paling lambat pada saat berakhirnya jangka waktu BGS/BSG dan dituangkan dalam berita acara serah terima.	Mitra KSPI harus menyerahkan objek KSPI dan barang hasil KSPI kepada pemerintah pada saat berakhirnya jangka waktu KSPI sesuai perjanjian.
Penyerahan objek perjanjian	Gedung, bangunan, sarana dan fasilitas menjadi BMN sejak diserahkan kepada pemerintah sesuai perjanjian atau pada saat berakhirnya perjanjian.	- Barang hasil KSPI menjadi BMN sejak diserahkan kepada pemerintah sesuai perjanjian. - Ada juga yang tanp apengalihan aset, tergantung perjanjian.
Mitra pemerintah	Pihak yang dapat menjadi mitra BGS/BSG meliputi: a) Badan Usaha Milik Negara; b) Badan Usaha Milik Daerah; c) Swasta kecuali perorangan; d) Badan Hukum lainnya	Pihak yang dapat menjadi mitra KSPI terdiri atas: Perseroan Terbatas; b) Badan Usaha Milik Negara; c) Badan Usaha Milik Daerah; d) koperasi.
Jangka waktu	Jangka waktu BGS/BSG paling lama 30 (tiga puluh) tahun terhitung sejak perjanjian ditandatangani, dan tidak dapat diperpanjang	Jangka waktu KSPI paling lama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperpanjang.
Pembiayaan	--	Perlu dukungan dana tunai infrastruktur dari pemerintah.

TABEL 2 NILAI KEMANFAATAN BAGI PEMERINTAH DALAM BGS/BSG & KPSI

No.	Status	BGS/BSG	KSPI
1	Pembangunan untuk Pemerintah Pusat & Daerah	Ya (+)	Ya/tidak (-)
2	Jaminan utang	Ya/tidak (+/-)	Tidak (+)
3	Jangka waktunya lama	Tidak (+)	Ya (-)
4	Perpanjangan jangka waktu	Tidak (+)	Ya (-)
5	Alih teknologi	Ya (+)	Ya/tidak (+/-)
6	Dukungan finansial dari Pemerintah	Tidak (+)	Ya/tidak (+/-)

Menurut Notonagoro dan AP Parlindungan bahwa orang asing hanya dapat mempunyai hak atas tanah di Indonesia, selama kepentingan WNI tidak terganggu dan juga penguasaan tanah

oleh orang asing itu dibutuhkan oleh pemerintah dalam rangka ekonomi Indonesia (AP Parlindungan, 1988: 29). Selanjutnya, dikatakannya bahwa bukan sudut pandangan dari orang asing tetapi dari sudut pandangan Indonesia (ekonomis, politis, sosial, dan bahkan pertahanan dan keamanan nasional). Ditegaskan oleh Notonagoro, bahwa orang asing dapat diberi penguasaan terhadap tanah di Indonesia, seberapa dibutuhkan oleh Indonesia terhadap orang asing itu (Notonagoro, 1994: 79; Iman Soetikinjo, 1985:18). Pendapat tersebut, lebih memberikan penekanan bahwa penguasaan tanah oleh asing harus dilihat dari kepentingan nasional, bukan pada kepentingan asing semata. Hal demikian sejalan juga dengan semangat Hak Asasi Manusia yang tertuang dalam Pasal 2 ayat (3) Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya, yang telah diratifikasi dengan UU No 11 Tahun 2005.

Berdasarkan analisis data pada tabel 2 di atas ternyata BGS/BSG lebih sejalan dengan pendapatnya Notonagoro dan AP Parlindungan dibandingkan KSPI. Artinya BGS/BSG lebih bermanfaat bagi Bangsa dan Negara Indonesia.

Dikatakan BGS/BSG lebih bermanfaat dibandingkan dengan KSPI, pertama jika diperhatikan dari sisi jangka waktu BGS/BSG sejalan dengan ketentuan UUPA, sementara untuk KSPI melampaui kepatutan dan kepastian hukum yang ditentukan UUPA. Kedua, Pemerintah lebih cepat mendapatkan manfaat atas alih teknologinya, mengingat tidak adanya celah untuk melakukan perpanjangan jangka waktu kerjasama pemanfaatan BMN. Hal ini mestinya menjadi perhatian pemerintah Indonesia, mengingat juga bahwa pembangunan dan pengelaloan bendungan sungai Syehan di Negara Turki yang bekerjasama dengan Kumugai Kigumi dari Jepang sebagai cikal bakal BGS, cukup dengan 26 tahun masa pengelolaan, dan lima tahun masa pembangunannya (FX. Sumarja, 2014: 495). Ketiga, Pemerintah tidak perlu menyediakan dana untuk menstimulasi pihak swasta dalam pembangunan infrastruktur (Eko Nur Surachman, tanpa tahun), kecuali penyediaan tanah dan fasilitas kemudahan perizinan.

Berdasarkan ukuran kepentingan Pemerintah/bangsa Indonesia akses tanah bagi orang asing melalui skema BGS/BSG untuk pembangunan pelabuhan laut dipandang adil, karena Indonesia mengambil sikap "larangan pengasingan tanah", yaitu orang asing tidak diperbolehkan mempunyai tanah hak milik melalui Konstitusi yang ada dengan menganut prinsip nasionalitas dan kebangsaan. Prinsip demikian tidaklah mutlak, sebab pihak asing tetap dijamin untuk mendapatkan manfaat atas tanah yang ada di wilayah NKRI. Jangka waktu 30 tahun yang disediakan bagi BGS/BSG dipandang cukup untuk mengembalikan modal dan mendapatkan keuntungan yang layak. Selain itu alih teknologi juga merupakan suatu hak yang harus diperjuangkan oleh negara yang masih dalam kategori negara berkembang termasuk Indonesia sesuai Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.

Selain ukuran keadilan, ukuran kepastian hukum juga sudah melekat pada Konstitusi Indonesia yang sejalan dengan Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya seperti telah diuraikan di atas, dan telah ditindaklanjuti dengan peraturan perundang-undangan di bidang sumberdaya agraria, yaitu UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

Menurut Andreas Hans Roth (1949: 162), bahwa “*According to general international law, the alien’s privilege of participation in the economic life of his State of residence does not go so far as to allow him to acquire private property. The state of residence is free to bar him from ownership of all or certain property, whether movables or realty*” (Gouwgioksiong, 1963: 52). Terdapat kebiasaan hukum internasional bahwa orang asing dapat diberikan akses tanah hanya terbatas di suatu negara, termasuk Indonesia (Boedi Harono, 2008: 223; FX. Sumarja, 2012: 51). Kalaupun skema BGS/BSG tidak dikenal dalam UUPA, namun yang pasti bukanlah Hak Milik dan Hak Guna Bangunan. Selain itu UUPA juga masih membuka ruang bagi pengaturan BGS, kalau harus diwujudkan dalam sebuah kelembagaan yang disebut hak-hak atas tanah. Kalaupun bukan hak atas tanah, paling tidak bisa masuk hak-hak yang berkaitan dengan tanah seperti yang dikenal dalam hukum adat.

Pasal 24 UUPA mengatur bahwa penguasaan tanah hak milik oleh bukan pemiliknya dibatasi dan diatur dengan peraturan perundangan. Ketentuan dalam penjelasannya adalah: “Sebagai pengecualian dari asas yang dimuat dalam Pasal 10 UUPA (tanah pertanahan wajib dikerjakan sendiri secara aktif), bentuk-bentuk hubungan antara pemilik dan penggarap/pemakai itu ialah misalnya: sewa, bagi hasil, pakai atau hak guna bangunan”. Memang dalam penjelasan Pasal 24 UUPA tidak dengan tegas memuat bangun guna serah, mengingat pada saat lahirnya UUPA, bangun guna serah belum dikenal secara luas di Indonesia maupun dunia internasional. Tetapi ketentuan Pasal 24 UUPA adalah sebagai pintu masuk lahirnya hak bangun guna serah selain ketentuan Pasal 16 ayat (1) huruf h UUPA.

Kalaupun Pasal 10, 24 UUPA dianggap terbatas pada tanah pertanian dan tanah hak milik, sehingga tidak bisa dijadikan landasan hukum untuk membuka celah BGS di atas tanah negara, maka dasarnya adalah UU No. 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum. Apabila dicermati Pasal 12 UU Pengadaan Tanah, pemanfaatan tanah negara/pemerintah/ daerah dalam rangka pembangunan untuk kepentingan umum dapat dikerjasamakan dengan BUMN, BUMD, atau Badan Usaha Swasta. Pada intinya Pasal 12 UU Pengadaan Tanah mengatur bahwa pembangunan untuk kepentingan umum selain untuk pembangunan pertahanan dan keamanan nasional wajib diselenggarakan Pemerintah dan dapat bekerja sama dengan BUMN, BUMD, atau Badan Usaha Swasta. Artinya substansi Pasal 12 UU Pengadaan Tanah sama dengan substansi Pasal 10 dan 24 UUPA, bahwa pemanfaatan tanah dapat dikerjasamakan dengan pihak lain bersaranakan perjanjian BGS.

Apabila bangun guna serah akan dilembagakan sebagai salah satu macam hak atas tanah, UUPA telah menyediakan ruang untuk itu, khususnya dalam Pasal 16 ayat (1) huruf h. Pasal tersebut mengatur bahwa hak-hak lain yang tidak termasuk HM, HGU, HGB, HP, Hak Sewa, Hak membuka tanah, dan hak memungut hasil hutan akan ditetapkan dengan undang-undang. Hak Bangun Guna Serah adalah hak mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya di atas tanah yang bukan miliknya sendiri kemudian mendayagunakan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya diserahkan kepada pemegang hak

atas tanah setelah berakhirnya jangka waktu.

Berdasarkan ketentuan Pasal 16 ayat (1) huruf h UUPA jika dikaitkan dengan Konstitusi Indonesia yaitu Pasal 28J ayat (2) UUDNRI 1945, pengaturan bangun guna serah sebagai suatu hak atas tanah harus ditetapkan dalam bentuk undang-undang. Undang-undang yang dimaksud tidaklah harus undang-undang tersendiri, namun bisa juga materi muatan ini masuk dalam RUU Pertanahan yang saat ini sudah masuk pada program legislasi nasional tahun 2015, mengingat hak guna ruang bawah tanah telah masuk dalam RUU tersebut. Tentu saja isi kewenangan BGS tidak lebih luas dari HM, HGB dan HP.

Pengaturan hak BGS dalam UU Pertanahan juga belum menjamin bahwa hal itu akan berbuah manis bagi Bangsa Indonesia selama tidak terpenuhi prasyaratnya. Agar konsep BGS tersebut dapat terwujud dengan baik, maka masih diperlukan prasyarat-prasyarat yang lain, misalnya adanya kemauan politik (*politic will*) dari pemerintah, termasuk instansi/birokrasi dan pihak-pihak lain yang ikut serta atau terkait dengan pertanahan harus secara terstruktur dan sistematis melakukan sosialisasi dan pendidikan hukum kepada masyarakat luas (termasuk pihak asing), sehingga tanah benar-benar diposisikan sebagai faktor produksi dan bukan sebagai sarana spekulasi, investasi atau komoditas perdagangan (FX. Sumarja, 2015: 502-503).

IV. SIMPULAN

1. Diperlukan paradigma baru dalam menarik investasi asing di Indonesia, agar mendapatkan kemanfaatan, keadilan dan kepastian hukum, melalui hak bangun guna serah untuk pembangunan infrastruktur (pelabuhan laut), dengan memasukan materi muatan BGS ke dalam RUU Pertanahan.
2. Memposisikan tanah benar-benar sebagai faktor produksi dan bukan sebagai sarana spekulasi, investasi atau komoditas perdagangan.
3. Perlu kemauan politik (*politic will*) dari pemerintah, termasuk instansi/ birokrasi dan pihak-pihak lain yang ikut serta atau terkait dengan pertanahan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Arizona, Yance, 2014, *Konstitusionalisme Agraria*, STPN Press, Yogyakarta.
- Goungioksiong, 1963, *Tafsiran Undang-Undang Pokok Agraria*, Djakarta, PT Kinta.
- Harsono, Boedi, 2008, *Hukum Agraria Indonesia: Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Jakarta, Djambatan
- Ibrahim, Johnny, 2008, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang, Bayumedia Publissing.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2010, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group
- Notonagoro, 1994, *Politik Hukum dan Pembangunan Agraria di Indonesia*, Jakarta, Bina Aksara.
- Parlindungan, A.P., 1988, *Komentaris Atas Undang-Undang Pokok Agraria*, Bandung, Alumni.

- Roth, Andreas Hans, 1949, *The minimum standard of international law applied to aliens*, Leiden
- Ruchiyat, Eddy, 2006, *Politik Hukum Pertanahan Nasional Samapi Orde Reformasi*, Bandung, PT Alumni.
- Sidharta, B. Arief, 2000, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum, sebuah penelitian tentang fundasi kefilosafatan dan sifat keilmuan ilmu hukum sebagai landasan pengembangan ilmu hukum Nasional Indonesia*, Bandung, Mandar Maju
- Sidharta, B. Arief, 2009, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Bandung, Rafika Aditama.
- Soetiknjo, Iman, 1985, *Politik Agraria Nasional*, Yogyakarta, Gadjah Mada University Press.
- Sumarja, FX, 2012, *Problematisasi Kepemilikan Tanah Bagi Orang Asing (sebuah tinjauan yuridis-filosofis)*, Bandar Lampung, Penerbit Indepth Publishing
- Wignyosoebroto, Soetandyo, 2002, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

Jurnal, Disertasi, Makalah, Notulensi, internet

- D.H.M. Meuwissen, 1994, *Ilmu Hukum* (Penerjemah B. Arief Sidharta), *Pro Justitia*, Jurnal Unika Parahyangan, Tahun XII No. 4 Oktober 1994.
- Sumarja, FX, 2014, *Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan Infrastruktur Bersarakan Bangun Guna Serah*, Jurnal Ilmiah Pertanahan PPPM-STPN "Bhumi", Nomor 40 Tahun 13, Oktober 2014.
- Sumarja, FX, 2015, *Politik Hukum Larangan Kepemilikan Tanah Hak Milik Oleh Orang Asing Untuk Melindungi Hak-Hak Atas Tanah WNI*, Semarang, Disertasi PDIH Undip.
- Surachman, Eko Nur, *Dana Dukungan Tunai Infrastruktur (Viability Gap Fund): Harapan Baru Pembangunan Infrastruktur di Indonesia*, makalah lepas tanpa tahun.
- Tjondronegoro, Sediono, Notulensi "Diskusi Pakar Kajian Kritis Terhadap RUU Pertanahan" Hotel Sahati Jakarta, 12 Juni 2013.
- Rachbini, Didik J, <https://pwkunpas.wordpress.com/welcome/ekonomi-kebijakan-infra-struktur-kritis-pada-implementasi/>

Muhammad Rustamaji, Bambang Santoso

Universitas Sebelas Maret (UNS) Surakarta. Jalan Ir. Sutami No.36A, Surakarta, Jawa Tengah.

Email:hatchi_ajie@yahoo.com

SUMBER DAYA LAUT INDONESIA DALAM KANCAH MASYARAKAT EKONOMI ASEAN, ANTARA JEBAKAN REIFIKASI DAN *DEEP ECOLOGY*

ABSTRACT

The sea area of Indonesia reached 5.8 million km², with a cluster of more than 17,500 islands, promising a great resource in facing the ASEAN single market. A coastline of 81,000 km which is actually the second longest in the world after Canada, potentially, become a storefront variety of national products which are marketed around the world. But the single market proposed in Asean Economic Community (AEC), leaving homework, which is not simple in the ecological sector. The purpose of this writing is actually wanting to show challenges that must be faced when AEC creating a single ASEAN market. Based on the categorization of legal study analysis method, the method in use, including method of dogmatic research which developed legal studies as a dogmatic law (Rechtsdogmatiek). The results showed that, consciously or not, the Asean single market has brought a new myth called rationality efficiency of the commodity. Horkheimer and Adorno in their enlightenment dialectic explained that in the field of economy, efficiency is the law of the market, substitutes all kinds of feudal and religious restrictions. Then rationality equated with efficiency. When this efficiency is applied in the dynamics of the capitalist economy, what happens next is the entire field of human life will become a commodity. Then came the so-called reification, that is when everything becomes a commodity, people no longer feel enjoy but only for the sake of consumption without establishing social relations in the true sense. At this situation, the ecological damage becomes inevitable, even considered reasonable as a price worth paying. Law, which in essence is the ethical conversation humans to produce justice, easily forgotten because of greed. In-depth perspective on the ecological (deep ecology), which

essentially is in the interests of civilization, began excluded. But all such reification excesses can be avoided when the law still pursued progressively, so the law must arrive at the radicality demolition on law assumptions. The law is not only to check the fairness, but it should produce justice, even a new kind of justice, namely justice for the sake of future generations (intergeneration justice). It can be concluded that the ocean should not only being taken for its wealth resources in the trap of reification of the ASEAN single market, but also should be maintained, its preservation for the sake of our next generation in regard of deep ecology.

Keywords: reification, deep ecology, marine resources

ABSTRAK

Luas wilayah laut Indonesia yang mencapai 5,8 juta km², dengan gugusan lebih dari 17.500 pulau, menjanjikan sumber daya yang besar dalam menghadapi pasar tunggal ASEAN. Garis pantai sepanjang 81.000 km yang notabene terpanjang di dunia setelah Kanada, sangat potensial pula menjadi etalase beragam produk nasional yang dipasarkan kepada dunia. Namun pasar tunggal ala Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA) demikian, menyisakan pekerjaan rumah yang tidak sederhana di sektor ekologi. Tujuan penulisan sejatinya ingin menunjukkan mengenai tantangan yang harus dihadapi ketika MEA menciptakan pasar tunggal ASEAN. Berdasarkan kategorisasi metode analisis studi ilmu hukum, metode yang digunakan termasuk metode penelitian dogmatik yang melakukan pengembangan ilmu hukum sebagai dogmatika hukum (*Rechtsdogmatik*). Hasil kajian menunjukkan bahwa disadari atau tidak, pasar tunggal ASEAN telah memunculkan mitos baru bernama rasionalitas efisiensi komoditi. Horkheimer dan Adorno dalam 'dialektika pencerahan'nya menjelaskan, bahwa di bidang ekonomi, efisiensi merupakan hukum pasar yang menggantikan segala macam pembatasan feodal maupun religius. Maka rasionalitas dipersamakan dengan efisiensi. Ketika efisiensi ini diterapkan dalam dinamika perekonomian kapitalis, yang terjadi kemudian adalah seluruh bidang kehidupan manusia menjadi komoditi. Lalu terjadilah yang dinamakan reifikasi, yaitu ketika semua hal menjadi komoditi, orang tidak lagi menikmati melainkan konsumsi demi konsumsi tanpa membangun hubungan sosial dalam arti yang sebenarnya. Pada nadir demikian, kerusakan ekologi menjadi tak terhindari, bahkan dianggap wajar sebagai harga yang pantas dibayar. Hukum yang sejatinya merupakan percakapan etis manusia untuk menghasilkan keadilan, dengan mudah dilupakan karena keserakahan. Cara pandang mendalam mengenai ekologi (*deep ecology*) yang dasarnya adalah kepentingan peradaban, mulai tersisihkan. Namun semua ekse reifikasi demikian masih dapat dihindarkan ketika hukum diupayakan secara progresif, sehingga hukum musti tiba pada radikalitas pembongkaran pada asumsi-asumsi hukum. Hukum tidak hanya ada untuk memeriksa keadilan, tetapi sudah seharusnya menghasilkan keadilan, bahkan keadilan jenis baru, yaitu keadilan demi generasi mendatang (*intergeneration justice*). Sehingga dapat disimpulkan bahwa samudera seharusnya tidak hanya didulang kekayaan sumber dayanya semata dalam jebakan reifikasi pasar tunggal ASEAN, namun terpelihara pula kelestariannya bagi anak cucu manusia mendatang karena mempertimbangkan *deep ecology*.

Kata kunci: reifikasi, *deep ecology*, sumber daya laut.

I. PENDAHULUAN

Pada gelaran Markplus Conference 2015, Hermawan Kartajaya mengingatkan bahwa pasar tunggal yang digagas MEA (Masyarakat Ekonomi Asean) memiliki potensi lebih gawat daripada AFTA (*Asean Free Trade Area*) maupun CAFTA (*China-Asean Free Trade Agreement*). Diungkapkan bahwa, jika AFTA dan CAFTA hanya menyangkut arus barang, tetapi MEA mencakup arus bebas barang, arus bebas orang, arus bebas jasa, dan arus bebas uang (permodalan dan investasi) (Hermawan Kartajaya, 2014: 7). Kegentingan demikian tentunya dapat dipelajari pasca ditandatanganinya CAFTA. Pasar Indonesia mengalami depresiasi yang signifikan dengan

membanjirnya produk-produk China yang membanting produk lokal, sebagai akibat harga kompetitor yang jauh lebih rendah.

Biro Pusat Statistik (BPS) merilis data diawal bergulirnya CAFTA, bahwa hingga 2009 ekspor manufaktur (Serian Wijatno dan Ariawan Gunadi, 2014: 18) Indonesia menurun dari total 60.831 miliar dollar AS menjadi 45.632 miliar dollar AS, atau merosot hampir 25 persen. Penurunan demikian pada akhirnya memengaruhi total ekspor nonmigas sebesar 18,31%. Sementara itu, realisasi impor Indonesia dari China selama semester pertama 2009 justru berbanding terbalik dibanding ekspor. Nilai impor produk elektronika dari China mencapai 30% atau senilai 300 juta dollar AS, 60% mainan anak-anak dari total 17 juta dollar AS, 14 juta dollar AS atau 50% produk alas kaki (Aris Yunantoi, 2010). Perjanjian perdagangan antar Asean dengan China ternyata juga berekses pada neraca kerugian Indonesia yang mencapai Rp. 35 Triliun per tahun (Yogie Suryo, 2011). Adapun di bidang perikanan hingga juni 2009, BPS juga merilis data pasca diberlakukannya CAFTA, nilai impor perikanan Indonesia telah mencapai 72,68 juta dollar AS atau melebihi 50% dari impor perikanan di tahun 2008 (Jafar M. Sidik, 2011).

Pukulan telak terhadap produk lokal inilah yang sejatinya menjadi sinyalemen bahwa kompleksitas persaingan di kancah MEA, memerlukan kesiapan yang jauh lebih serius. Kesiapan basis ekonomi yang lebih kokoh beserta pendukung sektor lainnya mutlak diperlukan. Jangan sampai kegagalan dan ketidaksiapan pasar lokal menjadi 'kambing hitam' untuk kedua kalinya ketika depresiasi pasar lokal dan nasional benar-benar terjadi di era MEA.

Mencermati dialektik ketepurukan dalam persaingan pada tataran yang lebih abstrak, fenomena terpukunya produk lokal oleh membanjirnya produk asing dengan harga yang sangat bersaing, sejatinya bukan merupakan bahasan yang baru. Jauh-jauh hari, kondisi liberalisasi dan persaingan bebas demikian sebenarnya sudah diingatkan oleh para pemikir Filsafat Kritis. Horkheimer dan Adorno misalnya, melalui buku *Dialektik der Aufklärung* yang terbit kali pertama pada 1944, mereka memberi kritik mendalam mengenai 'komoditas' dan 'efisiensi ekonomis' (Frans Magnis Suseno, 2014: 293-249). Ketika rasionalitas teori kapitalisme mengatakan '*biarkan pasar bekerja, karena pasar menciptakan efisiensi yang paling murni*', maka munculah mitos baru yang memersamakan rasionalitas dengan efisiensi. Produk yang tidak efisien akan tergerus dan hancur di mandala (medan) pasar. Pada tahap selanjutnya, semua bidang kehidupan manusia menjadi komoditi. Semua nilai menjadi komoditi, artinya nilai yang sesungguhnya sudah hilang, dan produksi bukan lagi untuk memenuhi kebutuhan, melainkan untuk memunculkan kebutuhan baru yang terus menerus diciptakan demi pertumbuhan produksi (Frans Magnis Suseno, 2014:2).

Namun terdapat hal yang lebih merisaukan dibanding siap-tidak siapnya Indonesia maupun negara-negara Asean dalam bergumul dengan pasar tunggal MEA yang mengandalkan 'komoditas dan 'efisiensi ekonomis' sebagai ujung tombaknya, yaitu aspek ekologis. Ketika produksi meningkat dengan pesat, kebutuhan juga tidak terlimitasi lagi, bahan baku yang kesemuanya bersumber dari alam, dapat dipastikan mereduksi keseimbangan ekologis. Terlebih belum adanya regulasi yang disepakati bersama mengenai penjagaan ekologi Asean, menjadikan terdapatnya 'ruang

kosong' yang memerlebar potensi kerusakan lingkungan ketika pasar tunggal Asean digelar. Membanjirnya produk China di awal CAFTA dengan harga yang sangat kompetitif, lagi-lagi dapat dijadikan contoh nyata eksistensi ancaman ekologis demikian. Tentunya sangat logis dipertanyakan, bagaimana produk China dapat merajai berbagai pasar dunia dengan harga yang relatif murah? Ternyata jawabnya tidak lain karena produksi masal dengan proses produksi yang sangat efisien. Kata 'efisien' di sini mengacu pada peraturan-peraturan lingkungan yang terlalu longgar, dan penegakan hukum yang masih lemah di China, sehingga memungkinkan produsen China menghasilkan barang dengan ongkos produksi rendah. Artinya efisiensi sebagai salah satu komponen daya saing, ternyata memersyaratkan adanya korban, yaitu ekologi. Salah satu contoh ekologi yang dikorbankan adalah parahnya tingkat polusi udara di China, yang digambarkan pada kota Benxi. Catatan Navarro (2008: 49) menyebutkan, pada suatu saat, pusat industri berat itu membakar kira-kira 7 juta ton batu bara per tahun, dan menghasilkan lebih banyak baja perkapita daripada semua kota lain di China. Bahkan kota Benxi ini benar-benar menghilang dari pencitraan satelit karena awan tebal kabut asap dan jelaga yang menyelimuti langit China⁹.

Adapun ketika menyoroti aspek ekologi di Indonesia, sebagai gambaran riil eksploitasi¹⁰ lingkungan hidup yang berujung pada konflik horizontal, dapat dicermati pada laporan HuMa mengenai konflik Sumber Daya Alam dan Agraria yang mencapai 369 kasus. Rincian konflik tersebut mencakup di bidang perkebunan (175 kasus), kehutanan (94 kasus), perairan dan kepulauan (4 kasus), pertambangan (50 kasus), serta pertanahan (46 kasus)¹¹. Kondisi demikian merupakan realitas kekinian limbungnya pendulum keseimbangan ekologi dan keadilan. Ketika kesemuanya diserahkan pada mekanisme pasar tunggal Asean, pertanyaan yang muncul adalah; akankah *deep ecology* dan keadilan bagi generasi mendatang (*Intergeneration Justice*) memperoleh kesempatan? Inilah fokus tulisan yang membahas hukum bukan hanya sebagai pengetahuan teknis tetapi juga pengetahuan etis, ketika MEA membuka pasar tunggal Asean. Ketika lautan dan samudera dihamparkan dan dieksploitasi kekayaannya, muncul pertanyaan, apakah hukum masih merupakan percakapan etis manusia untuk menghasilkan keadilan, dan dasarnya adalah kepentingan peradaban? Jika hal demikian yang masih dijadikan acuan, maka hukum harus diupayakan secara progresif, sehingga hukum musti tiba pada radikalitas pembongkaran pada asumsi-asumsi hukum yang selama ini dianggap mapan. Inilah saatnya menempatkan hukum tidak hanya ada untuk memeriksa keadilan, tetapi sudah seharusnya menghasilkan keadilan, bahkan keadilan jenis baru (*new kind of justice*), yaitu *intergeneration justice*.

Berdasarkan latar belakang masalah di atas, rumusan permasalahan yang diajukan dalam artikel dimaksud, difokuskan pada lontaran kritik terhadap pemanfaatan sebesar-besarnya sumber daya laut Indonesia dalam kancah Masyarakat Ekonomi Asean, yang ditengarai potensial berada pada Jebakan Reifikasi dan mengesampingkan konsep *Deep Ecology*. Menyambut era baru kepemimpinan nasional yang memberikan perhatian lebih pada sumber daya laut Indonesia dalam menghadapi MEA, kritik mengenai potensi kerusakan ekologi sudah selayaknya dilayangkan pula sebagai penyeimbang pendulum pesatnya kegiatan ekonomi yang dipancarkan.

III. METODE PENELITIAN

Ditinjau dari jenis penelitian atau tipe penelitiannya, penelitian pada artikel ini termasuk dalam penelitian hukum doktrinal. Dalam pandangan Sooetandyo Wignjosoebroto (2013: 121), penelitian hukum doktrinal adalah penelitian-penelitian atas hukum yang dikonsepsikan dan dikembangkan atas dasar doktrin yang dianut sang pengonsep dan/atau sang pengembangnya. Sebagai sebuah penelitian dogmatik yang melakukan pengembangan ilmu hukum sebagai dogmatika hukum (*Rechtsdogmatik*), kegiatan ilmiahnya mencakup kegiatan menginventarisasi, memaparkan, menginterpretasi, dan mensistematisasi, serta mengevaluasi keseluruhan teks otoritatif (hukum positif) yang berlaku dalam suatu masyarakat atau negara tertentu. Keseluruhan kegiatan ilmiah tersebut, oleh Bernard Arief Sidharta, dilakukan dengan bersaranakan konsep-konsep (pengertian-pengertian), kategori-kategori, teori-teori, klasifikasi-klasifikasi, dan metode-metode yang dibentuk dan dikembangkan khusus untuk melakukan semua kegiatan ilmiah tersebut yang diperuntukkan guna penyelesaian yuridik terhadap masalah hukum (mikro maupun makro) di dalam masyarakat (Bernard Arief Sidharta, 2014:142).

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

a. Sumber Daya Laut Indonesia, Antara Reifikasi dan *Deep Ecology*. Suatu Pembahasan

Luas wilayah laut Indonesia yang mencapai 5,8 juta km², dengan gugusan lebih dari 17.500 pulau, menjanjikan sumber daya yang besar dalam menghadapi pasar tunggal ASEAN. Garis pantai sepanjang 81.000 km yang notabene terpanjang di dunia setelah Kanada, sangat potensial pula menjadi etalase beragam produk nasional yang dipasarkan kepada dunia. Namun pasar tunggal ala Masyarakat Ekonomi Asean (MEA) yang dimaksudkan untuk menciptakan pasar tunggal Asean, dalam kacamata filsafat kritis, disadari atau tidak telah memunculkan mitos baru bernama rasionalitas efisiensi komoditi. Horkheimer dan Adorno dalam 'dialektika pencerahannya menjelaskan, bahwa di bidang ekonomi, efisiensi merupakan hukum pasar yang menggantikan segala macam pembatasan feodal maupun religius. Maka rasionalitas dipersamakan dengan efisiensi. Ketika efisiensi ini diterapkan dalam dinamika perekonomian kapitalis, yang terjadi kemudian adalah seluruh bidang kehidupan manusia menjadi komoditi. Manusia tidak lagi bebas dan sama, namun terstartifikasi dalam proses perekonomian modern, ada golongan atas dan golongan bawah. Horkheimer dan Adorno bahkan mengungkapkan bahwa keputusan bagi manusia diambil dengan hirarki sejak dari asosiasi perdagangan hingga pemerintahan nasional, dan tentu saja diruang pribadi (ranah domestik) oleh sistem kebudayaan massa yang mengambil alih dorongan batin terakhir dari individu. Individu dipaksa untuk mengkonsumsi apa yang ditawarkan kepada mereka (Max Horkheimer dan Theodore Adorno, 2014: 346).

Horkheimer dan Adorno mengulas lebih lanjut bahwa, produksi tidak lagi untuk memenuhi kebutuhan, melainkan memunculkan kebutuhan baru yang terus menerus diciptakan demi pertumbuhan produksi (Frans Magnis Suseno, 2014:2). Lalu terjadilah yang dinamakan reifikasi, yaitu ketika semua hal diubah menjadi komoditi, orang tidak lagi menikmati suatu produk atau

jasa melainkan hanya sebatas konsumsi demi konsumsi tanpa membangun hubungan sosial dalam arti yang sebenarnya. Dalam hal ini, yang terjadi adalah orang lain menjadi sarana pemenuhan kebutuhan akan konsumsi egois yang semakin meluas. Kebanggaan bukan lagi diukur karena prestasi nyata (*to be* Erich Fromm), melainkan karena bisa mengonsumsi (*to have* Erich Fromm). Mitos baru yang terbentuk adalah adanya keyakinan masyarakat kapitalis bahwa pola masyarakat kapitalis itu mewujudkan kehidupan manusia yang rasional dan manusiawi.

Mengerucut pada konteks MEA, fenomena pasar tunggal demikian agaknya tidak dapat dilepaskan dari rasionalitas dan nilai kemanusiaan baru yang dibawa-serta oleh mitos *anyar* demikian. Pada titik demikian MEA menciptakan kausa yang menjadi sasaran kritik oleh filsafat kritis. Ketiadaan pembatasan demi efisiensi dalam wujud pasar bebas, stratifikasi golongan dalam perekonomian yang dibangun, maupun mitos baru yang diperamkan dalam benak masyarakat Asean, memunculkan sisi 'ketidakberesan' yang perlu mendapatkan pengingatan. Tentu saja pengingatan demikian tidak hanya dalam ranah pemikiran, namun jauh menghujam hingga ke tataran praktis. Seperti diketahui, latar belakang sejarah filsafat kritis berkembang dalam medan gaya berfikir Karl Marx. Melalui paparannya, Marx ingin mengatakan bahwa filsafat itu jangan hanya tinggal di pikiran, namun filsafat seharusnya mengkritik realitas. Pada akhirnya, kritik tersebut mampu 'membakar' ketidakberesan yang ada dalam realitas, sehingga dapat tergeraklah perubahan praktis. Melalui ungkapan yang serupa, Horkheimer melalui teori kritisnya mengungkapkan bahwa filsafat harus berfokus pada hal-hal yang negatif, yang bertentangan, atau melihat dari sudut pandang bawah, sehingga mendapatkan kebenaran yang lebih besar dan membawa gerakan untuk mengubah (Frans Magnis Suseno, 2014:2).

Salah satu sisi ketidakberesan yang menjadi realitas kekinian jelang bergulirnya MEA adalah belum adanya komitmen bersama bangsa Asean mengenai perlakuan terhadap ekologi, yang notabene menjadi 'wadah besar' berlangsungnya kegiatan ekonomi pasar tunggal. Berbeda dengan dibukanya Masyarakat Ekonomi Eropa (MEE) yang didahului pengaturan secara ketat berkait etika dan ketentuan perlakuan terhadap lingkungan hidup, hal yang sebaliknya justru terjadi di kawasan Asean. Kasus impor sampah B3, reklamasi pantai Singapura, membanjirnya barang impor kualitas rendah yang tidak berstandar nasional Indonesia (SNI), maupun kasus pencurian ikan menggunakan pukat harimau dan bom ikan, merupakan gambaran efisiensi tanpa kepekaan ekologi, utamanya di hamparan wilayah laut di kawasan Asean. Kekosongan perhatian terhadap ekologi di kawasan Asean inilah yang dikhawatirkan menggiring proses pasar tunggal Asean ke dalam pemikiran Ekologi Dangkal.

Fritjof Capra mengemukakan bahwa Ekologi Dangkal (*Shallow Ecology*) ialah ekologi yang menempatkan manusia di atas atau di luar alam, dalam kedudukan yang mendominasi alam. Dengan demikian, alam hanya diposisikan sebagai sarana yang mempunyai nilai guna (*utilitarian value*) atau nilai instrumental. Ekologi dangkal didasarkan pada individualisme teknokratik. Ketika etika individualistik mengatasnamakan kemajuan, memupuk perilaku yang kasar dan serakah, sikap tindak para penganut paham ini terhadap lingkungan berubah menjadi 'Etika Kobo'i' (Liek

Wilardjo, 2009:261-266). Etika Koboï ini gambarannya dapat dicermati ketika era *Wild, Wild West*, yaitu ketika koboï-koboï Amerika membantai suku bangsa Indian, mengobok-obok lahan dan hutan yang masih alami, dan bahkan nyaris memusnahkan kawanan bison yang hidup liar di dataran safana bangsa Indian.

Gambaran inilah yang sesungguhnya merupakan paradigma lama yang sudah usang dan sudah semestinya ditinggalkan, namun anehnya justru coba dihidupkan kembali. Paradigma ini terdiri dari sejumlah ide-ide dan nilai-nilai yang mengungkung pemikiran dengan fokus antroposentrisme (Liek Wilardjo, 2009: 203-204). Pemikiran demikian diantaranya mencakup pandangan atas alam semesta sebagai sebuah sistem mekanis yang tersusun dari pilar-pilar dasar bangunan, pandangan yang menganggap tubuh manusia ibarat sebuah mesin, pandangan bahwa kehidupan dalam masyarakat sebagai perjuangan kompetitif demi eksistensi, kepercayaan akan kemajuan material yang tidak terbatas yang dicapai melalui pertumbuhan ekonomi dan teknologi. Paradigma inilah yang mendominasi selama ratusan tahun dan membentuk masyarakat Barat Modern serta berdampak kuat bagi ketenangan dunia. Lalu apakah pola tindak demikian yang coba dikembangkan dalam pelaksanaan MEA yang segera digulirkan 2015 ini? Tentu saja ketika mengingat eksekusi yang pernah terjadi di Dunia Barat, kita harus bersepakat untuk mengatakan tidak.

Mengerucut pada gagasan pemerintah Indonesia dalam menghadapi MEA melalui pengoptimalan potensi sumber daya laut, pemikiran ala Ekologi Dangkal, sudah semestinya diubah arahnya. Berbeda dengan pemahaman Ekologi Dangkal yang melihat lingkungan hidup sebagai sarana pemenuh kebutuhan dalam kacamata ekonomi, Ekologi Dalam (*deep ecology*) merupakan teori etika lingkungan yang berintikan biosentrisme. Tesis utamanya ialah bahwa manusia bukan sekedar makhluk sosial, melainkan makhluk ekologis. Pandangan demikian dimaknai oleh Liek Wilardjo bahwa makna kehidupan manusia yang sepenuhnya, tidak dapat ditemukan hanya dalam masyarakat, dalam per~~st~~*rawungannya* dengan sesamanya, melainkan hanya ditemukan dalam komunitas ekologis, dalam perwujudan dirinya sebagai makhluk ekologis (Fritjof Capra, 2002: 15-16).

Sementara itu, dengan semangat yang sama, Arne Naess mengutarakan pandangannya mengenai Ekosofi (Liek Wilardjo, 2009: 265), yang menganjurkan pola dan gaya hidup yang sesuai dengan kearifan merawat alam sebagai sebuah rumah tangga bagi semua makhluk hidup. Dalam hal ini, Ekosofi maupun Ekologi Dalam itu 'setali tiga wang' dengan Holisme Lingkungan. Penganut paham Holisme Lingkungan (*Environmental Holism*) dalam kajian Liek Wilardjo, melakukan gerakan dan pemikirannya guna menentang kerakusan, sifat tidak berperasaan dan kebebalaan (ke *blo'oman*) yang melandasi sikap dan tindakan kaum individualis teknokratik terhadap alam. Penganut Holisme Lingkungan mengecam dengan keras keserakahan dan pemborosan yang merupakan watak khas bangsa-bangsa di negara maju yang mencemari lingkungan tanpa kenal ampun dan menguras kekayaan alam habis-habisan.

Mencermati kerusakan lingkungan yang semakin meninggi akibat industrialisasi yang niretika,

Aldo Leopold berkeras hati dan bersitegang leher bahwa kita harus meninggalkan Etika Antroposentrik. Dia dan kaum yang sepaham dengannya berpandangan bahwa semua makhluk, –baik manusia, maupun dunia fauna dan bahkan flora, berhak memperoleh martabat yang sama sebagai sesama warga komunitas bioti (Liek Wilardjo, 2009: 266-267). Hal senada dikemukakan para Ekologiwan-Dalam (*Deep Ecologists*) yang mengutarakan bahwa manusia hanya sebagai bagian yang hakiki (intrinsik) dari alam. Manusia semata-mata hanya seutas benang khusus dalam jalinan kain alam (*human beings are nothing but a special stand in the fabric of nature*) (Aldo Leopold, 1949).

Selanjutnya ketika MEA dalamancangannya memberlakukan arus bebas barang, arus bebas orang, arus bebas jasa, dan arus bebas uang, yang artinya menciptakan pasar regional tunggal di kawasan Asean, pelajaran apa yang dapat dicamkan melalui *deep ecology* ini?. Melandaskan diri pada kesadaran demikian, maka munculnya subyek hukum baru beserta hak yang melekat kepadanya yaitu, hak gunung untuk tetap menjulang, hak laut untuk tetap biru nan dalam, hak pohon untuk bertumbuh, hak sungai untuk tetap mengalir jernih, hak mawar untuk tetap berduri, merupakan keniscayaan serta mengandung jenis keadilan yang baru. Pikiran kita mengatakan, jika mau adil, maka berikan kepada pohon untuk hadir di pengadilan. Artinya saat ini terdapat dorongan yang jauh lebih kuat secara etis untuk ‘jangan merusak lingkungan’.

Hak hukum bagi pohon untuk menghadap ke pengadilan, kali pertama dikemukakan oleh Crystoper Stone pada era 1970-an. Ia mengatakan, pohon itu punya hak untuk membela diri. Maka timbullah *Theory Legal Standing* yang dikenal sampai saat ini. Melalui tulisannya yang memertanyakan bahwa ‘haruskah pohon mempunyai hak?’ gagasan ini terus bergulir dan melatari kita mengapa hingga saat sekarang ini kita mempunyai hak yang membahas tentang lingkungan.

Maka ketika hukum dijadikan salah satu instrumen penting dalam menghadapi MEA, maka pengembangan hukum yang progresif dan memedulikan *deep ecology* patut mendapatkan perhatian untuk dikembangkan. Dapat disajikan gambaran bahwa ketika MEA dilaksanakan, arus bebas barang akan dilakukan dengan menghilangkan hambatan non-tarif sesuai standar internasional, arus bebas perdagangan dilakukan dengan penghapusan pembatasan yang berhubungan dengan penyediaan layanan pembentukan perusahaan lintas Asean yang selama ini tidak seragam di masing-masing negara anggota, arus bebas uang ditandai dengan pembentukan penuh rezim investasi yang bebas dan terbuka (Rocky Gerung, 2014).

Mencermati kondisi hukum yang mengalami ‘tarikan ke atas’ (Ahmad Aulawi, 2015) oleh globalisasi demikian, yang diperlukan adalah hukum yang tidak melulu berdiam dalam kondisi netral dan tidak memihak. Jauh-jauh hari Satjipto Rahardjo telah mengutarakan bahwa hukum tidak hanya sekedar teks undang-undang, namun bisa juga berwujud perilaku. Lebih lanjut dikemukakan bahwa perilaku atau tindakan manusia itu dapat menambah dan mengubah teks. Pada tataran empiris, ditemukan bahwa peran manusia dalam bekerjanya hukum terlalu besar untuk diabaikan. Hukum bukan apa yang ditulis dan dikatakan oleh teks. Bahkan Chambliss dan Seidman (1971) mengatakan, *The myth of the operation of law is given the lie daily*. Oleh karenanya, untuk dapat melihat perilaku manusia sebagai hukum, maka diperlukan kesediaan untuk

mengubah konsep kita mengenai hukum, yaitu tidak hanya sebagai peraturan (*rule*), tetapi juga perilaku (*behaviour*)³⁵. Untuk itulah ketika perilaku netral yang justru tunjukkan oleh hukum, yang terjadi kemudian adalah semakin tersudutnya 'posisi lemah' sementara pihak dalam sengitnya percaturan dunia yang dimotori oleh globalisasi dengan persaingan bebasnya di segala lini. Untuk itulah, hukum itu dikatakan progresif justru karena membela yang lemah. Pada tataran selanjutnya, maka konsep 'yang lemah' itu harus didefinisikan secara membumi, materiil dan konkrit. Pada posisi inilah ekologi ditempatkan sebagai 'posisi lemah' dalam hukum yang dalam kurun waktu yang panjang tidak mendapatkan tempat sebagai salah satu subyek hukum yang dipedulikan. Pikiran yang ada selama ini mengatakan pro terhadap lingkungan, bukan untuk alasan ekologis tetapi untuk kepentingan ekonomi.

Oleh karenanya, persepsi keadilan saat ini dikatakan telah usang (*obsolete*) jika tidak mencoba mencari sumber-sumber keadilan yang belum ditemukan. MEA juga dapat dikatakan tidak memedulikan keadilan jika hanya menempatkan kepentingan ekonomi sebagai ujung tombak pasar tunggal yang diciptakannya. Maka guna menghindarkan MEA dari praktek eksploitatif terhadap ekologi pada perdagangan bebas di mandala regional Asean, diperlukan hukum yang adil dalam mengaturnya. Hukum yang adil adalah hukum yang memerhatikan sumber-sumber hukum yang baru untuk tercapainya keadilan, hal ini untuk dapat dilakukannya perpindahan dari hari ini ke hari yang akan datang, yaitu keadilan bagi generasi yang akan datang.

Sebuah kritik terhadap pendidikan tinggi hukum juga agaknya perlu dilayangkan, ketika kurikulum fakultas hukum (FH) belum juga sampai pada kajian mengenai hak generasi mendatang (*Intergenerational Justice*). Dengan perkataan lain, apakah generasi mendatang sebagai sumber keadilan hukum di masa mendatang (sumber keadilan baru), memiliki posisi yang diperhitungkan ketika persaingan dengan segala kebebasannya digelar di setiap sisi kehidupan? Atau hukum saat ini cukup dimanfaatkan secara utilitarian saja dan menghabiskan seluruh sumber (*resource*) yang ada, toh secara demokratis (suara khalayak banyak) menginginkan hal demikian?

Sebagai ilustrasi, ketika Presiden Jokowi memaparkan pentingnya tol laut beserta dermaga dan pelabuhan diberbagai pulau di Indonesia, para ahli sibuk menganalisis teknis pembangunan dan reklamasi yang diperlukan untuk melaksanakan rencana tersebut. Terlebih ketika rencana tersebut salah satunya diperuntukkan dalam memenuhi defisit kebutuhan daging sapi impor dari Australia, maka direncanakanlah pembangunan yang masif di Nusa Tenggara Timur (NTT). Diproyeksikan, NTT akan menjadi lokasi pemeliharaan anakan sapi bantuan pemerintah yang apabila sudah mengalami penggemukan, sapi-sapi tersebut akan didistribusikan dengan menggunakan kapal khusus angkutan ternak ke seluruh Indonesia. Model pengembalaan ternak di sabana NTT yang luas dan ditopang angkutan ternak serta tol laut tersebut, bertujuan guna memenuhi kebutuhan daging nasional. Langkah inilah yang diproyeksikan sebagai solusi guna menutup devisa kebutuhan daging nasional. Namun pemikiran demikian agaknya melupakan mengapa saat ini warga nusa tenggara seakan 'lesu darah' untuk kembali mengembangkan peternakan besar sebagai pilihan pencahariannya. Penelitian empiris justru menunjukkan apa

yang sebenarnya membuat para peternak enggan menekuni profesi yang sebenarnya sangat ramah terhadap ekologi ini, yaitu pencurian ternak. 'Kejahatan jalanan' inilah yang sejatinya menjadi momok bagi peternak NTT karena sudah bertransformasi menjadi pencurian ternak yang sangat masif, terorganisir dan melibatkan seluruh sektor yang memeram kekuasaan. Dahlan Iskan memaparkan bahwa pencurian ternak terjadi karena sistem hukum tidak berjalan dengan baik, bahkan fenomena pencuri sapi yang justru meminta tebusan ketika sapi ingin kembali (Satjipto Rahardjo, 2010: 14-15), benar-benar bukan isapan jempol belaka. Walhasil, solusi membeli kapal khusus angkutan ternak, bantuan anakan sapi dari pemerintah, reklamasi pantai dan penggusuran ekosistem mangrof demi terciptanya dermaga yang menunjang tol laut, hanya seakan mengukuhkan pandangan Dahlan Iskan, yaitu ibarat dokter yang salah memberikan resep.

Ilustrasi tersebut menggambarkan bagaimana ekonomi masih ditempatkan sebagai pendulum utama pencapaian kemakmuran dengan mengabaikan ekologi yang ada. Pemikiran demikianlah yang sejatinya menjelaskan mengapa luasnya lautan Indonesia tidak menjadikan Indonesia sebagai bangsa maritim yang menempati jajaran negara terdepan dalam pengelolaan perikanan dan hasil olahan laut lainnya. Solusi yang tidak *match* karena melulu mengeksploitasi ekologi tetapi mengabaikan potensi kreatifitas anak bangsa ini pulalah yang menjelaskan mengapa sumber daya laut seakan tidak pernah cukup untuk memenuhi kebutuhan asupan nutrisi bangsa Indonesia.

Pada kulminasi inilah sebuah pemikiran dari Yuswohady mengenai lima sila untuk memenangi persaingan di kancah MEA (Dahlan Iskan, 2015: 11) , patut direnungkan bersama. Langkah-langkah kreatif dan berdaya juang lebih ditekankan bagi setiap anak bangsa yang ingin menjadi pelaku usaha, daripada mengedepankan solusi eksploitasi ekologi demi perluasan jangkauan ekonomi. Dapat dicermati Sila 1, *use local advantages to kick the competitions*, pelaku usaha harus cerdas memanfaatkan keunikan lokal untuk memenangkan persaingan. Karakteristik pelaku usaha demikian disebut tipe *local champion*. Sila 2, *create local innovation to make competition irrelevant*, pelaku usaha harus memanfaatkan inovasi dan menciptakan pasar baru yang minim persaingan. Karakteristik pelaku usaha seperti ini disebut *creative master*. Sila 3, *boost excellence to beat the giant*, pelaku usaha tipe ini menempuh langkah habis-habisan untuk mendongkrak kualitas produk atau jasanya guna mengalahkan pesaing. Karakteristik pelaku usaha demikian disebut *quality challenger*. Sila 4, *build bigness through mass partnership*, pelaku usaha tipe ini merupakan pemain kecil yang bermain di pasar ceruk (*niche*), akan tetapi jika pemain kecil ini dihimpun menjadi satu kesatuan maka mereka akan memiliki kekuatan yang luar biasa. Karakteristik pelaku usaha demikian disebut *longtail collaborator*. Sila 5, *achieve global best practices to win foreign market*, pekausaha tipe ini merupakan pelaku usaha yang fokus dan berkonsentrasi tinggi untuk benar-benar bersaing di pasar internasional. Karakteristik pelaku usaha demikian sangat istimewa karena mereka menyesar keunggulan disegala aspek sebelum memasuki pasar internasional, baik dari segi permodalan, teknologi, manajemen, sumber daya manusia (SDM) yang kesemuanya berstandar dunia. Karakteristik pelaku usaha ini disebut *global chaser* yang sejak semula menempatkan diri

sebagai pelaku usaha pada jajaran terbaik dunia (*global best practice*).

Berpedoman pada paparan dan contoh pengabaian lingkungan di atas, sudah saatnya hukum diupayakan secara progresif, yaitu menempuh cara-cara kreatif yang mengedepankan daya juang anak bangsa. Oleh karenanya, hukum musti tiba pada radikalitas, pembongkaran pada asumsi-asumsi hukum yang selama ini dianggap mapan secara tekstual. Pada konteks MEA, hukum yang dibentuk di sektor perdagangan pasar tunggal Asean tidak semestinya bersikap abai terhadap ekologi dan sumber keadilan masa depan yaitu anak bangsa sebagai generasi mendatang. Artinya, keberadaan hukum tidak untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar. Maka setiap ada masalah dalam maupun dengan hukum, hukumlah yang ditinjau serta diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum (Yuswohady, 2010: 14-15). Oleh sebab itu Satjipto Rahardjo juga menulis tentang perlunya menempatkan sistem hukum dalam alur besar *deep ecology* (Satjipto Rahardjo, 2009: 32). Dengan demikian, ketika hukum bergeser untuk konteks kehidupan sejagat, maka manusia bukan lagi menjadi titik sentral satu-satunya. Pada spektrum yang lebih luas, hukum difungsikan tidak hanya untuk memeriksa keadilan, tetapi sudah seharusnya menghasilkan keadilan, bahkan keadilan jenis baru (*new kind of justice*), yaitu keadilan bagi lingkungan (*ecology*) dan generasi yang akan datang (*intergeneration justice*). Pada lingkup yang lebih kecil, pemanfaatan sumber daya laut sebagai ajang dilangsungkannya MEA, tidak boleh menegasikan prinsip Ekologi dalam yang memersyaratkan kelestarian bagi generasi mendatang di dalamnya.

IV. SIMPULAN

Ketika samudera dan lautan dengan beragam kekayaan di dalamnya dihamparkan guna menyambut MEA yang segera digulirkan, diperlukan payung hukum yang menyeragamkan pengaturan dalam menopang pasar tunggal Asean. Ketika arah pembentukan dan pembaharuan hukum demikian dilakukan, terdapat pengingatan yang baik dari pandangan filsafat kritis dan *deep ecology* yang patut dipertimbangkan. Bahwa hukum tidak terjebak dalam reifikasi yang hanya melulu menopang ekonomi dengan komoditas dan efisiensinya, namun keberpihakan terhadap ekologi dan generasi mendatang, harus ditimbang ulang dengan langkah kreatif yang berdaya juang. Pada gilirannya, hukum ditempatkan sebagai percakapan etis manusia untuk menghasilkan keadilan, dan dasarnya adalah kepentingan peradaban. Oleh karenanya, hukum harus diupayakan secara progresif, sehingga hukum musti tiba pada radikalitas pembongkaran pada asumsi-asumsi hukum. Hukum tidak hanya ada untuk memeriksa keadilan, tetapi sudah seharusnya menghasilkan keadilan, bahkan keadilan jenis baru, yaitu *intergeneration justice* yang memikirkan nasib generasi manusia mendatang dalam pemahaman *deep ecology* bumi yang terjaga baik.

DAFTAR PUSTAKA

Adi Sulistiyono & Muhammad Rustamaji, 2009, *Hukum Ekonomi Sebagai Panglima*, Sidoarjo, Masmedia Buana Pustaka.

- Akhmad Aulawi, 2014, *Arah Pembangunan Hukum dalam Menghadapai Asean Economic Community 2015*, Jakarta, BPHN.
- Aldo Leopold, 1949, *A Sand County Almanac*, New York, Oxford University Press
- Bernard Arief Sidharta, 2013, *Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal*, dalam tulisan bersama *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, Jakarta, Yayasan Pustaka Obor Indonesia.
- Dahlan Iskan, “Soal Daging yang Ibarat Dokter Salah Resep”, New Hope, (Surabaya: Jawa Pos, 2015), 23 Februari 2015.
- Franz Magnis-Suseno, *Dari Mao ke Marcuse, Percikan Filsafat Marxis Pasca-Lenin*, lih “Teori Kritis Marx Horkheimer dan Theodor Wiesengrund Adorno”, Jakarta, Gramedia Utama
- Franz Magnis-Suseno, 2014, *Aktualitas Filsafat Kritis* Makalah Kuliah Umum PDIH UNDIP, Semarang, 8 Desember 2014.
- Franz Magnis-Suseno, 2013, *Dalam Bayangbayang Lenin, Enam Pemikir Marxisme dari Lenin Sampai Tan Malaka*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama.
- Fritjof Capra, 2002, *Jaringsjaring Kehidupan (Visi Baru Epistemologi dan Kehidupan)*-Judul Asli *The Web of Life (A New Synthesis of Mind and Matter)*, Yogyakarta, Fajar Pustaka Baru.
- Hermawan Kertajaya, Markplus Conference 2015: ‘Indonesia WOW!’, Jawa Pos, 11 Desember 2014.
- Liek Wilardjo, 2009, *Menerawang di Kala Senggang (Kumpulan Tulisan Liek Wilardjo)*, Salatiga, UKSW.
- Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, 2014, *Dialektika Pencerahan, Mencari Identitas Manusia Rasional*, diterjemahkan dari buku *Dialectic of Enlightenment* oleh Ahmad Sahidah, Yogyakarta, IRCisoD
- Peter Navarro, 2008, *Letupan-letupan Perang China Mendatang (The Coming China Wars)*, Jakarta, Elex Media Komputindo.
- Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing.
- _____, 2009, *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum*, Malang: Bayumedia
- _____, 2010, *Menegakan Hukum Progresif*, Jakarta, Kompas
- Serian Wijatno, Ariawan Gunadi, 2014, *Perdagangan bebas (Dalam Perspektif Hukum Perdagangan Internasional)*, Jakarta: Grasindo.
- Soetandyo Wignjosoebroto et. al., 2013, *Ragam-ragam Penelitian Hukum*, dalam tulisan bersama *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, Jakarta, Yayasan Pustaka Obor Indonesia

Artikel:

- Aris Yunanto, “Januari 2010, China ‘Serbu’ Indonesia”. http://www.lexregis.com/?menu=legal_article&id_la=74. 30 Juni 2011.
- Jafar M. Sidik, “FTA Asean-China Ancam Produk Perikanan Lokal”. <http://www.antaraneews.com/>

-
- berita/1262165259/fta-Asean-china-ancam-produk-perikanan-lokal, 30 juni 2011.
- Karl Marx, Thesis 11 ttg Feuerbach, NEW3.
- Muhammad Rustamaji, “Memertimbangkan Filsafat Kritis dan Deep Ecology dalam Pergumulan Masyarakat Ekonomi Asean” dalam Prosiding Seminar Nasional Kesiapan Indonesia: Harmonisasi Hukum Negara-negara Asean Menuju Komunitas Asean 2015, (Surakarta: Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2015).
- News.viva.co.id/news/read/287121, ‘*DPR Sidak Impor Sampah dari Belanda dan Inggris*’.
- Outlook Konflik Sumber Daya Alam dan Agraria, HuMA 2014.
- Rocky Gerung, Paparan Narasumber Konsorsium Hukum Progresif ke-2, UNDIP Semarang 14-15 November 2014.
- www.unisosdem.org/article_detail.php ‘Malaysia Gugat Singapura ke Mahkamah Kelautan Internasional’.
- Yuswohady, “Panca Sila Juara MEA”, (Jakarta: Koran Sindo, 2015), 5 April 2015.
- Yogie Suryo, “Kebakaran Jenggot dengan ACFTA”, Kompasiana, 27 Maret 2010. M.kompasiana.com/post/read/103699.