

JURNAL HUKUM IUS QUIA IUSTUM

eISSN: 2527-502X
ISSN: 0854-8498

JURNAL HUKUM IUS QUIA IUSTUM

NO: 3 VOL. 25 SEPTEMBER 2018

HALAMAN 427 - 648

- Pelibatan Dewan Perwakilan Rakyat dalam Pengisian Hakim Agung dan Hakim Konstitusi
Sri Hastuti Puspitasari
- Overcriminalization* dalam Perundang-undangan di Indonesia
Mahrus Ali
- Implementasi Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya Alam dalam Aturan Investasi Asing di Aljazair dan Indonesia
Saru Arifin
- The Significance of Contractual Intention A Corporative Analysis on English and Indonesia Law
Ulya Yasmine Prisandani
- Penafsiran Hukum tentang "Partisipasi Langsung dalam Perumusan" dalam Kasus-kasus Kejahatan Perang
Arlina Permasari
- Aspek Hukum Standarisasi Produk di Indonesia dalam Rangka Masyarakat Ekonomi ASEAN
Deviana Y. dan Helitha NM.
- Tinjauan Yuridis Pertanggungjawaban Pencemaran Minyak di Wilayah Teluk Balikpapan
Elisabeth SP., Arief RH., dan Hanum SB.
- Tinjauan Yuridis Persyaratan Akreditasi dalam Pengadaan Pegawai Negeri Sipil
Risang P., Netti I., dan Sonny T.
- Pemaknaan Ulang *Ar Riqab* dalam Upaya Optimalisasi Fungsi Zakat Bagi Kesejahteraan Umat
Zainuddin
- Akad Perbankan Syariah dan Penerapannya dalam Akta Notaris Menurut Undang-Undang Jabatan Notaris
Pandam Nurwulan



eISSN: 2527-502X



9 772527 1502008

ISSN: 0854-8498



0 8 5 4 1 8 4 9 8

DAFTAR ISI

JURNAL HUKUM

IUS QUIA IUSTUM



PELINDUNG

Dekan Fakultas Hukum UII

KETUA PENGARAH

Ni'matul Huda

KETUA PENYUNTING

Siti Ruhama Mardhatillah

WAKIL KETUA PENYUNTING

Idul Rishan

DEWAN PENYUNTING

Agus Triyanta
Aroma Elmina Martha
Dodik Setiawan Nur Heriyanto

PENYUNTING PELAKSANA

Nafi'atul Munawaroh
Muhammad Agus Mauludi
Suafa Ata Taqiyya

TATA USAHA & IT

M. Hasbi Ashshidiki
Jefri Ardiansyah

ALAMAT REDAKSI/TATA USAHA

Jl. Tamansiswa No. 158
Po. Box 1133 Telp. 379178 - 377043
penerbitan.fh@uii.ac.id

ISSN Print : 0854-8498

ISSN Online : 2527-502

No. Akreditasi:32a/E/KPT/2017

DAFTAR ISI	ii
DARI REDAKSI	ii

♦ Pelibatan Dewan Perwakilan Rakyat dalam Pengisian Jabatan Hakim Agung dan Hakim Konstitusi Sri Hastuti Puspitasari	427-449
♦ <i>Overcriminalization</i> dalam Perundang-undangan di Indonesia Mahrus Ali	450-471
♦ Implementasi Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya Alam dalam Aturan Investasi Asing di Aljazair dan Indonesia Saru Arifin	472-493
♦ The Significance of Contractual Intention: A Comparative Analysis on English and Indonesia Law Ulya Yasmine Prisdani	494-514
♦ Penafsiran Hukum tentang "Partisipasi Langsung dalam Perumusan" dalam Kasus-kasus Kejahatan Perang Arlina Permanasari	515-537
♦ Aspek Hukum Standarisasi Produk di Indonesia dalam Rangka Masyarakat Ekonomi ASEAN Deviana Y., dan Helitha NM.	538-559
♦ Tinjauan Yuridis Pertanggungjawaban Pencemaran Minyak di Wilayah Teluk Balikpapan Elisabeth SP., Arief RH., dan Hanum SB.,	560-580
♦ Tinjauan Yuridis Persyaratan Akreditasi dalam Pengadaan Pegawai Negeri Sipil Risang P., Netti I., dan Sonny T.,	581-600
♦ Pemaknaan Ulang <i>Ar Riqab</i> dalam Upaya Optimalisasi Fungsi Zakat Bagi Kesejahteraan Umat Zainuddin	601-622
♦ Akad Perbankan Syariah dan Penerapannya dalam Akta Notaris Menurut Undang-Undang Jabatan Notaris Pandam Nurwulan	623-644
Biodata Penulis	645-646
Petunjuk Penulisan	647-647
Ucapan Terima Kasih	648-648

JURNAL HUKUM Caturwulan ini diterbitkan oleh Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia sebagai media komunikasi dan pengembangan ilmu. Jurnal terbit setiap bulan Januari, Mei, September. Redaksi menerima naskah artikel laporan penelitian. Naskah yang dikirim minimal 20 halaman maksimal 25 halaman diketik spasi ganda dan disertai biodata. Redaksi berhak mengubah naskah sepanjang tidak mengubah substansi isinya. Tulisan di luar dosen UII yang dimuat dikenakan biaya administrasi sebesar Rp. 1.500.000,- (satu juta limaratus ribu rupiah).

Dari Redaksi

*Bismillahirrahmanirrahim
Assalamualaikum Warahmatullahi Wabarakatuh*

Jurnal Hukum Ius Quia Iustum No. 3 Vol. 25 September 2018 kembali hadir dengan isu-isu hukum aktual. Artikel pertama mengulas isu keterlibatan Dewan Perwakilan Rakyat dalam pengisian jabatan hakim, baik hakim agung maupun hakim konstitusi. Pasca reformasi, pelibatan unsur DPR dalam sistem ketatanegaraan menimbulkan berbagai problematika, salah satunya pelibatan DPR dalam proses seleksi calon hakim agung dan hakim konstitusi. Dua hal yang diangkat dalam artikel ini, yakni *raison d'être* pelibatan unsur DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi. Selain itu, artikel ini menjawab permasalahan pelibatan DPR tersebut dengan dasar *separation of power* dan *check and balances*.

Tulisan mengenai *over-criminalization* dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia merupakan tulisan kedua pada edisi kali ini. Kriminalisasi yang semakin meningkat dan kebanyakan justru terkait dengan pelanggaran administrasi, menyebabkan permasalahan di dalam sistem hukum Indonesia berupa potensi *over-criminalization*. Sehingga, perlu dikaji mengenai konsep *over-criminalization* dan bentuk-bentuknya di dalam perundang-undangan pidana. Kajian ini menunjukkan bahwa kriminalisasi yang diatur di berbagai perundang-undangan mempunyai berbagai bentuk. Adanya kriminalisasi yang bertumpuk, dimana satu perbuatan dilarang di dua atau lebih perundang-undangan, kriminalisasi perbuatan yang tidak tercela, perumusan delik yang tidak memenuhi prinsip *lex certa*, kriminalisasi terhadap pelanggaran hukum administrasi murni, dan ancaman pidana yang tidak sebanding dengan derajat delik.

Isu terkait dengan kedaulatan sumber daya alam merupakan tema artikel selanjutnya. Tulisan ini membandingkan Aljazair dan Indonesia dalam aturan investasi asing untuk melihat implementasi kedaulatan permanen sumber daya alam negara. Permasalahan ini berangkat dari doktrin kedaulatan permanen sumber daya alam yang dicetuskan PBB tahun 1950 yang pada perkembangannya bersinggungan dengan isu ekonomi global, lingkungan, HAM dan perubahan iklim. Di Aljazair, Resolusi PBB tentang pentingnya kedaulatan sumber daya alam secara permanen ini diterapkan secara limitatif, dimana investasi asing sangat terbatas khususnya pada sumber daya alam strategis. Sedangkan di Indonesia, praktek investasi asing ini bersifat liberal dimana kepemilikan sahamnya bahkan mencapai seratus persen.

Masih terdapat beberapa artikel lain yang dimuat dalam Volume 25 Nomor 3 September 2018 ini, di samping beberapa artikel di atas. Semoga dengan hadirnya tulisan-tulisan dalam Jurnal Ius Quia Iustum ini dapat memperkaya khasanah pengetahuan pembaca dan dapat memberikan sumbangan positif bagi perkembangan hukum di Indonesia. Kami mengucapkan terima kasih kepada Mitra Bestari yang telah bersedia memberikan catatan-catatan penting terhadap artikel Jurnal Ius Quia Iustum. Kami juga mengucapkan terima kasih kepada penulis yang telah bersedia menyumbangkan gagasannya melalui artikel-artikel dalam jurnal kami.

Selamat Membaca

Wassalamualaikum Warahmatullahi Wabarakatuh.

Redaksi



Pelibatan Dewan Perwakilan Rakyat dalam Pengisian Jabatan Hakim Agung dan Hakim Konstitusi

Sri Hastuti Puspitasari
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Jln. Taman Siswa 158, Yogyakarta
srihastuti101@gmail.com

Received: 13 September 2018; *Accepted:* 27 November 2018; *Published:* 17 Januari 2019
DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art1

Abstract

One of the reasons to involve the House of Representatives to take the position of Chief Justice and Constitutional Judges after the amendment to the 1945 Constitution is the phenomenon of the House's empowerment in the Indonesian constitutional system during the transition to democracy through the amendment. Such involvement can potentially cause problems, for example, the decisive authority of the House of Representatives in selecting the Chief Justice and constitutional judges, leading to politicization problem. This research formulates the following issues, first, the reasons for involving the House of Representatives in filling in the position of Chief Justice and Constitutional Judges. Second, whether the involvement is in accordance with the principle of separation of power as well as check and balance. This study is normative research with secondary data sources derived from legal materials, with conceptual, case, and statutory approaches. The results show that first, the involvement of the House of Representatives for Chief Justice and Constitutional Judges positions is part of the process of democracy beginning after the New Order transition period. Second, The involvement is also a deviation from the principle of separation of power, and such practice does not even reflect the principle of check and balance because the House of Representatives dominates all the selection processes.

Keywords: The house of representatives; democracy, separation of power, check and balance

Abstrak

Pelibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi pasca perubahan UUD Tahun 1945 salah satunya dilatar belakangi oleh adanya fenomena penguatan DPR dalam sistem ketatanegaraan Indonesia di masa transisi demokrasi melalui perubahan UUD Tahun 1945. Namun pelibatan ini berpotensi melahirkan sejumlah problematika, di antaranya adalah kewenangan DPR yang sangat menentukan dalam proses seleksi hakim agung dan hakim konstitusi yang dapat menimbulkan persoalan terjadinya politisasi. Penelitian ini mempunyai rumusan masalah: *pertama*, mengapa DPR dilibatkan dalam pengisian hakim agung dan hakim konstitusi; *Kedua*, apakah pelibatan tersebut sejalan dengan asas *separation of power* dan *check and balance*?. Secara metodologis, penelitian ini merupakan penelitian normatif dengan sumber data sekunder yang berasal dari bahan-bahan hukum, dengan pendekatan konseptual, kasus dan perundang-undangan. Penelitian ini menyimpulkan, *pertama*, pelibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi merupakan bagian dari proses demokrasi yang mulai berjalan di masa transisi pasca Orde Baru. *Kedua* Pelibatan DPR tersebut merupakan penyimpangan dari asas *separation of power*, dan justru tidak mencerminkan asas *check and balance*, karena DPR begitu menentukan dari semua proses seleksi.

Kata-kata Kunci: DPR; demokrasi; separation of power; dan check and balance

Pendahuluan

Pasca perubahan UUD Tahun 1945, peran DPR dalam menentukan pimpinan lembaga negara sedemikian besar. Peran DPR tersebut diwujudkan dalam tiga bentuk, yaitu memilih, menyetujui, atau tidak menyetujui.¹ Yance Arisona, peneliti Epistema Institute, mengurai lebih lanjut bahwa keterlibatan DPR itu ada yang melalui pemberian pertimbangan, pemilihan dan persetujuan.² Menurut hasil penelitian dari Pusat Studi Konstitusi (Pusako) Universitas Andalas, fenomena keikutsertaan DPR dalam seleksi pejabat publik terjadi karena pada saat mengubah UUD 1945 pada 1999-2002, pemikiran yang berkembang ketika itu adalah bagaimana membatasi kewenangan presiden.³ Tidak hanya itu, keterlibatan DPR dalam pengisian jabatan tersebut kemungkinan juga berangkat dari prinsip transparansi dan partisipasi sebagai konsekuensi dari tuntutan demokoratisasi dalam penyelenggaraan negara pada era reformasi di Indonesia. Namun jika pelibatan DPR dalam pengisian pejabat publik ini terlalu besar dan yang dilakukan DPR sudah masuk ke wilayah teknis seleksi, tentunya dapat menggeser fungsi utama DPR sebagai lembaga legislatif, meskipun atas dalih sebagai transparansi dan partisipasi rakyat melalui wakil-wakilnya dalam pengisian jabatan publik.

Hakim Agung dan Hakim Konstitusi juga merupakan pejabat publik yang rekrutmennya melibatkan DPR. Ditentukan dalam Pasal 24B ayat (1) UUD Negara RI 1945 bahwa rekrutmen calon hakim agung dilakukan oleh Komisi Yudisial (KY). Akan tetapi proses di KY bukan merupakan proses yang final, karena KY harus mengajukan usulan pengangkatan tersebut kepada DPR untuk dimintakan persetujuan.

UUD hasil perubahan juga telah memberi dasar normatif untuk pengisian hakim konstitusi. Berdasarkan Pasal 24C ayat (3), pengisian 9 hakim konstitusi melibatkan tiga lembaga oleh Presiden, MA, dan DPR, dengan masing-masing mengajukan 3 hakim konstitusi.⁴ Pengisian hakim agung di MA dan hakim konstitusi di MK yang melibatkan DPR inilah yang menarik untuk diteliti guna

¹ Kompas, "Meninjau Ulang seleksi pejabat Publik", *Kompas*, Kamis, 15 Oktober 2015, hlm. 5.

² *Ibid*

³ *Ibid*

⁴ Ketentuan tentang pengisian hakim konstitusi ini kemudian diserahkan pada masing-masing lembaga dan tercantum dalam UU kekuasaan Kehakiman, UU MK dan UU MPR, DPR dan DPRD

melihat gagasan di balik pelibatan DPR tersebut, karena pengisian tersebut merupakan hasil kesepakatan (*resultante*) pembentuk UUD, dalam hal ini MPR. Selain itu, pentingnya penelitian ini dilakukan untuk melihat apakah pelibatan DPR itu tepat dalam konteks *separation of power doctrine*, prinsip *check and balance*, dan fungsi lembaga legislatif.

Rumusan Masalah

Ada dua rumusan masalah dalam penelitian ini. *Pertama*, mengapa DPR dilibatkan dalam pengisian jabatan Hakim Agung dan Hakim Konstitusi pasca perubahan Undang-Undang Dasar 1945? *Kedua*, apakah dengan keterlibatan DPR tersebut sejalan dengan asas *separation of power*, dan dapat mewujudkan *check and balances* antara DPR dengan lembaga negara terkait?

Tujuan Penelitian

Ada 2 tujuan penelitian ini, *pertama*, mengidentifikasi dan mengelaborasi dasar-dasar pertimbangan keterlibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim Agung dan Hakim Konstitusi pasca perubahan Undang-Undang Dasar Negara 1945. *Kedua*, menganalisis pelibatan DPR dalam pengisian jabatan Hakim Agung dan Hakim Konstitusi dari aspek asas *separation of power* dan perwujudan *check and balances* antara DPR dengan lembaga negara terkait.

Metode Penelitian

Jenis penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif. Sumber data penelitian ini menggunakan data sekunder dari bahan hukum⁵ yang terdiri dari bahan hukum primer, berupa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan penelitian, antara lain yaitu UUD NRI Tahun 1945, UU Nomor 22 Tahun 2003 tentang Susunan Dan Kedudukan MPR, DPR, DPD dan DPRD, UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, UU Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas UU Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, UU Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial, termasuk putusan dari Mahkamah Konstitusi yaitu Putusan Nomor 27/PUU-XI/2013 dan Putusan

⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi pertama, Cetakan ke- 4, Prenada Media Group, Jakarta, 2008, hlm. 141-143

Nomor 1-2/PUU-XII/2014. Kemudian bahan hukum sekunder, berupa buku-buku teks, jurnal-jurnal hukum, makalah, hasil penelitian yang terdahulu, risalah sidang pembentukan UUD 1945, dan risalah sidang perubahan UUD Tahun 1945. Teknik pengumpulan data dilakukan dengan cara studi pustaka. Metode pendekatan utama dalam penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), konseptual (*conceptual approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*).⁶ Dalam pendekatan kasus ini, peneliti menelaah putusan MK yang terkait dengan pembatalan kewenangan DPR dalam pemilihan calon Hakim Agung, yaitu putusan MK Nomor 27/PUU-XI/2013. Penyajian dan Pengolahan data dalam penelitian ini akan dikelompokkan berdasarkan rumusan masalah dan akan dilakukan analisis secara kualitatif.

Hasil Penelitian Dan Pembahasan

Demokrasi sebagai Gagasan di Balik Pelibatan DPR dalam Pengisian Jabatan Hakim Agung dan Hakim Konstitusi

Pelibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi merupakan atribusi dari UUD 1945 hasil perubahan. Gagasan di balik pelibatan DPR erat kaitannya dengan proses demokrasi melalui reformasi yang terjadi pasca tumbanganya Orde Baru. Apa yang terjadi di Indonesia pada masa reformasi kemudian diikuti dengan sejumlah agenda perubahan, dari peralihan kekuasaan, perubahan konstitusi, perubahan sistem kepartaian dan sistem Pemilu, sampai penguatan lembaga demokrasi seperti lembaga perwakilan. Perubahan-perubahan tersebut tampak begitu dinamis dan atraktif. Kondisi yang terjadi di Indonesia ketika itu pada dasarnya seperti yang digambarkan oleh Plato dalam pandangannya sebagai berikut:

It's probably the most attractive regimes. It's good place to look if you want a particular kind of constitution. Why? Because the liberty it allows its citizens means it has every type of constitution within it. So anyone wanting to found a city, as we have just been doing, will probably find he has to go to a city a democratic regime, and there choose

⁶ Pendekatan perundang-undangan untuk melihat dan menelaah semua undang-undang dan regulasi. Pendekatan konseptual merupakan pendekatan yang beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum. Sedangkan pendekatan kasus, digunakan untuk menelaah kasus yang berkaitan dengan isu yang diteliti yang telah mendapatkan putusan MK yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. *Ibid.*, hlm. 93-95.

*whatever political arrangements he fancies. Like shopping for constitution in a bazaar. Then, when he has made his choice, he can found a city along those lines.*⁷

Kontekstualisasi pemikiran Plato dalam fenomena demokratisasi di Indonesia pasca kejatuhan rezim Orde Baru, yaitu demokrasi seolah menjadi sistem yang sangat atraktif dan menarik bagi rakyat Indonesia. Rezim pengganti Orde Baru lebih responsif, dan masyarakat diberi kebebasan. Rakyat tidak takut lagi menyuarakan aspirasinya baik di muka umum maupun melalui media massa, sebagai wujud dari kebebasan berekspresi. Selain itu kebebasan yang lain juga turut terkondisi oleh munculnya masa transisi. Hal ini sejalan dengan pendapat Michael Saward, yang mengemukakan bahwa demokratisasi sebuah sistem memerlukan beberapa kondisi minimal seperti jaminan *basic freedom (freedom of speech and expression, freedom of movement, freedom of association, rights to equal treatment under the law); citizenship and participation; administrative code; publicity and social rights.*⁸ Seiring dengan kebebasan tersebut, rezim transisi menerbitkan beberapa undang-undang yang terkait dengan kebebasan, yaitu UU Pers, UU Partai Politik yang menganut multi partai, UU HAM, UU Pemilu yang salah satunya mengatur tentang partisipasi pemilih dalam Pemilu.

Gagasan pelibatan DPR dalam pengisian hakim agung dan hakim konstitusi, merupakan gagasan yang tidak terpisahkan dari pengaruh demokrasi liberal yang tampak dalam masa reformasi di Indonesia. Menurut David Held, demokrasi liberal menghasilkan *protective democracy* dan *developmental democracy*. *Protective democracy* berpijak pada prinsip, bahwa warga negara harus dilindungi dari pemegang pemerintahan untuk memastikan bahwa kebijakan-kebijakan yang dilahirkan pemegang pemerintahan harus sepadan dengan kepentingan-kepentingan warga negara secara keseluruhan. Dalam *protective democracy* pada dasarnya kedaulatan terletak ada rakyat, tetapi dilaksanakan oleh mereka yang merepresentasikan rakyat dan mempunyai legitimasi untuk menjalankan fungsi-fungsi negara. Kekuasaan negara harus *impersonal* dan dibagi menjadi kekuasaan

⁷ Plato, *The Republic*, diterjemahkan oleh Tom Griffith, Cambridge Text in the History of Political Thought, Book VIII, hlm. 415-417.

⁸ Michael Saward, *Democratic Theory and Indices Of Democratization* dalam David Beetham (edt.), *Defining and Measuring Democracy*, Sage Publication, Ltd London, 1994, hlm. 16-17.

eksekutif, legislatif dan *judiciary*. Selain itu, harus ada pemilihan umum secara regular dengan *the secret ballot*, dan memberi kesempatan berkompetisi pada faksi-faksi, dan pemimpin-pemimpin partai politik. Aturan umum adalah dasar kelembagaan untuk menciptakan akuntabilitas bagi yang memerintah. Konstitusi juga harus menjamin kebebasan dari kekuasaan yang sewenang-wenang, menjamin *equality before the law* dalam kemerdekaan dan hak-hak sipil-politik yang semua dihubungkan dengan *freedom of speech, expression, association, voting and belief*.⁹

Pelibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi juga sering disebut merupakan wujud partisipasi rakyat secara tidak langsung melalui wakilnya di DPR. Partisipasi merupakan salah satu dimensi dalam demokrasi liberal. Menurut Frunk Cunningham, demokrasi liberal mempunyai 2 (dua) elemen penting, yaitu: *participation and equality*.¹⁰ Perkembangan demokrasi liberal kemudian melahirkan beberapa elemen, di antaranya adalah *freedom and autonomy*,¹¹*representation*,¹² dan *popular sovereignty (majority rule)*.¹³ Praktek demokrasi liberal pada akhirnya menunjukkan beberapa ciri khas, yaitu adanya *majority rule*, Pemilu secara regular, *penerapan representative democracy*, kebebasan berpendapat, kebebasan berserikat, pluralisme, penguatan *the rule of law*, perlindungan hak minoritas, dan *constitutionalism*.

Menurut Harris G. Warren, Harry D. Leinenweber, Ruth O.M. Andersen, setidaknya ada 2 hal untuk menimbang pilihan politik ini. *Pertama*, demokrasi sangat menghargai posisi rakyat baik dalam konteks prosedur demokrasi maupun dalam hal praktek kekuasaan negara secara umum. *Kedua*, demokrasi mengandung sejumlah nilai yang harus mengejawantah dalam tataran praktek demokrasi seperti keadilan, kejujuran, transparansi, partisipasi, pemberdayaan, dan non diskriminasi. Satu hal yang menarik dari demokrasi dan ini yang membedakannya dengan bentuk pemerintahan diktatorship adalah *places complete control in the hands*

⁹ David Held, *Models of Democracy*, Third Edition, Polity Press, Cambridge, UK, 2008, Part Three Chapter 10, hlm. 76

¹⁰ Frunk Cunningham, *Theories Of Democracy: A Critical Introduction*, Routledge, New York, 2002, hlm. 29

¹¹*Ibid.*, hlm. 35

¹²*Ibid.*, hlm. 90

¹³ Marc F. Plattner, "Globalization and Self Government", artikel dalam *Journal Of Democracy* Volume 13 July, 2002, hlm. 59. Diakses dari <https://www.journaldemocracy.org/sites/default/files/Plattner.pdf>, tanggal 19 mei 2017, pukul 12.34

*of the people who are governed. The people, since they themselves control the government, make their own laws and decide what rights they are to have, what powers the government may exercise, and what services the government is to give them.*¹⁴ Demokrasi merupakan sarana bagi rakyat untuk mengontrol pemerintah. Melalui demokrasi, rakyat diberi kesempatan membentuk hukum, memutuskan apa yang menjadi hak-hak mereka, dan menentukan kekuasaan yang harus dijalankan pemerintah guna melayani kepentingan rakyat.

Secara umum, penguatan DPR dalam masa transisi demokrasi menjadi penting artinya sebab peran lembaga tersebut identik sebagai lembaga demokrasi yang memainkan peran sebagai penampung dan penyalur aspirasi masyarakat. Maka dari itu, keterlibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi harus dilihat dari perspektif sebagai langkah mewujudkan demokrasi melalui peran parlemen. Demokrasi telah memperjuangkan sebuah mekanisme bahwa pemberian legitimasi dalam putusan-putusan politik berdasarkan prinsip-prinsip yang tepat yaitu aturan, mekanisme partisipasi, representasi, dan akuntabilitas. Perspektif ini memberikan pijakan bahwa keterlibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi akan melahirkan keputusan politik. Maka dari itu, keterlibatan ini harus dilihat sebagai sebuah manifestasi mekanisme pemberian legitimasi atas keputusan politik yang akan dihasilkan DPR, berupa calon-calon hakim agung dan hakim konstitusi yang mendapat persetujuan DPR.

Putusan DPR tersebut juga harus didasarkan atas beberapa hal yang tepat. *Pertama, rules* yang merupakan dasar hukum bagi DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi. Konstitusi menjadi dasar terpenting dalam prinsip ini agar keterlibatan DPR, bukan merupakan *open legal policy* DPR yang diwujudkan dalam undang-undang yang dibentuknya. Jika konstitusi telah memberikan dasar, maka aturan organik tentu sangat dibutuhkan untuk menderivasi kewenangan konstitusional DPR tersebut secara konkret. *Kedua, mechanism of participation*. Keterlibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung

¹⁴ Harris G. Warren, Harry D. Leinenweber, Ruth O.M. Andersen, *Our Democracy at Work*, Prentice-Hall, Inc, USA, 1963, hlm. 6.

dan hakim konstitusi selain harus dilihat sebagai perwujudan mekanisme partisipasi masyarakat secara tidak langsung, juga adanya perwujudan untuk memberi peluang partisipasi masyarakat. Meskipun setelah pemilihan umum hubungan antara DPR dengan rakyat melahirkan mandat bebas, akan tetapi pemberian kesempatan masyarakat untuk berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan DPR bukan hal yang tidak patut. Maka dari itu, dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi, DPR harus membuat mekanisme partisipasi masyarakat dan DPR mempunyai kewajiban untuk mendengarkan apa yang disampaikan masyarakat. *Ketiga, representation.* DPR sebagai lembaga yang dibentuk melalui Pemilu merupakan cermin dari representasi politik rakyat.

Berpijak pada pandangan Nadia Urbianti terkait representasi, *political representation is form of political existence created by actors themselves (the constituency and the the representative). Representation does not just to government agent or institutions, but designates a form of political process that is structured in terms of the circularity between state institution and civil society.*¹⁵ Lebih lanjut Nadia Urbinati mengatakan, bahwa *political representation transforms and expands politics insofar as it does not simply allow the social to be translated into the political; it also facilitates the formation of polirical groups and indentities.*¹⁶ Keempat, *accountability.* Menurut John Emmanuel Gyong, “*Accountablity is a key requirement of good governance. Not ony governmental institution but also the private sector and civil society. Who is accountable to who varies depending on whether decisions or cation taken are internal or external to an organization or institution.*”¹⁷

Keterlibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi harus mencerminkan pertanggungjawaban publik, baik dari aspek proses maupun hasil. Proses pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi oleh DPR harus dapat dipertanggungjawabkan kepada publik, apakah proses tersebut

¹⁵ Menurut Nadia Urbinati, *The political conception of representatitio claims that in government that derives its legitimacy from free and regular elections, the actication of a communicative current between cvil and political society is essential and constitutive, not just unavoidable.* Lihat dalam Nadia Urbinati, “*Political Representation As A Democratic Process*”, hlm. 23-24, diakses dari www.redscriptions.if/media/upload/.../Urbinati_06_pdf, tanggal 7 September 2018, pukul 10:12 WIB

¹⁶*Ibid.*, hlm. 31.

¹⁷John Emmanuel Gyong, “*Good Governance And Accountability In A Democracy*”, diakses paperity.org/p/59183688/good-governance-and-accountability-in-a-democracy. Tanggal 22 Mei 2018

mencerminkan proses yang berintegritas atau tidak. DPR harus dapat menjamin bahwa keterlibatan DPR dalam proses tersebut transparan, tidak ada pelanggaran etika yang dilakukan DPR, dan mengedepankan aspek integritas, baik integritas DPR maupun calon hakim. Selain itu, akuntabilitas ini juga harus tercermin dalam hasil, di mana keputusan DPR harus dapat dipertanggungjawabkan kepada publik baik secara moral, maupun hukum. Proses dan hasil merupakan dua hal yang tidak dapat dipisahkan. Proses pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi yang berintegritas akan menghasilkan hakim agung dan hakim konstitusi yang berintegritas pula.

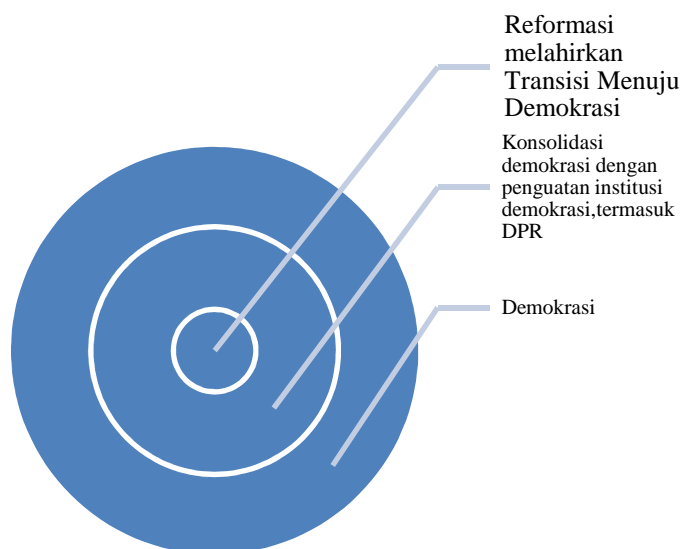
Gagasan melibatkan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi juga merupakan wujud keinginan untuk menciptakan *balancing of power* dalam tatanan demokrasi yang akan dibangun di Indonesia, yang dalam beberapa dekade tidak tampak dalam praktek ketatanegaraan, karena adanya hegemoni kekuasaan presiden (*executive heavy*). Secara teoritik, ini sejalan dengan pemikiran Henry W. Ehrmann, merujuk praktek demokrasi di beberapa negara menambahkan 2 (dua) prinsip dalam demokrasi. *Pertama, the balancing function of the separation power between government, parliament, and judiciary. Kedua, free choice of alternative is much important for a substantial participation of the people.*¹⁸ Gagasan pelibatan DPR dalam pengisian hakim agung dan hakim konstitusi sebagaimana tampak dalam proses perubahan UUD Tahun 1945, sesungguhnya mencerminkan prinsip *balancing function of the separation power between government, parliament, and judiciary*, dalam hal ini Presiden, DPR, Mahkamah Agung, serta Mahkamah Konstitusi.

Pelibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi, juga merupakan bagian dari konsolidasi demokrasi di masa reformasi. Menurut Kris Nugroho, konsolidasi merupakan proses penggabungan beberapa elemen demokrasi yang bersama-sama memfasilitasi demokratisasi politik. Unsur yang terlibat dalam konsolidasi demokrasi adalah lembaga politik.¹⁹ Dengan demikian,

¹⁸ Henry W. Ehrmann (edt), *Democracy in Changing Society*, Frederick A Preager Publishers, USA, 1964, hlm. 10-11

¹⁹ Kris Nugroho, "Konsolidasi Demokrasi", artikel dalam *Jurnal Masyarakat dan Politik*, Th XIV. No. 2, April 2001, hlm. 26.

secara garis besar, pelibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi tidak dapat dipungkiri merupakan bagian dari konsolidasi demokrasi dalam rangka mewujudkan demokrasi. Jika digambarkan dalam sebuah diagram, maka akan tampak posisi DPR sebagai berikut:



Pelibatan DPR di atas merupakan bagian dari *the circle of democracy*. Pelibatan tersebut juga disinyalir dalam rangka mewujudkan demokrasi di Indonesia melalui masa transisi. Sebagaimana dikatakan oleh *Guillermo O'Donnell dan Philippe C. Schmitter*, transisi suatu rezim yaitu perubahan dari suatu bentuk pemerintahan ke bentuk pemerintahan yang lain.²⁰

Meskipun pelibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi merupakan bagian dari agenda mewujudkan demokrasi di Indonesia, ada beberapa potensi persoalan yang dapat timbul dari keterlibatan DPR dalam pengisian hakim agung dan hakim konstitusi. *Pertama*, DPR merupakan lembaga politik sebagai representasi partai-partai politik, sehingga keterlibatan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi mengundang potensi politisasi, bahkan seorang calon hakim agung dan/atau hakim konstitusi dapat menjadi sasaran politik transaksional. *Kedua*, konfigurasi politik di DPR dapat mempengaruhi proses seleksi. Jika konfigurasi politik di DPR tidak kondusif dengan calon, maka ada kemungkinan calon tersebut tidak akan lolos meskipun

²⁰ Guillermo O'Donnell dan Philippe Schmitter, *Transisi Menuju Demokrasi* (Transition To Democracy), Cetakan pertama, LP3ES, Jakarta, 1993, hlm. 2.

mempunyai rekam jejak yang bagus dan mempunyai kemampuan yang cukup mendukung tugasnya. *Ketiga*, Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga penegak hukum yang harus independen. Meskipun demokrasi membawa konsekuensi adanya keterlibatan DPR dalam ranah kekuasaan kehakiman melalui proses pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi, tetapi keterlibatan DPR ini melebihi peran DPR yang seharusnya fokus pada legislasi, anggaran dan pengawasan.

Pengisian Jabatan Hakim Agung dan Hakim Konstitusi dalam Perspektif *Separation of Power* dan *Check and Balance*

Secara umum, pelibatan DPR dalam pengisian jabatan Hakim Agung pasca Putusan MK Nomor 27/PUU-XI/2013 Tentang Pengujian atas Pasal 8 ayat (2), ayat (3) dan ayat (4) UU No 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas UU No 15 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah menjadi UU No 3 Tahun 2009 dan Pasal 18 ayat (4)) UU Nomor 18 Tahun 2011 tentang Komisi Yudisial (KY) Republik Indonesia, yaitu memberi persetujuan. Namun demikian, sebelum memberi persetujuan, DPR tetap melakukan *fit and proper test* terhadap calon-calon Hakim Agung yang diajukan oleh KY.

Berdasarkan data dari Komisi Yudisial (KY) Republik Indonesia, pada 2006 hingga 2014, KY mengusulkan calon hakim agung kepada DPR total berjumlah 125 calon hakim agung dan setelah DPR melakukan *fit and proper test*, total yang disetujui DPR menjadi hakim agung berjumlah 42 orang.²¹ Rentang tahun tersebut, KY masih berpijak pada aturan untuk setiap 1 lowongan hakim agung, KY mengajukan 3 calon hakim agung kepada DPR dan DPR akan menggunakan mekanisme pemilihan setelah melalui *fit and proper test*. Pada tahun 2015, KY mengusulkan ke DPR 6 calon hakim agung dan DPR menyetujui semua calon hakim agung tersebut menjadi hakim agung.²² Pada tahun tersebut ketentuan yang mengharuskan KY mengajukan 3 calon untuk setiap lowongan calon hakim agung sudah tidak berlaku lagi berdasarkan Putusan MK Nomor 27/PUU-XI/2013 tentang pengujian atas Pasal 8 ayat (2), ayat (3) dan ayat (4) UU No 5 Tahun 2004

²¹ Lihat data Rekapitulasi Hasil Seleksi Calon Hakim Agung 2006-2005, dikutip dari KY RI

²² Sebagaimana diberitakan melalui sindonews.com/read/832770/13/tanya-kriteria-dpr-panggil-ky-1391510014, diakses 19 Desember 2015

tentang Perubahan atas UU No 15 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah menjadi UU No. 3 Tahun 2009 dan Pasal 18 ayat (4)) UU Nomor 18 Tahun 2011 tentang KY. Dengan demikian, total calon hakim agung yang disetujui oleh DPR menjadi hakim agung dari 2006 hingga 2015 berjumlah 48 orang. Tidak semua calon hakim agung yang diusulkan KY ke DPR selalu mendapat persetujuan. Pada 2013, KY mengusulkan 3 calon hakim agung ke DPR tetapi DPR menolak semua calon hakim agung usulan KY tersebut.²³ Pada 2016, KY mengajukan 5 calon Hakim Agung ke DPR, hanya 3 calon yang disetujui DPR menjadi Hakim Agung. Pada 2017, ada 5 calon Hakim Agung yang diajukan KY ke DPR, dan DPR menyetujui kelima calon tersebut menjadi Hakim Agung.²⁴

UUD Negara RI 1945 telah menentukan bahwa hakim konstitusi terdiri dari sembilan orang, di mana tiga diajukan oleh DPR, tiga oleh Presiden, dan tiga diajukan oleh MA. Sejak MK berdiri hingga saat ini, hakim konstitusi hasil seleksi DPR adalah Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H (2003 dan 2008), Letjen TNI ((Purn) H. Achmad Roestandi, S.H. (2003), Dr. I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H. (2003), Prof. Dr. Mohammad Mahfud MD, S.H. (2008), Dr. H.M. Akil Mochtar, S.H., M.H. (2008), Dr. Harjono, S.H.,M.C.L. (2009), Prof. Dr. Arif Hidayat, S.H., M.H. (2013), Dr. Wahiduddin Adams, S.H., M.A. (2014), dan Prof. Dr. Aswanto, S.H., M.Si., DFM (2014), dan Prof. Dr. Arief Hidayat.²⁵

Ada hal menarik terkait proses di DPR. Pada tahun 2008, ketika Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H mencalonkan kembali sebagai hakim konstitusi usulan DPR untuk periode kedua, DPR mengharuskan semua calon untuk mengikuti seluruh proses di DPR. Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H menolak karena DPR sudah pernah melakukan *fit and proper test* terhadap Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.²⁶ Selain itu, pada 2017, proses *fit and proper test* calon Hakim MK di Komisi III DPR RI terhadap Arief Hidayat untuk menjadi hakim konstitusi kembali, tak luput dari protes masyarakat yang menilai uji kelayakan terhadap Arief Hidayat melanggar undang-

²³ Rekapitulasi Hasil Seleksi Calon Hakim Agung, *Op.Cit*

²⁴ Diambil dari Nina Pane dkk, *Mencari Sosok Ideal Hakim Agung Indonesia*, Komisi Yudisial Republik Indonesia, Jakarta, 2017, hlm. 83-85. Data yang sama juga terdapat dalam Dokumen Sidang Persetujuan Hakim Agung di Komisi III DPR RI 2016, dan 2017.

²⁵ Data diambil dari Sekertariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2015, dan Dokumen Sidang Komisi III DPR RI tentang Pengusulan Calon Hakim Konstitusi Usulan DPR RI, 2003, 2008, 2009, 2013, 2014, dan 2018

²⁶ Baca berita berjudul: "Jimly: Ikut Fit And Proper Tes? Ah, Tidak Usahlah", diakses dari www.jimly.com, 14 Juli 2018.

undang.²⁷ Arief Hidayat juga didesak oleh sejumlah Civitas Akademika Yogyakarta, dan para guru besar dari sejumlah Perguruan Tinggi untuk mundur dari jabatannya sebagai hakim MK.²⁸ Uji kelayakan terhadap Arief Hidayat juga sempat mendapat penolakan dari salah satu fraksi di DPR.²⁹ Di samping itu, salah satu anggota DPR RI yang juga anggota Komisi III DPR RI, Desmon J. Mahesa, menilai bahwa pelantikan Arief Hidayat sebagai Hakim MK tidak tepat.³⁰

Menurut Indramayu, Jayus, dan Rosita Indrayati, salah satu cara yang paling menentukan untuk menghasilkan hakim konstitusi yang berkualitas yaitu melalui seleksi. Selama ini, seleksi hakim konstitusi belum sepenuhnya dilakukan secara transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel. DPR pernah melakukan seleksi secara tertutup, Presiden pernah melakukan penunjukan langsung, dan MA selalu melaksanakannya secara tertutup. Praktik semacam itu dapat menghasilkan hakim konstitusi yang tidak berkualitas, dan itu telah terbukti dengan tertangkapnya Akil Mochtar dan Patrialis Akbar.³¹

Proses di KY menurut Diah Savitri, untuk menghindari atau meminimalisasi politisasi pengangkatan hakim agung. Proses di DPR menurut penulis mirip dengan pengangkatan hakim agung pada *The Supreme Court* di Amerika Serikat. Peran DPR untuk memberikan persetujuan atau tidak disebut sebagai hak untuk konfirmasi (*right to confirm*). Hak ini dimaksudkan agar DPR sebagai lembaga perwakilan dapat ikut mengendalikan atau mengawasi kinerja para pejabat publik dalam menjalankan tugas dan kewenangannya. Adapun mekanisme yang

²⁷ Diambil dari berita berjudul: "Koalisi Masyarakat Sipil Nilai "Fit And Proper Test" Arief Hidayat Langar UU", diakses dari <https://nasional.kompas.com>. Pada 14 Juli 2018.

²⁸ Diambil dari berita berjudul: "Civitas Akademika Yogyakarta desak Mundur Ketua MK", diakses dari <https://detik.com>. Pada 14 Juli 2018, juga berita dari BBC berjudul: "Didesak 54 Guru Besar, apakah Arief Hidayat akan mundur dari Mahkamah Konstitusi?", diakses dari www.bbc.com, pada 14 Juli 2018, lalu berita berjudul: "Ini Isi Surat 54 Guru Besar yang Minta Arief Hidayat Mundur dari MK", diakses dari <https://nasional.kompas.com>, pada 14 Juli 2018, dan berita berjudul: "Pesan Guru Besar UI kepada Ketua MK Arief Hidayat yang Melanggar Kode Etik", diakses dari www.tribunnews.com, pada 14 Juli 2018.

²⁹ Lihat tautan berita berjudul: "Fraksi Gerindra Sempat Tolak Uji Kelayakan Hakim MK Arief Hidayat", di <https://nasional.tempo.co>, diakses 14 Juli 2018, lalu di detikNews dengan judul: "Tolak Uji Calon Hakim MK Arief Hidayat, F-Gerindra Walk Out", diakses dari <https://detik.com>, pada 14 Juli 2018, juga dalam berita berjudul: "Sempat Diskors, Cuma Fraksi Gerindra Tolak Fit And Proper Test Hakim MK", diakses dari www.tribunnews.com, pada 14 Juli 2018.

³⁰ Diambil dari berita berjudul: "Desmon: Pelantikan Arief Sebagai Hakim Konstitusi Tak Tepat", diakses dari <https://www.republika.co.id>, pada 14 Juli 2018.

³¹ Indramayu, Jayus, dan Rosita Indrayati, "Rekonseptualisasi Seleksi Hakim Konstitusi Sebagai Upaya Mewujudkan Hakim Konstitusi yang Berkualifikasi", artikel dalam *e-Jurnal Lentera Hukum*, Volume 4.Issue I, 2016, hlm 1, 8-12, diakses dari <https://journal.unej.ac.id/index.php/eJLH/article/download/5267/3986/>, 7 Juli 2018.

menentukan di DPR dilakukan melalui keputusan berdasarkan suara terbanyak, meskipun telah ada perubahan seleksi hakim agung oleh DPR dari pola pemilihan ke pola persetujuan, atau sebelum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-XII/2013. Ada beberapa kendala yang dialami oleh KY maupun DPR dalam seleksi hakim agung, yaitu adanya kualitas calon hakim agung yang rendah, terbatasnya alokasi anggaran, keterbatasan waktu pendaftaran, dan proses politik dalam *fit and proper test* di DPR.³²

Menurut Susi Dwi Harjanti dalam penelitiannya tentang *Pengisian Jabatan Hakim: Kebutuhan Reformasi dan Pengekangan Diri*, mengungkapkan bahwa proses pengisian hakim agung dan hakim konstitusi memiliki perbedaan, antara lain lembaga atau badan negara yang terlibat serta mekanisme internal yang dikembangkan oleh masing-masing badan. Pada pengisian jabatan hakim agung, sesuai Pasal 24B UUD NRI 1945, KY melakukan rekrutmen dan hasilnya diusulkan kepada DPR untuk dimintakan persetujuan. Akan tetapi berdasarkan Pasal 8 ayat (3) UU No. 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 14 Tahun 1985 tentang MA dan Pasal 18 ayat (4) UU No. 18 Tahun 2011 tentang Perubahan Pertama UU No 22 tahun 2004 tentang KY, calon hakim yang diusulkan KY akan dipilih oleh DPR. Pada pengisian hakim konstitusi, Badan yang terlibat dalam pengisian tersebut, yaitu DPR, MA, dan Presiden, mempunyai perbedaan. MA dinilai mempunyai mekanisme yang ajeg yaitu tertutup untuk calon dari luar hakim di lingkungan MA, sedangkan DPR dan Presiden mempunyai mekanisme yang berubah-ubah. DPR pernah menerapkan *fit and proper test* secara langsung dan melalui Panel Ahli. Sedangkan Presiden pernah menerapkan dengan membuat panitia seleksi, tetapi pernah melakukan penunjukan langsung.³³

Seleksi hakim agung dan hakim konstitusi di Indonesia pasca perubahan UUD 1945 terbukti telah melibatkan beberapa lembaga negara dan sesungguhnya ada satu asas penting dalam hubungan kelembagaan negara adalah asas *check and balance*. Namun sebenarnya proses pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi di DPR juga tidak sejalan dengan *asas check and balance*, karena

³² Diah Savitri, 2013, "Kewenangan Komisi Yudisial dan Dewan Perwakilan Rakyat Dalam Pengangkatan Hakim Agung", artikel dalam *Jurnal Cita Hukum* Vol.I No. 2 Desember 2013, hlm. 263-283.

³³ Susi Dwi Harjanti, "Pengisian Jabatan Hakim: Kebutuhan Reformasi dan Pengekangan Diri", artikel dalam *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM* Vol. 21, No. 4, Yogyakarta, Oktober 2015, hlm. 551-553

sebagaimana dikemukakan oleh Harjono, *check and balance* adalah suatu mekanisme yang diterapkan untuk mengatur hubungan antara kekuasaan legislatif dan eksekutif.³⁴ *Check and balance* bukan berarti satu kekuasaan dicampurtangani oleh kekuasaan dari lembaga lain, tetapi *check and balance* pada dasarnya membatasi suatu kekuasaan dari satu lembaga supaya tidak melebar. Maka *check and balance* sesungguhnya merupakan *power limited by other power*. Apa yang dimaksud kekuasaan di sini merupakan kekuasaan yang dimiliki oleh lembaga *Trias Politica* sebagaimana ada dalam kaidah teoritik *separation of power*.³⁵ Praktik ketatanegaraan seperti di Amerika Serikat, *check and balance* diwujudkan dengan adanya hak veto oleh Presiden terhadap undang-undang yang telah disahkan oleh Kongres.³⁶

Merujuk sistem *check and balance* yang berlaku di Amerika Serikat sebagaimana digambarkan oleh Robert Longley, *check and balance system* diterapkan karena pada dasarnya tidak ada satu cabang kekuasaan yang lebih berkuasa atas cabang kekuasaan lain. Di Amerika Serikat, ada 3 cabang kekuasaan, yaitu *eksekutive*, *legislative* dan *judicial*. Ketiga cabang kekuasaan tersebut diikat oleh sistem *check and balance* agar terjadi perimbangan kekuasaan.³⁷

Adapun wujud sistem *check and balance* antara ketiga cabang kekuasaan di Amerika Serikat adalah sebagai berikut:³⁸

Wujud *Executive Branch Checks and Balances on the Legislative Branch*, yaitu: *President has the power to veto laws passed by Congress; Can propose new laws to Congress; Submits the Federal Budget to the House of Representatives; Appoints federal officials, who carry out and enforce laws.* Wujud *Executive Branch Checks and Balances on the Judicial Branch*, yaitu: *Nominates judges to the Supreme Court; Nominates judges to the federal court system; President has the power to pardon or grant amnesty to persons convicted of crimes.* Wujud *Legislative Branch Checks and Balances on the Executive Branch*, yaitu: *Congress can override presidential vetoes with a 2/3 vote of both chambers; Senate can reject proposed treaties with a 2/3 vote; Senate can reject presidential nominations of federal officials or judges; Congress can impeach and remove the president (House serves as prosecution, Senate serves as jury).* Wujud *Legislative Branch Checks and Balances on the Judicial Branch*, yaitu:

³⁴ Lihat pertimbangan Hukum Hakim Konstitusi Dr Harjono S.H., M.C.L dalam Risalah Sidang Perkara Nomor 1,2/PUU-XII/2014 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan PERPPU No.1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

³⁵ Wawancara dengan Dr Harjono, tanggal 13 Januari 2018

³⁶ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Risalah Sidang Perkara Nomor 1,2/PUU-XII/2014, *Op.Cit*

³⁷ Robert Longley, 2018, "Separation of Power and Check and Balance in U.S Constitution", diakses dari <https://www.thoughtco.com/separation-of-powers-3322394>, 13 Juli 2018

³⁸*Ibid*

Congress can create lower courts; Senate can reject nominees to the federal courts and Supreme Court; Congress can amend the Constitution to overturn decisions of the Supreme Court; Congress can impeach judges of the lower federal courts. Wujud Judicial Branch Checks and Balances on the Executive Branch, yaitu: Supreme Court can use the power of judicial review to rule laws unconstitutional. Wujud Judicial Branch Checks and Balances on the Legislative Branch, yaitu: Supreme Court can use the power of judicial review to rule presidential actions unconstitutional; Supreme Court can use the power of judicial review to rule treaties unconstitutional.

UUD NRI 1945 juga telah memberikan kekuasaan yang merupakan wujud *check and balance* antara cabang kekuasaan. Beberapa di antaranya adalah: 1) DPR memberi *check and balance* terhadap Presiden dalam pembentukan undang-undang, di mana RUU dibahas bersama DPR dengan Presiden, dan disetujui bersama DPR dengan Presiden;³⁹ 2) DPR memberi *check and balance* berupa persetujuan kepada Presiden dalam menyatakan perang, membuat perdamaian, dan perjanjian dengan negara lain;⁴⁰ 3) DPR memberi *check and balance* berupa pemberian persetujuan kepada Presiden dalam pembuatan perjanjian internasional;⁴¹ 4) DPR memberi *check and balance* berupa pemberian pertimbangan kepada Presiden dalam pengangkatan duta besar ke negara lain, dan penerimaan duta besar dari negara lain.⁴² 5) DPR memberikan *check and balance* kepada Presiden yang berupa persetujuan dalam pemberian amnesti dan abolisi.⁴³ 6) Kekuasaan Kehakiman, dalam hal ini MA, memberi *check and balance* terhadap Presiden berupa pertimbangan dalam pemberian grasi dan amnesti.⁴⁴ 7) Kekuasaan Kehakiman, dalam hal ini MK, memberi *check and balance* kepada lembaga legislatif dan Presiden dalam pengujian undang-undang terhadap UUD.⁴⁵ 8) Kekuasaan Kehakiman, dalam hal ini MA, memberi *check and balance* kepada Presiden dan kekuasaan eksekutif dalam menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.⁴⁶ 9) Kekuasaan Kehakiman, dalam hal ini MA, memberi *check and*

³⁹ Lihat Pasal 20 UUD Negara RI Tahun 1945

⁴⁰ Lihat Pasal 11 ayat (1) UUD Negara RI tahun 1945

⁴¹ *Ibid.*, ayat (2)

⁴² Lihat Pasal 13 ayat (2) dan (3) UUD Negara RI Tahun 1945

⁴³ Lihat Pasal 14 ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945

⁴⁴ Lihat Pasal 14 ayat (1) UUD Negara RI Tahun 1945

⁴⁵ Lihat Pasal 24C ayat (1) UUD Negara RI Tahun 1945. Berdasarkan Pasal 20 UUD Negara RI Tahun 1945, undang-undang merupakan produk bersama antara DPR dan Presiden. Agar undang-undang produk DPR dan Presiden tidak melanggar konstitusi, maka MK diberi kewenangan menguji undang-undang.

⁴⁶ Lihat Pasal 24A ayat (1) UUD Negara RI Tahun 1945

balance kepada Presiden dan kekuasaan eksekutif dalam menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.⁴⁷

Berangkat dari *check and balance* yang berlaku di Amerika Serikat dan apa yang terdapat dalam UUD Negara RI 1945, maka sesungguhnya pelibatan DPR dalam pengisian hakim agung dan hakim konstitusi di Indonesia tidak sepenuhnya menggambarkan sistem *check and balance*. Hal itu karena pengisian hakim agung dilakukan oleh sebuah komisi independen yang bukan merupakan cabang utama kekuasaan. Adapun dalam pengisian jabatan hakim konstitusi, kewenangan DPR merupakan kewenangan atributif dari konstitusi yang tidak memerlukan pembatasan seperti *approval* ataupun *confirmation* dari cabang kekuasaan eksekutif maupun kekuasaan kehakiman. Berdasarkan hal tersebut, maka pelibatan DPR dalam pengisian hakim agung dan hakim konstitusi pada dasarnya bukanlah cermin *check and balance*. Hal itu senada seperti yang dikemukakan oleh Harjono:

Check and balance tidak ditujukan kepada kekuasaan kehakiman karena antara kekuasaan kehakiman dan cabang kekuasaan lain berlaku pemisahan kekuasaan. Prinsip utama yang harus di anut oleh negara hukum maupun *rule of law* adalah kebebasan kekuasaan yudisial atau kekuasaan kehakiman. Setiap campur tangan terhadap kekuasaan kehakiman dari lembaga negara apapun yang menyebabkan tidak bebasnya kekuasaan kehakiman dalam menjalankan fungsinya, akan mengancam prinsip negara hukum.⁴⁸

Proses seleksi oleh DPR pada dasarnya juga tidak sejalan dengan asas *separation of power*. Sebagaimana dikemukakan oleh Montesquieu tentang *separation of power*:

*When legislative power is united with executive power in a single person or in a single body of the magistracy, there is no liberty, because one can fear that the same monarch or senate that make tyrannical laws will execute them tyrannically. Nor is there liberty if the power of judging is not separate from legislative power and executive power. If it were joined to legislative power, the power over the life and liberty of the citizens would be arbitrary, for the judge would be the legislation. If it were joined to executive power, the judge could have the force of an oppressor.*⁴⁹

⁴⁷ Lihat Pasal 24A ayat (1) UUD Negara RI Tahun 1945

⁴⁸ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Risalah Sidang Perkara Nomor 1,2/PUU-XII/2014, *Op. Cit*

⁴⁹ Montesquieu, *The Spirit Of Law*, (De l'esprit Des lois), terjemahan Anne M. Cohler et al, Fisrt Publication, Cambridge University Press, UK, 1989, part II, Chapter 6, hlm. 156.

Secara teoritik, jika legislatif dan eksekutif berada pada satu organ atau dijalankan oleh orang yang sama, maka tidak kebebasan, karena salah satunya, eksekutif atau legislatif, dikhawatirkan akan menciptakan hukum yang tiranik. Demikian pula jika kekuasaan kehakiman tidak dipisahkan dari kekuasaan legislatif atau eksekutif, maka hakim tidak memiliki kebebasan. Maka dari itu, gagasan dari *separation of power* dilandasi oleh adanya keinginan supaya tidak ada kekuasaan yang sewenang-wenang atas kekuasaan lain.

E.C.S Wade dan G. Godfrey Philips mengatakan, ada 3 hal penting yang patut dicatat terhadap doktrin *separation power*:⁵⁰ 1. *the same person should not form part or more than one of three organ of government*; 2. *one organ of government should not control or interfere with the exercise of its function by another organ*; 3. *one organ of government should not exercise the function of another*.

Dilihat dari gagasan tentang *separation of power* ini, pemisahan kekuasaan, terutama kekuasaan kehakiman dari kekuasaan legislatif maupun eksekutif adalah menjamin adanya kebebasan bagi para hakim. Pemisahan dalam konteks ini tentu tidak hanya dari segi organ atau kelembagaan dan personalia, tetapi juga pada ranah rekrutmen hakim. Pengisian hakim agung dan hakim konstitusi sesungguhnya merupakan bentuk yang tidak konsisten dari upaya memisahkan kekuasaan kehakiman dari kekuasaan lain. Jika melihat bunyi konstitusi (UUD NRI 1945) Pasal 24 ayat (1), maka kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka dalam menyelenggarakan peradilan. Dengan demikian, makna merdeka seharusnya tidak hanya terarah pada tugas hakim dalam menangani perkara, akan tetapi juga dimaknai juga pada pengisian hakim-hakimnya. Maka dari itu, pelibatan DPR dalam pengisian hakim agung dan hakim konstitusi merupakan bentuk *deviation from separation of power*, sebuah penyimpangan dari pemisahan kekuasaan, sebab pada hakekatnya kekuasaan kehakiman harus dipisahkan dari kekuasaan lain untuk menjaga independensinya. Peter A. Gerangelos dalam *The Separation Power and Legislative Interference in Pending Cases*, menyatakan, “...unlimited legislative power in this regard may pose a potential threat to the purposes underlying the

⁵⁰ E.C.S Wade and G. Godfrey Phillips, *Constitutional Law, An Outline of The Law and Practice of The Constitution, Including Central and Local Government and The Constitutional Relations Of The British Commonwealth*, New Impression, Longmans, Green and Co, Great Britain, London, 1957, hlm. 20.

separation of power...". Menurutnya, *legislative power* perlu dibatasi dan pembatasan yang pertama dilakukan harus bersumber dari *the rule of law*.⁵¹ Berdasarkan pendapat Peter ini, jika lembaga legislatif mempunyai kekuasaan yang sangat luas dan besar, maka akan mengancam *separation of power*.

Pelibatan DPR dalam Seleksi oleh DPR terhadap calon hakim agung dan hakim konstitusi sesungguhnya juga tidak ada dalam fungsi lembaga legislatif. Secara teoritik pada dasarnya fungsi tersebut tidak ada dalam fungsi dasar lembaga legislatif sebagaimana konsep John K. Johnson dan Robert T. Nakamura. Lembaga legislatif mempunyai 3 (tiga) *basic functions*, sebagaimana dikatakan oleh John K. Johnson dan Robert T. Nakamura. Fungsi-fungsi tersebut:

1. *role representing publics. Legislature are useful "nerve ending of the polity" in the sense that they are often the branch of government to which popular complains/dissatisfactions/demands for action are first articulated.*
2. *making law. Lawmaking requires reconciling of differences once articulated, as well as pressing, the legislature's claim to power against the executive and other power-holder, such as political parties*
3. *exercising oversight. Oversight occurs after a law is passed and involves monitoring executive activities for efficiency, probity, and fidelity*⁵²

Lembaga DPR sebagai lembaga legislative sesungguhnya hanya mempunyai 3 fungsi dasar, yaitu fungsi representasi dengan membentuk undang-undang, fungsi pengawasan, dan fungsi anggaran.

Fungsi pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi juga tidak ada dalam konsep David Beetham. Lembaga legislatif menurut David Beetham, berkembang dengan beberapa fungsi, yaitu:

*Law Making, Approval of taxation and expenditure, generally in the context of the national budget, Oversight of executive actions, policy and personnel, Ratification of treaties and monitoring of treaty bodies, Debating issues of national and international moment, Hearing and redressing grievances, dan Approval constitutional change.*⁵³

⁵¹ Peter A Gerangelos, dalam "The Separation Power and Legislative Interference in Pending Cases", artikel dalam *Sydney Law Review* Vol.30:61, hlm 62,64. Tahun 2008, diakses dari www.austlii.edu.au/au/journals/ydLawRw/2008/3.html, diakses 7 September 2018.

⁵² John K. Johnson and Robert T. Nakamura, "A Concept Paper on Legislatures and Good Governance", makalah untuk UNDP, hlm 1-5, diakses dari <https://pdfs.semanticscholar.org/a8f1/f6d8a90d97bff63c3ac166f91d4e0b187260.pdf>, 7 September 2018

⁵³ David Beetham, "Parliament and Democracy In The Twenty-First Century, Inter-Parliamentary Union", 2006, hlm. 5. Diakses dari archive.ipu.org/pdf/publications/democracy_en.pdf, tanggal 14 November 2017

Berdasarkan pandangan-pandangan teoritik mengenai fungsi lembaga legislatif di atas, tidak terdapat fungsi lembaga legislatif yang merambah pada lembaga kehakiman, dalam hal ini kewenangan dalam pengisian hakim agung dan hakim konstitusi. Oleh karenanya, jika kewenangan tersebut diadakan dalam suatu sistem ketatanegaraan, hal itu pada dasarnya merupakan *ultra authority of legislative function*, yaitu kewenangan yang melebihi dari fungsi esensial sebuah lembaga legislatif. *Ultra authority of legislative function* ini berpotensi menimbulkan persoalan, terutama ancaman adanya kesewenang-wenangan dari lembaga legislatif, bahkan dapat pula berpotensi melahirkan tirani legislatif, suatu keadaan di mana lembaga legislatif melalui kewenangannya menjadi sangat sewenang-wenang.

Penutup

Pelibatan DPR dalam pengisian hakim agung dan hakim konstitusi sejatinya merupakan bagian dari penguatan DPR yang dilakukan melalui perubahan UUD 1945, yang mempunyai semangat memperkuat DPR dan membatasi kekuasaan Presiden. Penguatan ini tidak terlepas dari agenda demokrasi yang bergulir seiring terjadinya masa transisi demokrasi pasca Orde Baru, di mana agenda demokrasi salah satunya dilakukan dengan memperkuat lembaga demokrasi-di antaranya DPR-melalui konsolidasi demokrasi. Meskipun pelibatan tersebut merupakan bagian dari agenda demokrasi, pada kenyataannya pelibatan tersebut tidak sesuai dengan asas *separation of power* di mana seharusnya lembaga kehakiman tidak diintervensi oleh lembaga lain seperti DPR, termasuk dalam seleksi hakim-hakimnya. Pelibatan tersebut juga tidak sesuai dengan asas *check and balance* karena dalam seleksi hakim agung, DPR bukan berhadapan dengan kekuasaan Presiden tetapi berhadapan dengan Komisi Yudisial yang merupakan *state auxiliary organ*. Sedangkan pada pengisian hakim konstitusi, DPR justru mempunyai otoritas penuh atas pengusulan 3 hakim konstitusi.

Sehubungan dengan hal tersebut, maka penulis memberikan saran agar keberadaan DPR dalam pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi perlu dievaluasi, dan ke depan pengisian jabatan hakim agung dan hakim konstitusi mengambil model *non political prosedur* supaya lebih konstisten dengan asas

separation of power di mana kekuasaan kehakiman harus dipisahkan dari lembaga lainnya.

Daftar Pustaka

Buku

- Beetham, David (edt) *Defining and Measuring Democracy*, Sage Publication, Ltd London, 1994.
- Cunningham, Frunk, *Theories Of Democracy: A Critical Introduction*, Routledge, New York, 2002.
- Ehrmann, Henry W. (edt), *Democracy in Changing Society*, Frederick A Preager Publishers, USA, 1964.
- Held, David, *Models of Democracy*, Third Edition, Polity Press, Cambridge, UK, 2008.
- Irianto, Sulistyowati dan Shidarta (editor), buku bunga rampai berjudul *Metode Penelitian Hukum, Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Obor Indonesia, 2009.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Prenada Media Group, Edisi pertama, Cetakan ke- 4, Jakarta, 2008.
- Montesquieu, *The Spirit Of Law*, (De l'esprit Des lois), terjemahan Anne M.Cohler et all, Fisrt Publication, Cambridge University Press, UK, 1989.
- O'Donnel, Gullermo dan Philippe Schmitter, *Transisi Menuju Demokrasi* (Transition To Democracy), Cetakan pertama, LP3ES, Jakarta, 1993.
- Pane, Nina dkk, *Mencari Sosok Ideal Hakim Agung Indonesia*, Komisi Yudisial Republik Indonesia, Jakarta, 2017
- Wade, E.C.S and G. Godfrey Phillips, *Constitutional Law, An Outline of The Law and Practice of The Constitution, Including Central and Locaal Government and The Constitutional Relations Of The British Commonwealth*, New Impression, Longmans, Green and Co, Great Britain, London, 1957.
- Warrren, Harris G., Harry D. Leinenweber, Ruth O.M. Andersen, *Our Democracy at Work*, Prentice-Hall,Inc, USA, 1963.

Jurnal dan Hasil Penelitian

- Beetham, David, "Parliament and Democracy In The Twenty-First Century, Inter-Parliamentary Union", 2006. Diakses dari archive.ipu.org//pdf/publications/democracy_en.pdf, tanggal 14 November 2017
- Gerangelos, Peter A, dalam "The Separation Power and Legislative Interference in Pending Cases", artikel dalam *Sydney Law Review* Vol.30:61, Tahun 2008, diakses dari :www.austlii.edu.au/au/journals/sydLawRw/2008/3.html, diakses 7 September 2018.

Harijanti, Susi Dwi, "Pengisian Jabatan Hakim: Kebutuhan Reformasidan Pengekangan Diri", artikel dalam *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM* Vol. 21, No. 4, Yogyakarta, Oktober 2015.

Indramayu, Jayus, dan Rosita Indrayati, 2016, "Rekonseptualisasi Seleksi Hakim Konstitusi Sebagai Upaya Mewujudkan Hakim Konstitusi yang Berkualifikasi", artikel dalam *e-Jurnal Lentera Hukum*, Volume 4.Issue I, hlm 1, 8-12, diakses dari <https://journal.unej.ac.id/index.php/eJLH/article/download/5267/3986/>, 7 Juli 2018

Johnson, John K. and Robert T. Nakamura, "A Concept Paper on Legislatures and Good Governance", makalah untuk UNDP, hlm 1-5, diakses dari <https://pdfs.semanticscholar.org/a8f1/f6d8a90d97bff63c3ac166f91d4e0b187260.pdf>, 7 Sepetmebr 2018.

Marc F. Plattner, "Globalization and Self Government", artikel dalam *Journal Of Democracy* Volume 13 July, 2002, hlm. 59. Diakses dari <https://www.journaldemocracy.org/sites/default/files/Plattner.pdf>, tanggal 19 Mei 2017.

Nugroho, Kris, "Konsolidasi Demokrasi", artikel dalam *Jurnal Masyarakat dan Politik*, Th XIV. No 2, April 2001.

Savitri, Diah, "Kewenangan Komisi Yudisial dan Dewan Perwakilan Rakyat Dalam Pengangkatan Hakim Agung", artikel dalam *Jurnal Cita Hukum* Vol. I No. 2 Desember 2013.

Peraturan Perundang-Undangan

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

Risalah Sidang Perkara Nomor 1,2/PUU-XII/2014, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2014.

Republik Indonesia, *Dokumen Sidang Komisi III DPR RI tentang Pengusulan Calon Hakim Konstitusi Usulan DPR RI, 2003, 2008, 2009, 2013, 2014, dan 2018*, Sekretariat Jenderal DPR RI, Jakarta, 2018.

Website

Gyong, John Emmanuel, "Good Governance and Accountability in a Democracy", diakses paperity.org/p/59183688/good-governance-and-accountability-in-a-democracy. Tanggal 22 Mei 2018.

Hutchinson, Terry and Nigel Duncen, "Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research", Queensland University of Technology, Deakin University School of Law, 2012, diakses dari eprints.qut.edu.au/54819/2/54801.pdf, tanggal 26 Desember 2015.

Longley, Robert, "Separation of Power and Check and Balance in U.S Constitution", diakses dari <https://www.thoughtco.com/separation-of-powers-3322394>, 13 Juli 2018.

Urbinati, Nadia, "Political Representation As A Democratic Process", diakses dari www.rediscriptions.if/media/upload/.../Urbinati_06_pdf, tanggal 7 September 2018.



***Overcriminalization* dalam Perundang-Undangan di Indonesia**

Mahrus Ali

Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro

Jl. Tamansiswa 158 Yogyakarta, 55151

mahrus_ali@uui.ac.id

Received: 26 Nopember 2018; *Accepted:* 12 Desember 2018; *Published:* 17 Januari 2019

DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art2

Abstract

*Criminalization in legislation tends to increase, and most of it deals with administrative violations with the potential to cause over-criminalization. This study aims to analyze the concept of over-criminalization and its various forms in criminal legislation. As normative legal research, this study uses a conceptual and statutory approach. The results show that over-criminalization is generally conceptualized in relation to criminalization. The forms also include re-criminalization of an act having been banned by other laws, formulation of offenses without sufficient error requirements, criminalization of impeccable deeds, formulation of offenses without fulfilling the principle of *lex certa*, criminalization of pure administrative violations, and criminal penalties incomparable to the seriousness of the offenses. The forms of over-criminalization in legislation are obvious in different articles in Law on Plantations, Law Environmental Protection, and Management, and Law on Mineral and Coal Mining.*

Keywords: Over-criminalization; criminal law; legislation

Abstrak

Kriminalisasi dalam perundang-undangan cenderung meningkat dan kebanyakan terkait pelanggaran-pelanggaran administrasi, sehingga berpotensi menimbulkan *overcriminalization*. Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis konsep *overcriminalization* dan ragam bentuknya dalam perundang-undangan pidana. Sebagai penelitian hukum normatif, penelitian ini menggunakan pendekatan konseptual dan perundang-undangan. Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa *overcriminalization* pada umumnya dikonsepsikan dalam kaitannya dengan kriminalisasi. Bentuk-bentuknya pun beragam meliputi rekriminalisasi suatu perbuatan yang telah dilarang oleh undang-undang yang lain, perumusan delik tanpa persyaratan kesalahan pelanggar yang memadai, kriminalisasi terhadap perbuatan perbuatan yang tidak tercela, perumusan delik yang tidak memenuhi prinsip *lex certa*, kriminalisasi terhadap pelanggaran administratif murni, dan ancaman pidana tidak sebanding dengan seriusitas delik. Bentuk-bentuk *overcriminalization* dalam perundang-undangan terlihat dalam beberapa pasal dalam UU Perkebunan, UU PPLH, dan UU Minerba.

Kata-kata Kunci: *Overcriminalization*; hukum pidana; perundang-undangan

Pendahuluan

Perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi¹ dalam undang-undang di luar KUHP, dari 1985 hingga 2014 memperlihatkan kecenderungan semakin kuatnya kontrol negara terhadap aktifitas dan kebebasan sipil warga negara. Penelitian Barda Nawawi Arief mengungkap, bahwa terdapat sebanyak 29 undang-undang yang memuat ketentuan pidana dari 1985 hingga 1995.² Hasil penelitian Anugerah Rizki Akbari, menunjukkan bahwa dalam kurun waktu 1998 hingga 2014, dari 392 undang-undang yang dibentuk dan disahkan legislator, 154 di antaranya memuat ketentuan pidana.³ Ini artinya, terdapat hampir 40% undang-undang yang dibentuk DPR yang memuat ketentuan pidana. Apabila ditotal, dari 1985 hingga 2014 terdapat 183 undang-undang yang memuat ketentuan pidana.⁴

Undang-undang yang memuat ketentuan pidana kebanyakan merupakan undang-undang pidana administrasi (hukum pidana administrasi).⁵ Hukum pidana administrasi dalam kepustakaan hukum pidana disebut dengan istilah '*administrative penal law*', '*public welfare offenses*', '*regulatory offenses*', atau '*orderingstrafrecht*'. Istilah ini mengacu kepada pelanggaran-pelanggaran administrasi yang diancam dengan sanksi pidana.⁶ Keberadaan sanksi pidana dicantumkan untuk memperkuat sanksi administratif.⁷ Oleh karenanya, sanksi pidana berperan sebagai *mercenary-sanction*,⁸ dalam arti hanya bersifat menunjang penegakan norma yang ada di bidang hukum lainnya.⁹

¹ Kriminalisasi dalam penelitian ini didefinisikan sebagai suatu kebijakan dalam menetapkan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana (tidak dipidana) menjadi suatu tindak pidana (perbuatan yang dapat dipidana) disertai ancaman sanksi pidana.

² Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Cetk. Ketiga, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2013, hlm. 11

³ Anugerah Rizki Akbari, *Potret Kriminalisasi Pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak Pidana di Indonesia*, Institute for Criminal Justice Reform, Jakarta, 2015, hlm. 10

⁴ Angka 183 undang-undang ini merupakan penjumlahan dari 29 undang-undang yang memuat ketentuan pidana dari 1985 hingga 1995 dan 154 undang-undang yang memuat ketentuan pidana dari 1998 hingga 2014.

⁵ Supriadi, "Penetapan Tindak Pidana Sebagai Kejahatan dan Pelanggaran dalam undang-undang Pidana Khusus", *Mimbar Hukum*, Vol 27, 3, 2015, hlm. 394

⁶ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta...*, *Op. Cit.*, hlm. 10. Indrianto Seno Adji, *Administratif Penal Law: Ke Arab Konstruksi Pidana Limitatif*, Makalah Disampaikan pada Pelatihan Hukum dan Kriminologi oleh MAHUPIKI Bekerjasama dengan Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 23-27 Februari 2014, hlm. 6

⁷ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, hlm. 42

⁸ *Ibid.*, hlm. 39

⁹ Muladi, 'Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Mendatang', *Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Pidana*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Februari, 1990, hlm. 7

Data tentang banyaknya undang-undang yang memuat ketentuan pidana terkait masalah di luar hukum pidana setidaknya berimplikasi kepada dua hal. *Pertama*, ada perubahan cara pandang di dalam mengatasi problem sosial, dari yang semula mendayagunakan instrumen hukum perdata/administrasi ke instrumen hukum pidana. Hukum pidana tidak lagi ditempatkan sebagai sarana terakhir (*the last resort/ ultimum remedium*) dalam menanggulangi kejahatan,¹⁰ melainkan sebagai *preimum remedium*. *Kedua*, proses kriminalisasi yang berlangsung secara terus menerus tanpa didasarkan pada penilaian yang teruji dan tanpa suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem juga mengakibatkan timbulnya krisis kelebihan kriminalisasi (*the crisis of overcriminalization*), yaitu banyak atau melimpahnya jumlah kejahatan dan perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi.¹¹ Oleh karena itu, perlu diteliti konsep *overcriminalization* dan ragam bentuknya dalam perundang-undangan di Indonesia.

Rumusan Masalah

Berdasarkan di atas, rumusan masalah dalam penelitian ini sebagai berikut; *pertama*, bagaimana perkembangan konsep *overcriminalization* dalam hukum pidana?; dan *kedua*, bagaimana ragam bentuk *overcriminalization* dalam perundang-undangan pidana?

Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui dan menganalisis; *pertama*, perkembangan konsep *overcriminalization* dalam hukum pidana; dan *kedua*, ragam bentuknya dalam perundang-undangan pidana.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif karena yang dikaji adalah konsep *overcriminalization* dan bentuk-bentuknya dalam perundang-undangan di Indonesia. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan

¹⁰ Nils Jareborg, "Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2005, hlm. 525-526

¹¹ M. Sherif Bassiouni, *Substantive Criminal Law*, Charles Thomas Publisher, Springfield, Illionis, USA, 1978 sebagaimana dikutip oleh Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Cetk Ketiga, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2000, hlm 38; Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Cetk. Ketiga, Edisi Revisi, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 33; Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1998, hlm. 163

konseptual dan perundang-undangan.¹² Pendekatan konseptual mengacu pendapat ahli hukum pidana tentang konsep dan ruang lingkup *overcriminalization*, sedangkan pendekatan perundang-undangan mengkaji bentuk-bentuk *overcriminalization* dalam rumusan delik dan ancaman pidana dalam perundang-undangan. Bahan hukum yang digunakan yaitu bahan hukum primer terdiri dari Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2014, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009, dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009, dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum yang dikumpulkan melalui studi literatur dianalisis secara deskriptif kualitatif. Terdapat tiga alur kegiatan dalam analisis kualitatif, yaitu reduksi bahan hukum, penyajian bahan hukum, dan penarikan kesimpulan. Reduksi bahan hukum terkait dua hal, yaitu penyederhanaan konsep *overcriminalization* dalam hukum pidana, dan pembacaan rumusan delik dan ancaman pidananya dalam suatu undang-undang.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Perkembangan Konsep Ovekrimalisasi

Sanford H. Kadish merupakan ahli pertama yang membicarakan tentang *overcriminalization*, dalam artikel berjudul '*the crisis of overcriminalization*' yang ditulis pada 1968. Menurut Kadish, dewasa ini hukum pidana telah memperluas jangkauan sanksi pidana kepada jenis-jenis perilaku yang sangat berbeda, suatu perilaku yang tidak menimbulkan kerugian yang serius, atau kejahatan yang bahkan tidak menimbulkan kerugian apapun.¹³ *Overcriminalization* oleh Kadish diartikan sebagai penggunaan hukum pidana untuk mewujudkan tujuan-tujuan kebijakan publik yang sama sekali tidak layak/tidak dibenarkan untuk dilarang.¹⁴ Perbuatan-perbuatan yang netral secara moral tidak layak dikriminalisasi, seperti hubungan seksual yang dilakukan secara suka sama suka. Menurut peneliti, perbuatan-perbuatan yang seperti apa yang dianggap sebagai perbuatan yang

¹² Johny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayu Media Publishing, Malang, 2006, hlm. 320

¹³ "...Criminal law typically has extended the criminal sanction well beyond these fundamental offenses to include very different kinds of behavior, kinds which threaten far less serious harms, or else highly intangible ones about which there is no genuine consensus, or even no harms at all". Sanford H. Kadish, "The Crisis of Overcriminalization", *American Criminal Law*, 1968, hlm. 17

¹⁴ Michal Buchhandler-Raphael, "Overcriminalizing Speech", *Cardozo Law Review*, 2015, hlm. 1679

netral secara moral berbeda antara satu negara dengan negara yang lain dan bergantung kepada falsafah yang dianutnya. Bagi Indonesia, pemikiran Kadish tersebut tidak selamanya bisa diikuti sejak Pancasila disepakati oleh pendiri bangsa sebagai cita hukum (*rechtsidee*) dan pandangan hidup bangsa sehingga nilai-nilai yang terkandung di dalamnya harus menjadi pedoman/pijakan/sumber nilai dalam mengkriminalisasi suatu perbuatan.¹⁵

Barda Nawawi Arief mengartikan *overcriminalization* sebagai banyak atau melimpahnya jumlah kejahatan dan perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi. *Overcriminalization* timbul bila proses kriminalisasi yang berlangsung secara terus menerus tanpa didasarkan pada penilaian yang teruji dan tanpa suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem.¹⁶ Kip Schlegel, David Eitle, dan Steven Gunkel menganggap bahwa masalah *overcriminalization* terkait dua hal.¹⁷ *Pertama*, konsep *overcriminalization* merefleksikan suatu perhatian yang lebih luas dari peranan sanksi pidana dan persepsi yang digunakan tentang perilaku penjahat. Pertanyaan yang muncul terkait yang pertama ini, adalah perilaku-perilaku yang seperti apa yang dianggap sebagai kejahatan. Pertanyaan tentang sampai sejauh mana sanksi pidana diterapkan tidak lebih penting dari pertanyaan tentang persyaratan-persyaratan apa saja yang harus dipenuhi agar sanksi pidana dapat diterapkan. *Overcriminalization*, dengan demikian, merepresentasikan pengenaan label penjahat atas perilaku yang sebenarnya tidak memenuhi kriteria label tersebut.

Kedua, konsep *overcriminalization* juga memberikan perhatian kepada seringnya sanksi pidana diterapkan kepada suatu perbuatan seketika dinyatakan sebagai perbuatan terlarang. Pertanyaan terkait hal ini, adalah seberapa sering sanksi pidana diancamkan dan seberapa berat sanksi pidana itu dijatuhkan kepada

¹⁵ Nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila adalah nilai ketuhanan, nilai kemanusiaan, nilai persatuan, nilai kerakyatan, dan nilai keadilan sosial. Barda Nawawi Arief meringkas kelima nilai tersebut menjadi nilai ketuhanan (moral religius), nilai kemanusiaan (nilai humanistik), dan nilai kemasyarakatan (nasionalistik, demokratis, dan keadilan sosial). Barda Nawawi Arief, *Pembangunan Sistem Hukum Nasional (Indonesia)*, Cetk. Kedua, Pustaka Magister, Semarang, 2015, hlm. 31

¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Cetk. Ketiga, Badan Penerbit, Universitas Diponegoro, Semarang, 2000, hlm. 38; Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Cetk. Ketiga, Edisi Revisi, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 33

¹⁷ Kip Schlegel, David Eitle, Steven Gunkel, "Are White-Collar Crimes Overcriminalized? Some Evidence on the Use of Criminal Sanctions against Securities Violators", *Western State University Law Review*, 2000-2001, hlm. 120-121

orang yang melakukan suatu kejahatan. *Overcriminalization* merepresentasikan pengenaan sanksi pidana yang lebih sering daripada respon kontrol sosial lainnya yang tersedia yang lebih pantas dan pengenaan sanksi pidana yang tidak sesuai dengan tujuannya.

Ellen S. Podgor mengartikan *overcriminalization*, sebagai banyaknya perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi tanpa dasar pembenar dan penggunaan suatu ketentuan pidana dalam undang-undang melalui diskresi penuntut umum. Undang-undang memberikan kewenangan diskresi yang besar kepada penuntut umum untuk menentukan mana perbuatan yang sesuai dengan rumusan delik.¹⁸ Konsep ini masih bersifat umum karena belum menggambarkan bentuk-bentuk perbuatan yang menimbulkan *overcriminalization*. Selain itu, konsep tersebut mencampuraduk antara *overcriminalization* yang merupakan dampak dari proses kriminalisasi tanpa evaluasi dan irasional dengan penegakan hukum yang berlebihan berupa pemberian kewenangan kepada penuntut umum untuk menentukan mana perbuatan-perbuatan yang sesuai dengan rumusan delik.

Erik Luna mengemukakan, bahwa *overcriminalization* tidak hanya terkait dengan begitu banyaknya perbuatan yang dilarang, tapi juga termasuk masalah berikut; apakah yang harus didenominasikan sebagai kejahatan dan kapan ia ditegakkan; dan apa yang seharusnya dijadikan batasan-batasan pidana dan sanksi pidana yang tepat dalam kasus-kasus yang spesifik. *Overcriminalization*, dengan demikian, merupakan penyalahgunaan kekuasaan tertinggi sistem peradilan pidana, yaitu implementasi kejahatan atau pengenaan sanksi pidana tanpa dasar pembenar. *Overcriminalization* terdiri atas; (1) tindak pidana-tindak pidana yang tidak dapat dipertahankan lagi karena tidak memenuhi kriteria untuk dikategorikan sebagai perbuatan terlarang; (2) perundang-undangan pidana yang berlebihan; (3) ancaman sanksi pidana yang tidak proporsional; dan (4) penegakan hukum yang eksekutif terhadap pelanggaran-pelanggaran ringan.¹⁹

Sara Sun Beale mengkonsepsikan *overcriminalization* dalam kaitannya dengan penegakan hukum yang berlebihan (*overenforcement*) oleh aparat penegak hukum.

¹⁸ Ellen S. Podgor, "Overcriminalization: The Politics of Crime", *American University Law Review*, 54, 2005, hlm. 542-543

¹⁹ Erik Luna, "The Overcriminalization Phenomenon", *American University Law Review*, 2005, hlm. 713-717

Menurutnya, secara umum bentuk-bentuk *overcriminalization* meliputi; a) pemberian kewenangan diskresi yang tidak terkontrol kepada penegak hukum; b) disparitas pidana terhadap beberapa pelaku yang melakukan kejahatan yang sama; dan c) penyalahgunaan kekuasaan oleh penegak hukum.²⁰ Sementara itu, Andrew Ashworth mengatakan bahwa *overcriminalization* terjadi manakala hukum pidana bekerja melebihi tiga fungsi utamanya, yakni fungsi deklaratif, fungsi preventif dan fungsi regulatif.²¹ Dalam kaitannya dengan fungsi deklaratif, *overcriminalization* timbul ketika pidana dijatuhkan tanpa adanya kesalahan atau tindak pidana yang ringan dikategorikan sebagai tindak pidana yang serius. Dalam konteks fungsi preventif, *overcriminalization* timbul ketika perbuatan-perbuatan yang dilarang tidak berbahaya atau kemungkinan timbulnya bahaya yang dituju dari dilarangnya suatu perbuatan masih jauh. Dalam kaitannya dengan fungsi regulatif, *overcriminalization* timbul ketika perbuatan yang dikriminalisasi merupakan pelanggaran administratif atau perdata, atau sanksi perdata/administratif lebih efektif diberdayakan.²²

Samuel W. Buell mengartikan *overcriminalization* sebagai '*...producing an overbroad criminal prohibition by saying the law was designed to cover conduct for which there is not a good case for sanction*'.²³ Jadi, ruang lingkup perbuatan yang dikriminalisasi yang terlalu luas merupakan salah satu bentuk *overcriminalization*. Adapun Douglas Husak mengartikan *overcriminalization* sebagai '*...too much punishment, too much crimes...*'.²⁴ Menurut Husak, delik dalam hukum pidana secara umum dibagi menjadi *core crime* dan *periphery offenses*.²⁵ *Core crimes* adalah kejahatan-kejahatan yang dari sifat dasarnya merupakan perbuatan yang jahat seperti pembunuhan, pencurian, perkosaan, dan penipuan, sedangkan *periphery*

²⁰ Sara Sun Beale, "The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization", *American University Law Review*, 54, 2005, hlm. 749

²¹ *The declaratory function is the declaration of forms of wrongdoing that are serious enough to justify the public censure inherent in conviction and punishment. The preventive function is the declaration of forms of conduct or omission that are prohibited on the basis of their propensity to lead to significant risk or danger to an interest protected by the law, and which justify the censure inherent in conviction and punishment. The regulatory function is the reinforcement of regulation through the declaration of forms of conduct, often without requiring proof of fault, which amount to non-compliance with a regulatory scheme. Andrew Ashworth, "Conception of Overcriminalization", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 5, 2008, hlm. 407 dan 424*

²² *Ibid.*, hlm. 424

²³ Samuel W. Buell, "The Upside of Overbreadth", *New York University Law Review*, 83, 2008, hlm. 1497

²⁴ Douglas Husak, *Overcriminalization The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm. 4; Todd Haugh, "Overcriminalization's New Harm Paradigm", *Vanderbilt Law Review*, 68, 2015, hlm. 1197

²⁵ Peter Ramsay, "Overcriminalization as Vulnerable Citizenship", *New Criminal Law Review*, 13, 2010, hlm. 263-264

offenses adalah suatu tindak pidana yang berasal dari bidang non hukum pidana. Perbuatan-perbuatan tersebut awalnya merupakan pelanggaran administrasi atau perdata, tapi kemudian dilarang dan diancam dengan sanksi pidana. Husak menyebut pelanggaran ini dengan istilah *crimes outside the core*.²⁶

Menurut Husak, bentuk-bentuk *overcriminalization* meliputi; a) *overlapping crimes*; b) *offenses of risk-prevention*; dan c) *ancillary offenses*. Tumpang tindih kejahatan (*overlapping crimes*) diartikan sebagai rekriminalisasi suatu perbuatan yang telah dilarang oleh undang-undang yang lain, atau di dalam satu undang-undang terdapat dua delik yang memiliki substansi yang sama.²⁷ Douglas Husak mengartikan *overlapping crimes* sebagai ‘...by criminalizing the same conduct over and over again...’.²⁸ *Offenses of risk prevention* adalah delik yang masih dalam taraf permulaan karena tidak semua hal menyebabkan kerugian. Hal yang dilarang bukanlah kerugian, melainkan kemungkinan terjadinya kerugian. Perbuatan tersebut dilarang karena ada kemungkinan menimbulkan kerugian, sekalipun kemungkinan tidak perlu dibuktikan ketika tindak pidana terjadi. Contoh delik dalam kategori ini adalah larangan menggunakan telpon genggam saat mengemudikan kendaraan. Perbuatan ini dilarang karena dikhawatirkan akan menyebabkan kecelakaan lalu lintas.²⁹

Ancillary offenses adalah kejahatan ‘tambahan’ atas kejahatan utama yang telah dilakukan oleh seseorang.³⁰ Ada dua jenis *ancillary offenses*, yaitu *derivative crimes* dan *enforcement and information gathering offenses*. Contoh jenis kejahatan pertama adalah seseorang yang seharusnya dikenakan satu dakwaan atas perampokan sebuah bank, tapi kemudian orang itu mendapatkan dakwaan kedua berupa menyimpan uang tersebut ke dalam rekening bank miliknya. Menyimpan uang di bank merupakan aktivitas komersial biasa, tapi dijadikan sebagai kejahatan berupa ‘pengetahuan terdakwa dan fakta bahwa uang tersebut berasal dari hasil kejahatan’. Jenis kejahatan yang kedua adalah kejahatan yang dilakukan pada saat

²⁶ Douglas Husak, “Crimes Outside the Core”, *Tulsa Law Review*, 2004, hlm.. 756

²⁷ Stephen F. Smith, “Overcoming Overcriminalization”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102, 2012, hlm. 539

²⁸ Douglas Husak, *Overcriminalization...*, *Op. Cit.*, hlm. 36

²⁹ *Ibid.*, hlm. 38

³⁰ *Ibid.*, hlm. 40

proses penyidikan suatu perkara pidana terhadap kejahatan pokok atau pengabaian untuk memberikan informasi penting yang akan menuntut perkara tersebut. Sebagai contoh, bank yang mengabaikan transaksi yang mencurigakan. Kejahatan jenis ini meningkat seiring dengan terbitnya beberapa undang-undang yang mengatur mengenai pengabaian untuk melaporkan adanya kejahatan kekerasan terhadap anak dan sebagainya. Dalam undang-undang tersebut, telah ditentukan 'siapa yang harus melapor', 'apa' yang harus dilaporkan, serta 'kapan' dan 'kepada siapa' laporan itu disampaikan.³¹

Menurut peneliti, tiga bentuk delik yang menimbulkan *overcriminalization* yang dikemukakan Husak tidak semuanya bisa diikuti dalam konteks Indonesia, terutama *offenses of risk prevention* dan *ancillary offenses*. *Offenses of risk prevention* hanya dapat disebut menimbulkan *overcriminalization* bila bahaya yang hendak dicegah dari dilarangnya suatu perbuatan ternyata tidak berbahaya atau masih jauh untuk terjadi, sedangkan untuk *ancillary offenses* khususnya *enforcement and information gathering offences* bertentangan dengan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang, kecuali pihak pelapor (pihak bank) melaksanakan kewajiban pelaporan terkait transaksi keuangan yang mencurigakan.³²

Darryl K. Brown mengartikan *overcriminalization* dalam kaitannya dengan kebijakan kriminalisasi. Kebijakan kriminalisasi yang dilakukan secara tidak hati-hati dan tidak didasarkan argumen yang rasional berpotensi menimbulkan *overcriminalization*. Menurut Brown, ada tiga bentuk delik yang menimbulkan *overcriminalization*. Pertama, *criminalization of conduct that few people think is morally wrong, or for which there is no persuasive argument of blameworthiness*. Perbuatan-perbuatan yang hendak dikriminalisasi merupakan perbuatan yang oleh masyarakat luas dianggap sebagai perbuatan yang bertentangan dengan moral. *Overcriminalization* timbul bila pembentuk undang-undang mengkriminalisasi

³¹ *Ibid.*, hlm. 41

³² Pasal 5 ayat (1) UU TTPU menyatakan bahwa 'setiap Orang yang menerima atau menguasai penempatan, pentransferan, pembayaran, hibah, sumbangan, penitipan, penukaran, atau menggunakan Harta Kekayaan yang diketahuinya atau patut diduganya merupakan hasil tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan denda paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)'. Pasal 5 ayat (2) berbunyi, 'ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku bagi Pihak Pelapor yang melaksanakan kewajiban pelaporan sebagaimana diatur dalam Undang- Undang ini.

perbuatan yang dianggap tercela secara moral hanya oleh sebagian kecil masyarakat. *Kedua, excessive punishment attached to uncontroversial criminal statutes.* Jadi, *overcriminalization* timbul bila pidana yang berat (berlebihan) diancamkan terhadap pelanggaran biasa. *Ketiga, redundant criminalization-statutes that prohibit conduct that is already criminalized, or largely so, by other statutes.* Ia timbul bila ada suatu perbuatan yang dikriminalisasi padahal telah dilarang dan diancam dengan sanksi pidana di dalam undang-undang yang lain.³³ Bentuk ketiga *overcriminalization* ini lazim dikenal dengan *overlapping crimes*.

Roger A. Fairfax, Jr mengatakan bahwa setidaknya ada 5 bentuk delik yang menimbulkan *overcriminalization*.³⁴ *Pertama, overfederalization*, yaitu alokasi yang tidak tepat atas kedaulatan otoritas penegakan hukum dan prioritas penanganan perkara antara pemerintah federal dengan pemerintah negara bagian. Konsep *overfederalization* tidak dikenal sistem hukum Indonesia karena Indonesia merupakan negara kesatuan yang terdiri atas pemerintah pusat dan pemerintah daerah. Sekalipun pemerintah daerah diberikan kewenangan untuk membuat Peraturan Daerah yang salah satunya berisi larangan suatu perbuatan yang diancam dengan sanksi pidana, tapi hal itu terbatas pada pelanggaran peraturan daerah dan ruang lingkungannya hanya pada daerah itu. Kewenangan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan yang berlaku untuk seluruh wilayah kesatuan Negara Republik Indonesia dimiliki oleh DPR bersama Presiden. *Kedua*, tidak tepatnya kriminalisasi terhadap perbuatan-perbuatan yang tidak tercela atau perbuatan yang lebih pantas diserahkan kepada moralitas individu. *Ketiga*, kriminalisasi terhadap perbuatan tanpa persyaratan kesalahan pelaku. *Keempat*, kriminalisasi terhadap suatu perbuatan yang telah dilarang di dalam undang-undang yang lain. *Kelima*, ancaman pidana yang berlebihan dikaitkan dengan seriusitas delik.

Konsep yang berbeda mengenai *overcriminalization* dikemukakan oleh Stephen F. Smith. Menurutnya, selama ini *overcriminalization* hanya dipandang dari

³³ Darryl K. Brown, "Prosecutors and Overcriminalization: Thoughts on Political Dynamics and a Doctrinal Response", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 6, 2009, hlm. 461-463

³⁴ Roger A. Fairfax, Jr., "From "Overcriminalization" to "Smart on Crime": American Criminal Justice Reform-Legacy and Prospects", *Journal of Law, Economics & Policy*, 7, 2011, hlm. 608-609

sudut konvensional. Smith mendefinisikan *overcriminalization* sebagai ‘...undermining of the effort “to provide just and proportional punishments for offenses...”’.³⁵ Oleh karena itu, *overcriminalization* semestinya dilihat dari dua sisi, yaitu kuantitatif dan kualitatif. Pertama berupa penggunaan dua atau lebih undang-undang pidana terhadap satu tindak pidana dan tumpang tindih kejahatan (*overlapping crimes*), yaitu rekriminalisasi suatu perbuatan yang telah dilarang oleh undang-undang yang lain. Kedua antara lain; a) tidak jelasnya pengertian atau batasan mengenai suatu perbuatan yang dilarang; b) tidak atau kurang dicantumkannya persyaratan kesalahan dalam suatu undang-undang pidana; c) perluasan atau masuknya hukum pidana terhadap area hukum perdata atau hukum administrasi negara; d) pengaturan ancaman pidana minimum khusus yang tidak ada hubungannya dengan pelanggaran atau kerugian yang ditimbulkan; e) beratnya ancaman pidana yang tidak sesuai dengan pelanggaran atau kerugian yang ditimbulkan (*disproportionate punishment*).³⁶

Lucian E. Dervan mengkonsepsikan *overcriminalization* dalam kaitannya dengan kejahatan kerah putih (*white collar crime*). Menurutnya, ada dua delik dalam kaitannya dengan *white collar crime* yang menimbulkan *overcriminalization*, yaitu;

- a) ‘...increasing the maximum criminal penalties for white collar offenses in an effort to punish financial criminals more harshly while simultaneously deterring others; dan
- b) ‘...to create vague and overlapping criminal provisions in areas already criminalized in an effort to expand the tools available to prosecutors, increase the number of financial criminals prosecuted each year, and deter potential offenders...’.

Jadi, bentuk *overcriminalization* berupa pemberantan ancaman pidana maksimum bagi delik yang berkaitan dengan kejahatan kerah putih, rumusan delik yang samar-samar, dan tumpang tindih delik.³⁷ Sementara itu, Paul J. Larkin Jr. Merumuskan tiga bentuk delik yang menimbulkan *overcriminalization*, yaitu rekriminalisasi terhadap delik yang sudah dilarang oleh undang-undang yang lain, pemberantan ancaman pidana tanpa dasar pembenar, penggunaan hukum pidana yang berlebihan sebagai instrumen pengaturan, dalam arti kriminalisasi terhadap

³⁵ Stephen F. Smith, *Overcoming...*, *Op. Cit.*, hlm. 540

³⁶ *Ibid.*, hlm. 537-539

³⁷ Lucian E. Dervan, “White Collar Overcriminalization: Deterrence, Plea Bargaining, and the Loss of Innocence”, *Kentucky Law Journal*, 2012-2013, hlm. 723-724

pelanggaran-pelanggaran administratif, dan kriminalisasi terhadap perbuatan yang secara tradisional tidak tercela.³⁸

Menurut Gregory Jones, *overcriminalization* seringkali muncul manakala; a) perbuatan yang dikriminalisasi tidak jelas definisi atau batasannya; b) pengundangan undang-undang pidana tanpa disertai persyaratan kesalahan yang memadai; c) pengenaan pertanggungjawaban pidana pengganti atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain tanpa disertai bukti yang memadai mengenai kesengajaan atau kelalaian orang tersebut; d) perluasan hukum pidana ke dalam wilayah hukum yang secara tradisional merupakan wilayah hukum perdata atau hukum administrasi negara; e) perumusan ancaman pidana minimum khusus yang seringkali tidak ada kaitannya dengan ketercelaan atau kerugian yang mendasari suatu tindak pidana; dan f) duplikasi atau tumpang tindih perundang-undangan pidana.³⁹ Todd Haugh mengkaitkan *overcriminalization* dengan melimpahnya perbuatan yang dikriminalisasi dan tumpang tindih delik disertai ancaman pidana yang berat terhadap perbuatan yang seharusnya masuk dalam ruang lingkup pelanggaran perdata atau administrasi.⁴⁰

Michael Pierce mengartikan *overcriminalization* sebagai *overlapping statutes, excessive punishments, and harsh "enforcement of petty violations"*.⁴¹ Jadi, bentuk-bentuk *overcriminalization* berupa tumpah tindih delik, pidana yang sangat berat tanpa disertai alasan yang memadai, dan penegakan hukum yang sangat keras terhadap pelanggaran-pelanggaran ringan. Adapun Michal Buchhandler-Raphael merumuskan *overcriminalization* dalam lima bentuk, yaitu; a) *federalization of crimes*, yaitu sangat banyaknya perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi dalam undang-undang federal; b) *overlapping crimes*, yaitu rekriminalisasi perbuatan yang telah dilarang oleh undang-undang yang lain; c) *endangerment offenses*, yaitu tujuan dilarangnya suatu perbuatan adalah mencegah timbulnya bahaya (kerugian),

³⁸ Paul J. Larkin Jr., "A Mistake of Law Defense as a Remedy for Overcriminalization", *Criminal Justice*, 28, 2013, hlm. 11-13

³⁹ Gregory Jones, "Over-Criminalization and the Need for a Crime Paradigm", *Rutgers Law Review*, 2014, hlm. 943

⁴⁰ Todd Haugh, "Sox on Fish: A New Harm of Overcriminalization", *Northwestern University Law Review*, 109, 2015, hlm. 836

⁴¹ Michael Pierce, "The Court and Overcriminalization", *Stanford Law Review Online*, 68, 2015, hlm. 50

sekalipun kerugian itu tidak perlu dibuktikan; d) *ancillary offenses*, yaitu delik yang berfungsi membantu penuntutan terhadap delik asal.⁴²

Berdasarkan uraian di atas, para ahli mengkonsepsikan *overcriminalization* dalam arti yang beragam. Meskipun demikian, secara umum konsep *overcriminalization* yang dikemukakan oleh mereka mengacu kepada dua hal, yaitu *overcriminalization* dalam kaitannya dengan kriminalisasi (kebijakan formulasi/penegakan hukum *in abstracto*) dan *overcriminalization* dalam konteks penegakan hukum oleh aparat penegak hukum (kebijakan aplikasi/penegakan hukum *in concreto*). Menurut Isaac D. Buck, *overcriminalization* dalam konteks penegakan hukum *in concreto* lebih cocok disebut dengan istilah *overenforcement* (penegakan hukum yang berlebihan), yaitu ‘...when the violator of a legal rule suffers excessive harm--or more harm than is necessary for optimal deterrence--from the actual implementation of that rule’.⁴³ Jadi, *overenforcement* tidak hanya terkait dengan bidang hukum pidana, melainkan juga bidang-bidang hukum yang lain seperti hukum perdata atau hukum administrasi negara.

Arti dan ruang lingkup *overcriminalization* dalam penelitian ini dibatasi pada kebijakan legislasi (kebijakan formulasi), yaitu perumusan garis-garis kebijakan sistem pidana dan pemidanaan yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana oleh badan peradilan dan tahap pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksana pidana.⁴⁴ *Overcriminalization* dibatasi dalam kaitannya dengan kriminalisasi (kebijakan formulasi/penegakan hukum *in abstracto*). Alasannya adalah karena kriminalisasi merupakan kebijakan pada tahap formulasi untuk menentukan suatu perbuatan sebagai tindak pidana dan disertai ancaman sanksi pidana. Oleh karena kriminalisasi hanya terkait penentuan suatu perbuatan sebagai delik disertai ancaman sanksi pidana, maka *overcriminalization* dalam penelitian ini juga termasuk kelebihan pidana (*overpenalization*) berupa beratnya ancaman sanksi pidana yang tidak sepadan dengan seriusitas delik. Hal ini karena pada umumnya pelarangan terhadap perbuatan-perbuatan tertentu oleh pembentuk undang-undang diikuti dengan

⁴² Michal Buchhandler-Raphael, “Overcriminalizing Speech”, *Cardozo Law Review*, 36, 2015, hlm. 1670

⁴³ Isaac D. Buck, “Enforcement Overdose: Health Care Fraud Regulation in an Era of Overcriminalization and Overtreatment”, *Maryland Law Review*, 74, 2015, hlm. 265-266

⁴⁴ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif...*, *Op. Cit.*, hlm. 3

ancaman sanksi pidana. Ia juga dibatasi pada hukum pidana materiil meskipun ada ahli yang memperluas *overcriminalization* pada hukum pidana formil.⁴⁵

Bentuk-bentuk *overcriminalization* yang dikemukakan ahli juga beragam. Apabila disimpulkan, setidaknya ada beberapa bentuk *overcriminalization*. *Pertama*, *overcriminalization* dilihat dari aspek kuantitatif, yakni duplikasi atau tumpang tindih perundang-undangan pidana atau penggunaan dua atau lebih undang-undang pidana terhadap satu tindak pidana dan tumpang tindih kejahatan (*overlapping crimes*), yaitu rekriminalisasi suatu perbuatan yang telah dilarang oleh undang-undang yang lain. *Kedua*, kesalahan pelanggar dimasukkan ke dalam konsep dan ruang lingkup *overcriminalization*. Dikatakan terjadi *overcriminalization* jika delik dirumuskan tanpa persyaratan kesalahan yang memadai. *Ketiga*, *overcriminalization* terjadi bila perbuatan yang dikriminalisasi merupakan perbuatan yang tidak tercela.

Keempat, *overcriminalization* terjadi bila ancaman pidana tidak sebanding dengan seriusitas delik, dalam arti ancaman pidana jauh lebih berat dari seriusitas delik. *Kelima*, *overcriminalization* terjadi dalam kaitannya dengan *offenses of risk prevention* dan *ancillary offenses*. *Keenam*, *overcriminalization* terjadi bila delik yang dilarang sebenarnya merupakan pelanggaran administrasi atau pelanggaran perdata. *Ketujuh*, *overcriminalization* terjadi manakala delik dirumuskan secara samar-samar sehingga tidak jelas arti dan ruang lingkungannya. *Kedelapan*, *overcriminalization* terjadi dalam kaitannya dengan penegakan hukum yang eksekutif terhadap pelanggaran-pelanggaran ringan, pemberian kewenangan diskresi yang tidak terkontrol kepada penegak hukum, dan penyalahgunaan kekuasaan oleh penegak hukum. Bentuk terakhir *overcriminalization* ini lebih cocok disebut penegakan hukum yang berlebihan (*overenforcement*).

Ragam Bentuk *Overcriminalization* dalam Perundang-undangan

Ragam bentuk *overcriminalization* dalam perundangan-undang pidana meliputi; a) rekriminalisasi delik (*overlapping crimes*); b) rumusan delik yang tidak jelas arti dan ruang lingkungannya (*lex certa*); c) perbuatan yang dikriminalisasi murni

⁴⁵ William J. Stuntz, "Substance, Process, and the Civil-Criminal Line", *Journal of Contemporary Legal Issues*, 1996, hlm. 7-19

sebagai pelanggaran administratif; dan d) dan beratnya pidana tidak mencerminkan seriusitas delik (*disproportionate sentence*). Keempat bentuk *overcriminalization* ditemukan dalam sejumlah undang-undang pidana di luar KUHP.

Rumusan delik yang masuk dalam kategori *overlapping crimes* terdapat dalam Pasal 108 jo Pasal 56 ayat (1) UU Perkebunan⁴⁶ dan Pasal 108 jo Pasal 69 ayat (1) huruf h UU PPLH.⁴⁷ Pasal 108 UU Perkebunan berbunyi bahwa 'setiap Pelaku Usaha Perkebunan yang membuka dan/atau mengolah lahan dengan cara membakar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 56 ayat (1)...', sedangkan rumusan Pasal 108 jo Pasal Pasal 69 ayat (1) huruf h bahwa 'setiap orang yang melakukan pembakaran lahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 69 ayat (1) huruf h...'

Substansi kedua pasal di atas adalah sama-sama melarang membakar lahan. Lahan yang dimaksud lahan yang dimaksud dalam UU Perkebunan adalah lahan perkebunan, sedangkan lahan dalam UU PPLH lahan apapun termasuk lahan perkebunan.. Meskipun objek pembakaran dalam UU Perkebunan dibatasi pada lahan perkebunan, tapi substansi pasal tersebut sebenarnya sama dengan substansi dalam Pasal 108 UU PPLH. Oleh karena itu, ada satu perbuatan yang sama yang diatur di dalam dua undang-undang yang sama-sama terkait lingkungan hidup. Pengaturan delik yang demikian menimbulkan *overcriminalization* dalam bentuk *overlapping crimes*, yaitu satu perbuatan yang sama dilarang dan diatur dalam dua undang-undang yang berbeda.⁴⁸

Rumusan delik yang yang tidak memenuhi prinsip *lex certa* terdapat Pasal 162 jo Pasal 136 ayat (2) UU Minerba⁴⁹ yang berbunyi sebagai berikut

Setiap orang yang merintangangi atau mengganggu kegiatan usaha pertambangan dari pemegang IUP atau IUPIK yang telah memenuhi syarat dalam Pasal 136 ayat (2)...'

Subyek delik dalam ketentuan pasal di atas tidak dibatasi pada pelaku usaha, tapi juga masyarakat di sekitar perusahaan tambang beroperasi termasuk masyarakat hukum adat. Perbuatan yang dilarang adalah 'merintangangi atau mengganggu kegiatan

⁴⁶ Undang-Undang No. 39 Tahun 2014 tentang Perkebunan

⁴⁷ Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup

⁴⁸ Peter Ramsay, "Overcriminalization as Vulnerable Citizenship", *New Criminal Law Review*, 13, 2010, hlm. 264

⁴⁹ Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara

usaha pertambangan dari pemegang IUP atau IUPIK yang telah memenuhi syarat..'. Tidak jelas apa yang dimaksud dengan perbuatan 'merintang atau mengganggu kegiatan usaha pertambangan', karena undang-undang Pertambangan Mineral dan Batubara tidak memberikan penjelasan tentang hal itu. Dengan dalih telah memiliki IUP atau IUPK, pelaku usaha dapat melaporkan kepada polisi protes warga yang tidak setuju adanya penambangan di wilayahnya karena akan merusak lingkungan hidup dan menghilangkan mata pencaharian mereka, dengan alasan bahwa perbuatan mereka itu mengganggu atau merintang kegiatan usaha pertambangan.

Penunjukkan Pasal 136 ayat (2) bermakna bahwa pemegang IUP atau IUPK sudah dapat melakukan aktifitas pertambangan tanpa harus menunggu masalah pertanahan selesai 100 %. Frase 'penyelesaian hak atas tanah dapat dilakukan secara bertahap sesuai dengan kebutuhan atas tanah oleh pemegang IUP atau IUPK' menunjukkan, bahwa masyarakat di sekitar perusahaan tambang atau pemilih tanah yang hak atas tanah tersebut dikuasi oleh pemegang IUP atau IUPK, dapat dikatakan melakukan tindak pidana jika mereka menolak perusahaan tambang beroperasi dengan dalih sengketa pertanahan belum diselesaikan. Hal ini karena tidak ada kewajiban bagi pemegang IUP atau IUPK untuk menyelesaikan hal itu 100 %, tapi cukup dilakukan secara bertahap. Dengan dasar bahwa mereka telah memegang izin, tindakan masyarakat tersebut sudah bisa dianggap sebagai tindak pidana meskipun tindakan mereka itu rasional.⁵⁰

Perbuatan yang dikriminalisasi murni sebagai pelanggaran administratif terdapat dalam Pasal 105 UU Perkebunan yang berbunyi sebagai berikut:

'Setiap Perusahaan Perkebunan yang melakukan usaha budi daya Tanaman Perkebunan dengan luasan skala tertentu dan/atau usaha Pengolahan Hasil Perkebunan dengan kapasitas pabrik tertentu yang tidak memiliki izin Usaha Perkebunan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 47 ayat (1)...'.

Esensi delik dalam pasal di atas adalah 'melakukan usaha budi daya Tanaman Perkebunan dengan luasan skala tertentu tidak memiliki Izin Usaha Perkebunan' dan/atau 'melakukan usaha Pengolahan Hasil Perkebunan dengan kapasitas

⁵⁰ Douglas N. Husak, "Reasonable Risk Creation and Overinclusive Legislation", *Buffalo Criminal Law Review*, 1, 1998, hlm. 604. Douglas Husak, "Social Engineering as an Infringement of the Presumption of Innocence: The Case of Corporate Criminality", *Criminal Law and Philosophy*, 8, 2014, hlm. 356-357

pabrik tertentu tidak memiliki izin Usaha Perkebunan'. Dalam Pasal 8 Peraturan Menteri Pertanian Republik Indonesia Nomor: 29/Permentan/KB.410/5/2016 tentang Perubahan atas Peraturan Menteri Pertanian Nomor 98/Permentan/OT.140/9/2013 tentang Pedoman Perizinan Usaha Perkebunan bahwa yang dimaksud dengan luasan skala tertentu bagi usaha budi daya tanaman perkebunan adalah 25 (dua puluh lima) hektar atau lebih, sedangkan yang dimaksud dengan kapasitas pabrik tertentu berdasarkan Pasal 9 dan Lampiran II Peraturan Menteri tersebut sebagai berikut:⁵¹

Tabel 1.
Kapasitas Pabrik Perkebunan

No	Komoditas	Kapasitas	Produk
1	Kelapa Sawit	5 ton TBS per jam	CPO, inti sawit (<i>palm kernel</i>), tandan kosong, cangkang, serat (<i>fiber</i>), <i>sludge</i>
2	Teh	1 ton pucuk segar per hari 10 ton pucuk segar per hari	Teh Hijau Teh Hitam
3	Tebu	1000 ton tebu per hari	Gula Kristal Putih

Maksud larangan dalam Pasal 105 adalah untuk mencegah timbulnya kerusakan atau pencemaran lingkungan. Akan tetapi, mengapa hanya dibatasi pada usaha budi daya tanaman perkebunan dengan luasan skala tertentu atau usaha pengelolaan hasil perkebunan dengan kapasitas pabrik tertentu? Bila pemikiran ini diikuti, maka usaha budi daya tanaman perkebunan dengan luasan kurang dari 25 hektar atau di bawah kapasitas pabrik tertentu sesuai dengan Pasal 9 Peraturan Menteri di atas tidak berpotensi menimbulkan kerusakan atau pencemaran lingkungan sehingga hanya dikategorikan sebagai pelanggaran administrasi.

Selain itu, dalam Lampiran I Peraturan Menteri Negara Lingkungan Hidup Nomor 5 Tahun 2012 tentang Jenis Rencana Usaha Dan/ Atau Kegiatan Yang Wajib Memiliki Analisis Mengenai Dampak Lingkungan Hidup, usaha budi daya tanaman perkebunan yang berdampak penting terhadap lingkungan hidup apabila luasnya; a) lebih dari 2.000 hektar untuk usaha budi daya tanaman perkebunan semusim dengan atau tanap unit pengelolaannya baik dalam kawasan budidaya

⁵¹ Pasal 9 berbunyi, "Usaha Industri Pengolahan Hasil Perkebunan kelapa sawit, teh dan tebu dengan kapasitas sama atau melebihi kapasitas paling rendah unit pengolahan hasil perkebunan seperti tercantum dalam Lampiran II yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari Peraturan ini, wajib memiliki IUP-P".

non kehutanan maupun dalam kawasan hutan produksi yang dapat dikonversi; dan b) lebih dari 3.000 hektar untuk usaha budi daya tanaman perkebunan tahunan dengan atau tanpa unit pengelolaannya baik dalam kawasan budidaya non kehutanan maupun dalam kawasan hutan produksi yang dapat dikonversi.

Terakhir, beratnya pidana tidak mencerminkan keseriusan delik (*disproportionate sentence*) terdapat dalam Pasal 98 ayat (1) dan 112 yang merupakan delik materiil dibandingkan dengan Pasal 106 dan Pasal 107 UU PPLH yang dirumuskan sebagai delik formil. Ancaman pidanan terhadap delik formil justru lebih berat daripada delik materiil sebagaimana terlihat pada tabel di bawah ini:

Tabel 2.
Perbandingan Bobot Pidana antara Delik Materiil dan Delik Formil dalam UU PPLH

Delik Materiil	Bobot Pidana	Delik Formil	Bobot Pidana
Dengan sengaja melakukan perbuatan yang mengakibatkan dilampauinya baku mutu udara ambien, baku mutu air, baku mutu air laut, atau kriteria baku kerusakan lingkungan hidup (Pasal 98 ayat 1)	Penjara paling singkat 3 tahun dan paling lama 10 tahun dan denda paling sedikit Rp 3M dan paling banyak Rp 10M	Memasukkan limbah B3 ke dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia (Pasal 106)	Penjara paling singkat 5 tahun dan paling lama 15 tahun dan denda paling sedikit Rp 5M dan paling banyak Rp 15M
Pejabat berwenang yang dengan sengaja tidak melakukan pengawasan terhadap ketaatan penanggung jawab usaha dan/atau kegiatan terhadap peraturan perundang-undangan dan izin lingkungan yang mengakibatkan terjadinya pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan yang mengakibatkan hilangnya nyawa manusia (Pasal 112)	Penjara paling lama 1 tahun atau denda paling banyak Rp 500 juta	Memasukkan B3 yang dilarang menurut peraturan perundang-undangan ke dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia (Pasal 107)	Penjara paling singkat 5 tahun dan paling lama 15 tahun dan denda paling sedikit Rp 5M dan paling banyak Rp 15M

Sumber: Diolah oleh Peneliti

Berdasarkan tabel di atas, delik dalam Pasal 106 dan Pasal 107 merupakan delik formil, tapi ancaman pidananya justru lebih berat daripada delik materiil dalam Pasal 98 ayat (1), bahkan jauh lebih berat daripada Pasal 112. Perbuatan 'memasukkan limbah B3' atau memasukkan B3 yang dilarang menurut peraturan perundang-undangan' sekalipun berpotensi merusak dan/atau mencemarkan lingkungan, tapi potensi ini baru ada jika limbah B3 atau B3 dibuang ke media lingkungan. Unsur 'dibuang ke media lingkungan' bukan merupakan unsur delik dalam Pasal 106 dan Pasal 107 sehingga tidak logis bila ancaman pidana dalam kedua pasal (jauh) lebih berat daripada dalam Pasal 98 dan Pasal 112. Oleh karena itu, ancaman pidana dalam Pasal 106 dan Pasal 107 menimbulkan overpenalisasi bila dibandingkan dengan ancaman pidana dalam Pasal 98 apalagi mengacu kepada bobot pidana dalam Pasal 112. Hal ini karena delik dalam Pasal 98 dan Pasal 112 lebih serius dibandingkan delik dalam Pasal 106 dan Pasal 107.⁵²

Penutup

Konsep *overcriminalization* secara umum mengacu kepada dua hal, yaitu *overcriminalization* dalam kaitannya dengan kriminalisasi (kebijakan formulasi/penegakan hukum *in abstracto*) dan *overcriminalization* dalam konteks penegakan hukum oleh aparat penegak hukum (kebijakan aplikasi/penegakan hukum *in concreto*). Bentuk-bentuk *overcriminalization* yang ditimbulkan dari kebijakan kriminalisasi meliputi rekriminalisasi suatu perbuatan yang telah dilarang oleh undang-undang yang lain, perumusan delik tanpa persyaratan kesalahan pelanggar yang memadai, kriminalisasi terhadap perbuatan-perbuatan yang tidak tercela, perumusan delik yang tidak memenuhi prinsip *lex certa*, kriminalisasi terhadap pelanggaran administratif murni, ancaman pidana tidak sebanding dengan seriusitas delik, dan penegakan hukum pidana yang berlebihan oleh penegak hukum.

Overcriminalization dalam perundang-undangan juga beragam bentuknya. *Pertama*, *overlapping crimes* sebagaimana terlihat dalam Pasal 108 UU Perkebunan dan Pasal 108 UU PPLH. *Kedua*, delik yang tidak memenuhi prinsip *lex certa* yang dirumuskan dalam Pasal 162 jo Pasal 136 ayat (2) UU Minerba. *Ketiga*, kriminalisasi

⁵² William W. Berry III, "Promulgating Proportionality", *Georgia Law Review*, 69, 2011, hlm. 93-94

terhadap pelanggaran administratif murni seperti dalam Pasal 105 UU Perkebunan. *Keempat*, ancaman pidana terhadap delik formil yang jauh lebih berat daripada delik materiil seperti tercantum dalam Pasal 106 dan Pasal 107 UU PPLH dibandingkan dengan ancaman pidana dalam Pasal 98 ayat (1) dan Pasal 112 UU PPLH.

Daftar Pustaka

Buku

- Akbari, Anugerah Rizki, *Potret Kriminalisasi Pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak Pidana di Indonesia*, Institute for Criminal Justice Reform, Jakarta, 2015.
- Arief, Barda Nawawi, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Cetk. Ketiga, Edisi Revisi, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.
- _____, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Cetk. Ketiga, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2013.
- _____, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Cetk Ketiga, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2000.
- _____, *Pembangunan Sistem Hukum Nasional (Indonesia)*, Cetk. Kedua, Pustaka Magister, Semarang, 2015.
- Ibrahim, Johny, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, BayuMedia Publishing, Malang, 2006.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1998.
- _____, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995.

Jurnal dan Makalah

- Adji, Indrianto Seno, *Administratif Penal Law: Ke Arah Konstruksi Pidana Limitatif*, Makalah Disampaikan pada Pelatihan Hukum dan Kriminologi oleh MAHUPIKI Bekerjasama dengan Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 23-27 Februari 2014.
- Ashworth, Andrew, "Conception of Overcriminalization", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 5, 2008.
- Beale, Sara Sun, "The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization", *American University Law Review*, 54, 2005
- Brown, Darryl K., "Prosecutors and Overcriminalization: Thoughts on Political Dynamics and a Doctrinal Response", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 6, 2009.

- Buck, Isaac D., "Enforcement Overdose: Health Care Fraud Regulation in an Era of Overcriminalization and Overtreatment", *Maryland Law Review*, 74, 2015.
- Buell, Samuel W., "The Upside of Overbreadth", *New York University Law Review*, 83, 2008.
- Dervan, Lucian E., "White Collar Overcriminalization: Deterrence, Plea Bargaining, and the Loss of Innocence", *Kentucky Law Journal*, 2012-2013.
- Haugh, Todd, "Overcriminalization's New Harm Paradigm", *Vanderbilt Law Review*, 68, 2015.
- _____, "Sox on Fish: A New Harm of Overcriminalization", *Northwestern University Law Review*, 109, 2015.
- Husak, Douglas, "Crimes Outside the Core", *Tulsa Law Review*, 2004.
- _____, "Social Engineering as an Infringement of the Presumption of Innocence: The Case of Corporate Criminality", *Criminal Law and Philosophy*, 8, 2014.
- _____, *Overcriminalization The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008.
- _____, "Reasonable Risk Creation and Overinclusive Legislation", *Buffalo Criminal Law Review*, 1, 1998.
- Jareborg, Nils, "Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2005.
- Jones, Gregory, "Over-Criminalization and the Need for a Crime Paradigm", *Rutgers Law Review*, 2014.
- Jr., Paul J. Larkin, "A Mistake of Law Defense as a Remedy for Overcriminalization", *Criminal Justice*, 28, 2013.
- Kadish, Sanford H., "The Crisis of Overcriminalization", *American Criminal Law*, 1968
- Luna, Erik, "The Overcriminalization Phenomenon", *American University Law Review*, 2005.
- Muladi, 'Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Mendatang', *Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Pidana*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Februari, 1990.
- Pierce, Michael, "The Court and Overcriminalization", *Stanford Law Review Online*, 68, 2015.
- Podgor, Ellen S., "Overcriminalization: The Politics of Crime", *American University Law Review*, 54, 2005.
- Ramsay, Peter, "Overcriminalization as Vulnerable Citizenship", *New Criminal Law Review*, 13, 2010.
- Raphael, Michal Buchhandler, "Overcriminalizing Speech", *Cardozo Law Review*, 2015

- Roger A. Fairfax, Jr., "From "Overcriminalization" to "Smart on Crime": American Criminal Justice Reform-Legacy and Prospects", *Journal of Law, Economics & Policy*, 7, 2011.
- Schlegel, Kip., David Eitle, Steven Gunkel, "Are White-Collar Crimes Overcriminalized? Some Evidence on the Use of Criminal Sanctions against Securities Violators", *Western State University Law Review*, 2000-2001.
- Smith, Stephen F., "Overcoming Overcriminalization", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102, 2012.
- Stuntz, William J., "Substance, Process, and the Civil-Criminal Line", *Journal of Contemporary Legal Issues*, 1996.
- Supriadi, "Penetapan Tindak Pidana Sebagai Kejahatan dan Pelanggaran dalam Undang-undang Pidana Khusus", *Mimbar Hukum*, Vol 27, 3, 2015.
- William W. Berry III, "Promulgating Proportionality", *Georgia Law Review*, 69, 2011.

Undang-undang

- Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup
- Undang-Undang No. 39 Tahun 2014 tentang Perkebunan
- Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara
- Undang-Undang No. 8 Tahun 2010 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang



Implementasi Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya Alam Dalam Aturan Investasi Asing di Aljazair dan Indonesia

Saru Arifin

Fakultas Hukum Universitas Negeri Semarang
Jln. Sekaran Gedung K, Gunungpati Semarang 50229
saruarifin@mail.unnes.ac.id

Received: 24 Juli 2018; *Accepted:* 30 Oktober 2018; *Published:* 17 Januari 2019

DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art3

Abstract

Since first coined by the United Nations at the end of 1950's, the doctrine of permanent sovereignty over natural resources has experienced rapid dynamics of development — from those originally traditionally practiced to the national interests of a country — then developed and intersected various global issues, such as economy, environment, human rights, and climate change. Such doctrine only confirms to the countries of the world about the importance of permanent sovereignty for each country over its natural resources. However, the management needs to pay attention to various important aspects that intersect with human interests universally and inclusively. This study uses a normative legal method to discuss the implementation of the 1950 state sovereignty doctrine over natural resources in the investment legal system of developing countries such as Africa and also Indonesia, which is actively opening up to local and international investors to improve the national economy for social welfare. The results show that the implementation of UN Resolution on permanent sovereignty of natural resources in the practice of foreign investment in Algeria is limitative, particularly towards strategic natural resources. In contrast, the practice of foreign investment in Indonesia is liberal in nature, and even its share ownership can reach one hundred percent.

Keywords: Foreign investment; permanent sovereignty; natural resources

Abstrak

Doktrin kedaulatan permanen atas sumber daya alam sejak pertama kali dicetuskan oleh PBB pada akhir dekade tahun 1950, telah mengalami dinamika perkembangan yang sangat pesat—dari yang awalnya dipraktekkan secara tradisional untuk kepentingan nasional suatu negara—kemudian berkembang dan bersinggungan dengan berbagai isu ekonomi global, lingkungan, HAM dan perubahan iklim. Doktrin ini pada prinsipnya hanya memberikan penegasan kepada negara-negara di dunia akan pentingnya kedaulatan secara permanen bagi setiap negara atas sumber daya alam yang dimilikinya. Namun demikian, pengelolaannya perlu memperhatikan berbagai aspek penting yang bersinggungan dengan kepentingan umat manusia secara universal dan bersifat inklusif. Penelitian ini menggunakan metode hukum normatif yang akan membahas tentang implementasi doktrin kedaulatan negara atas sumber daya alam 1950 dalam sistem hukum investasi negara-negara berkembang seperti Afrika dan juga di Indonesia—yang saat ini sedang giat-giatnya membuka diri terhadap investor lokal maupun internasional guna meningkatkan perekonomian nasional untuk kesejahteraan masyarakat. Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa penerapan Resolusi PBB tentang kedaulatan permanen atas sumber daya alam dalam praktek investasi asing di Aljazair bersifat limitative, terutama terhadap sumber daya alam strategis. Sebaliknya, dalam praktek investasi asing di Indonesia bersifat liberal bahkan kepemilikan sahamnya bisa mencapai seratus persen.

Kata-kata Kunci: Investasi asing; kedaulatan permanen, sumber daya alam

Pendahuluan

Pada era kolonial, masyarakat pribumi hampir pasti tidak memiliki kedaulatan terhadap dirinya maupun kekayaan alam yang dimilikinya. Semua hal dikontrol oleh penjajah untuk kepentingan mereka. Gambaran ini sebagian besar terjadi di berbagai negara di kawasan Asia dan Afrika, termasuk Indonesia¹. Situasi tersebut pada awal terbentuknya PBB dirasa tidak adil bagi kemanusiaan, sehingga organisasi dunia tersebut kemudian mengeluarkan resolusi yang dikenal dengan dekolonisasi yang melahirkan dua prinsip penting yang berpengaruh besar terhadap terbangunnya peradaban yang menjunjung tinggi harkat kemanusiaan bangsa-bangsa, yaitu: prinsip *self determination*² dan *doctrine of sovereignty*³.

Prinsip *pertama*, memberikan ruang kebebasan bagi bangsa-bangsa terjajah untuk secara mandiri menentukan nasib mereka dalam sebuah ikatan kebangsaan dan kenegaraan. Sedangkan yang *kedua*, memberikan kesetaraan kedaulatan bagi setiap negara di muka hukum untuk membangun negaranya menuju kemakmuran dan kesejahteraan bangsanya. Namun demikian, hal itu masih dirasa belum memadai, karena untuk bisa membangun kesejahteraan suatu bangsa dalam setiap negara, diperlukan kapital yang besar, maka kemudian PBB mengeluarkan resolusi 1803 (XVII) pada 14 Desember 1962 yang dikenal dengan *Permanent Sovereignty over Natural Resources* (PSNR)⁴ atau Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya Alam (KPSA).

¹William M-Adam and Martin Mulligan, mengulas secara komprehensif mengenai hubungan antara dekolonisasi dengan sumberdaya alam. Mereka menjelaskan bagaimana penduduk yang dijajah “menyambut dengan sukacita” adanya resolusi dekolonisasi yang dilakukan oleh negara-negara Eropa selama berabad-abad khususnya di kawasan Afrika dan Asia Selatan—yang memberikan kedaulatan penuh terhadap sumber daya alam dan budaya secara mandiri. Lihat pembahasannya secara detail dalam William M-Adam and Martin Mulligan, 2003. *Decolonizing Nature: Strategies for Conservation in a Post-colonial Era*, Earthscan Publications Ltd, London, hlm. 5.

² Hak ini pada awalnya digagas oleh Presiden Woodrow Wilson pada tahun 1918. Namun tidak populer hingga akhirnya pada tahun 1945 Uni Soviet memunculkannya dalam Konferensi PBB di Sanfransisco. Ulasan secara komprehensif mengenai self determination ini bisa dibaca dalam bukunya Hurs Hannum, 2016. *Autonomy, Sovereignty, and Self Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Philadelphia Press.

³ Hak ini dipelopori oleh Komisi HAM Majelis Umum PBB melalui badan ECOSOC pada tahun 1954 yang diberikan tugas untuk melakukan survei mengenai KPSA dengan tujuan untuk mendapatkan informasi yang komprehensif mengenai hak-hak permanent tersebut untuk membuat rekomendasi-rekomendasi dan penguatan. Perjuangan getol dilakukan oleh 16 negara berkembang dari Amerika Latin, Afrika dan Asia untuk mengegolkan konsep KPSA tersebut. Perdebatan sengit terjadi antara kelompok-kelompok pengusung dengan negara-negara Barat yang cenderung oposan, utamanya terjadi pada salah satu sidang pada tahun 1959. Perwakilan Chile menegaskan bahwa: “*Freedom and Independence counted for nothing if they had no economic basis. National sovereignty must be exercised over entire territory and wealth of a nation,...*”.

⁴ Ulasan KPSA ini dapat dibaca pada bukunya Marc Bungenber dan Stephan Hobe (Eds). 2015, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, Switzerland: Springer International Publishing, hlm. 1-13. Sementara sejarah detail mengenai KPSA ini dapat dibaca pada tulisan Stephen M. Schwebel, The Story of the U.N.’s Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources, *American Bar Association Journal*, Vol. 49, No. 5 (MAY 1963), pp. 463-469.

Resolusi ini embrio awalnya muncul dalam perdebatan mengenai HAM di Chile pada 1952. Selanjutnya, ide tersebut bergulir pada setiap sidang-sidang PBB sebelum akhirnya pada 1962 secara sah dideklarasikan. Menariknya, 87 anggota PBB secara bulat menyetujui resolusi tersebut, hanya Perancis dan Afrika Selatan yang melakukan *dissenting*, dan negara-negara Komunis kecuali Kuba yang terang-terangan menentang, serta Ghana dan Burma menyatakan keduanya mengambil sikap abstain⁵.

Deklarasi tersebut terinspirasi oleh munculnya deklarasi dekolonisasi⁶ sebelumnya yang memberikan ruang hak menentukan nasib sendiri⁷ bagi semua bangsa-bangsa di dunia, utamanya mereka yang berada di bawah rezim kolonial⁸. Pada awalnya resolusi KPSA ini berbasis pada pemahaman tradisional dalam pengelolaan sumber daya alam yang diorientasikan untuk kepentingan nasional saja. Sementara kerjasama dalam eksplorasi dan eksploitasi atas sumber daya alam tidak diberikan ketentuan sama sekali dalam resolusi tersebut. Demikian juga persoalan tentang pembangunan berkelanjutan dan lingkungan juga tidak diatur⁹. Oleh sebab itu, negara-negara seperti Amerika, Inggris dan Perancis sedikit keras menentang dan berkeinginan membatasi kedaulatan permanen atas sumber daya alam dan memastikan adanya ketentuan bahwa keberadaan sumber daya alam peruntukannya dalam kepentingan kerjasama ekonomi global¹⁰.

⁵ Stephen M. Schwebel, 1963. *The Story of the U.N's. Declaration on Permanent Sovereignty Over Natural Resources*, dalam <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/abaj49&div=113&id=&page=>>, diakses tanggal 5 Agustus 2018.

⁶ Secara formal, deklarasi dekolonisasi itu dilakukan pada tanggal 14 Desember 1960 melalui Resolusi PBB 1514 (XV) dengan judul: *the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*. Resolusi ini disetujui oleh 89 anggota dan hanya 9 yang abstain. Dan selanjutnya, resolusi ini melahirkan banyak negara baru yang memerdekakan diri dari para penjajah. Lihat De Waart, P. 1977. "Permanent Sovereignty over Natural Resources as a Corner-stone for International Economic Rights and Duties". *Netherlands International Law Review*, 24(1-2), 304-322. doi:10.1017/S0165070X00016302. Uraian mengenai dekolonisasi bisa juga dibaca secara komprehensif dalam tulisan Strang, D. 1990. "From Dependency to Sovereignty: An Event History Analysis of Decolonization 1870-1987". *American Sociological Review*, 55(6), pp. 846-860. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/2095750>.

⁷ Menurut Larence Astegbua, didalam hak menentukan nasib sendiri (self determination) juga terkandung kedaulatan permanen atas sumber daya alam. Lihat Atsegbua, L. 1993. "Principle Of Permanent Sovereignty Over Natural Resources and Its Contribution to Modern Petroleum Development Agreements". *Journal of the Indian Law Institute*, 35(1/2), 115-126. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/43952327>.

⁸ Pada awalnya, KPSA ini bernilai *soft law*, lalu pada tahun 2005 ICJ secara resmi mengakuinya sebagai prinsip hukum kebiasaan internasional yang penting. Lihat Andre Thomashausen, 2015. (Foreign) Investment Strategies in Africa dalam Marc Bungenber dan Stephan Hobe (Eds). *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, Springer, hlm. 156.

⁹ Pasal 1 UNGA 1962.

¹⁰ Chris Amstrong, 2014. *Melawan Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya*, University of Southampton, Politics, Philosophy and Economics, hlm. 2.

Tujuan utama dari Deklarasi KPSA ini adalah untuk memberikan kedaulatan bagi negara-negara berkembang yang baru merdeka terhadap sumber daya alam yang mereka miliki untuk kepentingan pembangunan negara mereka. Namun, seiring dengan munculnya rezim hak asasi manusia dan perlindungan lingkungan, saat ini konsep KPSA tidak lagi berfokus pada kepentingan nasionalnya saja, melainkan perlu adanya hubungan timbal balik antara negara-negara maju dan berkembang dalam pengelolaan sumber daya alam dalam konsep pembangunan berkelanjutan¹¹. Hal ini kemudian melahirkan perkembangan konsep tentang *The New International Economic Order* pada 1974.¹²

Dalam perkembangannya, Resolusi PBB yakni *Permanent Sovereignty over Natural Resources* (1964) diperkuat lagi dengan Resolusi PBB lainnya tentang *Charter of Economic Rights and Duties of States* (1974). Kedua resolusi tersebut menjadi dasar hukum yang kuat bagi negara-negara bekas jajahan untuk melakukan penataan terhadap sumber daya alam yang ada di dalam negerinya—sebagai modal penting untuk membangun negaranya. Pada konteks ini, Resolusi 1974 memberikan tiga pilihan bagi negara-negara tersebut dalam pemanfaatan sumber daya alam yang dimilikinya, medayagunakannya secara mandiri, membuka diri atas investasi asing atau melakukan tindakan nasionalisasi SDA yang dikuasai oleh asing dan/atau mentransfer kepemilikannya kepada pribumi¹³.

Terkait dengan hal itu, sumber daya alam memiliki peranan yang strategis bagi kekayaan nasional suatu negara di dunia. Namun demikian, bagi negara-negara tertentu tidak selalu demikian. Misalnya, Hongkong, Jepang, Luxemburg, Singapura, Swiss dan Korea Selatan adalah contoh dari negara-negara kaya yang tidak memiliki sumber daya alam sendiri¹⁴.

¹¹ *Loc. Cit.*

¹² Lihat Resolusi 3281 (XXIX) tentang *Charter of Economic Rights and Duties of States*.

¹³ *Ibid.*, Pasal 2.

¹⁴ Thorvaldur Gylfason dan Gylfi Zoega, *Natural Resources and Economic Growth: The Role of Investment*, *The World Economy*, 2006. Blackwell Publishing L.td. Oxford, hlm. 1091. Deskripsi mengenai perbedaan antara negara kaya dan miskin dalam kaitannya dengan sumber daya alam dapat dibaca dalam bukunya Daron Acemoglu dan James A. Robinson, 2012. *Why Nations Fail: The Origin of Power, Prosperity, and Poverty*. Crown Business, New York, hlm. 48 etseq. Para penulis dari kedua publikasi tersebut memberikan satu pandangan yang sama bahwa kemajuan ekonomi suatu negara tidak cukup hanya dengan mengandalkan kekayaan sumber daya alam saja, tetapi ada saling keterkaitannya antara sumber daya alam dengan level pendidikan masyarakatnya, investasi dan kebebasan sipil. Khusus pada poin ketiga ini Daron dan James menggarisbawahi bahwa sistem negara yang tertutup (sebagai lawan dari demokrasi) cenderung kemajuannya sangat lambat atau bahkan stagnan. Mereka memberi contoh bagaimana perbedaan kedua negara serumpun antara Korea Utara dan Korea Selatan dengan

Di Indonesia, jauh sebelum Resolusi PBB tentang KPSA tersebut dideklarasikan telah menegaskan tentang kedaulatan terhadap sumber daya alam dalam UUD 1945 khususnya Pasal 33 yang pada prinsipnya menekankan bahwa bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara dan digunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Ini adalah prinsip kedaulatan dan sekaligus orientasi pengelolaan sumber daya alam sebagai kapital penting dalam membangun masyarakat dan negara Indonesia. Namun, ternyata dalam perjalanan waktu, Indonesia tidak memiliki kemampuan untuk melakukan produksi secara mandiri, dikarenakan tidak adanya modal yang cukup, baik finansial maupun teknologi, sehingga untuk bisa melakukan produksi terhadap sumber daya alam yang dimilikinya, maka Indonesia sebagai pemilik SDA tersebut membuka diri bagi para investor asing untuk melakukan eksplorasi dan produksi. Pada titik inilah kemudian perdebatan “moral dan keadilan antara ekonomi, lingkungan dan masyarakat” dalam dekade terakhir sering memicu perdebatan dan pergolakan di masyarakat yang menuntut nasionalisasi perusahaan-perusahaan asing. Hal ini dikarenakan faktor ketidakadilan ekonomi, terutama karena tidak adanya perbedaan perlakuan (*equality treatment*) antara pemodal asing dengan pemodal dalam negeri, sehingga berdampak pada terjadinya dominasi kedudukan modal asing dan mendorong minimalisasi peran negara untuk memproteksi fundamental ekonomi bangsa, termasuk proteksi terhadap pemodal dalam negeri¹⁵.

Sementara itu, di Afrika yang mayoritas negaranya bekas jajahan dari negara-negara Eropa, seperti Aljazair, menerapkan sistem investasi asing dalam pendayagunaan sumber daya alamnya melalui kebijakan investasi langsung (*Foreign Direct Investment*). FDI yang diterapkan di Aljazair dilakukan secara selektif untuk memproteksi sumber daya alam yang memiliki nilai ekonomi fundamental terhadap bangsanya dibatasi.¹⁶

menggunakan citra satelit di malam hari, dimana pada bagian utara (Korut) tampak banyak gelapnya, sementara dibagian selatan (Korsel) terlihat begitu terang-benderang. Hal ini menurut mereka dikarenakan perbedaan ketersediaan listrik yang mampu diusahakan negara sebagai salah satu indikator kemakmuran sangat mencolok perbedaannya.

¹⁵ Dhuhita Driyah Supanti, “Dialektika Hukum Investasi Nasional”, Paper disampaikan dalam *Dies Natalis Fakultas Hukum, UNNES*, Semarang, 30 November 2018, hlm.12.

¹⁶ Lihat dalam *Aljazair Investment Code of 1966*.

Berdasarkan pemaparan di atas, maka penelitian ini secara komparatif akan menganalisis penerapan Konvensi PBB tentang Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya Alam dalam sistem hukum investasi asing yang berlaku di Indonesia dan Aljazair sebagai negara yang sama-sama bekas jajahan dari negara lain, untuk melihat perbedaan-perbedaan apa yang ada pada kedua negara ini dalam penerapan kebijakan investasi asing.

Rumusan Masalah

Berdasarkan deskripsi pada latar belakang di atas, permasalahan penelitian ini adalah bagaimana implementasi Resolusi PBB tentang Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya Alam dalam aturan investasi langsung dari pihak asing pada sektor SDA yang strategis di Aljazair dan Indonesia?

Tujuan Penelitian

Penelitian ini memiliki tujuan untuk menganalisis penerapan Resolusi PBB tentang KPSA dalam aturan investasi langsung pihak asing pada sektor SDA yang strategis di dua negara berkembang yang memiliki latar belakang historis yang sama-sama pernah menjadi negara jajahan sebelum menjadi negara yang independen, yakni Indonesia dan Aljazair.

Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan metode penelitian yuridis-normatif dengan menggunakan pendekatan perundang-undangan dan pendekatan kasus¹⁷. Dalam konteks ini, peneliti melakukan penelitian terhadap sejumlah Resolusi PBB dan data sekunder yang berkaitan dengan Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya Alam serta Resolusi lainnya yang terkait. Selain itu, penelitian dilakukan secara komparatif terhadap peraturan di dua negara bekas kolonial, yakni Aljazair dan Indonesia, mengenai implementasi Resolusi PBB tentang KPSA tersebut dalam kebijakan investasi asing di kedua negara tersebut secara komparatif—untuk menemukan titik perbedaan mendasar serta pengaruhnya terhadap dinamika pembangunan ekonomi di kedua negara tersebut. Metode analisis data dilakukan

¹⁷ Riduwan, *Metode & Teknik Menyusun Tesis*, Penerbit Alfabet, Bandung, 2004, hlm. 42-46. Lihat juga Sugiyono, *Metode Penelitian Administrasi*, Penerbit Alfabet, Bandung, 2004, hlm. 65-68.

secara deskriptif terhadap data yang telah dikumpulkan untuk menjawab pertanyaan penelitian ini.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Pada bagian ini akan dideskripsikan tiga sub bahasan yang saling terkait untuk menjawab permasalahan penelitian ini. Pembahasan akan diawali dengan mendeskripsikan kerangka konseptual mengenai pengertian sumber daya alam sebagai pijakan dasar dalam memahami konteks permasalahan yang menjadi pokok penelitian ini. Selanjutnya, akan dipaparkan tentang bagaimana implementasi KPSA dalam kebijakan investasi di Aljazair dan di Indonesia secara berurutan—sebelum kemudian diakhiri dengan simpulan untuk menjawab permasalahan penelitian ini.

Dalam hukum internasional, pengertian sumber daya alam bisa ditemukan dalam Pasal 2 Konvensi PBB tentang *Continental Shelf* 1958 dan UNCLOS 1982 Pasal 77 yang menyebutkan bahwa:

The natural resources...consist of the mineral and other non-living resources of the seabed and subsoil together with living organism belonging to sedentary species, that is to say, organism which, at the harvestable stage, either are immobile on or are unable to move except in constant physical contact with the seabed or the soil.

Sementara itu, Konvensi Afrika 1968 tentang Konservasi Alam dan Sumber Daya Alam memberikan definisi sumber daya alam secara terbatas pada sumber daya alam terbarukan, seperti tanah, air, flora dan fauna. Adapun Konvensi *Biodiversity* 1992 memberikan definisi sumber daya biologi yang mencakup sumber daya genetika, organisme, populasi dan komponen biotik ekosistem lainnya yang memiliki nilai tambah bagi kemanusiaan. Pengacara dari Argentina Cano dalam laporan terhadap *Food and Agricultural Organization* (FAO) PBB pada 1975 memberikan pengertian tentang SDA mencakup seluruh aspek dari sumber daya alam yang bersifat fisik dan bukan buatan manusia atau sumber daya budaya¹⁸.

Selain itu, Chris Amstrong¹⁹ mendefinisikan sumber daya alam sebagai bahan baku (materi dan energi) yang tidak dibuat oleh manusia, tetapi merupakan

¹⁸ Nicolaas Jan Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties in an Interdependent World* s.n. University of Groningen, 1995, hlm. 14.

¹⁹ *Op. Cit.*, hlm. 5.

sesuatu yang tersedia untuk mendukung aktivitas kehidupan manusia. Sementara *Organisation for economi Co-operation and Development/OECD*) menjelaskan bahwa sumber daya alam adalah aset alam (bahan baku) yang ada melalui proses alamiah yang dapat digunakan untuk produktifitas ekonomi atau untuk konsumsi.

Dalam sistem hukum Indonesia, definisi tentang sumber daya alam tidak secara detil didefinisikan, namun hanya disinggung dalam berbagai aturan hukum terkait. Definisi yang mulai jelas terlihat dalam Rancangan Undang-Undang tentang Pengelolaan Sumber Daya Alam yang diartikan sebagai semua benda, daya, keadaan, fungsi alam dan makhluk hidup yang merupakan hasil proses alamiah, baik hayati maupun non hayati, terbarukan maupun tidak terbarukan²⁰. Pengertian ini memfokuskan pada sifat alamiah dari sumber daya yang ada bukan artifisial atau buatan manusia.

Perbedaan perspektif dalam mendefinisikan sumber daya alam tersebut, diakui oleh *World Trade Organization* (WTO), sebagai sesuatu yang jamak ditemukan khususnya dalam praktek perdagangan internasional. Oleh sebab, itu dalam kaitan ini, penulis sepakat dengan definisi WTO sendiri yang menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan sumber daya alam adalah stok material yang tersedia di lingkungan alam, baik yang langka maupun yang bisa didayagunakan untuk ekonomi dalam kegiatan produksi maupun konsumsi. Berdasarkan definisi ini, menurut WTO, barang-barang hasil produksi pabrik seperti otomotif dan komputer tidak dikualifikasikan sebagai sumber daya alam. Secara singkat, sumber daya alam adalah semua yang eksis di dalam bumi dan tidak bersifat artifisial²¹.

Definisi SDA dari WTO memiliki kedekatan konsepsi dengan apa yang dimaksudkan oleh doktrin KPSA yang menekankan pada sumber daya alam yang eksis di bumi dan tidak artifisial. Oleh sebab itu, beragam regulasi baik dalam bentuk aturan regional, konstitusi maupun aturan organik dari masing-masing negara terhadap penerapan KPSA cukup beragam. Sebagian negara seperti di Afrika pada awalnya menerapkan KPSA secara terbatas untuk kepentingan

²⁰ Definisi ini diambil dari RUU Pengelolaan Sumber Daya Alam.

²¹ WTO, "Natural Resources: Definitions, Trade Patterns and Globalization", *World Trade Report*, 2010, hlm.46.

nasional dari negara-negara yang ada. Namun, PBB melalui berbagai organ yang dimilikinya mengeluarkan berbagai konvensi dan deklarasi yang berupaya untuk menciptakan keadilan global dalam pengelolaan sumber daya alam.

Misalnya, konsep *sustainable development* atau pembangunan berkelanjutan²² menekankan pada pemanfaatan sumber daya alam secara berkesinambungan dengan kepentingan generasi mendatang. Dengan kata lain bahwa pembangunan yang ada sekarang sebisa mungkin tidak melakukan eksploitasi terhadap SDA yang berlebihan, sehingga berdampak buruk terhadap generasi yang akan datang, terutama pada sektor-sektor *non renewable resources*. Negara-negara yang memiliki sumber daya alam dalam kategori tidak bisa diperbarui dianjurkan untuk tidak secara massif mengeksploitasi alam atas alasan pembangunan dan ekonomi untuk kepentingan generasi yang sekarang saja tanpa memperhatikan generasi yang akan datang.

Persoalan lain yang menjadi perhatian dunia saat ini adalah perubahan iklim dengan berbagai dampak negatif yang ditimbulkannya. Isu ini juga memiliki keterkaitan dengan isu pembangunan secara berkelanjutan. Namun, penekanan yang penting pada kedua isu tersebut adalah kearifan dalam mengatur tentang tuntutan antara konservasi dan produksi²³. Konservasi menekankan pada pemeliharaan terhadap eksistensi SDA dan memperlakukannya sesuai dengan kebutuhan secara bertanggungjawab. Sementara produksi menekankan kepada kepentingan ekonomi, pembangunan, kesejahteraan dan juga kapitalisasi. Jika orientasi produksi menggunakan perspektif kapitalisme, maka sudah dapat dibayangkan bagaimana kehancuran lingkungan akan dirasakan oleh masyarakat.

²²Sustainable Development Goals (SDGs) ini dicetuskan oleh PBB pada 21 Oktober 2015 yang disepakati oleh 193 negara meninggalkan program sebelumnya yaitu MDGs (Millenium Development Goals) sebagai tujuan pembangunan sampai dengan 2030. SDGs ini memiliki 17 tujuan dengan 169 target yang bersifat global. Secara filosofis pembangunan berkelanjutan bermakna saling menghormati, menghargai, inklusif, dan berlaku adil. Dalam hal ini, tujuan pembangunan tidak hanya untuk saat ini dan hanya bagi golongan tertentu tapi juga memperhatikan keberlangsungan antar generasi dan menjaga keseimbangan dengan alam dan makhluk hidup lain. Adapun keadilan berarti pencapaian pembangunan di satu sisi tidak boleh mengorbankan tujuan lainnya. Lihat dalam <http://sdgsindonesia.or.id/index.php/sdgs/item/178-tujuan-pembangunan-berkelanjutan>.

²³Salah satu perusahaan yang telah berkomitmen untuk menjaga keseimbangan tersebut contohnya adalah PT Austindo Nusantara Jaya Tbk (ANJ) sebagai induk dari kelompok perusahaan yang bergerak di bidang perkebunan dan pengolahan kelapa sawit maupun sagu, serta produksi energi terbarukan. Mereka menegaskan bahwa: "Bagi kami menjalankan bisnis yang beretika bukan sekadar slogan, namun sudah menjadi komitmen di seluruh kelompok usaha ANJ bahwa pengembangan usaha harus senantiasa seimbang dengan pelestarian lingkungan dan kemajuan masyarakat sekitar". Lihat dalam <https://anj-group.com/id/news-events-1/index/jaga-keseimbangan-ekonomi-dan-lingkungan-pt-kal-bangun-kawasan-konservasi-1>.

Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya Alam dalam praktek di bangsa-bangsa di dunia ini, pengelolaannya sangat bervariasi. Prinsip ini hanya memberikan pernyataan moral agar setiap bangsa dan negara memiliki modal kapital yang kuat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakatnya. Ada negara yang membuka diri terhadap peran asing dalam pengelolaan SDA-nya ada juga yang bersifat terbatas dan ada pula yang tertutup sama sekali.

Persoalan mendasar yang melatarbelakangi pilihan-pilihan tersebut, terutama di negara-negara bekas kolonial adalah karena menguatnya sentimen nasionalisme dari bangsanya. Di sisi lain, persoalan pembangunan ekonomi yang membutuhkan kapital dan teknologi, pada umumnya menjadi persoalan tersendiri bagi negara-negara bekas kolonial tersebut, sehingga negara dalam kelompok ini biasanya membuka diri terhadap investasi asing, baik yang terbatas maupun yang liberal, yakni membuka diri dengan lebar terhadap berbagai jenis investasi asing dan dalam besaran nilai investasi yang mencapai 100%.

Implementasi KPSA dalam Aturan Kebijakan Investasi Asing di Aljazair

Pilihan terhadap sistem pengelolaan SDA tentunya akan memiliki konsekuensi sendiri-sendiri. Namun pada umumnya, negara-negara dunia ketiga atau miskin dan berkembang lebih memilih terbuka terhadap uluran tangan asing. Hal ini dikarenakan tidak adanya modal dan teknologi yang dimilikinya, sehingga perlu bermitra dengan negara yang memiliki modal atau teknologi atau keduanya. Bagi negara-negara berkembang dan miskin²⁴ yang umumnya terjadi di negara-negara bekas kolonial, seperti Afrika dan Asia, persoalan pembangunan ekonomi menjadi beban yang sangat berat selepas mereka merdeka dari para penjajah. Dalam kasus Afrika misalnya, selama beberapa dekade awal bahkan hingga saat ini, kemiskinan menjadi momok yang tak kunjung lepas dalam kehidupan negar-negara di Benua Hitam tersebut. Pada awal dicetuskannya Resolusi PBB tentang *Permanent Sovereignty over Natural Resources* (1964), negara-negara Afrika menyambutnya dengan penuh semangat nasionalisme untuk membangun

²⁴ Akibat kemiskinan yang berkepanjangan di Afrika, kondisi umum yang terjadi saat ini yang berkontribusi terhadap semakin akutnya kemiskinan adalah berbagai penyakit, seperti malaria dan penyakit-penyakit berinfeksi lainnya. Lihat Sambit Bhattacharyya, "Root Causes of Africa Underdevelopment", *Journal of African Economies*, Volume 18, Number 5, 2009, pp. 745-746.

negaranya. Namun dalam prakteknya, sikap nasionalisme tersebut ke arah proteksionis terhadap investasi asing²⁵. Misalnya, Aljazair, menyambut Resolusi PBB tersebut dengan melakukan pengaturan tentang investasi asing secara langsung terhadap sumber daya alam yang strategis dilakukan secara terbatas. Hal itu terlihat dari *Aljazair Investment Code of 1966*²⁶ yang secara tegas merinci mengenai jenis-jenis investasi yang boleh dilakukan secara langsung dan tidak langsung oleh pihak asing sebagai berikut:

- a. *the limitation of foreign investments to those sectors of the economy which are considered not to be vital to the national economy, unless the State specifically 'invites' foreign or domestic private investment to participate in those sectors, which, as a rule, can only be done in joint venture with an existing state owned enterprise;*
- b. *tight control and state monopolies regarding commercial operations of any foreign companies and all foreign trade, as well as foreign exchange;*
- c. *restrictions on ownership of immovable property by foreign companies or individuals;*
- d. *mandatory local participation rules normally providing that foreign investors could only operate as minority (49%) equity partners of local (national) shareholders;*
- e. *severe penalties, which include confiscation, forfeiture and imprisonment, for any failure to comply with the administrative licensing conditions of any foreign investment or the laws governing any related activities;*
- f. *the discretionary granting of certain privileges, mainly customs and tax rebates and*
- g. *foreign exchange exemptions, to foreign investments approved the authorities;*
- h. *the general rule that all general commercial, other statutory and common law will only apply subject to the special legislation foreign investments and commercial activities of foreign companies;*
- i. *the existence of special legislation for mining, petroleum and gas eksplorations; and*
- j. *compensation limited to the net value of assets in case of expropriation and only in so far as all licensing requirements are satisfied, such as compensation being convertible in to foreign exchange only up to the amounts of foreign capital actually and originally invested; and*
- k. *submission of all legal interpretation and disputes to the national law and forum only.*

Empat aturan pertama yang mempertegas sikap Aljazair terhadap kedaulatan sumber daya mereka dalam kaitannya dengan investasi asing, yakni pembatasan terhadap sumber daya alam yang memiliki nilai strategis kepada ekonomi mereka tidak bisa dibuka untuk investasi asing, kecuali negara sendiri yang berinisiatif

²⁵ Akinlo Taiwo and Simon-Oke O. Olayemi, "Re-examine foreign direct investment and economic growth: Panel co-integration and causality test for sub-Saharan African countries", *International Area Studies Review*, Vol. 18 (1), 2015, pp. 74.

²⁶ Nama aslinya adalah the 1996: de Brauw.

untuk membukanya kepada investor asing. Selanjutnya, pemerintah melakukan kontrol yang kuat dan sekaligus sebagai pihak yang paling utama dalam melakukan monopoli [aturan] terhadap aktivitas ekonomi dari pihak asing. Selain itu, yang perlu diperhatikan bahwa terhadap properti yang sifatnya tetap tidak boleh ada kepemilikan asing, serta aturan yang terakhir adalah bahwa maksimal saham asing yang boleh dimiliki adalah 49% sedangkan yang 51% harus dimiliki oleh pihak dari dalam Aljazair sendiri. Khusus mengenai besaran *share* saham ini, Douga Wallace Atase Perdagangan Amerika untuk Afrika utara, pada tahun 2014 menyatakan bahwa aturan tersebut menjadikan Aljazair sebagai negara yang paling berat untuk tempat usaha. Bahkan, Pierre Gattaz, seorang Pebisnis dari Perancis dengan terus terang menyatakan ketakutannya melakukan investasi di Aljazair dengan aturan batas maksimal kepemilikan saham asing yang tidak boleh lebih besar (*minority share*) dibandingkan dengan kepemilikan investor dalam negeri²⁷.

Aturan investasi di Aljazair tersebut memperlihatkan *national interest* yang tinggi sehingga investor asing harus mematuhi berbagai aturan restriksi yang dibuat oleh negara tersebut. Namun aturan itu pada perjalanan berikutnya mengalami berbagai perkembangan seiring dengan kebutuhan keterserapan tenaga kerja dan penciptaan lapangan pekerjaan, pembiayaan pembangunan dan lain sebagainya, sehingga beberapa deklarasi atau aturan mengenai *Foreign Direct Investment* (FDI) dibuat sedemikian rupa, namun masih tergolong rendah. Hal ini ditunjukkan dengan laju perkembangan FDI di Aljazair yang tertahan pada level 1.3% dalam skala global²⁸.

Kebijakan proteksionis terhadap investasi asing di Aljazair tersebut berakibat pada ketakutan dari Investor asing untuk melakukan bisnis di Aljazair. Bahkan laporan dari *UN Conference on Trade and Development* (UNCTAD) 2017 lalu menunjukkan bahwa *Foreign Direct Investment* (FDI) di Aljazair secara umum terhadap berbagai jenis sektor ekonomi di negara tersebut, menurun secara drastis

²⁷ The Arab Weekly, (01/07/2017). "Aljazair lags behind neighbours in attracting foreign investment", dalam <https://thearabweekly.com/Aljazair-lags-behind-neighbours-attracting-foreign-investment>, diakses tanggal 4 Agustus 2018.

²⁸ Andre Thmashausen, *Loc. Cit.*, hlm. 153.

sebanyak 26% setiap tahunnya (tabel 1). Terhadap laporan UNCTAD ini, media Aljazair melakukan pembelaan—dengan menyatakan bahwa penurunan investasi asing tersebut tidak bersifat tunggal, tetapi fenomena umum yang melanda seluruh kawasan Afrika. Menurut Ekonom Aljazair, Hassan Haddouch, fakta yang sesungguhnya adalah penurunan investasi asing di Afrika Utara sangat kecil yakni sebesar 4%, misalnya di Maroko menurunnya memang agak tajam mencapai 23%. Kondisi tersebut, menurut Haddouch, berakibat pada kemandekan investasi asing di Aljazair. Padahal, meskipun Aljazair memiliki sumber daya alam yang kuat, peluang pasar domestik yang terbuka, namun [dengan kebijakan] tersebut, Aljazair tetap kurang mampu menarik investor asing. Namun demikian, selain proteksionis, faktor lainnya yang menyebabkan kurangnya minat investor asing ke Aljazair adalah pembatasan saham asing maksimal sebesar 49%, dan faktor lainnya adalah persoalan korupsi di tubuh birokrasi negara tersebut²⁹.

Tabel 1
Perbandingan FDI di Negara-negara Afrika Utara

Negara	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Aljazair	2,580	1,499	1,684	1,507	-584	1,546
Mesir	-483	6,031	4,256	4,612	6,925	8,107
Libya	-	1,425	702	50 ^b	726 ^b	493 ^b
Maroko	2,568 ^d	2,728 ^d	3,298 ^d	3,561 ^d	3,255 ^d	2,322 ^d
Sudan Selatan	-	161 ^b	793 ^b	44 ^b	-71 ^b	-17 ^b
Sudan	1,734	2,311	1,688	1,251	1,728	1,064
Tunisia	1,148	1,603	1,117	1,064	1,002	958

Sumber: UNCTAD, World Investment Report, 2017:222.

Situasi tersebut disadari sepenuhnya oleh Menteri Perindustrian Aljazair yang mengakui bahwa aturan kepemilikan saham tersebut menyebabkan Aljazair terisolasi dari percaturan perekonomian global, sehingga memiliki komitmen untuk melakukan perubahan yang mendasar terhadap aturan kepemilikan saham

²⁹ The Arab Weekly, *Loc. Cit.* Dalam laporan sepuluh tahun sebelumnya (2006), UNCTAD juga mencatat record yang sama mengenai rendahnya posisi FDI di Aljazair. Lihat analisisnya dalam Bingshir Karim, 2010. "Foreign Direct Investment in Aljazair and Its Impact on Economic Growth", *Thesis*, KDI School of Public Policy and Management, Korea Selatan, hlm. 16.

asing tersebut yang lebih sesuai dengan aspirasi investor asing mengenai besaran saham yang bisa dimiliki oleh pihak asing³⁰.

Keempat faktor tersebut terkonfirmasi oleh hasil kajian Elizabeth Asiedu³¹, yang melakukan survei terhadap para investor, menyatakan bahwa persoalan restriksi investasi, korupsi dan instabilitas politik telah berdampak buruk terhadap FDI di Afrika. Sebaliknya, pengurangan angka korupsi, sebagaimana terjadi di Nigeria, berdampak positif terhadap minat investor asing di negara tersebut sebagaimana yang dialami oleh Afrika Selatan.

Dalam kaitannya dengan FDI di Aljazair pada sektor Sumber Daya Alam Strategis seperti mineral dan tambang, maka berdasarkan UU Investasi Aljazair No. 49/51 yang secara efektif berlaku sejak 2006, tetap menunjukkan watak restriktif yang mengharuskan kepemilikan saham dalam negeri harus mayoritas, yakni mencapai 51%. Awalnya, aturan ini hanya berlaku untuk sektor minyak bumi namun kemudian pada 2009 diberlakukan untuk semua jenis investasi di Aljazair³². Pada 2016 seiring dengan diundangkannya UU Keuangan Aljazair (*Finance Law*) yang baru, melakukan koreksi terhadap restriksi kepemilikan saham asing yang diatur pada UU Investasi Aljazair No. 49/50 tersebut—yang melokalisir terhadap sektor-sektor investasi dalam bidang produksi barang dan jasa-jasa saja yang kepemilikan sahamnya harus dimiliki oleh peserta dalam negeri mencapai 51%³³. Namun demikian, tidak juga dijelaskan mengenai ketentuan maksimal kepemilikan saham asing pada sektor SDA strategis. Hal ini menunjukkan sikap Aljazair yang masih berorientasi sikap proteksionis terhadap kehadiran investor asing di negeri tersebut. Situasi ini yang menyebabkan masih melambannya pertumbuhan FDI di Aljazair.

³⁰ Michael L. Coleman, Celine Van Zeebroeck and Jessica Norrant-Eyme, 2016. "Aljazair: New Investment Code", dalam < <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e3f56ae8-a2f4-4cf2-a66f-799d227564a7>>, diakses tanggal 6 Agustus 2018.

³¹ Elizabeth Asiedu, "Foreign Direct Investment in Africa: The Role of Natural Resources, Market Size, Government Policy, Institutions and Political Instability", *The World Economy*, Vol. 29 Issue 1, January 2006, pp.63-77.

³² Namun 'perlakuan istimewa' diberikan terhadap perusahaan-perusahaan Amerika dari ketentuan kepemilikan saham mayoritas-minoritas tersebut. Perusahaan-perusahaan Amerika diberikan 'hak' untuk melakukan regulasi tersendiri dalam menentukan besaran divestasi saham perusahaannya kepada peserta dalam negeri Aljazair. Lihat dalam <https://www.export.gov/article?id=Aljazair-openness-to-foreign-investment>, diakses tanggal 25 Agustus 2018.

³³ Lihat <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/142981/new-investment-law-in-aljazair-an-overview-of-what-it-does-and-does-not-change-for-foreign-investors>

Penerapan KPSA dalam aturan Kebijakan Investasi Asing di Indonesia

Kehadiran investasi asing di suatu negara, khususnya investasi asing langsung, diharapkan mampu memberikan dampak positif bagi pembangunan dan pertumbuhan ekonomi. Dalam konteks Indonesia sebagai salah satu negara berkembang, yang juga bergantung dengan kerjasama dari negara lain, menyadari bahwa untuk melakukan perbaikan stabilitas ekonomi diperlukan peningkatan daya saing negara dalam menarik investor asing. Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal diundangkan sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri. Pemberlakuan undang-undang penanaman modal ini bertujuan memperbaiki dan meningkatkan kepercayaan investor (terkait dengan FDI) untuk kembali menanamkan modalnya di Indonesia.

Foreign Direct Investment (FDI)³⁴ atau Penanaman Modal Asing secara langsung merupakan salah satu pembiayaan (modal) yang penting bagi suatu negara terlebih bagi negara-negara berkembang dan negara-negara miskin. FDI menjadi salah satu faktor penting di dalam perekonomian negara disamping pajak sebagai faktor terbesar penyumbang keuangan negara. Sebab, FDI mampu memberikan kontribusi yang cukup besar bagi pembangunan melalui transfer aset, transfer manajemen, dan juga transfer teknologi guna mendorong pertumbuhan dan peningkatan perekonomian negara.

Pemilihan investasi oleh investor melalui jalur FDI dikarenakan investasi semacam ini merupakan bentuk aliran modal yang bersifat jangka panjang dan

³⁴ Menurut jenisnya, FDI dibagi menjadi dua, yaitu: FDI vertical, FDI yang dilakukan secara vertikal menyangkut desentralisasi secara geografis dari aliran produksi perusahaan. Perusahaan akan melakukan kegiatan produksi di negara-negara yang memiliki biaya tenaga kerja yang rendah, kemudian hasil produksi di negara tersebut akan disalurkan kembali ke negara induk. FDI juga dapat dibedakan menjadi jenis *greenfield* dan akuisisi (pengambilalihan). Investasi dengan jenis *greenfield* akan membangun unit produksi yang baru sementara FDI dengan tipe akuisisi akan membeli sebagian kepemilikan dari perusahaan yang sudah ada sebelumnya. Sementara itu, FDI juga dapat dibedakan berdasarkan motivasi yang melatarbelakangi investor asing, yaitu: *Resource seeking*: Investasi dilakukan untuk mencari faktor-faktor produksi yang lebih efisien di negara lain dibandingkan menggunakan faktor produksi di dalam negeri yang lebih mahal, *Market seeking*: Investasi yang dilakukan dengan tujuan mencari pasar yang baru atau mempertahankan pasar yang lama. Strategi ini dapat juga dilakukan sebagai strategi pertahanan. Investasi dengan latar belakang untuk mencari pasar direalisasikan di dalam bentuk merger dan akuisisi, dan *Efficiency seeking*: Investasi dimana perusahaan berusaha untuk meningkatkan efisiensinya dengan mengambil keuntungan dari *economic scale* dan *scope*. Tipe FDI ini banyak digunakan di negara-negara berkembang. Lihat Anugrah Widyastuti, "Implementasi Foreign Direct Investment di Indonesia: Sebelum dan Setelah diundangkannya Undnag-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal", *Pandecta: Research Law Journal*, Vol. 6 No. 2 (2011), hlm.141.

relatif tahan atau stabil terhadap gejolak perekonomian. Terkait dengan hal itu, maka Indonesia, sebagai salah satu negara berkembang dan negara di Asia khususnya di kawasan Asia Tenggara, memiliki potensi yang sangat besar untuk menarik minat investor untuk menanamkan modalnya di Indonesia³⁵.

Dalam sejarahnya, FDI di Indonesia dimulai pada era Kolonial Belanda (1870-1941), kemudian diikuti oleh Jepang pada periode 1942-1945. Setelah Indonesia, bebas dari Jepang dan beralih kepada Orde Lama (1945-1965), perhatian pemerintah terhadap FDI sangat rendah. Hal ini dikarenakan, konsentrasi pemerintah Orde Lama fokus kepada transisi dari kolonial dan juga stabilitas politik dan militer dalam negeri yang masih belum mapan. Kemudian setelah era Orde Lama selesai digantikan Orde Baru (1966-1999), situasi berbalik drastis, dimana keyakinan Orde Baru pada pertumbuhan ekonomi, menjadikan FDI sebagai motor penggeraknya. FDI diyakini tidak hanya membawa kapital tetapi juga teknologi dan skill yang memadai untuk menopang pembangunan. Kebijakan ini terus berlanjut sampai era reformasi³⁶ [bahkan] sekarang jauh liberal kebijakan investasi yang dicanangkan oleh Pemerintah melalui skema FDI sebagaimana terlihat pada tabel 2.

Sebelum diundangkannya undang-undang terbaru di bidang investasi di 2007, berdasarkan data investasi di Indonesia, sejak 1998-2000, aliran FDI yang masuk ke Indonesia mengalami penurunan (terutama saat terjadi krisis ekonomi) secara signifikan yaitu 2,7% selama 3 tahun. Hal ini menunjukkan bahwa investasi yang terjadi cenderung negatif (jumlah investasi yang keluar lebih besar daripada investasi yang masuk). Setelah 2000, perubahan iklim investasi di Indonesia mengalami peningkatan dan menuju ke arah yang lebih baik terlebih dengan investasi yang masuk terutama di bidang merger dan akuisisi perusahaan-perusahaan di dalam negeri³⁷.

³⁵ Mengenai jenis-jenis investasi terbuka dan tertutup untuk investor asing dan dalam negeri saat ini diatur oleh Peraturan Presiden Nomor 44 Tahun 2016.

³⁶ Abdul Kholiq dan Ilan Noy, "Foreign Direct Investment and Economic Growth: Empirical Evidence from Sectoral Data in Indonesia", *Working Paper*, Departemen of Economic, University of Hawaii at Manoa, 2007, hlm.10-11.

³⁷ Anugrah Adiastuti, *Loc. Cit.*, hlm. 140-142.

Dalam konteks itu, sejak diundangkannya Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, perekonomian Indonesia mulai mengalami perbaikan secara bertahap. Hal ini dapat dilihat dari adanya ketentuan yang mendasar mengenai masuknya dan berjalannya investasi (dalam hal ini FDI) ke Indonesia, yaitu perbaikan di dalam sektor pelayanan dan sektor yang dapat dimasuki oleh investor terkait dengan upaya peningkatan investasi³⁸.

Sementara itu, terkait dengan sifat FDI di Indonesia pada bidang usaha terbuka, termasuk sumber daya alam strategis bagi kepentingan dan keberlangsungan perekonomian Indonesia yaitu mineral³⁹ dan batu bara, kedua jenis SDA ini dikualifikasikan sebagai SDA yang memiliki nilai strategis karena merupakan kekayaan alam tak terbarukan sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa yang mempunyai peranan penting dalam memenuhi hajat hidup orang banyak. Atas dasar pemikiran ini, maka pengelolaan SDA dalam kelompok ini harus dikuasai oleh Negara untuk memberi nilai tambah secara nyata bagi perekonomian nasional dalam usaha mencapai kemakmuran dan kesejahteraan rakyat secara berkeadilan⁴⁰.

Berdasarkan data pada tabel 2 dari lampiran Perpres Nomor 44 Tahun 2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal, menunjukkan 'liberalisasi investasi'⁴¹ dalam arti tidak ada restriksi bagi pihak asing untuk melakukan investasi di Indonesia. Selain itu, besaran nilai investasinyaapun juga beragam dari 49% batas kepemilikan saham asing yang terendah sampai mencapai 95%

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Dalam ketentuan Pasal 1 [4] UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara disebutkan bahwa Pertambangan Mineral adalah pertambangan kumpulan mineral yang berupa bijih atau batuan, di luar panas bumi, minyak dan gas bumi, serta air tanah.

⁴⁰ Lihat bagian Konsideran "Mengingat" butir (a) jo. Pasal 4 UU Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara. Ketentuan mengenai tambang sebagai salah satu kelompok sumber daya alam yang strategis, regulasi yang mengaturnya mengalami perkembangan paradigma. Dalam UU No. 11 Tahun 1967, penggolongan bahan galian lebih ditekankan pada pertimbangan aspek politis dikaitkan dengan kepentingan ketahanan dan pertahanan nasional, dan terbagi dalam tiga golongan (a. golongan bahan galian strategis; b. golongan bahan galian vital. c. golongan bahan galian yang tidak termasuk dalam golongan a atau b). Sedangkan dalam UU No. 4 Tahun 2009, penggolongan bahan galian lebih rnenitikberatkan pada aspek teknis, yaitu berdasarkan pada kelompok atau jenis bahan galian.

⁴¹Liberalisasi investasi sebetulnya di Indonesia dimulai sejak tahun 1967, ketika diundangkannya UU Nomo 1 Tahun 1967. Sejak itu, Indonesia menjadi daya tarik tersendiri bagi investor asing untuk melakukan investasi. Lihat Abdul Kholiq, *Loc. Cit.*, hlm. 2.

tertingginya khususnya untuk investasi bidang energi maupun mineral yang memerlukan teknologi modern tingkat tinggi.

Tabel 2
Besaran Investasi Asing bidang SDA Energi dan Sumber Daya Mineral

No	Bidang Investasi	Besaran Saham Asing Maksimal (%)
1	Jasa Konstruksi Migas: Platform	75
2	Jasa Konstruksi Migas: Tangki Spherical	49
3	Jasa Konstruksi Migas: Instalasi Pipa Penyalur di Laut	49
4	Jasa Survei Migas, Geologi dan Geofisika	49
5	Jasa Survei Panas Bumi	95
6	Jasa Pemboran Migas di Laut	75
7	Jasa Pemboran Panas Bumi	95
8	Jasa Pengoperasian dan Pemeliharaan Panas Bumi	90
9	Pembangkit Listrik Skala Kecil (1-10 MW)	49
10	Pembangkit Listrik Tenaga Panas Bumi dengan Kapasitas ≤ 10 MW	67
11	Pembangkit Listrik > 10 MW	95 dan 100 (KPS)
12	Transmisi Tenaga Listrik	95 dan 100 (KPS)
13	Distribusi Tenaga Listrik	95 dan 100 (KPS)
14	Konsultasi dibidang Instalasi Tenaga Listrik	95
15	Pembangunan dan Pemasangan Instalasi Tenaga Listrik atas Instalasi Penyediaan Tenaga Listrik	95 [49 untuk tegangan tinggi 100 untuk tegangan rendah]
16	Pengoperasian dan Pemeliharaan Instalasi Tenaga Listrik	95
17	Pemeriksaan dan Pengujian Instalasi Tenaga Listrik atas Instalasi Penyediaan Tenaga Listrik atau Pemanfaatan Tenaga Listrik Tegangan Tinggi	49 (100 untuk tegangan rendah)

Sumber: Diolah dari lampiran Perpres Nomor 44 Tahun 2016

Bahkan liberalisasi investasi asing juga terlihat jelas dalam paket kebijakan Paket kebijakan jilid X yang dicanangkan Presiden Joko Widodo yang berisi perubahan tentang daftar negatif investasi (DNI) yang sebelumnya diatur dalam Peraturan Presiden (Perpres) Nomor 39 Tahun 2014. Paket kebijakan ini memuat ketentuan investasi untuk bidang-bidang usaha yang mulai dibuka untuk investor

asing dengan jumlah kepemilikan tertentu dan bidang-bidang usaha yang porsi saham asingnya diperbesar hingga 100%⁴².

Disebutkan lebih lanjut dalam paket kebijakan tersebut bahwa konkritnya ada 17 bidang usaha yang porsi kepemilikan sahamnya boleh dikuasai asing hingga 100% sebagaimana pada tabel 2 di atas. Lebih liberalnya lagi dijelaskan bahwa industri yang 100% sahamnya dikuasai penanaman modal asing (PMA) ini tidak harus bermitra dengan perusahaan lokal. Namun demikian, meskipun kepemilikan saham asing sampai bisa mencapai 100%, ada ketentuan divestasi bagi investor asing di bidang pertambangan. Hal itu ditegaskan dalam ketentuan Pasal 112 Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara mengatur bahwa setelah 5 tahun berproduksi, badan usaha pemegang izin usaha pertambangan yang sahamnya dimiliki oleh asing wajib melakukan divestasi saham. Divestasi ini dilakukan pada Pemerintah, pemerintah daerah, badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha swasta nasional. Pasal 97 ayat (2) Peraturan Pemerintah No. 1 Tahun 2017 [Perubahan Keempat]⁴³ tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara selanjutnya mengatur besaran saham yang harus didivestasi, yaitu sehingga sahamnya paling sedikit 20% dimiliki peserta Indonesia. Demikian selanjutnya 30% pada tahun ketujuh, 37% tahun kedelapan, 44% tahun kesembilan dan 51% pada tahun kesepuluh.

Situasi tersebut dalam konteks Indonesia dalam perjalannya terkadang mengalami dilema. Contoh yang paling sering terjadi dan menjadi sorotan publik adalah investasi Freeport di Papua yang sudah puluhan tahun—dengan besaran investasi mencapai 97,3% dan Indonesia 9,3%. Dan baru saat ini sedang dilakukan proses divestasi saham menjadi 51% yang proses negosiasinya masih panjang dan dengan tingkat resiko gagalnya juga masih sangat tinggi.

Penutup

Perjalanan panjang doktrin kedaulatan permanen atas sumber daya alam sejak pertama kali dicetuskan oleh PBB pada akhir dekade tahun 1950, telah

⁴²Investor Daily, 12 Februari 2016, *Liberalisasi Investasi Asing*, dalam <<http://id.beritasatu.com/home/liberalisasi-investasi-asing/139429>>, diakses tanggal 2 Agustus 2018.

⁴³ Saat ini sudah diterbitkan PP No. 8 Tahun 2018 sebagai perubahan kelima. Dalam Pasal 85A dilakukan perubahan tentang penetapan harga jual batu bara tersendiri untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri.

mengalami dinamika perkembangan yang sangat pesat—dari yang awalnya dipraktekkan secara tradisional untuk kepentingan nasional suatu negara—kemudian berkembang dan bersinggungan dengan berbagai isu ekonomi global, lingkungan, HAM dan perubahan iklim. Oleh sebab itu, setiap negara memiliki hak yang sama dan secara bebas mengelola peruntukan anugerah Tuhan tersebut sesuai dengan tujuan dari masing-masing negara yang ditegaskan dalam konstitusinya. Dalam praktek negara-negara Afrika, implementasi pengelolaan kedaulatan permanen atas sumber daya alam (KPSA) seperti di Aljazair bersifat selektif atau tidak liberal, terutama pada sumber daya alam yang memiliki nilai strategis bagi hajat hidup masyarakatnya. Namun hal ini ternyata menjadi penghalang minat investor-investor dari luar negeri dan membuat pertumbuhan FDI di negara tersebut relatif lambat.

Dalam praktek di Indonesia sebagai negara berkembang yang saat ini sedang giat-giatnya membuka diri terhadap investor lokal maupun internasional guna meningkatkan perekonomian nasional untuk kesejahteraan masyarakat, pengelolaan KPSA pada kebijakan FDI bersifat liberal. Hal ini tidak terlepas dari energi pemerintah untuk mengejar ketertinggalan dari negara-negara tetangga maupun negara lainnya. Namun demikian, Indonesia tetap mencoba bersikap moderat dengan melakukan divestasi saham mayoritas dalam usaha-usaha tertentu.

Daftar Pustaka

Buku

- Acemoglu, Daron dan James A. Robinson, *Why Nations Fail: The Origin of Power, Prosperity, and Poverty*. Crown Business, New York, 2012.
- Adam, William M and Martin Mulligan, *Decolonizing Nature: Strategies for Conservation in a Post-colonial Era*, Earthscan Publications Ltd, London, 2003.
- Amstrong, Chris, *Melawan Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya*, University of Southampton, Politics, Philosophy and Economics, 2014.
- Sugiyono, *Metode Penelitian Administrasi*, Bandung: Penerbit Alfabet, 2004.
- Thomashausen, Andre, (Forein) Investment Strategies in Africa dalam Marc Bungenber dan Stephan Hobe (Eds). *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, Switzerland: Springer International Publishing, 2015.

Jurnal

- Asiedu, A., "Foreign Direct Investment in Africa: The Role of Natural Resources, Market Size, Government Policy, Institutions and Political Instability", *The World Economy*, Vol. 29 Issue 1, January 2006.
- Atsegbua, L. 1993. "Principle Of Permanent Sovereignty Over Natural Resources and Its Contribution to Modern Petroleum Development Agreements". *Journal of the Indian Law Institute*, 35(1/2), 115-126. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/43952327>.
- Bhattacharyya, S. "Root Causes of Africa Underdevelopment", *Journal of African Economies*, Volume 18, Number 5, 2009.
- Bungenber, Marc, dan Stephan Hobe (Eds), *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, Switzerland: Springer International Publishing, 2015.
- Gylfason, Thorvaldur dan Gylfi Zoega, *Natural Resources and Economic Growth: The Role of Investment*, *The World Economy*, Blackwell Publishing L.td. Oxford, 2006.
- Hannum, Hurs, *Autonomy, Sovereignty, and Self Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Philadelphia Press, 2016.
- Riduwan, *Metode & Teknik Menyusun Tesis*, Bandung: Penerbit Alfabet, 2004.
- Schrijver, Nicolaas Jan, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties in an Interdependent World*, s.n. University of Groningen, 1995.
- Schwebel, Stephen M., The Story of the U.N.'s Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources, *American Bar Association Journal*, Vol. 49, No. 5 (MAY 1963).
- Strang, D., "From Dependency to Sovereignty: An Event History Analysis of Decolonization 1870-1987". *American Sociological Review*, 55(6), 1990. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/2095750>.
- Taiwo, A., and Simon-Oke O. Olayemi, "Re-examine foreign direct investment and economic growth: Panel co-integration and causality test for sub-Saharan African countries", *International Area Studies Review*, Vol. 18 (1), 2015.
- Wart, P. De., "Permanent Sovereignty over Natural Resources as a Corner-stone for International Economic Rights and Duties". *Netherlands International Law Review*, 24(1-2), 1977. doi:10.1017/S0165070X00016302.
- Widyastuti, A., "Implementasi Foreign Direct Investment di Indonesia: Sebelum dan Setelah diundangkannya Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal", *Pandecta: Research Law Journal*, Vol. 6 No. 2 (2011).

Hasil Penelitian/Tugas Akhir

- Karim, Benshir, "Foreign Direct Investment in Aljazair and Its Impact on Economic Growth", *Thesis*, KDI School of Public Policy and Management, Korea Selatan, 2010.

Kholiq, A., dan Ilan Noy, "Foreign Direct Investment and Economic Growth: Empirical Evidence from Sectoral Data in Indonesia", *Working Paper*, Departemen of Economic, University of Hawaii at Manoa, 2007.

WTO, "Natural Resources: Definitions, Trade Patterns and Globalization", *World Trade Report*, 2010.

Dhuhita Driyah Suparti, "Dialektika Hukum Investasi Nasional", Paper disampaikan dalam *Dies Natalis Fakultas Hukum, UNNES*, Semarang, 30 November 2018.

Internet

Coleman, Michael L., Celine Van Zeebroeck and Jessica Norrant-Eyme, 2016. "Aljazair: New Investment Code", dalam <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e3f56ae8-a2f4-4cf2-a66f-799d227564a7>>, diakses tanggal 6 Agustus 2018.

Investor Daily, 12 Februari 2016, Liberalisasi Investasi Asing, dalam <<http://id.beritasatu.com/home/liberalisasi-investasi-asing/139429>>, diakses tanggal 2 Agustus 2018.

The Arab Weekly, (01/07/2017). "Aljazair lags behind neighbours in attracting foreign investment", dalam <https://thearabweekly.com/Aljazair-lags-behind-neighbours-attracting-foreign-investment>, diakses tanggal 4 Agustus 2018.

<https://www.export.gov/article?id=Aljazair-openness-to-foreign-investment>, diakses tanggal 25 Agustus 2018.

<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/142981/new-investment-law-in-Aljazair-an-overview-of-what-it-does-and-does-not-change-for-foreign-investors>

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2017 [Perubahan Keempat] tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara.

Peraturan Presiden Nomor 39 tahun 2014 Tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal.

Peraturan Presiden Nomor 44 Tahun 2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal

UNCTAD, 2017. *World Investment Report: Investment and The Digital Economy*, United Nations.



The Significance of Contractual Intention: A Comparative Analysis on English and Indonesian Law

Ulya Yasmine Prisandani
Law Study Programme of President University
Jababeka Education Park, Jl. Ki Hajar Dewantara, Cikarang Utara, Bekasi 17550
yasmineprisandani@gmail.com

Received: 31 Agustus 2018; *Accepted:* 8 Oktober 2018; *Published:* 17 Januari 2019

DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art4

Abstract

The legal terms of a contract vary from one country to another, and the will in a contract often influences whether a contract has been perfectly established. Establishing a contract between parties from different legal systems has the risk of defect and imperfection in the establishment of the contract, which can influence the rights of one party when a contract related dispute occurs. The British law requires supply, acceptance, and reciprocity as legal conditions for contracts, but the legal terms of a contract in Indonesian law are stipulated in the Civil Code. Therefore, this study aims to develop a comparative analysis relating to the role of contractual will in determining the validity of a contract in British and Indonesian laws as well as their method in interpreting contracts. The study used the normative qualitative method with a comparative approach to the two legal systems completed with a description of the will in a contract based on CISG. Both legal jurisdictions are open for the possibility of assuming will incompatibility in a contract as 'oversight', and in such cases, a contract can deem void.

Keywords: Will in a contract; contract validity; contract interpretation; law of contract

Abstrak

Syarat sah kontrak berbeda dari satu negara ke negara lainnya, dan kehendak dalam suatu kontrak seringkali mempengaruhi apakah suatu kontrak telah terbentuk dengan sempurna. Pembuatan suatu kontrak oleh pihak yang berasal dari sistem hukum yang berbeda mempunyai resiko kecacatan dan ketidaksempurnaan dalam pembentukan kontrak tersebut, yang mana ini dapat mempengaruhi hak salah satu pihak jika terjadi perselisihan terkait kontrak. Hukum Inggris mensyaratkan penawaran, penerimaan dan timbal balik sebagai syarat sah kontrak, tetapi syarat-syarat sah kontrak dalam Hukum Indonesia diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Oleh karena itu, tulisan ini bertujuan membuat sebuah analisis komparatif terkait dengan peran kehendak kontraktual dalam menentukan keabsahan sebuah kontrak di dalam hukum Inggris dan Indonesia, serta metode penafsiran kontrak di dalamnya. Penelitian dilakukan menggunakan metode kualitatif normatif, dengan pendekatan komparatif terhadap dua sistem hukum tersebut yang ditambah dengan uraian mengenai kehendak dalam kontrak berdasarkan CISG. Kedua yurisdiksi hukum membuka kemungkinan untuk menganggap ketidakcocokan kehendak dalam suatu kontrak sebagai 'kekhilafan', dan dalam kasus seperti ini sebuah kontrak menjadi dapat dibatalkan

Kata-kata Kunci: Kehendak dalam kontrak; keabsahan kontrak; penafsiran kontrak; hukum kontrak

Introduction

The existence of commercial contracts which involve parties originating from different legal systems become inevitable as the number of cross-border transactions between private parties significantly increase. Aided by globalization and advanced technology in the current era, contract has evolved into a matter that is more intricate and exhaustive with each and every articles negotiated carefully by the parties to prevent substantial complication shall a dispute arise in the future. However, different legal systems applied in different legal jurisdictions can exert influence in how the parties interpret the validity of their contracts in the case of a dispute.

The requirements for validity of a contract vary from one jurisdiction to another especially when it comes to the different systems in the civil law and common law countries even though over the years, the civil law and common law systems have found their intersections though in a limited extent.¹ Though often having minor differences within their national legal systems,² common law jurisdictions recognize offer, acceptance, considerations, intent, and bargaining actions as factors of validity of contract,³ whereas in the civil law jurisdictions the requirements are vastly dissimilar. An example would be the absence of the concept of consideration in civil law countries, which constitute a large number of countries in the world.⁴

Failure to recognize these differences, as well as taking these factors into account prior to the conclusion of the contract will cause risk of unenforceability due to the disputed binding nature of the contract. This is especially true because even though Indonesian law is originated from Dutch contract law during the colonial period, many principles and concepts from common law legal system are

¹Charles Calleros, Cause, Consideration, Promissory Estoppel, and Promises Under Deed: What our Students Should Know about Enforcement of Promises in A Historical and International Context, *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law* Volume 13, (2012), p. 88.

²For example see Syed Robayet Ferdous, Consideration of Contract in English Law & Law of Bangladesh: A Comparative Study, *Asian Affairs* Volume 31 Number 1, 2009 for the differences of the doctrine of consideration between English law and Bangladeshi Law; see also M.P. Chandrika, A Comparative Analysis of U.K. and Indian Provision relating to Intention under Law of Contract, *International Journal of Law and Legal Jurisprudence Studies* Volume 3 Issue 4, 2016 for the differences in the concept of contractual intention under English and Indian law.

³Kevin J. Fandl, Cross-Border Commercial Contracts and Consideration, *Berkeley Journal of International Law* Volume 34 Issue 2, Fall 2016, p. 3.

⁴*ibid.*, p. 5.

adopted by various contracts through specific clauses, such as arbitration or choice of law clause. For this reason, it is important for parties to understand each elements required to create a valid contract, one of which being the parties' contractual intentions.

'Intention' can be defined as "*the state of mind of one who aims to bring about a particular consequence*"⁵ whereby contractual intention herein means the state of mind of the parties aiming to enter into relation and be bound by a contract. In various jurisdictions, contractual intention plays a vital role in determining whether the parties are bound by an agreement⁶ and as such, impacts the stance of validity of contract. Also known as 'intention to create legal relations', contractual intention is more often discussed and examined within the common law legal systems. Such 'intention to create legal relations' is required in several common law jurisdictions such as under the English and American legal systems, but other common law jurisdictions such as *inter alia*, India, does not impose such requirement.⁷ Taking the specific example of English law, intention becomes part of the requirements of validity of contract by virtue of the doctrine of consideration or the use of a deed.⁸

In contrast, the role of contractual intention under Indonesian law also has vital importance since it is related to the first requirement of validity of contract under Article 1320 of the Indonesian Civil Code,⁹ where the parties must express their consent to be bound by the agreement (*de toestemming van degenen die zich verbinden*).¹⁰ In general, disputes regarding contract law usually revolve around the issue of validity of contract, and more often the emphasis is directed towards consent of the parties. The principle of consent is very important in contract law, especially with regard to the formation of contract as it is considered to be an absolute requirement in every contract that provides legal certainty for the parties

⁵Elizabeth A. Martin, *Oxford Dictionary of Law*, Fifth Edition, Oxford, 2003, p. 257.

⁶Bhawna Gulati, "Intention to Create Legal Relations': A Contractual Necessity or an Illusory Concept", *Beijing Law Review* Volume 2 Number 3, 2011, p. 127.

⁷*Ibid.*

⁸John Cartwright, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Third Edition, Oxford, 2016, p. 155.

⁹Fani Martiawan Kumara Putra, "Paksaan Ekonomi dan Penyalahgunaan Keadaan Sebagai Bentuk Cacat Kehendak dalam Perkembangan Hukum Kontrak", *Yuridika* Volume 30 Number 2, May 2015, p. 233.

¹⁰Muhammad Syaifuddin, *Hukum Kontrak: Memahami Kontrak dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, dan Praktik Hukum (Seri Pengayaan Hukum Perikatan)*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2012, p. 110.

involved.¹¹ The principle of consent has been elaborated pretty thoroughly in many countries, including in the New Civil Code of The Netherlands, as well as in various universal model laws on contract such as the Principles of International Commercial Contracts¹² and the Principles of European Contract Law¹³, also in international conventions such as the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)¹⁴. Additionally, the Draft Common Frame of Reference even goes further by stating that consensus (agreement) followed by the intention to conclude a contract would suffice in establishing a contract, without needing any other elements.¹⁵

Consequently, further assessment on how contractual intention actually impacts the validity of contract especially in relation to the requirement of consent may be beneficial, since the Indonesian Civil Code has yet to set out an express provision with regard to the matter in question.

A real manifestation of intention includes consent of the parties upon signing the contract. Lack of intention or mistake in the intention, *ergo* false consent, may cause a contract to be nullified under common law by virtue of the doctrine of mistake¹⁶, whereas in comparison, Indonesian law regards this as a subjective requirement of validity of contract under Article 1320 of the Indonesian Civil Code, and hence, does not automatically nullify a contract.

Research Questions

This paper seeks to provide answers and comparative analysis with regard to the significance of contractual intention within the sphere of English and Indonesian contract law, and as such, is based on the following research questions; how do English and Indonesian law assess contractual intention of the parties and

¹¹Y. Sogar Simamora, *Hukum Kontrak: Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, LaksBang Pressindo, Surabaya, 2017, p. 173.

¹²See Article 2.1 - 2.13 of the Principles of International Commercial Contracts on Formation.

¹³See Article 2.101- 2.211 of the Principles of European Contract Law.

¹⁴See Article 14-24 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

¹⁵Agne Tikniute and Asta Dambrauskite, "Understanding Contract Under the Law of Lithuania and Other European Countries", *Jurisprudence* Volume 18 Issue 4, 2011, p. 1402.

¹⁶For further information, see for example E. Sabbath, "Effects of Mistake in Contracts: A Study in Comparative Law", *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 13 Issue 3, 1964.

to what extent does contractual intention affect validity of contract under English and Indonesian law?

Research Objectives

This paper aims to analyze the concept of contractual intentions within the framework of both English and Indonesian legal systems, as well as to analyze further the stance of such concept in relation to providing a better understanding and more thorough knowledge about how contractual intentions can be regarded differently in the two legal systems. Further, analysis is also conducted on how the two legal systems assess contractual intention of the parties – as it is not always manifested or visible, and also whether it affects the validity of contract under each corresponding legal systems.

Research Method

Research is a process that seeks to define, describe and explain a topic and how it has come to be distinct from other similar phenomena.¹⁷ The research is conducted by way of a normative legal research method, which typically includes the study of law principles, systematic study of law, research on the level of synchronization of law, research of legal history as well as comparative law research.¹⁸

The normative legal research carried out for this paper utilizes both primary and secondary legal sources, where the primary legal sources include Indonesian domestic laws and regulations as well as relevant case laws from the respective jurisdictions and the secondary legal sources refer to relevant law books, law journals, legal dictionaries and case commentaries. The source of case laws will include relevant jurisdictions such as Indonesia, The Netherlands, United Kingdom and where applicable, other common law countries.

Further, the comparative approach employed for this paper is based on English and Indonesian law. Comparative approach is defined as a research to

¹⁷Michael Salter and Julie Mason, *Writing Law Dissertations: An Introduction and Guide to the Conduct of Legal Research*, Pearson Education Limited, Dorset, 2007, p. 6.

¹⁸Theresia Anita Christiani, Normative and Empirical Research Methods: Their Usefulness and Relevance in the Study of Law as an Object, *Procedia – Social and Behavioral Sciences* 219, 2016, p. 202.

compare the laws of a certain country with the laws of another country.¹⁹ The comparative approach herein will focus on the analytical method²⁰ which enables explanation on the differences and commonalities between these two legal systems to a similar concept of 'contractual intention. While Indonesian law is chosen as a representative of civil law system, English law represents that of common law. Last but not least, research result will be analyzed using a qualitative method to provide answers to the aforesaid research questions.

Result and Discussion

Indonesian legal system adopts the Roman Germanic civil law system. One of the most fundamental characteristics of civil law system is that in applying and interpreting the law, the judges in the court will refer mainly to a code, or a statute in relation to the facts of the case.²¹ Contracts in Indonesia are mainly governed by Book III of the Indonesian Civil Code due to the application of the *concordantie* principle that was applied to pass down Dutch prevailing laws and regulations at the time of Indonesian independence. To some extent, Indonesian contract law is also governed by the local Adat law especially when it involves transaction amongst people of a certain indigenous population in a local setting.²²

English law certainly adopts the Anglo-American common law system,²³ by which it has spread to many other legal systems around the world particularly due to the application of the same rules towards the British colonies in the past. In the common law system, the principal source of law originates from the case-law of the common law courts and the courts of equity, and as such it functions very differently from Indonesian law which has a single coherent set of legal principles to be referred to to answer certain legal questions. However in terms of contract, English contract law follows similar reasonings of placing contract law within the

¹⁹Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Revised Edition, Penerbit Kencana, Jakarta, 2016, p. 173.

²⁰Mark van Hoecke, Methodology of Legal Research, *Law and Method* No. 12, 2015, p. 13-14.

²¹Caslav Pejovic, "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal", *Victoria University of Wellington Law Review*, Volume 32, 2001, p. 819.

²²Suharnoko, "Contract Law in a Comparative Perspective", *Indonesia Law Review*, Year 2 Volume 2, May – August 2012, p. 117.

²³Ernu Widodo, "Relevansi Sistem Civil Law dan Common Law dalam Peraturan Hukum Perjanjian Baku di Indonesia", *De Jure Jurnal Syariah dan Hukum* Volume 2 Number 2, December 2010, p.122.

law of obligations although without clear distinction between the law of contract and law of tort, as an example.²⁴

Taking into account the differences as such, the research result will be presented in four subchapters, discussing the topics of 'Choice of Tests', 'Contractual Intention under English Law', 'Contractual Intention under Indonesian Law', and 'Impact of Contractual Intention towards Validity of Contract'.

Choice of Tests

Legal scholars commonly use the 'subjective' and 'objective' test to assess the merits of various matters, including those of contractual disputes.²⁵ The objective test examines the parties' intentions by their declared external manifestation,²⁶ basing it on the judgment of a reasonable person of whether or not the agreement is intended to be legally binding and as such the determination is made based on sole analysis on the external evidence.²⁷ In the case of *Smith v Hughes*, Blackburn J set out the following test to ascertain the intentions of the parties:

" if one parties intends to make a contract on one set of terms, and the other intends to make a contract on another set of terms, or, as it is sometimes expressed, if the parties are not ad idem, there is no contract, unless the circumstances are such as to preclude one of the parties from denying that he has agreed to the terms of the other . . . If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms."²⁸

On this account, the point of view of such 'reasonable man' remains to be an important standard in viewing the parties intention by way of an objective test. The 'reasonable person' standard was further elaborated by Lord Denning in *Merritt v. Merritt*²⁹ which states that "the court does not try to discover the intention by looking into the minds of the parties. It looks at the situation in which they were

²⁴Cartwright, *Op. Cit.*, p. 52.

²⁵Subjective and objective tests are also used to assess intention in torts, criminal law and for sentencing purposes, see R. George Wright, "Objective and Subjective Tests in the Law," *University of New Hampshire Law Review* Volume 16 Number 1, 2017, p. 121 – 146.

²⁶Cartwright, *Op. Cit.*, p. 96.

²⁷Wayne Barnes, "The French Subjective Theory of Contract: Separating Rhetoric from Reality," *Tulane Law Review* Volume 83, 2008, p. 359.

²⁸*Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597, 607.

²⁹*Merritt v Merritt* (1970) EWCA Civ 6, 1 WLR 1211.

placed and asks itself: Would reasonable people regard this agreement as intended to be legally binding?" . The subjective test on the other hand refers to the personal, genuine intent of the parties, and the state of mind of the parties of the agreement by disregarding any external manifestation thereof. France is known to be partial towards the subjective theory, adopting a very uncommon position compared to the rest of the world.³⁰ One logical reasoning behind preferring a subjective test is explained by James LJ in *Tamplin v James*, stating that "It is true that it is very difficult to prove what the state of a man's mind at a particular time is, but if it can be ascertained it is as much a fact as anything else."³¹

By relying on the subjective test in determining the formation of a contract, the assessment would focus on whether the parties genuinely intend to enter into the agreement. As such, a party would only be bound by the contract in which they genuinely intended to enter into, whereby they will easily be able to escape from their contractual responsibility by invoking a state of misunderstanding. In the framework of contractual and commercial disputes, the courts in common law jurisdictions tend to focus on assessing the matters rather objectively, as it is considered to be more independent, public, and reasonable.³²

The seemingly different tests can never be pure in nature (in the sense that it completely excludes the other in the process), and yet there exists no single definition of subjective and objective theory, since countries select different viewpoints in the different stages of the contract.³³ All in all, the results of the two are often similar however it puts emphasis on whether the inner psychological elements or the exteriorized indications need to be evaluated first.

Contractual Intention under English Law

English law requires two fundamental elements in determining whether a contract is valid and legally enforceable, namely consideration or the use of a deed, in addition to requiring consideration to avoid the occurrence of a gratuitous

³⁰Barnes, *Op. Cit.*, p. 360.

³¹*Tamplin v James* (1880) 15 ChD 215, 221 as cited in Cartwright, *Op. Cit.*, p. 97.

³²R. George Wright, "Objective and Subjective Tests in the Law," *University of New Hampshire Law Review* Volume 16 Number 1, 2017, p. 125.

³³Joseph M. Perillo, "The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation," *Fordham Law Review* Volume 69 Issue 2, 2000, p. 429 – 431.

promise. A party who only intends without creating a deed or giving consideration as a manifestation of his promise, is not legally bound by the agreement,³⁴ although this is not applicable in specific regimes such as regarding domestic commitments since it is not regulated under the auspices of contract law.³⁵

As Lush J expressed in *Currie v Misa*, “[. . .] consideration may consist of either in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other”³⁶. Similar definition was also stated by Lord Dunedin in *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* as “[a]n act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable.”³⁷

Further, three conditions must be fulfilled in order for a consideration to be considered acceptable under English Law. The first rule enunciates that the consideration must be sufficient, although it does not need to be adequate, as stated in the case judgments of *inter alia Thomas v Thomas*³⁸ and *Chappell & Co. Ltd. v Nestle Co. Ltd.*³⁹. The meaning of the phrase ‘sufficient’ refers to the notion that value of consideration is allowed to not be economically adequate. Consideration can only be given after the agreement has been concluded, as adopted in the case of *Roscorla v. Thomas*.⁴⁰ Lastly, the consideration must move from the promisee, and this can be enforced by third parties outside of the contract although it does not necessarily be given to the promisor.⁴¹

Where consideration is absent, promises can only be made binding if contained in a deed since otherwise it would be considered as an unsatisfactory gratuitous promise. Altruistic motives do not fall within the ambit of consideration under common law, and as such, altruistic promises like promises to give a gift

³⁴Cartwright, *Op. Cit.*, p. 155-156.

³⁵Prince Saprai, “Balfour v Balfour and the separation of contract and promise,” *Legal Studies* Volume 37 Issue 3, September 2017, p. 474.

³⁶*Currie v Misa* (1875) LR 10 Ex 153; (1875-76) LR 1 App Cas 554 as explained in Syed Robayet Ferdous, Consideration of Contract in English Law & Law of Bangladesh: A Comparative Study, *Asian Affairs* Volume 31 No. 1, 2009, p. 21-22.

³⁷*Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] AC 847 at 855.

³⁸*Thomas v Thomas* (1842) 2 QB 851; 114 ER 330

³⁹*Chappell & Co. Ltd. v Nestle Co. Ltd.* (1960) AC 87.

⁴⁰*Roscorla v Thomas* (1842) 3 QB 234; 114 ER 496.

⁴¹Syed Robayet Ferdous, “Consideration of Contract in English Law & Law of Bangladesh: A Comparative Study,” *Asian Affairs* Volume 31 Number 1, 2009, p. 20.

must be further legalized through a deed.⁴² Further, a deed needs to be 'sealed'⁴³ or signed by the party with the attestation of a witness in order for it to be enforceable. In spite of this, English courts also occasionally hold promises enforceable if the parties' intention to be bound is evident even if the element of consideration is still questionable in nature. Some opinions even adopt further stance by stating that an agreement does not constitute as a binding contract if it is made without any intention to create legal relation.⁴⁴ However, the currently prevailing central points of contract under English law favour reliance and certainty, and as such, intention is often objectively judged from the existence of consideration as a real form of exchange between the parties.⁴⁵

A question then arises: how does English law assess the parties' contractual intention? As a rule, English courts view that the intentions of the parties should generally be interpreted objectively and this includes both in interpreting an already concluded written contract, as well as construing the communications of parties upon negotiation of contract related to the offer and acceptance therein.⁴⁶ However, such contractual intention is only regarded as complementary in nature,⁴⁷ and as such, does not automatically render the agreement to be void.

Contractual Intention Under Indonesian Law

The Indonesian Civil Code states the following conditions that must be fulfilled in order to make a valid agreement: consent of the individuals who are bound thereby; capacity to enter into a legal relation; specific subject matter; and a permitted cause.⁴⁸ Such consent cannot be accepted if it is based on a mistake or obtained by way of duress or fraud.⁴⁹ Intention hence can be concluded to be part

⁴²Dena Valente, *Enforcing Promises: Consideration and Intention in the Law of Contract, Dissertation*, Bachelor of Laws (Honours) of University of Otago, Otago, 2010, p. 16. See also: Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 76-78.

⁴³Historically, a deed must be sealed with the formal wax seal without having to be signed. The seal was used to indicate the party's consent in making the deed. However, Section 1 of the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 and Companies Act 2006 have provided modern option of using signature instead of having to have the deed sealed.

⁴⁴Sir Guenter Treitel, *The Law of Contract*, Tenth Edition, Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 149.

⁴⁵Eva Steiner, *French Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 227.

⁴⁶Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 253.

⁴⁷Cartwright, *Op. Cit.*, p. 156.

⁴⁸Article 1320 of the Indonesian Civil Code.

⁴⁹Article 1321 of the Indonesian Civil Code.

of the first requirement as it is based on the notion of “meeting of minds”, which means that the parties must have the same level of understanding with regard to the terms regulated under the contract before having the grounds to intend to be bound by the contract.

Intention does not always have to be explicitly stated in the contract, but can also be inferred from the parties’ actions or other corroborating factors that divulge such intention. The term ‘consent’ is not defined specifically in the Indonesian Civil Code, but Herlien Budiono defines consent as not only a ‘consent’ to be bound, but also a ‘consent’ to receive performance (*prestasi*)⁵⁰. Consent, which serves as the manifestation of the intention of the parties, involves two important elements namely offer and acceptance. The concept of offer and acceptance under English and Indonesian laws are inherently similar.⁵¹ It recognizes the offer (*aanbod*) as the *essensialia* element of the agreement⁵² whereby the intention of the offeror is automatically indicated therein.⁵³

Further, legal scholars in Indonesia as well as in the Netherlands have formulated three theories which can be used to analyze contractual bound based on contractual intention or statement.⁵⁴ These theories are known as will theory (*wilsleer; wilstheorie*), statement theory (*verklaringsleer; verklaringstheorie*), and trust theory (*vertrouwensleer; vertrouwenstheorie*).⁵⁵

In *wilstheorie*, contractual relation will only be established based on and only to the extent of the statement which corresponds with the intention. Consequently, any statement that does not coincide with the party’s wish will not be considered binding.⁵⁶ The *verklaringstheorie* holds that a party is bound by their statement,

⁵⁰Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2009, p. 73.

⁵¹Ricardo Simanjuntak, *Hukum Kontrak: Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, KontanPublishing, Jakarta, 2011, p. 151. See also Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Penerbit Kencana, Jakarta, 2013, p. 162-172.

⁵²Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, p. 162.

⁵³Ricardo Simanjuntak, *Op. Cit.*, p.153.

⁵⁴There are also other theories regarding formation of contract that do not concern intention, namely the statement theory (*uitingstheorie*), sending theory (*verzendingstheorie*), the knowledge theory (*vernemingstheorie*), and the acceptance theory (*ontvangstheorie*).

⁵⁵Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, p. 165-166.

⁵⁶Irawan Soerodjo, The Development of Indonesian Civil Law, *Scientific Research Journal*, Volume IV Issue IX, September 2016, p. 32.

regardless of whether or not such statement corresponds with their genuine intention.⁵⁷

The *vertrouwenstheorie* holds that the party's statement which is objectively trustworthy, that such statement is resulted from the party's own intention. The *vertrouwenstheorie* is considered to be derived from the *verklaringstheorie*, although taking a softer and more gentle rationale.⁵⁸ Having these three theories in place, more thorough analysis needs to be conducted in order to find out the position that Indonesian law currently adopts since there are contradictory provisions in the Indonesian Civil Code with regard to the utilization of the aforesaid theories in the interpretation of contract.⁵⁹

The position of objectivity adopted in the Indonesian legal system with regard to holding the party's intention have been confirmed by various legal scholars. Elly Erawati and Herlien Budiono stated that "a legal action requires an intention to be directed towards creating certain legal consequences as manifested in a statement." This notion is elaborated further in the following explanation:

"Even if the parties did not read or know the content of a deed, either partially or as a whole, they have consciously intended to be "bound" by the content of the deed which applies to themselves. [. . .] Almost all standard agreements are signed without the parties knowing or reading the (exact) content written within. However, the fact that the agreement has been signed creates ground for trust or belief that the signee really knows and intends what has been stated by virtue of signing the agreement."⁶⁰

The Dutch law's position in this regard may also be relevant for discussion since the current legal regime is based on the Dutch colonial laws and regulations. In the 1981 judgment of *Ermes v. Haviltex*, the Netherlands *Hoge Raad* gave the following conclusion:

"The question of how the relationship between parties is regulated in a written agreement and whether this contract leaves a gap that needs to be completed, cannot be answered on the basis of just a purely linguistic interpretation of the

⁵⁷Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, p. 166.

⁵⁸Elly Erawati and Herlien Budiono, *Penjelasan Hukum tentang Kebatalan Perjanjian*, PT. Gramedia, Jakarta, 2010, p. 68.

⁵⁹For example, Article 1343 of the Civil Code tends to lean towards the subjective interpretation by analyzing the intent of the parties involved, whereas Article 1342 is more inclined towards an objective interpretation based on the clarity of the wording.

⁶⁰*Ibid.*, p. 70.

provisions of that particular contract. In order to answer that question, the determining factor has to be the meaning that the parties, under the specific circumstances, reasonably could have attributed to the provisions in that contract as well as the reasonable expectations that they could derive from one another as a result. In determining such context additional factors may be of influence, such as to what social classes the parties come from and what legal knowledge can be expected of them.”⁶¹

This is known as the Haviltex standard, and thus it can be concluded that the Dutch legal system adopts what is known as the “subjective-objective” standard. Nieuwenhuis also confirms this proposition by stating that the Dutch legal system adopts “*de dubbele grondslag*” theory⁶², and this is incorporated into Article 3:33 and 3:35 of the New Netherlands Civil Code (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*). In contrast, the drafters of the Old Netherlands Civil Code viewed that contractual intention should be disregarded in the case where clear and comprehensive words are already exhibited in the contract.⁶³ This remains to prevail in Article 1342 of the Indonesian Civil Code, which prohibits deviation by way of interpretation once the statement is clear. In other words, further interpretation concerning the parties intention may only be conducted if the statement is not clear.

Impact of Contractual Intention Towards Validity of Contract

The Indonesian Civil Code has clearly stated that the consent given by parties will not be valid if it is based on a mistake (*kekhilafan* or *dwaling*).⁶⁴ Mismatch of intention, or in another word a mistake, takes on different forms that can be categorized further into situations which involve misunderstanding of statement, and conditions where the statement is clear (without possibility for misunderstanding) but uttered without genuine intention.

In general, statements that are unclear or misunderstood will not result in the formation of a contract, since there are no consensus formed between the parties. However, if the misunderstanding is resulted from the parties’ incautious or

⁶¹*Ermes c.s. v. Haviltex* (HR 13 March 1981, NJ 1981, 635) as explained in Oguz Kirman, (re)Defining the Entire Agreement Clause, *Thesis*, Research Master in Law & Dutch Private Law of Tilburg University, Tilburg, 2016, p. 50.

⁶²As explained in Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, p.166.

⁶³C. Asser-A.S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht, Algemene Leer der Overeenkomsten, Tiende Druk*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1997, p. 286 as cited in Muhammad Syaifuddin, *Op. Cit.*, p. 327. See also Article 1342 of the Indonesian Civil Code.

⁶⁴Article 1321 of the Indonesian Civil Code.

reckless action when expressing the statement, provisions on the annullability of contract based on mistake will prevail,⁶⁵ whereby this misunderstanding may also be resolved by methods of interpreting an agreement as regulated under the Indonesian Civil Code.⁶⁶

The second category is more complicated, because the difficulty lies on finding out the uncommunicated true intention of the parties. For instance, a statement may be expressed by a party, although the internal state of mind of the aforesaid party does not want to accept the consequences resulted from such statement. In this case, based on the trust theory, an agreement has been formed as the other party has reasonably relied on the statement. Another example of uncommunicated intention would be witty remarks. Jokes can fall under the ambit of *reservatio mentalis*, but further analysis needs to be carried out towards whether the other party has carried out an “acceptance” in a serious and reasonable manner.

Additionally, parties may conclude what is known as a mock up agreement, or a simulation agreement, in which neither of them actually intend to create legal relations from the process. In this situation, the first requirement of validity of agreement is consciously avoided by the parties and consequently the agreement does not bind any of the parties in question.

Similarly, it has been argued that a Memorandum of Understanding does not bind the parties because of the lack of intention to create legal relation. This conception on how the lack of intention to create legal relation should invalidate the binding force of a Memorandum of Understanding was once brought up in the case of *PT. Jaya Makmur Bersama v PT. Pengembang Pariwisata Bali*. The matter was decided by the District Court of Denpasar, and was later brought to cassation and judicial review. However, the Memorandum of Understanding was held to constitute as a valid agreement under Article 1338 of the Indonesian Civil Code, and consequently is still binding towards the parties. Ergo, the fact that the intention had yet to exist was considered to be insignificant in assessing the validity of the agreement itself.⁶⁷

⁶⁵Elly Erawati and Herlien Budiono, *Op. Cit.*, p. 71.

⁶⁶See Articles 1342 – 1351 of the Indonesian Civil Code.

⁶⁷Supreme Court of Indonesia Decision Number 1788 K/Pdt/2014 and Number 472 PK/Pdt/2017.

Nevertheless, the mistake will only render an agreement invalid if the mistake is regarding the subject matter of the agreement.⁶⁸ As a conclusion, since the mistake concerns the first requirement of an agreement under Art. 1320 of the Indonesian Civil Code, the agreement will then be nullable.⁶⁹ Effectuality will remain if neither of the parties submit a request for annulment. If the contract is annulled based on this ground, a restitution will be conducted to return the parties' conditions to their original state prior to the conclusion of the contract.⁷⁰

Comparable to the Indonesian legal regime, validity of a contract may be impaired under English law by virtue of a mistake.⁷¹ English law further distincts two categories of vitiated contracts, namely a 'void' contract and a 'voidable' contract. A 'void' contract is a contract that is void *ab initio*, and discernibly, a contract with an element of a mistake does not fall under this category.

In consequence, a contract with an element of mistake is considered as a 'voidable' contract, by which it was validly formed through a proper offer, acceptance and consideration, however the defect exists in the moment of its formation.⁷² Historically, English courts used to render a contract to be 'voidable' based on the instigation of the disadvantaged party. This has changed over time to become an 'all or nothing' approach, where a common mistake shared by both parties in the agreement will automatically render the agreement to be 'void'.⁷³

Still similar to Indonesian law, a disadvantaged innocent party may submit a request to make the agreement void. However, it is worth to notice that under English law, parties can seek to 'rescind' a contract in the case of a misrepresentation by which they can just carry out the process by giving notice to the representor with regard to their choice of rescinding the contract.⁷⁴ Once a contract is rescinded, it will return to its original state (considered as *ab initio*) and parties must make restitution accordingly. Further, English courts do recognize the existence of the 'intention to create legal relations' doctrine, however keeping their

⁶⁸Article 1322 of the Indonesian Civil Code.

⁶⁹Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT. Intermasa, Jakarta, 2005, p. 135.

⁷⁰Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*, Raja Grafindo Persada, Yogyakarta, 2007, p. 78.

⁷¹Cartwright, *Op. Cit.*, p. 159.

⁷²*Ibid.*, p. 161.

⁷³David Capper, "Common Mistake in Contract Law," *Singapore Journal of Legal Studies*, December 2009, p. 458.

⁷⁴Cartwright, *Op. Cit.*, p. 179.

stance that the role of intention is merely subsidiary.⁷⁵ This means that as long as the parties intentions have passed the objective test, their true intentions will be irrelevant and the contract will be kept.

Consequently, adjudication of domestic courts are especially risky when the process involves two different legal systems from different legal jurisdictions. Parties can of course pursue other means of dispute resolution, such as through international arbitration or through mediation, but a uniform law for international sales is still of great importance.

Application of a Uniform Law for International Sales

Cross-border businesses require legal certainty and predictability in order to thrive, especially when it comes to undergoing dispute resolution processes. One of the key element of having a dispute resolution outcome that is acceptable for both parties lies in the applicable law. As a result, it is now a common practice to use a uniform regime in a cross border contract, such as the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (hereinafter referred as 'CISG'), binding 89 parties to the Convention.⁷⁶ European Union has tried to conduct similar approach through launching the proposal for a Common European Sales Law (hereinafter referred as 'CESL') in 11 October 2011,⁷⁷ though it is still in the process of being drafted and has yet to be finalized.

With regard to contractual intention, CISG provides that "A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance,"⁷⁸ whereby the indication of intention must reach the addressee "when it is made orally to him or delivered by any other means to him personally, to his place of business or mailing address or, if he does not have a place of business or mailing address, to his habitual residence."⁷⁹

⁷⁵*Ibid.*, p. 156.

⁷⁶Data per 7 November 2018, accessed in http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html on 7 November 2018.

⁷⁷Ruben de Graaff, Yvo Rampersad, Pieter de Tavernier and Jeroen van der Weide, "From Here to Eternity: The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL)", *European Review of Private Law*, Issue 4 Volume 21, 2013, p. 1145.

⁷⁸Article 14 (1) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods.

⁷⁹Article 24 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods.

As such, it can be seen that even contractual intention is regarded to be very important under the CISG, making the contract to be non-existent due to the absence of offer if the intention to be bound has not reached the addressee. The intention of the offeror becomes a subjective criterion under the CISG, as such the offeror must show readiness to be bound in the anticipation of an acceptance. The intention therein forms as one of the requirements for creation of an offer, aside for sufficient definiteness of a proposal.⁸⁰

The issue of “intention to be bound” under the CISG was also the central point of the *Hanwha Corporation V. Cedar Petrochemicals, Inc.*⁸¹ case, where the parties come from two different jurisdictions with two different legal systems: Hanwha Corporation is a Korean company which is ruled by a Civil Law system, meanwhile Cedar Petrochemicals is from the United States which adopts Common Law system. In this case, it was construed by the Court of New York that “subjective intent of the parties, when properly applicable, takes priority over other tools of interpretation”⁸² meaning that intention of the parties still stay on top of the hierarchy.

The court found that there had not been an effective offer under the CISG because the intention to be bound was not being revealed when the bidding process was conducted. The court found that no final agreement was reached, and that no intention could be observed from the parties’ exchange in terms of the business behaviour.

Conclusion

English and Indonesian law employ different methods to assess contractual intention of the parties, especially with regard to interpreting unclear contracts in the event of a dispute. English courts assess the intention of the parties through the eyes of objectivity, while viewing intention as supplementary in nature as long as the three main requirements of contract are fulfilled: offer, acceptance and to some

⁸⁰Belkis Vural, “Formation of Contract According to the CISG”, *Ankara Bar Review*, Volume 1, 2013, p. 130-131.

⁸¹*Hanwha Corporation V. Cedar Petrochemicals, Inc.* 2011 WL 165404 (S.D.N.Y.)

⁸²Clayton P. Gillette, *Subjective Intent in American Contract Law and the CISG*, accessed in <https://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/02/subjective-intent-in-american-contract-law-and-the-cisg/> on 5 November 2018.

extent, consideration. Indonesian law appears to examine contracts by way of a subjective-objective standard, though intention of the parties form part of the first requirement of contract under Article 1320 of the Indonesian Civil Code, namely consent. As long as consent is proven to exist, genuine intention of the parties may be put aside in deciding a contractual dispute.

Mismatched contractual intentions, or the absence of meeting of minds, render the contracts to be 'voidable' under both legal systems. Indonesian law recognizes the doctrine of mistake and providing methods to interpret a contract in the case of misunderstanding under the Indonesian Civil Code. English law seems to put a harsher stance on revoking a contract, especially when there is a common mistake between the contracting parties which will render the contract to be void. In this situation, parties are obliged to carry out restitution to return to the pre-contractual conditions. The position of contractual intention becomes significantly higher when referring to the CISG rules as a viable international convention option for the parties.

Taking into account the differences in the two legal systems, drafters should be more thorough and cautious in drafting the exact provision in the contract in order to avoid unintended mistake that may provide room for the other party to avoid carrying out their contractual obligation.

Bibliography

Books

- Beatson, Jack, Burrows, Andrew and Cartwright, John, *Anson's Law of Contract*, 29th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Budiono, Herlien, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2009.
- Cartwright, John, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Third Edition, Oxford, 2016.
- Erawati, Elly Erawati and Budiono, Herlien, *Penjelasan Hukum tentang Kebatalan Perjanjian*, PT. Gramedia, Jakarta, 2010.
- Hernoko, Agus Yudha, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Penerbit Kencana, Jakarta, 2013.
- Martin, Elizabeth A., *Oxford Dictionary of Law*, Fifth Edition, Oxford, 2003.

- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Revised Edition, Penerbit Kencana, Jakarta, 2016.
- Miru, Ahmadi, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*, Raja Grafindo Persada, Yogyakarta, 2007.
- Salter, Michael and Mason, Julie, *Writing Law Dissertations: An Introduction and Guide to the Conduct of Legal Research*, Pearson Education Limited, Dorset, 2007.
- Simamora, Y. Sogar, *Hukum Kontrak: Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, LaksBang Pressindo, Surabaya, 2017.
- Simanjuntak, Ricardo, *Hukum Kontrak: Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, KontanPublishing, Jakarta, 2011.
- Steiner, Eva, *French Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT. Intermasa, Jakarta, 2005.
- Syaifuddin, Muhammad, *Hukum Kontrak: Memahami Kontrak dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, dan Praktik Hukum (Seri Pengayaan Hukum Perikatan)*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2012.
- Treitel, Sir Guenter, *The Law of Contract*, Tenth Edition, Sweet & Maxwell, London, 1999.

Internet

- Clayton P. Gillette "Subjective Intent in American Contract Law and the CISG", accessed in <https://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/02/subjective-intent-in-american-contract-law-and-the-cisg/> on 5 November 2018.

Journals

- Barnes, Wayne, "The French Subjective Theory of Contract: Separating Rhetoric from Reality," *Tulane Law Review* Vol. 83, 2008
- Calleros, Charles, "Cause, Consideration, Promissory Estoppel, and Promises Under Deed: What our Students Should Know about Enforcement of Promises in A Historical and International Context," *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law* Volume 13, (2012)
- Capper, David, "Common Mistake in Contract Law," *Singapore Journal of Legal Studies*, December 2009.
- Chandrika, M.P., "A Comparative Analysis of U.K. and Indian Provision relating to Intention under Law of Contract," *International Journal of Law and Legal Jurisprudence Studies* Vol. 3 Issue 4, 2016.
- Christiani, Theresia Anita, "Normative and Empirical Research Methods: Their Usefulness and Relevance in the Study of Law as an Object," *Procedia – Social and Behavioral Sciences* 219, 2016.

- de Graaff, Ruben, Rampersad, Yvo, *et. al.*, "From Here to Eternity: The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL)", *European Review of Private Law*, Issue 4 Volume 21, 2013.
- Fandl, Kevin J., "Cross-Border Commercial Contracts and Consideration," *Berkeley Journal of International Law* Vol. 34 Issue 2, Fall 2016.
- Ferdous, Syed Robayet, "Consideration of Contract in English Law & Law of Bangladesh: A Comparative Study," *Asian Affairs* Vol. 31 No. 1, 2009.
- Gulati, Bhawna, "'Intention to Create Legal Relations': A Contractual Necessity or an Illusory Concept", *Beijing Law Review* Vol. 2 No. 3, 2011.
- Pejovic, Caslav, "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal", *Victoria University of Wellington Law Review*, Volume 32, 2001.
- Perillo, Joseph M., "The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation," *Fordham Law Review* Volume 69 Issue 2, 2000.
- Putra, Fani Martiawan Kumara, "Paksaan Ekonomi dan Penyalahgunaan Keadaan Sebagai Bentuk Cacat Kehendak dalam Perkembangan Hukum Kontrak", *Yuridika* Vol. 30 No. 2, May 2015.
- Saprai, Prince, "Balfour v Balfour and the separation of contract and promise," *Legal Studies* Volume 37 Issue 3, September 2017.
- Soerodjo, Irawan, "The Development of Indonesian Civil Law," *Scientific Research Journal*, Volume IV Issue IX, September 2016.
- Suharnoko, "Contract Law in a Comparative Perspective", *Indonesia Law Review*, Year 2 Volume 2, May – August 2012.
- Tikniute, Agne and Dambrauskite, Asta, "Understanding Contract Under the Law of Lithuania and Other European Countries", *Jurisprudence* Vol. 18 Issue 4, 2011.
- Van Hoecke, Mark, "Methodology of Legal Research," *Law and Method* No. 12, 2015.
- Vural, Belkis, "Formation of Contract According to the CISG", *Ankara Bar Review*, Volume 1, 2013.
- Widodo, Ernu, "Relevansi Sistem Civil Law dan Common Law dalam Peraturan Hukum Perjanjian Baku di Indonesia", *De Jure Jurnal Syariah dan Hukum* Volume 2 Number 2, December 2010.
- Wright, R. George, "Objective and Subjective Tests in the Law," *University of New Hampshire Law Review* Volume 16 Number 1, 2017.

Case Decisions

United Kingdom

Ermes c.s. v. Haviltex (HR 13 March 1981, NJ 1981, 635)

Thomas v Thomas (1842) 2 QB 851; 114 ER 330

Chappell & Co. Ltd. v Nestle Co. Ltd. (1960) AC 87.

Roscorla v Thomas (1842) 3 QB 234; 114 ER 496

Currie v Misa (1875) LR 10 Ex 153; (1875-76) LR 1 App Cas 554

Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd [1915] AC 847

Merritt v Merritt (1970) EWCA Civ 6, 1 WLR 1211.

Smith v Hughes (1871) LR 6 QB 597, 607

United States

Hanwha Corporation V. Cedar Petrochemicals, Inc. 2011 WL 165404 (S.D.N.Y.)

Indonesia

Supreme Court of Indonesia Decision Number 1788 K/Pdt/2014 and Number 472 PK/Pdt/2017.

Thesis and Dissertation

Kirman, Oguz, (re)Defining the Entire Agreement Clause, *Thesis*, Research Master in Law & Dutch Private Law of Tilburg University, Tilburg, 2016.

Valente, Dena, Enforcing Promises: Consideration and Intention in the Law of Contract, *Dissertation*, Bachelor of Laws (Honours) of University of Otago, Otago, 2010.



Penafsiran Hukum tentang “Partisipasi Langsung dalam Permusuhan” dalam Kasus-kasus Kejahatan Perang

Arlina Permanasari
Fakultas Hukum Universitas Trisakti
Jln. Jl. Kyai Tapa No. 1, Grogol, Jakarta Barat 11440
arlina.p@trisakti.ac.id

Received: 15 Oktober 2018; *Accepted:* 16 Nopember 2018; *Published:* 17 Januari 2019
DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art5

Abstract

The term "Direct Participation in Hostilities" is a term contained in the 1949 Geneva Conventions and Additional Protocols of 1977, which gave rise to various legal interpretations. The two international agreements do not provide a definition or further explanation. The problem that arises from this obscurity of interpretation is how judges conduct an analysis of whether someone can be considered as participating in an act of hostility in an armed conflict in war crimes. This research is normative with an analytical descriptive approach towards primary and secondary legal materials obtained from literature studies and analyzed qualitatively based on international humanitarian law. This research aims to identify the interpretation used in the final verdicts of international court on "direct participation in hostilities." The results show that in overcoming the lack of understanding of the term, the ICRC issues an "Interpretive Guidance" that is not legally binding. Although it creates controversy and is not a legal document, the approach adopted in the "interpretive guidance" turns out to have been used as a discussion material making verdicts, but has not been fully used by the judge as a binding legal basis in war crimes.

Keywords : Humanitarian law; direct participation in hostilities; ICRC interpretive guidance

Abstrak

Istilah “Partisipasi Langsung dalam Permusuhan” merupakan istilah yang terdapat dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol-protokol Tambahan 1977, yang menimbulkan berbagai penafsiran hukum. Kedua perjanjian internasional tersebut tidak memberikan definisi maupun penjelasan lebih lanjut. Masalah yang timbul dari kekaburan penafsiran ini adalah bagaimana hakim melakukan analisis terhadap seseorang dapat dianggap berpartisipasi dalam suatu tindakan permusuhan dalam suatu konflik bersenjata dalam kasus-kasus kejahatan perang. Penelitian ini bersifat normatif dengan pendekatan deskriptif analitis terhadap bahan-bahan hukum primer dan sekunder yang didapatkan dari studi kepustakaan dan dianalisis secara kualitatif berdasarkan hukum humaniter internasional. Penelitian ini bertujuan untuk menemukan bagaimanakah penafsiran yang digunakan dalam putusan-putusan pengadilan internasional tentang “partisipasi langsung dalam permusuhan.” Adapun hasil penelitian menyimpulkan, bahwa dalam mengatasi tidak adanya pemahaman tentang istilah tersebut, ICRC mengeluarkan suatu “pedoman penafsiran” (*Interpretive Guidance*) yang bersifat tidak mengikat secara hukum. Walaupun menimbulkan kontroversi dan bukan merupakan dokumen hukum, pendekatan yang diusung dalam “pedoman penafsiran” ternyata telah digunakan sebagai pembahasan dalam putusan-putusan, namun belum sepenuhnya digunakan oleh hakim sebagai suatu dasar hukum yang mengikat dalam kasus kejahatan perang.

Kata-Kata Kunci : Hukum humaniter; partisipasi langsung dalam permusuhan; pedoman penafsiran ICRC

Pendahuluan

Perubahan paradigma dalam perang modern mengakibatkan terjadinya perubahan para pihak dalam suatu konflik bersenjata yang tidak lagi didominasi oleh pasukan-pasukan reguler dari suatu negara, melainkan juga melibatkan partisipasi orang-orang sipil (*civilianization of armed conflict*),¹ yang sekaligus semakin dipicu dengan perkembangan teknologi dalam perang siber (*cyber warfare*)² dan penggunaan pesawat tanpa awak (*drone*).³ Hal ini mau tidak mau berpengaruh terhadap paradigma hukum humaniter yang sebelumnya sangat bersifat “*combatant-centric*”, menuju kepada pendekatan yang lebih mempertimbangkan keterlibatan orang-orang sipil dalam suatu konflik bersenjata yang sudah terjadi sejak lama.⁴

Pendekatan yang digunakan dalam hukum humaniter, luput untuk mengatur parameter yang harus diterapkan jika orang sipil terlibat dalam suatu konflik bersenjata, kecuali sebagaimana tercantum dalam Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949 yang hanya memberikan perlindungan kepada “orang-orang yang tidak lagi terlibat secara aktif dalam permusuhan.” Sementara Pasal 51 ayat (3) Protokol I menentukan bahwa orang sipil akan kehilangan perlindungan dari suatu serangan langsung “pada saat mereka berpartisipasi secara langsung dalam permusuhan”. Demikian pula Protokol II menentukan bahwa perlindungan diberikan pada orang-orang yang “tidak berpartisipasi secara langsung atau memutuskan untuk tidak lagi berpartisipasi dalam permusuhan”. Dalam praktik, mengingat semakin

¹ Andreas Wenger & Simon J.A. Mason, “The civilianization of armed conflict: trends and implications”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, December 2008, hlm. 835-836; Geoffrey S. Corn, “Bringing Discipline to the Civilianization of the Battlefield: A Proposal for a More Legitimate Approach to Resurrecting Military-Criminal Jurisdiction over Civilian Augmentees”, *University of Miami Law Review*, Vol. 62, 2008, hlm. 491-492; Geoffrey S. Corn, “Unarmed but How Dangerous? Civilian Augmentees, the Law of Armed Conflict, and the Search for a More Effective Test for Permissible Civilian Battlefield Functions”, *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 2, 2008, hlm. 257-258.

² Christopher E. Bailey, “Cyber Civilians as Combatants”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, Vol. 8, Issue 1, 2017, hlm. 4-10; François Delerue, “Civilian Direct Participation in Cyber Hostilities”, Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, No. 19, Octubre 2014.

³ Sarah Kreps & John Kaag “The Use of Unmanned Aerial Vehicles in Contemporary Conflict: A Legal and Ethical Analysis”, *Polity*, Vol. 44, No. 2, April 2012; Chris Jenks, “Law from Above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict”, *North Dakota Law Review*, Vol. 85, 2009; Catherine Lotrionte, “Targeted Killings by Drones: A Domestic and International Legal Framework”, *Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, Issue 1, 2012, hlm. 19-20; Vivek Sehrawat, “Legal Status of Drones under LOAC and International Law”, *Penn State Journal of Law & International Affairs*, Vol. 5, Issue 1, War in the 21st Century and Collected Works, 2017, hlm. 172-174.

⁴ Emily Crawford, “Tracing the Historical and Legal Development of the *Levée en masse* in the Law of Armed Conflict”, *Legal Studies Research Paper*, No. 17 / 10, Sydney Law School, 2017, hlm. 1-2.

banyak orang-orang sipil yang terlibat dalam suatu konflik bersenjata, ketentuan yang tersebut telah menimbulkan banyak penafsiran, karena kedua perjanjian internasional tersebut tidak memberikan penjelasan lebih jauh yang memadai.

Penafsiran tersebut misalnya terlihat dalam putusan Kasus Al Bihani perkara kasasi Pengadilan Amerika Serikat (*US Court of Appeals*) dalam menentukan apakah status hukum Ghaleb Nassar Al-Bihani adalah sebagai orang sipil yang bertindak sebagai juru masak untuk Brigade Arab 55, organisasi gerilyawan elit mujahidin yang dilatih Al-Qaeda, ataukah ia justru dianggap sebagai orang yang berpartisipasi langsung dalam permusuhan.⁵ Demikian pula penafsiran tentang keterlibatan langsung orang-orang sipil dalam permusuhan dapat dilihat dalam kasus Mir Ali, di mana pengadilan Jerman mempertimbangkan afiliasi seseorang pada kelompok-kelompok perlawanan bersenjata sebagai elemen utamanya.⁶ Kedua kasus ini menggunakan penafsiran yang berbeda terhadap frasa “partisipasi langsung dalam permusuhan” sebagaimana tercantum dalam Konvensi Jenewa 1949 maupun protokol-protokol tambahannya.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas, maka akan dibahas bagaimanakah penafsiran yang digunakan dalam putusan-putusan pengadilan internasional tentang “partisipasi langsung dalam permusuhan”, sehingga orang sipil dapat dianggap berpartisipasi dalam suatu tindakan permusuhan dalam suatu konflik bersenjata?

Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian hukum ini adalah untuk mengetahui dan menganalisis pertimbangan-pertimbangan yang digunakan hakim dalam perkara kejahatan perang mengenai penyebab seseorang dapat dianggap melakukan partisipasi langsung dalam permusuhan.

⁵ *Ghaleb Nassar Al-Bihani vs. Barack Obama*, Case No. 09-5051, U.S. Court of Appeals, 5 Januari 2010, hlm. 2-5.

⁶ Kreß, Claus, “Aerial Drone Deployment on 4 October 2010 in Mir Ali / Pakistan” (Targeted Killing in Pakistan Case), Case No. 3 BJs 7/12-4, *Germany Federal Prosecutor General*, 23 July 2013.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian normatif dengan pendekatan deskriptif-analitis, yakni pembahasan terhadap pengertian partisipasi langsung dalam permusuhan tidak saja memaparkan suatu terminologi yang terdapat dalam Konvensi Jenewa 1949 maupun Protokol Tambahan 1977, akan tetapi juga meliputi analisis, interpretasi dan argumentasi yuridis terutama ketika terjadi kekosongan atau kekaburan atas pengertian suatu norma tertentu,⁷

Pembahasan dilakukan terhadap putusan pengadilan sebagai bahan hukum primer, terutama putusan Kasus Al Bihani (Case No. 09-505, US Court of Appeals 2010) serta Kasus "Targeted Killing in Pakistan" atau Kasus "Mir Ali" (Case No. 3 BJs 7/12-4, Germany Federal Prosecutor General, 23 July 2013). Sedangkan bahan hukum sekunder adalah bahan hukum yang mendukung bahan hukum primer berupa makalah, buku-buku yang mendukung topik terkait.

Analisis dilakukan secara kualitatif dengan penalaran logis dan analitis mengenai maksud dan implementasi kaidah dan peraturan hukum dengan melakukan analisis terhadap muatan materi perjanjian internasional maupun putusan pengadilan (*content analysis*). Menurut Visser Hooft, proses penalaran hukum (*legal reasoning*) yakni metode berpikir yuridik untuk mengidentifikasi, hak dan kewajiban yuridik spesifik dari para pihak terkait sangat diperlukan.⁸

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Terminologi "Partisipasi Langsung dalam Permusuhan"

Dalam terminologi "partisipasi langsung dalam permusuhan", terdapat dua frasa penting yakni "partisipasi langsung" (*direct participation*) dan "permusuhan" (*hostilities*). Partisipasi langsung dalam permusuhan merupakan perkembangan dari frasa "tidak berpartisipasi aktif dalam permusuhan" (*taking no active part in hostilities*) yang dipakai dalam Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949. Konvensi Jenewa 1949 maupun Protokol 1977 menggunakan istilah partisipasi aktif (*active*

⁷ I Made Pasek Diantha, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif dalam Justifikasi Teori Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta, 2017, hlm. ????

⁸ Bernard Arief Sidharta, "Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal", dalam Sulistyowati Irianto & Sidharta, *Metode Penelitian Hukum. Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2013, hlm. 143.

participation)⁹ dan partisipasi langsung (*direct participation*)¹⁰. Pasal-pasal tersebut tidak memuat pengertian mengenai istilah “partisipasi aktif” maupun “partisipasi langsung”. Dalam hal ini versi bahasa Inggris sebagai salah satu bahasa resmi Konvensi Jenewa dan Protokol Tambahan tidak konsisten. Hal ini berbeda dengan frasa tersebut dalam bahasa Perancis, yakni “*participent directement*” dan bukan menggunakan ‘*active participation*’ karena istilah yang terakhir tidak dikenal dalam bahasa Perancis. Para ahli menyatakan bahwa pengertian kedua kata tersebut memiliki makna yang sama. Nicole Urban misalnya, menyatakan bahwa kata ‘*active*’ dan ‘*direct*’ adalah sinonim.¹¹ Demikian pula Michael N. Schmitt, Charles Garraway dan Yoram Dinstein berpendapat sama.¹²

Persamaan makna antara “aktif” dan “langsung” kemudian dikuatkan dalam putusan ICTR dalam kasus Akayesu.¹³ Sementara penafsiran sedikit berbeda didapatkan dalam kasus Lubanga dan Katanga yang menafsirkan frasa “*active participation*” secara luas, yakni juga meliputi partisipasi yang dilakukan secara “*direct*” maupun “*indirect*”. Penafsiran dalam kasus ini secara implisit diikuti kembali dalam kasus Bosco Ntaganda yang juga didakwa menggunakan tentara anak.¹⁴ Menurut Chaterine Harwood pengertian yang sedikit berbeda dalam Statuta Roma 1998 digunakan untuk menunjukkan batasan umum terhadap perlindungan penduduk sipil sedangkan frasa “partisipasi aktif” mengacu kepada penggunaan tentara anak.¹⁵

Adapun istilah “permusuhan” (*hostilities*) dalam terminologi partisipasi langsung dalam permusuhan harus dibedakan dengan pengertian partisipasi dalam upaya-upaya peperangan (“*participation in war effort*”). Istilah pertama

⁹ Lihat pasal-pasal Protokol I: Pasal 43 ayat (2); 45 ayat (1) dan (3); 51 ayat (3); 61 ayat (1e); 13 ayat (3) Protokol II; dan Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949.

¹⁰ Lihat pasal-pasal Protokol I 1977: Pasal 51 ayat (3); 43 ayat (2); 67 ayat (1); dan Pasal 13 ayat (3) Protokol II 1977.

¹¹ Michael N. Schmitt, “The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2009, hlm. 6.

¹² Michael N. Schmitt, Charles H. Garraway & Yoram Dinstein, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*, San Remo, International Institute of Humanitarian Law, 2006, hlm. 4.

¹³ Prosecutor v. Akayesu Case No. ICTR-96-4-T, Putusan 2 September 1998, alinea 629.

¹⁴ Catherine Harwood, “A Matter of Distinction: ‘active’ and ‘direct’ participation in hostilities and the war crime of using child soldiers”, *Spreading the Jam. International Law, International Criminal Law, Human Rights and Transitional Justice*, <https://dovjacobs.com/2014/07/14/guest-post-a-matter-of-distinction-active-and-direct-participation-in-hostilities-and-the-war-crime-of-using-child-soldiers/>, diakses tanggal 25 Maret 2018.

¹⁵ *Ibid.*

bersifat lebih restriktif. Contoh partisipasi dalam permusuhan meliputi tindakan-tindakan seperti: penyerangan terhadap musuh, peralatan atau fasilitas militer; sabotase instalasi musuh; bertindak sebagai anggota dari satuan bersenjata (*gun crew* atau *artillery spotters*); melakukan pengiriman amunisi; atau mengumpulkan *military intelligence* di wilayah permusuhan. Namun bekerja di pabrik munisi bukan merupakan partisipasi dalam permusuhan melainkan merupakan upaya yang dilakukan dalam peperangan (*participation in war effort*).¹⁶

Konsep Partisipasi Langsung dalam Permusuhan

Dengan melihat berbagai penafsiran terminologi “partisipasi dalam permusuhan”, maka setelah melalui serangkaian pertemuan para ahli, ICRC mengusulkan “Pedoman Penafsiran”, yakni *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under Internasional Humanitarian Law*.¹⁷ Menurut ICRC, konsep partisipasi langsung dalam permusuhan pada hakikatnya terkait dengan konflik bersenjata baik internasional maupun non-internasional dan tidak dapat mengacu pada tindakan yang terjadi di luar situasi konflik bersenjata, misalnya dalam situasi terjadi gangguan dan ketegangan internal seperti huru-hara, tindakan kekerasan yang bersifat sporadis maupun tindakan serupa lainnya. Demikian pula, selama berlangsungnya konflik bersenjata, tidak semua tindakan dapat menjadi bagian dari permusuhan, namun harus tunduk pada syarat tertentu, yakni tindakan tersebut harus spesifik dan memenuhi unsur-unsurnya.

Partisipasi Langsung dalam Permusuhan sebagai “tindakan spesifik”

Berdasarkan hukum humaniter, tindakan individu yang merupakan bagian dari permusuhan dideskripsikan sebagai partisipasi langsung dalam permusuhan, baik sebagai orang sipil atau anggota angkatan bersenjata. Kategori partisipasi individu dapat dilakukan secara langsung dengan cara spontan, sporadis atau tidak terorganisir atau sebagai bagian dari fungsi terus-menerus. Dengan kata lain, konsep partisipasi langsung dalam permusuhan tidak mengacu kepada status, fungsi, atau afiliasi seseorang, tetapi kepada keterlibatan dalam tindakan

¹⁶ Michael N. Schmitt, Charles H. Garraway & Yoram Dinstein, *loc.cit.*

¹⁷ Nils Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under Internasional Humanitarian Law*, ICRC, Geneve, May 2009, hlm. ???

permusuhan yang sifatnya spesifik (khusus) sebagai bagian dari tindakan permusuhan antara pihak-pihak yang bersengketa. ICRC menegaskan tindakan permusuhan yang spesifik harus ditafsirkan sama, baik pada konflik bersenjata internasional maupun non-internasional.¹⁸

Unsur-unsur Partisipasi Langsung dalam Permusuhan

Agar suatu tindakan spesifik dapat dikualifikasikan sebagai partisipasi langsung dalam permusuhan, maka tindakan tersebut harus memenuhi tiga kriteria berikut ini secara kumulatif:¹⁹

Pertama, tindakan spesifik tersebut harus berpotensi menimbulkan dampak merugikan (*threshold of harm*) bagi operasi militer salah satu pihak yang bersengketa, atau alternatifnya, tindakan tersebut berpotensi mengakibatkan kematian, cedera atau kehancuran pada orang atau objek yang dilindungi dari serangan langsung. Agar berpotensi seperti itu, maka tindakan spesifik tersebut harus mencapai ambang batas. Ambang batas tersebut berupa potensi kerugian di pihak militer, atau potensi menimbulkan kematian, cedera atau kehancuran orang atau objek yang dilindungi dari serangan langsung. Jadi jika suatu tindakan spesifik tertentu dilakukan maka hasil dari tindakan tersebut jika sudah mencapai ambang batas yaitu "potensi" menimbulkan kerugian militer atau kematian, cedera atau kehancuran pada orang atau objek yang dilindungi dari serangan langsung yang bersifat objektif, maka tindakan tersebut sudah cukup untuk dapat diklasifikasikan sebagai partisipasi langsung; dan tidak perlu disyaratkan dampak atau kerugian tersebut benar-benar terjadi. Bila potensi dampak terhadap operasi militer atau kekuatan militer tidak ada, ambang batas tersebut dapat dicapai jika tindakan spesifik itu berpotensi menimbulkan kematian, cedera atau kehancuran pada orang atau objek yang dilindungi dari serangan langsung. Dalam hal ini, jika potensi tersebut ada, maka tindakan spesifik yang dilakukan akan setara dengan partisipasi langsung dalam permusuhan hanya jika tindakan tersebut memiliki unsur tambahan yang memenuhi syarat *direct causation* dan *belligerent nexus*.

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 45.

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 50-64.

Kedua, harus terdapat hubungan kausatif (sebab-akibat) yang bersifat langsung (*direct causation*) antara suatu tindakan spesifik dan bahaya yang mungkin timbul dari tindakan tersebut, atau dari operasi militer yang terkoordinasi di mana tindakan spesifik tersebut menjadi bagian integral atau penyebab langsung.

Tindakan spesifik tersebut dapat berupa upaya perang yang dilakukan secara umum, atau tindakan yang dapat berpotensi menimbulkan kerugian pada militer; maupun tindakan yang merupakan aktivitas penunjang perang (*war-sustaining activities*), seperti propaganda politik, transaksi finansial, dan lain-lain. Dalam hal ini, kedua tindakan tersebut dapat meningkatkan potensi menimbulkan dampak yang merugikan.

Selain itu, agar suatu tindakan spesifik dapat diklasifikasikan sebagai partisipasi langsung dalam permusuhan maka harus ada hubungan kausatif yang dekat antara tindakan tersebut dengan dampak merugikan yang ditimbulkannya. Jika hubungan kausatif itu tidak dekat, maka hal itu bukanlah partisipasi langsung, melainkan partisipasi tidak langsung. Perbedaan antara partisipasi langsung dan tidak langsung dalam permusuhan harus ditafsirkan secara berkorespondensi dengan perbedaan antara penyebab langsung dan tidak langsung dampak yang merugikan. Tindakan yang menyebabkan dampak tidak langsung seperti pemberlakuan sanksi ekonomi atau pembekuan aset finansial, harus dianggap sebagai bukan partisipasi langsung dalam permusuhan; kecuali jika tindakan seperti itu memang dirancang dan merupakan bagian integral dari suatu operasi militer guna menimbulkan dampak yang merugikan.

Hubungan kausatif dapat pula dilihat pada standar penyebab langsung suatu dampak merugikan, yang harus ditafsirkan dengan tindakan yang menimbulkan kerugian bila dilakukan bersama-sama dengan tindakan lainnya. Bila suatu tindakan spesifik tidak dapat menyebabkan ambang batas merugikan yang diperlukan jika dilakukan sendirian, maka syarat penyebab langsung masih tetap terpenuhi jika tindakan tersebut menjadi bagian integral dari operasi taktis yang konkret dan terkoordinasi yang secara langsung menimbulkan kerugian tersebut.

Selain itu, perlu dipertimbangkan pula kedekatan kausatif, temporal dan geografis dalam menilai satu hubungan kausatif. Misalnya, suatu tindakan spesifik

(contohnya penggunaan sistem senjata tunda seperti penyerangan misil, *drone* atau perang siber) serta dampak yang merugikan tetap harus dianggap sebagai hubungan kausatif yang bersifat langsung, walaupun terdapat jarak secara temporal dan geografis.

Ketiga, adanya "*Belligerent Nexus*". Untuk memenuhi syarat *belligerent nexus*, sebuah tindakan harus secara khusus dirancang untuk secara langsung mengakibatkan ambang batas yang merugikan dalam rangka mendukung salah satu pihak yang bersengketa dengan merugikan pihak lain. Jadi suatu tindakan yang disebut memiliki *belligerent nexus* bukanlah semata-mata tindakan yang hanya didasarkan pada niat subyektif dan niat jahat (*subjective intent* dan *hostile intent*) yang hanya terdapat dalam keinginan atau benak si pelaku saja; namun tindakan yang memiliki *belligerent nexus* harus memiliki tujuan tertentu secara objektif. Tujuan ini dapat diketahui dari pola-pola tindakan atau operasi dan tidak tergantung dari keinginan si pelaku.

Namun, jika terjadi dampak yang merugikan yang disebabkan karena adanya tindakan untuk mempertahankan diri sendiri terhadap tindak kekerasan yang dilarang berdasarkan hukum humaniter, atau tindakan yang dilakukan guna menjalankan kekuasaan atau kewenangan terhadap seseorang atau atas suatu wilayah teritorial, atau tindakan yang menjadi bagian dari keresahan sipil terhadap kewenangan semacam itu, atau tindakan kekerasan antar orang-orang sipil satu sama lain; maka tindakan tersebut tidak dapat dikatakan memiliki *belligerent nexus* sehingga tidak dapat dikualifikasikan sebagai partisipasi langsung dalam permusuhan.

ICRC menyatakan bahwa ketiga syarat tersebut, yakni ambang batas yang merugikan, penyebab langsung dan *belligerent nexus*, memungkinkan dapat dibedakannya secara wajar antara tindakan yang dapat dikualifikasikan sebagai partisipasi langsung dalam permusuhan dan tindakan yang, meskipun terjadi dalam konteks konflik bersenjata, bukan bagian dari tindakan permusuhan sehingga tidak mengakibatkan hilangnya perlindungan seseorang dari serangan langsung.²⁰

²⁰ *Ibid.*, hlm. 64.

Respon terhadap Konsep Partisipasi Langsung dalam Permusuhan Perspektif Militer

Para ahli yang sangat intens membahas aspek-aspek kepentingan militer praktis adalah Kenneth Watkins,²¹ Michael N. Schmitt,²² Bill Boothby²³ dan Hays Parks.²⁴ Nils Melzer, koordinator pertemuan para ahli menyatakan sulit sekali mencapai suatu kesepakatan dari perspektif militer. Ketika keempat ahli tersebut secara konsisten mengusulkan untuk menggunakan pedoman dalam penentuan sasaran ('targeting') secara lebih longgar dibandingkan dengan yang terdapat dalam *Interpretive Guidance*, peserta diskusi lainnya justru menghendaki agar rezim 'targeting' diperketat. Demikian pula ketika terjadi pembahasan aspek militer-praktis, selalu terdapat pendapat yang saling bertolak belakang. Misalnya, ketika Watkins berpendapat bahwa *Interpretive Guidance* mendefinisikan "keanggotaan" dalam kelompok bersenjata terorganisir dengan sangat restriktif sehingga membatasi hilangnya status sebagai orang sipil dan perlindungan yang hanya terbatas pada sekelompok kecil orang saja, para ahli lainnya justru menyatakan bahwa status sebagai orang sipil tidak hilang dan oleh karena itu anggota kelompok bersenjata terorganisir harus dianggap sebagai orang sipil yang dilindungi dari serangan langsung kecuali dan pada saat ia berpartisipasi langsung dalam permusuhan.

Demikian pula, ketika Michael Schmitt menyatakan definisi "partisipasi langsung dalam permusuhan" dalam *Interpretive Guidance* terlalu restriktif karena tidak memasukkan tindakan-tindakan yang tidak secara langsung menyebabkan kerugian pada musuh sebagai tindakan yang digolongkan partisipasi langsung dalam permusuhan, maka para ahli lainnya akan berpendapat sebaliknya.

Saat Boothby menolak penafsiran dalam *Interpretive Guidance* mengenai frasa "kecuali dan pada saat" (*unless and for such time*) karena menyiratkan bahwa orang-orang sipil dapat secara berulang-ulang mendapatkan perlindungan pada saat

²¹ Kenneth Watkins, "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.

²² Michael N. Schmitt, "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.

²³ Bill Boothby, "And for such times as": The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.

²⁴ Hays Parks, "Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.

interval di antara tindakan-tindakan permusuhan, maka para ahli lainnya menyatakan bahwa penafsiran tersebut tidak hanya dapat ditujukan pada orang-orang sipil, akan tetapi juga dapat diterapkan pada anggota pihak yang bersengketa bukan negara.

Sewaktu Parks berpendapat tidak ada dasar hukum dalam hukum humaniter yang dapat membatasi penggunaan kekuatan terhadap sasaran militer yang sah berdasarkan prinsip kepentingan militer dan kemanusiaan, para ahli lainnya justru dengan keras menolak pendekatan yang terlalu longgar dalam *Interpretive Guidance* dan mengusulkan, terutama dalam konflik bersenjata non-internasional, bahwa semua orang kecuali kombatan negara yang sah harus dilindungi dengan standar penggunaan kekuatan yang lebih ketat yang berkembang dalam jurisprudensi hukum hak asasi manusia internasional.²⁵

Berdasarkan diskusi-diskusi dalam suasana seperti itu, konsekuensinya *Interpretive Guidance* tidak benar-benar mencerminkan pendapat mayoritas para ahli (karena selalu terdapat pendapat yang bertolak belakang), akan tetapi lebih merupakan posisi ICRC yang mempertimbangkan secara luas berbagai pendapat para ahli. Dalam hal ini ICRC bertujuan agar penafsiran tentang hal-hal pokok dalam pembahasan, diperjelas sesuai dengan prinsip-prinsip hukum humaniter.²⁶

Menurut Melzer, *Interpretive Guidance* tidak dimaksudkan sebagai formula matematis yang diterapkan secara mekanik pada setiap situasi taktis. *Interpretive Guidance* juga bukan suatu kerangka hukum komprehensif yang mengatur semua penggunaan kekuatan dalam situasi konflik bersenjata. Oleh karena itu, *Interpretive Guidance* tidak dimaksudkan untuk menggantikan aturan pelibatan (*Rules of Engagement*) atau merekomendasikannya dalam instruksi yang lebih konkret bagi pasukan di lapangan dan bukan pula sebagai putusan pribadi komandan militer. Akan tetapi *Interpretive Guidance* menyediakan suatu kerangka konseptual yang koheren dan terkonsolidasi bagi para praktisi hukum berisi prinsip-prinsip yang harus dipertimbangkan ketika harus dibuat keputusan operasional, dan

²⁵ Nils Melzer, "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010, hlm. 835.

²⁶ *Ibid.*

merupakan kontribusi pada pemahaman dan penerapan hukum humaniter yang lebih baik.²⁷

Perspektif Non-Militer

Selain respon yang berfokus pada aspek militer, terdapat pula respon lain yang bersifat non-militer. Yoram Dinstein misalnya menggarisbawahi bahwa menyesuaikan aturan hukum sengketa bersenjata terhadap cara-cara berperang yang baru seperti partisipasi langsung dalam permusuhan bersifat sangat dilematis; di mana aturan yang terdapat dalam perjanjian kurang ditaati oleh negara-negara yang bersengketa, sementara hukum kebiasaan internasional memerlukan waktu yang cukup lama untuk berfungsi sebagai norma yang ditaati oleh semua pihak termasuk negara ketiga.²⁸

Penulis lain, Çetİnkaya menyatakan bahwa terdapat beberapa pengertian baru yang sama sekali tidak mencerminkan adanya hukum kebiasaan internasional, selain hal tersebut merupakan sesuatu yang baru dalam hukum humaniter dan tidak ada yang akan bersifat lebih menguntungkan anggota kelompok bersenjata yang terorganisir.²⁹

Penulis lainnya, Ka Lok Yip meneliti *interpretive guidance* dari perspektif empiris dan teoretis termasuk meneliti keputusan pengadilan, manual militer dan dokumen hukum atau kebijakan serta aspek legitimasi sosial dengan mengidentifikasi faktor keabsahan dari keterlibatan para pelaku setempat serta legitimasi demokrasi pemerintahan dengan standar-standar transnasional. Ia menyatakan bahwa standar yang diusulkan dalam *Interpretive Guidance* tidak secara konsekuen dapat diterapkan secara sama dalam praktik-praktik negara, misalnya tidak konsistennya perangkat hukum nasional memuat standar tersebut dalam manual militer. *Interpretive Guidance* juga kurang mencerminkan nilai-nilai demokratis serta pengalaman dan pemahaman yang berbeda dari mereka yang bukan ahli hukum namun yang mengalami konflik bersenjata, masyarakat sipil yang bekerjasama dengan mereka, perwakilan dari kelompok bersenjata bukan

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Yoram Dinstein, "The Recent Evolution of the International Law of Armed Conflict: Confusions, Constraints, and Challenges", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 51, 2018, hlm. 711.

²⁹ Lokman Burak Çetİnkaya, "The ICRC's Formulation of the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Legal Analysis", *Law & Justice Review*, Year 7, Issue 12, Juni 2016, hlm. 368-369.

negara atau masyarakat umum yang mungkin akan sangat berkepentingan dengan standar *Interpretive Guidance* di masa yang akan datang.³⁰

Menurut Van der Toorn kritik utama terhadap *Interpretive Guidance* adalah ketidakseimbangan antara penafsiran yang sangat restriktif terhadap partisipasi langsung dalam permusuhan dan perluasan perlindungan hukum pada orang sipil. Ini tentu saja dapat mengganggu kemampuan negara untuk melaksanakan operasi militer terhadap kelompok bersenjata yang tidak terorganisir serta menciptakan peluang orang sipil untuk terlibat dalam permusuhan; suatu hal yang dapat mengurangi penghormatan terhadap hukum humaniter.³¹

Implementasi dalam Kasus-kasus Kejahatan Perang

Kasus Al-Bihani

Kronologi Kasus

Pada Mei 2001, Ghaleb Nassar Al-Bihani, seorang warga negara Yaman berkebangsaan Arab Saudi meninggalkan Arab Saudi dan melakukan perjalanan melalui Pakistan menuju Afganistan. Pada saat itu di Afganistan sedang berkecamuk perang saudara (*civil war*) yang berlangsung sejak 1996, yakni antara pasukan Taliban dengan pasukan Aliansi Utara (*Northern Alliance*).³² Al-Bihani dengan semangat melakukan 'jihad' untuk membantu pasukan Taliban guna berperang melawan Amerika Serikat yang mendukung pasukan Aliansi Utara bergabung dengan kelompok paramiliter yang merupakan sekutu dari Taliban, yaitu Brigade Arab 55.³³ Al-Bihani dalam Brigade tersebut bekerja sebagai juru masak yang dilengkapi senjata yang diberikan dari Brigade, namun Al-Bihani tidak pernah menggunakan senjata tersebut dalam pertempuran.³⁴

³⁰ Ka Lok Yip, "The ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities: sociological and democratic legitimacy in domestic legal orders", *Transnational Legal Theory*, Vol. 8, No. 2, 4 July 2017, hlm. 224-246.

³¹ Damien van der Toorn, "Practical Road Test of the International Committee of the Red Cross's Guidance through Afghanistan", *Australian International Law Journal*, Vol. 1, Issue 17, 2010, hlm. 28.

³² *The Northern (Afghan) Alliance* atau pasukan Aliansi Utara secara resmi disebut "*The United Islamic Front for the Salvation of Afghanistan* atau UIFSA", adalah suatu *United Military Front* (Front militer bersatu) yang terbentuk tahun 1996, terdiri dari koalisi milisi-milisi yang berperang melawan pemerintah Taliban sebagai faksi oposisi dan mendapat dukungan dari Iran, Rusia, Turki, India, Tajikistan dan sejumlah Negara lainnya; sementara Taliban didukung oleh Pakistan dan Al-Qaeda.

³³ Brigade Arab 55 atau Brigade 55 merupakan organisasi gerilyawan elit (Mujahidin) yang didanai dan dilatih oleh Al-Qaeda.

³⁴ Ghaleb Nassar Al-Bihani vs. Barack Obama, *Op. Cit.*, hlm. 2-3.

Pertempuran yang dilakukan oleh Amerika dan Pasukan Aliansi Utara yang memasuki wilayah Afganistan sebagai respons dari adanya serangan pada 11 September 2001, memaksa Brigade Arab 55 mundur dari garis depan pada bulan Oktober 2001. Pada saat itulah Al-Bihani dan anggota Brigade lainnya menyerah di bawah perintah pasukan Aliansi Utara 2002.³⁵

Berkenaan dengan serangan pada 11 September 2001, Kongres Amerika Serikat mengesahkan "*Authorization for Use of Military Force*" (AUMF),³⁶ yang memberikan otorisasi kepada Presiden untuk menggunakan segala kekuatan yang diperlukan dan pantas (*necessary and appropriate force*) yang ditujukan terhadap organisasi dan orang-orang yang terlibat dalam serangan teroris 11 September 2001. Kemudian 2006, Kongres juga mengundangkan *Military Commission Acts* (MCAs), yang menentukan siapa yang dapat ditahan berdasarkan mandat AUMF yaitu orang-orang yang dikategorikan sebagai '*unlawful enemy combatants*' atau '*unprivileged enemy belligerents*'. Berdasarkan ketentuan Pasal 47A Section 948a. MCA 2006 yang dimaksud "*unlawful enemy combatant*" adalah:³⁷

- (i). *A person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, Al Qaeda, or associated forces); or*
- (ii). *A person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a CSRT or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense".*

Sedangkan yang dimaksud dengan istilah "*lawful enemy combatant*" berdasarkan MCA adalah:

- (a). *"A member of the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States;*
- (b). *A member of a militia, volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; or*
- (c). *A member of a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States".*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ AUMF disahkan dan ditandatangani Presiden A.S. George W. Bush pada 18 September 2001 melalui *Senate Joint Resolution* (S.J. Res). No. 23 tahun 2001 dalam Sidang Kongres ke 107 dan berlaku sebagai undang-undang; <https://www.govtrack.us/congress/bills/107/sjres23/text>, diakses tanggal 24 Mei 2018.

³⁷ "Military Commission Act of 2006".

Pembahasan dan Putusan

Al-Bihani mempersoalkan keabsahan atau legitimasi dari penahanannya dengan mengemukakan argumentasi berdasarkan hukum perang dengan tiga argumentasi. *Pertama*, Al-Bihani menyatakan, bahwa pada saat itu ia adalah seorang milisi sukarela ("*volunteer militia*") dan bukan anggota militer. Menurut Al-Bihani, seseorang yang bukan menjadi anggota pasukan reguler resmi maka ia adalah orang sipil, dan untuk dapat ditahan secara sah, maka orang sipil yang bersangkutan harus melakukan tindakan permusuhan secara langsung (*direct hostile act*), misalnya melakukan penembakan dengan senjata dalam pertempuran, sehingga mereka dapat ditahan secara resmi. Karena Al-Bihani tidak melakukan tindakan seperti itu (tindakan permusuhan secara langsung), maka dia mempertanyakan penahanan yang menurutnya telah dilakukan secara tidak sah.³⁸

Kedua, Al-Bihani membantah, bahwa anggota-anggota dari Brigade Arab 55 bukanlah orang-orang yang dapat diserang atau ditahan oleh pasukan Koalisi karena anggota Brigade tersebut, walaupun bersekutu dengan Taliban melawan Pasukan Aliansi Utara, namun mereka tidak memiliki kesempatan untuk menyatakan bahwa Brigade tersebut bersifat netral dalam permusuhan dengan Amerika Serikat. Oleh karena itu Amerika Serikat tidak dapat melanjutkan penahanan terhadap dirinya.³⁹

Ketiga, Al-Bihani menyatakan bahwa situasi konflik bersenjata di mana dia ditahan, adalah situasi konflik bersenjata internasional antara Amerika Serikat dan Taliban yang menguasai Afganistan telah secara resmi berakhir ketika pasukan Taliban kehilangan kendali atau penguasaan atas pemerintah Afganistan. Oleh karena itu, pemerintah Amerika Serikat harus membebaskannya kecuali terdapat bukti bahwa Al-Bihani masih tetap membahayakan, karena konflik di mana ia telah ikut serta telah berakhir.⁴⁰

Menanggapi argumentasi tersebut, pengadilan menyatakan bahwa argumentasi yang dikemukakan Al-Bihani yang mendasarkan diri bahwa kewenangan untuk melakukan perang yang diberikan kepada AUMF dibatasi oleh

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

hukum internasional tentang perang adalah keliru karena hukum internasional tentang perang secara keseluruhan tidak diimplementasikan secara domestik oleh kongres dan oleh karena itu bukan merupakan sumber hukum bagi pengadilan-pengadilan Amerika. Kongres tetap memiliki kewenangan untuk memberikan otorisasi kepada Presiden untuk melakukan tindakan khusus. Pengadilan juga berpendapat bahwa tidak ada rumusan yang tepat untuk mengetahui bilamana suatu kebiasaan bertransformasi menjadi suatu hukum. Oleh karena itu, pengadilan menyatakan bahwa sumber hukum yang digunakan dalam kasus tersebut bukanlah perjanjian internasional di mana Amerika Serikat tidak menjadi pihak (pada Protokol Tambahan I) terlebih frasa 'berpartisipasi langsung dalam permusuhan' masih belum jelas didefinisikan dalam Protokol dan dalam hukum kebiasaan, sehingga sumber hukum yang dipakai dalam hal ini adalah putusan-putusan yang relevan dari yurisprudensi domestik (*domestic caselaw*). Berdasarkan hal itu maka Al-Bihani ditahan secara sah karena ia merupakan individu yang dahulu merupakan bagian atau mendukung Taliban atau pasukan Al Qaeda, atau pasukan lain yang terlibat dalam permusuhan melawan Amerika Serikat atau sekutu koalisinya.

Definisi yang diusulkan tentang orang-orang yang dapat ditahan adalah yang secara substansial mendukung pasukan musuh. AUMF⁴¹ memberikan kewenangan kepada Presiden untuk melakukan semua kekuatan yang diperlukan dan pantas terhadap bangsa, organisasi, atau individu yang merencanakan, memberikan kewenangan, melakukan atau membantu serangan teroris yang terjadi pada 11 September, termasuk menahan pasukan Al-Qaeda dan pasukan yang berafiliasi kepada Taliban. Sedangkan MCA memberikan otoritas kepada pengadilan untuk mengadili orang-orang yang "terlibat dalam permusuhan, atau yang dengan sengaja mendukung permusuhan melawan Amerika Serikat atau sekutunya (*co-belligerents*) yang bukan *lawful enemy combatant* (termasuk seseorang yang merupakan bagian dari Taliban, Al Qaeda atau pasukan terkait lainnya).⁴²

⁴¹ Pada 2001, Kongres mengeluarkan AUMF atau "Authorization for Use of Military Force", yang memberikan otorisasi atau kewenangan kepada Presiden untuk "menggunakan segala kekuatan yang diperlukan dan memadai" untuk melawan organisasi dan orang-orang yang disinyalir telah terlibat dalam serangan teroris tanggal 11 September 2001.

⁴² Ghaleb Nassar Al-Bihani vs. Barack Obama, *Op. Cit.*, hlm. 8.

Pengadilan juga menyatakan bahwa tindakan yang dilakukan oleh Al-Bihani pada saat itu merupakan bagian dari suatu *'course of conduct'* yaitu bergabung dengan Brigade 55 dan bekerja di garis depan di bawah komando pemimpin Al-Qaeda dan Taliban untuk melawan pasukan Aliansi Utara yang merupakan sekutu Koalisi. Brigade 55 pada saat itu membantu, bahkan dipimpin oleh anggota Al-Qaeda. Hubungan Al-Bihani dengan Brigade 55, oleh karena itu, sudah cukup untuk membuatnya dianggap melakukan partisipasi dalam permusuhan.

Al-Bihani menyatakan bahwa saat itu ia bukan anggota atau bagian dari Brigade 55, akan tetapi semata-mata seorang asisten juru masak bertempat di dekat garis depan. Walaupun demikian, Al-Bihani tetap dilengkapi dengan senjata, sehingga menurutnya ia lebih tepat disebut sebagai seorang *"civilian contractor"*. Dengan mengacu pada *Interpretive Guidance*, menurut Al-Bihani seseorang yang menyertai angkatan bersenjata dan menyediakan makanan, akan dianggap sebagai orang sipil, sehingga para juru masak yang bertugas menyediakan makanan tidak dapat ditahan kecuali mereka melakukan tindakan bermusuhan yang secara langsung ditujukan pada penahannya. Dalam hal ini yang menjadi masalah apakah seseorang merupakan 'bagian' dari suatu organisasi militer bukan negara yang tidak resmi seperti Brigade 55, juga merupakan orang yang 'mendukung' atau 'secara substansial atau material' mendukung organisasi tersebut. Keterlibatan Al-Bihani dalam Brigade 55 yakni memasak dan membawa senjata yang disediakan, dan melakukan tugas tersebut di dekat garis depan pertempuran antara Taliban dan Pasukan Aliansi Utara telah cukup untuk membuatnya dianggap berpartisipasi secara langsung. *Interpretive Guidance* tidak mengubah kondisi itu karena tidak bersifat mengikat. Kongres sendiri memberikan otoritas untuk menggunakan kekuatan senjata termasuk kewenangan melakukan penahanan selama jangka waktu terjadinya konflik.

Kasus Al-Bihani yang digunakan dalam pembahasan ini menunjukkan bahwa elemen-elemen tentang partisipasi langsung dalam permusuhan, walaupun digunakan sebagai dasar pembelaan bagi Al Bihani, namun tidak dapat diterima atau diikuti dalam Pengadilan Negeri Amerika Serikat.

*Targeted Killing in Pakistan Case*⁴³*Kronologi Kasus*

Pada 4 Oktober 2010, seorang warga negara Jerman berinisial B.E. terbunuh akibat serangan pesawat tanpa awak (*drone*) di Waziristan Utara. Waziristan adalah lokasi di Afganistan yang berada di wilayah FATAs (*Federally Administered Tribal Areas*)⁴⁴ dekat perbatasan Pakistan dan Afganistan. Setelah pasukan sekutu dan Amerika Serikat mengusir rezim Taliban di Afganistan pada November 2001, wilayah perbatasan Pakistan menjadi tempat yang nyaman bagi kaum Islam militan yang meninggalkan Afganistan barat. Serangan-serangan dari perbatasan yang dilakukan kelompok militan terhadap pasukan internasional yang berada di Afganistan (*International Security Assistance Force / ISAF*) semakin meningkat, sehingga Amerika Serikat dan Pakistan mulai melakukan operasi militer di wilayah FATAs. Dalam operasi militer tersebut Amerika Serikat menggunakan pesawat udara tidak berawak (*combat drones*) untuk melakukan serangan. Pasukan ISAF yang dibentuk 20 Desember 2001 berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 1386 bertugas mendukung pemerintahan Afganistan terpilih guna menciptakan dan mempertahankan keamanan. Pasukan Taliban di Afganistan menggunakan wilayah FATA sebagai wilayah nyaman dan tempat pementasan yang menyebabkan konflik Afganistan menjadi “melebar” (*spill over*) ke wilayah Pakistan.⁴⁵

Pada 4 Oktober 2010, sebuah roket ditembakkan dari *combat drone* yang ditujukan ke sebuah gedung di kota Mir Ali, Waziristan Utara. Dalam serangan tersebut lima orang terbunuh, yaitu seorang warga negara Jerman B.E, termasuk seorang berkebangsaan Iran berinisial S.D.S, sementara tiga orang lainnya adalah penduduk setempat (warga Pashtun). Di Pakistan S.D.S bergabung sebagai anggota dan tinggal di tempat pelatihan IMU (*Islamic Movement of Uzbekistan*). Pada Desember 2009, S.D.S meninggalkan IMU dan bergabung dengan Al Qaeda sebagai orang penting (*high-ranking member*) Al Qaeda untuk wilayah Eropa.

⁴³Claus Krefß, “Aerial Drone Deployment on 4 October 2010 in Mir Ali / Pakistan” (Targeted Killing in Pakistan Case), Case No. 3 BJs 7/12-4, *Germany Federal Prosecutor General*, 23 July 2013.

⁴⁴ CAMP, “Understanding FATA”, <http://www.understandingfata.org/about-u-fata.php>, diakses tanggal 24 Mei 2018.

⁴⁵ Claus Krefß, *Op. Cit.*, hlm. 722.

B.E, warga negara Jerman meninggalkan Jerman pada akhir bulan Juli 2010. Selama berada di Waziristan Utara, ia bergabung dengan kelompok-kelompok pemberontak. Pada awalnya B.E. bergabung dengan "The German Mujahhedin", kemudian bergabung dengan kelompok Taliban Pakistan (TTP) dan pertengahan September bergabung dengan Al-Qaeda. Ia berpartisipasi dalam latihan perang dan diajarkan tentang bagaimana menggunakan senjata.

Pada saat terjadi serangan *drone*, terdapat dua konflik bersenjata non-internasional yang terpisah. Konflik pertama adalah konflik bersenjata antara Pakistan dan kelompok bersenjata bukan Negara yang beroperasi di wilayah FATAs (termasuk Al-Qaeda); dan konflik bersenjata lainnya adalah konflik bersenjata antara kelompok Taliban yang berada di Afganistan melawan pemerintah Afganistan yang didukung oleh pasukan ISAF dan melebar ke wilayah Pakistan. Baik konflik yang terjadi di Pakistan maupun Afganistan merupakan konflik bersenjata non-internasional karena keduanya merupakan konflik bersenjata antara pasukan pemerintah dan kelompok bersenjata terorganisir. Jenis konflik tersebut tidak berubah karena adanya bantuan yang diterima Pakistan dan Afganistan dari Negara lain sebagai *co-participants* dalam konflik tersebut. Penentuan eksistensi konflik bersenjata terbatas pada situasi di wilayah FATA.⁴⁶

Berdasarkan hukum pidana Jerman tentang Hukum Internasional (*Code of Crimes against International Law* atau *Vo lkerstrafgesetzbuch / VStGB*), serangan *drone* tersebut tidak ditujukan pada orang sipil, namun pada orang-orang yang berpartisipasi dalam permusuhan. Dalam konflik bersenjata non-internasional, orang sipil adalah mereka yang bukan anggota dari pasukan resmi pemerintah atau bukan anggota dari kelompok bersenjata terorganisir. Seseorang dianggap anggota dari kelompok-kelompok demikian apabila ia terus menerus dan/atau melakukan fungsi tempur secara permanen ("*continuous combat function*"), antara lain melakukan partisipasi langsung dalam permusuhan. Orang-orang demikian dapat dijadikan sasaran serangan pada saat dia tidak secara langsung ikut serta dalam permusuhan. Orang-orang yang terbunuh karena serangan *drone* pada saat

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 723.

itu bukanlah orang sipil karena mereka melaksanakan fungsi tempur secara terus-menerus.

Dalam Kasus Mir Ali ini, elemen-elemen pembentuk partisipasi langsung yang dikemukakan dalam mengadili orang-orang yang dianggap berpartisipasi dalam permusuhan, telah menggunakan unsur fungsi tempur terus-menerus sebagaimana yang tercantum di dalam *Interpretive Guidance*.⁴⁷

Penutup

Berdasarkan pembahasan di atas, dapat disimpulkan bahwa belum terdapat keseragaman dalam menafsirkan frasa partisipasi langsung dalam permusuhan. Penafsiran yang digunakan di dalam putusan-putusan pengadilan tentang kasus kejahatan perang menunjukkan adanya inkonsistensi dalam menerapkan parameter pembentuk frasa partisipasi langsung dalam permusuhan. Di samping pengertian terminologi yang serupa namun sedikit berbeda dalam kasus Akayesu dan kasus Lubanga, Katanga dan Ntaganda, elemen pembentuk partisipasi langsung dalam permusuhan juga tidak sepenuhnya dapat digunakan dan diterima dalam suatu pengadilan. Misalnya dalam Kasus Al Bihani penafsiran tersebut ditolak, namun sebaliknya digunakan dalam Kasus Mir Ali. Dengan perkataan lain, belum terdapat suatu parameter universal yang bersifat permanen dan secara internasional dapat diterima semua negara.

Walaupun demikian, pembahasan kasus-kasus di atas menyiratkan urgensi mendesak untuk segera menentukan lebih jauh tolok ukur apa dalam menentukan apakah seseorang sipil dapat dianggap berpartisipasi langsung dalam suatu permusuhan, sehingga keberadaan *Interpretive Guidance* perlu dicermati sebagai perkembangan hukum humaniter yang memerlukan tindakan progresif lebih lanjut.

Daftar Pustaka

Buku

Bernard Arief Sidharta, "Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal", dalam Sulistyowati Irianto & Sidharta, *Metode*

⁴⁷ Nils Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, *Op. Cit.*, hlm. 70-73.

Penelitian Hukum. Konstelasi dan Refleksi, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2013.

I Made Pasek Diantha, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif dalam Justifikasi Teori Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta 2017.

Schmitt, Michael N., Charles H. Garraway & Yoram Dinstein, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2006.

Melzer, Nils, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneve, May 2009.

Putusan Pengadilan

Ghaleb Nassar Al-Bihani vs. Barack Obama, Case No. 09-5051, U.S. Court of Appeals, 5 Januari 2010.

Kreß, Claus, "Aerial Drone Deployment on 4 October 2010 in Mir Ali / Pakistan" (Targeted Killing in Pakistan Case), Case No. 3 BJs 7/12-4, *Germany Federal Prosecutor General*, 23 July 2013.

Prosecutor v. Akayesu Case No. ICTR-96-4-T, Putusan 2 September 1998.

Jurnal

Bailey, Christopher E., "Cyber Civilians as Combatants", *Creighton International and Comparative Law Journal*, Vol. 8, Issue 1, 2017.

Boothby, Bill, "And for such times as": The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.

Çetinkaya, Lokman Burak, "The ICRC's Formulation of the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Legal Analysis", *Law & Justice Review*, Year 7, Issue 12, Juni 2016.

Corn, Geoffrey S., "Bringing Discipline to the Civilianization of the Battlefield: A Proposal for a More Legitimate Approach to Resurrecting Military-Criminal Jurisdiction over Civilian Augmentees", *University of Miami Law Review*, Vol. 62, 2008.

Corn, Geoffrey S., "Unarmed but How Dangerous? Civilian Augmentees, the Law of Armed Conflict, and the Search for a More Effective Test for Permissible Civilian Battlefield Functions", *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 2, 2008.

Dinstein, Yoram, "The Recent Evolution of the International Law of Armed Conflict: Confusions, Constraints, and Challenges", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 51, 2018.

Delerue, François, "Civilian Direct Participation in Cyber Hostilities", Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, No. 19, Octubre 2014.

- Hays Parks, "Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.
- Jenks, Chris, "Law from Above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict", *North Dakota Law Review*, Vol. 85, 2009.
- Kreps, Sarah & John Kaag "The Use of Unmanned Aerial Vehicles in Contemporary Conflict: A Legal and Ethical Analysis", *Polity*, Vol. 44, No. 2, April 2012.
- Lotrionte, Catherine, "Targeted Killings by Drones: A Domestic and International Legal Framework", *Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, Issue 1, 2012.
- Melzer, Nils, "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.
- Schmitt, Michael N., "The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis", *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2009.
- Schmitt, Michael N., "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.
- Sehrawat, Vivek, "Legal Status of Drones under LOAC and International Law", *Penn State Journal of Law & International Affairs*, Vol. 5, Issue 1, War in the 21st Century and Collected Works, 2017.
- Van der Toorn, Damien, "Practical Road Test of the International Committee of the Red Cross's Guidance through Afghanistan", *Australian International Law Journal*, Vol. 17, Issue 1, 2010.
- Watkins, Kennet, "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.
- Wenger, Andreas & Simon J.A. Mason, "The civilianization of armed conflict: trends and implications", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, December 2008.
- Yip, Ka Lok, "The ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities: sociological and democratic legitimacy in domestic legal orders", *Transnational Legal Theory*, Vol. 8, No. 2, 4 July 2017.

Hasil Penelitian

- Crawford, Emily, "Tracing the Historical and Legal Development of the *Levée en masse* in the Law of Armed Conflict," *Legal Studies Research Paper*, No. 17 / 10, Sydney Law School, 2017.

Internet

CAMP, "Understanding FATA", <http://www.understandingfata.org/about-ufata.php>, diakses tanggal 24 Mei 2018.

Harwood, Catherine, "A Matter of Distinction: 'active' and 'direct' participation in hostilities and the war crime of using child soldiers", *Spreading the Jam. International Law, International Criminal Law, Human Rights and Transitional Justice*, <https://dovjacobs.com/2014/07/14/guest-post-a-matter-of-distinction-active-and-direct-participation-in-hostilities-and-the-war-crime-of-using-child-soldiers/>, diakses tanggal 25 Maret 2018.



Aspek Hukum Standarisasi Produk di Indonesia dalam Rangka Masyarakat Ekonomi ASEAN

Deviana Yuanitasari dan Helitha Novianty Muchtar
Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung
Jln. Dipati Ukur No. 35 Bandung
deviana.yuanitasari@unpad.ac.id, helitha.novianty@unpad.ac.id

Received: 23 Desember 2017; *Accepted:* 8 Juni 2018; *Published:* 17 Januari 2019
DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art6

Abstract

Standardization is an important aspect for Indonesia in global market competition, especially in the MEA (ASEAN Economic Community). This study raises the issues of, first, the strategy to improve product quality through Product Standardization in Indonesia in relation to MEA from the perspective of consumer protection law. Second, how ASEAN MRA (Mutual Recognition Arrangement) is adopted by ASEAN countries in the framework of MEA. The method used in this study is a normative juridical method, which includes research on positive legal inventory, research on legal principles, and in concreto legal research as well as legal comparisons. The results indicate that, first, the strategy to improve product quality through national product standardization is done by harmonizing national regulations to accelerate trade relations and protection of the Southeast Asian market. Second, ASEAN MRA is adopted by ASEAN countries with the use of MRA at the regional level, which can be seen in practice in ASEAN. The MRA concept is used by ASEAN through the ASEAN Framework Agreement on Mutual Recognition Arrangements that is currently contained in the ASEAN MRA used to support the AFTA free trade regime that was established to actualize trade liberalization among ASEAN countries.

Keywords: Standardization; MEA; ASEAN

Abstrak

Standarisasi merupakan aspek penting bagi Indonesia dalam persaingan pasar global, khususnya di MEA (Masyarakat Ekonomi ASEAN). Penelitian ini mengangkat permasalahan: *pertama*, bagaimana strategi peningkatan kualitas produk melalui Standarisasi Produk di Indonesia dikaitkan dengan MEA dalam perspektif hukum perlindungan konsumen. *Kedua*, bagaimana ASEAN MRA (*Mutual Recognition Arrangement*) diadopsi oleh negara-negara ASEAN dalam rangka MEA. Metode yang digunakan dalam penelitian ini merupakan metode yuridis normatif meliputi penelitian inventarisasi hukum positif, penelitian terhadap asas-asas hukum dan penelitian hukum *in concreto* serta perbandingan hukum. Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa *pertama*, strategi peningkatan kualitas produk melalui standarisasi produk nasional yaitu dengan cara harmonisasi peraturan nasional untuk mempercepat hubungan perdagangan dan perlindungan pasar Asia Tenggara. *Kedua*, ASEAN MRA diadopsi oleh negara-negara ASEAN dengan penggunaan MRA di level regional yang dapat dilihat dalam praktik di ASEAN. Konsep MRA digunakan ASEAN melalui *ASEAN Framework Agreement on Mutual Recognition Arrangements* yang saat ini dituangkan dalam ASEAN MRA, yang digunakan untuk mendukung rejim perdagangan bebas AFTA yang dibentuk untuk mewujudkan liberalisasi perdagangan antar negara-negara ASEAN.

Kata-kata Kunci: Standarisasi; MEA; ASEAN

Pendahuluan

Masyarakat Ekonomi ASEAN (selanjutnya disingkat MEA) yang dibentuk pada 2015 merupakan komunitas integrasi ekonomi antara Indonesia dan negara anggota ASEAN lainnya. Hal tersebut membuka berbagai peluang sekaligus jadi batu loncatan bagi Indonesia untuk memiliki posisi tawar yang kuat dalam konstelasi politik global. MEA memiliki lima pilar utama, yaitu aliran bebas barang (*free flow of goods*), aliran bebas jasa (*free flow of service*), aliran bebas investasi (*free flow of investment*), aliran bebas tenaga kerja terampil (*free flow of skilled labour*), dan aliran bebas modal (*free flow of capital*). 2015 negara anggota ASEAN sepakat dan telah menyetujui Cetak Biru MEA 2025 akan terbangun di atas Cetak Biru MEA 2015 yang terdiri dari lima karakteristik yang saling terkait dan saling menguatkan, yaitu: (a) ekonomi yang terpadu dan terintegrasi penuh; (b) ASEAN yang berdaya saing, inovatif, dan dinamis; (c) Peningkatan konektivitas dan kerja sama sektoral; (d) ASEAN yang tangguh, inklusif, serta berorientasi dan berpusat pada masyarakat; dan (e) ASEAN yang global. MEA 2015 bertujuan meningkatkan kesejahteraan ASEAN yang memiliki karakteristik sebagai pasar dan basis produksi tunggal, kawasan ASEAN yang lebih dinamis dan berdaya saing, memiliki pembangunan yang setara, serta mempercepat keterpaduan ekonomi di kawasan ASEAN dan dengan kawasan di luar ASEAN.¹

MEA bertujuan untuk memperkecil kesenjangan antara negara-negara ASEAN dalam hal pertumbuhan perekonomian.² Beberapa hal menjadi fokus dari MEA di 2015, salah satunya adalah MEA akan dibentuk sebagai kawasan ekonomi dengan tingkat kompetisi yang tinggi. Untuk menjamin terciptanya tingkat persaingan yang tinggi dan adil, MEA membentuk sebuah kebijakan berupa perlindungan konsumen yang juga menjamin adanya arus informasi yang akurat di pasar barang dan jasa.

¹ Sekretariat Nasional ASEAN-Indonesia, "Latar Belakang Pilar Masyarakat Ekonomi ASEAN", <http://setnas-asean.id/pilar-ekonomi>, diakses pada tanggal 10 Januari 2018.

² Suppanunta Romprasert, "Asian Economic Community with Selected Macroeconomic Variables for Exports Sustainability", *International Journal of Economics and Financial Issues*, Vol. 3, No. 3, 2013, hlm. 602-605

Menciptakan ASEAN sebagai sebuah pasar tunggal dan kesatuan basis produksi, dimana terjadi *free flow*³ atas barang, jasa, faktor produksi, investasi dan modal serta penghapusan tarif bagi perdagangan antar negara ASEAN. Penjelasan di atas merupakan gambaran mengenai apa itu MEA. Membentuk kawasan ekonomi antar negara ASEAN yang kuat.

Persaingan produk dan jasa antar negara ASEAN akan diuji dalam sistem perdagangan negara-negara yang tergabung dalam MEA. Hal itu dimaksudkan untuk menjadikan ASEAN sebagai kawasan perekonomian yang disegani oleh dunia dan mempunyai pengaruh dalam perkembangan ekonomi dunia. Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA)⁴ akan membentuk ASEAN sebagai pasar dan basis produksi tunggal dengan integrasi ekonomi yang membuat ASEAN lebih dinamis dan kompetitif dengan mekanisme beserta langkah-langkah untuk memperkuat pelaksanaan baru yang ada inisiatif ekonomi; mempercepat integrasi regional di sektor-sektor prioritas; memfasilitasi pergerakan bisnis, tenaga kerja terampil dan bakat; dan memperkuat kelembagaan mekanisme ASEAN. Sebagai langkah awal untuk mewujudkan MEA. Dengan demikian MEA dapat menciptakan integrasi ekonomi dan mendorong investasi.

Pembentukan pasar perdagangan MEA tersebut merupakan tantangan tersendiri bagi setiap negara anggota untuk meningkatkan mutu barang dan jasa. Standardisasi kemudian menjadi senjata untuk memenangkan persaingan di pasar global, terutama dalam MEA. Bagi Indonesia maupun negara-negara lain, standardisasi dinilai mampu mendorong industri untuk menghasilkan produk-produk bermutu tinggi dan berdaya saing sehingga mampu menembus pasar global.

Kendati demikian, standardisasi harus dilakukan secara komprehensif, integral dan visioner. Pasalnya standardisasi tidak dapat berdiri sendiri. Ada tiga pilar infrastruktur mutu nasional dalam standardisasi yakni metrologi, standardisasi, dan penilaian kesesuaian. Untuk hal-hal tersebut Komite Akreditasi Nasional (KAN) bertugas dan bertanggung jawab di bidang akreditasi lembaga

³ Edmund W Sim, "The Outsourcing of Legal Norms and Institutions by the ASEAN Economic Community", *The Indonesian Journal of International and Comparative Law*, Vol 1 Issue 1, Januari 2014

⁴ Kazushi Shimizu, "The ASEAN Charter and the ASEAN Economic Community", *Economic Journal of Hokkaido University*, Vol 40, 2011, hlm. 73-87

penilaian kesesuaian.⁵ Peningkatan daya saing di era globalisasi dan regionalisasi perdagangan tidak dapat dihindari lagi. Pada dasarnya hanya bangsa yang mempunyai daya saing yang tinggilah yang akan mampu memperoleh manfaat yang besar dalam meningkatkan kesejahteraannya melalui peningkatan kemampuan adaptasi dan kompetisi dalam perdagangan regional ataupun global.

Standardisasi merupakan tolak ukur perdagangan, terutama ekspor impor. Setiap negara mengharuskan adanya pengujian terhadap barang-barang yang akan diimpor maupun diekspor. Masyarakat ekonomi ASEAN harus memiliki standardisasi yang pasti dan seragam karena produk-produk dari seluruh Negara dapat masuk ke Indonesia begitu pula produk-produk Indonesia dapat masuk ke berbagai Negara ASEAN. Standardisasi dalam MEA⁶ ditujukan untuk memudahkan dan melindungi ekspor impor barang sehingga barang tersebut bisa bersaing dengan negara-negara lain.

Standardisasi sebagai komponen penting dalam peningkatan kualitas mutu barang dan jasa, sejatinya merupakan upaya pemenuhan hak-hak konsumen. Sehingga, standardisasi berkaitan erat dengan perlindungan konsumen. Kepentingan-kepentingan konsumen dapat terpenuhi apabila suatu produk memenuhi standardisasi yang ditetapkan oleh pemerintah, baik pemerintah nasional melalui peraturan perundang-undangan nasional atau peraturan regional yang ditetapkan oleh negara di wilayah tertentu. Upaya perlindungan konsumen tersebut harus dilakukan melalui hukum yang dapat melindungi kepentingan konsumen secara integratif dan komprehensif serta dapat diterapkan secara efektif di masyarakat. Oleh karena itu, perlindungan konsumen melalui standardisasi harus menjadi perhatian penting dalam proses produksi.

Pengaturan tentang standar produk di Indonesia, terdapat dalam Undang-Undang No. 20 Tahun 2014 tentang Standardisasi dan Penilaian Kesesuaian yang dikawal oleh Badan Standardisasi Nasional (BSN). BSN ditugaskan untuk mengkoordinasikan penyusunan Standar Nasional Indonesia (SNI) dan

⁵ Badan Standardisasi Nasional, *Pengantar Standardisasi*, Edisi Pertama, Badan Standardisasi Nasional, Jakarta, 2009, hlm. 12

⁶ Veredigna M Ledda, "AEC 2015: Issues and Challenges in Standards and Conformance", *Phillipine Journal of Development*, Number 71 Vol XXXIX No. 1 & 2, 2012

menginformasikan kepada masyarakat tentang pentingnya SNI dalam produk dan sertifikasi akreditasi pada jasa. Selain produk industri besar, juga terdapat industri kecil yang telah menerapkan SNI dan mampu mengeksport produknya walaupun jumlahnya masih sedikit dibandingkan dengan industri besar. Sebetulnya ada 12 sektor prioritas standardisasi oleh 10 negara di ASEAN, namun untuk saat ini kesepakatan baru dilaksanakan pada enam sektor yaitu sektor elektronika dan kelistrikan, kayu dan produk dari kayu, karet dan produk dari karet, produk otomotif, produk kesehatan terkait produk farmasi, kosmetik, dan alat kesehatan. Adapun enam sektor lainnya akan menyusul pada agenda selanjutnya dengan sudah adanya *final draft* pada *ASEAN Blueprint 2025*. Dengan adanya pengaturan standardisasi ini, diharapkan pelaku usaha mampu meningkatkan kualitas mutu produk sehingga mampu bersaing di pasar MEA.

Meskipun di Indonesia terdapat SNI untuk menetapkan standar mutu suatu produk, namun standar tersebut bukan standar umum yang diterapkan di negara-negara ASEAN. Ketidakteraturan standar produk diantara negara-negara di ASEAN menyebabkan sulitnya penetapan standar yang akan digunakan dalam proses perdagangan di MEA. Dampak buruk yang dapat terjadi dari penerapan standar yang tidak konsisten yakni pasar yang tertutup bagi perusahaan-perusahaan yang belum mampu mencapai standar yang sudah ditetapkan. Sehingga pasar menjadi tertutup bagi produsen-produsen yang belum mampu memenuhi standar pasar tersebut, terutama produsen Usaha Mikro, Kecil dan Menengah (UMKM) dari negara-negara berkembang di kawasan ASEAN belum mampu memenuhi standar dimaksud.

Namun demikian, di dalam hukum internasional, dikenal istilah *Mutual Recognition Arrangement (MRA)*⁷ yaitu suatu kesepakatan pengakuan terhadap produk-produk tertentu untuk memudahkan proses ekspor-impor sehingga tidak memerlukan proses pengujian kembali karena memang sudah memakai standar yang sama. *ASEAN Framework Agreement on Mutual Recognition Arrangement* adalah suatu kesepakatan pengakuan terhadap produk-produk tertentu untuk memudahkan proses ekspor – impor, sehingga tidak memerlukan proses pengujian

⁷ Shintaro Hamanaka and Sufian Jusoh, "The Emerging ASEAN Approach to Mutual Recognition", *Institute of Developing Economies, JETRO, Chiba University*, 2016.

kembali di negara ASEAN yang melakukan impor karena memang sudah memakai standar yang sama. Sehingga, menarik untuk dikaji mengenai penerapan standarisasi produk dalam kerangka perlindungan konsumen, serta mekanisme adopsi MRA di negara-negara ASEAN dalam rangka MEA .

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah di atas, maka permasalahan hukum yang muncul adalah: *pertama*, bagaimanakah strategi peningkatan kualitas produk melalui (*double*) standarisasi produk di Indonesia dikaitkan dengan MEA dalam perspektif Hukum Perlindungan Konsumen? *Kedua*, bagaimanakah ASEAN MRA (*Mutual Recognition Arrangement*) diadopsi oleh negara-negara ASEAN dalam rangka MEA?

Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian ini adalah: *pertama*, untuk menemukan strategi peningkatan kualitas produk melalui standarisasi produk di Indonesia dikaitkan dengan MEA dan hukum Perlindungan Konsumen. *Kedua*, untuk mengetahui ASEAN MRA (*Mutual Recognition Arrangement*) diadopsi oleh negara-negara ASEAN dalam rangka MEA.

Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif tidak menggunakan metode penelitian sosial karena sasaran bahan penelitian adalah bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder serta bahan hukum tersier yang kemudian di analisis secara kualitatif dalam arti perumusan pembenaran melalui kualitas norma hukum itu sendiri.

Berdasarkan fokus penelitiannya, penelitian hukum dibagi menjadi beberapa jenis, yaitu penelitian hukum normatif, penelitian hukum normatif -empiris dan penelitian hukum empiris.⁸ Dari ketiga jenis penelitian hukum tersebut penelitian yang dilakukan oleh penulis merupakan penelitian hukum normatif karena di dalam proses analisisnya penulis berfokus pada inventarisasi hukum positif, asas-

⁸ Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Cet.1, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hlm. 52.

asas dan doktrin hukum, penemuan hukum dalam perkara *in concreto*, sistematik hukum, taraf sinkronisasi hukum, perbandingan hukum, dan sejarah hukum.

Sebagai penelitian hukum normatif dilakukan penelitian atas data sekunder berupa bahan-bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier.⁹ Spesifikasi penelitian ini bersifat deskriptif analitis mengenai fakta-fakta¹⁰ termasuk di dalamnya menggambarkan peraturan-peraturan yang berlaku.¹¹ Dengan demikian penelitian ini akan menggambarkan berbagai masalah hukum yang diperoleh melalui inventarisasi hukum positif, penemuan asas hukum dan penemuan hukum *in concreto* tentang harmonisasi pengaturan standardisasi produk di negara-negara ASEAN terkait MEA, yang bertujuan untuk memperoleh gambaran yang menyeluruh dan sistematis melalui suatu proses analisis dengan menggunakan peraturan hukum, asas hukum dan pengertian hukum yang berkaitan dengan objek penelitian. Penelitian ini menggunakan data-data sekunder yang didapat dengan teknik studi kepustakaan (*library research*) dan studi internet (*online research*) yang berupa bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Untuk mendukung data sekunder juga dilakukan studi lapangan guna mencari data primer. Data yang telah dikumpulkan, diklasifikasikan dan sortir untuk mendukung analisis data terhadap masalah-masalah mengenai harmonisasi pengaturan standardisasi produk di negara-negara ASEAN terkait MEA. Metode analisis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah normatif kualitatif, karena penelitian ini bertitik tolak dari peraturan perundang-undangan yang ada sebagai norma hukum positif serta ditunjang oleh hasil pengumpulan data lapangan yang dilakukan. Selanjutnya penalaran dilaksanakan dengan metode deduktif, kemudian dilakukan analisis secara yuridis kualitatif, yaitu data disusun secara sistematis untuk selanjutnya dianalisis secara kualitatif, yaitu hasil yang diperoleh diwujudkan dalam bentuk uraian.¹²

⁹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali, Jakarta, 2006, hlm. 13-14.

¹⁰ Ronny Hanitijo Soemitro, *Op. Cit.*, hlm. 22.

¹¹ Sumadi, *Metode Penelitian*, CV Rajawali, Jakarta, 1988, hlm. 19.

¹² Maria S.W. Sumardjono, *Pedoman Pembuatan Usulan Penelitian*, Yogyakarta, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 1989, hlm. 24-25

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Strategi Peningkatan Kualitas Produk melalui Standardisasi Produk Nasional dalam Rangka MEA

Standardisasi merupakan salah satu cara bagi pelaku ekonomi khususnya produsen untuk meningkatkan nilai tambah dari produk yang dimilikinya. Kegiatan standardisasi nasional dalam konteks ini bukan hanya untuk memfasilitasi kebutuhan pemerintah dalam melindungi kepentingan warga negara dan lingkungan, tetapi juga untuk memberikan kepercayaan kepada masyarakat bahwa produk dan/atau jasa yang memenuhi persyaratan SNI memiliki nilai tambah bila dibandingkan dengan produk dan/atau jasa yang tidak memenuhi persyaratan SNI.

“A standard is a document that sets out requirements, specifications, guidelines, or characteristics that help ensure that materials, products, processes, and services are fit for their purpose. According to the International Organization for Standardization (ISO), standards help to harmonise technical specifications of products and services, make the industry more efficient, and break down barriers to international trade. Conformity to international standards helps reassure consumers that products are safe, efficient, and good for the environment (ISO, 2014). While standards can serve legitimate commercial and policy objectives, overly burdensome or discriminatory standards-related measures can become a barrier to trade”¹³

Definisi standar menurut Undang-Undang No. 20 Tahun 2014 tentang Standardisasi dan Penilaian Kesesuaian adalah “persyaratan teknis atau sesuatu yang dibakukan, termasuk tata cara dan metode yang disusun berdasarkan konsensus semua pihak/pemerintah/keputusan internasional yang terkait dengan memperhatikan syarat keselamatan, keamanan, kesehatan, lingkungan hidup, perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, pengalaman, serta perkembangan masa kini dan masa depan untuk memperoleh manfaat yang sebesar-besarnya.” Sedangkan standardisasi adalah “proses merencanakan, merumuskan, menetapkan, menerapkan, memberlakukan, memelihara, dan mengawasi standar yang dilaksanakan secara tertib dan bekerja sama dengan semua pemangku kepentingan.”

¹³ Samuel D Scoles, “Harmonization of Standards And Mutual Recognition Agreement On Conformity Assessment In Indonesia, Malaysia, Thailand And Vietnam”, *ERLA Research Project Report* 2015 No.15, November 2015

Tujuan standardisasi salah satunya adalah mengurangi hambatan perdagangan. Dalam masa globalisasi ini masyarakat internasional berusaha keras untuk mengurangi hambatan perdagangan yang dilakukan oleh negara tertentu untuk membatasi akses pasar terhadap masuknya produk negara lain misalnya dengan menetapkan bea masuk atau menetapkan standar secara sepihak. Standar mencegah adanya hambatan perdagangan non-tarif melalui harmonisasi persyaratan (standar yang sama setidaknya setara dan membatasi standar yang berbeda), sedemikian sehingga memungkinkan terjadi kompetisi sehat. Pembeli atau konsumen yakin bahwa level mutu suatu produk, proses atau jasa yang telah diproduksi atau tersedia sesuai dengan standar yang diakui.¹⁴

Pengaturan tentang standardisasi juga diatur di dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 102 Tahun 2000 tentang Standardisasi Nasional kemudian diubah menjadi Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2014 tentang Standardisasi Dan Penilaian Kesesuaian, yang digunakan sebagai standar teknis di Indonesia. Standar Nasional Indonesia (SNI) adalah satu-satunya standar yang berlaku secara nasional di Indonesia. SNI dirumuskan oleh panitia teknis dan ditetapkan oleh Badan Standardisasi Nasional. Agar SNI memperoleh keberterimaan yang luas antara para *stakeholder*, maka SNI dirumuskan dengan memenuhi *WTO Code of Good Practice*, yaitu¹⁵.

1. *Openess* (keterbukaan): Terbuka bagi agar semua *stakeholder* yang berkepentingan dapat berpartisipasi dalam pengembangan SNI;
2. *Transparency* (transparansi): Transparan agar semua *stakeholder* yang berkepentingan dapat mengikuti perkembangan SNI mulai dari tahap pemrograman dan perumusan sampai ke tahap penetapannya. Dan dapat dengan mudah memperoleh semua informasi yang berkaitan dengan pengembangan SNI;
3. *Consensus and impartiality* (konsensus dan tidak memihak): Tidak memihak dan konsensus agar semua *stakeholder* dapat menyalurkan kepentingannya dan diperlakukan secara adil;
4. *Effectiveness and relevance*: Efektif dan relevan agar dapat memfasilitasi perdagangan karena memperhatikan kebutuhan pasar dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
5. *Coherence*: Koheren dengan pengembangan standar internasional agar perkembangan pasar negara kita tidak terisolasi dari perkembangan pasar

¹⁴ Badan Standardisasi Nasional, *Pengantar Standardisasi*, Edisi Pertama, Jakarta, 2009, hlm. 12

¹⁵ WTO TBT Agreement "Code of Good Practice", Agreement on Technical Barriers to Trade, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm#annexIII diakses pada tanggal 15 Januari 2018

- global dan memperlancar perdagangan internasional; dan
6. *Development dimension* (berdimensi pembangunan): Berdimensi pembangunan agar memperhatikan kepentingan publik dan kepentingan nasional dalam meningkatkan daya saing perekonomian nasional.

Melalui standardisasi, masyarakat dapat memiliki kepercayaan yang tinggi bahwa produk dan/atau jasa nasional yang memenuhi persyaratan SNI tersebut memiliki nilai tambah dan menjadi pilihan masyarakat. Pelaku usaha nasional akan memperoleh keuntungan ekonomi yang pada gilirannya akan mendorong pertumbuhan ekonomi nasional. Karena sifatnya untuk memberikan nilai tambah bagi produk nasional, maka peran standardisasi dalam konteks peningkatan kepercayaan pasar tidak dapat dilakukan melalui pemberlakuan SNI secara wajib, tetapi lebih memerlukan promosi dan edukasi kepada pelaku usaha tentang keuntungan untuk menerapkan SNI secara sukarela, serta keuntungan bagi masyarakat apabila memilih produk dan/atau jasa yang memenuhi persyaratan SNI.¹⁶ Oleh karena itu, di kawasan ekonomi regional negara-negara maju dilakukan pembedaan tanda antara produk yang baru memenuhi persyaratan minimum untuk perlindungan publik dan lingkungan hidup berdasarkan kesesuaiannya dengan standar yang diberlakukan secara wajib atau menjadi acuan regulasi teknis, dengan tanda untuk produk yang memiliki nilai tambah.

Sebagai ilustrasi, seluruh produk yang telah memenuhi *European Union (EU) Directive* yang mengacu pada *European Norm (EN)* yang memuat persyaratan keselamatan dan pelestarian lingkungan hidup untuk diedarkan di pasar Uni Eropa ditandai dengan "*CE mark*". Sedangkan untuk keperluan pasar domestik negaranya sendiri yang terikat dalam Uni Eropa maka negara-negara maju anggota Uni Eropa memiliki tanda nasional, seperti *German Standard (GS) mark*, *British Standard (BS) mark*, dan tanda nasional lainnya untuk memberikan informasi bahwa produk tersebut memiliki kelebihan dibandingkan dengan produk yang hanya bertanda CE.

¹⁶ Badan Standardisasi Nasional, *Strategi Standardisasi Nasional 2015 – 2025*, Badan Standardisasi Nasional, Jakarta, Oktober 2013

Jumlah penduduk Indonesia mencapai 50% dari total penduduk seluruh negara anggota ASEAN. Sehingga, Indonesia mempunyai potensi pasar domestik yang besar. Kondisi ini menyebabkan timbulnya pendapat bahwa pertumbuhan ekonomi Indonesia dapat dicapai hanya dengan memanfaatkan volume perdagangan domestik. Demikian pula banyak pendapat yang menyatakan bahwa perjanjian perdagangan global yang memposisikan standarisasi sebagai salah satu pilar utama justru merugikan posisi Indonesia, karena banyak negara yang mengincar pasar Indonesia sebagai negara tujuan eksportnya.

Kenyataan yang menunjukkan besarnya potensi pasar domestik ini menyebabkan strategi standarisasi di Indonesia sampai saat ini lebih bersifat defensif. Dengan kata lain sistem defensif pada strategi standarisasi adalah sistem perlindungan yang hanya mewajibkan suatu produk untuk dilakukan standarisasi. Titik berat kegiatan standarisasi nasional masih fokus pada pemberlakuan SNI secara wajib yang diharapkan dapat mencapai tujuan utamanya untuk melindungi kepentingan publik dan lingkungan serta mampu berfungsi sebagai hambatan teknis perdagangan secara terselubung. Strategi defensif ini, mungkin memerlukan evaluasi, paling tidak bila kita melihat pada pertumbuhan Tiongkok sebagai raksasa ekonomi dunia saat ini yang justru dicapai dengan strategi ofensif, yakni strategi yang bersifat menyerang atau sesuatu hal yang bersifat agresif,¹⁷ meskipun Tiongkok sebagai negara dengan penduduk terbesar di dunia memiliki potensi pasar domestik yang jauh lebih besar dari Indonesia.

Indonesia sebagai anggota ASEAN, meskipun jumlah penduduk Indonesia hampir 50% dari jumlah penduduk ASEAN tetapi *Gross Domestic Product* (GDP) Indonesia baru mencapai 30% dari GDP total ASEAN. Oleh karena itu dari sudut pandang korelasi antara GDP dengan volume ekonomi pasar, sebenarnya terdapat potensi ekonomi yang besar bila Indonesia mampu menjadi negara pengeksport utama bagi anggota-anggota ASEAN lainnya.

MEA melalui pilar-pilarnya yakni aliram bebas barang dan jasa, maka perdagangan pun dilakukan dengan melampaui batas-batas umum, tanpa tarif dan penghalang. Penghapusan tarif tersebut menyebabkan standarisasi menjadi pilar

¹⁷ Badan Standardisasi Nasional, "Draft Strategi standarisasi Nasional 2015-2025", Jakarta Oktober 2013, http://bsn.go.id/uploads/download/draft_strategi_standarisasi_1.pdf, diakses pada tanggal 10 Januari 2018

utama untuk menembus pasar regional, bahkan global. Melalui standarisasi, maka dapat mengurangi permasalahan yang disebabkan oleh berbagai jenis bentuk atau ukuran produk yang terdapat di pasar. Akibat dari ketidaksimetrisan informasi dapat mengakibatkan pilihan yang merugikan konsumen dan kegagalan pasar yang besar. Apabila pembeli tidak dapat membedakan barang yang bermutu tinggi dan bermutu rendah, maka yang dirugikan adalah produsen barang yang bermutu tinggi karena harus menopang premi harga barang tersebut. Jika premi tersebut tidak ada, dan jika biaya produksi produk bermutu tinggi melebihi biaya produksi produk bermutu rendah, maka produsen barang bermutu tinggi tersebut tidak mungkin bertahan. Produsen barang bermutu rendah akan mendesak produsen barang bermutu tinggi dari pasar dengan menjual barang dengan harga yang lebih rendah. Pasar untuk mutu tinggi akan hancur dan tidak ada jual beli pada segmen ini, sehingga mengurangi surplus yang terjadi baik pada produsen atau konsumen barang bermutu tinggi ini.¹⁸

Pemberian informasi yang tepat dengan membangun reputasi baik dan memberikan isyarat kepada konsumen terhadap barang yang bermutu merupakan solusi yang dianggap tepat untuk menyelesaikan masalah ketidaksimetrisan informasi yang didapatkan oleh konsumen. Pemberian jaminan level tertentu untuk mutu produk juga menjadi solusi lain untuk membangun informasi terkait mutu produk kepada konsumen. Intervensi pemerintah juga merupakan cara yang cukup efektif. Standar bukan merupakan satu-satunya cara untuk mengatasi permasalahan pilihan yang salah, karena strategi pemberian isyarat dari sisi pasokan dan aktivitas perlindungan dari sisi permintaan juga merupakan strategi yang efektif. Namun demikian, standar dapat menjadi cara yang lebih efektif karena standar merepresentasikan barang masyarakat, yang dapat digunakan baik oleh pemasok maupun pengguna tanpa tambahan biaya.¹⁹

Praktiknya, terdapat 105 jenis produk yang wajib diberikan standarisasi yang sebagian besar produknya adalah produk yang berhubungan dengan kesehatan dan lingkungan hidup serta sumber daya alam. Suatu produk yang sudah

¹⁸ *Ibid*

¹⁹ *Ibid*

memenuhi SNI akan diberikan tanda SNI pada produknya. Apabila suatu produk tertentu telah diwajibkan SNI namun tidak memiliki tanda SNI, maka produk tersebut tidak boleh diedarkan atau diperdagangkan di wilayah Indonesia. Sementara itu, suatu produk yang berada di luar daftar yang wajib ber-SNI, tanda SNI berfungsi sebagai tanda bahwa produk tersebut memiliki keunggulan.

Produsen dari 105 produk wajib meningkatkan kualitas produk untuk memenuhi standardisasi yang diminta berdasarkan peraturan standardisasi menjadi strategi bagi produsen yang ada di Indonesia untuk bersaing di dalam pasar bebas ASEAN karena dengan meningkatkan kualitas produk hingga memenuhi standar produk-produk di Indonesia paling tidak telah memenuhi standar mutu yang diinginkan konsumen di pasar dalam negeri. Hal ini menjadi strategi karena produsen dari luar tidak akan mengetahui bagaimana standardisasi yang diminta oleh pasar Indonesia. Pada akhirnya produk dari luar yang tidak memenuhi standar akan ditolak sedangkan produk dalam negeri yang telah mengetahui dan memenuhi standar akan tetap bertahan dan lebih jauh lagi akan meningkat pada ekspor produk di pasar bebas ASEAN.

Upaya peningkatan kualitas produk Indonesia melalui standardisasi tersebut, selain untuk meningkatkan kualitas produk agar mampu bersaing di arena MEA, namun juga bentuk perlindungan konsumen. Melalui Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK) menjadi landasan hukum bagi upaya pemberdayaan konsumen, diharapkan dapat mengantar konsumen Indonesia menjadi konsumen mandiri, meningkat harkat dan martabatnya, dan memahami hak dan kewajibannya.²⁰ Hak-hak konsumen tersebut diatur di dalam UUPK antara lain yakni :²¹

- 1) hak atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan/atau jasa.
- 2) hak untuk memilih barang dan/jasa serta mendapatkan barang dan/jasa tersebut sesuai dengan nilai tukar dan kondisi serta jaminan yang dijanjikan.²²
- 3) hak atas informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa.

²⁰ *Pedoman Klausula Baku di Bidang Perbankan yang Disempurnakan*, Direktorat Perlindungan Konsumen, Dirjen Perdagangan Dalam Negeri, Departemen Perindustrian dan Perdagangan, 2003.

²¹ Pasal 4 UUPK.

²² *Ibid.*

Standardisasi sangat erat kaitannya dengan Hukum Perlindungan Konsumen, seperti yang telah dijelaskan sebelumnya dengan mengambil contoh produk yang sudah wajib SNI apabila dipenuhi oleh produsen maka ini akan meningkatkan standar kualitas produk yang dikonsumsi oleh konsumen dan sesuai dengan Pasal 4 huruf a UUPK bahwa konsumen memiliki hak atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan/atau jasa. Sehingga dengan adanya Standardisasi ini maka hak konsumen atas kenyamanan, keamanan dan keselamatan dalam mengkonsumsi produk tersebut menjadi terpenuhi.

ASEAN MRA (*Mutual Recognition Arrangement*) di Adopsi oleh Negara-negara ASEAN dalam Rangka MEA

Standar dibuat sebagai alat untuk tukar menukar informasi, memastikan kualitas, dan mencapai keinginan publik. Sebagai contoh persyaratan standar emisi dan bensin dapat memberikan kontribusi agar udara tidak terpolusi. Standar dapat meningkatkan alur informasi antara produsen dan konsumen melalui karakteristik dan kualitas produk, sehingga dapat memfasilitasi transaksi dalam pasar. Proses standardisasi dapat mengurangi biaya yang tidak dapat diprediksi. Standar berguna bagi konsumen untuk membandingkan barang-barang yang memiliki kesamaan karakteristik. Selain itu standar juga berguna untuk meningkatkan elastisitas barang substitusi di antara produk yang sejenis.²³ Dengan penerapan standar tentunya akan mengurangi variasi produk sehingga dimungkinkan produksi massal yang lebih efisien. Selain itu standardisasi memberikan kepastian arah masa depan industri yang berdampak pada turunnya resiko investasi di bidang riset dan pengembangan. Penerapan standar di satu sisi merupakan sumber informasi mengenai apa yang diinginkan oleh konsumen. Standar menjadi informasi kunci dalam membuat produk sesuai dengan kebutuhan konsumen sehingga penerapan standar membuka peluang pasar bagi produsen. Keberadaan standar mempunyai efek penting terhadap inovasi. Standar menyediakan informasi yang mendorong

²³ John S. Wilson, *Standard, Regulation and Trade (WTO Rules and Developing Country Concern)*, *Development Trade and The WTO: A Hand Book*, World Bank, Washington DC, 2002, hlm. 429

proses inovasi dengan cara mengembangkan teknologi yang dapat membuat produk lebih baik, aman dan lebih efisien.²⁴

Kebijakan standar mutu barang menetapkan bahwa sesama negara anggota harus saling memberikan informasi tentang standar, menerima prinsip *Conformity Assesment* dan/atau saling mengakui standar masing-masing negara dengan pembentukan *Mutual Recognition Arrangement* (MRA) dengan persyaratan adanya hak serta kewajiban yang seimbang. Secara umum dalam art III huruf c tentang Panduan Umum Resolusi PBB Nomor 39/428 – Laporan Komite kedua (A/39/789/Add.2) pada 9 April 1985, melalui *U.N Guidelines for Consumer Protection*, telah menetapkan seruan tentang ketentuan standardisasi produk bagi kepentingan perlindungan konsumen dengan mendorong setiap negara wajib merumuskan, mempromosikan pengembangan dan penerapan standar mutu serta keamanan produk baik secara sukarela maupun wajib pada tingkatan nasional maupun internasional. Penerapan standar tersebut harus secara periodik dilakukan pengkajian berulang-ulang.

Prinsip yang dianut dalam mempersiapkan standar harus menjamin bahwa ditetapkan sesuai dengan ketentuan dalam industri dan memenuhi pilihan serta keinginan masyarakat pada umumnya. Hal ini dilakukan agar kepentingan produsen dan konsumen dapat diperhatikan. Oleh sebab itu dalam rangka globalisasi perdagangan dunia, SNI diusahakan setara dengan standar internasional.

Terdapat kesulitan yang dihadapi Indonesia sebagai negara berkembang dalam melaksanakan prosedur penilaian kesesuaian yaitu prosedur penilaian kesesuaian membutuhkan dana yang cukup banyak, kurangnya dana mengakibatkan badan yang melakukan prosedur penilaian kesesuaian tidak banyak atau tidak ada di negara berkembang. Hal ini membuat produsen di negara berkembang harus melakukan prosedur penilaian kesesuaian terhadap produknya di luar negeri dan membuat biaya produksi menjadi naik. Meskipun telah ada lembaga yang melakukan prosedur penilaian kesesuaian, namun tidak ada jaminan bahwa sertifikat yang telah dikeluarkan oleh lembaga tersebut diterima di

²⁴ Editorial, “Special Report: Kontribusi Standardisasi Terhadap Ekonomi”, *Majalah SNI Valuasi* Vol. 3 No. 2 Tahun 2009, Badan Standardisasi Nasional.

negara tujuan ekspor. Kesepakatan mengenai saling pengakuan penilaian kesesuaian ada dua macam yaitu yang bersifat multilateral disebut dengan *Multilateral Recognition Arrangement* dan bersifat bilateral disebut dengan *Mutual Recognition Agreement*. MRA dalam bidang standarisasi antara lain meliputi saling pengakuan atas hasil pengujian, kalibrasi, sertifikasi sistem manajemen mutu dan lain-lain dengan badan standarisasi atau institusi negara lain atau dengan organisasi standarisasi internasional dan regional. Hal tersebut sangat diperlukan untuk dapat mendukung kelancaran perdagangan internasional.

Hukum internasional mengenal istilah *Mutual Recognition Arrangement* (MRA) yaitu suatu kesepakatan pengakuan terhadap produk-produk tertentu untuk memudahkan proses ekspor-impor sehingga tidak memerlukan proses pengujian kembali karena memang sudah memakai standar yang sama. Sejak diperkenalkan oleh *World Trade Organization* (WTO), MRA, standar, peraturan teknis, dan *conformity assessment* menjadi sering digunakan dalam perdagangan internasional. Banyak negara yang menggunakan MRA ini dalam perdagangannya yang bersifat bilateral. Selain itu MRA juga banyak diadopsi dalam tingkatan multilateral. Penggunaan MRA di level regional dapat dilihat dalam praktik di ASEAN. Konsep MRA digunakan ASEAN melalui *ASEAN Framework Agreement on Mutual Recognition Arrangements* (1998), yang saat ini dituangkan dalam ASEAN MRA, yang digunakan untuk mendukung rezim perdagangan bebas AFTA (*ASEAN Free Trade Area*) yang dibentuk untuk mewujudkan liberalisasi perdagangan antar negara-negara ASEAN.

MRA ASEAN adalah perjanjian kerjasama yang diciptakan untuk mendukung kebebasan dan memfasilitasi pertukaran dibidang barang maupun jasa diantara Negara-negara anggota ASEAN. MRA merupakan bagian dari banyaknya perjanjian yang telah disetujui oleh semua Negara anggota ASEAN yang dibuat dalam rangka untuk mempercepat pencapaian AFAS (*ASEAN Framework Agreement on Services*) sebagai salah satu tonggak pemenuhan tujuan dari *ASEAN Free Trade Area* (AFTA). AFTA sendiri pada dasarnya juga dibuat untuk mencapai tujuan ekonomi ASEAN secara keseluruhan di bidang ekonomi, yaitu menciptakan pasar dan basis produksi tunggal, yang ditandai dengan adanya aliran bebas dari barang, jasa, dan investasi seperti yang telah diuraikan di

Perjanjian Bali/Bali Concord II. Menurut Soedjono Dirdjosisworo, pembentukan ASEAN Free Trade Area (AFTA) memberikan kontribusi penting bagi perdagangan dunia, karena tujuan liberalisasi perdagangan regional ASEAN sejalan dengan tujuan GATT/WTO yang berdasarkan *outward oriented* dan akan menunjang percepatan liberalisasi perdagangan dunia.²⁵

Penggunaan standar produk secara alamiah memang dapat berdampak terhadap pembatasan perdagangan produk, tujuannya pada dasarnya untuk memastikan bahwa setiap negara memiliki hak kedaulatan untuk menyediakan perlindungan yang maksimal. Pada prakteknya, besar kemungkinan standar yang tidak mampu dicapai oleh pelaku usaha menyebabkan pelaku usaha tidak bisa masuk pasar dan secara tidak langsung dapat menyebabkan praktek monopoli yang disebabkan standar yang tidak bisa dicapai oleh pelaku usaha, khususnya UMKM yang pada umumnya memiliki banyak kekurangan dibandingkan dengan pelaku usaha besar. Dalam hal standar produk di Indonesia, sebenarnya sudah ada mekanisme yang baik dalam penentuan standar nasional SNI sebagaimana tercantum di dalam Bab IV PP Standardisasi Nasional. Demikian pula halnya dalam ruang lingkup ASEAN yang sedang dalam proses harmonisasi baik dalam perdagangan barang melalui ASEAN *Consultative Committee on Standards & Quality* (ACCSQ) dan dalam perdagangan jasa melalui ASEAN *Framework Agreement on Services* (AFAS).

MRA merupakan suatu kesepakatan saling mengakui terhadap produk-produk tertentu antar dua atau beberapa negara untuk mempermudah kegiatan impor maupun ekspor tanpa melalui dua atau beberapa kali pengujian. Secara umum MRA diperlakukan terhadap sertifikasi hasil uji (oleh Laboratorium Uji yang didasarkan pada Standar ISO 17025) dan sertifikasi produk (oleh Lembaga Sertifikasi Produk yang didasarkan pada standar ISO Guide 65). Dalam hal ini MRA mempunyai tujuan untuk memfasilitasi perdagangan dan menstimulir aktivitas ekonomi antar berbagai pihak melalui keberterimaan dalam hal satu standar, satu pengujian, satu sertifikasi dan apabila sesuai, satu penandaan.

²⁵ Soedjono Dirdjosisworo, *Kaidah-Kaidah Hukum Perdagangan Internasional (Perdagangan Multilateral) Versi Organisasi Perdagangan Dunia (World Trade Organisation) WTO*, CV. Utomo, Bandung, 2004, hlm. 20

Terbentuknya MRA dilatarbelakangi oleh terhambatnya ekspor suatu komoditi ke suatu negara akibat peraturan teknis/standar yang diberlakukan oleh negara importir, sehingga untuk menjembatani kegiatan ekspor/impor agar tidak menghadapi hambatan baik berupa tingginya biaya yang ditimbulkan dan keterlambatan sampainya barang di tangan konsumen sebagai akibat adanya pemeriksaan di pelabuhan tujuan, maka ditempuhlah MRA. Berlakunya MRA antara dua negara (*Government to Government*) diawali dengan ditandatanganinya MoU (*Memorandum of Understanding*). Selanjutnya antara dua negara saling tukar menukar informasi dengan cara saling mengadakan kunjungan ke masing-masing laboratorium negara yang bersangkutan.

Terdapat beberapa persyaratan yang harus dipenuhi oleh suatu produk untuk dapat diajukan dalam MRA untuk mengidentifikasi produk-produk unggulan, yakni:

- a. Tersedia standar produk yang telah sesuai (*align*) dengan standar internasional.
- b. Telah didukung dengan Lembaga Penilaian Kesesuaian (*Conformity Assessment Body*) sesuai produk tersebut, seperti: Lembaga Sertifikasi Sistem Mutu dan Lingkungan, Laboratorium Penguji dan Kalibrasi, Lembaga Sertifikasi Produk, Lembaga Sertifikasi Personel.
- c. Telah didukung dengan regulasi (UU, Keppres, SK Menteri dan peraturan perundangan lainnya) yang mengatur produk tersebut dari instansi yang berwenang, baik untuk kepentingan ekspor maupun impor.

Ilmu hukum membutuhkan kesesuaian dan keselarasan antara satu perundang-undangan yang satu dengan yang lainnya, penyesuaian ini dikenal dengan harmonisasi. Harmonisasi dalam hukum mencakup penyesuaian peraturan perundang-undangan, keputusan pemerintah, keputusan hakim, sistem hukum dan asas-asas hukum dengan tujuan peningkatan kesatuan hukum, kepastian hukum, keadilan dan kesebandingan, kegunaan dan kejelasan hukum tanpa mengaburkan dan mengorbankan pluralisme hukum.²⁶ Harmonisasi standar di ASEAN akan menciptakan kemudahan perdagangan regional antara negara-negara anggota ASEAN. Tanpa adanya upaya dan komitmen terhadap penerapan harmonisasi standar yang maksimal maka ancaman resiko global dari

²⁶ Suhartono, "Harmonisasi Peraturan Perundang-undangan dalam Pelaksanaan Anggaran Belanja Negara", *Disertasi*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2011, hlm. 94

perdagangan bebas adalah tersingkir dari kompetisi global sehingga akan mengakibatkan melemahnya daya saing suatu bangsa yang akan mengakibatkan rentannya kemandirian bangsa tersebut karena tidak mampu bersaing dengan produk-produk dari negara-negara lain yang memiliki tingkat kualitas dan mutu yang nomor satu. Harmonisasi standar pada perjanjian perdagangan bebas regional antara negara-negara ASEAN merupakan perwujudan perjanjian perdagangan bebas antara negara-negara ASEAN (Indonesia, Thailand, Malaysia, Singapura, Filipina, Brunei Darussalam, Vietnam, Laos, dan Kamboja) memiliki kekurangan dan kelebihan. Kekurangannya, jika industri dalam negeri belum siap bersaing dengan produk-produk dari negara lainnya maka industri dalam negeri berpotensi akan gulung tikar dan tidak mampu beroperasi lagi. Maka dari itu dibutuhkan kesiapan pemerintah dalam mempersiapkan infrastruktur dan peningkatan daya saing industri harus mutlak dilakukan.

Mengharmonisasikan standar akan tercipta kesamaan kualitas produk yang dapat menjamin perlindungan konsumen karena SNI menjadi salah satu bagian instrumen vital dalam menghadapi masalah-masalah yang muncul ketika berlangsungnya globalisasi di Indonesia. Selain akan melindungi masyarakat, meningkatkan daya saing, keamanan, kesehatan dan lingkungan, SNI juga dapat menjadi pemecahan masalah yang paling ampuh dalam menghadapi proses globalisasi yang bergerak melalui proses kerjasama regional seperti CAFTA, atau maupun yang akan datang yaitu India AFTA, Kanada AFTA dan lain-lain. Harmonisasi standar akan mempercepat hubungan perdagangan dan perlindungan pasar Asia Tenggara dari produksi-produksi yang tidak berstandar. Melalui penerapan SNI diharapkan dapat meningkatkan daya saing produk-produk Indonesia sehingga mampu bersaing dengan produk-produk negara lainnya baik yang anggota ASEAN maupun yang berasal dari China. Harmonisasi standar diharapkan dapat segera dilaksanakan pada semua jenis produk yang menjadi mata dagang ASEAN untuk menciptakan kemudahan dalam arus perdagangan bebas regional ASEAN.

Langkah-langkah yang dapat dilakukan oleh Pemerintah untuk meminimalisasi kekurangan dan memaksimalkan kelebihan penerapan standar adalah: melakukan pengawasan terhadap produk ilegal yang masuk ke Indonesia

dalam rangka untuk melindungi konsumen dan produsen dalam negeri terhadap pasar domestik; atau tarif sudah tidak relevan lagi dengan adanya CAFTA, hanya dengan diferensiasi produk dan penerapan SNI maka produk-produk Indonesia akan memiliki nilai tambah dan akan mampu bersaing dengan produk-produk dari negara-negara lainnya. SNI juga dapat dijadikan sebagai saringan masuknya dari gempuran barang-barang Impor dari berbagai dunia. Seluruh barang impor harus memenuhi SNI jika ingin beredar di Indonesia sehingga akan dapat memproteksi produk-produk dalam negeri dari serangan barang-barang Impor negara lain yang sudah mulai masuk ke pelosok daerah bahkan hampir menggerus produsen dalam negeri.

Penutup

Berdasarkan analisis di atas, dapat disimpulkan bahwa strategi peningkatan kualitas produk melalui Standardisasi Produk Nasional dalam rangka MEA yaitu dengan cara harmonisasi peraturan standardisasi nasional, karena ini akan mempercepat hubungan perdagangan dan perlindungan pasar Asia Tenggara dari produksi-produksi yang tidak berstandar melalui Penerapan Standardisasi Nasional Indonesia (SNI) diharapkan dapat meningkatkan daya saing produk-produk Indonesia sehingga mampu bersaing dengan produk-produk negara lainnya baik yang anggota ASEAN maupun yang berasal dari China. Harmonisasi peraturan standardisasi nasional diharapkan dapat segera dilaksanakan pada semua jenis produk yang menjadi mata dagang ASEAN untuk menciptakan kemudahan dalam arus perdagangan bebas regional ASEAN. Selain dengan harmonisasi standar hal yang dapat dilakukan adalah Produsen wajib meningkatkan kualitas produk untuk memenuhi standardisasi yang diminta berdasarkan peraturan standardisasi, hal ini menjadi strategi bagi produsen yang ada Indonesia untuk bersaing di dalam pasar bebas ASEAN karena dengan meningkatkan kualitas produk hingga terstandardisasi produk-produk di Indonesia paling tidak telah memenuhi standar mutu yang diinginkan konsumen di pasar dalam negeri, hal ini menjadi strategi karena produsen dari luar tidak akan mengetahui bagaimana standardisasi yang diminta oleh pasar Indonesia. Pada akhirnya produk dari luar yang tidak memenuhi standar akan ditolak sedangkan

produk dalam negeri yang telah mengetahui dan memenuhi standar akan tetap bertahan dan lebih jauh lagi akan meningkat pada ekspor produk di pasar bebas ASEAN.

ASEAN MRA diadopsi oleh negara-negara ASEAN dalam rangka MEA adalah dengan penggunaan MRA di level regional yang dapat dilihat dalam praktik di ASEAN. Konsep MRA digunakan ASEAN melalui *ASEAN Framework Agreement on Mutual Recognition Arrangements* yang saat ini dituangkan dalam *ASEAN Mutual Recognition Arrangement*, yang digunakan untuk mendukung rezim perdagangan bebas AFTA yang dibentuk untuk mewujudkan liberalisasi perdagangan antar negara-negara ASEAN. Hal ini sesuai dengan salah satu pilar Visi ASEAN 2020 yaitu *ASEAN Economic Community*. Dalam hal ini MRA mempunyai tujuan untuk memfasilitasi perdagangan dan menstimulasi aktivitas ekonomi antar berbagai pihak melalui keberterimaan dalam hal satu standar, satu pengujian, satu sertifikasi dan apabila sesuai, satu penandaan.

Daftar Pustaka

Buku

- Badan Standardisasi Nasional, *Pengantar Standardisasi*, Edisi Pertama, Jakarta, 2009.
- _____, *Strategi Standardisasi Nasional 2015 – 2025*, Jakarta, 2013.
- Shofie, Yusuf, *Perlindungan Konsumen dan Instrumen-instrumen Hukumnya*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- Soemitro, Ronny Hanitijo, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali, Jakarta, 2006.
- Sumadi, *Metode Penelitian*, CV Rajawali, Jakarta, 1988.
- Sumardjono, Maria S.W., *Pedoman Pembuatan Usulan Penelitian*, Yogyakarta, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 1989.
- Syawali, Husni dan Neni Sri Imaniyati, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Mandar Maju, Bandung, 2000.
- Wilson, John S., *Standard Regulation and Trade (WTO Rules and Developing Country Concern)*, *Development Trade and The WTO: A Hand Book*, World Bank, Washington DC, 2002.

Artikel, Jurnal

Editorial, "Special Report: Kontribusi Standardisasi Terhadap Ekonomi", *Majalah SNI Valuasi* Vol. 3 No. 2 Tahun 2009, Badan Standardisasi Nasional.

Hamanaka, Shintaro and Sufian Jusoh, "The Emerging ASEAN Approach to Mutual Recognition", *Institute of Developing Economies, JETRO*, Chiba University 2016.

Ledda, Veredigna M., "AEC 2015: Issues and Challenges in Standards and Conformance", *Phillipine Journal of Development*, Number 71 Vol XXXIX No. 1 & 2, 2012

Scoles, Samuel D., "Harmonization Of Standards And Mutual Recognition Agreement On Conformity Assessment In Indonesia, Malaysia, Thailand And Vietnam", *ERIA Research Project Report* 2015 No. 15, November 2015

Shimizu, Kazushi, "The ASEAN Charter and the ASEAN Economic Community" *Economic Journal of Hokkaido University*, Vol. 40, 2011.

Sim, Edmund W, "The Outsourcing of Legal Norms and Institutions by the ASEAN Economic Community", *The Indonesian Journal of International and Comparative Law*, Vol 1 Issue 1, Januari 2014.

Romprasert, Suppanunta, "Asian Economic Community with Selected Macroeconomic Variables for Exports Sustainability," *International Journal of Economics and Financial Issues*, Vol. 3, No. 3, 2013.

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2014 tentang Standardisasi dan Penilaian Kesesuaian (Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5584)

Peraturan Pemerintah No. 102 Tahun 2000 tentang Standardisasi Nasional (Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4020)

Internet

WTO TBT Agreement "Code of Good Practice", Agreement on Technical Barriers to Trade, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm#annexIII diakses pada tanggal 15 Januari 2018.



Tinjauan Yuridis Pertanggungjawaban Pencemaran Minyak di Wilayah Teluk Balikpapan

Elisabeth Septin Puspoayu, Arief Rachman Hakim, dan Hanum Selsiana B.
Fakultas Ilmu Sosial dan Hukum, Universitas Negeri Surabaya
Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang
Jln. Ketintang, Surabaya; Jln. Prof. H. Soedarto, S.H. – Tembalang Semarang
hanumbella8@gmail.com

Received: 3 Mei 2018; *Accepted:* 12 September 2018; *Published:* 17 Januari 2019
DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art7

Abstract

Environmental pollution in Balikpapan Bay due to the leaking of Pertamina oil pipeline is a serious problem because it pollutes the marine ecosystem, resulting in disruption of environmental functions. However, the pollution caused by the burst pipeline due to the anchor of the MV Judger vessel cannot be directly imposed by the accountability mechanism as stipulated in Law on Environmental Protection and Management because there is no single factor in the incident. This paper aims to construct the form of accountability that must be done when an environmental pollution cannot be found as a single factor of error and involves the subject of international law outside the jurisdiction of the country where the pollution occurs. The type of research used is normative juridical. The result shows that joint accountability in the perspective of civil law is the best solution because the absence of a single factor and the existence of force majeure require that the parties involved in the shipping also be responsible for the pollution.

Keywords: Marine pollution; Balikpapan bay; force majeure, accountability

Abstrak

Pencemaran lingkungan yang terjadi di teluk Balikpapan dikarenakan bocornya pipa minyak Pertamina merupakan masalah serius dikarenakan mencemari ekosistem laut yang berakibat terhadap terganggunya fungsi lingkungan. Namun pencemaran yang diakibatkan oleh kebocoran pipa minyak karena lego jangkar kapal MV Judger ini tidak dapat langsung dikenakan mekanisme pertanggungjawaban sebagaimana diatur dalam UU PPLH karena tiadanya faktor tunggal kesalahan dalam peristiwa tersebut. Tulisan ini akan mengonstruksikan bagaimana bentuk pertanggungjawaban yang harus dilakukan bilamana suatu pencemaran lingkungan tidak dapat ditemukan faktor tunggal kesalahan dan melibatkan subyek hukum internasional di luar yurisdiksi negara tempat terjadinya pencemaran. Jenis penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif. Ditemukan bahwa cara pertanggungjawaban tanggung renteng secara keperdataan merupakan solusi terbaik karena ketiadaan faktor tunggal dan adanya keadaan memaksa mengharuskan pihak yang terkait dengan pelayaran tersebut juga turut bertanggungjawab atas pencemaran tersebut.

Kata-kata Kunci : Pencemaran laut; teluk Balikpapan; keadaan memaksa, pertanggungjawaban

Pendahuluan

Pencemaran terhadap lingkungan laut selalu mendapat perhatian dunia internasional, Hal ini disebabkan karena dampak dari aktivitas suatu negara dalam melakukan pengelolaan laut mulai mengganggu ketersediaan sumber daya alam baik bagi negara itu sendiri maupun bagi negara-negara lain. Hal ini memerlukan tindakan khusus dalam pertanggungjawabannya karena banyak dampak negatif yang ditimbulkan. Kasus pencemaran minyak yang terjadi di teluk Balikpapan merugikan masyarakat yang tinggal di sekitar pesisir.

Kasus pencemaran minyak bermula pada 31 Maret 2018, kebocoran minyak terjadi diduga akibat patahnya pipa penyalur minyak mentah dari Terminal Lawe-lawe di Penajam Paser Utara ke kilang Balikpapan. Pipa yang dipasang pada 1998 tersebut putus dan bergeser sekitar 120 meter dari posisi awalnya. Penyebab pipa patah mengarah pada kapal MV Ever Judger milik Power Metal Investment Ltd.¹ Jangkar kapal seberat 12ton diduga tersangkut di pipa, lalu terseret hingga patah. Pukul 06.00 WITA tim melakukan penyisiran di perairan Pertamina terkait dengan tumpahan minyak tersebut, dimulai dari pelabuhan Chevron, pelabuhan Semayang sampai Kampung Atas Air Baru Ilir, Balikpapan Barat. Hasil patroli laut batas tumpahan minyak arah utara Kampung Atas Air hingga arah selatan pelabuhan *Speed* Chevron, arah Lawe-Lawe batas pertengahan antara kilang dan kapal tanker berlabuh. Sekitar pukul 10.00 WITA, melintas kapal Kargo batu bara, dan memicu terbakarnya tumpahan minyak serta membakar sebuah kapal nelayan dan kapal kargo itu sendiri.²

Beberapa hari setelah terjadi kebakaran kapal, ditemukan pipa putus pada Selasa 3 Maret yang kemudian hasil putusnya pipa tersebut baru bisa disampaikan setelah kebakaran kapal karena posisinya belum diketahui. Posisi pipa berada di Teluk Balikpapan yang dalam kondisi tidak jernih di mana jarak pandang hanya sampai 50 centimeter (cm) yang kemudian posisi pipa baru terdeteksi setelah tim penyelam melakukan pengecekan di lokasi kejadian. Pipa diketahui telah terseret

¹ Vessel Finder, "Ever Judger – Bulk Carrier", <https://www.vesselfinder.com/vessels/EVER-JUDGER-IMO-9632844-MMSI-353036000>, diakses pada tanggal 5 Juli 2018

² Arif Satrio, "Kronologi Solar Tumpah dan Membakar Dua Nelayan Balikpapan", <http://www.republika.co.id/berita/nasional/daerah/18/03/31/p6gnqi415-kronologi-solar-tumpah-dan-membakar-dua-nelayan-balikpapan> di akses pada tanggal 28 Mei 2018.

120 meter dari posisi semula dan berada di kedalaman 20-26 meter dibawah permukaan laut dengan panjang 4,5 km yang terbentang dari Terminal Lawe-Lawe ke Kilang Balikpapan³.

Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral (ESDM) menemukan yang menjadi penyebab tumpahan minyak di perairan Teluk Balikpapan, Kalimantan Timur. Tumpahan minyak disebabkan oleh putusnya pipa di bawah laut akibat tersangkut jangkar kapal. Jangkar kapal membuat pipa patah dan minyak yang mengalir ke luar bercampur dengan air laut dan memicu kapal terbakar. Seharusnya tidak ada kapal yang melakukan lego jangkar di area tersebut. Namun karena cuaca buruk memaksa kapal melakukan lego jangkar dan kapal pun terombang-ambing, sehingga membuat jangkar kapal menyeret pipa. Kapal tersebut mengangkut batu bara ke China asal Panama.⁴

Tumpahan itu juga berdampak pada lingkungan di wilayah Balikpapan, pertama, terdapat pasir/tanah yang terkontaminasi minyak seluas 12.145 m³ di Kota Balikpapan dan 30.156 m³ di Kabupaten Penajam Paser Utara. Kedua, masih ditemukan jejak minyak di pasir pantai pada kedalaman yang bervariasi, mulai dari vegetasi pantai, muara sungai, biota, batu karang. Ketiga, area hutan *mangrove* yang terkena dampak tumpahan terdapat pada Penajam Paser Utara dan Kariangau Kota Balikpapan dengan luas area terdampak sekitar 270 hektare (ha). Dampak kerusakan ini, masyarakat sekitar tidak bisa beraktivitas di pantai seperti berenang atau memancing, rusaknya ekosistem di pesisir Balikpapan hingga radius 80 kilometer, berpindahnya spesies mamalia, dan hilangnya mata pencaharian ratusan nelayan.⁵

Pipa penyalur tersebut juga berada di Daerah Terbatas Terlarang (DTT) di mana kapal seharusnya tidak boleh membuang jangkar karena dapat mengganggu operasi pipa. Jangkar kapal yang dilakukan oleh pelayaran tersebut diperkirakan

³ Anggita Rezki Amalia, "Ini Kronologi Penemuan Pipa Putus di Teluk Balikpapan Versi Pertamina", <https://katadata.co.id/berita/2018/04/10/ini-kronologi-penemuan-pipa-putus-di-teluk-balikpapan-versi-pertamina> diakses pada tanggal 28 Mei 2018.

⁴ Pebrianto Eko Wicaksono, "Terungkap, Ini Penyebab Tumpahan Minyak di Teluk Balikpapan" <https://www.liputan6.com/bisnis/read/3429098/terungkap-ini-penyebab-tumpahan-minyak-di-teluk-balikpapan> diakses pada tanggal 28 Mei 2018.

⁵ Anggita Rezki Amelia, "Sanksi Pertamina Atas Tumpahan Minyak di Teluk Balikpapan", <https://katadata.co.id/berita/2018/04/16/sanksi-pertamina-atas-tumpahan-minyak-di-teluk-balikpapan>, diakses tanggal 19 April 2018

telah lolos atau terlewat dari posisi kejadian terseretnya pipa minyak tersebut. Penyebab patahnya pipa Pertamina itu masih dalam proses penyelidikan oleh Polda setempat. Pencemaran ini menjadi masalah yang penting bagi Indonesia, karena ke sekian kali telah terjadi pencemaran minyak yang mencemari lingkungan laut Indonesia.

Pasal 192 *United Nations Convention on the Law of The Sea 1982* (UNCLOS 1982), dinyatakan bahwa setiap negara harus menjaga lingkungan laut, yang berarti memberikan penekanan bahwa ekosistem laut merupakan bagian yang wajib dijaga dan dilestarikan oleh setiap negara. Konvensi tersebut juga mengatur penyelesaian berupa pertanggungjawaban dan ganti kerugian atas pencemaran tersebut. Pengaturan mengenai pertanggungjawaban atas pencemaran lingkungan laut diatur dalam ketentuan Pasal 235 UNCLOS 1982.⁶

Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan (KLHK) menurunkan tiga Direktur Jenderal (Dirjen) KLHK untuk serius menangani kasus tumpahan minyak di Teluk Balikpapan, Kalimantan Timur. Tim penegakan hukum KLHK juga mengumpulkan bukti-bukti untuk menentukan terjadi pelanggaran atau tidak dalam kasus tersebut dan juga menegaskan sesuai dengan prinsip umum dalam hukum lingkungan yakni *polluter pays principle*. Langkah hukum yang dipersiapkan oleh KLHK adalah tuntutan ganti rugi terhadap pencemaran dan perusakan lingkungan. Berkaitan dengan langkah hukum yang dilakukan, KLHK telah menerjunkan para pengawas, penyidik, petugas laboratorium, ahli lingkungan, terumbu karang, *modelling* dan valuasi, serta tim penghitung ganti rugi. Saat ini sedang didalami apa yang menyebabkan terjadinya tumpahan minyak ini apakah karena adanya permasalahan terkait *integrity* pipa minyak tersebut, atau adanya faktor lain, sehingga pipa minyak tersebut putus. Berdasarkan paparan di atas maka patut dikaji dalam aspek yuridis bagaimana bentuk pertanggungjawaban yang harus dilakukan terkait dengan kerusakan lingkungan yang terjadi akibat kebocoran pipa yang terjadi tersebut.

⁶ Novia Kusuma Ningsih, "Pertanggungjawaban Negara Terhadap Pencemaran Laut Timor Oleh Tumpahan Minyak Australia Berdasarkan Unclos III 1982 Dan Hukum Lingkungan Internasional", artikel dalam *Jurnal Hukum*, Vol. III, No 1, Februari 2016, hlm. 2

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang penelitian yang telah diuraikan, maka permasalahan yang akan diteliti pada penelitian ini adalah : Bagaimana bentuk pertanggungjawaban atas peristiwa kebocoran pipa minyak yang mencemari Teluk Balikpapan?

Tujuan Penulisan

Menganalisis dan menentukan bentuk pertanggungjawaban atas peristiwa kebocoran pipa minyak yang mencemari Teluk Balikpapan.

Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian hukum normatif yang dilakukan dengan meneliti bahan pustaka atau data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder berupa hasil penelitian, tulisan dan pendapat para pakar hukum internasional. Penelitian ini akan disusun menggunakan tipe penelitian yuridis-normatif, yaitu penelitian yang mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif. Penelitian hukum ini mencari kebenaran koherensi yakni adakah aturan hukum sesuai dengan norma hukum, adakah norma sesuai dengan prinsip hukum, dan apakah tindakan sesuai dengan norma hukum atau prinsip hukum,⁷ serta melakukan pemecahan masalah untuk memberikan preskripsi atas isu hukum yang diajukan.⁸

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Strict Liability dan Liability Based on Fault

Hukum Lingkungan Internasional terdapat beberapa prinsip yang dapat digunakan oleh negara untuk meminta pertanggungjawaban kepada para pihak dalam hal kerusakan lingkungan yang diakibatkan oleh perbuatan para pihak. Salah satu dari prinsip tersebut adalah *Polluter Pays Principle* (prinsip pencemar membayar). Prinsip ini terdapat dalam deklarasi Rio de Janeiro yang berbunyi "*National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter*

⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum (Edisi Revisi)*, Prenada, Jakarta, 2005, hlm. 47

⁸ Dyah Ochtorina Susanti dan A'an Efendi, *Penelitian Hukum (Legal Research)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, hlm. 1

should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment".⁹ Prinsip ini secara sederhana mengharuskan penghitungan kerugian terhadap pihak yang menyebabkan pencemaran, yakni berupa kewajiban pembayaran dari aktivitas yang menyebabkan kerusakan dengan menggunakan instrumen ekonomi dan penerapan aturan terkait persaingan usaha dan subsidi.¹⁰ Prinsip pencemar membayar ini kemudian harus didasarkan pada adanya dua prinsip lainnya yang terkait bilamana terjadi adanya pencemaran lingkungan yaitu *strict liability principle* dan *liability based on fault principle*.

Prinsip *strict liability* atau tanggung jawab langsung yakni asas di mana pertanggungjawaban atas suatu pencemaran lingkungan tidak perlu lagi mengandalkan adanya pembuktian terlebih dahulu terhadap siapa yang berperan atau yang menyebabkan suatu pencemaran ataupun unsur-unsur dalam suatu pencemaran, namun didasarkan pada bukti riil kerusakan yang terjadi atas suatu kejadian pencemaran itu sendiri. Prinsip tanggung jawab langsung ini sendiri berkembang di Inggris di mana banyak terjadi suatu pencemaran yang membahayakan dan dianggap di luar kelaziman.¹¹ Pengenaan *strict liability* dalam suatu kegiatan yang dianggap berbahaya dalam hal ini terdapat beberapa kualifikasi yang dapat menentukan dalam aplikasinya yakni:¹²

1. Kegiatan tersebut mengandung tingkat bahaya yang tinggi bagi manusia, tanah, atau benda bergerak orang lain (*the activity involves of some harm to the person, land or chattels of others*);
2. Kerusakan yang diakibatkan oleh kegiatan tersebut mempunyai kemungkinan untuk menjadi besar (*the harm which may result from it its likely to be great*);
3. Risiko tidak dapat dihilangkan, meskipun kehati-hatian yang layak sudah diterapkan (*the risk cannot be eliminated by the exercise of reasonable care*);
4. Kegiatan tersebut tidak termasuk ke dalam kegiatan yang lazim (*the activity is not a mater of common usage*);

⁹Takdir Rahmadi, *Hukum Lingkungan di Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm. 21.

¹⁰ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, hlm. 279-280

¹¹ Andriansyah, "Penerapan Asas Pertanggung-Jawaban Mutlak (*Strict Liability*) Dalam Penanganan Tindak Pidana Lingkungan Hidup", artikel dalam *Jurnal Ilmu Hukum*, 2017, hlm. 6.

¹² Richard Posner, *Economic Analysis of Law Third Edition*, Walters Kluwers, Boston, 1986, hlm. 165.

Beberapa Konvensi Internasional yang mengatur mengenai prinsip tanggung jawab langsung di antaranya adalah:¹³

1. Konvensi tentang pertanggung jawaban pihak ketiga dibidang nuklir (*convention on third party liability on the field of nuclear energy*, 29 July 1960 Paris. Konvensi ini dibuat dalam kerangka OECD. *Organization Economic Cooperation and Development*, tentang pertanggung jawaban resiko dari penggunaan energi nuklir untuk kepentingan perdamaian (*the peaceful use of nuclear energy*). Konvensi ini mengatur prinsip tanggung jawab mutlak (*strict liability*) seperti dinyatakan dalam Pasal 9:

"The operator shall not be liable for damage caused by a nuclear incident directly due to an act of armed conflict, hostilities, civil war insurrection or except insofar as the legislation of the contracting party in whose territory his nuclear installation is situated may provide to the contrary a grave natural disaster of an exceptional character."

Dalam konvensi ini tidak ada kewajiban penggugat untuk membuktikan unsur kesalahan (*fault* atau *negligence*) apabila kerugian telah timbul objek pertanggungjawaban/tergugat (*operator* instalasi nuklir, penanggung, penjamin keuangan seketika bertanggung jawab atas kerugian dengan jumlah maksimum yang telah ditetapkan dalam konvensi ini).

2. Konvensi internasional tentang pertanggung jawaban sipil atas kerugian pencemaran minyak (*liability for oil pollution damage*, 29 November 1969, Brussels). Dalam Pasal 3 konvensi ini mengatur aspek pertanggungjawaban berdasarkan *strict liability*.
3. Konvensi tentang pertanggung jawaban sipil terhadap kerugian yang diakibatkan oleh aktivitas yang membahayakan lingkungan (*convention on civil liability for damage resulting from activities dangerous to the environment*, Lugano, 21 Juni 1993). Pertanggung jawaban diatur dalam Bab II (Pasal 5, 6, 7 dan 8). Jenis pertanggungjawaban yang dianut ialah : *strict liability* dengan alasan pemaaf (*defences*) yang diistilahkan *exemptions*.
4. Rancangan protokol keamanan hayati (*biosafety*) sebagai pelaksanaan dari konvensi keanekaragaman hayati (*convention on biodiversity*). Pengaturan tentang *strict liability*, landasan utama yang mendorong Cina mengusulkan *strict liability* ialah kesejalaran prinsip tersebut dengan prinsip penting dalam pembangunan berkelanjutan yaitu prinsip *precautionary* (prinsip 15 Deklarasi Rio). Prinsip yang menekankan bahwa, apabila terdapat ancaman terhadap kerusakan yang serius maupun yang bersifat *irreversible*. Ketiadaan kepastian pembuktian ilmiah tidak dapat dijadikan alasan untuk menunda upaya pencegahan. Apabila pertanggung jawab menggunakan unsur kesalahan (*fault*) pada tergugat, seperti diinginkan negara-negara industri maju, maka tergugat selalu dapat berlindung dibalik ketidakpastian pembuktian ilmiah.
5. Konvensi Pergerakan Lintas Batas Limbah Bahan Berbahaya Beracun (*Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal*, 22 Maret 1989). Berdasarkan *Conference of the Parties* atas konvensi

¹³ Andriansyah, *Op. Cit.*, hlm. 10-11.

ini dibentuk komisi khusus tindak lanjut. Tim khusus mengusulkan bentuk pertanggungjawaban yang akan menjadi bagian dari protokol. Bentuk pertanggungjawaban yang diusulkan meliputi pertanggungjawaban *absolute liability* dan *strict liability*. Asuransi merupakan salah satu pihak yang terkait, oleh karenanya menentukan pilihan bentuk pertanggungjawaban. Menurut Barboza pilihan cenderung pada pertanggungjawaban tanpa kesalahan.

6. Konvensi tentang Pertanggungjawaban Sipil terhadap Kerugian yang Diakibatkan oleh Aktivitas yang Membahayakan Lingkungan (*Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment*, 21 Juni 1993, Lugano). Konvensi ini menganut bentuk pertanggungjawaban tanpa kesalahan (*liability without fault*) dengan alasan pemaaf (*defences/exemptions*).

Prinsip tanggung jawab mutlak (*Strict Liability*) dalam hukum nasional Indonesia sendiri telah diatur dalam Pasal 88 UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (UU PPLH). Pengaturan dalam Pasal 15 menyatakan 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”.

Penjelasan Pasal 88 menjelaskan bahwa “yang dimaksud dengan “bertanggung jawab mutlak” atau *strict liability* adalah unsur kesalahan tidak perlu dibuktikan oleh pihak penggugat sebagai dasar pembayaran ganti rugi”.

Menurut Richard A. Posner, melalui konsep *ultrahazardous, tort law* membebaskan *strict liability* pada aktivitas yang melibatkan bahaya dalam derajat tinggi yang tidak dapat dicegah oleh pihak yang telah bertindak hati-hati atau pihak yang mungkin menjadi korban. Area *strict liability* telah mendorong pihak yang menjalankan kegiatan yang digolongkan *extrahazardous* untuk membuat beberapa alternatif yang dapat mengurangi derajat bahaya. *Injurer* akan melakukan tindakan pencegahan pada level yang optimal karena bila ia melakukan tindakan pencegahan di bawah level yang optimal maka akan ada *total accident cost* yang harus ditanggungnya.¹⁴

John D. Blackburn, Elliot I. Klayman, dan Martin H. Malim dengan merujuk Pasal 520 *Restatement of The Law of Torts* di Amerika menyatakan bahwa untuk menentukan apakah suatu kegiatan termasuk kegiatan yang berbahaya, sehingga

¹⁴ Richard Posner, *Op. Cit.*, hlm. 165.

dapat dikenakan asas *strict liability* terdapat beberapa faktor yang dapat dijadikan faktor penentu, yaitu:¹⁵

1. Kegiatan tersebut mengandung tingkat bahaya yang tinggi bagi manusia, tanah, atau benda bergerak orang lain (*the activity involves of some harm to the person, land or chattels of others*);
2. Kerusakan yang diakibatkan oleh kegiatan tersebut mempunyai kemungkinan untuk menjadi besar (*the harm which may result from it its likely to be great*);
3. Risiko tidak dapat dihilangkan, meskipun kehati-hatian yang layak sudah diterapkan (*the risk cannot be eliminated by the exercise of reasonable care*);
4. Kegiatan tersebut tidak termasuk ke dalam kegiatan yang lazim (*the activity is not a mater of common usage*);
5. Kegiatan itu tidak sesuai dengan tempat di mana kegiatan itu dilakukan (*the activity is inappropriate to the place where it is carried on*);
6. Nilai atau manfaat kegiatan tersebut bagi masyarakat (*the value of activity to the community*).

Sementara itu konsep lain dari pertanggungjawaban ialah *liability based on fault* atau *fault-based liability* merupakan prinsip di mana pertanggung jawaban didasarkan pada pembuktian unsur kesalahan yang dilakukan oleh pihak yang diduga sebagai pelaku pencemaran lingkungan tersebut. Nama lain konsep ini ialah *due diligence* atau *due to negligence*. Hal ini menjadikan pertanggung jawaban suatu pencemaran lingkungan harus masuk dahulu dalam ranah pembuktian terhadap seberapa besar kerusakan lingkungan yang terjadi tersebut. Pertanggung jawaban berdasarkan kesalahan ini sebenarnya berawal dari zaman *Napoleonic Code* hingga Aristoteles yang mana hanya mengenakan pertanggung jawaban pada suatu tindakan yang benar-benar memberikan efek kerugian (*harmfull*).¹⁶ Penentuan seberapa besar suatu pencemaran dalam konsep ini, pertama harus ditentukan ukuran yang akan digunakan dalam penentuan suatu pencemaran apakah sudah melanggar atau melampaui batas tersebut, misalnya panas, terlalu besar, dan selain itu setiap kesalahan membutuhkan penentuan yang detail dengan melihat apa yang terjadi dalam keseharian suatu obyek tersebut.¹⁷

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ David Weisbach, "Negligence, Strict Liability, and Responsibility for Climate Change" Discussion Paper 2010-39, Cambridge, Mass: Harvard Project on Internasional Climate Agreement July 2010, hlm. 28.

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 28.

Pertanggungjawaban pada Kasus Pencemaran Minyak di Teluk Balikpapan

Terjadinya pencemaran di Teluk Balikpapan ini harus dilihat bahwa dalam pencemaran ini tidak dapat ditemukan adanya *single factor* atau faktor tunggal yang dapat dikenakan kepada pemilik kapal maupun operator kapal yang bersangkutan. Berdasarkan kronologi yang ada bahwa diketahui kapal tersebut membuang jangkar dikarenakan kapal tersebut terombang-ambing dikarenakan adanya cuaca buruk yang terjadi di lokasi tersebut.¹⁸ Bilamana mengikuti suatu konsep hukum umum yang sering digunakan bahwa hal dapat dikualifikasikan sebagai suatu peristiwa yang tidak dapat di kontrol atau di luar kendali dari manusia yang biasa disebut *force majeure*. Istilah *force majeure* secara harfiah dapat diartikan sebagai “*greater force*” atau kekuatan besar di mana tidak dapat dihindari atau dicegah oleh siapa pun, misalnya bencana alam, pemberontakan, peperangan atau bahkan “takdir Tuhan”, termasuk Mahkamah Agung Canada mendeskripsikannya sebagai sesuatu yang di luar perkiraan dan kendali.¹⁹ *Force majeure* merupakan kalimat dari terminologi hukum dalam bahasa Perancis yang berarti “*superior force*” kekuatan besar, yang tidak dapat diantisipasi atau dikontrol, yang berasal dari alam atau manusia, juga bisa disebut dalam terminologi *vis major*.²⁰ Selain itu *force majeure* dipahami sebagai suatu klausul yang dapat menghindarkan sebagian atau seluruhnya dari tanggung jawab, namun para pihak tetap perlu untuk melakukan eksaminasi untuk menentukan *force majeure* sesungguhnya.²¹

Secara umum adanya faktor alam yang menyebabkan adanya suatu kerugian dalam bentuk infrastruktur atau ekonomi maka secara logika tidak dapat di bebaskan pada suatu pihak semata. Faktor alam merupakan suatu yang jelas tidak dapat diperkirakan kapan terjadinya dan apa yang akan diakibatkan oleh terjadinya faktor alam tersebut. Adanya cuaca buruk yang mengenai Kapal MV Judger tersebut merupakan suatu faktor alam yang tidak dapat diketahui kapan terjadinya dan apa yang akan diakibatkan olehnya sehingga dapat dikatakan

¹⁸ Merdeka, <https://www.merdeka.com/uang/menteri-jonon-serahkan-masalah-kerusakan-lingkungan-akibat-minyak-tumpah-ke-klhk.html>, diakses pada 10 Juli 2018

¹⁹ Jon Woolley, “*Flooding and Force Majeur Clauses*”, Thomas Dorfmann Sweatman LLP Publications Volume 6 Juni 2011, hlm.1.

²⁰ Bryan A Garner, “*Black’s Law Dictionary 8th Edition*”, Thomson West, Minnesota, 2004, hlm. 1914.

²¹ Brett Hills et.al, *The Eurozone and Commodity Contracts 2*, Reed Smith Client Alert Ed. 12-203, September 2012, hlm. 7.

merupakan hal yang wajar bilamana keselamatan manusia yang berada di dalamnya beserta materilnya akan didahulukan daripada melihat faktor apa yang ada di sekitarnya. Penyelidikan awal yang dilakukan oleh pihak terkait diketemukan bahwa jangkar kapal yang terlepas dari pipa minyak yang bocor tersebut dapat kemudian diidentifikasi beberapa kemungkinan yakni, *pertama*, faktor cuaca yang sebegitu beratnya sehingga dapat menyeret kapal yang sudah melakukan lego jangkar di wilayah perairan tersebut, *kedua*, faktor posisi pipa yang memang terpapar sehingga tidak memperkirakan bilamana terjadi cuaca buruk dan tidak menghiraukan potensi pipa tersebut yang mungkin akan terkena bagian kapal yang melintas, *ketiga*, faktor pengaturan atau pelaporan cuaca dan lalu lintas kapal oleh otoritas kelautan atau pengatur lalu lintas kapal yang tidak dapat memperkirakan posisi cuaca atau mengetahui potensi kapal untuk memasuki wilayah yang terdapat jalur pipa tersebut.²² Faktor-faktor yang menyebabkan kebocoran pipa itu pun oleh karenanya tidak dapat dikatakan merupakan faktor tunggal atau berdiri sendiri yang menyebabkan tidak mudah untuk seketika menentukan pihak mana yang berhak bertanggungjawab.

Indonesia sendiri sebagai negara yang memiliki kedaulatan atas wilayahnya maka memiliki hak untuk dapat melaksanakan yurisdiksinya terhadap kapal yang dianggap melakukan pelanggaran di wilayahnya. Secara normatif Indonesia dalam UU PPLH menganut prinsip tanggung jawab mutlak atau *strict liability* di mana dalam persoalan kasus bocornya pipa minyak Pertamina yang dikarenakan lego jangkar kapal MV *Judgers* yang dilakukan dalam keadaan darurat menjadi tidak relevan untuk langsung diterapkan dalam kejadian tersebut.

Konsep pertanggungjawaban atas pencemaran minyak ini bilamana melihat pada *Civil Liability Convention 1969* terdiri dari 4 hal utama yang menjadi perhatian yakni:²³

1. Bahaya dari pencemaran minyak itu melekat dalam transportasi minyak dengan kapal melalui laut;
2. Kebutuhan untuk memastikan adanya kompensasi yang layak terhadap masyarakat yang mengalami kerugian dari pencemaran yang dihasilkan dari kebocoran atau bongkar muat dari kapal;

²² Estu Suryowati (Editor), <https://www.jawapos.com/jpg-today/25/04/2018/kasus-putusnya-pipa-pertamina-kapal-mv-ever-judger-disita> , diakses pada 10 Juli 2018

²³ Christopher Hill, *Maritime Law Fifth Edition*, LLP, London, 1998, hlm. 421.

3. Keinginan untuk penyamaan desain peraturan dan prosedur untuk menemukan pertanggungjawaban dan penyediaan ganti rugi yang layak; dan
4. Keinginan pemerintah agar lebih percaya diri dalam mengambil tindakan awal, dan tindakan yang menentukan.

Konsep yang ada dalam Konvensi tersebut sebenarnya hanya merujuk pada pencemaran bilamana dilakukan oleh kapal pengangkut minyak, sebagaimana diketahui, pencemaran minyak di teluk Balikpapan terjadi karena lego jangkar kapal MV *Judgers* yang dilakukan dalam keadaan cuaca buruk atau darurat yang menyebabkan terombang-ambingnya kapal tersebut. Namun demikian Konvensi tersebut dapat dikatakan menjadi suatu *milestones* pula dalam pengaturan hukum nasional dalam menanggulangi kejadian pencemaran minyak yang terjadi di laut. Melihat hal tersebut sebenarnya telah terjadi pergeseran perspektif dari subyek pencemaran minyak menjadi obyek pencemaran yang menjadi titik awal untuk memintakan suatu pertanggungjawaban atau ganti kerugian dalam kejadian pencemaran minyak di laut tersebut.

UU PPLH sendiri secara eksplisit hanya mengakui rezim pertanggungjawaban mutlak dalam setiap kejadian pencemaran lingkungan yang terjadi. Konsekuensi yang terjadi bilamana hukum nasional hanya mengakui adanya pertanggungjawaban mutlak semata dalam kasus pencemaran lingkungan ialah adanya potensi penyangkalan dari pihak tertentu terutama yang dikatakan terlibat dalam adanya pencemaran lingkungan yang sudah terjadi tersebut. Benar adanya bilamana secara konsep umum hukum internasional maka Indonesia berhak melaksanakan yurisdiksinya untuk langsung mengenakan pertanggungjawaban pada kapal tersebut. Namun dalam kejadian tersebut, telah nyata bilamana kapal tersebut sebenarnya tidak dapat langsung dikenakan suatu produk hukum nasional yang baik langsung maupun tidak langsung mengacu dari Konvensi tersebut. Kapal MV *Judgers* tersebut di klasifikasikan sebagai *Bulk Carrier* yang terpisah klasifikasinya dari kapal pengangkut minyak atau *Oil Tanker*,²⁴ sehingga penggunaan rezim pertanggungjawaban atas pencemaran minyak dengan Konvensi tersebut dapat dikesampingkan.

²⁴ Lihat The International Classification of Ships by Type (ICST) 1994, International Maritime Statistics Forum, www.imsf.info/media/1081/icst-94.pdf diakses pada 6 Juni 2018.

Berdasarkan paparan di atas maka terlihat bahwa secara normatif hukum nasional sebenarnya tidak memungkinkan untuk meminta pertanggungjawaban terhadap kapal MV *Judgers* melalui konsep pertanggungjawaban lingkungan dengan *strict liability* yang dianut oleh rezim UU PPLH. Hal tersebut dikarenakan pelbagai faktor sebagaimana disebutkan di atas mulai dari tindakan lego jangkar dalam keadaan darurat yaitu cuaca buruk, klasifikasi kapal hingga jenis pertanggungjawaban yang akan dikenakan tidak sesuai unsur atau perspektif dalam pengaturan di *Civil Liability Convention 1969* hingga UU PPLH tentang *strict liability* itu sendiri. Permintaan adanya pertanggungjawaban sendiri tidak dapat seketika diajukan karena kapal pada hakikatnya ialah merupakan bagian daripada teritorial suatu negara dalam hal ini merupakan kapal berbendera Panama. Oleh karenanya perlu dimengerti terlebih dahulu bagaimana prosedur adanya keadaan darurat yang harus dilakukan menurut mekanisme kapal tersebut dengan tidak mengesampingkan adanya prosedural umum keadaan darurat untuk kapal sipil dalam ranah hukum internasional.

Selain itu, dalam Pasal 18 ayat (2) UNCLOS yang mengatur mengenai hak lintas damai, berhenti berlayar termasuk pembuangan jangkar dapat dilakukan dalam masa *force majeure*, namun *force majeure* ini tidak dijelaskan dalam Konvensi sehingga bergantung pada praktik pelayaran dalam suatu negara,²⁵ hal tersebut tentu saja menandakan bahwa kapal yang berlayar dalam keadaan hak lintas damai sebenarnya tunduk pada yurisdiksi negara yang dilintasi, namun hukum nasional tidak dapat seketika diterapkan bilamana tidak terdapat faktor tunggal yang menjadi penyebab suatu kejadian tertentu.

Pencemaran lingkungan yang terjadi di Teluk Balikpapan tersebut tetap memerlukan pertanggungjawaban pihak-pihak yang diduga terlibat dalam peristiwa bocornya pipa minyak yang mencemari laut tersebut. Adapun sebagaimana paparan di atas bahwa dapat dinyatakan untuk pertanggungjawaban dari pihak kapal sebagai pihak yang patut diduga keras sebagai pihak yang bertanggungjawab atas bocornya pipa minyak yang mencemari laut sekitar, perlu dilakukan penyelidikan lebih dalam, dan pada akhirnya dapat diketemukan

²⁵ Tafsir Malick Ndiaye, Rudiger Wolfrum, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2007, hlm. 500.

bahwa pertanggungjawaban dalam problematika ini tidak dapat dilakukan secara *strict liability*. PT Pertamina sebagai pemilik pipa minyak tersebut perlu juga diperiksa apakah dalam pemasangan pipa yang dialiri minyak tersebut telah memperhitungkan sedemikian detailnya dalam keadaan darurat kemungkinan untuk dapat bocornya pipa oleh karena sebab apa pun.

Gugatan perdata merupakan satu-satunya cara yang mungkin untuk dilakukan dalam meminta pertanggungjawaban atas pencemaran yang terjadi dalam peristiwa ini. Pengajuan gugatan ganti rugi dalam perspektif perdata ialah paling mungkin dikarenakan tidak adanya faktor tunggal yang dapat disalahkan dalam peristiwa pencemaran di Teluk Balikpapan tersebut. UU PPLH memungkinkan untuk pemerintah atau pemerintah daerah memiliki hak gugat bilamana terjadi pencemaran lingkungan sebagaimana diatur dalam Pasal 90 UU tersebut. Bilamana hal tersebut dilakukan atas nama untuk menjaga dan meminta ganti rugi atas kelestarian lingkungan yang dirugikan atas peristiwa tersebut, maka dapat terjadi skenario gugatan tanggung renteng di antara kapal MV Judger dan PT Pertamina jikalau memang di antara keduanya telah nyata-nyata kemudian terbukti terdapat prosedur darurat yang tidak dijalankan.

Adapun konsep tanggung renteng diatur dalam KUH Perdata Indonesia (BW) dalam Pasal 1278 dan 1280 yang juga dapat diterapkan dalam kasus perbuatan melawan hukum (PMH). Konsep gugatan tanggung renteng dan pengenaan dalil perbuatan melawan hukum sebagaimana dirumuskan dalam pasal 1365 BW ini tidak lain karena sebagaimana melihat faktor uraian di atas, ketiadaan kesalahan tunggal dalam pencemaran laut tersebut menjadikan perkara ini menjadi hal yang rumit, namun satu hal yang pasti dalam pencemaran ini ialah obyek pencemaran telah merugikan banyak masyarakat termasuk negara yang harus mempergunakan aparturnya untuk sesegera mungkin melakukan tanggap darurat untuk melokalisir hingga menetralsir pencemaran agar tidak meluas ke wilayah lautan lain. Namun jelas dalam pencemaran tidak mungkin terjadi tanpa adanya prosedur yang dilanggar oleh pihak-pihak yang terkait dengan pencemaran tersebut dan murni terkait dengan *force majeure* saja. Gugatan tanggung renteng dalam PMH ini dapat segera dilakukan selain mendapatkan

payung hukum dari sisi lingkungan di mana dimungkinkan untuk melakukan gugatan perdata, termasuk juga pihak yang merasa dirugikan atas terjadinya sesuatu peristiwa biasanya berada diposisi yang minim informasi pihak mana yang menyebabkan adanya kerugian yang dia derita. Terlebih dalam sengketa dengan multi pihak di dalamnya, gugatan tanggung renteng dalam PMH tidak mengharuskan penggugat untuk tahu pasti pihak mana yang menyebabkan kerugian yang ia derita.²⁶

Keberadaan hukum terutama terkait pada aspek aparat penegak hukum untuk menyelesaikan problematika yuridis memang sebenarnya tidak harus untuk memasukkan faktor moral atau apakah putusan yang diambil nantinya dinilai terdapat basis moralitas atau tidak.²⁷ Sekalipun moralitas tersebut bukan merupakan bagian dari hukum, terutama di ranah sistem hukum Eropa kontinental yang sarat positivistik, namun ketiadaan pemikiran atau basis moral dalam suatu penegakan hukum akan berpotensi untuk menghasilkan putusan yang kontroversial atau mendapat pertentangan. Kaitannya dengan kasus ini yaitu terkait pihak yang patut diduga menjadi pihak yang harus bertanggungjawab dalam hal ini pihak dari kapal MV *Judgers* yang sebenarnya merupakan subyek hukum yang secara status di luar yurisdiksi Indonesia²⁸ berdasarkan bendera kapal maupun negara yang mengoperasikan, maka penggunaan hukum nasional yang bertendensi *strict* dan penerapan positivisme / silogisme semata terlebih bilamana terdapat faktor *sovereign* yang menjadi pertimbangan, maka penegakan hukum semacam itu berpotensi akan mengganggu hubungan Indonesia dan masyarakat internasional. Hubungan dalam masyarakat internasional sendiri dapat mempengaruhi secara politik dalam 3 hal yaitu pertanggungjawaban, informasi dan biaya transaksi yang dapat digunakan untuk mencapai tujuan nasional mereka,²⁹ sehingga potensi apa pun yang berkaitan dengan aset atau dapat

²⁶ Fajri Fadhilah, "Tanggung Renteng dalam Perkara Perdata Pencemaran Udara dari Kebakaran Hutan dan Lahan", *Jurnal Hukum Lingkungan*, Vol. 3 Issue 1 Juli 2016, hlm. 60

²⁷ Sean Coyle dan George Pavlakos, *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*, Hart Publishing, Oregon, 2005, hlm. 142

²⁸ Pasal 94 ayat (1) UNCLOS 1982 menyatakan bahwa setiap negara harus melaksanakan secara efektif yurisdiksi...atas kapal yang mengibarkan benderanya, dalam hal ini Kapal MV *Judgers* sekalipun bukan berbendera Indonesia, namun *locus delicti* menjadikannya tunduk pada yurisdiksi teritorial Indonesia, sehingga yang perlu diperhatikan ialah bagaimana tindakan hukum Indonesia terhadap subyek hukum asing tersebut.

²⁹ Beth A Simons dan Richard H. Steinberg, *International and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, hlm. 31.

mempengaruhi kepentingan negara asing turut pula menjadi perhatian bagi penegakan hukum di Indonesia.

Perlunya memastikan penegakan hukum yang imparial atau obyektif termasuk terhadap subyek hukum asing yang diduga kuat melakukan suatu pelanggaran dalam wilayah yurisdiksi negara tidak lain juga sebenarnya memberikan keuntungan tersendiri bagi Indonesia. Pandangan hukum internasional klasik menyatakan bahwa tindakan resiprositas sama saja dengan melakukan pembalasan terhadap perilaku negara satu pada negara lain,³⁰ sehingga adalah wajar jika penegakan hukum dalam ranah yurisdiksi nasional bila bersentuhan dengan subyek negara lain menjadi perhatian tersendiri bagi negara yang merasa dirugikan. Pelaksanaan penegakan hukum dalam kasus pencemaran laut ini harus melibatkan pihak dari internasional yang terkait pula sehingga dapat mendeterminasi apakah suatu proses penegakan hukum tersebut sesuai dengan kepentingan semua pihak terutama dalam kasus ini melibatkan subyek hukum asing.

Pandangan selanjutnya yang dapat digunakan dalam penyelesaian sengketa terkait kasus pencemaran laut ini ialah pemberian pengecualian terkait dengan bentuk atau siapa yang langsung dikenakan pertanggungjawaban atas peristiwa tersebut. Sebagaimana dijelaskan di atas bahwa setiap tindakan penegakan hukum negara satu terhadap suatu peristiwa yang bersentuhan dengan subyek hukum negara lain haruslah dilaksanakan dengan pelbagai pertimbangan yang bukan berarti hal tersebut merupakan intervensi terhadap proses hukum suatu negara, namun merupakan suatu bentuk upaya penyeimbang jikalau melihat ketiadaan faktor tunggal dalam peristiwa ini. Contoh yang dapat di adopsi dalam peristiwa ini ialah dalam ranah kejahatan internasional di mana untuk mencapai keseimbangan / *balance* antara masyarakat internasional dan korban individu ialah untuk membawa pihak yang benar-benar merupakan pelaku dan benar-benar melakukan pelanggaran hukum serius terhadap kepentingan publik,³¹ sehingga bila mencoba dikonstruksikan dalam peristiwa ini, sekali lagi seluruh pihak yang menyebabkan terjadinya pencemaran laut harus dimintai secara tanggung renteng

³⁰ Stephen M Schwebel, *Justice in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, hlm. 601.

³¹ Teruo Komori dan Karel Wellens, *Public Interest Rules of International Law Towards Effective Implementation*, Surrey, Ashgate Publishing Limited, 2009, hlm. 30.

untuk upaya pemulihan lingkungannya. Adanya kualifikasi sebenar-benarnya pelaku atau *perpetrators* dan *serious or grave breaches* yang tidak mungkin ditemukan dalam peristiwa ini harus dikaitkan dengan peranan masing-masing pihak dalam pencemaran yang mengarah pada tanggung renteng tersebut, mulai dari kapal, otoritas terkait, termasuk pemerintah dalam hal ini Pertamina, sehingga diharapkan keseimbangan dapat dicapai di antara seluruh pihak untuk menyelesaikan dan pemulihan dari pencemaran tersebut.

Oleh karenanya setidaknya diketemukan jalan tengah yang pasti di mana tetap akan mengusahakan realisasi ganti rugi terhadap terjadinya pencemaran minyak di Teluk Balikpapan tersebut. Sebagaimana para pihak yang diduga terlibat dan patut dimintai pertanggungjawaban terdapat representasi dari negara asing yakni kapal MV Judger yang berbendera Panama, adalah hal yang realistis bilamana pemerintah Indonesia yang memiliki kewajiban menegakkan yurisdiksinya terlebih untuk melindungi warga negara yang menjadi korban pencemaran untuk dapat tetap meminta tanggung jawab dalam kerangka hukum nasional sendiri daripada kerangka hukum internasional.

Dalam rezim hukum internasional, setiap upaya dalam pengingkaran proses hukum atau penolakan pelaksanaan penegakan hukum yang sesuai standar yang melibatkan komunitas internasional akan berakibat munculnya pertanggungjawaban kapan pun bilamana putusan pengadilan lokal tidak dapat memenuhi keadilan yang mendasar.³² Secara sederhana hukum internasional bisa saja masuk dalam suatu proses sengketa atau bisa saja digunakan oleh pihak yang merasa dirugikan, bilamana dalam proses penegakan hukum yang dilakukan oleh negara didalilkan merugikan atau tidak berimbang terhadap pihak yang diduga pelaku pencemaran yakni kapal MV Judgers. Keterlibatan hukum internasional dalam suatu penyelesaian sengketa dengan dasar suatu pihak di luar yurisdiksi negara tempat terjadinya pencemaran merasa dirugikan dengan proses peradilan atau putusan pengadilan negara tersebut, berpotensi menghilangkan kedaulatan negara itu sendiri, karena bisa jadi ketidakadilan yang dikenakan dalam proses hingga putusan yang melibatkan subyek hukum internasional tersebut, menjadi

³² Jan Paulson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, hlm. 5.

proses hukum dengan korporasi (pemilik kapal)³³ sehingga berubah menjadi konsep ialah *jure gestiones* atau tindakan hukum pemerintah yang dapat dikatakan bergerak dalam ranah bisnis, tidak lagi kewenangan untuk menegakkan yurisdiksinya sendiri.

Penutup

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan di atas maka dapat disimpulkan suatu kesimpulan atas problematika di atas yakni dalam kejadian pencemaran laut akibat bocornya pipa minyak Pertamina tersebut tidak dapat dilakukan mekanisme *strict liability* sebagaimana secara eksplisit disebutkan dalam UU PPLH dikarenakan ketiadaan faktor tunggal penyebab pencemaran dan adanya *force majeure* di dalam peristiwa tersebut. Mekanisme pertanggungjawaban yang paling mungkin dilakukan ialah dengan melakukan gugatan perdata kepada pihak yang berkaitan dengan pencemaran yakni kapal MV Judgers dan PT Pertamina secara tanggung renteng oleh negara sebagai pihak yang paling berkepentingan untuk menjaga laut dari pencemaran dan sebagai bentuk kompensasi dari tindakan darurat untuk mencegah pencemaran makin meluas dan ganti rugi lain yang sesuai.

Dalam UU PPLH perlu kiranya dimuat suatu aturan ataupun ukuran yang jelas untuk pertanggungjawaban bilamana terjadi pencemaran yang tidak diketemukan faktor tunggal terlebih terdapat keadaan memaksa yang mengakibatkan terjadinya pencemaran tersebut dan disandingkan dengan peningkatan standar prosedur bagi pihak yang menanam pipa minyak di laut untuk mengantisipasi adanya keadaan memaksa seperti dalam kejadian tersebut.

Daftar Pustaka

Buku

Coyle, Sean dan Pavlakos, George, *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*, Hart Publishing, Oregon, 2005.

³³ Proses peradilan lokal yang tidak berimbang atau tidak memperhatikan secara utuh berbagai faktor termasuk faktor subyek dapat mengakibatkan subyek hukum yang terkena dapat melakukan perlawanan dalam kerangka hukum internasional, dalam hal ini terdapat doktrin *forum non conveniens* untuk menolak dan mengoreksi proses peradilan yang dianggap lebih *proper* bagi pihak lain. Lihat di Rachel Kincaid, "Foreign Forum-Selection Frustrations: Determining Clause Validity in Federal Diversity Suits", *Stanford Journal of Complex Litigation* Vol. 4 No. 2. 2016

- Garner, Bryan A, *Black's Law Dictionary 8th Edition*, Thomson West, Minnesota, 2004.
- Hill, Christopher, *Maritime Law Fifth Edition*, LLP, London, 1998.
- Jan Paulson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Komori, Teruo dan Wellens, Karel, *Public Interest Rules of International Law Towards Effective Implementation*, Surrey, Ashgate Publishing Limited, 2009.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum (Edisi Revisi)*, Prenada, Jakarta, 2005.
- Ndiaye, Tafsir Malick dan Wolfrum, Rudiger, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2007.
- Posner. Richard A. *Economic Analysis of Law*, Walter Kluwers, Boston, 1986.
- Rahmadi, Takdir, *Hukum Lingkungan di Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014.
- Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Schwebel, Stephen M, *Justice in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.
- Simons, Beth A dan Steinberg, Richard H. *International and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Susanti, Dyah Octorina dan Efendi, A'an. *Penelitian Hukum (Legal Research)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014.

Jurnal

- Andriansyah, "Penerapan Asas Pertanggung-Jawaban Mutlak (Strict Liability) Dalam Penanganan Tindak Pidana Lingkungan Hidup", artikel dalam *Jurnal Ilmu Hukum*, 2017.
- Fadhilah, Fajri, *Tanggung Renteng dalam Perkara Perdata Pencemaran Udara dari Kebakaran Hutan dan Lahan*, *Jurnal Hukum Lingkungan* Vol. 3 Issue 1 Juli 2016
- Hills, Brett, et.all, *The Eurozone and Commodity Contracts 2*, Reed Smith Client Alert Ed. 12-203, September 2012.
- Irsan, "Ganti Rugi Atas Pencemaran Laut Perspektif Hukum Nasional dan Internasional", *Legal Pluralism*, Vol. 6, No. 1, Januari, 2016.
- Jon Woolley, *Flooding and Force Majeur Clauses*", Thomas Dorfmann Sweatman LLP Publications Volume 6 Juni 2011.
- Kincaid, Rachel, *Foreign Forum-Selection Frustrations: Determining Clause Validity in Federal Diversity Suits*. *Stanford Journal of Complex Litigation* Vol. 4 No. 2. 2016.

Ningsih, Novia Kusma, "Pertanggungjawaban Negara Terhadap Pencemaran Laut Timor Oleh Tumpahan Minyak Australia Berdasarkan UNCLOS III 1982 dan Hukum Lingkungan Internasional", *Jorn Fakultas Hukum*, Vol. 3 No. 1, Februari, 2016.

Syofyan, Ahmad, "Tanggung Jawab Dalam Pencemaran Laut Yang Disebabkan Oleh Minyak Menurut Hukum Internasional", *Inspirasi*, No. 10, Juli 2010.

Weisbach, David, "*Negligence, Strict Liability, and Responsibility for Climate Change*" Discussion Paper 2010-39, Cambridge, Mass: Harvard Project on International Climate Agreement July 2010.

Internet

"Ini Kronologi Penemuan Pipa Putus di Teluk Balikpapan Versi Pertamina", <https://katadata.co.id/berita/2018/04/10/ini-kronologi-penemuan-pipa-putus-di-teluk-balikpapan-versi-pertamina> diakses pada tanggal 28 Mei 2018.

"Terungkap, Ini Penyebab Tumpahan Minyak di Teluk Balikpapan" <https://www.liputan6.com/bisnis/read/3429098/terungkap-ini-penyebab-tumpahan-minyak-di-teluk-balikpapan> diakses pada tanggal 28 Mei 2018.

"Kronologi Solar Tumpah dan Membakar Dua Nelayan Balikpapan", <http://www.republika.co.id/berita/nasional/daerah/18/03/31/p6gnqi415-kronologi-solar-tumpah-dan-membakar-dua-nelayan-balikpapan> diakses pada tanggal 28 Mei 2018.

"Penanggulangan dan Langkah Hukum pada Kasus Tumpahan Minyak di Teluk Balikpapan", <http://www.mongabay.co.id/2018/04/10/opini-penanggulangan-dan-langkah-hukum-pada-kasus-tumpahan-minyak-di-teluk-balikpapan/>, Diakses pada tanggal 16 april 2018 pukul 18.00 WIB.

"Kasus Putusnya Pipa Pertamina Kapal MV Judger Disita" <https://www.jawapos.com/jpg-today/25/04/2018/kasus-putusnya-pipa-pertamina-kapal-mv-ever-judger-disita> , diakses pada 10 Juli 2018

Merdeka, <https://www.merdeka.com/uang/menteri-jonan-serahkan-masalah-kerusakan-lingkungan-akibat-minyak-tumpah-ke-klhk.html>, diakses pada 10 Juli 2018

Vessel Finder, "Ever Judger – Bulk Carrier", <https://www.vesselfinder.com/vessels/EVER-JUDGER-IMO-9632844-MMSI-353036000>, diakses pada tanggal 5 Juli 2018

International Maritime Statistics Forum, www.imsf.info/media/1081/icst-94.pdf diakses pada 6 Juni 2018.

"Sanksi Pertamina Atas Tumpahan Minyak di Teluk Balikpapan", <https://katadata.co.id/berita/2018/04/16/sanksi-pertamina-atas-tumpahan-minyak-di-teluk-balikpapan>, diakses tanggal 19 April 2018.

“Tumpahan Minyak di Balikpapan KLHK Kumpulkan Bukti dan Siapkan Langkah Hukum” <http://www.beritasatu.com/nasional/487958-klhk-kumpulkan-bukti-dan-siapkan-langkah-hukum.html>, diakses tanggal 19 April 2018.

Peraturan Perundang-undangan

Peraturan Presiden Nomor 109 Tahun 2006 tentang Penanggulangan Keadaan Darurat Tumpahan Minyak di Laut

Undang-Undang No. 1 Tahun 1973 tentang Landas Kontinen Indonesia

Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia

Undang-Undang No 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup

United Nations Convention on The Law of the Sea 1982.



Tinjauan Yuridis Persyaratan Akreditasi dalam Pengadaan Pegawai Negeri Sipil

Risang Pujiyanto, Netti Iriyanti, dan Sonny Taufan
Politeknik ATK Yogyakarta dan Politeknik STMI Jakarta
Jln. Prof Dr Wirjono Projodikoro, Sewon, Bantul dan Jln. Letjen Suprpto No. 26
Cempaka Putih Jakarta 10510, Jakarta
risang.pujiyanto@gmail.com; nettiiriyanti@gmail.com; dan
sonny.taufan@gmail.com

Received: 2 Agustus 2018; *Accepted:* 19 September 2018; *Published:* 17 Januari 2019
DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art8

Abstract

Accreditation requirements in Procurement of Civil Servants in 2017 raise a controversy because according to the Ombudsman of the Republic of Indonesia these conditions are discriminatory. This study examines the suitability of accreditation requirements in the Procurement of Civil Servants in 2017 with the applicable laws and regulations. This research is a normative study using the legal approach. The results show that the conditions for accreditation are merely additional requirements and needed to guarantee the legality of the education attainment of an applicant. Accreditation requirements for different general formation paths in each department have yet to be in accordance with the principle of equality as mentioned in one of the Good Governance General Principles.

Keywords : Accreditation; procurement of civil servants; the principle of equality

Abstrak

Persyaratan Persyaratan akreditasi dalam Pengadaan Pegawai Negeri Sipil tahun 2017 mengandung kontroversi karena menurut Ombudsman Republik Indonesia syarat tersebut diskriminatif. Penelitian ini mengkaji mengenai kesesuaian syarat akreditasi dalam Pengadaan Pegawai Negeri Sipil tahun 2017 dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Penelitian ini merupakan penelitian normatif dengan menggunakan pendekatan undang-undang. Hasil penelitian menemukan bahwa syarat akreditasi merupakan syarat tambahan dan diperlukan untuk memberikan jaminan legalitas pendidikan seorang pelamar. Persyaratan akreditasi untuk jalur formasi umum yang berbeda di setiap Instansi, belum sesuai dengan asas persamaan sebagai salah satu Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik.

Kata-kata Kunci : Akreditasi; pengadaan pegawai negeri sipil; asas persamaan

Pendahuluan

Sumber daya manusia yang ada pada suatu organisasi harus dikelola dengan baik melalui Manajemen Sumber Daya Manusia karena memiliki kompetensi khusus (*distinctive competitive*) yang akan memberikan keunggulan komparatif bagi suatu organisasi.¹ Dalam hubungannya dengan sumber daya manusia pada organisasi publik, Undang Undang Nomor 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil Negara (UU ASN) menyebutkan bahwa Manajemen Aparatur Sipil Negara yang meliputi manajemen Pegawai Negeri Sipil (PNS) dan Pegawai Pemerintah dengan Perjanjian Kerja (PPPK) adalah pengelolaan Aparatur Sipil Negara (ASN) untuk menghasilkan Pegawai ASN yang profesional, memiliki nilai dasar, etika profesi, bebas dari intervensi politik, bersih dari praktik korupsi, kolusi, dan nepotisme. Salah satu bagian penting dalam manajemen ASN adalah pengadaan PNS karena merupakan tahapan awal dalam rangka memperoleh pegawai yang berkualitas. Kecurangan dalam pengadaan PNS akan menyebabkan kualitas pegawai yang diperoleh tidak sesuai dengan kebutuhan organisasi.² Dengan demikian proses pengadaan PNS merupakan salah satu masalah yang harus dibenahi dalam manajemen ASN sebagai upaya memperoleh pegawai yang berkualitas yang dapat meningkatkan kualitas pelayanan publik dan menerapkan *good governance*.³

Pada 2017 pemerintah membuka 17.928 formasi untuk menempati jabatan yang lowong pada 60 Kementerian/Lembaga serta 1 Pemerintah Provinsi Kalimantan Utara, setelah sebelumnya pada tahun yang sama pemerintah telah membuka formasi untuk Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia sebanyak 17.526 formasi serta Mahkamah Agung sebanyak 1.684 formasi.⁴ Sesuai dengan Peraturan Menteri Pendayagunaan Aparatur dan Reformasi Birokrasi Nomor 20 Tahun 2017 tentang Kriteria Penetapan Kebutuhan Pegawai Negeri Sipil dan Pelaksanaan Seleksi Calon Pegawai Negeri Sipil Tahun 2017 (PerMenPan

¹Syarafuddin Alwi, *Manajemen Sumber Daya Manusia: Strategi Keunggulan Kompetitif*, BP FE, Yogyakarta, 2001, hlm. 34.

²Sri Hadiati et.al, *Grand Design Reformasi PNS*, Lembaga Administrasi Negara, Jakarta, 2010, hlm. 85.

³SyarifAli, "Konsep Pembaharuan Seleksi Calon Pegawai Negeri Sipil", artikel dalam *Jurnal Transparansi*, Vol. 4 No. 1. Maret 2012, hlm. 15-16.

⁴RahmanIndra, "Daftar Lengkap Situs 61 Instansi Penerimaan CPNS 2017", <https://www.cnnindonesia.com/gaya-hidup/20170907070728-282-240032/daftar-lengkap-situs-61-instansi-penerimaan-cpns-2017>, diakses tanggal 5 Juni 2018.

Pengadaan PNS Tahun 2017), pengadaan PNS 2017 menggunakan pendekatan *Minus Growth* dimana pengadaan PNS untuk mengisi formasi jabatan yang masih lowong sesuai dengan analisis beban kerja. Gomes menyatakan bahwa rekrutmen dilaksanakan dalam suatu organisasi karena adanya lowongan (*vacancy*) dengan berbagai alasan antara lain :

1. berdirinya organisasi baru;
2. adanya perluasan kegiatan organisasi;
3. terciptanya pekerjaan-pekerjaan dan kegiatan-kegiatan baru;
4. adanya pekerja yang pindah ke organisasi lain;
5. adanya pekerja yang berhenti secara hormat maupun tidak dengan hormat sebagai tindakan punitif;
6. adanya pekerja yang berhenti karena memasuki usia pensiun;
7. adanya pekerja yang meninggal dunia.⁵

Keluhan dari masyarakat masih mewarnai pelaksanaan pengadaan PNS 2017, meskipun pemerintah telah berupaya melaksanakannya sesuai ketentuan yang berlaku. Sebagaimana dimuat dalam Laporan Tahunan Ombudsman Republik Indonesia (ORI) 2017, ORI menerima keluhan dari masyarakat berupa:

1. Persyaratan administrasi yang merupakan instrumen utama dalam serangkaian proses pelaksanaan penyelenggaraan CPNS, namun peserta tetap mengeluhkan kesiapan penyelenggara dalam mengakomodir persyaratan administrasi yang diajukan sehingga tidak sedikit peserta seleksi CPNS merasa dirugikan.
2. Penggunaan sistem online dalam proses seleksi CPNS yang tujuannya untuk memudahkan peserta seleksi CPNS, namun pada pelaksanaannya banyak mengalami kendala karena server bermasalah sehingga dikeluhkan oleh peserta seleksi CPNS.
3. Sosialisasi mengenai informasi terkini atau perubahan kebijakan dalam proses seleksi yang dirasa masih minim sehingga banyak peserta tidak mendapat informasi yang memadai.
4. Unit pengaduan internal yang belum maksimal dalam merespon setiap keluhan/aduan yang disampaikan. Selain itu, pihak penyelenggaraan penerimaan CPNS tidak memberikan penjelasan mengenai Standar Operasional Prosedur (SOP) Pengaduan yang bisa diakses peserta seleksi CPNS untuk mengadukan keluhannya.
5. Pelayanan terhadap peserta penyandang disabilitas, sehingga hak sebagai warga negara yang ingin mengabdikan pada pemerintah dapat terlayani dengan baik.⁶

⁵Faustino Cardoso Gomes, *Manajemen Sumber Daya Manusia*, Andi Offset, Yogyakarta, 1995, hlm. 105.

Persyaratan administrasi berupa akreditasi universitas atau program studi bagi pelamar jalur formasi umum menjadi salah satu hal yang dikeluhkan oleh masyarakat. Sebagian Kementerian/Lembaga pada pengadaan PNS 2017 mensyaratkan pelamar harus lulusan dari program studi dengan akreditasi minimal B. Laode Ida, anggota ORI menyatakan bahwa syarat akreditasi diskriminatif, mengingat masih banyak kampus di luar Jawa yang akreditasinya belum A, selain itu kemampuan peserta tidak bisa hanya diukur dari akreditasi kampus atau program studinya.⁷ Penyelenggaraan pemerintahan termasuk didalamnya pelaksanaan pengadaan PNS yang berdasarkan atas hukum dan peraturan perundang-undangan serta adanya Ombudsman sebagai sarana aduan bagi masyarakat atas tindakan pemerintah yang merugikan merupakan beberapa unsur negara hukum.⁸ Apabila merujuk pada ketentuan Pasal 60 UU ASN, setiap warga negara Indonesia mempunyai kesempatan yang sama untuk melamar menjadi PNS setelah memenuhi persyaratan. Persyaratan umum pelamar PNS diatur dalam Pasal 23 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 11 Tahun 2017 tentang Manajemen Pegawai Negeri Sipil (PP Manajemen PNS) sebagai berikut :

1. usia paling rendah 18 (delapan belas) tahun dan paling tinggi 35 (tiga puluh lima) tahun pada saat melamar;
2. tidak pernah dipidana dengan pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana dengan pidana penjara 2 (dua) tahun atau lebih;
3. tidak pernah diberhentikan dengan hormat tidak atas permintaan sendiri atau tidak dengan hormat sebagai PNS, prajurit Tentara Nasional Indonesia, anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia, atau diberhentikan tidak dengan hormat sebagai pegawai swasta;
4. tidak berkedudukan sebagai calon PNS, PNS, prajurit Tentara Nasional Indonesia, atau anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia;
5. tidak menjadi anggota atau pengurus partai politik atau terlibat politik praktis;
6. memiliki kualifikasi pendidikan sesuai dengan persyaratan Jabatan;
7. sehat jasmani dan rohani sesuai dengan persyaratan Jabatan yang dilamar;

⁶Sekretariat Jenderal Ombudsman, *Laporan Tahunan 2017 Ombudsman Republik Indonesia*, Ombudsman, Jakarta, 2018, hlm 26, http://www.ombudsman.go.id/produk/lihat/210/SUB_LT_5a1ea951d55c4_file_20180628_101913.pdf, diakses tanggal 5 Juni 2018.

⁷Sam, "Ombudsman Nilai Syarat Pendaftaran CPNS Tidak Adil", <https://www.jpnn.com/news/ombudsman-nilai-syarat-pendaftaran-cpns-tidak-adil>, diakses tanggal 5 Juni 2018

⁸RidwanHR, *Hukum Administrasi Negara*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2017, hlm. 19-20.

8. bersedia ditempatkan di seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia atau negara lain yang ditentukan oleh Instansi Pemerintah; dan
9. persyaratan lain sesuai kebutuhan Jabatan yang ditetapkan oleh PPK.

Melihat ketentuan Pasal 23 ayat (1) PP Nomor 11 Tahun 2017 tentang Manajemen Pegawai Negeri Sipil maka Kementerian/Lembaga dapat menambahkan syarat lain sepanjang sesuai kebutuhan jabatan. Adanya polemik syarat akreditasi dalam pengadaan PNS 2017 menjadi persoalan penting untuk dikaji dan dianalisis lebih lanjut mengenai kesesuaian syarat akreditasi dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang sebagaimana telah diuraikan di atas, maka yang menjadi rumusan masalah penelitian adalah apakah persyaratan akreditasi dalam Pengadaan Pegawai Negeri Sipil 2017 sudah sesuai dengan Undang-Undang No 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil Negara dan Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan?

Tujuan Penelitian

Penelitian ini memiliki tujuan yaitu, mengkaji dan menganalisis persyaratan akreditasi dalam Pengadaan Pegawai Negeri Sipil 2017 berdasarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil Negara dan Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif dengan menggunakan pendekatan undang-undang (*statute approach*). Metode pendekatan undang-undang dilakukan dengan menelaah semua peraturan perundang-undangan yang bersangkutan paut dengan syarat akreditasi dalam pengadaan PNS.⁹ Dalam penelitian ini bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer yang berupa Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2012 tentang Pendidikan Tinggi, Undang-Undang No. 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil Negara, Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, dan Peraturan

⁹Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2011, hlm. 133.

Pemerintah No. 11 Tahun 2017 tentang Manajemen Pegawai Negeri Sipil serta bahan hukum sekunder yang berupa karya ilmiah para sarjana maupun dari media internet yang menunjang dan berkaitan dengan penelitian. Lokasi penelitian dilakukan dalam wilayah yuridis Negara Republik Indonesia karena peraturan mengenai pegawai negeri sipil tersebut berlaku di seluruh wilayah Republik Indonesia. Teknik analisis dilakukan dengan cara bahan hukum dianalisis secara preskriptif untuk menghasilkan argumentasi atas isu hukum yang diteliti.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Syarat Akreditasi dalam Pengadaan Pegawai Negeri Sipil 2017

Sebelum berlakunya Undang-Undang No 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil Negara, jabatan PNS diatur dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 43 Tahun 1999 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian (UU Pokok Kepegawaian). Pasal 17 ayat (1) UU Pokok Kepegawaian menentukan bahwa PNS diangkat dalam pangkat dan jabatan tertentu. Lebih lanjut dalam bagian penjelasan Pasal 17 ayat (1) UU Pokok Kepegawaian dijelaskan bahwa jabatan dalam lingkungan birokrasi pemerintah adalah jabatan karir, jabatan yang hanya dapat diduduki oleh PNS yang terdiri dari 2 jenis, yaitu jabatan struktural dan jabatan fungsional. Jabatan struktural adalah jabatan yang secara tegas ada dalam struktur organisasi, sementara jabatan fungsional adalah jabatan yang tidak secara tegas disebutkan dalam struktur organisasi, tetapi dari sudut fungsinya diperlukan oleh organisasi, seperti peneliti, pustakawan, guru, dosen dan sebagainya. Jabatan struktural diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah Nomor 100 Tahun 2000 tentang Pengangkatan Pegawai Negeri Sipil dalam Jabatan Struktural sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 13 Tahun 2002 (PP Jabatan Struktural). Penjelasan PP Jabatan struktural menentukan bahwa nilai-nilai impersonal, keterbukaan, dan penetapan persyaratan jabatan yang terukur bagi PNS diterapkan untuk mencapai obyektifitas dan keadilan dalam pengangkatan, pemindahan dan pemberhentian dalam dan dari jabatan struktural. Sementara itu

jabatan fungsional diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 1994 tentang Jabatan Fungsional Pegawai Negeri Sipil sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 2010 (PP Jabatan Fungsional). Dalam bagian penjelasan PP Jabatan Fungsional disebutkan bahwa PP diterbitkan dengan maksud untuk mengatur pembinaan PNS yang menduduki jabatan fungsional yang didalamnya memuat antara lain kriteria tentang jabatan fungsional dan persyaratan yang harus dipenuhi oleh PNS yang akan diangkat untuk menduduki jabatan fungsional.

Setelah berlakunya Undang-Undang No. 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil Negara (selanjutnya di sebut UU ASN), jabatan PNS mengacu pada ketentuan Pasal 13 UU ASN, dimana jenis jabatan ASN terdiri dari jabatan administrasi, jabatan fungsional, dan jabatan pimpinan tinggi. Menurut Pasal 1 UU ASN, Jabatan Pimpinan Tinggi adalah sekelompok jabatan tinggi pada instansi pemerintah; Jabatan Administrasi adalah sekelompok jabatan yang berisi fungsi dan tugas berkaitan dengan pelayanan publik serta administrasi pemerintahan dan pembangunan; dan jabatan Fungsional adalah sekelompok jabatan yang berisi fungsi dan tugas berkaitan dengan pelayanan fungsional yang berdasarkan pada keahlian dan keterampilan tertentu.

Dalam pengadaan PNS 2017 pemerintah membuka sebanyak 37.138 formasi yang tersebar pada 62 Kementerian/ Lembaga dan 1 pemerintah provinsi. Dalam PermenPanRB No 20 Tahun 2017, ditentukan bahwa prioritas jabatan dalam pengadaan PNS 2017 adalah sebagai berikut:

1. Untuk instansi pusat adalah Jabatan Fungsional dan jabatan teknis lain yang merupakan tugas inti (*core business*) dari instansi dan mendukung Nawacita serta Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional.
2. Untuk instansi daerah diprioritaskan untuk jabatan Guru, Dokter, Perawat, serta jabatan-jabatan yang berkaitan dengan pembangunan infrastruktur.

Tabel 1
Jabatan dalam Pengadaan PNS 2017

Jenis Jabatan	Jumlah Formasi
Jabatan Fungsional Tertentu	15.366
Jabatan Administrasi Pelaksana	21.722

Sumber : pengumuman pengadaan PNS 2017 (diolah penulis)

Berdasarkan pengumuman pengadaan PNS 2017, terlihat bahwa pengadaan pada 2017 untuk mengisi formasi jabatan fungsional dan jabatan administrasi. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 58 UU ASN menyatakan bahwa pengadaan PNS merupakan kegiatan untuk mengisi kebutuhan Jabatan Administrasi dan/atau Jabatan Fungsional dalam suatu Instansi Pemerintah. Sementara itu Pasal 16 ayat (2) PP Manajemen PNS menentukan bahwa pengadaan PNS merupakan kegiatan untuk mengisi kebutuhan:

1. Jabatan Administrasi, khusus pada Jabatan Pelaksana;
2. Jabatan Fungsional Keahlian, khusus pada JF ahli pertama dan JF ahli muda; dan
3. Jabatan Fungsional Keterampilan, khusus pada JF pemula dan terampil.

Persyaratan akreditasi dalam pengadaan PNS 2017 menjadi sorotan ORI karena dianggap diskriminatif. Apabila melihat ketentuan PerMenPan Pengadaan PNS 2017, selain persyaratan umum yang harus dipenuhi oleh setiap pelamar sebagaimana diatur dalam Pasal 23 ayat (1) PP Manajemen PNS, Kementerian/Lembaga dapat menetapkan persyaratan tambahan sesuai dengan karakteristik dan kebutuhan masing-masing jabatan. Hal ini dijelaskan pula oleh Kasubag Hubungan Media dan Antar Lembaga Badan Kepegawaian Negara, Diah Eka Palupi yang menyatakan bahwa :

“persyaratan bagi calon pelamar menjadi kewenangan masing-masing instansi. Semua instansi mengacu pada PermenpanRB Nomor 20 Tahun 2017 tentang Kriteria Penetapan Kebutuhan Pegawai Negeri Sipil dan Pelaksanaan Seleksi Calon Pegawai Negeri Sipil Tahun 2017. Kami mau jabatan tertentu harus nyambung karena pekerjaan spesifik agar pencapaian kinerja bagus”.¹⁰

Kementerian/Lembagadan Pemerintah Provinsi pada pengadaan PNS 2017 mensyaratkan akreditasi yang berbeda-beda untuk pelamar jalur formasi umum. Ketentuan persyaratan akreditasi di tiap-tiap Kementerian/Lembaga dan Pemerintah Provinsi dapat dilihat dalam tabel 2.

¹⁰Elise Dwi Ratnasari, “Alasan Akreditasi Seleksi CPNS Minimal Perguruan Tinggi B”, <https://www.cnnindonesia.com/gaya-hidup/20170909083812-282-240530/alasan-akreditasi-seleksi-cpns-minimal-perguruan-tinggi-b> diakses tanggal 12 Juni 2018

Tabel 2
Syarat Akreditasi dalam Pengadaan PNS Tahun 2017

Jenis Formasi	Akreditasi A	Akreditasi B	Akreditasi C/ Terakreditasi
Formasi Umum	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kementerian Kesehatan (Akreditasi A untuk Perguruan Tinggi Swasta) 2. Kementerian Perindustrian (Akreditasi A untuk Perguruan Tinggi di pulau Jawa kecuali belum ada yang terakreditasi A di Indonesia) 3. Kementerian Sekretariat Negara (Akreditasi A bagi pelamar dengan IPK minimal 3,0) 4. Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional/ Badan Perencanaan Pembangunan Nasional (Akreditasi A untuk Perguruan Tinggi Swasta) 5. Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian 6. Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak 7. Badan Pemeriksa Keuangan (Akreditasi A bagi pelamar dengan IPK minimal 2,80) 8. Badan Kepegawaian 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kementerian Agraria dan Tata Ruang/ Badan Pertanahan Nasional 2. Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi 3. Kementerian Pekerjaan Umum dan Perumahan Rakyat 4. Kementerian Kesehatan (Akreditasi B untuk Perguruan Tinggi Negeri) 5. Kementerian Agama (Akreditasi B untuk Perguruan Tinggi Swasta) 6. Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan (Akreditasi A, dan B untuk Perguruan Tinggi Swasta) 7. Kementerian Perhubungan 8. Kementerian Pertanian (Akreditasi B untuk pelamar jenjang pendidikan S2) 9. Kementerian Perindustrian (Akreditasi B untuk Perguruan Tinggi di luar pulau Jawa dan Perguruan Tinggi dibawah Kementerian Perindustrian serta untuk jenjang pendidikan Diploma) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia 2. Kementerian Keuangan 3. Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan 4. Kementerian Agama (Terakreditasi untuk Perguruan Tinggi Negeri) 5. Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan (Akreditasi A, B dan C untuk Perguruan Tinggi Negeri) 6. Kementerian Pertanian (Terakreditasi untuk pelamar jenjang pendidikan S1) 7. Kementerian Perindustrian (Akreditasi C untuk program Diploma apabila di Indonesia belum ada program Diploma yang terakreditasi B) 8. Kementerian Kelautan dan Perikanan (Akreditasi program studi C dan akreditasi Perguruan Tinggi minimal B) 9. Kementerian Sosial (Akreditasi C untuk pelamar dengan jenjang pendidikan D III, DIV, dan S1) 10. Kementerian Luar Negeri 11. Kementerian Energi dan Sumber Daya

Negara (Akreditasi A untuk Perguruan Tinggi Swasta)	10. Kementerian Sekretariat Negara (Akreditasi B bagi pelamar dengan IPK minimal 3,25)	Mineral (terakreditasi untuk pelamar jenjang pendidikan D III)
9. Badan Pengkajian dan Penerapan Teknologi (Akreditasi A bagi pelamar dengan IPK minimal 3,0 jenjang pendidikan S1; minimal 3,25 jenjang pendidikan S2; dan minimal 3,5 jenjang pendidikan S3)	11. Kementerian Ketenagakerjaan	12. Kementerian Pertahanan (terakreditasi untuk pelamar jenjang pendidikan S1)
10. Badan Nasional Pencarian dan Pertolongan (Akreditasi A bagi pelamar dengan IPK minimal 2,75)	12. Kementerian Sosial (Akreditasi B untuk pelamar dengan jenjang pendidikan S2)	13. Badan Keamanan Laut
11. Mahkamah Konstitusi (Akreditasi Perguruan Tinggi A untuk Program Studi terakreditasi B)	13. Kementerian Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, dan Transmigrasi	14. Badan Pengawas Obat dan Makanan
12. Pusat Pelaporan dan Analisis Transaksi Keuangan	14. Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi	15. Lembaga Penerbangan dan Antariksa Nasional
13. Komisi Yudisial	15. Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral (akreditasi B untuk pelamar jenjang pendidikan S1 dan S2)	16. Badan Informasi Geospasial
	16. Kementerian Perdagangan	17. Arsip Nasional Republik Indonesia
	17. Kementerian Pertahanan (Akreditasi minimal B untuk pelamar jenjang pendidikan S2)	18. Lembaga Sandi Negara
	18. Kementerian Koordinator Bidang Kemaritiman	19. Badan Koordinasi Penanaman Modal
	19. Kementerian Pariwisata	20. Pemerintah Provinsi Kalimantan Utara
	20. Kementerian Pemuda dan Olahraga	
	21. Kementerian Koordinator Bidang Politik, Hukum, dan Keamanan	
	22. Kementerian Badan Usaha Milik Negara	

23. Kementerian
Koperasi dan Usaha
Kecil dan Menengah
 24. Kejaksaan
 25. Badan Pemeriksa
Keuangan
(Akreditasi B bagi
pelamar dengan IPK
minimal 3,0)
 26. Lembaga
Administrasi Negara
 27. Badan Narkotika
Nasional
 28. Badan Kepegawaian
Negara (Akreditasi B
untuk Perguruan
Tinggi Negeri)
 29. Kepolisian Negara
Republik Indonesia
 30. Badan Pengkajian
dan Penerapan
Teknologi
(Akreditasi B dengan
IPK minimal 3,5)
 31. Lembaga Ilmu
Pengetahuan
Indonesia
 32. Badan Nasional
Pencarian dan
Pertolongan
(Akreditasi B bagi
pelamar dengan IPK
minimal 3,0)
 33. Badan
Kependudukan dan
Keluarga Berencana
Nasional
 34. Badan Intelijen
Negara
 35. Badan Tenaga
Nuklir Nasional
 36. Badan Ekonomi
Kreatif
 37. Badan Meteorologi,
Klimatologi, dan
Geofisika
 38. Badan Nasional
Penempatan dan
Perlindungan
-

Tenaga Kerja Indonesia
39. Sekretariat Jenderal Dewan Perwakilan Rakyat
40. Mahkamah Konstitusi (Akreditasi Perguruan Tinggi B untuk Program Studi terakreditasi A)
41. Badan Nasional Penanggulangan Terorisme
42. Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah
43. Badan Pengawas Tenaga Nuklir
44. Mahkamah Agung
45. Badan Pengawas Keuangan dan Pembangunan

Untuk mengkaji syarat akreditasi dalam pengadaan PNS perlu untuk melihat terlebih dahulu syarat pengangkatan dalam jabatan, baik jabatan administrasi pelaksana maupun jabatan fungsional. Persyaratan pengangkatan dalam jabatan pelaksana diatur dalam Pasal 54 ayat (4) PP Manajemen PNS sebagai berikut :

1. berstatus PNS;
2. memiliki kualifikasi dan tingkat pendidikan paling rendah sekolah lanjutan tingkat atas atau yang setara;
3. telah mengikuti dan lulus pelatihan terkait dengan bidang tugas dan/atau lulus pendidikan dan pelatihan terintegrasi;
4. memiliki integritas dan moralitas yang baik;
5. memiliki Kompetensi Teknis, Kompetensi Manajerial, dan Kompetensi Sosial Kultural sesuai dengan standar kompetensi yang ditetapkan;
6. sehat jasmani dan rohani.

Sementara itu persyaratan pengangkatan dalam jabatan fungsional melalui jalur pengangkatan pertama diatur dalam Pasal 75 ayat (1) dan Pasal 78 ayat (1) PP Manajemen PNS sebagai berikut :

1. berstatus PNS;

2. memiliki integritas dan moralitas yang baik;
3. sehat jasmani dan rohani;
4. berijazah paling rendah Sarjana (Strata 1) atau Diploma IV (DIV) sesuai dengan kualifikasi pendidikan yang ditentukan;
5. berijazah paling rendah Diploma III (DIII) sesuai dengan kualifikasi pendidikan yang ditentukan;
6. mengikuti dan lulus uji Kompetensi Teknis, Kompetensi Manajerial, dan Kompetensi Sosial Kultural sesuai dengan standar kompetensi yang telah disusun oleh Instansi Pembina;
7. nilai prestasi kerja paling sedikit bernilai baik dalam 1 (satu) tahun terakhir;
8. syarat lainnya yang ditetapkan oleh Menteri.

Selain persyaratan yang termuat dalam PP Manajemen PNS, persyaratan pengangkatan PNS dalam jabatan fungsional yang termuat dalam peraturan Menteri PAN dan RB juga menjadi acuan. Sebagai contoh Keputusan Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara Nomor: KEP/128/M.PAN/9/2004 tentang Jabatan Fungsional Peneliti dan Angka Kreditnya, yang didalamnya mengatur persyaratan PNS untuk dapat diangkat sebagai peneliti. Persyaratan untuk pengangkatan pertama kali tersebut pada umumnya adalah sebagai berikut :

1. berijazah serendah-rendahnya Sarjana (Strata 1) atau Diploma IV (DIV) sesuai dengan kualifikasi yang ditentukan dan serendah-rendahnya menduduki pangkat Penata Muda golongan ruang III/a untuk jabatan fungsional keahlian;
2. berijazah serendah-rendahnya Diploma III (DIII) sesuai dengan kualifikasi yang ditentukan dan serendah-rendahnya menduduki pangkat Pengatur golongan ruang II/c untuk jabatan fungsional keterampilan;
3. telah mengikuti dan lulus pendidikan dan pelatihan fungsional yang berkaitan;
4. setiap unsur penilaian pelaksanaan pekerjaan sekurang-kurangnya bernilai baik dalam 1 (satu) tahun terakhir.

Berdasarkan persyaratan pengangkatan dalam jabatan administrasi pelaksana dan jabatan fungsional dapat diketahui bahwa persyaratan hanya ditentukan berdasarkan tingkat atau jenjang pendidikan, yaitu :

1. paling rendah sekolah lanjutan tingkat atas atau yang setara untuk jabatan administrasi pelaksana;
2. paling rendah Diploma III (D III) untuk jabatan fungsional keterampilan; dan

3. paling rendah Sarjana (Strata 1) atau Diploma IV (DIV) untuk jabatan fungsional keahlian.

Ketentuan syarat akreditasi universitas atau program studi secara eksplisit tidak merupakan persyaratan yang ditentukan dalam masing-masing jabatan sesuai PP Manajemen PNS.

Akreditasi merupakan kegiatan penilaian sesuai dengan kriteria yang telah ditetapkan berdasarkan Standar Nasional Pendidikan Tinggi yang meliputi standar nasional pendidikan, standar penelitian, dan standar pengabdian kepada masyarakat, untuk menentukan kelayakan Program Studi dan Perguruan Tinggi.¹¹ Sesuai dengan Peraturan Menteri Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi Nomor 32 Tahun 2016 tentang Akreditasi Program Studi dan Perguruan Tinggi, hasil penilaian akreditasi Program Studi dan Perguruan Tinggi dinyatakan dalam bentuk pengakuan status terakreditasi yang meliputi 1) terakreditasi baik, 2) terakreditasi baik sekali; dan 3) terakreditasi unggul serta tidak terakreditasi. Sementara itu BAN-PT menyatakan hasil akreditasi institusi perguruan tinggi dan program studi sebagai Terakreditasi yang meliputi peringkat sangat baik (A), baik (B) dan cukup (C) dan Tidak Terakreditasi. Dampak status akreditasi Program Studi dan Perguruan Tinggi merupakan hal yang sangat penting karena berkaitan dengan legalitas gelar lulusan. Pasal 28 ayat (3) huruf a dan ayat (4) huruf a Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2012 tentang Pendidikan Tinggi menentukan bahwa gelar akademik, gelar vokasi dan gelar profesi dinyatakan tidak sah dan dicabut oleh Menteri apabila dikeluarkan oleh Perguruan Tinggi dan/atau Program Studi yang tidak terakreditasi. Meskipun tidak tercantum secara eksplisit dalam masing-masing jabatan, syarat pelamar berasal dari lulusan program studi/ universitas akreditasi merupakan persyaratan yang wajib dipenuhi oleh para pelamar pengadaan PNS 2017. Dengan demikian pencantuman syarat pelamar berasal dari lulusan program studi/ universitas akreditasi dalam pengadaan PNS 2017 sudah sesuai dengan UU Pendidikan Tinggi untuk memastikan legalitas gelar lulusan.

Terkait dengan syarat akreditasi yang berbeda-beda pada setiap Kementerian/Lembaga maka perlu untuk melihat ketentuan Pasal 9 Undang-

¹¹Pasal 54 dan Pasal 52 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2012 tentang Pendidikan Tinggi.

Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (selanjutnya di sebut UU Administrasi Pemerintahan) yang menentukan bahwa Setiap Keputusan dan/atau Tindakan Badan/Pejabat Tata Usaha Negara wajib berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB). Pasal 10 ayat (1) UU Administrasi Pemerintahan memuat 8 asas AAUPB, yaitu asas kepastian hukum, asas kemanfaatan, asas ketidakberpihakan, asas kecermatan, asas tidak menyalahgunakan kewenangan, asas keterbukaan, asas kepentingan umum, dan asas pelayanan yang baik. Sedangkan Pasal 10 ayat (2) UU Administrasi Pemerintahan menunjukkan bahwa asas-asas lain yang bersumber dari putusan pengadilan negeri yang tidak dibanding, atau putusan pengadilan tinggi yang tidak dikasasi atau putusan Mahkamah Agung dapat diakui sebagai AAUPB.

Mahkamah Agung dengan mengacu pada doktrin yang berkembang dan sudah diterapkan dalam putusan-putusan (yurisprudensi) menyatakan antara lain ada 10 AAUPB, yaitu Asas Persamaan, Asas Kepercayaan, Asas Kepastian Hukum, Asas Kecermatan/ ketelitian, Asas Pemberian Alasan/ Motivasi, Larangan Penyalahgunaan Wewenang dan Asas bahwa kesalahan yang dilakukan oleh Pejabat TUN didalam menerbitkan KTUN yang mengakibatkan kerugian bagi pencari keadilan/masyarakat.¹²Asas Persamaan memiliki arti adanya perlakuan yang sama dalam kondisi yang sama dan larangan untuk bertindak diskriminasi.¹³ Pratiwi, dkk et, al menyatakan bahwa Asas Persamaan memiliki indikator :

1. Keputusan TUN harus dibuat dengan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif
2. Penyelenggara Pemerintahan harus dapat memberikan pelayanan yang adil karena mendapatkan perlakuan yang adil merupakan hak setiap warganegara berhak memperoleh pelayanan yang adil.
3. Keputusan TUN harus memberikan kedudukan yang sama kepada setiap warga Negara di hadapan hukum dan pemerintahan.

¹²Mahkamah Agung, *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Tata Usaha Negara: Buku II*, Mahkamah Agung, Jakarta, 2007, hlm 63 http://perpustakaan.bldk.mahkamahagung.go.id/index.php?p=show_detail&id=3311&keywords= Diakses tanggal 5 Juni 2018.

¹³Philipus M. Hadjon, "Peradilan Tata Usaha Negara dalam Konteks Undang-Undang No. 30 Th. 2014 tentang Administrasi Pemerintahan", artikel dalam *Jurnal Hukum dan Peradilan*, No. 1 Vol. 4 , Maret 2015, hlm. 57.

4. Keputusan TUN harus didasarkan pada dalam hal-hal yang sama atau keadaan-keadaan yang sama harus diperlakukan dengan sama pula
5. Penyelenggara pemerintahan harus menjamin adanya persamaan hak baik itu sipil, politik, ekonomi, hukum, dan budaya.¹⁴

Asas persamaan sangat berkaitan dengan ketentuan Pasal 27 ayat (1) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) yang menghendaki adanya perlakuan yang sama terhadap setiap warga negara untuk bertindak didalam hukum dan pemerintahan. Bagir Manan menyatakan Pasal 27 ayat (1) UUD NRI 1945 memuat asas persamaan kedudukan dalam hukum (*equality before the law*) dan asas persamaan kedudukan di dalam pemerintahan.¹⁵ Lebih lanjut Manan menyatakan aspek persamaan kedudukan di dalam pemerintahan memiliki 2 aspek 1) persamaan kesempatan bekerja atau menduduki jabatan pemerintahan dan 2) berhak memperoleh perlakuan yang sama dari pemerintahan.¹⁶ Rumusan bersamaan kedudukan dalam pemerintahan memiliki arti setiap warga negara yang memenuhi syarat obyektif untuk menduduki jabatan di bidang eksekutif, legislatif dan yudikatif harus memiliki hak dan kesempatan yang sama untuk menduduki jabatan tersebut.¹⁷ Dari pendapat tersebut dapat dilihat bahwa warga negara harus memiliki persamaan kesempatan bekerja pada jabatan pemerintahan.

Asas perlakuan yang sama dihadapan hukum dan pemerintahan termasuk kedalam lingkup hak sipil yang dalam keadaan apapun atau bagaimanapun tidak boleh direduksi oleh negara.¹⁸ UUD NRI 1945 dalam hal ini berfungsi sebagai pelindung atas hak-hak fundamental atau hak-hak dasar.¹⁹ Hak-hak asasi atau hak konstitusional warga negara yang meliputi hak-hak sipil, politik, ekonomi, sosial, serta budaya yang termuat dalam UUD NRI 1945 menjadikan negara

¹⁴Cekli Setya Pratiwi, dkk, "*Penjelasan Hukum Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik*", Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan, Jakarta, 2016, hlm 116, <http://leip.or.id/wp-content/uploads/2016/05/Penjelasan-Hukum-Asas-Asas-Umum-Pemerintahan-yang-Baik-Hukum-Administrasi-Negara.pdf>. Diakses tanggal 5 Juni 2018.

¹⁵Bagir Manan, *Hukum Kewarganegaraan Indonesia Dalam UU No. 18 Tahun 2016*, FH UII Press, Yogyakarta, 2009, hlm. 30-32.

¹⁶*Ibid.*, hlm.32.

¹⁷HernadiAffandi, "Kontekstualitas Makna "Bersamaan Kedudukan" di Dalam Hukum dan Pemerintahan Menurut Undang-Undang Dasar 1945", artikel dalam *Jurnal Ilmu Hukum*, No. 1Vol. 4, Tahun 2017, hlm. 35 - 36.

¹⁸Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 108.

¹⁹Bagir Manan dan Susi Dwi Harijanti, "Konstitusi dan Hak Asasi Manusia" artikel dalam *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 3, No. 3, Tahun 2016, hlm. 456-457.

memiliki tiga kewajiban dasar yang harus dipenuhi yaitu, kewajiban melakukan penghormatan, kewajiban melakukan perlindungan dan kewajiban melakukan pemenuhan.²⁰ Selain itu guna mempertahankan dan pemenuhan hak-hak konstitusional, warga negara harus diberikan ruang yang luas untuk berpartisipasi melalui pengujian terhadap peraturan perundang-undangan dan keputusan/tindakan administrasi yang dianggap melanggar hak warganegara dan bertentangan dengan UUD NRI 1945.²¹ Dengan demikian syarat akreditasi dalam pengadaan PNS tahun 2017 yang berbeda-beda di setiap Kementerian/Lembaga belum sesuai dengan asas persamaan dan belum memberikan pemenuhan hak warga negara untuk memperoleh kedudukan yang sama dalam pemerintahan. Seyogyanya pemerintah memenuhi hak warga negara berupa pemberian hak dan kesempatan yang sama untuk bekerja pada jabatan pemerintahan.

Penutup

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan yang telah diuraikan pada bab sebelumnya, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa syarat akreditasi dalam pengadaan PNS 2017 merupakan syarat tambahan sesuai Pasal 23 ayat (1) PP Manajemen PNS yang menentukan bahwa Instansi dapat menetapkan persyaratan tambahan sesuai dengan karakteristik dan kebutuhan masing-masing jabatan. Syarat akreditasi yang berbeda-beda di setiap Kementerian/Lembaga dalam pengadaan PNS 2017 belum sesuai dengan asas persamaan kedudukan dalam pemerintahan sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (1) UUD 1945. Pelamar pengadaan PNS tahun 2017 yang berasal dari lulusan program studi/universitas berakreditasi C tidak dapat mengikuti pengadaan PNS. Kondisi tersebut menimbulkan diskriminasi terhadap sesama warga negara untuk dapat mengabdikan dalam jabatan pemerintahan.

Penulis menyarankan bahwa syarat akreditasi sebagai syarat tambahan dalam pengadaan PNS perlu tetap dipertahankan untuk menjamin bahwa

²⁰Abustan, "Relasi Lembaga Negara Dalam Perspektif Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945", artikel dalam *Jurnal Unifikasi*, Vol 4 No.2, Juli 2017, hlm. 62.

²¹A. Muhammad Asrun, "Hak Asasi Manusia Dalam Kerangka Cita Negara Hukum", artikel dalam *Jurnal Cita Hukum*, Vol 4 No.1, Tahun 2016, hlm. 137.

pelamar secara sah memiliki jenjang pendidikan sesuai dengan yang persyaratan jabatan. Untuk mewujudkan asas persamaan kedudukan dalam pemerintahan maka syarat akreditasi dalam pengadaan PNS haruslah disesuaikan dengan memberi kesempatan yang sama kepada warga negara yang berasal dari lulusan program studi/universitas berakreditasi C.

Daftar Pustaka

Buku

- Alwi, Syarafuddin, *Manajemen Sumber Daya Manusia: Strategi Keunggulan Kompetitif*, BP FE, Yogyakarta, 2001.
- Asshiddiqie, Jimly, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005.
- Gomes, Faustino Cardoso, *Manajemen Sumber Daya Manusia*, Andi Offset, Yogyakarta, 1995.
- Hadiati, Sri, et.al, *Grand Design Reformasi PNS*, Lembaga Administrasi Negara, Jakarta, 2010.
- Manan, Bagir, *Hukum Kewarganegaraan Indonesia Dalam UU No. 18 Tahun 2016*, FH UII Press, Yogyakarta, 2009.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2011.
- HR, Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2017.

Jurnal

- Abustan, "Relasi Lembaga Negara Dalam Perspektif Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945", *Jurnal Unifikasi*, Vol 4 No. 2 Juli 2017.
- Affandi, Hernadi, "Kontekstualitas Makna "Bersamaan Kedudukan" di Dalam Hukum dan Pemerintahan Menurut Undang-Undang Dasar 1945", *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 4, No. 1, Tahun 2017.
- Ali, Syarif, "Konsep Pembaharuan Seleksi Calon Pegawai Negeri Sipil", *Jurnal Transparansi*, Vol. 4 No. 1. Maret 2012.
- Asrun, A. Muhammad, "Hak Asasi Manusia Dalam Kerangka Cita Negara Hukum", *Jurnal Cita Hukum*, Vol. 4 No. 1, Tahun 2016.
- Manan, Bagir dan Dwi Harijanti, Susi, "Konstitusi dan Hak Asasi Manusia" *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 3, No. 3, Tahun 2016.
- Hadjon, Philipus M, "Peradilan Tata Usaha Negara dalam Konteks Undang-Undang No. 30 Th. 2014 tentang Administrasi Pemerintahan", *Jurnal Hukum dan Peradilan*. Vol. 4 No. 1. Maret 2015.

Peraturan Perundang-undangan

Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2012 Tentang Pendidikan Tinggi.

Undang-Undang No. 5 Tahun 2014 Tentang Aparatur Sipil Negara.

Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan.

Peraturan Pemerintah Nomor 19 Tahun 2005 tentang Standar Nasional Pendidikan.

Peraturan Pemerintah Nomor 11 Tahun 2017 tentang Manajemen Pegawai Negeri Sipil.

Peraturan Menteri Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi Nomor 32 Tahun 2016 Tentang Akreditasi Program Studi dan Perguruan Tinggi.

Peraturan Menteri Pendayagunaan Aparatur dan Reformasi Birokrasi Nomor Nomor 20 Tahun 2017 Tentang Kriteria Penetapan Kebutuhan Pegawai Negeri Sipil dan Pelaksanaan Seleksi Calon Pegawai Negeri Sipil Tahun 2017.

Internet

Elise Dwi Ratnasari, "Alasan Akreditasi Seleksi CPNS Minimal Perguruan Tinggi B", <https://www.cnnindonesia.com/gaya-hidup/20170909083812-282-240530/alasan-akreditasi-seleksi-cpns-minimal-perguruan-tinggi-b> diakses tanggal 12 Juni 2018.

Mahkamah Agung, Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Tata Usaha Negara: Buku II, Mahkamah Agung, Jakarta, 2007.

http://perpustakaan.bldk.mahkamahagung.go.id/index.php?p=show_detail&id=3311&keywords, diakses tanggal 5 Juni 2018.

Pratiwi, Cekli Setya, et al, Penjelasan Hukum Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik. Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan, Jakarta, 2016. <http://leip.or.id/wp-content/uploads/2016/05/Penjelasan-Hukum-Asas-Asas-Umum-Pemerintahan-yang-Baik-Hukum-Administrasi-Negara.pdf>, diakses tanggal 5 Juni 2018

Rahman Indra, "Daftar Lengkap Situs 61 Instansi Penerimaan CPNS 2017", <https://www.cnnindonesia.com/gaya-hidup/20170907070728-282-240032/daftar-lengkap-situs-61-instansi-penerimaan-cpns-2017>, diakses tanggal 5 Juni 2018.

Sam, "Ombudsman Nilai Syarat Pendaftaran CPNS Tidak Adil", <https://www.jpnn.com/news/ombudsman-nilai-syarat-pendaftaran-cpns-tidak-adil>, diakses tanggal 5 Juni 2018.

Sekretariat Jenderal Ombudsman, "Laporan Tahunan 2017 Ombudsman Republik Indonesia", Ombudsman, Jakarta, 2018, hlm 26,

http://www.ombudsman.go.id/produk/lihat/210/SUB_LT_5a1ea951d55c4_file_20180628_101913.pdf, diakses tanggal 5 Juni 2018.



Pemaknaan Ulang *Ar Riqab* dalam Upaya Optimalisasi Fungsi Zakat Bagi Kesejahteraan Umat

Zainuddin

Fakultas Hukum Universitas Muslim Indonesia

Jl. Urip Sumoharjo Km. 05 Makassar

zainuddin.zainuddin@umi.ac.id

Received: 20 Agustus 2018; Accepted: 21 November 2018; Published: 17 Januari 2019

DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art9

Abstract

This study raises the issue of, first, reinterpretation of ar-riqab in an effort to optimize the function of zakat for social welfare, and second, contextualization of ar-riqab reinterpretation as a victim of human trafficking crime to optimize the function of zakat for social welfare. This research is doctrinal research with legal and conceptual approaches. The results show that, first, ar-riqab in the conventional terminology as a slave is no longer relevant to the current conditions. Ar-riqab can be understood as a person shackled in structured and massive poverty, making it possible for zakat functioning as a public economic instrument to achieve the success of promoting welfare. Second, one of the meanings of ar-riqab in accordance with the current conditions is victim of human trafficking. This group is vulnerable to economic exploitation, making it difficult to empower themselves because they are in the power of other people. The instrument of zakat as an economic power can play a role for the empowerment of trafficking victims by including them as aznaf ar-riqab. This study recommends that zakat management contextually interprets ar-riqab and is no longer fixated on the meaning of slave, thus enabling optimum functioning of zakat as an instrument to achieve social welfare.

Keywords: Ar-riqab; victim of human trafficking; public welfare

Abstrak

Penelitian ini mengangkat rumusan masalah yaitu: *Pertama*, bagaimana pemaknaan ulang *ar riqab* dalam upaya optimalisasi fungsi zakat bagi kesejahteraan umat? *Kedua*, bagaimana kontekstualisasi pemaknaan *ar-riqab* sebagai korban tindak pidana perdagangan orang dalam optimalisasi fungsi zakat bagi kesejahteraan umat? Jenis penelitian ini adalah penelitian doktrinal dengan pendekatan perundang-undangan dan pendekatan konsep. Hasil dari penelitian menyimpulkan yakni, *pertama*, *ar-riqab* dalam terminologi konvensional sebagai budak tidak lagi relevan untuk kondisi saat ini. *Ar-riqab* dapat dipahami sebagai orang yang terbelenggu dalam kemiskinan secara terstruktur dan masif, sehingga fungsionalisasi zakat sebagai instrumen ekonomi umat untuk pemajuan kesejahteraan dapat tercapai. *Kedua*, salah satu makna *ar riqab* yang sesuai dengan kondisi sekarang adalah korban tindak pidana perdagangan orang. Kelompok inilah yang rentan terhadap eksploitasi ekonomi sehingga sulit untuk keluar memberdayakan dirinya karena dibawah kekuasaan orang lain. Instrumen zakat sebagai kekuatan ekonomi dapat memainkan peran untuk pemberdayaan korban perdagangan tindak pidana dengan dimasukkannya sebagai *aznaf ar riqab*. Rekomendasi penelitian ini adalah hendaknya pengelola zakat memaknai secara kontekstual *ar-riqab* dan tidak lagi terpaku pada makna budak, sehingga fungsionalisasi zakat sebagai instrumen pemenuhan kesejahteraan dapat tercapai secara optimal.

Kata-kata Kunci: *Ar-riqab*; korban perdagangan orang; kesejahteraan umat

Pendahuluan

Perdagangan orang merupakan salah satu kejahatan kemanusiaan yang menjadi fokus perhatian masyarakat dan organisasi internasional. Di Indonesia, sudah ada aturan hukum yang mengatur tindak pidana perdagangan manusia. Akan tetapi, dalam praktiknya kejahatan perdagangan orang semakin marak. Beberapa provinsi di Indonesia merupakan daerah sumber dan tujuan perdagangan manusia, seperti Jawa Barat, Kalimantan Barat, Lampung, Sumatera Utara, dan Sumatera Selatan. Sejumlah besar pekerja migran Indonesia menghadapi kondisi kerja paksa dan terjerat utang di negara-negara Asia yang lebih maju dan Timur Tengah khususnya Malaysia, Arab Saudi, Singapura, Kuwait, Suriah, dan Irak.¹ Menurut Herry Rudolf Nahak, Direktur Tindak Pidana Umum Polri, sekitar 1.154 WNI merupakan korban tindak pidana perdagangan orang ke Arab Saudi, Suriah, dan Sudan sejak 2014 hingga Maret 2018.²

Banyak warga Indonesia dieksploitasi menjadi pekerja paksa dan terlilit hutang di Asia dan Timur Tengah, terutama di sektor pekerja rumah tangga, buruh pabrik, pekerja konstruksi, pekerja manufaktur, perkebunan kelapa sawit di Malaysia, dan kapal-kapal penangkap ikan yang beroperasi di Samudra Hindia dan Samudra Pasifik. Malaysia tetap menjadi tujuan utama bagi pekerja migran Indonesia; pemerintah memperkirakan lebih dari satu juta dari 1,9 juta pekerja Indonesia yang berstatus tidak resmi berada di Malaysia. Para pekerja yang tidak dilengkapi dengan dokumen resmi mempunyai resiko lebih besar menjadi korban perdagangan manusia. Selama periode pelaporan, para korban berkewarganegaraan Indonesia juga ditemukan di Kepulauan Pasifik, Afrika, Eropa, dan Amerika Utara (termasuk Amerika Serikat). Para wanita dan gadis asal Indonesia menjadi korban perdagangan seks terutama di Malaysia, Taiwan, dan Timur Tengah.³

Korban perdagangan orang pada umumnya dijual dan dipekerjakan sebagai pembantu rumah tangga, pemandu karaoke, pelayan restoran, prostitusi.

¹Nikodemus Niko, "Fenomena Trafficking in Person di Wilayah Perbatasan Kalimantan Barat", *Rabeema: Jurnal Studi Gender dan Anak*, Vol. 4, No. 1, 2017, hlm. 34.

²"Polisi Ungkap 1.154 WNI Korban Perdagangan Orang", <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20180423175045-12-292934/polisi-ungkap-1154-wni-korban-perdagangan-orang>, diakses tanggal 17 Agustus 2018

³"Laporan Tahunan Perdagangan Orang 2017", <https://id.usembassy.gov/id/laporan-tahunan-perdagangan-orang-2017/>, diakses Tanggal 19 Agustus 2018

Meskipun setiap orang berpotensi menjadi korban dan umumnya adalah mereka yang dari ekonomi lemah serta berpendidikan rendah, dari pedesaan yang tak tahu menahu dunia luas.⁴ Kejahatan-kejahatan yang terjadi seperti perdagangan orang telah merendahkan nilai kemanusiaan karena manusia layaknya komoditas barang yang diperjualbelikan dan itu sangat ditentang dalam ajaran Islam. Oleh karena, Islam sebagai agama kemanusiaan memberikan penghargaan yang tinggi kepada manusia dan kemuliaan seseorang dihadapan Allah swt, hanya diukur dengan ketaqwaan dan Allah swt pemegang otoritas penilaian ketaqwaan tersebut.

Persoalan perdagangan orang bukan sesuatu hal baru. Pada masa Islam awal praktik ini secara substansial telah ada. Bahkan ketika ayat ini turun, perbudakan ini sudah jadi tradisi karena prakteknya sudah mengakar selama berabad-abad dalam berbagai masyarakat dunia termasuk dalam masyarakat Arab. Berkenaan dengan perbudakan dijumpai dalam semua bangsa, seperti Romawi, Yunani, Inggris, Perancis, dan Amerika. Jual beli budak tampaknya tidak pernah terjadi pada zaman Nabi Muhammad dan Khalifah yang empat sesudahnya tetapi terjadi pada zaman kerajaan Muawiyah. Segala macam motif perbudakan yang dipraktekkan orang di Arabia terjadi sebelum datangnya Islam, serta hukum-hukum lama tentang perbudakan yang ada pada kebudayaan lain ditolak oleh Islam.⁵

Perbudakan merupakan penindasan manusia atas manusia di satu sisi, dan di sisi lain menjadi sendi dasar perekonomian suatu bangsa. Perbudakan bukan produk Islam, karena nyaris dalam semua peradaban manusia di masa lalu pasti ada perbudakan. Perbudakan diakui dalam undang-undang positif semua bangsa ketika itu termasuk keabsahan menggauli budak perempuan tidak dianggap melanggar hukum. Dalam konteks sosio historis seperti ini, al-Qur'an diturunkan sehingga ditegaskan bahwa melepaskan budak dari sistem perbudakan diingatkan sebagai bagian jalan mendaki lagi sukar, namun sangat terpuji dan dimasukkan dalam golongan kanan sebagaimana dalam Q.S. al-Balad (90):11-13.⁶

⁴ Sulistyowari Irianto (Ed), *Perempuan dan Hukum: Menuju Hukum yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2006, hlm. 28

⁵Rusdaya Basri, "Human Trafficking Dan Solusinya Dalam Perspektif Hukum Islam," *Jurnal Hukum Diktum*, Vol. 10, No. 1, Januari 2012, hlm. 92

⁶Rosmini, "Misi Emansipatoris al-Qur'an dalam Relasi Seksualitas Antara Majikan dan Budak Perempuan", *Jurnal al-Daulah*, Vol. 4, No. 1, Juni 2015, hlm. 152.

Instrumen Islam yang berhubungan peningkatan kualitas kemanusiaan melalui pendistribusian harta adalah zakat. Pada dasarnya, zakat merupakan pranata keagamaan yang berfungsi untuk mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh umat manusia dengan memperhatikan dan meningkatkan kepedulian terhadap masyarakat yang kurang mampu. Zakat merupakan instrumen ekonomi yang diperuntukkan sebagai pengurang kesenjangan ekonomi yang terjadi di masyarakat. Secara khusus zakat dalam pendistribusiannya diutamakan kepada orang yang serba kekurangan di dalam harta. Tujuan utama dari ajaran Islam tersebut adalah memelihara dan melindungi agama, jiwa, akal, keturunan dan harta benda.⁷ Apabila zakat terkelola dengan baik, maka permasalahan kesejahteraan dan keadilan sosial dapat teratasi.⁸

Secara nasional pengaturan zakat diatur dalam Undang-Undang No. 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat yang merupakan revisi dari Undang-Undang No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat. Pengaturan zakat dalam sebuah undang-undang merupakan salah satu kebijakan ekonomi pemerintah Indonesia yang sumbernya dari ajaran Islam yang merupakan sumber dana potensial bagi upaya mewujudkan kesejahteraan umum yang berdasar pada keadilan sosial. Untuk menjadikan zakat sebagai sumber dana yang dapat dimanfaatkan bagi kesejahteraan masyarakat terutama dalam hal mengatasi masalah kemiskinan, perlu adanya penataan pelaksanaan zakat, baik dalam sumber-sumbernya, cara penghimpunannya maupun dalam pengelolaan dan pembagiannya.⁹

Delapan kelompok yang berhak menerima zakat, secara garis besar dikategorikan dalam dua kelompok besar, yaitu: *Pertama*, kelompok penerima zakat yang didasarkan pada kebutuhan, seperti kelompok fakir, miskin, budak, pengutang, orang yang dalam perjalanan. Kelompok ini berhak atas zakat untuk memenuhi kebutuhan hidupnya sebagai orang miskin dan berkebutuhan, untuk membebaskan diri dari perbudakan dan pengutangan atau dalam situasi terpaksa

⁷Zainuddin, "Restorative Justice Concept on Jarimah Qishas in Islamic Criminal Law", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 17, No. 3, September 2017, hlm. 335.

⁸Zainuddin, *Hukum Zakat: Perspektif Normatif, Kesejahteraan dan Keadilan Sosial*, Alauddin Press, Makassar, 2013, hlm. 3.

⁹Zainuddin, "Hakikat Pengelolaan Zakat Dalam Mewujudkan Jaminan Keadilan Sosial di Indonesia" *Jurnal Penelitian Hukum*, Vol. 1 No. 1 September 2011, hlm. 106

melakukan perjalanan. *Kedua*, kelompok yang berhak atas zakat bukan didasarkan pada pemenuhan kebutuhannya, seperti amil, mualaf dan *fisabilillah*. Amil diperlukan untuk memfasilitasi pengelolaan pembayaran zakat dan pendistribusiannya. Mualaf diperlukan untuk menarik lebih banyak orang untuk masuk Islam atau sebagai dukungan finansial ketika mereka baru dalam Islam. Sementara *fisabilillah* yang diperlukan untuk menegakkan Islam dan menyebarkan dakwah.¹⁰

Perkembangannya, konsep mustahik serta aplikasinya pada saat ini perlu dicermati karena kondisi yang berkembang terkait dengan perubahan zaman, sehingga perlu adanya upaya penggalan hukum untuk menyikapi perkembangan zaman agar hukum Islam tetap dapat beradaptasi dengan waktu dan tempat. Hal ini menyebabkan kelangsungan mustahik dalam tataran aplikatif seringkali tidak menentu. Apalagi konteks zakat sendiri selama ini tidak lebih diproyeksikan sebagai lembaga karitas, yakni sebuah hubungan belas kasihan antara si kaya dengan si miskin.¹¹

Ar-Riqab merupakan salah satu mustahik zakat yang perlu pengkontekstualisasian makna agar spirit zakat sebagai instrumen penyejahteraan umat dapat tercapai. Jika dewasa ini tidak terlihat lagi model perbudakan sebagaimana pada masa Islam belum datang, tidak berarti bahwa ayat-ayat perbudakan tidak relevan untuk diwacanakan. Fakta tentang terjadinya perdagangan orang yang menimpa kelompok marginal patut untuk dikritisi perspektif doktrin agama karena fenomena ini sarat dengan tindakan yang tidak berperikemanusiaan.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah di atas, maka permasalahan hukum yang muncul adalah: *Pertama*, bagaimana pemaknaan ulang *ar riqab* dalam upaya optimalisasi fungsi zakat bagi kesejahteraan umat? ; *Kedua*, bagaimana

¹⁰Wan Mohd Khairul Firdaus Wan Khairuldin & Mahadi Mohammad (2013) "The Philosophy and Elasticity of Zakah Distribution in Islam", *International Journal of Education and Research*, Vol. 1, No. 8, August 2013, hlm. 5

¹¹Muslim Abdurrahman, *Islam Transformatif*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 1995, hlm. 19

kontekstualisasi pemaknaan *ar-riqab* sebagai korban tindak pidana perdagangan orang dalam optimalisasi fungsi zakat bagi kesejahteraan umat?

Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian ini adalah: *Pertama*, untuk mengetahui dan menganalisis pemaknaan ulang *ar riqab* dalam upaya optimalisasi fungsi zakat bagi kesejahteraan umat; *Kedua*, untuk mengetahui dan menganalisis kontekstualisasi pemaknaan *ar-riqab* sebagai korban perdagangan dalam optimalisasi fungsi zakat bagi kesejahteraan umat.

Metode Penelitian

Penelitian ini adalah penelitian normatif atau penelitian doktrinal, yaitu meneliti pada data sekunder bidang hukum yang ada sebagai data kepustakaan dengan menggunakan metode berpikir deduktif,¹² dan kriterium kebenaran koheren,¹³ yang objek kajiannya adalah dokumen peraturan perundang-undangan dan bahan pustaka.¹⁴ Dengan mengkaji konsep *ar-riqab* baik dalam al-Qur'an, as-Sunnah maupun dalam Undang-Undang No. 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat.

Sehubungan dengan jenis penelitian yang digunakan, yaitu penelitian normatif, maka pendekatan yang digunakan adalah pendekatan konsep (*conceptual approach*) dan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*). Pendekatan konsep digunakan untuk memahami konsep-konsep *ar-riqab* dalam al-Qur'an dan as-Sunnah. Pendekatan perundang-undangan dilakukan untuk meneliti ketentuan-ketentuan yang mengatur mengenai salah satu kelompok penerima zakat dalam hukum positif di Indonesia.

Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer, yaitu: al-Qur'an, as-Sunnah maupun dalam Undang-Undang No. 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat dan Undang-Undang No. 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang. Bahan hukum sekunder, yaitu

¹² Sedarmayanti & Syarifudin Hidayat, *Metodologi Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm. 23.

¹³A. Sonny Keraf & Mikhael Dua, *Ilmu Pengetahuan (Sebuah Tinjauan Filosofis)*, Kanisius, Yogyakarta, 2001, hlm. 68.

¹⁴Soejono dan H. Abdurahman, *Metode Penelitian Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, 2003, hlm. 56.

bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti: hasil-hasil penelitian, buku-buku yang membahas tentang ar-riqab dan perdagangan orang. Data yang diperoleh dari hasil studi dokumen diolah dengan menggunakan metode pengolahan secara kualitatif. Metode kualitatif adalah suatu tata cara penelitian yang menghasilkan data deskriptif analitis.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Pemaknaan Ulang *Ar Riqab* dalam Upaya Optimalisasi Fungsi Zakat Bagi Kesejahteraan Umat

Zakat pada dasarnya bertujuan untuk peningkatan keadilan dan pemajuan kesejahteraan sebagai landasan filosofisnya sebagaimana diamanahkan dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat pada konsideran menimbang bahwa zakat merupakan pranata keagamaan yang bertujuan untuk meningkatkan keadilan dan kesejahteraan masyarakat.

Keadilan dan kesejahteraan yang dimaksud adalah keadilan dan kesejahteraan bagi kaum *dhuafa* dan *mustadh'afin* yang secara tegas telah diatur di dalam Q.S. at-Taubah : 60, bahwa "*Sesungguhnya zakat-zakat itu, hanyalah untuk orang-orang fakir, orang-orang miskin, pengurus-pengurus zakat, para mu'allaf yang dibujuk hatinya, untuk (memerdekakan) budak, orang-orang yang berhutang, untuk jalan Allah dan untuk mereka yuang sedang dalam perjalanan, sebagai suatu ketetapan yang diwajibkan Allah, dan Allah Maha Mengetahui lagi Maha Bijaksana*".

Dasar dan latar belakang pertimbangan syariat menetapkan delapan golongan mustahik zakat tersebut, penyebab jatuhnya mereka menjadi fakir dan miskin bukanlah sepenuhnya atas faktor internal atau kesalahan mereka sendiri, tetapi lebih dominan disebabkan oleh faktor eksternal, yaitu sebagai akibat tidak lancarnya atau tidak berjalannya sistem dan norma-norma keadilan yang berpangkal dari sikap golongan kaya yang menahan hak-hak golongan duafa, yang terdapat dalam harta mereka, tanpa menjalankan fungsi harta dan pemilikan melalui berbagai institusi ekonomi Islam seperti zakat.¹⁵

¹⁵ Syahril Jamil, "Prioritas Mustahiq Zakat Menurut Teungku Muhammad Hasbi Ash Shiddieqy", *Istinbath*, No.16 Th. XIV, Juni 2015, hlm. 150

Dinyatakan bahwa pada empat golongan pertama, menggunakan kata 'li' misalnya 'innama as-shadaqatu lil fuqara' Berbeda dengan empat golongan selanjutnya yang menggunakan awalan kata 'fi' misalnya 'fi ar-riqab'. Penggunaan kelompok pertama berarti 'adanya kepemilikan' sedangkan kelompok kedua berarti 'kondisi'. Imam Zamakhsyari menyatakan bahwa perpindahan dari kata 'li' untuk empat golongan pertama kepada 'fi' untuk empat golongan kedua menunjukkan bahwa yang pertama lebih berhak terhadap zakat ketimbang yang kedua. Sebab arti 'fi' memiliki makna pengumpulan dan pemeliharaan. Dengan demikian, menurut az-Zamakhsyari berarti bahwa Allah mengingatkan zakat lebih diprioritaskan untuk diberikan kepada mereka (empat golongan pertama) dan menjadikan zakat sebagai tempat harapannya.¹⁶

Sesuai ayat di atas, pada dasarnya, mustahik dibagi dalam dua kelompok, yaitu kelompok konsumtif artinya zakat yang diberikan kepada kelompok tersebut diperuntukkan untuk konsumsi dalam rangka pemenuhan kebutuhan sehari-harinya. Sedangkan pada kelompok kedua, zakat dapat diolah untuk kegiatan produktif karena boleh jadi kelompok kedua ini dari segi finansial adalah orang yang berkecukupan.

Secara bahasa, kata *riqab*, merupakan jamak dari *raqabah* yang berarti tengkuk (leher bagian belakang). Kata "fi ar-riqab" dalam al-Qur'an disebutkan 3 kali, sedangkan padanan katanya disebutkan sebanyak 21 kali.¹⁷ Lafaz *raqabah* secara general dimaknai hamba sahaya, yaitu orang yang berada di bawah kekuasaan bahkan menjadi milik orang lain (tengkuk yang dikuasai oleh orang lain).¹⁸ Pada zaman dahulu para tawanan dan hamba sahaya diikat kaki dan tangannya ke lehernya agar dia tidak bebas bergerak. Dari kata *raqabah* ini kemudian dipahami sebagai hamba sahaya. Makna ini dapat dikembangkan sehingga mencakup semua manusia yang terbelenggu lahir dan batin.¹⁹

¹⁶ Rahmad Hakim, "Kotekstualisasi Fikih Golongan Penerima Zakat (Asnaf Tsamaniah) Zakat Dan Relevansinya Dengan Penanggulangan Kemiskinan di Indonesia", *Proceeding, The 2nd Annual Conference for Muslim Scholar di Surabaya*, 21 - 22 April 2018, hlm. 394

¹⁷ Muhammad Fuad Abdu al-Baqi, *Al-Mu'jam al-Mufabras li Alfaz al-Qur'an al Karim*, Dar al-Hadis, Kairo, 1996, hlm. 397

¹⁸ Al Yasa` Abubakar, "Seni Penerima Zakat: Sebuah Upaya Untuk Reinterpretasi" *Media Syariah*, Vol. XVI, No. 2 Desember 2014, hlm. 593.

¹⁹ Zunly Nadia, "Perlindungan Kehidupan Perempuan dalam Keluarga dan Masyarakat", *Musawa*, Vol. 10, No. 2, Juli 2011, hlm. 272

Q.S. at-Taubah ayat 60 di atas klasifikasinya sudah jelas, hanya golongan “*fi ar-riqab*” yang dianggap kurang jelas dan kurang tegas. Bukan karena lafaznya tetapi karena pelaksanaannya pada zaman Rasulullah yang digunakan untuk memerdekakan budak *mukattab* yang telah dijanjikan oleh tuannya akan dilepaskan jika ia dapat membayar sejumlah tertentu dan termasuk pula budak yang belum dijanjikan untuk dimerdekakan.²⁰

Konsep *ar-riqab* dalam hadis-hadis Nabi Muhammad saw, menunjukkan terdapat perbedaan pada maksud *ar-riqab*. Konsep melalui tema *raqabah* menunjukkan pada umumnya hadis merujuk kepada maksud hamba (60.9%), manakala hanya 39.1% merujuk kepada maksud diri atau tengkuk. Sebaliknya, tema *ar-riqab* menunjukkan mayoritas hadis merujuk kepada maksud diri atau leher (80.2%), manakala *riqab* yang bermaksud hamba hanya 19.8%.²¹

Ulama-ulama terdahulu memaknai *ar-riqab* sebagai budak, Ali bin Abi Thalib, Sa'id bin Jubair, Az-Zuhry, Al-Laits, Ibnu Sa'ad, Imam Syafi'i dan banyak ulama lain menafsirkan *ar-Riqab* dengan *al-Makatab*, yaitu budak yang oleh tuannya telah dijamin merdeka, apabila mampu menyerahkan sejumlah uang. Imam Malik dan Ahmad berpendapat, bahwa *riqab* itu tidak hanya *mukattab* saja, tetapi termasuk semua budak belian, sehingga menurut mereka, bagian *riqab* boleh juga diberikan untuk membeli budak dan kemudian dimerdekakan. As-Said Bakri Muhammad Syata berpendapat bahwa *ar-riqab* adalah budak yang akan membebaskan dirinya, untuk itu ia harus menebus dirinya dengan sejumlah uang kepada tuannya dan oleh karena itu perlu mendapatkan bantuan.²²

Penafsiran konvensional terhadap *ar-riqab* (memerdekakan budak) sebagai kalangan yang berhak menerima zakat, yakni tuan si budak yang akan menjual budak tersebut kepada orang yang akan membelinya untuk dimerdekakan atau orang yang akan menerima ganti kemerdekaan budak itu. Untuk itulah para pihak yang berbuat demikian itu yang berhak mendapatkan bagian zakat.

²⁰ Hasbie As-Shiddiqie, *Pedoman Zakat*, Pustaka Rizki Putra, Semarang, 1997, hlm. 183

²¹ Azman Ab Rahman, Pelaksanaan Pengagihan Zakat Kepada Asnaf Ar-Riqab di Malaysia <http://ddms.usim.edu.my/bitstream/123456789/9886/1/Pelaksanaan%20Pengagihan%20Zakat%20Kepada%20Asnaf%20Ar%20Riqab%20Di%20Malaysia.pdf>, hlm. 8-9, diakses Tanggal 19 Agustus 2018

²² Fuadi, “Sistem Pengelolaan Zakat (Kajian Terhadap Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 7 Tahun 2004)”, *Jurnal At-Tafkir*, Vol. VII, No. 1 Juni 2014, hlm. 173

Imam Malik dan Ahmad serta lainnya berpendapat, bahwa bagian *ar-riqab* digunakan untuk membeli budak, lantas dimerdekakan. Karena, setiap tempat disebutkannya *raqabah* mempunyai maksud membebaskannya. Membebaskan tidak akan terbayangkan melainkan terhadap budak tulen (bukan *mukattab*), sebagaimana dalam hal *kafarat*. Sedangkan golongan Malikiyah berpendapat bahwa *riqab* berarti budak secara umum, tidak terkait apakah itu *mukattab* atau tidak.²³

Optimalisasi fungsi zakat untuk kesejahteraan umat dapat tercapai jika memberikan pemaknaan ulang terhadap *ar-riqab*. Definisi *ar-riqab* saat ini harus diperluas sebagaimana di Malaysia, *ar-riqab* berdasarkan kriteria yang telah dikeluarkan oleh *fuqaha*, seperti korban pencabulan dan pemerkosaan, korban kekerasan anak, korban kekerasan dalam rumah tangga serta pasien yang ditinggalkan di rumah sakit.²⁴ Tidak adanya perluasan pemaknaan *ar-riqab* sehingga lembaga pengelola zakat tidak mendistribusikan dana zakat kepada kelompok tersebut.

Pendistribusian zakat yang dilakukan Baznas dalam tiga terakhir, 2015 dan 2017 tidak ada dana zakat untuk *ar-riqab*, dan 2016 sebesar Rp. 4.278.727.729 (0,15%), sedangkan untuk 2017 sebanyak Rp. 21.827.062.720 (0,45%).²⁵ Sementara Rumah Zakat, dalam Laporan Tahunannya untuk tahun 2016 dan tahun 2017²⁶ tidak menyalurkan dana zakat untuk *asnaf ar-riqab*. Baitul Mal Aceh membagi zakat untuk yang lebih membutuhkan dulu baik itu kepada fakir, miskin, *fisabilillah*, mualaf dan musafir, serta zakat produktif untuk pedagang kecil dalam memajukan usahanya, dan program beasiswa bagi pelajar maupun mahasiswa agar dapat melanjutkan pendidikannya kecuali *asnaf riqab* (hamba sahaya atau budak) karena budak atau hamba sahaya tidak dijumpai lagi keberadaannya di Aceh.²⁷

²³ Abdu ar-Rahman al-Jaziri, *Kitab al-Fiqh 'ala Mazahib al-Arba'ah*, Maktabah al-Tijariyyah al-Kubro, Mesir, t.t, hlm. 621

²⁴ Mohd Rilizam Rosli et.al., "Asnaf Riqab Zakat Distribution Mechanism in Today's World" *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, Vol. 8, No. 4 April 2018, hlm. 1100.

²⁵ Badan Amil Zakat Nasional, *Statistik Zakat Nasional 2017*, Badan Amil Zakat Nasional, Jakarta, 2018, hlm. 22

²⁶ Rumah Zakat, "Laporan Tahunan 2017" <https://www.rumahzakat.org/laporan-tahunan/> hlm. 63 diakses Tanggal 4 Desember 2018

²⁷ Surya Darma, "Kewenangan Baitul Mal Aceh dalam Pendistribusian Zakat" *Kanun: Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 19, No. 2, Agustus, 2017, hlm. 206

Berdasarkan data di atas menunjukkan, bahwa zakat untuk *ar-riqab* tidak atau kurang tersalurkan diakibatkan faktor pemahaman pengurus zakat baik Baznas maupun LAZ yang memaknai bahwa *ar-riqab* itu adalah budak yang tentunya berimplikasi pada penyaluran dana dan menganggap budak sudah tidak ada lagi. Oleh karena itu, BAZNAS, dan LAZ Al-Azhar belum mengakui korban-korban perdagangan manusia sebagai *riqab* sehingga tidak layak mendapatkan zakat untuk membebaskannya.²⁸ Ini berarti, ada salah satu kelompok *asnaf (ar-riqab)* terabaikan sehingga berimplikasi pada tidak terpenuhinya kesejahteraan orang-orang yang masuk kelompok *ar-riqab*.

Pemahaman tekstual akan menyebabkan tujuan zakat tidak tercapai, untuk pencapaian tujuan zakat dan hikmah kewajiban zakat, maka pemahaman kontekstual dan komprehensif terhadap delapan *asnaf* penerima zakat perlu dilakukan, sehingga kelompok yang berhak mendapatkan dana zakat dapat menerima haknya.

Zakat juga memiliki fungsi yang sangat vital dalam membangun kesejahteraan umat Islam yaitu sebagai sarana pemerataan pendapatan untuk mencapai keadilan sosial dan menghapuskan kemiskinan dari masyarakat serta zakat mencegah penumpukan kekayaan atau harta di tangan sebagian manusia.²⁹

Fungsionalisasi zakat sebagai pranata ekonomi keagamaan untuk pemajuan kesejahteraan tidak akan optimal tercapai apabila pemahaman pengelola zakat mengenai *ar-riqab* masih konvensional. Pemahaman tekstual akan menyebabkan tujuan zakat tidak tercapai, untuk pencapaian tujuan zakat dan hikmah kewajiban zakat, maka pemahaman kontekstual dan komprehensif terhadap delapan *asnaf* penerima zakat perlu dilakukan, sehingga kelompok yang berhak mendapatkan dana zakat dapat menerima haknya.

Kontekstualisasi Pemaknaan *Ar-Riqab* sebagai Korban Perdagangan Orang dalam Optimalisasi Fungsi Zakat Bagi Kesejahteraan Umat

Pasal 1 angka (1) UU No. 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, mendefinisikan perdagangan orang sebagai berikut:

²⁸ Jakarta Islamic Centre, "Riqab," <https://islamic-center.or.id/riqab/>, diakses tanggal 19 Agustus 2018

²⁹ Malahayatie, "Interpretasi Asnaf Zakat Dalam Konteks Fiqih Kontemporer (Studi Analisis Fungsi Zakat dalam Pemberdayaan Ekonomi Umat)", *Al-Mabats*, Vol. I, No. I, 2016, hlm. 49.

Perdagangan orang adalah tindakan perekrutan, pengangkutan, penampungan, pengiriman, pemindahan, atau penerimaan seseorang dengan ancaman kekerasan, penggunaan kekerasan, penculikan, penyekapan, pemalsuan, penipuan, penyalahgunaan kekuasaan atau posisi rentan, penjeratan utang atau memberi bayaran atau manfaat, sehingga memperoleh persetujuan dari banyak orang yang memegang kendalil atas oranglain tersebut, baik yang dilakukan di dalam negara maupun antar negara, untuk tujuan eksploitasi atau mengakibatkan orang tereksplorasi.

Perserikatan Bangsa-Bangsa dalam Pasal 3 Protokol 2000, mendefinisikan perdagangan orang sebagai: *The recruitment, transportation, transfer harboring, or receipt of persons by means of the threat or the use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of the position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person for the purposes of exploitation.* Jadi perdagangan orang adalah perekrutan, pengiriman, pemindahan, penampungan, atau penerimaan seseorang, dengan ancaman atau penggunaan kekerasan atau bentuk-bentuk lain dari pemaksaan, penculikan, penipuan, kebohongan atau penyalahgunaan kekuasaan atau posisi rentan atau memberi atau menerima pembayaran atau memperoleh keuntungan agar dapat memperoleh persetujuan dari seseorang yang berkuasa atas orang lain, untuk tujuan eksploitasi.

Berdasarkan pengertian di atas, ada tiga unsur utama perdagangan orang,³⁰ yaitu:

- 1) Memindahkan orang, baik di dalam maupun di luar batas negara (termasuk perekrutan, pengangkutan, penampungan, pengiriman, pemindahan atau penerimaan);
- 2) Cara-caranya melawan hukum (termasuk ancaman, penggunaan kekeasan, penculikan, penyekapan, pemalsuan, penipuan, penyalahgunaan kekuasaan atau posisi rentan, penjeratan utang atau memberi bayaran atau manfaat sehingga memperoleh persetujuan dari orang yang memegang kendali atas orang lain tersebut).
- 3) Tujuannya eksploitasi atau menyebabkan orang tereksplorasi

³⁰ Siti Muflichah & Rahadi Wasi Bintoro, "Trafficking: Suatu Studi Tentang Perdagangan Perempuan Dari Aspek Sosial, Budaya Dan Ekonomi di Kabupaten Banyumas", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 9, No. 1 Januari 2009, hlm. 127.

Konvensi PBB yang berkaitan dengan perdagangan perempuan dan anak, terdapat beberapa bentuk perdagangan orang, antara lain: 1) perburuhan migran legal maupun ilegal; 2) pekerja rumah tangga (PRT); 3) pekerja seks komersial/eksploitasi seksual (termasuk pedofilia); 4) adopsi palsu anak; 5) pengantin pesanan (*mai-order bride*); 6) pengemis; 7) industri pornografi, peredaran obat terlarang; 8) penjualan organ tubuh.³¹

Perdagangan orang merupakan masalah klasik yang selalu terjadi sepanjang masa. Pandangan masyarakat (*communis opinio*) bahwa perdagangan orang merupakan bentuk perbudakan modern tidak dapat dibantah. Perdagangan orang merupakan kejahatan yang sangat jahat dan merupakan salah satu kejahatan yang mengalami pertumbuhan paling cepat di dunia. Dewasa ini perdagangan orang juga menjadi salah satu dari lima kejahatan terbesar di dunia yang harus ditanggulangi karena akibat yang ditimbulkan tidak saja pada aspek ekonomi, tetapi juga aspek politik, budaya dan kemanusiaan.³²

Berdasarkan Q.S. at-Taubah ayat 60, wujud golongan yang ditimpa kesusahan dalam kalangan manusia, salah satunya ialah golongan yang mengalami ketertindasan atas dirinya dari orang lain yang disebut *ar-riqab*. Pentingnya korban perdagangan orang masuk dalam kategori *ar-riqab* karena korban-korban perdagangan manusia seringkali digunakan untuk tujuan eksploitasi seksual misalnya dalam bentuk pelacuran dan pedofilia, bekerja pada tempat-tempat kasar yang memberikan gaji rendah seperti perkebunan, pembantu rumah tangga, pekerja restoran, tenaga penghibur, perkawinan kontrak, buruh anak, pengemis jalanan, selain berperansebagai pelacur. Korban perdagangan orang biasanya anak dan perempuan yang berusia muda dan belum menikah, anak perempuan yang bercerai, serta mereka yang pernah bekerja di pusat kota atau luar negeri. Umumnya sebagian penghasilannya diberikan kepada keluarga. Anak korban perdagangan orang seringkali berasal dari masyarakat yang diharapkan dapat menambah penghasilan keluarga.

³¹ *Ibid.*, hlm. 128.

³² Ririen Ambarsari, dkk., "Kajian Yuridis Tentang Perlindungan Hukum Terhadap Perempuan dan Anak Korban Human Trafficking," *Jurnal Panorama Hukum*, Vol. 1 No. 1, Juni 2016, hlm. 59.

Pembahasan tentang kelompok penerima atau sasaran zakat (sering disebut dalam istilah Arab *mustahiq al-zakah* atau *masharif alzakah*) merupakan salah satu aspek penting dalam persoalan zakat. Tidak mengherankan kalau permasalahan mustahik tidak pernah lepas dari kajian zakat dengan berbagai tinjauannya. Konsep mustahik ini penting dicermati, karena akan memungkinkan lembaga-lembaga zakat mendistribusikan dananya untuk kepentingan yang lebih relevan dengan kebutuhan sosial dan ekonomi saat ini. Misalnya tentang konsep '*amil, riqab, muallaf, dan gharimin*'. Dalam praktiknya, keempat *asnaf* ini sering dinafikan dalam pembagian zakat. Lagi-lagi karena kekhawatiran yang berlebihan menjadi penyebab, bagian keempat mustahik ini dimaksukkan dalam kas dan tidak didistribusikan atau didistribusikan pada keperluan lain, yang kurang sesuai dengan tujuan zakat, misalnya untuk memenuhi keperluan dan kebutuhan masjid.³³

Definisi *ar-riqab* perlu dikontekstualisasi pemaknaannya agar lebih luas dengan melihat berbagai sektor, mulai dari sektor sosial, politik dan lainnya yang pada prinsipnya terjadi eksploitasi dari manusia atas manusia yang harus dibebaskan, baik manusia sebagai individual ataupun dalam komunitas. Pada konteks hari ini, makna *ar-riqab* diperluas untuk menganalogikan budak, mulai dari budak belian, bangsa terjajah, isu tentang karyawan dan buruh pada dasarnya berporos kepada adanya kekuasaan satu pihak terhadap pihak lain. Artinya ketika menelisik ulang kasus-kasus buruh, TKI bermasalah dan selalu menjadi korban, pembantu rumah tangga merupakan bentuk dari perbudakan modern. Di sinilah terlihat adanya kekuasaan satu pihak dan teraniayanya pihak lain yang substansi dari *ar-riqab*. Substansi dari *ar-riqab* sebenarnya adanya usaha dalam membebaskan orang atau sekelompok orang dalam keadaan teraniaya dan ketidakadilan. Saat ini hampir dipastikan karena tidak relevannya definisi *ar-riqab* dalam konteks fikih klasik secara tidak langsung menghilangkan definisi ini di berbagai lembaga zakat Indonesia. Ketika berbicara *asnaf* zakat, dapat dipastikan *ar-riqab* adalah *asnaf* yang hilang dari zakat.

Pemaknaan *al-riqab* di Malaysia berbeda-beda, ada yang memaknai *ar riqab* sebagai berikut: a. sebagai pembebasan kaum muslim dari berbagai bentuk

³³ Asnaini, "Membangun Zakat Sebagai Upaya Membangun Masyarakat", *La Riba: Jurnal Ekonomi Islam*, Vol. IV No. 1, Juli 2010, hlm. 26.

perbudakan, baik secara mental mapaun fisik seperti yang terjadi pada zaman jahiliyah dan dikendalikan atau di bawah pengaruh penguasaan seseorang; b) seseorang yang terperangkap di bawah kekuasaan seseorang atau kondisi orang lain yang tidak memungkinkannya untuk menjalani kehidupan yang lebih baik; c) orang di bawah kekuasaan tuannya, memungkinkan pembebasan diri mereka sendiri;³⁴ d) korban kekerasan dalam rumah tangga, korban pelecehan anak, anak-anak yang terlibat dalam kejahatan dan korban penelantaran orang tua.³⁵

Kata *al-riqab* dimaknai secara luas oleh lembaga zakat di negara-negara Muslim sebagai korban dari perdagangan orang. Menurut Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang adalah: “tindakan perekrutan, pengangkutan, penampungan, pengiriman, pemindahan, atau penerimaan seseorang dengan ancaman kekerasan, penggunaan kekerasan, penculikan, penyekapan, pemalsuan, penipuan, penyalahgunaan kekuasaan atau posisi rentan, penjeratan utang atau memberi bayaran atau manfaat, sehingga memperoleh persetujuan dari orang yang memegang kendali atas orang lain tersebut, baik yang dilakukan di dalam negara maupun antar negara, untuk tujuan eksploitasi atau mengakibatkan orang tereksplorasi.

Definisi mustahik di bawah kategori *al-riqab* perlu diperluas lagi, selama ini tumpuan bantuan zakat oleh institusi zakat hanya tertumpu kepada mustahik fakir dan miskin serta *fi sabilillah*. Perluasan definisi ini perlu seiring dengan perkembangan semasa terutamanya dalam melepaskan belenggu manusia bukan hanya dalam aspek hamba sahaya seperti perbincangan tradisional selama ini akan tetapi keterbelengguan seperti eksploitasi manusia oleh manusia lain baik secara individu maupun kolektif, seperti perdagangan orang.

Kondisi sekarang, lafaz *al-riqab* ini tidak lagi harus dipahami secara literal, karena *ar-riqab* dalam konteks budak sudah tidak relevan lagi. Namun sekiranya

³⁴ Nur Anisah Nordin & Wan Mohd Khairul Firdaus Wan Khairuldin, “The Position and Distributions of Zakat Asnaf Al-Riqab in Malaysian Zakat Institutions” *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, Vol. 8, No. 4 April 2018, hlm. 620-621.

³⁵Mohd Rilizam Bin Rosli, et. al., Distribution Management of Zakat Fund: Recommended Proposal for Asnaf Riqab in Malaysia”, *International Journal of Civil Engineering and Technology (IJCIET)*, Vol. 9, Issue 3, March 2018, hlm. 58.

'illat yang ada dalam perbincangan ulama dipertimbangkan dan disesuaikan dengan keadaan sekarang, maka *ar-riqab* dikontekstualisasikan pemaknaannya agar sesuai dengan kondisi sekarang. Menurut Mahmud Syaltut, dalam konteks ini penafsiran *ar-riqab* perlu diperluas tidak melulu menyangkut membebaskan budak tetapi merupakan upaya membebaskan negara-negara yang masih dikuasai negara adikuasa yang bertindak zalim baik secara politik, ekonomi, maupun ideologis. Negara-negara semacam ini masuk dalam cengkeraman perbudakan dan mengekang kebebasan warganya sehingga bagi kemanusiaan secara global dampaknya lebih mengerikan daripada sekedar perbudakan hamba sahaya. Lagi pula lanjut Syaltut perbudakan yang ditunjuk dalam Q.S. at-Taubah ayat 60 itu sudah tidak ditemukan lagi faktanya di dunia sekarang ini.³⁶

Menurut Rahmad Hakim, melihat kepada makna yang lebih dalam lagi, secara jelas menunjukkan masih terdapatnya orang-orang yang tertindas dan tereksplorasi oleh manusia lainnya baik secara personal maupun struktural. Jika fakir dan miskin cenderung menderita karena faktor ekonomi, golongan ini menderita secara budaya dan politik.³⁷ Oleh karena itu *ar-riqab* ini dimaknai adalah orang yang menjadi korban perdagangan orang sehingga menjadi Pekerja Seks Komersial dan terlilit hutang kepada germo untuk dapat bebas kembali kepada jalan yang benar.

Ulama Selangor, Malaysia, juga menganalogikan (*qiyas*) korban perdagangan orang sebagai penerima zakat yang masuk kategori *ar-riqab* yang sehingga dapat membebaskan diri dari perbudakan modern. Maka, lembaga-lembaga zakat di Selangor, Malaysia, seperti Lembaga Zakat Selangor, memberikan perhatian khusus terhadap mustahik ini. Tidak sedikit pelacur dan anak-anak jalanan yang terbebas dari perdagangan orang dan mendapatkan kehidupan yang layak dari zakat para muzaki yang disalurkan melalui Lembaga Zakat Selangor.

Pemaknaan *ar-Riqab* sebagai korban perdagangan orang telah diakomodir dalam Pasal 3 ayat (5) Peraturan Baznas No. 3 Tahun 2018 tentang Pendistribusian dan Pendaayagunaan Zakat. Korban perdagangan orang yang kemudian dipaksa

³⁶Nurul Huda, "Dinamisasi Hukum Islam Versi Mahmud Syaltut", *Jurnal Subuf*, Vol. 19, No. 1, Mei 2007, hlm. 32

³⁷Rahmad Hakim, *Kotekstualisasi Fikih...*, *Op. Cit.*, hlm. 398

melacurkan diri pada dasarnya adalah adalah orang-orang yang terampas hak-hak asasinya. Kelompok ini dapat dikategorikan dalam Islam sebagai *al-mustadh'afin* (orang-orang yang diperlemah), yakni orang-orang yang karena tertindas akibat dari sistem dan struktur yang timpang dalam masyarakat. Baik al-Qur'an maupun hadis menegaskan bahwa orang yang dipaksa melacur dijanjikan ampunan dan kebebasan dari siksa dosa selama mereka tetap yakin dan beriman kepada Allah Swt. Kelompok ini dipersamakan dengan kondisi seseorang yang dipaksa mengucapkan kata-kata yang berkonotasi kafir, sementara hatinya tetap beriman kepada Allah swt.³⁸

Korban perdagangan orang, dalam konteks ini dapat dikategorikan sebagai pihak-pihak yang berhak menerima zakat karena ia dapat dikategorikan sebagai kaum *mustadh'afin* sebagaimana budak (*riqab*) dan *garimin* (orang-orang yang dililit utang) yang dikelompokkan dalam al-Qur'an sebagai kelompok yang berhak menerima zakat dan mayoritas korban perdagangan orang adalah mereka yang pada awalnya berasal dari keluarga yang miskin dan berada pada kelas ekonomi yang rendah. Oleh karena itu, korban perdagangan orang pada dasarnya berhak menerima zakat³⁹

Kebijakan pendayagunaan zakat untuk jatah *al-riqab* diarahkan antara lain sebagai berikut adalah: *pertama*, untuk menebus orang-orang Islam yang ditawan oleh manusia; *Kedua*, untuk membantu negara Islam atau negara yang sebagian besar penduduknya beragama Islam yang sedang berusaha untuk melepaskan diri dari belenggu perbudakan modern kaum penjajah modern; *Ketiga*, pembebasan budak temporer dari eksploitasi pihak lain, misalnya pekerja kontrak dan ikatan kerja yang tidak wajar; *Keempat*, membantu membebaskan pedagang, pengusaha, petani, nelayan kecil dan sebagainya dari tekanan lintah darat dan pengijon.⁴⁰ Menurut M. Quraish Shihab bahwa dalam konteks sekarang bisa jadi bagi tenaga kerja yang terikat kontrak dengan suatu perusahaan, dengan berbagai alasan yang dapat dibenarkan harus membatalkan kontraknya secara sepihak, sedang pemilik

³⁸Rusdaya Basti, "Human Trafficking Dan Solusinya Dalam Perspektif Hukum Islam," *Jurnal Hukum Diktum*, Vol. 10, No. 2 Desember 2014

³⁹ *Ibid.* hlm. 94

⁴⁰Sjechul Hadi Permono, *Pendayagunaan Zakat dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 1992, hlm. 64-65

perusahaan enggan membatalkan kecuali dengan ganti rugi. Pihak yang dalam posisi ini juga berhak mendapatkan zakat.⁴¹

Dana zakat untuk kategori *ar-riqab* akan berarti dana untuk usaha pemerdekaan; orang atau kelompok orang yang sedang dalam keadaan tertindas dan kehilangan haknya untuk menentukan arah hidupnya sendiri. Dalam konteks individual, dana itu di-*tasaruf*-kan untuk, misalnya: i) mengentaskan buruh-buruh rendahan dan buruh-buruh kasar dari belenggu pihak majikan yang menjeratnya. ii) mengusahakan pembebasan orang-orang tertentu yang dihukum/dipenjara hanya lantaran menggunakan hak dasarnya untuk berpendapat atau memilih. Sementara dalam bentuknya yang struktural, dana *ar-riqab* ini bisa berarti dana untuk proses penyadaran dan pembebasan masyarakat tertindas berkaitan dengan hak-hak dasar mereka sebagai manusia baik dalam dimensi individual maupun sosialnya.⁴²

Penyerahan zakat kepada *ar-riqab* adalah upaya untuk membebaskan orang yang berada di bawah kekuasaan orang lain, sehingga dia menjadi bebas (terlepas dari ikatan) dan dapat menentukan nasib dan masa depannya sendiri. Pada masa sekarang ada orang yang karena berbagai sebab, terjebak ke dalam kontrak yang tidak manusiawi atau disekap sedemikian rupa, sehingga kalau hanya atas usahanya sendiri maka dia tidak akan dapat terbebas dari keadaan buruk tersebut. Contoh konkretnya adalah orang-orang yang menjadi korban penipuan dalam upaya mencari kerja, atau menjadi korban dari perdagangan manusia. Dengan kalimat lain *riqab* sebagai mustahik zakat di zaman modern kurang lebih akan mencakup segala kelompok orang yang berada di bawah perbudakan/pembelengguan secara tidak sah atau tidak manusiawi, sehingga perlu dibantu agar mereka memperoleh kembali hak asasi mereka sebagai umat manusia⁴³

Meski secara hukum internasional, perbudakan sudah dihapuskan tetapi praktik perdagangan orang secara substansial tidak berbeda dengan praktik perbudakan itu sendiri, bahkan boleh jadi justru lebih mengerikan. Islam sejak

⁴¹ M. Quraish Shihab, *Tafsir al-Misbah*, Jilid V, Lentera Hati, Jakarta, 2002, hlm. 598-599

⁴² Pusat Kajian Strategis Badan Amil Zakat Nasional (BAZNAS), *Zakat Untuk Kemandirian Ummat Melalui Pemberdayaan Masyarakat*, Pusat Kajian Strategis Badan Amil Zakat Nasional, Jakarta, 2017, hlm. 35

⁴³ Al Yasa' Abubakar, "Senif Penerima Zakat: Sebuah Upaya Untuk Reinterpretasi," *Media Syariah*, Vol. XVI No. 1 Juni 2014, hlm. 495.

awal telah meletakkan dasar-dasar bagi pembebasan dan penghapusan perbudakan, karena ia bertentangan dengan prinsip Tauhid (Keesaan Tuhan). Teologi ini selalu mengajarkan kepada manusia tentang makna kebebasan (kemerdekaan), kesetaraan, dan penghargaan manusia terhadap manusia yang lain, bahkan juga terhadap alam. Oleh karena itu, tidak ada keraguan sedikitpun bahwa perdagangan orang dalam segala bentuknya adalah bertentangan dengan dan melanggar nilai-nilai Islam dan melawan Tuhan. Sedangkan para korban perdagangan orang dapat diberikan bagian harta zakat untuk kemudian dapat digunakan sebagai membebaskan dirinya dari jeratan perdagangan orang maupun agen/majikannya dimana ia berdomisili sehingga ia dapat hidup layaknya manusia normal. Tentunya dalam hal ini pemerintah turut berperan serta dalam mengentaskan kasus perdagangan orang dengan membuat peraturan supaya tidak ada pihak tertentu yang melakukan tindakan perdagangan orang dengan berbagai alasan.

Penutup

Berdasarkan uraian di atas, disimpulkan: *Pertama*, *ar-riqab* dalam terminologi konvensional sebagai budak tidak lagi relevan untuk kondisi saat ini, karena konsep budak tidak lagi dikenal dalam zaman modern ini. Oleh karena itu, *ar-riqab* dapat dipahami sebagai orang yang terbelenggu dalam kemiskinan secara terstruktur dan masif, sehingga fungsionalisasi zakat sebagai instrumen ekonomi umat untuk pemajuan kesejahteraan dapat tercapai. *Kedua*, salah satu makna *ar-riqab* yang sesuai dengan kondisi sekarang adalah korban tindak pidana perdagangan orang. Kelompok inilah yang rentan terhadap eksploitasi ekonomi sehingga sulit untuk keluar memberdayakan dirinya karena dibawah kekuasaan orang lain. Instrumen zakat sebagai kekuatan ekonomi dapat memainkan peran untuk pemberdayaan korban perdagangan tindak pidana dengan dimasukkannya sebagai *asnaf ar-riqab*. Rekomendasi penelitian ini adalah hendaknya pengelola zakat memaknai secara kontekstual *ar-riqab* dan tidak lagi terpaku pada makna budak, sehingga fungsionalisasi zakat sebagai instrumen pemenuhan kesejahteraan dapat tercapai secara optimal.

Daftar Pustaka

Buku

- Abdurrahman, Muslim, *Islam Transformatif*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 1995.
- Al-Baqi, Muhammad Fuad Abdu, *Al-Mu'jam al-Mufahras li Alfaz al-Qur'an al Karim*, Dar al-Hadis, Kairo, 1996.
- Al-Jaziri, Abdu Ar-Rahman, *Kitab al-Fiqh 'ala Mazahib al-Arba'ah*, Maktabah al-Tijariyyah al-Kubro, Mesir, t.t.
- As-Shiddiqie, Hasbie, *Pedoman Zakat*, Pustaka Rizki Putra, Semarang, 1997.
- Badan Amil Zakat Nasional, *Statistik Zakat Nasional 2017*, Badan Amil Zakat Nasional, Jakarta, 2018,
- Irianto, Sulistyowari, (Ed), *Perempuan dan Hukum: Menuju Hukum yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2006,
- Keraf, A. Sonny & Mikhael Dua, *Ilmu Pengetahuan (Sebuah Tinjauan Filosofis)*, Kanisius, Yogyakarta, 2001.
- Permono, Sjechul Hadi, *Pendayagunaan Zakat dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 1992.
- Pusat Kajian Strategis Badan Amil Zakat Nasional (BAZNAS), *Zakat Untuk Kemandirian Ummat Melalui Pemberdayaan Masyarakat*, Pusat Kajian Strategis Badan Amil Zakat Nasional, Jakarta, 2017.
- Sedarmayanti & Syarifudin Hidayat, *Metodologi Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 2002
- Shihab, M. Quraish, *Tafsir al-Misbah*, Jilid V, Lentera Hati, Jakarta, 2002.
- Soejono & H. Abdurahman, *Metode Penelitian Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, 2003.
- Zainuddin, *Hukum Zakat: Perspektif Normatif, Kesejahteraan dan Keadilan Sosial*, Alauddin Press, Makassar, 2013.

Jurnal

- Abubakar, Al Yasa, "Senif Penerima Zakat: Sebuah Upaya Untuk Reinterpretasi" *Media Syariah*, Vol. XVI, No. 2 Desember 2014.
- Ambarsari, Ririen, dkk., "Kajian Yuridis Tentang Perlindungan Hukum Terhadap Perempuan dan Anak Korban Human Trafficking," *Jurnal Panorama Hukum*, Vol. 1 No. 1, Juni 2016.
- Asnaini, "Membangun Zakat Sebagai Upaya Membangun Masyarakat", *La_Riba: Jurnal Ekonomi Islam*, Vol. IV No. 1, Juli 2010.
- Basri, Rusdaya, "Human Trafficking Dan Solusinya Dalam Perspektif Hukum Islam," *Jurnal Hukum Diktum*, Vol. 10, No. 1, Januari 2012.
- Darma, Surya, "Kewenangan Baitul Mal Aceh dalam Pendistribusian Zakat" *Kanun: Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 19, No. 2, Agustus, 2017.

- Fuadi, "Sistem Pengelolaan Zakat (Kajian Terhadap Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 7 Tahun 2004", *Jurnal At-Tafkir*, Vol. VII, No. 1 Juni 2014.
- Hakim, Rahmad, "Kotekstualisasi Fikih Golongan Penerima Zakat (Asnaf Tsamaniyah) Zakat Dan Relevansinya Dengan Penanggulangan Kemiskinan di Indonesian", *Proceeding, The 2nd Annual Confrence for Muslim Scholar di Surabaya*, 21 - 22 April 2018.
- Huda, Nurul, "Dinamisasi Hukum Islam Versi Mahmud Syaltut", *Jurnal Suhuf*, Vol. 19, No. 1, Mei 2007.
- Jamil, Syahril, "Prioritas Mustahiq Zakat Menurut Teungku Muhammad Hasbi Ash Shiddieqy", *Istinbath*, No.16 Th. XIV, Juni 2015.
- Khairuldin, Wan Mohd Khairul Firdaus Wan & Mahadi Mohammad, "The Philosophy and Elasticity of Zakah Distribution in Islam", *International Journal of Education and Research*, Vol. 1, No. 8, August 2013.
- Malahayatie, "Interpretasi Asnaf Zakat Dalam Konteks Fiqih Kontemporer (Studi Analisis Fungsi Zakat dalam Pemberdayaan Ekonomi Umat)", *Al-Mabhats*, Vol. I, No. I, 2016.
- Muflichah, Siti, & Rahadi Wasi Bintoro, Trafficking: Suatu Studi Tentang Perdagangan Perempuan Dari Aspek Sosial, Budaya Dan Ekonomi di Kabupaten Banyumas, *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 9, No. 1 Januari 2009.
- Nadia, Zunly, "Perlindungan Kehidupan Perempuan dalam Keluarga dan Masyarakat", *Musawa*, Vol. 10, No. 2, Juli 2011.
- Niko, Nikodemus "Fenomena Trafficking in Person di Wilayah Perbatasan Kalimantan Barat", *Raheema: Jurnal Studi Gender dan Anak*, Vol. 4, No. 1, 2017.
- Nordin, Nur Anisah & Wan Mohd Khairul Firdaus Wan Khairuldin, "The Position and Distributions of Zakat Asnaf Al-Riqab in Malaysian Zakat Institutions" *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, Vol. 8, No. 4 April 2018.
- Rilizam Bin Rosli, Mohd, et. al., Distribution Management of Zakat Fund: Recommended Proposal for Asnaf Riqab in Malaysia", *International Journal of Civil Engineering and Technology (IJCIET)*, Vol. 9, Issue 3, March 2018.
- Rosli, Mohd Rilizam, et.al., "Asnaf Riqab Zakat Distribution Mechanism in Today's World" *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, Vol. 8, No. 4, April 2018.
- Rosmini, "Misi Emansipatoris al-Qur'an dalam Relasi Seksualitas Antara Majikan dan Budak Perempuan", *Jurnal al-Daulah*, Vol. 4, No. 1, Juni 2015.
- Zainuddin, "Hakikat Pengelolaan Zakat Dalam Mewujudkan Jaminan Keadilan Sosial di Indonesia" *Jurnal Penelitian Hukum*, Vol. 1 No. 1 September 2011.

_____, "Restorative Justice Concept on Jarimah Qishas in Islamic Criminal Law", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 17, No. 3, September 2017.

Internet

Azman Ab Rahman, Pelaksanaan Pengagihan Zakat Kepada Asnaf Ar-Riqab di Malaysia

<http://ddms.usim.edu.my/bitstream/123456789/9886/1/Pelaksanaan%20Pengagihan%20Zakat%20Kepada%20Asnaf%20Ar%20Riqab%20Di%20Malaysia.pdf>, diakses Tanggal 19 Agustus 2018

Jakarta Islamic Centre, Riqab, <https://islamic-center.or.id/riqab/>, diakses tanggal 19 Agustus 2018

"Laporan Tahunan Perdagangan Orang 2017", <https://id.usembassy.gov/id/laporan-tahunan-perdagangan-orang-2017/>, diakses Tanggal 19 Agustus 2018

"Polisi Ungkap 1.154 WNI Korban Perdagangan Orang", <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20180423175045-12-292934/polisi-ungkap-1154-wni-korban-perdagangan-orang>, diakses tanggal 17 Agustus 2018

Rumah Zakat, "Laporan Tahunan 2017" <https://www.rumahzakat.org/laporan-tahunan/> diakses Tanggal 4 Desember 2018

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang No. 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang

Undang-Undang No.23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat

Peraturan Baznas No. 3 Tahun 2018 tentang Pendistribusian dan Pendayagunaan Zakat



Akad Perbankan Syariah dan Penerapannya dalam Akta Notaris Menurut Undang-Undang Jabatan Notaris

Pandam Nurwulan
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Jln. Tamansiswa No. 158 Yogyakarta
nnurwulan@gmail.com

Received: 14 Mei 2018; *Accepted:* 26 Oktober 2018; *Published:* 17 Januari 2019
DOI: 10.20885/iustum.vol25.iss3.art10

Abstract

This study examines, first, why the binding guarantee in Shariah banking deed still practice the concept used by conventional banking. Second, how the notary formulates Sharia banking deeds in accordance with Law on Notary, and third, the ideal requirements for a notary in formalizing Sharia banking deeds. The research method used is normative legal research by processing and analyzing data in a qualitative descriptive approach. The results show that, first, the binding guarantee of Sharia banking deeds still uses the concept of conventional banking guarantee because there are no Sharia rules/regulations governing a matter of binding guarantee for Sharia deeds (there is a legal vacuum/recht vacuum). As a result, the practice of guarantee binding procedures for Sharia banking deeds uses mortgage and fiduciary rights as is commonly practiced by conventional banking. Secondly, in formulating Sharia deeds, a notary should follow the Law on Notary without leaving the Sharia principles and mechanism/procedure for making a Notary deed. Third, the notary inaugurating Sharia deeds must be well acquainted with Sharia principles, which are based on the divinity principle in Sharia deeds, making it ideal if the notary who legalizes the Sharia deeds is a Muslim.

Keywords: Sharia deed; notary deed; binding guarantee; and law on notary

Abstrak

Penelitian ini mengkaji: *pertama*, mengapa akad perbankan syariah pengikatan jaminannya masih menggunakan konsep yang digunakan perbankan konvensional? *Kedua*, bagaimana notaris dalam memformulasikan akta akad syariah yang sesuai dengan Undang-Undang Jabatan Notaris? *Ketiga*, bagaimana persyaratan ideal bagi notaris yang meresmikan akta-akta akad perbankan syariah? Metode penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum normatif dengan pengolahan dan analisis data dengan cara deskriptif kualitatif. Dari penelitian ini dapat disimpulkan: *pertama*, akad perbankan syariah pengikatan jaminannya masih menggunakan konsep jaminan perbankan konvensional karena belum ada ketentuan/regulasi secara syariah yang mengatur tentang pengikatan jaminan untuk akad-akta syariah (ada kekosongan hukum/*recht vacuum*), dengan demikian di dalam praktek prosedur pengikatan jaminan untuk akta-akta akad syariah memakai hak tanggungan dan fidusia sebagaimana yang lazim digunakan oleh perbankan konvensional. *Kedua*, Notaris dalam memformulasikan akta akad syariah yang dibuat secara notariil formulasi bentuknya harus sesuai dengan Undang-Undang Jabatan Notaris dengan tanpa meninggalkan prinsip-prinsip syariah serta mekanisme/prosedur pembuatan akta Notaris. *Ketiga*, Notaris yang meresmikan akta-akta akad syariah harus paham betul terhadap prinsip-prinsip syariah, yang mendasarkan pada asas Ilahiyah dalam akad syariah. sehingga menjadi ideal jika seorang Notaris yang meresmikan akta-akta akad syariah adalah seorang Muslim.

Kata-kata Kunci : Akad syariah; akta notaris; pengikatan jaminan dan undang-undang jabatan notaris

Pendahuluan

Pertumbuhan bank syariah di Indonesia saat ini sangat pesat, seiring dengan tumbuhnya pemahaman masyarakat bahwa bunga dan modal yang hasilnya telah ditentukan dimuka adalah merupakan riba yang dilarang oleh syariah Islam. Atas dasar pemahaman seperti ini, maka sejak 1950, telah banyak para cendekiawan muslim dan teoritis ekonomi Islam yang menghendaki keberadaan bank yang terbebas dari bunga atau riba.¹

Praktik bisnis yang kini dilaksanakan dan senantiasa bersandar pada kontrak bisnis syariah belum sepenuhnya menerapkan prinsip-prinsip syariah. Hal ini antara lain, terjadi pada kontrak pembiayaan syariah yang diselenggarakan oleh lembaga perbankan syariah. Tidak dipenuhinya prinsip-prinsip syariah dalam kontrak-kontrak pembiayaan pada perbankan syariah ini tentunya harus dilihat secara komprehensif, yakni meliputi pada tahapan pra kontrak (*pre-contractual*), pelaksanaan kontrak (*contractual*) dan pasca kontrak (*post-contractual*). Oleh karenanya, Islam dengan tegas dan jelas mendorong sepenuhnya setiap subyek hukum yang terdiri dari individu maupun badan ketika mengadakan berbagai kontrak (akad) agar hati-hati dan senantiasa memperhatikan rukun dan syarat sahnya akad sebagaimana yang ditentukan dalam hukum Islam.²

Hal yang menarik dan senantiasa aktual untuk diperbincangkan, baik dalam tataran teori maupun praktisnya, yaitu problematika aspek jaminan dan lembaga jaminan dalam praktek perbankan syariah di Indonesia, yang konon tidak atau belum berlandaskan pada prinsip-prinsip syariah itu sendiri. Penggunaan lembaga jaminan konvensional seperti hak tanggungan dan fidusia masih menjadi pilihan bagi bank-bank syariah. Syarat adanya jaminan (*collateral*) dalam pembiayaan syariah yang di-*cover* dengan menggunakan lembaga jaminan konvensional, kiranya patut dicermati bahkan di kritisi keberadaannya.³

¹ Sumber : <http://pasca.unisba.ac.id/akad-murabahah-dan-implementasinya-pada-syariah-dihubungkan-dengan-kebolehan-praktek-murabahah-menurut-para-ulama/> diakses pada tanggal 09 Mei 2016 Pukul 10: 15 WIB

²Aunur Rohim Faqih, Kontrak Bisnis Syariah Studi Mengenai Penerapan Prinsip-Prinsip Syari'ah dalam Pembiayaan Pada Bank Syariah di Indonesia, *Ringkasan Desertasi*, Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia, 2014, hlm.28.

³Noor Hafidah, *Hukum Jaminan Syariah; Implementasinya dalam Perbankan Syariah di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2017, hlm. viii

Praktik perbankan syariah di Indonesia menunjukkan bahwa implementasi lembaga jaminan tidak atau belum berlandaskan pada prinsip-prinsip syariah. Lembaga jaminan konvensional seperti hak tanggungan dan fidusia masih menjadi primadona bagi bank-bank syariah. Syarat harus adanya suatu jaminan (*collateral*) dalam pembiayaan syariah diimplementasikan dengan begitu sumir; mencaplok secara begitu saja institut jaminan konvensional, padahal sistem ekonomi syariah sejak 14 abad lalu telah mengintrodusir suatu bentuk penjaminan atas transaksi non tunai, yaitu *al-rahn*.⁴

Akad menjadi sesuatu yang penting dalam setiap transaksi, termasuk akad/transaksi dalam bisnis syariah. Agar suatu perjanjian mendapatkan kekuatan hukum, maka harus tercatat di hadapan Notaris. Karena itu, setiap bisnis termasuk di dalamnya adalah bisnis syariah selalu membutuhkan Notaris sebagai pejabat umum yang membuat akta otentik sesuai dengan tugasnya yang diatur dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris jo Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris.

Perkembangan perbankan syariah di Indonesia berpengaruh pada instrumen lainnya, seperti lembaga notaris yang selama ini terlibat dalam mengeluarkan surat keterangan hukum mengenai akad-akad bisnis syariah.⁵ Agar suatu perjanjian mendapatkan kekuatan hukum, maka harus tercatat di hadapan notaris, karena itu setiap bisnis syariah termasuk di dalamnya adalah bisnis syariah selalu membutuhkan notaris sebagai pejabat yang membuat akta otentik sesuai dengan tugasnya yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014.⁶

Notaris oleh negara dilimpahi wewenang untuk melaksanakan sebagian tugas negara di bidang hukum privat, berkenaan dengan pelaksanaan akad-akad syariah, sering diminta untuk mengautentikkan hubungan hukum para pihak. Untuk menjamin kepastian, ketertiban dan perlindungan hukum, dibutuhkan alat bukti tertulis yang bersifat autentik mengenai perbuatan, perjanjian, penetapan dan peristiwa hukum yang dibuat oleh atau di hadapan Notaris.

⁴*Ibid.*, hlm. vii

⁵Ustad Aidil, *Mengenal Notaris Syariah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011, hlm. 40

⁶ *Ibid.*, hlm. 85-86

Bank sebagai lembaga keuangan, memanfaatkan jasa hukum notaris dalam setiap perjanjian bisnis, seperti: akad pembiayaan, perjanjian kredit, termasuk perjanjian tambahannya yakni mengenai pengikatan jaminan. Pada umumnya bank-bank konvensional lebih melibatkan Notaris dalam pembuatan akta perjanjian / perikatan dibandingkan dengan bank syariah. Namun demikian, saat ini bank-bank syariah sebagai subsistem dari sistem perbankan nasional yang diatur secara khusus dalam UUPS juga menggunakan jasa hukum notaris di dalam setiap kegiatan bisnisnya, terutama yang terkait dengan Akta Akad Pembiayaan (AAP). Namun, hal yang perlu ditekankan disini adalah produk-produk bank syariah menggunakan prinsip-prinsip dan asas-asas hukum ekonomi syariah. Dengan kata lain, segala bentuk pencatatan perjanjian bisnis yang dituangkan dalam akta notarisnya pun harus pula merujuk kepada norma-norma hukum ekonomi syariah.⁷

Notaris yang memformulasikan akad pembiayaan syariah, diharapkan memperhatikan rukun dan syarat sahnya akad sebagaimana ditentukan syariat Islam, klausula yang tercantum pada setiap pasal akad syariah dapat dilihat konstruksi hukumnya telah sesuai atau tidak sesuai dengan hukum kontrak syariah.

Notaris dalam memformulasikan akta akad perbankan syariah, harus memperhatikan hal yang diatur didalam Undang-Undang Jabatan Notaris, serta pentingnya pemahaman di bidang perbankan syariah. Peraturan khusus mengenai bentuk akta syariah atau klausul akta akad syariah (kontrak) belum ada sampai sejauh ini. Pada prakteknya, akad yang dibuat antara pihak bank dan nasabah masih mengacu pada hukum positif, begitu juga akad pembiayaan yang dibuat notariil. Bentuk akta akad syariah yang dibuat secara notariil agar dapat disebut sebagai akta otentik harus memenuhi ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka dari itu notaris dalam memformulasikan bentuk akta akad syariah wajib memperhatikan ketentuan Undang-Undang Jabatan Notaris. Dalam praktek, banyak Notaris yang membuat dan meresmikan akta akad syari'ah yang tidak memahami prinsip-prinsip syariah, ini terjadi terhadap Notaris yang sama

⁷Deni K Yusup, "Peran Notaris dalam Praktek Perjanjian Bisnis di Perbankan Syariah (Tinjauan dari Perspektif Hukum Ekonomi Syariah)" dalam *Al-'ADALAH* Volume XII. No 4, Desember 2015.

sekali bukan seorang muslim dan hanya sekedar menerima order dari perbankan syariah yang bahkan tidak mengetahui sama sekali tentang rukun dan syarat sahnya akad berdasarkan syariah.

Rumusan Masalah

Dari latar belakang tersebut masalah yang dapat dirumuskan dalam penelitian ini adalah: *Pertama*, mengapa akad perbankan syariah pengikatan jaminannya masih menggunakan konsep perbankan konvensional? *Kedua*, bagaimana notaris memformulasikan akta akad Syariah yang sesuai dengan Undang-Undang Jabatan Notaris? *Ketiga*, bagaimana persyaratan ideal bagi notaris yang meresmikan akta akad perbankan syariah?

Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan untuk: *pertama*, mengetahui mengapa akad perbankan syariah pengikatan jaminan yang masih menggunakan konsep perbankan konvensional. *Kedua*, untuk mengetahui cara seorang notaris dalam memformulasikan akta akad syariah yang telah sesuai dengan Undang-Undang Jabatan Notaris. *Ketiga*, ditemukannya persyaratan ideal bagi notaris yang meresmikan akta akad perbankan syariah.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif dengan pengolahan dan analisis data dengan cara deskriptif kualitatif. Data penelitian ini bersumber dari data sekunder yang berupa bahan hukum primer yang terdiri dari peraturan perundang-undangan antara lain: Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 jo Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah, buku-buku, jurnal, artikel dan literatur lain yang berkenaan dengan permasalahan yang dibahas, didukung dengan wawancara dari narasumber sebagai penunjang data sekunder. Adapun pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan peraturan perundang-undangan.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Akad Syariah yang Pengikatan Jaminannya Masih Menggunakan Konsep Jaminan Perbankan Konvensional

Pada perbankan syariah, tidak dikenal perjanjian kredit akan tetapi dikenal dengan pembiayaan sebagaimana tersebut dalam Pasal 1 Angka 25 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (untuk selanjutnya disebut UUPS) dan atas pembiayaan tersebut dapat diberikan agunan. Dalam ketentuan Pasal 1 Angka 25 UUPS ditegaskan bahwa: "Agunan adalah jaminan tambahan, baik berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak yang diserahkan oleh pemilik agunan kepada Bank Syariah dan/atau UUS, guna menjamin pelunasan kewajiban Nasabah Penerima Fasilitas."

Meskipun telah ada Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang juga memerlukan barang atau benda jaminan tambahan, ternyata dalam penjaminan tersebut masih mempergunakan Undang-Undang Hak Tanggungan (UUHT), Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT), serta Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) yang tidak syariah dan juga belum ada lelang syariah. Contohnya dalam SKMHT dan UUHT misalnya masih ada kalimat pelunasan utang, perjanjian utang-piutang, kreditor, debitor dan kredit dalam lembaga perbankan yang melaksanakan kegiatan secara konvensional. Padahal, kata-kata tersebut tidak dikenal dalam akad perbankan syariah karena bergantung pada akad yang dibuat antara nasabah dan bank syariah.⁸

Pada prinsipnya hak tanggungan ada untuk tujuan menjamin pelunasan suatu utang/ kredit yang selama ini dikenal dalam sistem hukum keperdataan atau dalam hal ini adalah perbankan konvensional, akan tetapi dalam prakteknya perbankan syariah juga menggunakan lembaga hak tanggungan sebagai cara untuk mengikat jaminan atas tanah yang diberikan oleh nasabah/ penerima fasilitas pembiayaan kepada bank syariah. Padahal prinsip dan teori antara utang pada sistem konvensional dengan sistem pembiayaan pada perbankan syariah adalah berbeda.

⁸Habib Adje dan Muhammad Hafidh, *Akta Notaris untuk Perbankan Syariah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2017, hlm. 68-69

Dari definisi yang ada di dalam Undang–Undang Perbankan dan Undang–Undang Perbankan Syariah tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa utang / kredit dan pembiayaan keduanya merupakan bentuk fasilitas penyediaan dana yang diberikan oleh perbankan, akan tetapi secara prinsip utang / kredit (dalam perbankan konvensional) dengan pembiayaan (dalam perbankan syariah) secara garis besar merupakan suatu hal yang sangat berbeda. Perbedaan itu dapat dilihat dari keuntungan atau imbalan yang diterima oleh bank atas penyediaan dana yang bank berikan. Pada kredit / utang yang diberikan oleh bank konvensional pengembalian atas dana yang dipinjamkan disertai dengan adanya pemberian bunga, sedangkan di dalam perbankan syariah tidak dikenal bahkan dilarang adanya pemberian bunga/riba.⁹

Selain itu, pembiayaan dalam perbankan syariah tidak mutlak sama dengan utang/ kredit. Dalam perbankan konvensional penyediaan dana mutlak merupakan utang / kredit, sedangkan di dalam perbankan syariah penyediaan dana tidak mutlak merupakan utang / kredit, akan tetapi harus dilihat dulu bentuk akad – akad dalam perbankan syariah itu sendiri. Akad yang paling sering dijumpai dalam prakteknya pada perbankan syariah diantaranya adalah akad *musyarakah*, *mudharabah* dan *murabah*.¹⁰ Akad – akad yang ditawarkan oleh perbankan syariah tersebut tidaklah sama dengan utang/ kredit. *Musyarakah* merupakan akad kerjasama diantara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu yang masing – masing pihak memberikan porsi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan akan dibagi sesuai dengan kesepakatan, sedangkan kerugian ditanggung sesuai dengan porsi dana masing – masing.¹¹ *Mudharabah* merupakan akad kerja sama suatu usaha antara pihak pertama (*malik*, *shahibul mal*, atau bank syariah) yang menyediakan seluruh modal dan pihak kedua (*'amil*, *mudharib*, atau nasabah) yang bertindak selaku pengelola dana dengan membagi keuntungan usaha sesuai dengan kesepakatan yang dituangkan dalam akad, sedangkan kerugian ditanggung sepenuhnya oleh bank syariah kecuali jika pihak kedua melakukan kesalahan yang disengaja, lalai atau menyalahi perjanjian.¹²

⁹Agus Triyanta, *Hukum Perbankan Syariah*, Setara Press, Malang, 2016, hlm. 43

¹⁰Akhmad Mujahidin, *Hukum Perbankan Syariah*, Rajawali Press, Jakarta, 2016, hlm. 83

¹¹Penjelasan Pasal 19 ayat (1) huruf c UUPS

¹²Mardani, *Hukum Bisnis Syariah*, Kencana, Jakarta, 2014, hlm. 138

Akad *murabahah* adalah akad pembiayaan suatu barang dengan menegaskan harga belinya kepada pembeli dan pembeli membayarnya dengan harga yang lebih sebagai keuntungan yang disepakati.¹³ Sehingga jika melihat bentuk – bentuk akad pembiayaan tidaklah tepat jika dipersamakan dengan utang piutang seperti halnya yang ada di perbankan konvensional. Akad *mudharabah* dan *musyarakah* didasarkan pada prinsip kerjasama antara bank dengan nasabah, sedangkan *murabahah* dasarnya adalah jual- beli, sehingga tidaklah tepat jika keduanya dipersamakan antara akad pembiayaan dan utang piutang. Walaupun kenyataannya didalam praktek, kedua perbuatan hukum tersebut yakni akad pembiayaan dan utang-piutang diperlakukan sama, yakni sama-sama menggunakan jaminan hak tanggungan sebagaimana diatur di dalam UUHT.

Dalam praktik saat ini, pengikatan jaminan atas akad-akad syariah menarapkan aturan dalam Undang-Undang Hak Tanggungan sebagaimana perbankan konvensional. Pada bank syariah jaminan hak tanggungan digunakan untuk menambah kepercayaan masyarakat dengan melihat nasabah beserta usahanya agar dapat meyakinkan pihak bank syariah.¹⁴

Akad pembiayaan pada perbankan syariah tidaklah dapat dipersamakan dengan utang, maka tidak tepat apabila akad pembiayaan dijamin dengan jaminan hak tanggungan. Dasar adanya hak tanggungan sebagaimana diatur dalam UUHT yaitu untuk menjamin pelunasan utang tertentu, maka tidak dapat dijadikan dasar atau landasan untuk menjamin pemenuhan kewajiban nasabah yang melakukan akad pembiayaan di perbankan syariah, karena secara prinsip utang/ kredit dengan akad pembiayaan adalah suatu hal yang berbeda.

Peraturan mengenai klausul jaminan pada akad syariah masih hangat menjadi perbincangan praktisi maupun akademisi, hal tersebut terkait dengan ketentuan jaminan yang mengakibatkan adanya ketidakselarasan antara akad pokok dan perjanjian tambahannya (jaminannya). Dimana perjanjian pokok di dalam akad pembiayaan syariah tidak menggunakan istilah kreditur maupun debitur, karena akad pembiayaan di bank syariah memiliki perbedaan dengan

¹³Penjelasan Pasal 19 ayat (1) huruf c UUPS

¹⁴Dewi Nurul Musjtari, Rekonstruksi Lembaga Penyelesaian Sengketa Akad Pembiayaan Dengan Jaminan Hak Tanggungan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/201, *Media Hukum*, Vol. 23 No. 1, 2016, hlm. 69

perjanjian kredit. Pembiayaan pada bank syariah timbul karena adanya kerjasama, lain halnya dengan perjanjian kredit yang pada prinsipnya adalah hutang. Tetapi dewasa ini kedua perbuatan hukum yang berbeda tersebut diperlakukan sama. Sama-sama menggunakan konsep jaminan konvensional, yakni seperti hak tanggungan¹⁵ dan fidusia.

Sejauh peneliti telusuri, belum ada ketentuan atau peraturan yang mengatur soal penjaminan yang untuk akad pembiayaan syariah. Tidak diaturnya jaminan syariah dalam perundang-undangan menimbulkan kekosongan hukum, maka tidak heran jika dalam praktek perbankan syariah masih memberlakukan prosedur jaminan seperti yang ada di perbankan konvensional.

Ketidakharmonisan tersebut (akad murabahah/ jual-beli sebagai perjanjian pokok diikuti dengan pemasangan hak tanggungan) selama ini memang tidak dipermasalahkan oleh para praktisi di bidang perbankan syariah, karena berdasarkan Undang-Undang Hak Tanggungan pengikatan jaminan itu merupakan perjanjian ikutan/ aksesoir dari hubungan hukum perutusan atau yang menimbulkan utang. Bahkan, kedua prinsip yang berbeda itu didalam praktek diperlakukan sama. Hal tersebut yang kemudian menjadi bahan yang selalu dibahas dan dikaji secara akademis.

Formulasi Akta Notaris pada Akta Akad Syariah yang Sesuai dengan Undang-Undang Jabatan Notaris

Notaris adalah pejabat umum yang berwenang untuk membuat akta otentik sejauh pembuatan akta otentik tertentu tidak dikhususkan bagi pejabat umum lainnya. Akta otentik sebagai alat bukti terkuat dan terpenuh mempunyai peranan penting dalam setiap hubungan hukum dalam kehidupan masyarakat. Kedudukan seorang notaris sebagai suatu fungsionaris (jabatan) dalam masyarakat hingga sekarang masih disegani. Seorang notaris biasanya dianggap sebagai seorang pejabat tempat seorang dapat memperoleh nasihat, segala sesuatu yang ditulis dan ditetapkannya (konstatir) adalah benar, hal ini dikarenakan notaris merupakan

¹⁵Akad Pembiayaan yang dibebani agunan atau jaminan benda tidak bergerak atau benda tetap masih tunduk pada Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah yang Pasal 1 ayat (1) menentukan hak tanggungan adalah hak jaminan yang di bebaskan pada hak atas tanah untuk pelunasan utang tertentu.

pembuat dokumen yang kuat dalam suatu proses hukum, sehingga perlu kecerdasan, kecermatan dan kehati-hatian dalam proses pembuatan akta agar tidak terjadi kesalahan yang akan berpotensi menimbulkan sengketa di kemudian hari.¹⁶

Notaris dalam memformulasikan akta akad perbankan syariah, harus memperhatikan dan menerapkan hal yang diatur didalam Undang-Undang Jabatan Notaris, serta pentingnya pemahaman di bidang perbankan syariah. Di dalam praktek, akta pembiayaan pada perbankan syariah dapat dibuat dalam dua jenis, yakni akta yang dibuat di bawah tangan dan akta yang dibuat secara notariil. Peraturan khusus mengenai bentuk akta syariah atau klausul akta akad syariah (kontrak) belum ada sampai sejauh ini. Pada prakteknya, akad yang dibuat antara pihak bank dan nasabah masih mengacu pada hukum positif, begitu juga akad pembiayaan yang dibuat notariil.

Akad pembiayaan yang dibuat secara notariil, agar dapat disebut sebagai akta otentik harus memenuhi ketentuan Pasal 1868 KUH Perdata, yang muatannya sebagai berikut:

“suatu akta otentik ialah suatu akta yang dibuat dalam bentuk yang ditentukan undang-undang oleh atau dihadapan pejabat umum yang berwenang untuk itu di tempat akta itu dibuat”

Unsur- unsur dari Pasal tersebut di atas dapat dijelaskan sebagai berikut, *pertama*, akta dibuat dalam bentuk yang ditentukan Undang-Undang. *Kedua*, dihadapan pejabat umum yang berwenang untuk itu di tempat akta itu dibuat.

Seorang notaris mempunyai tanggung jawab terhadap akta akad pembiayaan perbankan syariah yang dibuat di hadapannya secara otentik. Terhadap akta akad tersebut, Notaris mempunyai tanggung jawab penuh tentang kebenaran dan ketepatan konstruksi akad agar terpenuhinya syarat subyektif maupun obyektif atas akad/perjanjian tersebut, sehingga akta akad yang dibuat di hadapan notaris tersebut benar dan secara otentik sangat mendasar menjadi akta akad yang mempunyai kekuatan nilai pembuktian yang sempurna. Notaris dalam

¹⁶M. Luthfan Hadi Darus., *Hukum Notariat dan Tanggungjawab Jabatan Notaris*, UII Press, Yogyakarta, 2017, hlm. 7-10

memformulasikan akta akad atas permintaan para pihak berdasar pada tata cara atau mekanisme / prosedur pembuatan akta notaris.

Apabila para pihak menganggap ada yang tidak benar dari akta tersebut dan menderita kerugian sebagai akibat langsung dari akta tersebut maka pihak dimaksud harus menggugat notaris dan wajib membuktikan apakah akta notaris tersebut tidak memenuhi aspek lahiriah, formal atau materiil dan membuktikan kerugiannya. Notaris harus bertanggung jawab penuh atas konstruksi akta akad sejak akta akad tersebut diformulasikan ke dalam akta, sehingga jika terjadi sengketa pada akta akad yang dinyatakan tidak sah dan/atau batal demi hukum yang merujuk pada mekanisme pembuatan akta akadnya, notaris harus mempertanggungjawabkannya, bahkan ketika kemudian oleh hakim memutuskan untuk membayar ganti rugi yang diderita oleh para subyek sebagai akibat langsung dari adanya kesalahan konstruksi akta akad yang dibuat oleh notaris. Oleh karenanya notaris perlu memperhatikan dengan seksama bagaimana bentuk akta akad yang dibuat di hadapannya agar sesuai serta tidak melanggar ketentuan yang telah ditetapkan dalam UUJN-P.¹⁷

Akta pembiayaan di bank syariah yang dibuat secara notariil harus mengikuti bentuk yang ditentukan oleh Undang-Undang, dalam hal ini adalah Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris. Pasal yang mengatur bentuk akta dijelaskan dalam Pasal 38 yang muatannya berbunyi:

- (1) Setiap Akta terdiri atas:
 - a. Awal akta atau kepala akta;
 - b. Badan akta; dan
 - c. Akhir atau penutup akta.
- (2) Awal Akta atau kepala Akta memuat:
 - a. Judul akta;
 - b. Nomor akta;
 - c. Jam, hari, tanggal, bulan, dan tahun; dan
 - d. Nama lengkap dan kedudukan Notaris

¹⁷Pandam Nurwulan, "Akad Syariah Berdasar Hukum Ekonomi Islam dan Aplikasinya dalam Akta Notaris", *Makalah*, Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2017 hlm.12

- (3) Badan Akta memuat:
 - a. Nama lengkap, tempat dan tanggal lahir, kewarganegaraan, pekerjaan, jabatan, kedudukan, tempat tinggal para penghadap dan/atau orang yang mereka wakili;
 - b. Keterangan mengenai kedudukan bertindak penghadap;
 - c. Isi akta yang merupakan kehendak dan keinginan dari pihak yang berkepentingan; dan
 - d. Nama lengkap, tempat dan tanggal lahir, serta pekerjaan, jabatan, kedudukan, dan tempat tinggal dari tiap-tiap saksi pengenal.
- (4) Akhir atau penutup Akta memuat:
 - a. Uraian tentang pembacaan akta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 16 ayat (1) huruf m atau pasal 16 ayat (7);
 - b. Uraian tentang penandatanganan dan tempat penandatanganan atau penerjemahan akta jika ada;
 - c. Nama lengkap, tempat dan tanggal lahir, pekerjaan, jabatan, kedudukan, dan tempat tinggal dari tiap-tiap saksi Akta; dan
 - d. Uraian tentang tidak adanya perubahan yang terjadi dalam pembuatan Akta atau uraian tentang adanya perubahan yang dapat berupa penambahan, pencoretan, atau penggantian serta jumlah perubahannya.
- (5) Akta Notaris Pengganti dan Pejabat Sementara Notaris, selain memuat ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), ayat (3), dan ayat (4), juga memuat nomor dan tanggal penetapan, pengangkatan, serta pejabat yang mengangkatnya.

Undang-Undang Jabatan Notaris bersifat umum, tidak hanya menjadi pedoman bagi akta secara umum, tetapi juga menjadi pedoman bagi akta di bidang Perbankan Syariah, mengingat peraturan mengenai akta di bidang perbankan syariah belum diatur secara khusus.

Dalam tataran praktek, ada notaris yang mencantumkan kalimat "*Bismillahirrahmanirrahim*" di awal akta dan "*Alhamdulillahirabbilalamin*" di akhir atau penutup akta pada akad pembiayaan syariah. Dalam melakukan hal tersebut bukan tanpa alasan, salah satu alasannya adalah membedakan bahwa akta yang dibuatnya adalah akta pembiayaan syariah, serta sejatinya bagi seorang muslim, penggunaan kalimat seperti tersebut di atas dalam setiap memulai kegiatan adalah lumrah atau wajar, karena muslim terbiasa dalam mengamalkan kalimat *Bismillah* sebagai niat yang murni, yang menunjukkan niat melakukan sesuatu karena Allah.¹⁸ Sama halnya dengan menambah kalimat "*Alhamdulillahirabbilalamin*" pada akhir

¹⁸Wawancara dengan Ny. Agus Praptini, Notaris Kota Yogyakarta, Yogyakarta 08 Desember 2017

atau penutup akta, pemberian kalimat tersebut juga bertentangan dengan Pasal 38 UUJNP.

Pasal 38 secara jelas mengatur mengenai awal akta atau kepala akta, isi akta, serta akhir atau penutup akta, sehingga apabila ada akta yang tidak sesuai dengan pasal tersebut dapat dianggap melanggar UUJN dan kehilangan keotentikan sebuah akta. Akta notaris tersebut menjadi tidak otentik karena tidak dibuat dalam bentuk yang sesuai dengan undang-undang. Hal ini sesuai dengan Pasal 41 UUJN yang muatannya berbunyi: "Pelanggaran terhadap ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 38, Pasal 39, dan Pasal 40 mengakibatkan akta hanya mempunyai kekuatan pembuktian sebagai akta di bawah tangan"

Sebagaimana penelitian yang dilakukan oleh Febriyanti Dwi Putri dalam tesisnya yang berjudul "Kedudukan Akta Perbankan Syariah yang dibuat oleh Notaris menurut UU No. 2 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas UU No. 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris" memberi kesimpulan bahwa Akta Notaris di bidang perbankan syariah yang mencantumkan "*Bismillahirrahmanirrahim*" di awal aktanya bertentangan dengan Undang-Undang Jabatan Notaris dan memiliki kedudukan sebagai akta tidak otentik yakni mempunyai kekuatan pembuktian yang tidak sempurna sebagaimana akta di bawah tangan.¹⁹

Penulis memiliki pendapat yang sama dengan penelitian di atas yang memberi kesimpulan bahwa akta Notaris dibidang perbankan syariah yang mencantumkan "*Bismillahirrahmanirrahim*" di awal akta adalah bertentangan dengan Undang-Undang Jabatan Notaris, sehingga hanya mempunyai kekuatan sebagaimana akta dibawah tangan.

Pencantuman kalimat seperti tersebut pada awal akta perbankan syariah tidak selaras dengan ketentuan Pasal 38 ayat (2) UUJNP dan dapat disimpulkan bahwa akta tersebut telah cacat hukum dalam segi formalitas atau bentuknya karena salah satu syaratnya tidak dipenuhi, kedudukan akta seperti itu terdegradasi kedudukannya dari akta otentik menjadi mempunyai nilai kekuatan pembuktian sebagai akta dibawah tangan sesuai dengan ketentuan Pasal 1869

¹⁹<http://notariat.fh.unsri.ac.id/userfiles/file/FEBRIYANTI%20DWTI%20PUTRI%2002022681418036.pdf> diakses pada 07 Desember 2017

KUHPperdata.²⁰ Pasal 1869 KUHPperdata telah menentukan batasan akta otentik (akta Notaris) yang mempunyai nilai kekuatan pembuktian sebagai akta di bawah tangan dapat terjadi jika tidak memenuhi ketentuan karena:

- (1) Tidak berwenangnya pejabat umum yang bersangkutan,
- (2) Tidak mempunyai pejabat umum yang bersangkutan, atau
- (3) Cacat dalam bentuknya.

Meskipun demikian, akta seperti itu tetap mempunyai kekuatan pembuktian sebagai akta di bawah tangan jika akta tersebut ditandatangani dan diakui oleh para pihak.

Agar tidak melanggar ketentuan Pasal 38 UUJN dengan menambahi kalimat *Bismillah* di awal akta dan memiliki resiko akta menjadi terdegradasi menjadi akta tidak otentik dan memiliki kekuatan pembuktian seperti akta di bawah tangan, kalimat *Bismillahirrahmanirrahim* dapat di letakkan pada bagian isi akta. Isi akta memuat kehendak dan keinginan dari pihak yang berkepentingan, terlebih lagi pihak dalam posisi lingkup perbankan syariah.

Sudah seharusnya dan semestinya akta syariah yang merupakan produk perbankan syariah yang akan diformulasikan secara otentik ke dalam akta notaris hendaknya dibuat berdasar dan sesuai dengan UUJNP yaitu dalam Pasal 38 ayat (2). Hal tersebut dapat dilakukan oleh seorang Notaris dengan cara memindahkan dan/atau meletakkan ketentuan ketentuan kalimat yang menjadi landasan syariah dari sifat/jenis akta akad syariah baik berdasar Al-Qur'an maupun Hadist pada bagian isi akta atau pada akhir *praemisse*.

Jika kemudian dibuat dalam format otentik akta maka harus menyesuaikan dengan ketentuan sebagaimana diatur Pasal 38 ayat (2) UUJNP. Bahwa awal dan akhir akta merupakan mutlak tanggungjawab notaris,²¹ sedang isi akta merupakan kesepakatan tertulis yang dikehendaki oleh para pihak sepanjang berdasarkan peraturan perundangan yang berlaku/ sesuai prinsip syariah sehingga formulasinya adalah sebagai berikut:

²⁰Habib Adjie dan Muhammad Hafidh, *Op. Cit.*, hlm. 59

²¹Habib Adjie dan Muhammad Hafid, *Akta Notaris untuk Perbankan Syariah*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 2017), hlm. 68

AKAD PEMBIAYAAN AL-MURABAHAH

No: ____

Pada hari ini,

Tanggal

Bulan

Tahun

Pukul

WIB (Waktu Indonesia Barat),

Menghadap kepada saya,

Selanjutnya kedua belah pihak sepakat menuangkan akad ini dengan Akad Pembiayaan Al-Murabahah dalam aktai ni (selanjutnya disebut "Akad") dengan memakai syarat-syarat dan ketentuan-ketentuan dan diawali dengan kalimat sebagai berikut:

Bismillahirrahmanirrahim

---- "Dan Allah Swt, telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba ----
------(Surat Al-Baqarah 2: 275)-----

" Hai orang-orang beriman, janganlah kamu makan harta sesama kamu dengan jalan bathil, kecuali melaluip erniagaan yang berlaku dengan suka sama suka diantara kamu:"(Surat An-Nisa' 4: 29) -----

-----ISI AKTA-----

Dan pada akhir akta sebelum kalimat penutup akta dapat pula dicantumkan kalimat sebagai berikut:²²

Pada akhirnya para penghadap telah sepakat menutup akta ini dengan kalimat-----

----- *Alhamdulillahirabbilalamin* -----

----- DEMIKIAN AKTA INI -----

Bahwa pada dasarnya pencantuman kalimat-kalimat sebagaimana pada bagian premise/ awal akta akad syariah, maka secara formalitas akta akad di atastelah sesuai dengan ketentuan Pasal 38 UJNP ayat (2) dan secara substansi telah sesuai dengan prinsip syariah, sehingga label autentik atas akta akad tersebut yang dibuat dihadapan notaris betul-betul mendasar serta dapat dipertanggungjawabkan sehingga bila notaris telah melaksanakan ketentuan dimaksud aktanya akan betul-betul mempunyai nilai kekuatan pembuktian yang sempurna baik secara lahiriah, formil maupun materiil. Isi dari akad adalah kesepakatan para pihak. Dalam memformulasikan isi atau membuat kerangka akta yang dikehendaki para pihak, notaris wajib menerapkan amanat UJNP mengenai kewenangan dan kewajiban Notaris.

²²*Ibid.*, hlm. 70

Pada praktiknya, bank telah menyiapkan formulasi sendiri dalam membuat akad pembiayaan, selanjutnya diserahkan kepada notaris yang disertai surat order untuk dibuatkan menjadi notariil akta. Walaupun pihak bank telah menyiapkan sendiri draft dari akadnya, notaris tetap membuat kerangka akta, hal ini adalah bentuk dari kecermatan dan kehati-hatian notaris dalam membuat akta.

Pada prakteknya, ketentuan dan klausul-klausul yang terdapat pada akta pembiayaan di bidang perbankan syariah masih mengacu pada hukum positif dan masih memakai istilah perjanjian konvensional seperti :

- (1) Pembebanan/ Agunan/ Jaminan yang berupa Hak Tanggungan, Fidusia, *Cash Collaterall*, Gadai, *Personal Guarantee*, dll;²³
- (2) Angsuran;
- (3) Surat sanggup;²⁴
- (4) Pembayaran kembali/ pelunasan utang;
- (5) Biaya, Potongan dan Pajak;
- (6) Cedera janji/ akibat cedera janji;
- (7) *Force majeure*;²⁵
- (8) Risiko dan Asuransi;
- (9) Penyelesaian sengketa; dll.

Dalam membuat kontrak pembiayaan bank syariah masih banyak mengacu pada format perjanjian kredit di bank konvensional, namun demikian dilakukan juga penyesuaian dalam pasal-pasalnya agar tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah. Penyesuaian yang dilakukan berpedoman pada hukum Islam yang berlaku, dan juga mengacu juga kepada ketentuan hukum positif Indonesia. Yang harus diperhatikan dalam pembuatan akad antara lain Undang-Undang tentang Perbankan Syariah, Undang-Undang Perseroan Terbatas, Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia, Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN), dan lain sebagainya.²⁶

²³Ketentuan jaminan didalam akad pembiayaan syariah masih menggunakan konsep jaminan seperti di perbankan konvensional, hal ini dikarenakan peraturan mengenai konsep jaminan yang dikhususkan untuk perbankan syariah belum ada. Dalam perbankan syariah, jaminan dimaksudkan untuk kebaikan dan keamanan bagi kedua belah pihak (bank dan nasabah).

²⁴Ketentuan adanya surat sanggup pada akad pembiayaan syariah memiliki tujuan yang sama dengan perjanjian kredit di bank konvensional, yakni bertujuan untuk mempertegas bahwa nasabah sanggup melaksanakan seluruh kewajibannya

²⁵Harus diakui bahwa peraturan tentang *force majeure* dalam akad syariah masih menjadi barang langka sehingga jelas-jelas tidak mengakomodasi kepentingan nasabah. Lihat Rifqi Hidayat Muhammad (2015) *Analisis Hukum Kontrak Syariah Terhadap Klausul Force Majeure Dalam Akad Murabahah*. Tesis, Pascasarjana. IAIN Antasari Banjarmasin, link: <http://idr.iain-antasari.ac.id/178/>, diakses tanggal 3 Februari 2017.

²⁶Aunur Rohim Faqih, *Bank Syariah, Kontrak Bisnis Syariah & Penyelesaian Sengketa di Pengadilan*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2017), hlm. 205-206

Notaris dalam menjalankan tugas jabatannya mengikuti ketentuan hukum yang berlaku, di dalam praktek bisnis perbankan syariah belum ada peraturan khusus mengenai akad pembiayaan syariah termasuk ketentuan yang membatasi mengenai klausul-klausul pembiayaan, maka dari itu notaris tidak dituntut untuk menambahi atau merubah sendiri ketentuan dan kebiasaan yang selama ini dipraktekan. Sampai saat ini ini notaris mematuhi ketentuan-ketentuan Undang-Undang Jabatan Notaris dan ketentuan umum mengenai perbankan syariah.

Klausula yang ada di dalam akad meskipun masih mengacu pada hukum positif, selama tidak bertentangan dengan syar'i dan juga ada nilai maslahatnya dapat diterima oleh hukum Islam. Bentuk akad/kontrak seperti apapun jika belum ada ketentuan yang melarangnya maka itu sah, karena hakekat dari perjanjian itu sendiri adalah menurut maksud/ tujuan dan maknanya, bukan menurut lafadz, bentuk serta susunan katanya atau redaksinya.²⁷

Persyaratan Ideal Bagi Notaris yang Meresmikan Akta Akad Perbankan Syariah

Kantor cabang bank syariah yang memiliki banyak aktivitas pembiayaan secara otomatis banyak membutuhkan jasa notaris sebagai pejabat umum yang berwenang membuat akta-akta otentik. Tidak semua bank syariah memiliki persyaratan ideal untuk seorang notaris yang bermitra dengannya, baik itu persyaratan agama maupun latar belakang pendidikan.

Dalam tataran praktek, Bank BNI Syariah Yogyakarta dan Bank BPD Syariah Yogyakarta sama-sama memiliki kriteria atau syarat khusus bagi notaris yang akan menjadi rekanannya, yakni salah satunya adalah bahwa notaris yang menjadi rekanan bank tersebut telah memiliki sertifikasi pelatihan pembiayaan syariah, tetapi tidak ada syarat bahwa notaris tersebut haruslah seorang notaris muslim. Hal ini dikemukakan alasan bahwa setiap notaris menurut Undang-Undang yang berlaku, tidak ada pembatasan kewenangan yang diberikan mengenai agama seorang notaris dalam mengesahkan akta terkait transaksi pembiayaan di bank syariah. Tetapi walaupun tidak ada syarat mutlak mengenai agama notaris yang menjadi rekanannya, bank BNI Syariah Yogyakarta dan Bank BPD Syariah

²⁷*Ibid.*, hlm. 218.

Yogyakarta akan mengutamakan menerima rekan seorang notaris yang beragama Islam.²⁸

Notaris yang saat ini menangani akad bisnis di bank syariah, banyak yang mengikuti pelatihan sertifikasi syariah, karena beberapa bank syariah di Yogyakarta mensyaratkan bahwa notaris yang menjadi rekanannya wajib terlebih dahulu mengikuti pelatihan sertifikasi syariah.²⁹

Perbuatan hukum yang dilakukan bank syariah dan nasabah dalam rangka pembiayaan, khususnya dalam bidang pembuatan akta di bank syariah diperlukan pemahaman yang mendalam mengenai ilmu ekonomi syariah, hal-hal yang perlu diperhatikan mengenai akad, harus dipelajari dan difahami sebagai dasar mutlak dalam membuat akta syariah.

Menurut Habib Adjie, notariat atau jabatan notaris adalah lembaga yang netral sehingga tidak hanya notaris muslim yang dapat membuat akta perbankan syariah, tetapi juga Notaris yang beragama kristen, katholik, hindu, budha atau agama dan kepercayaan lain pun mempunyai hak yang sama untuk membuat akta perbankan syariah sepanjang semua prosedur dan tata cara pembuatan akta menurut UUJN/UUJNP dipenuhi.³⁰ Sesuai ketentuan Pasal 15 ayat (1) UUJN-P, Notaris untuk membuat akta yang diperintahkan oleh Undang-Undang atau yang dikehendaki oleh para pihak agar tindakannya dituangkan ke dalam bentuk akta Notaris. Dengan demikian, Notaris berwenang membuat akta apa saja sebagaimana diatur dalam Pasal 15 ayat (1) UUJN-P.³¹

Data Tabel diambil dan diolah dari narasumber dalam penelitian ini sebagai berikut:

²⁸Pandam Nurwulan dan Ina Faturohmah, "Akad Perbankan Syariah dan Penerapannya dalam Akta Notaris yang sesuai dengan Undang-Undang Jabatan Notaris", *Penelitian Kolaborasi*, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2017, hlm.73.

²⁹*Ibid.*, hlm. 76.

³⁰Habib Adjie dan Muhammad Hafidh, *Op. Cit.*, hlm. 71

³¹*Ibid.*, hlm. 71

Tabel 1

Pandangan Notaris mengenai Notaris yang meresmikan akad pembiayaan di Bank Syariah³²

Unsur	Apakah Notaris yang meresmikan akad pembiayaan syariah di bank Syariah haruslah Notaris yang beragama Islam	
	Harus	Tidak
M. Firdauz Ibnu Pamungkas, S.H	√	
Diana Hexa Dewi, S.H		√
Agus Praptini, S.H		√

Data Tabel diambil dan diolah dari narasumber dalam penelitian ini sebagai berikut:

Tabel 2

Pandangan Bank Syariah Terkait Notaris yang meresmikan Akad Pembiayaan Syariah³³

Unsur	Apakah Notaris yang meresmikan akad pembiayaan syariah di bank Syariah haruslah Notaris Muslim		Persyaratan menjadi Notaris Rekanan Bank harus mengikuti Pelatihan atau Sertifikasi pembiayaan Syariah	
	Harus	Tidak	Ya	Tidak
Bank BNI Syariah Yogyakarta		√	√	
Bank BPD Syariah Yogyakarta		√	√	
Bank Muammalat Yogyakarta	√		√	

Dari kedua tabel di atas menunjukkan bahwa terdapat perbedaan pendapat untuk Notaris yang meresmikan akad syariah tidak harus muslim, ironisnya justru pada Bank Syariah yang tidak mensyaratkan Notaris yang meresmikan akad syariah adalah Notaris Muslim.

Meskipun terdapat perbedaan pendapat, namun merupakan hal ideal apabila Notaris yang meresmikan akta akad perbankan syariah adalah seorang muslim, dengan pemahaman yang baik hal dalam prinsip-prinsip syariah. Hal demikian

³²Pandam Nurwulan dan Ina Faturohmah, *Akad Perbankan Syariah dan Penerapannya dalam Akta Notaris yang sesuai dengan Undang-Undang Jabatan Notaris*, Penelitian Kolaborasi, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2017, hlm. 76

³³*Ibid.*, hlm. 76

perlu dipahami baik oleh para Notaris dan pengelola perbankan syariah sehingga dalam memberikan pelayanan kepada masyarakat yang membuat hubungan hukum (akad-akad syariah pada perbankan syariah) betul-betul mengacu pada prinsip-prinsip/ konsep syariah yang benar-benar syari (mengikuti ketentuan rukun, syarat, dan asas dalam akad syariah) sehingga tidak hanya pada namanya saja (akad syariah dan perbankan syariah).

Penutup

Akad perbankan syariah pengikatan jaminannya masih menggunakan konsep jaminan perbankan konvensional karena belum ada ketentuan/regulasi secara syariah yang mengatur tentang pengikatan jaminan untuk akad-akad syariah (ada kekosongan hukum/*recht vacuum*). Dengan demikian di dalam praktek prosedur pengikatan jaminan untuk akta-akta akad syariah memakai hak tanggungan dan fidusia, sebagaimana yang lazim digunakan oleh perbankan konvensional.

Notaris dalam memformulasikan akta akad syariah yang dibuat secara notariil formulasi bentuknya harus sesuai dengan Pasal 38 Undang-Undang Jabatan Notaris dengan tanpa meninggalkan prinsip-prinsip syariah serta mekanisme/prosedur pembuatan akta notaris. Notaris yang meresmikan akta-akta akad syariah harus paham betul terhadap prinsip-prinsip syariah, sehingga menjadi ideal jika seorang notaris yang meresmikan akta-akta akad syariah adalah seorang muslim.

Saran dari peneliti adalah sehubungan dengan belum diaturnya ketentuan jaminan syariah pada lembaga perbankan syariah menimbulkan kekosongan hukum (*rechts vacuum*). Untuk mengisi kekosongan hukum yang dimaksud, pemerintah (dalam hal ini dapat dilakukan oleh OJK), untuk membuat regulasi mengenai pengikatan jaminan terhadap kegiatan ekonomi yang benar-benar tunduk terhadap prinsip syariah yang saat ini sudah menjadi kebutuhan masyarakat. Notaris dalam memformulasikan akta-akta akad syariah wajib memperhatikan dan mengacu pada bentuk akta yang diatur dalam Undang-Undang Jabatan Notaris. Notaris yang menangani akta-akta akad syariah sebaiknya seorang muslim yang paham betul mengenai prinsip-prinsip syariah.

Daftar Pustaka

Buku

- Adjie Habib dan Hafidh Muhammad, *Akta Notaris untuk Perbankan Syariah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2017.
- Aidil, Ustad, *Mengenal Notaris Syariah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011
- Darus, M. Luthfan Hadi., *Hukum Notariat dan Tanggungjawab Jabatan Notaris*, Yogyakarta, UII Press, 2017.
- Faqih, Aunur Rohim, "Kontrak Bisnis Syariah Studi Mengenai Penerapan Prinsip-Prinsip Syari'ah dalam Pembiayaan Pada Bank Syariah di Indonesia", *Ringkasan Desertasi*, Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia, 2014.
- _____, *Bank Syariah, Kontrak Bisnis Syariah & Penyelesaian Sengketa di Pengadilan*, FH UII Press, 2017.
- Hafidah, Noor, *Hukum Jaminan Syariah; Implementasinya dalam Perbankan Syariah di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2017.
- Mujahidin, Akhmad, *Hukum Perbankan Syariah*, Rajawali Press, 2016
- Mardani, *Hukum Bisnis Syariah*, Kencana, Jakarta, 2014.
- Pandam, Nurwulan dan Ina Faturrohman, "Akad Perbankan Syariah dan Penerapannya dalam Akta Notaris yang sesuai dengan Undang-Undang Jabatan Notaris", *Penelitian Kolaborasi*, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2017.
- Triyanta, Agus, *Hukum Perbankan Syariah*, Setara Press, Malang, 2016.

Jurnal

- Deni, K Yusup " Peran Notaris dalam Praktek Perjanjian Bisnis di Perbankan Syariah (Tinjauan dari Perpektif Hukum Ekonomi Syariah" dalam *Al-ADALAH* Volume XII. No 4, Desember 2015
- Musjtari, Dewi Nurul, Rekonstruksi Lembaga Penyelesaian Sengketa Akad Pembiayaan Dengan Jaminan Hak Tanggungan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/201, *Media Hukum*, Vol. 23 No. 1, 2016.

Internet

- [http://pasca.unisba.ac.id/akad-murabahah-dan-implementasinya-pada-syariah-dihubungkan-dengan-kebolehan-praktek-murabahah-menurut-para-
ulama/](http://pasca.unisba.ac.id/akad-murabahah-dan-implementasinya-pada-syariah-dihubungkan-dengan-kebolehan-praktek-murabahah-menurut-para-ulama/) diakses pada tanggal 09 Mei 2016 Pukul 10: 15 WIB
- [http://notariat.fh.unsri.ac.id/userfiles/file/FEBRIYANTI%20DWI%20PUTRI%20
02022681418036.pdf](http://notariat.fh.unsri.ac.id/userfiles/file/FEBRIYANTI%20DWI%20PUTRI%2002022681418036.pdf) diakses pada 07 Desember 2017
- <http://idr.iain-antasari.ac.id/178/>, diakses pada 03 Februari 2018

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Jabatan Notaris

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Jabatan Notaris

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Beserta Benda-Benda yang berkaitan dengan Tanah

Biodata Penulis

- Sri Hastuti Puspitasari.** Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta tahun 1994, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia Jakarta tahun 2002, sedang menempuh pada S3 Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada Yogyakarta, Perum Dosen Pertanian UGM Sawitsari Blok F 4 Yogyakarta.
- Mahrus Ali.** Mahasiswa S1 Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta tahun 2006, S2 Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta tahun 2010 dan sedang menempuh S3 Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, Gambiran UH V/229 Rt. 036 Rw. 009 Pandeyan Umbulharjo Yogyakarta.
- Saru Arifin.** Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta tahun 1998, S2 Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada Yogyakarta tahun 2009, Jln. Ampelgading Timur II RT02 RW03 Kalisegoro Gunungpati Semarang 50229.
- Ulya Yasmine Prisandani.** Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada Yogyakarta tahun 2015, S2 Fakultas Hukum Leiden University tahun 2017, Taman Edelweiss Blok U4 No. 20, Bumi Serpong Damai - Tangerang Selatan, Banten.
- Arlina Permanasari.** Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta tahun 1989, S2 Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung tahun 1999, sedang menempuh S3 Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung, Taman Bougenville Estate Blok C1 No. 10 Bekasi 17412.
- Deviana Yuanitasari.** Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum UPH tahun 2004, S2 Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia Jakarta tahun 2006, Jln Dayung No 29 Arcamanik Endah Bandung.
- Helitha Novianty Muchtar.** Mahasiswa S1 Fakultas Hukum Universitas Padjadjarana Bandung tahun 2007, S2 Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Padjadjarana Bandung tahun 2010, S3 Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada Yogyakarta tahun 2016, Jln. Jln. Pinus VII No. 8 Cluster Pinus Komplek Bumi Panyawangan Cileunyi Bandung.
- Elisabeth Septin Puspoayu.** Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang tahun 2011, S2 Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada Yogyakarta tahun 2013, Jln. Kunta Bhaswara VI Nomor 25, Malang, Jawa Timur.
- Arief Rachman Hakim.** Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum Universitas Negeri Surabaya tahun 2017, Jln. Rambutan RT 16 RW 03, Sruni, Gedangan, Sidoarjo, Jawa Timur.
- Hanum Selsiana Bella.** Mahasiswa aktif Fakultas Hukum Universitas Negeri Surabaya, Perumahan Grand Nusa Indah Blok A5 No. 5, Desa Mampir, Cileungsi, Bogor, Jawa Barat.
- Risang Pujiyanto.** Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada Yogyakarta tahun 2006, S2 Program Pascasarjana Fakultas Ilmu Sosial dan Politik Universitas Gajah Mada Yogyakarta tahun 2016, Sutodirjan GT II/887, RT.71, RW 21. Yogyakarta.
- Netti Iriyanti.** Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta tahun 2009, Kompleks BPKS RT 12, Ngestiharjo, Kasihan, Bantul, Yogyakarta.
- Sonny Taufan.** Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada Yogyakarta tahun 2006, sedang menempuh S2 Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia Jakarta tahun 2014, Jln. Duren Terusan No 15 RT01 RW08 Cilincing, Jakarta Utara.
- Zainuddin.** Menyelesaikan S1 Fakultas Perbandingan Hukum dan Mazhab IAIN (UIN) Alauddin Makassar tahun 1997 dan Fakultas Hukum Universitas Satria Makassar tahun 2010, S2 Program Pascasarjana Fakultas Hukum UMI Makassar tahun 1999, S3 Program Pascasarjana Fakultas Hukum UNHAS Makassar tahun 2012, Perumahan Bumi Permata Sudiang (BPS) Blok A1 No.17 Kelurahan Sudiang, Kecamatan Biringkanaya, Kota Makassar, Prov. Sulawesi Selatan.

Pandam Nurwulan. Menyelesaikan S1 Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta tahun 1985, S2 Program Kenotariatan Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta tahun 1990, S2 Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia tahun 2002, Jln. Gambiran No. 10 Yogyakarta.

PETUNJUK PENULISAN

Untuk Artikel Ilmiah:

1. Naskah belum pernah diterbitkan dalam media cetak lain, diketik dengan spasi rangkap pada kertas kuarto, panjang 20-25 halaman dan dikirim *melalui Online Journal System (OJS)* dalam bentuk naskah dengan pengolahan kata MS Word, size 12 font Times New Roman.
2. Artikel ditulis dengan bahasa Indonesia atau asing dengan standar penggunaan bahasa Indonesia atau asing yang baik dan benar.
3. Artikel yang dimuat dalam jurnal ini meliputi tulisan tentang hukum sebagai hasil penelitian.
4. Tulisan hasil penelitian/tesis/disertasi disajikan dengan sistematika sebagai berikut: (a) Judul, (b) nama pengarang (tanpa gelar), (c) nama lembaga/institusi disertai dengan alamat lengkap, nomor telepon dan e-mail (correspondence author), (d) abstrak, berisi pemadatan dari tujuan penulisan, metode penelitian, dan hasil pembahasan (50-100 kata), dalam satu paragraf, serta 1 spasi, (e) kata-kata kunci (*key words*) maksimal 5 kata ditulis 2 spasi setelah abstrak (Indonesia dan Inggris), dan dicetak miring, (f) pendahuluan, ditulis secara efisien yang berisi latar belakang dan rumusan masalah serta tujuan penelitian, (g) metode penelitian, (h) hasil penelitian dan pembahasan, (i) penutup, (j) daftar pustaka.
5. Setiap kutipan harus menyebutkan sumbernya secara lengkap dan tulisan dengan system *footnote*.
Contoh:
Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Penerbit Alumni, Bandung, 1979, hlm. 26.
Suparman Marzuki, "Hukum Modern dan Institusi Sosial", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, No. 7. Vol. 16, Tahun 2008, hlm. 35.
Erman Radjagukguk, "Analisis Ekonomi dalam Hukum Kontrak", makalah pada Pertemuan Ilmiah tentang *Analisa Ekonomi terhadap Hukum dalam Menyongsong Era Globalisasi*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Jakarta, 1996, hlm. 5.
"Jurnal BUMN Diciutkan Jadi 50", *Republika*, 19 Oktober 2005.
Priyono Tjiptoherijanto, "Jaminan Sosial Tenaga Kerja di Indonesia", <http://www.pk.ut.ac.id/jsi>, diakses tanggal 2 Januari 2006.
Paul Scholten, *Struktur Ilmu Hukum*, Terjemahan dari *De Structuur de Rechtswetenschap*, Alih Bahasa, Arief Sidharta, PT Alumni, Bandung, 2003, hlm. 9.
6. Daftar pustaka:
 - a) Diupayakan menggunakan referensi 10 tahun terakhir dengan proporsi jurnal minimal 50%.
 - b) Pengutipan pustaka dari internet hanya diperbolehkan dari sumber yang dapat dipertanggungjawabkan, seperti jurnal, instansi pemerintah atau swasta.
 - c) Memuat nama pengarang yang dirujuk dalam naskah, disusun menurut abjad pengarang dan tahun penerbitan. Untuk buku dicantumkan nama penulis (dibalik), judul buku (miring), penerbit, tempat dan tahun.
7. Naskah dikirim ke alamat redaksi secara *online* di <http://journal.uui.ac.id/index.php/IUSTUM>. Jika penulis memiliki masalah pada submisi *online*, silahkan hubungi redaksi di email **penerbitan.fh@uui.ac.id**

UCAPAN TERIMA KASIH

Pengurus Jurnal Hukum *Ius Quia Iustum* Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta mengucapkan Terima Kasih kepada Mitra Bestari yang telah berkenan meluangkan tenaga, pikiran, dan waktunya untuk mengoreksi naskah Jurnal Hukum *Ius Quia Iustum* Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, khususnya Mitra Bestari pada 2018, yaitu:

1. Jazim Hamidi
2. Mukti Fajar ND.
3. Aloysius Wisnu Subroto
4. I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani
5. Hartiwingsih
6. Susi Dwi harijanti
7. Rof'ah Setyowati
8. Isharyanto
9. Abdul Halim Barkatullah
10. Tomy Suryo Utomo

Semoga jasa baik Bapak dan Ibu mendapatkan balasan yang lebih dari apa yang telah diberikan kepada Jurnal Hukum *Ius Quia Iustum* Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia dari Allah SWT., Amin. Mudah-mudahan pada kesempatan yang akan datang masih berkenan untuk menjadi Mitra Bestari.

Demikian, atas kerjasama dan bantuannya diucapkan banyak terima kasih.

Pengurus

