

## Sunarno

Lecturer, Faculty of law, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta; Ph.D Candidate International Islamic University Malaysia.  
Jalan Lingkar Selatan Tamantiro, Kasihan Bantul, Yogyakarta 55183. Email: narno\_muh@yahoo.com

---

# INCORPORATING GOOD LAND GOVERNANCE IN THE DISASTER REGION OF YOGYAKARTA

## ABSTRACT

Land is one of the most major capitals in our life. Without it, sustainability of human existence is very impossible. Unfortunately, land problems in Indonesia have unique challenges compared to other countries. Many of kinds of challenges are in the form of the natural disasters. This paper is going to measure how well the principles of good governance has been incorporated in the Yogyakarta Special Region Land administration System generally by studying on the Merapi Disaster Mitigation, particularly in how land planning for the Merapi Disaster's victims is performed. The research methodology employs a combined research method, it means that fundamental principles in process and its output of both the doctrinal and non doctrinal approaches is synergized to based on the research's activity unites. Configuration of the land administration systems in achieving people prosperity has been affected by evolution of political, cultural, and legal awareness of local communities and central government policy. To conclude, incorporating a disaster response based land policy principles requires an integrated law and policy making system among parties through the implementation of good governance principle in the record of public participation voices and sustainable development interests. Notable reports illustrate that the good land governance incorporation encouraged and inspired land planning system to be more efficient and effective. Particularly in the natural disaster mitigation and reconstruction, incorporating good land governance principles furthermore encourages land policy makers to achieve the responsive land management in line with social demands and sustainable development programs.

Key Words: good governance principles, land administration system, land policy, disaster response

## I. INTRODUCTION

Land is one of the most major capitals in our life. Without it, sustainability of human existence is very impossible. As shown in daily reality, all human necessities do need the land. For instance, housing, various roads, markets, and other infrastructures need sufficient parcels of land. Briefly, No private and public sectors can be exist without land. The dense human needs on land encourage wildly land problems (See Land & Equity, 2006, 1-6).

Unfortunately, land problems in Indonesia have unique challenges compared to other countries. Many of kinds of challenges are in the form of the natural disasters. So many victims of disaster such as mountain eruption and earthquake at anywhere gave lessons Indonesian Government to generate a good idea, particularly in facing land problems. The responsive mitigation, the sustainable land planning, a good management of natural resources are believed as three instances of the break through to handle numerous risks.

Three reasons are as the most well known characteristics of the Yogyakarta Special Region Land Administration which could be a fundamental background on this research, as follows: Firstly, the existing strong kingdom still strongly manages land matter, particularly for sultanate ground. Secondly the land matter of Yogyakarta Special Region frequently faced natural disasters. Lastly, many of successful land management are shown with less land complaints supposed to others. For last reason, wonderful achievements have been proven with succeeding on land planning in the Bantul District's earthquake mitigation programs and the Merapi Mountain's eruption mitigation

The Further reason, from the earliest ages of the Indonesian entity when people still struggling and defending the freedom, Yogyakarta has achieved the exposure of modernizing the land administration system toward good land governance system. The chains of chronological sequels that were signed with many events such as the old type of land democratization in 1918 with issuing the Rijblad 1918, land planning management post natural disaster - Bantul's earthquake and Sleman's Merapi Eruption -, and Yogyakarta' win with acknowledgement as the Yogyakarta Special Region based on the Act No 13/2012 confirmed that incorporating good principles on numerous aspects of land administration system has continuously gone on the proper track in the circumstance of - called as - a feudal power. It is a obvious problematic, incorporating a modern value of land administration under an old type of local political power.

For interconnected reasons above, this paper is going to measure how well the principles of good governance has been incorporated in the Yogyakarta Special Region Land administration System generally by studying on the Merapi Disaster Mitigation, particularly in how land planning for the Merapi Disaster's victims is performed

## II. RESEARCH METHOD

In the answer the research problem, the research methodology employs a combined research method, it means that fundamental principles in process and its output of both the doctrinal and

non doctrinal approaches is synergized to based on the research's activity unites. It carries consequences that the research considers both kinds of the empirical and library studies and conducting both kinds of qualitative that supported by quantitative analysis as long as any necessity. Taking conclusion is generated by both inductive and deductive legal thought. Basically because this study were not only classified non-doctrinal research, so there is a need analyzing documents, related legislation, relevant cases, and secondary legal materials relating to the research topic.

### III. ANALYSIS

#### A. Land Administration and Good Governance

Land administration cannot be simply interpreted as technical aspects without the principle of land values, as the legal framework explains:

“These land administration systems may include processes to manage public land, record and register private interests in land, assess land value, determine property tax obligation, define land use, and support the development application and approval process. However by only those mechanic steps of land administration without a fundamental element, land is still surrounded by more and more of land problems. The fundamental element pointed out is good governance that must be incorporated in land administration system”

Other conditions showed that land administration system cannot be separated with the principles of good governance, as well as all policies will be greatly affected by the political system of a country.

In equivalent meaning, bad governance is coming because of absence of principles of good governance and will give birth to bad land administration system, as revealed:

“A bad configuration among them will produce a poor land governance that is Attributed to inequitably in allocation of land, unclear property rights, irrational economic decisions, and this is a common feature of any land delivery system due to bureaucracy, conflict in tenure system, staffing constraints, lack of support services, low morale and corruption at all levels and agencies. As a result it simply rises tenure insecurity of land, a land bad information, discouragement of land investment, and social instability “

It confirmed that the institutionalization of the principles of good governance becomes a necessity in the land administration system in Yogyakarta particularly.

In general, the land has become a dimension of public affairs and public institutions such as the government's most important for several reasons:

- a. piece of land is important elements sovereignty and sustainability;
- b. land becomes essential element of people's lives
- c. closely concerned with public infrastructure
- d. important element in the layout of a region
- e. part of the most basic needs (human rights) of each individual

Fundamental position of the land in the public affairs dose requires a high level quality of

governance because only by this circumstance, the land policy will be later as a determinant for achieving people's better prosperity. Country that is richer in natural resources may not necessarily more prosper than the little country of its natural resources. It is a paradoxical as such condition called as Dutch disease. Dutch Disease illustrates a gap of state capacity and its natural resources. This state is circled by a social instability and lack of human resource and technology.

Legally, the disaster occurs in human dimension called as a force major. For this, human kind can be innocence because of out of human capacity. But, every single legal subject must perform precaution. The question is who must be responsible to tackle and overcome the effects of disaster. State and its authority and capacity as the highest level of organization entities must not deny to achieve efforts, in terms of prevention and tackling disaster. Moreover, land matters is one of the most critical public goods in which government generates land policy to respond A to Z of the disaster matters on it.

## **B. Profile of the Yogyakarta Special Region**

Started at the Giyanti Political Contract in 23 February 1755 among three parties ( Prince MangkuBumi I, Pakubowono II, and the Dutch Colonist Government), the Kingdom of NgayogyakartaHadiningkrat was established and authorized to govern certain territories:

- a. *KuthoNegari* where included all regions of Yogyakarta Special Regions presently ;
- b. *Negara agung* (countryside) consisted of *Pajang, Kedu, Magelang and Banyumas*;
- c. *Mancanegari* comprised Madiun, danBlora

Unfortunately, after the *Prince Diponegoro* War (1825-1830), he was defeated by Dutch Army and later regions had been reduced and those regions became less territories, later, those become territories of the Yogyakarta Special Region right now.

That time, the King's authority is absolute and centralized upon him, nobody could appeal him. As a result, the king power is very strong on the land matters until now. Fundamentally, citizen can not possess the parcel unless given by the king. People could only own the right of use ( *hakpakai*)

But in the advance, land policy was developed better time to time. Interval changes of land policy could be divided from starting of the colonist power to the era of Indonesian government. as follows. Starting in 1918, both Sultan and Pakualaman were issuing *Rijksblaad* (like the king decision) No. 16 and *RijksbladPakualaman* No. 18, in which citizens' land right were guaranteed better than previous one. It was also as starting regulation to modernize the Yogyakarta Special Region Land Administration until now. As known, the modern form of land policy recognized a clear separation between the land right of sultanate ground and the citizen land right personally. It used to inspire dualism land law in the Yogyakarta Special Region land administration system later. In 1954, based on Article 18 the Indonesian Constitution, state declares recognizing the local government units based on autonomy and privilege in to respect the historical and aboriginal. rightsfirst step was taken by central government by giving full authority of land matters to The

Yogyakarta Special Region. It was supported by The law No 3/1950, than remedied by the Law No. 19/1950. The

The decade later showed the most monumental masterpiece. In 1950, the Yogyakarta Province born with the different attribution as the Special Region or Special Province based on the Yogyakarta Special Province Act No 3 Year 1950 and than remedied by the Yogyakarta Special Province's Act No 19 Year 1950. The Act stated the existence of a self government on several authorities included land matters.

By 1960, September 24, Indonesia enacted the Basic Regulation of Agrarian Principles, abbreviated as Basic Agrarian Law (BAL) in which Article 4 stated that Customary Land Law ( Hukum Adat Tanah) is as the basis of the national agrarian law system because it is the Indonesian aboriginal law. The basic regulation mentioned that held strongly on it comprise: nationalism on the land and natural resources (see Article 33 Constitution); recognition of state authority that may be decentralized to the local government through certain schema of governmental policy

From 1960 to 1984, BAL was not valid in the Yogyakarta Special Region. Then, Started at September 1984 , BAL is having a legal force until now. Its validity is focused on non the sultan ground (land). Therefore, there are two authorities on the matters in the Yogyakarta Special Province, one hand, the state governed lands are managed by central government authority and the sultan ground is managed by the Governor ex officio of the King of Yogyakarta Kingdom that in a practice is administered by Paniti Kismo ( the Yogyakarta Kingdom's Land Agency) The existence of the Yogyakarta Kingdom's land administration system is always recognized by all power from earliest colonist to the latest one, Japan.

On 2012, after a long and exhausting struggle, DIY finally confirmed again as a special area with the approval of Law No. 3 Year 2012 on the Special Region of Yogyakarta. There are so many parties who had doubted whether the Yogyakarta is still worthy of the privilege, particularly on land matters. The climax, in the end of 2012 there is a compromise to integrate conservative values and modern principles. The Act No. 3 Year 2012 has been believed to be a compromise in such a way that Yogyakarta Province is being Special Region with clauses as included in the Act. This law confirms the inherent features of 5 specialities are: the appointment of the governor, institutional, and institutions, culture, land, and spatial use.

Article 7 confirmed that the DIY authority as an autonomous region included the authority of DIY Regional Government matters referred to in the legislation on local government affairs and privileges set forth in Law not in the other regulation, while authority in the affairs of others while privileges referred to in subsection (1) include:

- a. Procedure for filling the occupation, position, duties, and authority of the Governor and Deputy Governor;
- b. Governmental Institution of DIY
- c. Culture
- d. Land; and

#### e. Spatial Use Planning

While the spatial planning is set as follows, Article 34 confirmed that authority in the Sultanate and the Kadipaten in spatial was limited into management and utilization of Sultanate land and Kadipaten land. Is also confirmed the limitation on implementation of the Sultanate or Kadipaten authority in establishing a general framework of the spatial land policy according to the specialty of DIY. The general framework of their spatial use policy must be set accordingly by the national spatial attention and spatial DIY.

### 1. Incorporating Principles of Good Governance in Land Policy

The result of research shows that the implementation of good governance principles on the land administration system in DIY elaborated in an entire land policy.

#### Decency And Justice Principles In Land Policy of The Yogyakarta Special Region

There is evolution from elitism to populis plot.

In its development, to ease burden of the people and avoid any economic disparities, Sultan and PakuAlam held a reorganization of economic and agrarian. Reorganization undertaken by the release of 16 in 1928 Rijktsblad Sultanate and PakuAlamanRijktsblad No.18 of 1918. The new rules are:

- a. Deleting system *lungguh* / apenage, palace officials who used to be given in the form of salary appanage / land office abolished and replaced with pay in cash.
- b. Forming *Kelurahan* (sub-urban governments) and given land (*tanahkasdesa*), the results of the land used for financing urban governance andcommunity development as well as salaries for village officials.
- c. Providing a strong land rights for kawulo (palace staffs), the people are given the landright of use that could be inherited, sold or mortgaged.
- d. Changing radically the basis of the land lease.

That is the right of a person to manage or cultivate land that does not belong to him. To manage or cultivate land that does not belong should permit the village head first.

### 2. Institutionalization of the Responsiveness Principle on The Customary Land Rights

To respond and strengthen customary land rights are then applied Act No.5 of 1960 On The Basic Agrarian Law (BAL) by the government is to eliminate dualism in legislation in the agrarian sector in the province. That is the agrarian law which is based on customary law, agrarian law and is based on western law. But for the province of Yogyakarta region implementation still remember the validity Law No.3 of 1950 on the formation of Yogyakarta Special Province, in the form of regulations concerning its own domestic affairs, including the area of land affairs.

Autonomy of the land matters encouraged DIY'Government to issue a few DIY regional

regulations as follows:

- a. Yogyakarta Regulation No.5 of 1954 on the Right to Land in Yogyakarta.
- b. Yogyakarta Regulation No.10 Year 1954 on the implementation of the village Government Provision regarding to transfer of Hak Andarbeni from Kelurahan and Hak Anganggo Turun Temurun and changing of the soil type in Yogyakarta region wide.
- c. Yogyakarta Regulation No.11 of 1954 regarding transfer of the inheritable private land right.
- d. Yogyakarta Regulations 12 of 1954 concerning the legal certificate for the inheritable private land right.
- e. Regulation of Yogyakarta Special Region 3 1956 on Amendment of Yogyakarta Special Region No. 10 In 1954.

### **3. The Transparency and Efficiency Principles in Land Management Policy in Yogyakarta Special Region**

Legal basis of land management policy in the province for realizing the principle of transparency and efficient could be referred to the legislation as follows:.

1. Law No. 26 Year 2007 on Spatial Planning (State Gazette of the Republic of Indonesia Year 2007 Number 68, Supplement to State Gazette of the Republic of Indonesia Number 4725);
2. Government Regulation No. 31 Year 1950 on Applicability of Act No. 2, 3, 10 and 11 of 1950;
3. Government Regulation No. 6 of 1988 on Vertical Coordination Agencies (State Gazette of the Republic of Indonesia Year 1988 Number 10, Supplement to State Gazette of the Republic of Indonesia Number 3373);
4. Indonesian Government Regulation No. 39 Year 2001 on Implementation of Deconcentration (State Gazette of the Republic of Indonesia Year 2001 Number 62, Supplement to State Gazette of the Republic of Indonesia Number 4096);
5. Indonesian Government Regulation No. 52 Year 2001 on Implementation Assistance (State Gazette of the Republic of Indonesia Year 2001 Number 77, Supplement to State Gazette of the Republic of Indonesia Number 4106);
6. Indonesian Government Regulation No. 20 Year 2004 on the Government Work Plan (State Gazette of the Republic of Indonesia Year 2004 Number 74, Supplement to State Gazette of the Republic of Indonesia Number 4405);
7. Indonesian Government Regulation No. 58 Year 2005 on Regional Financial Management (State Gazette of the Republic of Indonesia Year 2005 Number 140, Supplement to State Gazette of the Republic of Indonesia Number 4578);
8. Government Regulation of the Republic of Indonesia Number 39 Year 2006 on Procedures for Control and Evaluation of Development Plan (State Gazette of the Republic of Indonesia Year 2006 Number 96, Supplement to State Gazette of the Republic of Indonesia Number 4663);
9. Government Regulation of the Republic of Indonesia Number 40 Year 2006 on Procedures

- for National Development Planning (State Gazette of the Republic of Indonesia Year 2006 Number 97, Supplement to State Gazette of the Republic of Indonesia Number 4664);
10. Indonesian Government Regulation No. 38 Year 2007 on the Government Affairs Division of the Government, Provincial Government of Regency / City (State Gazette of the Republic of Indonesia Year 2007 Number 82, Supplement to State Gazette of the Republic of Indonesia Number 4737);
  11. Regulation of the President of the Republic of Indonesia Number 7 of 2005 on the National Medium Term Development Plan 2005-2009;
  12. Regulation of the President of the Republic of Indonesia Number 38 Year 2008 on the Government Work Plan 2009;
  13. Regulation of the Minister of the Interior of the Republic of Indonesia Number 13 Year 2006 on Regional Financial Management Guidelines;
  14. Provincial Regulation of Yogyakarta Special Region No. 1 of 2004 on the Establishment and Organization of the Regional Secretariat and the Secretariat of the Regional Representatives Council Yogyakarta Special Province (Provincial Gazette of Yogyakarta in 2004, Series D, No. 1);
  15. Provincial Regulation of Yogyakarta Special Region No. 2 of 2004 on the Establishment and Organization of the Regional Technical Institute on the Environment Government of Yogyakarta Special Province (Provincial Gazette of Yogyakarta in 2004, Series D, No. 2);
  16. Provincial Regulation Yogyakarta Special Region No. 3 of 2004 on the Establishment and Organization Regional Office at Government Environment Yogyakarta Special Province (Provincial Gazette of Yogyakarta in 2004, Series D, No. 3);
  17. Provincial Regulation of Yogyakarta Special Region No. 5 Year 2005 on Procedures for Regional Development Planning and Implementation Regional Planning Council (Provincial Gazette of Yogyakarta in 2005, Series E, No. 3);

#### **4. The Quality Services Principles of the Land Matters in DIY**

The application of this principle is based on 10 indicators as follows: Based on the value perception of the 10 indicators, Bantul get perceived value of 59.9953, Gunungkidul 62.1545, and 60.5558 of Sleman regency. Value perception when viewed from the performance of the service unit is sufficient. When compared between Bantul district has a higher perceived value than Bantul and Sleman. Lowest perceived value is Gunungkidul

Therefore, in addition to access to the land information is subject to the laws and regulations in the field of land services are also subject to the laws and regulations of the public merit system.

Principles of the land information service system in the province include:

- a. open
- b. current
- c. accurate

- d. responsible
- e. proportionality

## **C. Good Land Governance in Implementation of the Permanent Residence Establishment Program (Hunian Tetap) After the Merapi Disaster**

### **1. Case Profile**

The disaster of Merapi eruption is the natural phenomenon which is happen regularly, every two years, four years, or five years. But, merapi eruption which is happened in October and November 2010 is the worst eruption that ever happened. The eruption along with volcanic dust rain from Merapi Mountain and lunge of cold lava in two provinces namely Central Java (Boyolali, Klaten, Magelang) and Yogyakarta Special Region (Sleman). Besides that, disaster also causes the economic of society become paralyzed because the facilities of economic such as market, plantation, forest were broken and it caused by the lunge of volcanic cold lava and hot cloud, volcanic dust and cold lava flood.

Sleman Regency is a region where known by sight the most serious damage caused by Merapi disaster, because the detritus of lava and hot could, volcanic dust and lunge cold lava tend to move to the south direction. Automatically, Sleman Regency also got worse damage rather than others regency. Based on the data which is produced by BadanPerencanaan Pembangunan Daerah (Bappeda) Sleman regency, the value total of corruptness and damage result the disaster is about 5.4 billion Rupiah. This corruptness and damage values are accounted with classified the corruptness and damage in five

### **2. Analysis**

Based on the exposure of the research on the application of good governance in post-disaster settlement, analyses, view can be delivered as follows:

#### **a. Legal Certainty Principle**

This principle can be elaborated through the existences of official documents such as relevant acts, governmental regulation. Such complete legal foundation could guarantee the process to its results. Regarding with this, Government has created Regulation of BupatiSleman No.27a/2011 about reconstruction mechanisms for permanent residencies; The SlemanBupati Provision No 266/Kep/KDH/2011 about the location for relocation and reconstruction on Merapi Disaster; the BupatiSleman Provision No 77/Kep.KDH/2012 ; Issuing more than 2000 land certificates.

#### **b. State Officer Order**

All associated Officers must stand on the right track of land planning policy, the spatial use policy in which all those regulation direct comprehensively on how to process land administration system

c. Public Interest

Common interests such as the environment sustainability, safety, common prosperity, common aspirations, basic needs must be on a first priority. Factually, this was incorporated in the land planning project. Land administration system recorded a well implemented plan on land tenure, land use, and a increasing value of land.

d. Transparency

Transparency in the process of development of the post-disaster occupancy stay trim has a meaning that laws, regulations, institutions involved, processes, plans and decisions are made accessible to the public or at least the public representatives.

Transparency requires governments or voluntarily and actively providing complete information to the public through print and electronic media. Especially regarding the selection requirements, plan, design and procurement programs. Based on these results it can be said that the residential development process remains transparent've done this can be seen in the legislation that the legal basis in residential construction is still in Sleman regency of Sleman Regent Rule 27a No. 2011 concerning Residential Development Mechanism Post-Disaster Fixed Mount Merapi, Sleman Regent Decree No. 266/Kep./KDH/A/2011 on Construction Site Keep In Order Post-Disaster Rehabilitation and Reconstruction Merapi in 2010, Sleman Regent Decree No. 77/Kep.KDH/A/2012 on the Team Assistant for the Rehabilitation and post-disaster reconstruction areas Merapi eruption which was enacted in the sheet area so that people can know.

Reports of progress in implementing permanent residential development through a variety of local and national print media such as websites and electronic [www.sleman.go.id](http://www.sleman.go.id) Sleman regency government, or on the website REKOMPAK Java Reconstruction Fund (JRF), [www.rekompak.jfr.org](http://www.rekompak.jfr.org).which contains documentation, financial reports, progress reports on the implementation of permanent settlements Post Merapi residents are updated every week in accordance with developments in the field.

e. Balance

Taking balance on right and obligation in each corner of mitigation projects particularly in land administration system has been enforced. Even for people who did not want to be relocated, Government guarantee to give them subsidies in seeking parcel of land and reconstruction. Total 592 people did not want to be moved to other places. Yet, government still give them legal protection.

f. Professionalism

Every single duties has done based on etiquettes, regulations, competence and expertise. The numerous jobs were delegated upon its expertise.

g. Accountability

Accountability means that government agencies or public corporations and public officials on the one hand and the private sector, companies and parties that play a role in the company on

NO	PRINCIPLES OF GOOD LAND GOVERNANCE	INDICATOR	IMPLEMENTATION
1	Law Certainty	The existence of legal foundation Giving land certificate	implemented
2	The order civil staff	Availability of representative Team Controlled administration	implemented
3	Public participation	Social engagement	Not enough
4	Transparence	Socialization Information assessment Website availability www.sleman.go.id www.dppd.sleman.go.id www.rekompak.jrf.org	Implemented
5	Professionalism	Full facilitation Partnership	Implemented
7	Balance	Land availability Verification information management Weekly And monthly the program report Availability of performance report on accountability The control system by BPKP, BPK and KPK	Implemented
9	Efficiency and effective	Funding resources from many parties such: Java Reconstruction Fund (JRF) and Qotar Telkom Given free land certificates Finishing program on time Effective process and the results of permanent residence acquisition.	

the other hand, should be able to give an gugatkan jobs and tasks, as well as all the decisions and responsibilities. Full accountability procedures should be systematic and can be applied.

Based on these results we can say that accountability in residential construction remained in Sleman district meets the accountability of this is evidenced by the documentation and report progress on implementation and management information systems (MIS) permanent residential development through a variety of government websites Sleman [www.sleman.go.id](http://www.sleman.go.id), or on the website REKOMPAK Java Reconstruction Fund (JRF), [www.rekompak.jrf.org](http://www.rekompak.jrf.org), as well as the supervision of the implementation of the financial management of the elektrorat Regional Offices, BPKP, BPK and KPK.

i. Effectiveness and Efficiency

The result can be realize on the targeted criteria. Objectives, Cost, and process could be achieved in line the given criteria and indicators (*see table*)

## VI. CONCLUSION

1. Configuration of the land administration systems in achieving people prosperity has been affected by evolution of political, cultural, and legal awareness of local communities and central government policy..

2. Incorporating a disaster response based land policy principles requires an integrated law and policy making system among parties through the implementation of good governance principle in the record of public participation voices and sustainable development interests.
3. Notable reports illustrate that the good land governance incorporation encouraged and inspired land planning system to be more efficient and effective
4. Particularly in the natural disaster mitigation and reconstruction, incorporating good land governance principles furthermore encourages land policy makers to achieve the responsive land management in line with social demands and sustainable development programs.

## REFERENCES

- Budi Harsono, (2010) *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah, Isi, dan Pelaksanaan*, Universitas Trisakti, Jakarta
- Land Equity International Pty Ltd, (2006), *Land Administration: Indicators of Success, Future Challenges, Suite 12-13 / 74 Kembla St, Wollongong, NSW, Australia 2500*
- Land Equity International Pty Ltd, (2006), *LAND ADMINISTRATION REFORM: Indicators of Success, Future Challenges, Suite 12-13 / 74 Kembla St, Wollongong, NSW, Australia 2500*
- Maria Soemardjono, (2011), *Hak Sosial dan Ekonomi dalam Tanah*, Kompas, Jakarta
- Stig Enemark, Denmark, and Paul van der Molen, the Netherlands, (2008) *Capacity Assessment in Land Administration*, The International Federation of Surveyors (FIG) Kalvebod Brygge 31-33 DK-1780 Copenhagen V DENMARK
- Abdullah Al Hasan, Stephen B. Young , 2008, *Guidance for Good Governance, Exploration in Qur'anic, Scientific and Cross-cultural Approaches*, IIUM, Coux Round Table
- Abdurahman Abdulkadir Kurdi, *Tatanan Sosial Islam, Studi Berdasarkan Qur'an dan Sunnah*, translated by Izzamuddin Makmur, Published by Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2000
- Agus Dwiyanto (editor), *Mewujudkan Good Governance Melalui Pelayanan Publik*, Gadjah Mada University Press, Cetakan Ketiga 2008.
- Ahmad Sukardja, *Piagam Madinan dan Undang-Undang Dasar 1945*, Disertasi, *Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersamad dalam Masyarakat Yang Majemuk*, Badan Perbit UI, Jakarta 1995
- Alain Marciano , 2009, *Law and Economics, A. Reader*, . Publisher: Routledge, London and New York.
- Alcorn, J. B. 2000. *An introduction to the linkages between ecological resilience and governance. In Indigenous social movements and ecological resilience: Lessons from the Dayak of Indonesia*, ed. J.B. Alcorn and A.G. Royo.
- Alden Wily, L., and S. Mbaya. 2001. *Land, people and forests in eastern & southern Africa at the beginning of the 21<sup>st</sup> Century: The impact of land relations of the role of communities in forest future*. Geneva, Switzerland: IUCN-EARO. 2001.
- Allan W Shearer and Friends , 2009, *Land Use Scenarios, Environmental Consequences of development*,

- , CRC Taylor & Francis group,
- Abdul Hakim Garuda Nusantara, *Hak Asasi, Lingkungan Hidup dan Pembangunan Berkelanjutan*, ANDAL, Jakarta, 1990
- Abrar Saleng, *Hukum Pertambangan*, UII Press, Yogyakarta, 2004
- Absori, *Penegakan Hukum Lingkungan*, Muhammadiyah University Press, Solo, 2000
- Agus Dwiyanto, *Reformasi Birokrasi Publik di Indonesia*, Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan, UGM, Yogyakarta, 2002
- Anonim, *Profil Daerah Kabupaten Kota*, Penerbit Buku Kompas, 2001
- Asep Warlan Yusuf, *Pokok-Pokok Wewenang Pemerintah dalam Pengelolaan Lingkungan Hidup*, Jurnal Pro Justitia, tahun XVIII Nomor 2 April 1999, Bandung, 1999
- Allan W Shearer and Friends, 2009, *Land Use Scenarios, Environmental Consequences of development*, CRC Taylor & Francis group,
- Alpha Amirrachman, *Reitalisasi Kearifan local, Studi Resolusi Konflik di Kalimantan Barat, Maluku dan Poso*, ICIP, 2006
- Bagir Manan, *Hubungan antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994
- Bediuzzaman Said Nursi, *Nature, Cause or effect?*, Sozler Publication, 2010
- Blaikie, P., and Brookfield, H. (eds.) (1987). *Land Degradation and Society*, Methuen, London.
- Binde McMorland & Sim, 1986, *Introduction to Land Law 2nd Edition*, Butterworths,
- Boomgaard, P. (1989). *Between Sovereign Domain and Servile Tenure: The Development of Rights to Land in Java, 1780- 1870*, Free University Press, Amsterdam. (Comparative Asian Studies, 4).
- Boomgaard, P. (1997). *Hunting and trapping in the Indonesian archipelago, 1500-1950*. In Boomgaard, P., Colombijn, F., and Henley, D. (eds.), *Paper Landscapes: Explorations in the Environmental History of Indonesia*, KITLV, Leiden.
- Boomgaard, P. (1999). *Oriental Nature, its Friends and its Enemies: Conservation of Nature in Late Colonial Indonesia, 1889-1949*. *Environment and History* 5: 257-292.
- Boomgaard, P. (2005). *The long goodbye? Trends in forest exploitation in the Indonesian Archipelago, 1600-2000*. In Boomgaard, P., Henley, D., and Osseweijer, M. (eds.), *Muddied Waters: Historical and Contemporary Perspectives on Management of Forests and Fisheries in Island Southeast Asia*, KITLV, Leiden.
- Blaikie, P., and Brookfield, H. (eds.) (1987). *Land Degradation and Society*, Methuen, London.
- Boomgaard, P. (1989). *Between Sovereign Domain and Servile Tenure: The Development of Rights to Land in Java, 1780- 1870*, Free University Press, Amsterdam. (Comparative Asian Studies, 4).
- Boomgaard, P. (1999). *Oriental Nature, its Friends and its Enemies: Conservation of Nature in Late Colonial Indonesia, 1889-1949*. *Environment and History* 5: 257-292.
- Boomgaard, P. (2005). *The long goodbye? Trends in forest exploitation in the Indonesian Archipelago, 1600-2000*. In Boomgaard, P., Henley, D., and Osseweijer, M. (eds.), *Muddied Waters: Historical and Contemporary Perspectives on Management of Forests and Fisheries in Island Southeast*

- Asia, KITLV, Leiden.
- Budi Harsono, 2002, *Sejarah, Isi dan Pelaksanaan Hukum Agraria di Indonesia*, Djambatan
- , *Hukum Agraria Indonesia, Himpunan Peraturan-Peraturan Hukum Tanah, Edisi Revisi*, Djambatan, 2009
- Budiono. 2001. *Ekonomi Internasional*. Badan Penerbitan Fakultas Ekonomi. Universitas Gadjah Mada. Yogyakarta.
- Cameron Blackhall J., 2005, *Planning Law and Practice*, Third Edition, , Cavedish publishing,
- Clare Cumberlidge and Lucy Musgrave, 2007, *Design and Landscap for people, New Approaches to renewal*, , Published: Thames and Hudson,
- Christopher Pollitt and Geert Bouckaert, 2008, *Publick Management Reform, Comparative Analysis*, by, Published Oxford, 2nd.
- David E. MCNABB, 2009, *The New Face of Government, How Public managers are forging a New Approach to Governance*, By, CRC Press, Taylor & Francis Group
- Denny Indrayana, *Indonesian Cnstitutional Reform 199-2002, An Evaluation of Constitution-making in Transition*, Kompas, Jakarta, 2012
- DIKTI, *PanduanPelaksanaanPenelitiandanPengabdianKepadaMasyarakat di PerguruanTinggi*, DP2M, Kemen DIKNAS, Jakart, 2013,
- Donald iller and Gert de Roo, 2004, *Integrating City planning and Environmental Improvement, Practicable Strategies for sustainable Urban development*, , Published, ASHGATE,
- E. Utrecht, *PengantarAdministrasi Negara*, PustakaTintaEmas, Surabaya, 1988
- East Asian/ASEAN Rice Reserve System. 2002. Summary of Proceeding of The First Technical Meeting on Rice Reserve (TMRR I). dalamSuryana, A. danHermanto. 2004. dalam Kasryno, F. AM. Fagi, dan E. Pasandaran (Ed.). *Ekonomi Padi dan Beras Indonesia*. Badan Litbang Pertanian, Departemen Pertanian.
- UN ECOSOC for Europe, *Land Adaministration in The UNICE Region*, New York and Genewa, 2005.
- EggiSudjana, *PenegakanHukumLingkungandalamPerpektifEtikaBisnis di Indonesia*, Gramedia, Jakarta, 1999
- Erwidodo. 1999. Effects of Trade Liberalization on Agriculture in Indonesia: Institutional and Structural Aspects. The CGPRT Centre. Working Paper No 41.
- Erwidodo and P.U. Hadi. 1999. Effects of Trade liberalization on Agriculture in Indonesia: Commodity Aspects. Working Paper Series No 48. CGPRT Center. Bogor.
- Fadilah Putra, *Senjakala Good Governance*, Overrcross Press, Malang, 2009,
- Foster, Phillips. 1992. *The World Food Problem: Tackling the Causes of Undernutrition in the Third World*. Lynne Rienner Publisher, Boulder.
- GoktugMorcol, 2007, *Handbook of Decision Making, Public Adminitration and Public Policy*123, Published CRC Press, Taylor and Francis Group,
- Government of Indonesia. 1983. *A Study of the Regional Physical Planning Program for Transmi-*

- gration. Dept of Transmigration Rep.4
- Government of Indonesia. 1985-1990; 1993-1998. Land Resource Evaluation and Planning Project.5
- Government of Indonesia. 1997. Agenda 21 Indonesia: A National Strategy for Sustainable Development. Office of Minister of State for Environment, March 1997, Jakarta.
- H.G. Wells (editor), Short History of The World, Sejarah Dunia Singkat, Cetakan 3, Indo Literasi, 2013
- Haddad, L. 1997. Achieving Food Security in Southern Africa: New Challenges, New Opportunities. International Food Policy Research Institute, Washington, D.C.
- Hafsah, J. 2004. Strategy and Policy on Rice Production in Sub Optimal Agroecosystem. Paper presented on Seminar on Rice and Rural Prosperity. IAARD. December 7-8. Jakarta.
- Hamdy, H. 2000. Ekonomi Internasional: Teori dan Kebijakan Perdagangan Internasional. Buku Kesatu. Ghalia Indonesia. Jakarta.
- Ibnu Katsir, Shahih Tafsir Ibnu Katsir, Jilid 1-9, Pustaka Ibnu Katsir, Bogor, Cet I, 2007
- Imam Al Mawardi, , *Al Ahkam Ashulthoniyah, Prinsip-Prinsip Penyelenggaraan Negara Islam*, Published by Darul Falah Publishing, Jakarta 2001
- Indrawati, S.M. 1995. Liberalisasi dan Pemerataan. dalam Liberalisasi Ekonomi, Pemerataan dan Kemiskinan. Soetrisno, L. dan F. Umayu (Editor). PT. Tiara Wacana Yogya. Yogyakarta.
- Jacqueline martin & Chris Turner, 2004, Unlocking Law, Judith Bray, Series editors
- J.C.T. Simorangkir, Penetapan Undang-Undang Dasar Dilihat dari Segi Ilmu Hukum Tata Usaha Negara, Disertasi, Gunung Agung Publisher, 1984
- Hadi Podo, Kamus Ungkapan, Gramedia Pustaka Harapan, Cetakan IX, 2003
- Jeffrey M Paige, Revolusi Agraria, Gerakan Sosial dan Pertanian Ekspor di Negara-Negara Dunia Ketiga, Emperium Publisher, 2011
- Jimly Asshidiqie, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Rajawali Press, Jakarta, 2009
- , Green Constitution, Nuansa Hijau UUDRI 1945, Published by Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2009,
- , Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi, Mahkamah Konstitusi, 2006
- Mark. P. Thompson, (2012) modern land law, Oxford University Press
- John Steven, , Land Law, Sweet & Maxwell, UK (2013)
- Judith Bray, Unlocking Land Law, Hodder Education, London 2013,
- Judith Bray, Unlocking Land Law, 3th edition, Published by HODDER EDUCATION, London, 2014
- K.C. Wherare, Konstitusi-Konstitusi Modern, Pustaka Eureka, Surabaya, 2003
- Koutsoyiannis, A. 1977. Theory of Econometrics. Second Edition. Harper & Row Publisher, Inc. The Macmillan Press Ltd. London.
- Koesnadi Hardjasoemantri, *Hukum Tata Lingkungan*, Edisi Ketujuh, Cetakan kelimabelas, Gadjah

Mada University Press, 2000

*Taqwaddin, Sulaiman Tripa, Insa Ansari, Teuku Muttaqin Mansur, Penyelesaian Tanah Korban Tsunami Yang Tidak Ada Dan/atau Tidak Diketahui Ahli Warisnya, Jurnal Media Hukum, Vol. 19, No. 2, 2012*

**Herlambang PerdanaWiratraman, Majda El**

**Muhtaj, Ifdhal Kasim**

Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Jl. Airlangga No 4-6 Surabaya.

Email:herlambang@fh.unair.ac.id

---

# RIGHT TO ACCESS INFORMATION IN DECENTRALIZED INDONESIA: A SOCIO-LEGAL INQUIRY

## **ABSTRACT**

Indonesia is no longer an authoritarian country, and no longer centralized government. Decentralization processes since 1999 has changed local democratization in a wider participation. Nevertheless, the culture of openness and incorrupt have been far from the more ideal situation. Bribery, corruption and unresponsive public services have been continuously and more systematic taking place. In that context, the Government of Indonesia enacted Law No. 14 of 2008 concerning Public Information Openness (*Keterbukaan Informasi Publik* or called PIO Law), which is implemented since 30 April 2010. The PIO law is believed to contribute to the better decentralization processes and economic-political democratization at local level. Nevertheless, although right to access information was guaranteed by law, but it has been applied in limited process. Such situation actually gives clear evidence that decentralized Indonesia should be questioned, especially in terms of how the right to access information has been applied in a meaningful way after the enactment PIO Law in 2008 and, what the dominant problems in implementing right to access information are. This article will elaborate the norms and practices of PIO Law by using the rule of law point of view.

Keywords: Right to Access Information, Decentralization, Rule Of Law And Human Rights

## **ABSTRAK**

Indonesia sudah tidak menjadi negara yang otoriter lagi, dan pemerintahannya tidak lagi terpusat. Proses desentralisasi sejak 1999 telah merubah demokratisasi lokal kedalam partisipasi yang lebih luas. Namun demikian,

budaya keterbukaan dan utuh telah jauh dari situasi yang lebih deal. Penyusunan, korupsi dan pelayanan publik yang tidak responsif telah terjadi terus-menerus. Dalam konteks itu, pemerintah Indonesia memberlakukan undang-undang dari no. 14 2008 tentang keterbukaan informasi publik (UU Keterbukaan Informasi Publik), yang dilakukan sejak 30 April 2010. UU Keterbukaan Informasi Publik di yakini memberikan andil yang lebih baik dalam proses desentralisasi dan demokratisasi secara politik dan ekonomi di tingkat lokal. Meskipun demikian, walaupun hak untuk akses tersebut di jamin oleh hukum, tetapi ditetapkan dalam proses yang terbatas. Situasi seperti sebenarnya memberikan bukti nyata bahwa desentralisasi di Indonesia patut dipertanyakan, terutama dalam hal hak untuk mengakses informasi yang sebenarnya telah diterapkan setelah pemberlakuan UU Keterbukaan Informasi Publik pada 2008 dan apa saja yang menjadi masalah dominan dalam penerapan UU Keterbukaan Informasi Publik. Artikel ini akan menguraikan norma-norma dan praktek-praktek UU Keterbukaan Informasi Publik dengan menggunakan supremasi hukum sudut pandang.

Kata kunci: Hak Mengakses Informasi, Desentralisasi, Supremasi Hukum, dan Hak Asasi Manusia.

## I. INTRODUCTION

Indonesia is deemed as a new democratic state which has promoted human rights and freedom in various ways. Several indicators can be mentioned in this context, such as the adoption of human rights into new Constitutional amendment (1999-2002), the formulation 'human rights-friendly' legislations, decentralizing governance, freer election system, and the stronger guarantee of freedom of expression. A key political configuration which had significantly influenced to local governance system is decentralization policy. Decentralization has been legally designed as democratization processes after more than thirty years of authoritarian regime. This has been perceived as wider participation, strengthening local values and self or autonomous governance. Through Law on Regional Governance in 1999 and then its revision in 2004, the political agenda of decentralization has been secured through laws and its operational regulations. This decentralization process is finally considered to be a promotion for protecting citizen and also possibility controlling any political elite in power. In brief, decentralized Indonesia post Soeharto has incredibly changed to local democratization process.

In such context, the Government of Indonesia enacted Law No. 14 of 2008 concerning Public Information Openness (*Keterbukaan Informasi Publik* or called PIO Law). This law starts operating two years after the enactment, 30 April 2010. Based on article 3 of PIO Law, the law aims to guarantee citizen rights to know any plan of public policy making, public policy program and process decision making; to push public participation in public policy making, to increase public roles in public policy making and good governance for public institution, to implement transparency, effective, efficient and accountable governance, to know the reason of public policy which influence people's basic needs, to develop science and education, and to increase better quality information and management services for public institution. Since PIO law promotes and strengthens public participation in a more democratic and accountable governance, this law is believed to contribute in the better decentralization processes and economic-political democratization at local level.

Numerous progressive developments through legal system have been adopted in the past of

ten years after Soeharto stepped down in 1998. Nevertheless, such developments remain problem in practice. The culture of openness and incorrupt have been far from more ideal situation. Bribery, corruption and unresponsive public services have been continuously and more systematic taking place. Commercialization policy on education and health services, or the development large scale projects without confirming public in appropriate way have often occurred. Poor participation and also 'tokenism participation' (Arstein 1969) showed that although right to access information was guaranteed by law, but it has been applied in limited process.

The relationship between capital ownership and the local ruler became a new and more significant local politic configuration that has influenced political economy of law. It seemed quite often natural resources massive exploitation has marginalized local communities, including destructed social and culture values at local level.

Such situation actually gives clear evidence that decentralized Indonesia should be questioned, especially in terms of how the right to access information has been applied in meaningful way after the enactment PIO Law in 2008, and what problems are dominant in influencing implementation right to access information. This article departs on general overview about the new development in PIO Law, and then analyzing problems in implementing the law, by using socio-legal approach and rule of law perspective, either from procedural and substantial elements of rule of law (Bedner 2010). In order to get deeper information from field level, the field-research for few weeks has been carried out in 7 cities in 5 provinces (Medan and PematangSiantar, North Sumatera; Jakarta; Surabaya and Jember, East Java; Makassar, South Sulawesi; and Mataram, West Nusa Tenggara).

## II. ANALYSIS

### **PIO Law and the New Law Development of 'Right to Access Information'**

In this part, it raises a question how has 'right to access information' been guaranteed by Indonesian law system. This is a fundamental question to understand, first, how is right to access information guaranteed normatively, and second, whether such normative provision is adequate for improving right to access information.

#### **A. The PIO Law**

The Government of Indonesia enacted PIO Law in 2008, but this is enforceable after 30 April 2010, precisely 2 years after the enactment. From constitutional point of view, this law is derived from Article 28F of Indonesian Constitution, which stipulates:

"[a]nyone has right to communicate and access to information to develop personal and social environment, also right to seek, obtain, own, save, manage and impart information by using all available channels."

In its consideration, PIO Law states that, (a) any information is basic need for everyone in

developing personan and social environment and also important art of national defence; (b) right to obtain information is human rights and public information openness is one of important characters of democratic state which underpin people sovereignty to implement good governance; (c) public information openness is a tool in supporting public monitoring of state public institution governance, and all parts which affect to the public interest; (d) public information management is one of efforts to develop information society.

Those four considerations are the basis of developing public information which very important its role to support democratization process in governace and accountability for the public institution, either government or non-governmental organization. As stipulated at article 3 of PIO Law, the purposes of the law are

- a. To guarantee citizen rights to know public policy drafting plan, public policy program, and public decision making process, and also reasoning in making public decision;
- b. To push people participation in public decision making process;
- c. To improve society roles in making public policy and good governance;
- d. To implement good governance, especially transparent, effective, efficient and accountable.
- e. To know the reason of public policy which influence basic need of most people;
- f. To develop science and enlightenment nation life; and/or
- g. To improve management and information service in Public Agency to produce quality information services.

By having PIO Law, anyone has right to obtain information, especially in the form of

- a. Seeing and knowing public information
- b. Attending public meeting that openness for public to obtain public information;
- c. Obtaining copy of public information through application as prescribed by the Law; and/or
- d. Disseminating public information as prescribed by the Law

The purposes and rights as prescribed by PIO Law are deemed as a progressive legal development for improving human rights, especially to promote right to information access. This is also important as stepping stone to advance democracy and human rights in more substantive and protective. Public Institutions have numerous obligations to provide information, as stipulated at article 7 of PIO Law.

Public institution should provide, give and publish public information that accurate, truth, and not fallacy to the 'public information applicant'. Public institutions have to develop information system, so then the public could access effectively, either using electronic or non-electronic tools. These obligations have legal consequences, as stated at article 52-53 of PIO Law,

**Article 52:** "[p]ublic institution intentionally does not provide, does not give and/or does not publish public information, in the form of periodical information, as public information that must be announced immediately, public information must be available all the times, and/or public information that must be

provided as prescribed by the Law, and resulted in a loss to person, subject to a maximum confinement of 1 (one) year and/or maximum fine of Rp. 5,000,000 (five million rupiahs).”

Article 53: “[a]nyone who intentionally and unlawfully destroy, damage, and/or eliminate public information document in any form of media that is protected by the State and/or related to public interest, subject to a maximum confinement of 2 (two) years and/or maximum fine of Rp. 10,000,000 (ten million rupiahs).”

Interestingly, the PIO Law also requires the government to not only provide information system, but also to appoint Special Officer for Information and Documentation Management (PPID) and to establish Commission of Information (KI) at national, provincial and district level.

PPID is needed to implement a quick, appropriate, and simple information system, especially to storage, to document, to provide and to serve any information of public institution. The establishment of PPID is one of indicators whether or not the public institution is seriously willing to implement PIO Law.

In order to monitor the implementation of PIO Law, the government should establish the Commission of Information (KI). KI is an independent body which has obligation to operate PIO Law and its lower regulation, to determine technical standard for public information service and to solve public information dispute through mediation and/or adjudication. In the beginning, the government refused the establishment of KI, but it was widely pushed by civil society to establish an institution to monitor and solve the protection and fulfillment of right to information access in Indonesia. Hence, the public institution could ideally be more accountable and serious in promoting rights, and also could be prevented from any arbitrarily action in providing information request.

## **B. Mechanism**

According to article 4 of PIO Law, anyone has right to acquire public information as stipulated under the law. Such rights include, to see and to know public information, to attend public meeting that open for public, to receive copy of public information, and to disseminate public information. Beside right to ask information, anyone has right to file the case to the court if somebody has been obstructed and failed in acquiring public information.

Principally, the mechanism to acquire information is based on quick, on time, and cheap. Either written or unwritten application, the public institution should provide written information within 10 (ten) days after such application. The public institution could extend 7 (seven) days in imparting information to the applicant, by explaining the reason and notice.

In case, if the person who applied information to the public institution (PPID), but the PPID does not provide information, does not reply application, replies with inappropriate information, charges improper amount of fee, then he/she can report in written to the upper level of PPID. The upper level of PPID shall inform or reply to applicant within 30 days.

If the applicant feels unsatisfied in getting information given by upper level of PPID, then he/she can apply 'public information dispute' to the KI within 14 days. Then, the KI shall effort in solving the case by mediation or adjudication non-litigation, and it must be processed within 14 days. And finally, KI has to decide the dispute in maximum 100 days.

In sum, the mechanism process of acquiring information will be processed maximum within 171 days, or more than 5 months. This mechanism is actually ineffective in terms of the time, because it is considered as too long. The length of time could be a problem or detrimental if specific required information is needed to solve the urgent cases.

Nevertheless, such mechanism is not the end of process. The public institution or applicant could bring the KI's decision to the court, within 14 days after receiving KI's decision. If it is related to state institution, it can be brought to Administrative Court, but if it is related to non-state institution, it can be filed to District Court. Both of them could be appealed (cassation) to the Supreme Court if necessary. This is also within 14 days. For the Supreme Court, there is no time frame of obligation when the decision of 'public information dispute' can be given.

From this point of view, it can be concluded that the mechanism reflects a very proceduralistic process which could be considered as ineffective in terms of time. Unsurprisingly, it could also possibly lead to a complicated process for the public.

### **C. Restrictions**

Although information is principally open for public, but there are several restrictions under PIO Law, especially under the Chapter V of Exempted Information. These public informations are included:

- a. Law enforcement, especially judicial process prior the court session;
- b. Intellectual property rights and unjust business competition;
- c. State defense and security;
- d. Natural resources property;
- e. National economy defense;
- f. Foreign affairs interest;
- g. Authentic letter, in relation to private and testament;
- h. Personal secrecy;
- i. Memorandum or letters between public institutions, or inter-public institution;
- j. Other secrecy information as determined by the law.

Although those exempted information are detailed into several sub-provisions, this category is actually unclear, too broad, multi-interpretative, and highly possible subverting right to access information. The list of exempted information might be detrimental for realizing right to access information at several points. First, it might be interpreted arbitrarily, because those articles are easily multi-interpretative. For example, journalist might be limited in doing journalism works,

.....

especially in searching information, they will face difficulties in gathering information; Second, such articles will affect to the prohibition access of information for journalist to investigate on-going legal cases, except legal cases that already indicted in the court. In the context of law enforcement, only few cases are closed for public, such as the privacy cases or the cases that involve children. Third, it has criminal sanction if the public unravels those exempted information.

On the other hand, Tuesday, 11 October 2011, the parliament also passed a new law which was closely related to the PIO Law, namely Intelligence Law. Under such intelligence law, there is no detail and specific provision of intelligence secrecy, and ironically those intelligence secrecies are defined as state secrecy. As stipulated under article 25 section (2) of Intelligence Law, intelligence secrecies are in relation to,

- a. Dangerous for state defense and security;
- b. Expousing natural resources property;
- c. Detrimental for national economy defense;
- d. Detrimental for foreign affairs politic and international relation interest;
- e. Expousing memorandum or secretive letters;
- f. Dangerous for state intelligence system;
- g. Dangerous for access, agent and resources which are related to intelligence function;
- h. Dangerous for state intelligence personnel safety;
- i. Expousing planning and operation which are related to intelligence function.

The most serious problem is similar to PIO Law, beside too broad, multi-interpretative, and highly possible subverting right to access information, the Intelligence Law has also heavy criminal punishment.(Article 25-26 junctis 44 of the Intelligence Law 2011). Moreover, Intelligence Law does not provide sub-provisions in explaining those secrecy items. This paper argues similarly to (Fitspatrick, 1998), that “The tension between national security and freedom of expression and information is both acute and multifaceted. Stifling of dissent and secretiveness are the hallmarks of repression.”

From this legal point of view, restrictions under PIO Law and Intelligence Law could be subverting or opposing the realization of right to access information. Normatively, right to access information in current Indonesia is regulated by a ‘double-sword’ law, one is aimed to promote democratization through public participation and guarantee right to access information, on the other hand it could be a weapon to eliminate public rights to know and participate in such democratization process. In this context, the implementation of PIO Law is more influenced by the implementator, especially public institutions or PPID and also the role of KI in monitoring access information system. In other words, the implementation of PIO Law and progressive realization of right to information access are based on ‘seriousness and political will’ of the public institution at any level, regardless state organization or non-state organization.

#### **D. The PIO Law: Implementation and Its Problems**

As emphasized in the previous part of this article, although the PIO Law is deemed as progressive one, but this is normatively locked by numerous contradictive provisions in substance. Hence, the implementation of the PIO Law much depends on level of seriousness and/or political will of public institution. Unsurprisingly, the implementation of the PIO Law is different between one region to other regions.

Although diverse in practice, generally it can be stated that the implementation of the PIO Law is still very weak. How can this situation be explained in the context of the existing law since four years ago. This elaborates field situation in 7 cities/5 provinces (Medan and PematangSiantar, North Sumatera; Jakarta; Surabaya and Jember, East Java; Makassar, South Sulawesi; and Mataram, West Nusa Tenggara).

#### **Understanding of the PIO Law**

Almost all respondents said that the weak level of understanding of the law is the primary problem in implementing the PIO Law. Although the law was enacted since four years ago, most of government official did not know in detail what the substance of the PIO Law is. Ironically, they did not seriously learn this new law as a part of their responsibilities to implement it.

The critical issue is the government officials do not want to open public documents by stating those are as 'state secrecy'. 'State secrecy' is like a weapon to close information and transparency for public to monitor government policies or bureaucracy works. APBD (Local Budget and Expenditure) for instance, this is often said as 'state secrecy' and hence the parliament member or government officer do not provide any information about APBD. APBD is clear as public document, and it should be opened, not only when the APBD has been agreed by local parliament or district mayor, but also during APBD making process.

In fact, public is still difficult to obtain APBD, because law maker do not understand the new law on right to access information. The weak level of understanding has been influenced by culture of secrecy for long time under authoritarian or undemocratic regime in Indonesia, especially during Soeharto period. The culture of secrecy had been dominantly practiced in favor such regime. Although Soeharto stepped down in 1998, the bureaucracy post Soeharto has not been changed much. Moreover, bureaucracy network at local level has shown a new oligarchy, which preserving old culture or bad governance.

Legalized corruption, bribery tradition, in-transparency and also complicated model of governance are typically governance tradition which still exist and occur in Indonesia post Soeharto.

#### **"Delayed Justice is Denied Justice": Ineffective Mechanism and Execution**

As stipulated in previous part of this paper, according to the PIO Law, the mechanism process of acquiring information will be processed maximum within 171 days, or more than 5 months. This mechanism is actually ineffective in terms of the time, because it is considered as too long. In

fact, most of information applicants stated that such mechanism is ineffective. Moreover, the KI's decision can be disputed through the court, either administrative court for state public institution and district court for non-state public institution. This is possible as well to appeal through the Supreme Court ('cassation process'). It can be imagined that the process in disputing right to access information is highly possible taking very long process and definitely consuming the time.

Ineffective in this context is based on argumentation that access to the information is usually related to their rights, such as right to education, right to health, housing rights, etc. If their rights are not secured and unclear when they hold such rights, including related information for protecting and fulfilling their rights, it can be stated as delayed justice. In this regard, delayed justice is denied justice, clearly unjust for the public.

The problem of 'delayed justice' also potentially occurs after the KI's decision. The problem is related to how the KI's decision is implemented or fulfilled by the public institution. For instance, in its decision, KI asked a particular public institution to open document for applicant, and it is mentioned into certain time. The legal question is how if the public institution still does not want to obey such decision? This is the issue of execution process after decision, because although KI has similar process like the court, but unlike the court system, this institution has no clear execution process. Consequently, several 'public information dispute' cases after having KI's decision are unenforced.

These are not merely legal problems, but also political commitment of public institution to obey and to ensure effective principle in implementing the PIO Law. Without a good political commitment, the loophole of legal stipulation will be played and abused in favor undemocratic governance.

### **Lack of Political Will**

The most serious and more systematic problem is related to lack of political will. Right to access information as stipulated by the PIO Law is deemed as threaten for those who are in power. Lack of political will in realizing right to access information is easily indicated from several issues.

First, unwillingness to implement the PIO Law mandates. The public institutions do not want to give any access for the public because they want to keep information as secrecy. In the case of DPRD Jember, the parliament members have often rejected the requirement of civil society groups in asking information or public documents, such as APBD. Ironically, they rejected without giving proper reason (KhoerusSholeh, interview, 25 October 2011). If they give reason, this has often argued irrationally, such as pretended to forget or keep quite and foolish (Sudarsono, interview, 22 October and 24 October 2011).

As journalist, AndiSiahaan said that such situation is similar to New Order. Most of public institutions have anti-media attitude. If such situation occurred, then it depends on tenacity of journalist himself, including his network with other journalist or even with officials (AndiSiahaan, interview, 15 September 2011)

This perspective is also agreed by Tigor and Rika. The officials often say “I have no authority to answer, please do ask the manager or leader!” (TigorMunthe, interview, 15 September 2011; Rika Yoes, interview, 25 October 2011). Regardless those reasons, generally it can be said that the most problematic is unwillingness. They (public institutions) tend to protect any information, arrogant, and lack of moral accountability (IrwandiLubis, interview, 25 October 2011).

Second, many governmental organizations actually are not ready to develop public information system. Based on field situation, we found two reasons, first, unwillingness to develop public information system; and second, the officials do not have adequate capacity to establish public information system (Abdul Azis, interview, 19 October 2011; A. Latief, interview, 6 October 2011). Both reasons actually intertwined, and it seems that public information system is not deemed as an important agenda for government institutions. Adversely, the government prefers to not do anything about this system, because it would affect to ‘their businesses’.

Third, PPID as a responsible person or task force in implementing and serving public in obtaining information are not seriously established, or at least suspended. From all research sites showed that a very limited number of government institutions established PPID. For instance, almost all public institutions at provincial level in South Sulawesi did not prepare and establish PPID, including the Government of South Sulawesi Province. Even, the Internal Affairs Department as national level of public institution that must stand as pilot project for good governance or as an example for other institutions, did not have PPID. “How the other and the lower government institutions will promote right to access information and establish PPID if our central government is not serious to express their good intention?” said AzwarHasan, Chairperson of KI South Sulawesi Province (AzwarHasan, interview, 20 October 2011). This is a fact, PPID as a channel for public and law mandate is not followed up by the public institutions, although the law was enacted since four years ago.

Fourth, as law mandate to establish public information system and PPID, the establishment of KI is also slow progress and suspended. KI as a mechanism machinery for implementing the guarantee of right to access information is often opposed by public institutions, especially in the region where the government is not really ready to start new culture of openness and democratization. There have been only 10 of 33 KI at provincial level already established (30 per cent). Moreover, the establishment of KI at District level is also very slow and limited number. For instance in East Java Province, there is only 1 of 35 region where has KI at District level, which is KabupatenBangkalan. In North Sumatera, the recruitment of Provoncial KI’s commissioner just has been resulted 15 names to be interviewed. The selection process thorough parliament in North Sumatera seems very slow and unclear. In response to such situation, at least 40 civil society groups established Massif (civil society concern on information). They hope the provincial KI can be formed as soon as possible (Erwin Manalu, interview, 25 October 2011)

Fifth, without transparency and fair process, the KI institution might be hijacked by politician or political elite interest. The KI as a strategic institution that monitors the implementation of

right to access information would be important for democratization at various levels. Nevertheless, it would be also seen as threaten for those who are anti-democratization process. To give an illustration, several civil society groups worried about the selection process of KI in Bangkalan District (East Java), because 3 of 5 commissioners are politicians. According to local activist, politician or political party domination could affect to neutrality and proportionality of KI, especially the KI policies in the near future would be influenced and based on political interest, rather than democratization. "I am afraid this new institution will be trapped into political interest!", said Ahmad Muzakki, Chairperson of Brimob, civil society group in Bangkalan (60% *Anggota Komisi Informasi Bangkalan Kader Parpol*, 29 June 2011, Okezone.com, <<http://news.okezone.com/read/2011/06/28/340/473791/60-anggota-komisi-informasi-bangkalan-kader-parpol>>, retrieved on 3 September 2011). Similar to Muzakki, "We see that KI's institution in Bangkalan is merely designed in favor local elites rather than an agenda for local democratization", said a member of group discussion in Surabaya. Bangkalan's case has given learning example that KI institution must be steadily monitored as well, especially starting since recruitment process of commissioner member. "Without proper dissemination, the selection process of KI's commissioners is driven as particular politics." (Imran Simanjuntak, interview, 15 September 2011)

Sixth, as stated by most respondents, lack of budget is pointed out as the major problem of the weak process in implementing the PIO Law. The government has been always hiding with this reason instead of admitting their lack of commitment in implementing right to access information. The most serious issue in this regard was the current statement of Secretary General for Internal Affairs Ministry, Diah Anggraeni. She said that KI will burden local government budget, especially in establishing and maintaining such institution. Unsurprisingly, such statement has been widely regretted and criticized by KI's commissioners at provincial level. According to Azwar Hasan, he regretted Diah's statement because it would make systematic corruption exist, democracy is 'stabbed' and it would weaken reformation and good governance spirit (Azwar Hasan, interview, 20 October 2011). Hence, there is possibility to assume that actually the central government did not implement seriously the PIO Law, and this statement might be dangerously replicated by lower government at provincial or district levels. The lack of budget can be also interpreted as lack of political will, because by limiting budget means limiting operational works of KI. In this regard, the establishment of KI must be supported by providing adequate budget in order to progress and to guarantee of right to access information in meaningful ways.

Based on these six points, this paper argues that actually the problem of political will in implementing the PIO Law is still clearly dominant situation. It must be unacceptable since the PIO Law was enacted four years ago, but in fact, this research has seen in parallel situation between the development text and regressive implementation of the text. More ironic situation, beside lack of political will, public institution has also serious problem with their limited capacity to understand and to implement rights. For the public, it is quite detrimental for local democratization, as experienced by Ervin Kaffah in Mataram. Kaffah, as Director of Somasi, anti-corruption activist, said

that either journalist or anti-corruption activists have been often facing numerous threats, such as criminalization on defamation issues. And even, several activists were beaten up, tortured and violated their physical and mental because of their activities in monitoring government policies or works (Ervin Kaffah, interview, 23 June 2010).

Learning from those cases, from the field sites showed that the implementation of the PIO law is too far from ideal situation, particularly the low level of readiness to develop public information system and also establish PPID and KI. Two points should be highlighted in this context. First, the problem of paradigm is necessary to be discussed, especially dealing with how to shift 'conventional paradigm' to 'primary service for people paradigm'. Second, based on paradigm change, the public institution must prepare to design a roadmap in implementing the PIO Law. So far, the process and agenda for securing right to access information has been promoted without roadmap, and unsurprisingly if public, even the public institution officials themselves do not know how they can start their agendas.

These are clearly challenges for pro-democratization movement and supporter to steadily promote human rights, especially right to access information.

### **E. PIO Law: Challenges and Opportunities for Human Rights**

As stated by Hyden et al., that the sensitivity of governance is related to how the rules of political game are managed, either formal rules or informal rules. In this regard, how deep the influential factors as a background in limiting right to access information, the rules (law) must be operated, so then it shows strict governance in pushing the implementation and aims of such law (Hyden et al., 2004). In implementing right to access information, there are also several challenges and opportunities to improve right to access information to protect and fulfill human rights in Indonesia, especially after the enactment of PIO Law 2008.

#### **The Challenges**

The challenges in implementing right to access information are described into four issues. First, this article put the context of decentralization and its relation to political will, as the fundamental problem in implementing right to access information. Decentralization in Indonesia has been dominantly hijacked by non-democratic local governance. Many local elites have been trapped in corruption system, and most of them have been sent to the jail because their involvement on corruption and bribery activities. The corruption system has involved various actors and networks, either at local government, parliament, and judiciary system, including police. In this context, the corrupt governance would be the opponent for the PIO Law implementation. From fieldwork sites, it has been found that many public institutions did not open their information to the public and always refused the public's proposal to obtain documents. Among journalist, it is quite famous statement, 'more corrupt is more difficult to obtain information'.

Second, as stipulated previously, the PIO Law has mechanism in disputing cases. The prob-

lem is ineffective mechanism, which requires 171 days for solving the legal case if it is brought to KI. Moreover, if it is disputed again into the court, then it would take longer. The challenge in this context is how to make it more effective, so then such mechanism could be fairly used by public or public institution. This discussion includes how the execution process can be obeyed or fulfilled by parties, regardless their position. In the case of one of the parties do not obey the KI's decision, then it must be confirmed as unlawful (*onrechtmatigedaad*). Denying KI's decision must be considered as violation against the law, and it might be legal consequences which should be discussed further by law maker. The challenge of ineffectiveness in execution was often highlighted by lawyers when they were facing problem in enforcing the KI's decision (LBH Makassar lawyers, 17 October 2011).

Third, disseminating information and participating public in wider perspective are the next challenge in implementing the PIO Law. Either in Medan, Makassar, Mataram, Surabaya, or Jember, most audience said the importance of dissemination processes. Dissemination process, or well known in Indonesia as '*sosialisasi*' should be meaningful, not just share information and assume public understand with such information. As informed during research, some said that dissemination could not be done because the lack of budget, but some other argued that dissemination will not be done because the PIO Law is not considered as their priority policy. From the investigation at field, both reasons are actually interrelated. This is because when the government does not provide adequate budget to support dissemination process, at the same time, it means the government does not serious in prioritizing the fulfillment of right to access information. If the dissemination process is lacking, unsurprisingly the public participation is also weak.

Fourth, although decentralization requires local governments act more active in development, in fact, many of them still refer to the role of central government or higher level of government. If the central/higher government does do something, then it will be followed up by local/lower government. In the case of right to access information in Indonesia, the national government has been less effort to give 'best practices' for protecting the rights. This can be stated in responding to the reluctant of Internal Affairs Department in establishing PPID. AzwarHasansaidAzwarHasan (Chairperson of KI South Sulawesi Province), interview, 20 October 2011)

"the local governments in South Sulawesi do not establishing PPID yet simply because the establishment initiative has been influenced by the absence of PPID at Internal Affairs Department and Provincial Government. How the local governments establish PPID if the higher institutions themselves do not seriously develop system and respect the PIO Law?"

This situation confirmed that actually the implementation of the PIO Law has been shaped by unserious and unwillingness of the government at various levels, and it has been systematically done to deny rights and democratization processes in the context of decentralized Indonesia.

## Opportunities

Beside the challenges, the research has found also several possible points in advancing rights

to access information. First, democratization climate in post Soeharto regimes has been growing at local level, although imperfect yet, but the progress development has been adopted. “Democratization sphere” would be an important factor for the public or people in participating in decision making process. For instance, public participation in making local regulation (*Peraturan Daerah*) could be deemed as civil and political rights development in the context of Indonesia post authoritarian regime. Civil society organizations more freely express their voice, and became a pressure group which is necessary for balancing power relation between state and people. Public participation in law making as democratization sphere is more legalized and institutionalized, although in practice, it showed difficulties and various types in implementing public participation.

Second, although there is still inefficiency issues of KI, the establishment of KI is necessary and deemed as new legal development in Indonesian law system. At least, the establishment of KI is also a legal mechanism which can be applied as new legal-politico arena for public in claiming their right to access information. The question is to what extent the KI may shift inefficiency issues to efficient institution that serves public needs, and the establishment of Provincial/Local KIs at local level can be used to improve performance of the local governance. KI may push government to establish PPID, and also monitor their works to serve public information. KI also can encourage non-state organization to be more transparent and accountable.

We could learn from positive developments in disputing right to access information, such as two KI’s decision in Medan, first, information dispute between *LAI Sumut (North Sumatera Children Institute) v. SMAN 1 Sunggal*; and second, information dispute between *17 candidates of civil servant v. District Major* in Medan. According to Nuriyono, Director of LBH Medan, the process of adjudication non-litigation in such cases has been quickly and fairly implemented (Nuriyono, interview, 25 October 2011)

Third, the enactment of the PIO Law could be a ‘new weapon’ for anti-corruption movement. The movement has been spreading throughout the country, this social movement is seen as potential strategy to promote not only the PIO law as a legal basis of rights to access information, but also democratization and human rights protection for citizen. In short, social movement is quite helpful and useful to implement right to access information.

According to KI’s report, the most active organizations on disputing information access thorough KI have been applied by ICW Jakarta (Indonesian Corruption Watch) and LSM GebrakSumenep (anti-corruption group). ICW has been successful in monitoring and encouraging public widely to develop anti-corruption as a social movement, and inspiring for other civil society groups to do similarly at various levels.

The second most frequent complaints have been applied by LSM Gebrak. LSM Gebrak has complaint for the first time in East Java, against Prosecutor. Information dispute between LSM Gebrak and Sumenep Prosecutor was started from the LSM Gebrak’s information request about state financial matters that were taken by the prosecutor, especially after court decision. Such request was not ignored by prosecutor. Then LSM Gebrak sent letter for disputing information

access at Prosecutor Agency in Sumenep.

According to the Head of Sumenep Prosecutor Agency, Abd.Azis, who stated that his institution actually did not close any information. He said that his institution did not know in detail about information which should be secrecy or opened for public, as mandated by the PIO Law. "I think this is only misunderstood. We principally are never intransparent. Perhaps this was effect of unknown technical issues how to provide information." (Sengketa KIP Kejari Sumenep-LSM Gebrak, Pertama di Jawa Timur", *JawaPos*, Thursday, 19/08/2010).

Corruption is the most crucial issue in decentralized Indonesia. From 250 new autonomous regions that have been formed, at least 1.800 corruption cases were unraveled and sent to the court process. Most of corruptors in such cases are local elites. Since 2004 to 2009, that was noted that 1.243 local parliament members have been involved and suspected due to their corruption activities. In only a semester of 2010, ICW reported at least 159 corruption cases have been found. Ironically, the law enforcer seemed unserious and unwilling to enforce corruptor because they were mostly local elites (1.891 Kasus Korupsi Terjadi Di Daerah Hasil Pemekaran: Bukti Urgensi Keterbukaan Informasi Di Daerah, 26/10/2010, Kebebasan Memperoleh Informasi, <[http://www.kebebasaninformasi.org/ver2/detail.php?no\\_best=81](http://www.kebebasaninformasi.org/ver2/detail.php?no_best=81)>, visited on 5 August 2011)

Hence, right to access information became more important to support the existing anti-corruption movement.

Fourth, the role of free press that plays as voicing public rights would be helpful and useful. Undoubtedly, many human rights and corruption cases were widely known by public because of the role of the press. Press may support civil society groups by providing clue information through their news. Then, public can take opportunity to obtain further information which are related to their problems.

Quoted from Wiratraman (2010), there are several norm relations between the Press Law (1999) and the PIO Law (2008). First, there is constitutionality relation on freedom of expression, especially between article 28 and 28F of the Constitution. Second, both laws guarantee the relationship between press freedom and right to access information for citizen. Third, both laws are inline to human rights protection, especially civil and political rights. Fourth, norm relationship to push advocacy and to fulfill information based on fundamental needs of the people. And fifth, in journalism practice, the PIO Law completes the Press Law, especially for protecting professional journalistic.

This opportunity actually was also fully understood by either Commission of Information (KI) or Press Council, especially to use right to access information for supporting press freedom. KI Chairperson, Ahmad Alamsyah Saragih, and Press Council Chairperson, Prof. Dr. Bagir Manan, SH., MCL., have signed memorandum of understanding (MOU). According to article 2 of MOU, the MOU is aimed,

1. To prevent any effort that restrict the implementation of press function and journalistic activities after the enactment of the PIO Law 2008;

2. To give certainty, benefit, and justice guarantee for the press in implementing tasks and function in obtaining information access based on Principles of Public Information Openness.

As said by Ahmad Alamsyah Saragih, "Such MOU is expected to guarantee journalist rights in obtaining information, so then procedural aspects in the PIO Law do not disturb journalist works." Bagir Manan also said that, "MoU is aimed to prevent overlapping among public institutions in relation to press freedom... do not let the press is hampered by the PIO Law." (*Komisi Informasi Pusat-Dewan Pers Teken Nota Kesepahaman*, 15 July 2011, Komisi Informasi RI, <[http://www.komisiinformasi.go.id/index.php/subMenu/informasi/info\\_and\\_opini/detailberita/84](http://www.komisiinformasi.go.id/index.php/subMenu/informasi/info_and_opini/detailberita/84)>, visited on 16 October 2011) Based on this MOU, we do hope press could play roles significantly in unraveling any information that is important for improving human rights and basic life of the people.

### III. CONCLUSION

Based on previous research that carried out by ISAI (2008), HRLS (2010) and KontraS (2011), there are several ideas in implementing right to access information by using the PIO Law mechanism.

ISAI recommended four points, first, Depkominfo (Communication and Information Department) should conduct dissemination of the PIO Law; Second, Public institution should develop information unit to serve public. This can be a new institution or developing the existing institution; Third, The government should support 'PPID capacity building'; and Fourth, the government should formulate information system and information service standard Irawan Saptonoet.all (2008) ("Susahnya Meminta Informasi Publik", 1 September 2008). In order to make an effective implementation, ISAI suggested to the government to design 'a roadmap' in implementing right to access information, otherwise, the implementation might be unclear (Irawan Saptonoet.all, 2008)

The problem of right to access information guarantee is not merely the issue of KI's establishment at regional or local level, but also preparing human resources and institutional infrastructure of government in order to be ready in implementing the PIO Law effectively. The challenge is not only the legal instrumentation, but it is more developing 'openness culture' as effort to improve local democratization. Hence, according to HRLS research in 2010, it would result significant changes in progressing local democratization (Wiratraman, Herlambang Perdana, 75: 2010).

Interestingly, in 2011, KontraS also carried out research on right to access information in 7 provinces. Their research was only focused on Police Institution (POLRI). Based on their research, it has been recommended that POLRI has to disseminate internal regulations which are related to the PIO Law, also supervision and internal monitoring for its accountability. Coordination among units in POLRI should be developed, including providing a special mechanism about secrecy review. This is also supported by adequate budget and integrated website, so then POLRI could

develop publication sphere to communicate with citizen (Kontras, 30: 2011).

Learning from empirical evidence from several cities in this research (June-October 2011), it shows clear evidence that right to access information as mandated by the PIO Law is still far from ideal implementation. The applications of the law, including the role of new institutions, such as KI and PPID, have been challenged by real situation of non-democratic governance at local level. The corrupt system still rampantly occurred, and it has influenced in blocking any source of information.

This paper argues that, behind the slow progress and low level of awareness, especially those public institutions which are not ready to provide information system and PPID, there is something more serious than the issue of lack of capability of the government official to understand the implementation of the PIO Law. The more serious problem actually is 'lack of accountability and unwillingness'. This occurred systematically throughout the country and Department of Internal Affairs as influential state institution in promoting the PIO Law, seemed keeping silence in promoting right to access information.

Such problem is inseparable from 'political will' of the government at various levels. As mentioned previously in this chapter, there are six dominant problems. First, unwillingness to implement the PIO Law mandates; Second, many governmental organizations actually are not ready to develop public information system, this because either unwillingness to develop public information system or the officials do not have adequate capacity to establish public information system; Third, PPID as a responsible person or task force in implementing and serving public in obtaining information are not seriously established, or at least suspended; Fourth, the establishment of KI is also slow progress and suspended; Fifth, without transparency and fair process, the KI institution might be hijacked by politician or political elite interest. And sixth, lack of budget is also the major problem of the weak process in implementing the PIO Law. The current statement of Secretary General for Internal Affairs Ministry, DiahAnggraeni, who said that KI burdens local government budget, was contradictory in promoting right to access information.

Because of the lack of political will, this paper argues that the establishment of KI is not enough to guarantee right to access information. The KI roles in mediating and adjudicating information dispute might be easily subverted and denied if the political elites could drive the legal process and institution of KI. Moreover, the issue of right to access information is simply deemed as procedural aspects in obtaining information.

Based on practices at field, right to access information in decentralized Indonesia has to be considered as not only as legal issue, but also political issue. Political issue in this regards refers to the importance such rights to improve quality of democratization processes in Indonesia. The implementation of the PIO Law would be more effective if the ruler put the issue of right to access information as human rights or constitutional rights. As issue of human rights, so then the 'rule of law' issues are inseparable and considered as important factor also in determining whether such rights can be implemented properly.

Rather careful in suggesting that the establishment of KI at local level would be useful for public in disputing information cases. It is because the process and recruitment of KI commissioners at local level must be ensured as part of democratization itself. Otherwise, the establishment of KI would be detrimental for the public, because such institution is controlled or at least much influenced by political elite's interest. In short, it would be a legitimed institution in blocking information.

Nevertheless, the most valuable part of the PIO Law is the 'creation of public sphere' to complaint or challenge any public institution to be more democratic, accountable and transparent. Such public sphere could be used as not only disputing information cases, but also as learning for public, including public institutions, in order to fulfil their obligation to protect right to access information. Rika Yoes, a journalist and Chairperson of AJI Medan, said that, 'learning by doing' and 'facing the problems' would be important for public to learn constitutional rights directly from their experiences (Rika Yoes, interview, 25 October 2011)

This is an important legal development since the main objective of the law is also to provide equal opportunity for anyone to involve in public decision making. It would open greater possibilities for vulnerable groups, women and children to take part in democratizing local governance. Public is posed on a question, to what extent they could involve, participate and monitor right to access information in decentralized Indonesia. The answer would be public consciousness, that the greater opportunity and more democratic in implementing right to access information might help the realization of human rights in meaningful way and better situation.

## REFERENCES

- Arstein, Sherry R. (1969) *A Ladder of Citizen Participation*. AIP Journal, July 1969.
- Bedner, A. W. (2010) "An Elementary Approach to Rule of Law", *Hague Journal of Rule of Law*, (2)1, 2010, pp. 48-74.
- Fitzpatrick, Joan (1998) "Introduction", in Coliver, Hoffman, Fitzpatrick and Bowen (1998) *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression, and Access to Information*. The Hague: Kluwer.
- Hyden et al (2004) *Making Sense of Governance: Empirical Evidence from 16 Developing Countries*. London: Lynne Rienner.
- KontraS (2011) *Laporan Pemantauan Pelaksanaan Keterbukaan Informasi Publik di Institusi POLRI*. Jakarta: KontraS-Tifa.
- Memorandum of Understanding (*Nota Kesepahaman*) between Press Council and Commission of Information concerning on the Implementation of the PIO Law in Supporting Press Freedom, signed on 14 July 2011.
- Saptono, Irawan, et.al (2008) "Susahnya Meminta Informasi Publik", *Factsheet Edisi 01*, September 2008. Jakarta: ISAI/Institut Studi Arus Informasi.
- Saptono, Irawan, et.al (2008) "Tanpa Road Map, Implementasi UU KIP Tak Jelas", *Factsheet Edisi*

- 02, September 2008. Jakarta: ISAI/InstitutStudiArusInformasi.
- UNDP (1997) *Good Governance and Sustainable Human Development: A UNDP Policy Document*. New York: UNDP.
- Wiratraman, R. HerlambangPerdana (2007) *Good Governance and Legal Reform in Indonesia: Human Rights Series*. Bangkok: OHRSD Mahidol – Raoul Wallenberg Institute (RWI).
- Wiratraman, HerlambangPerdana (2010) “Implementasi UU Persdan UU KIP dalamMendorongDemokratisasiOtonomi Daerah”, in *Humanitas Journal*, PushamUnimed.
- 60% AnggotaKomisiInformasiBangkalan Kader Parpol, 29 June 2011, Okezone.com, <<http://news.okezone.com/read/2011/06/28/340/473791/60-anggota-komisi-informasi-bangkalan-kader-parpol>>, visited on 3 September 2011.
- Sengketa KIP KejariSumenep-LSM Gebrak, Pertama di JawaTimur, Thursday, JawaPos, 19/08/2010.
- 1.891 KasusKorupsiTerjadi Di Daerah HasilPemekaran: BuktiUrgensiKeterbukaanInformasi Di Daerah, 26 October 2010, KebebasanMemperolehInformasi, <[http://www.kebebasaninformasi.org/ver2/detail.php?no\\_best=81](http://www.kebebasaninformasi.org/ver2/detail.php?no_best=81)>, visited on 5 August 2011.
- KomisiInformasiPusat–DewanPersTeken Nota Kesepahaman, 15 July 2011, KomisiInformasi RI, <[http://www.komisiinformasi.go.id/index.php/subMenu/informasi/info\\_and\\_opini/detailberita/84](http://www.komisiinformasi.go.id/index.php/subMenu/informasi/info_and_opini/detailberita/84)>, visitedon 16 October 2011.

**Ferry Fathurokhmandan, Ahmad Fauzi**

Fakultas Hukum Universitas Sultan AgengTirtayasa.

Jl. Raya Jakarta Km. 04 Pakupatan Serang Banten. E-mail: feryfaturhman@gmail.com

---

# ISLAMIC CRIMINAL LAW AS A BRIDGE OF CONTENTION BETWEEN PUBLIC AND INDIVIDUAL INTEREST WITHIN RESTORATIVE JUSTICE

## ABSTRACT

Restorative justice has been developing broadly in many countries as a new paradigm in the criminal law field. Following the necessity and global trend, Indonesia has made an effort to replace the current Juvenile Court Act (JCA) with the new one, called Juvenile Criminal Justice System Act (JCJSA), which utilizes diversion as a restorative justice program for juvenile delinquent which took into effect since July 2014. As a new paradigm, restorative justice has been criticized sporadically. One of the critics is how to balance public interest and individual interest when they are in conflict regarding the restorative justice settlement that reached by the victim and offender. The contention between the proponent and opponent of the restorative justice movement on this issue is remains unsolved up to present. This issue is also possible may be arise when the Indonesian government enforces JCJSA. As a Muslim-majority country, Indonesia has an opportunity to resolve the contention by offering Islamic Criminal Law (*jinayat*) as an approach method since restorative justice values exist also in Islamic criminal law. There are at least two notions why Islamic criminal law could relax the contention. Firstly, historically Islamic law ever existed in Indonesia. Secondly, restorative justice values exist in Islamic Criminal Law. This paper will try to portray restorative justice in Islamic criminal law point of view in order to mollify the contention.

Keywords: Restorative Justice, Islamic Criminal Law (*jinayat*), Indonesia.

## ABSTRAK

Keadilan restoratif telah berkembang secara luas di banyak negara sebagai paradigma baru di bidang hukum

pidana. Mengikuti kebutuhan dan tren global, Indonesia telah melakukan upaya untuk mengganti Undang-Undang Pengadilan Anak dengan yang baru yang disebut Sistem Undang-Undang Peradilan Pidana Anak yang memanfaatkan penyalihan sebagai program keadilan restoratif kenakalan remaja yang mulai berlakunya sejak Juli 2014. Sebagai sebuah paradigma baru, keadilan restoratif telah dikritik secara sporadis. Salah satu kritik adalah bagaimana untuk menyeimbangkan kepentingan publik dan individu apa bila mereka berada dalam konflik tentang ketika mereka berada dalam konflik mengenai penyelesaian keadilan restoratif yang dicapai oleh korban dan pelaku. Pertentangan antara pendukung dan lawannya gerakan keadilan restoratif tentang masalah ini tetap belum terpecahkan sampai sekarang. Masalah ini juga mungkin muncul ketika pemerintah Indonesia memberlakukan Undang-Undang Peradilan Pidana Anak. Sebagai sebuah negara muslim, Indonesia memiliki kesempatan untuk menyelesaikan pertentangan dengan menawarkan Hukum Pidana Islam (jinayat) sebagai sebuah metode pendekatan karena nilai-nilai keadilan restoratif ada juga didalam Hukum Pidana Islam. Setidaknya ada dua pengertian mengapa Hukum Islam terkesan tenang dalam pertengkaran. Pertama, secara historis Hukum Islam pernah ada di Indonesia. Kedua, nilai-nilai keadilan restoratif ada di dalam Hukum Pidana Islam.

Kata kunci: Hukum Keadilan, Hukum Pidana Islam, Indonesia.

## I. INTRODUCTION

In much of the literature, proponents of restorative justice have unanimously affirmed that the term “restorative justice” was first coined by Albert Eglash. Most of them also agree that it first appeared in his 1977 paper, entitled *Beyond Restitution—Creative Restitution* which was presented at a conference on restitution in 1975.

In his paper, Eglash described three faces of justice: (1) retributive justice; (2) distributive justice and; (3) restorative justice. The first aspect relied heavily on punishment as its prominent technique for handling crimes, while the second advocated therapeutic treatment of offenders (Routledge, 80: 1992). The third aspect, that is restorative justice, proposed restitution as its characteristic feature in handling crime. Eglash referred to this as creative restitution. He noted that, in many respects, retributive and distributive justice shared similarities but differed from creative restitution. For instance, both punishment and therapeutic treatment were primarily concerned with the offender’s behavior, whereas restorative justice focused on the destructive or harmful consequences of that behavior, and its effect on the victim of a criminal act.

Interestingly, as Eglash admitted, creative restitution was designed primarily for offenders, noting that: “For me, restorative justice and restitution, like its two alternatives, punishment and treatment, is concerned primarily with offenders. Any benefit to victims is a bonus, gravy, but not the meat and potatoes of the process.” As we shall see later, various definitions have emerged with the growth of the restorative justice movement that are wider than the above-mentioned definition by Eglash, especially in terms of its central concern.

Howard Zehr, the “grandfather” of restorative justice, originally conceptualized restorative justice as a process that involved, to the greatest extent possible, those who had a stake in a specific offence in collectively identifying harms, needs, and obligations, as well as their redress, to heal and make things as right as possible. Mark Umbreit and Marilyn Peterson Armour entitled, *7: 2011*). Another definition argued by Tony Marshall who wrote that “restorative justice is a process

whereby all the parties with a stake in a particular offense come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offense and its implications for the future.” (Braithwaite, 11: 2002).

Marshal’s definition, however, raises the same question as Zehr’s definition, namely, who is “the parties with a stake in a particular offense?” Additionally, according to Marshal’s definition, what should be restored? The latter question was reasonably resolved within Zehr’s definition, that is, harm and needs resulting from a specific offense.

To respond to the above question, we may refer to the Economic and Social Council (ECOSOC) Resolution of 2002/12 regarding the Basic Principle on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters. In its annex, specifically subsection 4 of section I on the use of terms, it states that “Parties” means the victim, the offender, and any other individuals or community members affected by a crime who may be involved in a restorative process<sup>1</sup>[www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf](http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf) last accessed March 7, 2014. This is in line with John Braithwaite’s response in his book regarding Marshal’s definition that a “stake in a particular offense” primarily refers to the victim(s), offender(s), and affected communities (including the families of victims and offenders). Braithwaite also answered the question of what should be restored as follows: “whatever dimensions of restoration matter to the victims, offenders and communities affected by the crime. Stakeholder deliberation determines what restoration means in a specific context.” (Braithwaite, 7: 2011)

In his audiovisual lecture, John Braithwaite explained restorative justice by describing its history and process in the following way:

Restorative Justice evolved from searching for a more productive way of dealing with crimes rather than putting more and more people away in prison. The main idea is about restoring the victim, restoring the offender and restoring the community. Because crime hurts, justice should heal. In a typical process the victim will be asked to say who would they like to come to support them through the audience, then the offender will be asked in the same way, and the supporter of the offender with the offender come together with the victim and the victim supporter are facilitated, they sit together in a circle [sic]. First, they talk about what happened, who was hurt by what happened and what might be done to right the wrong and come up with plan of action and then there will be follow up to check whether the plan of action is actually implemented to the satisfaction of all stakeholder (Braithwaite, 7: 11).

It is clear from the three definitions provided by Zehr, Marshal, and Braithwaite that the central focus has gradually changed from Eglash’s proposal of creative restitution which was designed primarily for the offender. Borrowing Eglash words, now the victim has become “the meat and potatoes” in most restorative justice programs.

For most criminal law scholars, incorporating victims—and the affected community when appropriate—in the criminal justice process is a relatively new idea given that the role of victim in this process has been represented and taken over by the investigator (police) and prosecutor. Restorative justice evidently has a different core concept from that of criminal justice.

To clarify these differences, Zehr then differentiated between criminal justice and restorative justice as shown in the table below: (Umbreit, 6: 2008).

**TABLE 1: TWO DIFFERENT VIEWS OF JUSTICE**

<b>CRIMINAL JUSTICE</b>	<b>RESTORATIVE JUSTICE</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Crime is a violation of the law and the state</li> <li>• Violations create guilt</li> <li>• Justice requires the state to determine blame (guilt) and impose pain (punishment)</li> <li>• Central focus: Offenders getting what they deserve</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Crime is a violation of people and relationships</li> <li>• Violations create obligation</li> <li>• Justice involves victims, offenders, and community members in an effort to put things right</li> <li>• Central focus: Victims' needs and offenders' responsibility for repairing harm</li> </ul>

### **Historical Background of the Restorative Justice Movement**

To many, the VORP (Victim Offender Reconciliation Program) was believed as the first “baby” of the restorative justice program in its modern form. VORP was born from the “Kitchener experiment” in 1974. At that time, two young individuals, aged 18 and 19 years, from Elmira in Ontario, Canada, pleaded guilty to vandalizing 22 properties (houses and cars).

The case was published and widely discussed. Mark Yantzi, a probation officer, who was charged with preparing the presentence report for this case, attended a Christian group meeting several days before the guilty plea was filed. At the meeting, the Christian response to shoplifting was discussed. Yantzi then conceived of the idea of the offenders meeting the victims to repair the damage. In criminal procedural law, this idea was impossible to implement, because, as we mentioned earlier, the victims' interests are taken over by the prosecutor.

Yantzi buried the idea because of the lack of a legal basis to support it. However, Dave Worth, a coordinator of voluntary service workers for the Mennonite Central Committee (MCC), encouraged Yantzi to pursue the idea. He, therefore, took a chance and proposed to the judge that the offenders meet with the victims and pay them back. Predictably, the judge refused to entertain the idea.

Nevertheless, Yantzi's proposal seemed to have influenced the judge, because when the time for sentencing arrived, the judge ordered the offenders to have a face-to-face meeting with the victims to work out suitable restitution as a condition of probation. Accompanied by their probation officer, the offenders then visited all of their victims, negotiated restitution, and within three months had repaid their victims.

The above case was considered the inception of VORP in Canada, and is also believed to be the first restorative justice program. Judges have subsequently continued to order this process to be carried out. Van Ness notes that in 1976, the probation officer formed a nonprofit organization to promote and facilitate these meetings (Van Ness, 1); (Umbreit, 6); (Howard Zehr, 2005) Coinci-

dentally, the initial practice of VORP in Canada fulfilled what Eglash had suggested in terms of implementing creative restitution, namely the probation requirement.

Zehr describes VORP as “contagious,” with Indiana being the first state in the United States to establish a similar program in 1977–1978 (Zehr, 159) More recently, restorative justice has been discussed and implemented in several countries. Barda Nawawi Arief notes that within Europe, Austria, Belgium, Germany, France, and Poland have been applying restorative justice in many forms within their criminal code procedures See Barda (Nawawi Arief, 2008). From its first emergence in Canada, the practice of restorative justice has been spreading to other continents such as Europe, Africa, and Asia (Routledge, 35-40: 2008); (Van Ness, 33–38) The restorative justice movement is unstoppable and has mutated into many forms to fit each country’s needs particularly for handling juvenile offender.

## II. ANALYSIS

### A. Restorative Justice for Juvenile in Indonesia

In 2011, child population with the ranging age of 0-17 in Indonesia reached 82.6 million. This means 33.9% or more than one third of Indonesian population is children (*Profil Anak Indonesia 2012*, 5: 2012) The categorization age and the term of “child” or “children” here obviously refer to Convention on the Right of the Child (UN Resolution 44/25 of 1989 on Convention on the Rights of the Child) Children are a nation asset. The future of a nation relies on their shoulder. However things may goes wrong within their life. One of which is when they in conflict with law. Therefore special treatment and measurement should be made for handling child whom in conflict with law.

In regard to criminal law field, child is divided into two categories: child that is considered as to young to bear criminal responsibility and child that perceived as able to bear criminal responsibility. The earlier often called as child whilst the last varies to each country. For the purpose of this paper, I employ “juvenile” referring to the second category and “child” for the first category (Juvenile Court Act Number 3/1997 and Juvenile Justice System Act Number 11/2012). Therefore stipulating age of criminal responsibility is one of critical matters in criminal law field to distinguish child and juvenile. In respect to Indonesia, some changes have been made for categorizing child and juvenile as we will describe below.

### B. Criminal Responsibility Age for Juvenile in Indonesia

In its consideration part, United Nations (UN) Resolution Number 40/33 of 1985 on UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (often called as The Beijing Rules) recognizes that juveniles as young need special treatment by virtue of their early stage of human development. This special treatment includes particular care and assistance with regards to physical, mental and social development. Beside that legal protection in conditions of peace,

freedom, dignity and security is also required. Therefore formulating age of criminal responsibility for juvenile is one of measurements to create a safeguard in order to assure special treatment for juvenile.

The Beijing Rules does not stipulate a fix age of criminal responsibility for juvenile. In its annex, the Beijing Rules merely sets the beginning of age of criminal responsibility shall not be fixed at too low an age level. The phrase “too low” is actually difficult to be measured since each country has their own law which reflected from their values and cultures. Even within same continent the minimum age of criminal responsibility varies from country to country. Take for instance in European countries such Scotland, Ireland, France, Sweden, Spain, Luxemburg, within these countries, criminal responsibility begins at 8, 10, 13, 15, 16 and 18 respectively (G. Van Bueren: 26). This is because the formulation of law will depend on history or culture of a nation. In Japan for instance, the range of criminal responsibility age is set at the age of 14 up to 19 (Penal Code of Japan Act No 45/1907 art 41 and Juvenile Act of Japan No 168/1948 art. 2 (1) and 3 (1)). whilst in New Zealand is set from 14 up to under 17 (Young Person and Their Family Act of New Zealand No 24 of 1989 section 2 subsection 1). This age limit formulation differs among countries depending on each economic, social, political and legal system (The Beijing Rules Annex of Number 2.2)

In term of Indonesia, the provision for juvenile who commits crime in Indonesia prior to Juvenile Criminal Justice System Act, hereinafter JCJSA, (Act Number 11/2012) and Juvenile Court Act, hereinafter called JCA, (Act Number 3/1997) was stipulated in Indonesian Penal Code (Act number 1/1946) article 45 (article 67 of JCA) of Chapter III about exclusion, mitigation and enhancement of punishment.

Indonesian penal code sets maximum age of criminal responsibility at under 16 which means for those who commit crime whose age is 16 or more would be regarded as adult. Indonesian penal code does not set the minimum age of criminal responsibility for juvenile.

In 1997, an act for the juvenile court was established. With this act (Act No. 3/1997), the general provision for juvenile, which was regulated under the KUHP, was abolished and replaced by the act. In this act, juvenile between the ages of eight to under 18-year-old and unmarried fall within the jurisdiction of the juvenile court.

For child whom below the age of eight and commits a delinquency, the investigator will examine whether the juvenile still can be educated by their parents or should be sent to social department to be educated after hearing the consideration of the probation officer (Article 5 of JCA)

However the age of eight, later, was considered as too low for juvenile to hold criminal responsibility. Subsequently Constitutional court in its decision number 1/PUU-VII/2010 has made a judicial review, that filed by the parties above, by giving its verdict which stating the phrase “8 years old” in article 1 verse 1, article 4 verse 1 and article 5 verse 1 of JCA including its explanation part are in conflict with constitution of Republic of Indonesia and has no binding power therefore it is conditionally unconstitutional unless interpreted as 12 years old. This minimum age then re-

justified by JCJSA No 11 of 2012 which is going to replace JCA in 31 July 2014 (two years after its enactment)

To ease, the long history in formulating age of criminal responsibility for juvenile in Indonesia will be portrayed in table below:

**TABLE 2: TABLE OF AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR JUVENILE**

REGULATION	AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR JUVENILE	
	MINIMUM AGE	MAXIMUM AGE
Penal Code	-	under 16
JCA	8	under 18
Constitutional Court Decision	Amending minimum age in JCA from 8 to become 12	
JCJSA	12	under 18

### **C. The Necessity of Restorative Justice for Juvenile Delinquency in Indonesia**

Currently, juvenile cases fall within jurisdiction of JCA. JCA does have several features of measurement for juvenile offender to protect their mental development. For instance, the trial should be held in camera, (Article 8 (1) of JCA) or law enforcement agencies are forbidden to wear formal uniform when investigates, prosecutes and tries the juvenile offender and so forth (Article 6 of JCA) However the JCA has a main weakness i.e. it has no means for diverting the case in lieu of criminal trial.

In relation with this, the Beijing Rules in point 6 of the general part of the resolution states that “in view of the varying special needs of juveniles, as well as the variety of measures available, an appropriate discretionary scope shall be allowed at all stages of proceedings and levels of juvenile justice administration, including investigation, prosecution, adjudication, and the follow up of disposition.” (United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (“The Beijing Rules”) Adopted by General Assembly Resolution 40/33, 29 November 1985).

According to the Beijing Rules, discretion is permitted in juvenile cases in order to divert out of the criminal justice system at all stages and levels. Such diversion can be understood since juveniles play a very important role as the next generation in light of a state’s sustainability. This notion corresponds to the Declaration of The Right of The Child (UN General Assembly Resolution 1386), which states that children shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable them to develop physically, mentally, morally, spiritually, and socially in a healthy and normal manner and under conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interest of the child shall be the paramount consideration (Principle 2 of Declaration of the Right of the Child (General Assembly Resolution 1386 (XIV) of 20 November 1959 in Paulus Hadisuprpto ,236: 2008).

Based on this idea, we should determine the best settlement for juveniles in conflict with the

law in order to create a safeguard that protects the child and juvenile future. One such method is what we know as restorative justice.

#### **D. JCJSA: New Chapter in Handling Juvenile Cases**

The obsolete of JCA has triggered the birth of new act the so-called JCJSA which has been passed by Indonesian Parliament and enacted on 30 July 2012 by Indonesian Government. JCJSA has been formulated based on the basic idea that juvenile whom in conflict with the law should have right to get special protection including to stay away from incarceration.

JCJSA categorizes child into three categories: juvenile (as delinquent), victim child (as victim); witness child (as witness). Unlike JCA which does not provide a diversionary system in lieu of criminal court, JCJSA does provide.

JCJSA has 15 chapters consisting 108 articles. The provision regarding diversion, a restorative program, is regulated in chapter two. The objectives of diversion are stated in article 6 which declares:

To achieve reconciliation between victim and juvenile; (Juvenile here refers to child in conflict with law (child as delinquent) according article 1 of JCJSA)

- a. To settle juvenile case outside of the court process;
- b. To divert juvenile from freedom deprivation;
- c. Encouraging community to participate; and
- d. To instill in a sense of responsibility to the juvenile.

The diversion is obligatory to be applied on criminal offenses that subject to be sentenced not more than 7 years imprisonment and is not recidivism (Article 7 subsection 1 JCJSA) Outcomes of the diversion consensus that provided by JCJSA may be: (Article 11 of JCJSA).

- a. Reconciliation with or without redress;
- b. Returned to parents/guardian;
- c. Participation in education or training at an educational institution or at Institution of Social Welfare Exertion (*LPKS/Lembaga Penyelenggaraan Kesejahteraan Sosial*) not longer than 3 (three) months or;
- d. Community service.

*Musyawarah*, a method for settling a dispute peacefully that involves all stakeholders, is going to be used in JCJSA as a mechanism for implementing diversion as stated in article 8 Subsection 1:

“Diversion process is conducted through *musyawarah* involving juvenile and parents/its guardian, victim and/or parents/its guardian, probation officer, and professional social worker based on restorative justice approach” (Translated from art.8 (1) *proses diversi dilakukan melalui musyawarah dengan melibatkan anak dan orang tua/walinya, korban dan/atau orang tua/walinya, pembimbing kemasyarakatan, dan pekerja sosial*

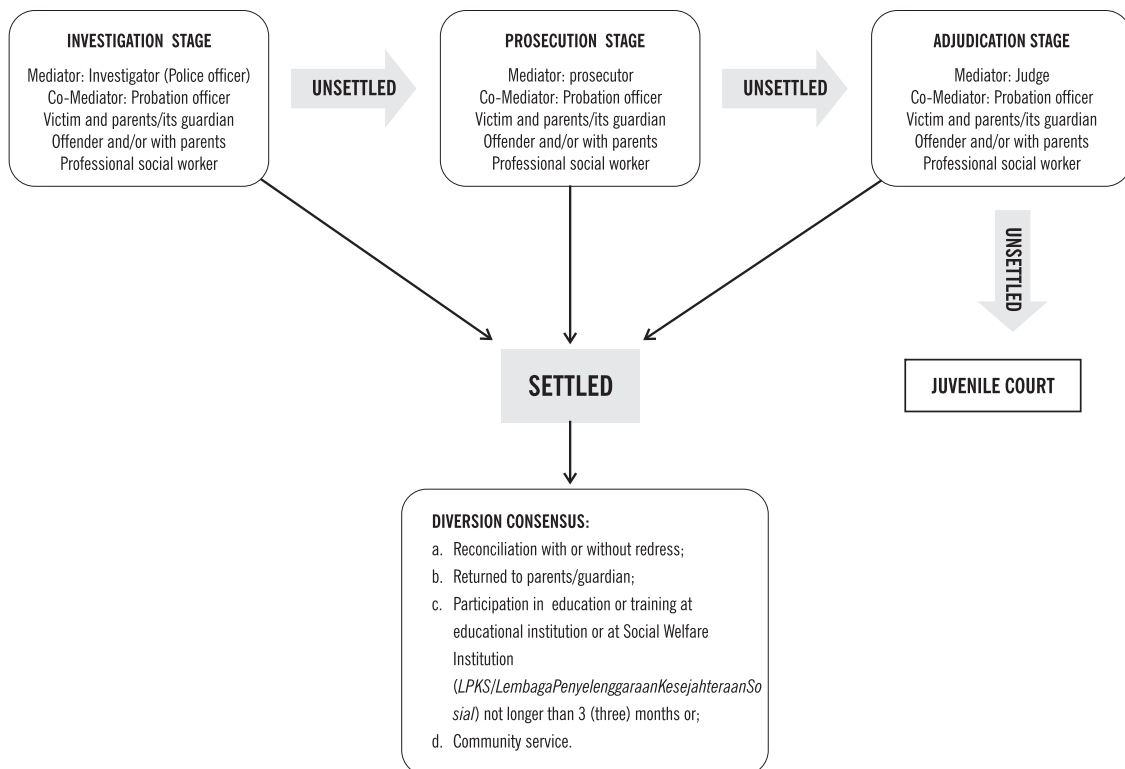
*professional berdasarkan pendekatan keadilan restorative)*

What makes JCJSA unique is that there are three efforts and chances for juvenile getting restorative settlement through diversion: at investigation stage, prosecution stage and adjudication stage (Art. 7 (1), 29, 42, and 52 of JCJSA)his is another words to say that conventional criminal trial is the *ultimum remedium* or the last resort for settling the case if diversion fails to be conducted.

One thing should be noted that those efforts, diversion process, are obligatory to be exercised by law enforcement agencies otherwise they are subject to be sentenced for not more than two years imprisonment or fine maximum two hundred million *rupias* if they pass the diversion process (Art. 96 JCJSA)The result of diversion agreement is guaranteed by the head of district court determination. This is to ensure that the agreement acknowledged by the law.

The three stages of diversion processes as mention above in JCJSA are shown below:

**FIGURE 1: JCJSA DIVERSION FLOW CHART(ARTICLE 7, 8, 9 AND 13 OF JCJSA)**



From the diversion consensus above it can be seen that the last three consensuses address the offender whilst the first one is formulated to meet victim interest. Therefore it reflects the same idea with Eglash notion, that the victim here is not the meat and potato of the diversion process. Therefore JCJSA is more offender-oriented rather than victim-oriented. This does not mean that JCJSA ignores victim interest. In many articles it is clear stated that the victim plays a key role whether diversion should occur or not since it needs a voluntarily consent of the victim party.

In sum JCJSA is just like ‘a dream come true’, an act that predicted will protect child and juvenile future. Based on Indonesian legal history, Indonesian people would likely not find difficulty to exercise diversion as stated in JCJSA since they have been conducting *musyawarah* in their daily life coping dispute. However, several things should be in consideration that up to now there were no statistic numbers of how extent *musyawarah* have succeeded to resolve conflict in Indonesia.

### **E. Restorative Justice Values from an Islamic Criminal Law (*Jinayat*) Perspective**

Islamic law is mostly portrayed as a cruel law, typically by pointing to the amputation of hands as a punishment for theft, or to stoning for adultery. Moreover, after the 9/11 incident, Islamophobia has become widely apparent in many countries. However, the incident appears to have also aroused curiosity to learn more about Islam itself. According to Nawal H. Ammar, Islam is currently an expanding religion in North America (Ammar, 162: 2001). Leaving aside this image and the growth of Muslim populations around the world (<http://newsfeed.time.com/2011/01/27/2-2-billion-worlds-muslim-population-doubles/>) the aim of this section is essentially to assess whether restorative justice values exist within Islamic criminal law.

Islam came to Indonesia through Muslim traders who traveled to the Southeast Asian region during an early period of Islam (the eighth century CE)(Uddin, 2010). *Samudera Pasai* is recognized as the first Islamic Kingdom that was located in Northern Sumatera (Aceh) and founded during the early thirteenth century CE. Since that time, Islam spread across the archipelago with the emergence of other Islamic kingdoms. There is some evidence that Islamic law prevailed during the era of Islamic kingdoms that continued to coexist in Netherland Indie (now Indonesia) (Dinar Boontharm, 2003). Its power then declined with the advent of Dutch imperialism that included the assumption of control over government and replacement of the law.

Indonesia is often categorized as a Muslim-majority country and simultaneously as containing the world’s largest Muslim population (<[www.bbc.co.uk/news/world-asia-pacific-14921238](http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-pacific-14921238)> accessed January 30, 2014) A total of 87.2% of Indonesia’s population is Muslim (<<http://sp2010.bps.go.id/index.php/site/tabel?tid=321>>; <[www.indonesia-investments.com/id/budaya/agama/item69](http://www.indonesia-investments.com/id/budaya/agama/item69)> accessed January 30, 2014) Therefore, a discussion of restorative justice from the perspective of Islamic law might offer a significant approach for implementing restorative justice in Indonesia.

Islamic law currently prevails only in civil matters in Indonesia (Act Number 7/1989 on religious courts as amended by Act Number 3/2006) However, an exemption has been made for Aceh province. In 1999, with an Act as its legal basis, Aceh gained special autonomy in certain areas, one of which was to implement *shariah* (Islamic law), which includes Islamic criminal law (Articles 1 and 3 of Act Number 44/1999 on Preferential Implementation of Aceh Preferential Region Province) A decade has passed since 2004 when Islamic criminal law first prevailed in Aceh regarding certain criminal offences such as adultery, gambling, *khalwat* (intimate relations

outside of marriage), and selling and drinking alcohol (Fachri Bey, <[www.ialsnet.org/meetings/enriching/bey.pdf](http://www.ialsnet.org/meetings/enriching/bey.pdf)> accessed June 5, 2012)

The question that grounds this section is whether any restorative justice values exist within Islamic criminal law? If there are such values, how can they contribute to the implementation of the Juvenile Criminal Justice System Act (Act Number 11/2012)? Like *adat* criminal law, Islamic criminal law (*jinayah*) is one branch of *shariah* law that was marginalized by colonial law. *Shariah* means Islamic law that applies to all aspects of a Muslim's life. Its branches include: *ibadah* (worship), *jinayah* (criminal law), *muamalah* (civil law), *siyasah* (politics), *Al Mashrafiyah-Al Islamiyah* (Islamic banking), and Islamic humanitarian law. In this section, I focus only on *jinayah* to assess whether it includes restorative justice values.

Criminal offenses (*Al-jarimah*), in Islamic criminal law (*jinayah*) are divided into three categories. These are: *Hudud*, *Qisas and Diyat*, and *Ta'zirah* we will discuss below.

### **Hudud**

*Hudud* denotes criminal offenses for which the *had* penalty is imposed. According to Abdul Qadir Audah, *had* (the singular form of *hudud*) means a penalty that has already been determined by *syara* (Al Quran and Al Hadist) and constitutes God's right (*haq Allah*). From the above definitions, Ahmad Wardi Muslich has characterized *hudud* as follows: (Muslich, 2005)

1. The penalty is specific and definite, implying that the penalty has already been prescribed and has no minimum and maximum limitations.
2. The penalty constitutes God's right (a public right), implying that there is no place for individual rights, and if there is, then God's right would take precedence for this offense.

As mentioned by Muslich, individual rights should be understood as the rights of the victim of crime. In the framework of traditional criminal law, *hudud* can be understood to refer to criminal offenses that violate public rights, thereby leaving no place for the intervention of the individuals' (victims') rights in the criminal justice system process. According to Nawal H. Ammar, *hudud* are the most serious crimes, because the offenders have violated God's right by injuring harmony within the community that is his creation and a public right. Most Islamic scholars agree that there are seven criminal offenses that are categorized as *hudud*. These are: (1) *Zina* (adultery, including fornication), (2) *Qadzaf* (slander), (3) *Syurb Alkhamr* (drinking alcohol), (4) *Sirqah* (theft), (5) *Hirabah* (robbery), (6) *Al-baghyu* (rebellion), and (7) *Riddah* (apostasy)

Islamic criminal law (*jinayah*) is a system that employs not just retributive justice, but also restorative justice (Qafisheh, 487). In my view, a perusal of the seven *hudud* crimes reveals the existence of values of restorative justice within theft and highway robbery. Both crimes provide *dhaman* (redress) as their penalty. Moreover, redress applies to the victim and not to the state as in fines. The victim's interest in this type of crime is represented by the state, which simultaneously represents public interest.

## Theft

The legal basis for *hudud* relating to theft is prescribed in Quran *surah* Al Maidah: 38. Even though the penalty of hand amputation for a theft is stipulated in the above verse, its implementation is more complicated than is commonly thought. As with other common forms of criminal law, *actus reus* and *mens rea* are also required. Muslich described the following four criminal elements of theft: (Muslich, 83) (1) Taking (other's) property furtively, (2) the object that is stolen is property (Imam Bukhari, Hadist Number 6291)(3) the property belongs to another person, and (4) the act is committed with an unlawful intention. The first three elements belong to the domain of *actus reus*, whereas the last belongs to *mens rea*. In crimes of theft, there are three kinds of evidence that are presented to prove whether the offender is guilty or innocent. These are evidence provided through: (1) witnesses; (2) a confession; and (3) an oath (Muslich, 87-8).

The punishments for theft are redress (*dhaman*) and hand amputation. Both punishments vary in the way they are executed, depending on each school. Hanafi's school argues that redress can only be imposed when hand amputation is not imposed and vice versa. According to Syafi'i and Hambali's school, both sentences can be simultaneously applied since hand amputation constitutes God's right, whereas redress constitutes the victim's right.

## Robbery (*hirabah*)

Capital punishment is applicable to highway robbery when it involves the killing of the victim. The legal basis is the Qur'an *surah* Al Maidah: 33

"The punishment of those who wage war against Allah and His Messenger, and strive with might and main for mischief through the land is: execution, or crucifixion, or the cutting of hands and feet from opposite sides, or exile from the land: that is their disgrace in this world, and a heavy punishment is theirs in the Hereafter." (Yusuf Ali translation)

However, if the offender/s regret/s and repent/s (*tawba*) before they are apprehended, the above-mentioned *had* punishment should be dropped. This is stated in the next verse of the same chapter (*surah*):

"Except for those who return [repenting] before you apprehended them. And know that Allah is Forgiving and Merciful." (Al Maidah:34)

However, even though the *had* punishment (in term of God's right/public right) can be forgiven and, therefore, nullified based on the above verse, the victim's right is not automatically nullified. Therefore, in this case, the offender is still liable to provide redress for the victim. In case the crime leads to the death of the victim, if the offender repents, the crime will be mitigated and categorized as *Qisas* and *diyat* (Muslich (n 52) 104-05)

## *Qisas and Diyat*

According to Ibrahim Unais, *Qisas* means handing down a punishment to the offender that is similar to what s/he has done (to the victim) (Muslich (n 52) 149-05). Like *hudud*, *Qisas* and *Diyat*

are criminal offenses that include punishments that are already determined by *syara* (*shariah*). However, unlike *hudud*, the individual rights of victims are the predominant rights in *Qisas* and *diyat*. Therefore, the victims within the *Qisas* and *Diyat* offense categories may intervene in the criminal justice process. In fact, the victim is the paramount party in *Qisas* and *Diyat*.

The criminal offenses in *Qisas* and *diyat* consist of just two criminal offences: homicide and maltreatment. However, these are subdivided into several types: (Muslich (n 52) 104-05).

1. Murder (*Alqatlul amdu*).
2. Manslaughter that resembles murder (*Alqatlu syibhul amdu*).
3. Manslaughter by mistake (*Alqatlul khoto*).
4. Deliberate maltreatment (*Aljinaayatu ala maaduunannafsi amda*).
5. Non-deliberate maltreatment (*Aljinaayatu ala maaduunannafsi khoto*).

The legal basis for *Qisas* is prescribed in the following Al-Quran *surahs*:

a. Al-Baqarah:178

“O you who believe, *Al Qisas* (the law of equality in punishment) is prescribed for you in case of murder: the free for the free, the slave for the slave, and the female for the female. But if the killer is forgiven by the brother (or the relatives, etc.) of the killed against blood-money, then adhering to it with fairness and payment of the blood-money to the heir should be made in fairness. This is an alleviation and a mercy from your Lord. So after this whoever transgresses the limits (i.e. kills the killer after taking the blood money), he shall have a painful torment.”

b. Al-Maidah: 45.

“And we ordained therein (Torah) for them: “life for life, eye for eye, nose for nose, ear for ear, tooth for tooth, and wounds equal for equal.” But if anyone remits the retaliation by way of charity, it shall be for him an expiation. And whosoever does not judge by that which Allah has revealed, such are the *zalimun* (polytheists and wrong-doers—of a lesser degree).”

c. Al Baqarah:179

“And there is (a saving) of life for you in *Al Qisas* (the law of equality in punishment), O men of understanding, that you may become *Al-Muttaqun* [the pious believers of Islamic Monotheism who fear Allah much (abstain from of all kind of sins and evil deeds which He has forbidden) and love Allah much (perform all kinds of good deeds which He has ordained)].”

From the verses above, *Qisas* at first glance appears to share the same sense of retaliation as in *Lex Talionis*. However, this is not actually the case, because *Qisas* provides diversion as a means to mitigate the penalty to *Diyat* (blood-money). If the victim or his or her relatives (in the case of murder) forgives the offender, then the penalty will be mitigated as mentioned in the Qur'an.

## Punishments for Qisas and Diyat Offences

### 1. Murder

The Prophet Muhammad named murder as one of the four greatest sins in Islam: (Sahih Al-Bukhari Volume 9, Book 83, Number 10)

Narrated by Anas bin Malik:

The Prophet said, "The biggest of *Al-Kaba'ir* (the great sins) are (1) to join others as partners in worship with Allah, (2) to murder a human being, (3) to be undutiful to one's parents, and (4) to make a false statement, or to give a false witness." (Emphasis added)

The punishment types applied to the murderer are:

#### 1. *Qisas*.

For murder, the *qisas* is capital punishment.

#### 2. *Kaffarat*

Freeing a slave or fasting for two months. This punishment is subject to debate. The Syafi'i school argues that this is mandatory for the offender as one of the main forms of punishment. However, according to the *Hanafiyah*, *Malikiyah*, and *Hanabilah* schools, this is not a mandatory punishment in the case of murder.

*Diyat*. The above *qisas* can be mitigated through conversion into *diyyat* if the victim forgives the offender. In this case, the offender should pay *diyyah* amounting to 100 camels or 1000 dinar ([www.islamicmint.com/dinar\\_dirham/](http://www.islamicmint.com/dinar_dirham/) last visited on March 10, 2014.)

#### 3. *Ta'zir*. This is an alternative punishment and its implementation is subject to the policies of each state. According to the *Malikiyah* School, if the *qisas* is diverted due to forgiveness, then the offender is obliged to comply with *Ta'zir*. The *ta'zir* punishment prescribed by the *Malikiyah* School for murder is 100 lashes and exile for one year. Nevertheless, many Islamic scholars do not consider *ta'zir* to be mandatory for murder. The judge decides whether to impose *ta'zir*.

### 2. Manslaughter that resembles murder (*Alqatlu syibhul amdu*)

Manslaughter that resembles murder refers to a crime in which the offender intentionally commits an unlawful act, but does not intend to kill the victim. However, the crime culminates in the death of the victim.

The punishment for this criminal offence is:

#### 1. *Diyat* of 100 camels

#### 2. *Kaffarat* (freeing a slave or fasting for two months).

#### 3. *Ta'zir*

If the victim forgives the offender and the offender sincerely pays the *diyyat*, then the state (represented by the judge) may mitigate the punishment through its conversion into *Ta'zir* (depending on the school and policy)

4. Cancellation of the offender's inheritance right.

According to *AlHadith*, a person who commits homicide may not receive an inheritance.

### 3. Manslaughter by mistake (*Alqatlul khoto*)

The punishment for this criminal offence is:

1. *Diyyat* of 100 camels
2. *Kaffarat*
3. Cancellation of the offender's inheritance right
4. Deliberate and nondeliberate maltreatment

Classification of the above criminal offenses is determined by whether or not the crime is intentionally committed and by considering its severity. In general, the main punishments for these crimes are *qisas*. However, these can be mitigated through their conversion into *diyyat* and *ta'zir* punishments if the victim forgives the offender.

In conclusion, *qisas* may be dropped if the victim grants forgiveness or if *sulh* (reconciliation) occurs.

## Ta'zir

*Ta'zir* is the third category of criminal offenses and their punishment in Islamic criminal law. Etymologically, the root of the word *ta'zir* is *azzar*, which has four synonyms, one of which is *addaba* meaning to educate. According to Al Mawardi, cited by Muslich, terminologically *ta'zir* means a punishment that has an intrinsically educational characteristic not been prescribed by *syara* (Muslich (n 52) 248-9) Therefore, *Ta'zir* crimes include all crimes that are not classified as *hudud*, *qisas* and *diyat*. However, several of the latter crime categories can also be categorized as *ta'zir* crimes if there is doubt concerning the evidence, or if the requirements concerning elements of the crime are not fulfilled. These include, for instance, cases where the value of the stolen object is less than a quarter dinar.

Ammar propounds that all forms of restorative justice programs such as mediation, conferences, and victim's compensation may be implemented with little resistance in the *ta'zir* category (Ammar, (n 40) 173). I suggest that *ta'zir* is both a category of crime and punishment in Islamic criminal law that has the ability to adapt with a society's development. Therefore, I argue that it is possible to implement restorative justice within the framework of Islamic criminal law. Moreover, forgiveness in Islam is encouraged and highly rewarded by God. To illustrate this, I cite several *Hadiths* related to forgiveness, anger control, and generosity below: (M Yasar Kandemir, 2009).

"God shows his mercy to those who are merciful, have compassion to creatures on earth so that those in heaven may have mercy upon you" (narrated by Tirmidzi Kitab Al-Birr Hadith No. 48).

"Every kindness will be rewarded tenfold" (narrated by Bukhori, Kitab Al-Sawm, Hadith No. 56).

"I guarantee that anyone who does not fight even when provoked, shall be given a mansion in paradise"

(narrated by Tirmidzi, Kitab Al-Birr Hadith No. 58).

A strong person is not the one who beats his rivals in wrestling, but a strong person is the one who controls his anger (narrated by Bukhari, Kitab Al-Adab Hadith No. 76).

A generous person is close to God, close to human being[s], close to Paradise, and far from Hell (narrated by Tirmidzi, Kitab AlBirr, Hadith. No. 40).

### **Age of Criminal Responsibility for Minors in Islamic Law**

Al Quran and Al Hadith do not specify the age of criminal liability for minors Ali Imron, 'Kontribusi Hukum Islam Terhadap Pembangunan Hukum Nasional (Studi Tentang Konsepsi Taklif dan Mas'uliyat dalam Legislasi Hukum)' (The Contribution of Islamic Law to National Law Development, 2008). The Quran merely states a general condition, *baligh* (Al Quran Surah AnNur: 59) Therefore, *ulama* (Islamic scholars) have conducted *ijtihad* to determine the *baligh* criteria, as delineated by Ali Imron in Table 2 below (Imron (n 70).

Stipulating the age of criminal responsibility for juveniles is a critical matter in Islamic criminal law, because a person to whom the *baligh* criteria do not apply should not incur the punishment of a *hudud* crime. Therefore, if a juvenile commits a *hudud* crime, the punishment should be mitigated to *ta'zir*.

In conclusion, redress or compensation, remorse, repentance, forgiveness, and reconciliation are values of restorative justice that exist within *adat* criminal law, community policing, and Islamic criminal law. I suggest that these would provide a valuable base for implementing formal, state-recognized programs of restorative justice. Restorative justice is not an alien concept for most Indonesians, and would probably be accepted without any significant resistance. Moreover, the values that I have described are broad-based values regardless of religion or ethnicity.

### **Bridging and Balancing Public and Private Interests within Restorative Justice**

The Beijing Rules suggest that efforts shall be made to establish a set of laws, rules, and provisions that are designed to:

- a. Meet the varying needs of juvenile offenders, while protecting their basic rights;
- b. Meet the needs of society; and
- c. Implement the rules thoroughly and fairly.

In many respects, the above criteria, particularly clauses *a* and *b*, are not easy to implement. Moreover, the victim can be considered as an additional variable. In civil matters, this problem would probably not occur since the conflict only involves each party and society or the public have no part in it. However, in criminal matters, society also has its needs in the words of the Beijing Rules, or its legal interest, to cite Gerry Johnstone. Restorative justice takes back the victim's rights from the state and returns them to the victim. It seems that restorative justice is leading to the

TABLE 3: *BALIGH* CRITERIA

NO	LEGAL SCHOOL	<i>BALIGH</i> CRITERIA
1	Syafi'i School	<p>Males or Females:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Has reached the age of 15 years (lunar year), and/or</li> <li>2. Discharges semen (minimum age of 9 years old)</li> <li>3. Pubic hair growth</li> </ol> <p>Females :</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Menstruation, and/or</li> <li>2. Pregnancy</li> </ol> <p>The average age for males and females is 15 years old.</p>
2	Maliki School	<p>Males or Females:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Discharge of semen regardless of being asleep or awake</li> <li>2. Coarse pubic hair growth</li> <li>3. Hair growth in armpits</li> <li>4. The sense of smell becomes sensitive</li> <li>5. The change in vocal cords</li> <li>6. Age is in the range of approaching or reaching 18 years old.</li> </ol> <p>Females:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Menstruation</li> <li>2. Pregnancy</li> </ol> <p>The average age for males and females is 18 years old.</p>
3	Hanafi School	<p>Males:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Minimum age of 12 years and/or</li> <li>2. <i>hthilam</i> (discharge of semen) regardless of whether or not it occurs through sexual intercourse</li> <li>3. Impregnation of a female</li> </ol> <p>Females:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Menstruation, and/or</li> <li>2. Pregnancy</li> <li>3. Minimum age of 9 years</li> </ol> <p>The average age for males is 18 years old. The average age for females is 17 years old.</p>
4	Hambali School	Same criteria as <i>Syafi'iyah</i>

collapse of the wall between civil and criminal matters. This does not, however, mean that society's interest can be totally abandoned as Johnstone points out, citing Zehr:(Routledge, 69: 2011).

Since one cannot ignore the public dimension of crime, the justice process in many cases cannot be fully private. The community, too, wants reassurance that what happened was wrong, that something is being done about it, and that steps are being taken to discourage recurrence

According to Zehr, many proponents of restorative justice insist that the public dimensions of crime should not be considered more important than the private dimensions. Johnstone notes that finding a way of balancing these interests, in theory and in practice, is an important challenge facing those who campaign for restorative justice(Routledge, 69: 2011).

A conflict of interest between the victim and society may occur in many cases. Johnstone provides an example of a person who commits indecent assault against a relative and then offers

generous restitution, a genuine apology, and agrees to undergo therapy that leads to the satisfaction of the victim, who then refuses to testify in a criminal trial. A question then arises: if the prosecutor thinks that the conviction and punishment of the perpetrator is in the public's interest, would it be right to compel the victim to testify in the trial?(Routledge, 69: 2011). Such a case mentioned by Johnstone, would be a touchstone for restorative justice.

Theoretically, I suggest that the answer to the above question hinges on the approach of Islamic criminal law, particularly *qisas* and *ta'zir*. In terms of *qisas*, society should understand that it is the victim rather than society who has the predominant right. Therefore, the victim's decision should be respected.

Interestingly, in Islamic criminal law, society's aspirations can also be considered in the context of *ta'zir*. Its flexibility in adapting to society's development makes balancing and bridging the interests of victims and society possible. In the Islamic criminal law concept, relationships between humans (*habluminnas*) should be resolved among themselves when they are engaged in a conflict. This can be applied to the relationship between the victim and offender, which can encompass both families. The offender may sincerely repent to God who is most merciful, but the issue remains of crimes that belong to victims whose privilege and right it is to forgive. On the other hand, humans also have a relationship with God (*hablumillah*) (Ibn Majjah Hadith No. 419) In term of the law, and with some points of note, this can be regarded as a public or state right. Repentance can be shown by serving a punishment issued by the state. In short, the type of relationship determines to whom the perpetrator should be liable. According to Islamic criminal law, all human deeds should be accountable, whether in this world or in the hereafter. In terms of punishment, these two worlds are connected. Therefore, a perpetrator who is punished in this world will be spared in the hereafter.

As we described in chapter three, *ta'zir* means a punishment that has an intrinsically educational character not prescribed by *syara*. This means that the government decides on the type of punishment. Therefore, in cases where a crime is viewed as infringing both God's right and an individual's right, the fulfillment of both interests is possible through the application of restorative justice as well as a stipulated punishment (for instance, incarceration). However, in the context of Islamic criminal law, the stipulated punishment should not conflict with the Qur'an and Hadist.

To return to Johnstone's example, indecent assault in Islamic criminal law is categorized as a *ta'zir* crime that is related to dignity and morals (*kehormatan dan kerusakan akhlak*) (Muslich (N 52) 256) In accordance with the nature of *ta'zir*, the punishment of this crime is left to the state. Therefore, if on one hand this case is perceived as a breach of an individual's right, and on the other hand, is also deemed an infringement of God's right (public right), then the offender could be punished by the state as well as be obliged to restore the victim. This does not mean that the offender receives double jeopardy (*ne bis in idem*) since these components, entailing separate responsibilities to the state (public) and to the victim, can be "packaged" as one punishment. More-

over, as we discussed in chapter two, recently, the approach of integrating the victim's rights, for example, through a victim impact statement, restitution, and state compensation within a criminal trial has been proved to be possible.

In short, the contention between public and individual interests may be alleviated by adopting the Islamic criminal law approach, particularly the concepts of *qisas* and *ta'zir*, depending on the case.

JCJSA provides clear-cut provisions. The use of diversion is obligatory in all criminal offenses requiring that the offender be sentenced to not more than seven years of imprisonment, providing that they do not involve recidivism, as we noted in chapter four (Article 79 (2) of JCJSA) This implies that diversion can be employed for a wide range of crimes. As Johnstone has shown, indecent assault is generally one such crime that can be diverted. Chapter XIV of the Penal Code of Indonesia stipulates that indecent assault entails crimes against decency. The imprisonment period described within this Chapter is below seven years for all crimes committed by a juvenile in this context. An exception, however, is if the indecent assault or an obscene act results in the victim's death (Article 291 (2) of the Indonesian Penal Code: If one of the crimes described in Articles 285, 286, 287, 289, and 290 (*obscene acts*)).

### III. CONCLUSION

Clearly, introducing something new into a well-established system is not as simple as flipping a coin and resistance may occur. It is in this context that the contention between the victim's interest and public interest is likely to emerge. Prior to JCJSA, all the victim's interests were taken over by the police and prosecutor, which reflected public interest. In the near future, the victim's interest will be returned to the victim and public interest will be correspondingly reduced. I deliberately use the term "reduced," because the community still has a place in diversion. According to JCJSA chapter VIII, Article 92 (c) regarding community participation, a community may participate in a diversion. However, the victim's interest is paramount in JCJSA, particularly in the diversion process.

However, responses of outrage that can happen within society may be viewed from a different angle. The lesson is that society is watching and has the power to show disagreement. Again, as we proposed earlier, the solution lies in the Islamic criminal law approach. As a Muslim-majority country, Indonesia still has a place for Islamic values within society. Apology, forgiveness, remorse, repentance, and compensation are some general Islamic values that, like common sense, can be easily accepted as broad-based values, regardless of religion.

### REFERENCES

- Ahmad Wardi Muslich. *Hukum Pidana Islam (Islamic Criminal Law)* (Sinar Grafika 2005).  
Ali Imron, 'Kontribusi Hukum Islam Terhadap Pembangunan Hukum Nasional (Studi Tentang Konsep Taklif dan Mas'uliyat dalam Legislasi Hukum)' *The Contribution of Islamic Law to National Law*

- Development (Study on The Conception of Taklif and Mas'uliyat within legal legislation)'(DPhil thesis, Diponegoro University 2008).
- Asma T. Uddin, 'Religious Freedom Implications of Sharia Implementation in Aceh, Indonesia' (2010) 7. St. Thomas L.J 603.
- Barda Nawawi Arief, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara di Luar Pengadilan(Penal Mediation, Extrajudicial Settlement)*(Pustaka Magister Publishing 2008).
- Daniel W Van Ness and Karen Heetderks Strong, *Restoring Justice, An Introduction to Restorative Justice* (4<sup>th</sup> ed., Anderson Publishing 2010).
- Dennis Sullivan and Larry Tiffit (eds.), *Handbook of Restorative Justice* (Routledge 2008)
- Dinar Boontharm, 'The Sultanate of Banten AD 1750–1808: A Social and Cultural History' (DPhil thesis, University of Hull 2003).
- Gerry Johnstone, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates* (Routledge 2011).
- Howard Zehr, *Changing Lens: A New Focus for Crime and Justice*(Herald Press 2005).
- John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*(Oxford University Press 2002).
- Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak dan Badan Pusat Statistik. *Profil Anak Indonesia 2012 (Indonesian Child Profile 2012)*. Jakarta. 2012.
- M Yasar Kandemir, *40 Hadiths for Children with Stories*(Erkam Publishing 2009).
- Mark E. Cammack and R. Michael Feener, 'The Islamic Legal System in Indonesia' (2012) Pacific Rim Law & Policy Journal. 21 Pac. Rim L. & Pol'y J. 13;
- Mark Umbreit and Marilyn Peterson Armour entitled, *Restorative Justice Dialogue, an Essential Guide for Research and Practice*(Springer Publishing Company 2011).
- Mutaz M. Qafisheh, 'Restorative Justice in the Islamic Penal Law: A Contribution to The Global System' (2012)Vol. 7 Issue 1 January – June, International Journal of Criminal Justice Sciences, 487.
- Nawal H Ammar, 'Restorative Justice in Islam: Theory and Practice'in Michael L Hadley, *The Spiritual Roots of Restorative Justice*(State University of New York Press 2001)
- Paulus Hadisuprpto. *Delinkuensi Anak: Pemahaman dan Penanggulangannya(Juvenile Delinquency and its Alleviation)*. (Malang: Bayumedia; 2008.)
- Steve Mulligan, 'From Retribution to Repair: Juvenile Justice and the History of Restorative Justice' (2009) 31. U.La Verve L. Rev. 139.
- The Noble Qur'an, *English Translation and the Meaning* (Translated by Dr. Muhammad Taqi-ud-Din al-Hilali and Muhammad Musin Khan) (King Fahd Complex for the Printing of Holy Qur'an 1404 H).
- The Holy Qur'an *English Translation of the Meanings and Commentary* (Revised and edited by The Presidency of Islamic Researches, IFTA, Call and Guidance.King Fahd Holy Qur'an Printing Complex. Madinah. K.S.A.
- Wesley Cragg, *The Practice of Punishment: Towards a Theory of Restorative Justice*(Routledge 1992).
- Act No 45/1907 Penal Code of Japan

Act No 168/1948 Juvenile Act of Japan

Act No 24/1989 Young Person and Their Family Act of New Zealand

Act No 3/1997 Juvenile Court Act of Indonesia

Act No 11/2012 Juvenile Justice System Act of Indonesia

Act No 7/1989 on Religious Court as amended by Act Number 3/2006 (Indonesia)

Act No 44/1999 on Preferential Implementation of Aceh Preferential Region Province (Indonesia)

(“The Beijing Rules”) Adopted by General Assembly Resolution 40/33, 29 November 1985.

UN Resolution 44/25 of 1989 on Convention on the Rights of the Child.

Declaration of the Right of the Child (General Assembly Resolution 1386 (XIV) of 20 November 1959

Albert Eglash, ‘Beyond Restitution–Creative Restitution’ in Joe Hudson and Burt Galaway (eds.), *Restitution in Criminal Justice: A Critical Assessment of Sanctions* (Lexington Books, 1977) <[www.lorennwalker.com/blog/?p=117](http://www.lorennwalker.com/blog/?p=117)> accessed March 7, 2014.

<[www.islamicmint.com/dinar\\_dirham/](http://www.islamicmint.com/dinar_dirham/)> last visited on March 10, 2014.

Fachri Bey, ‘Three Most Important Features of Indonesian Legal System That Others Should Understand.’ In IALS Conference *Learning From Each Other: Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated World*, downloaded from <[www.ialsnet.org/meetings/enriching/bey.pdf](http://www.ialsnet.org/meetings/enriching/bey.pdf)> accessed June 5, 2012.

<[www.bbc.co.uk/news/world-asia-pacific-14921238](http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-pacific-14921238)> accessed January 30, 2014.

<<http://sp2010.bps.go.id/index.php/site/tabel?tid=321>>; <[www.indonesia-investments.com/id/budaya/agama/item69](http://www.indonesia-investments.com/id/budaya/agama/item69)> accessed January 30, 2014.

<http://newsfeed.time.com/2011/01/27/2-2-billion-worlds-muslim-population-doubles/>.

G. Van Bueren. *International Rights of the Child (Section C: Children and the justice system)*. London. University of London Press. 2006

[http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/international\\_rights\\_child.pdf](http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/international_rights_child.pdf). Accessed 15/02/2014

<[www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf](http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf)> last accessed March 7, 2014.

<[www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/lectures/index.php](http://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/lectures/index.php)> last accessed March 7, 2014.

**Sri Wartini, Risky Edy Nawawi**

Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

Jl. Tamansiswa No. 158 Yogyakarta, email : sri.wartini67@yahoo.com dan riskymickey@gmail.com

# PENERAPAN METODE PROSES PRODUKSI DALAM PERDAGANGAN INTERNASIONAL UNTUK PERLINDUNGAN LINGKUNGAN DAN KESEHATAN

## **ABSTRACT**

*Processes and Production Methods (PPMs) are the subject of one of the most complicated controversies in the debate over international trade and protection of the environment and human health. The issue of PPMs actually is not prohibited under the WTO system. There are some cases which may become evident to prove that PPMs is permissible in WTO system. However, PPMs for some reasons can be used as a tool of disguise protectionism by the developed countries. Unfortunately, a developing country finds difficulty to challenge it. The article emphasizes in a weighty examination of the two issues, namely: (i) What are the justifications of process and production method (PPMs) to implement in international trade? (ii) What are the legal implication of PPMs in international trade to the protection of the environment and the human health? The research method is qualitative and the approach of the research is normative. The research finds that the implementation of PPMs to some extent are justifiable in international trade to the extent that comply with the provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS), and the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement.*

Key words : Process production methods, disguise protectionism, international trade

## **ABSTRAK**

Metode proses produksi merupakan masalah yang sangat kompleks dalam perdebatan antara perdagangan internasional dan perlindungan lingkungan serta kesehatan manusia. Issue tentang metode proses produksi sesungguhnya tidaklah dilarang dalam sistem WTO. Ada beberapa kasus yang dapat dijadikan bukti bahwa

metode proses produksi sepanjang memenuhi persyaratan tertentu tidaklah bertentangan dengan system WTO. Namun demikian, metode proses produksi sering dijadikan alat oleh negara maju untuk melakukan proteksi terselubung. Sayangnya, negara berkembang menemui kesulitan untuk mengatasinya. Artikel ini memfokuskan pada dua rumusan masalah sebagai berikut : (i) Justifikasi apa yang digunakan untuk menerapkan metode proses produksi dalam perdagangan internasional? Dan (ii) Apa implikasi penerapann PPMs dalam perdagangan internasional terhadap perlindungan lingkungan dan kesehatan manusia ? Penelitian ini merupakan penelitian kualitatif dengan pendekatan yuridis normatif. Hasil penelitian ini menyatakan bahwa penerapan metode proses produksi dapat dibenarkan dalam perdagangan internasional, jika sesuai dengan yang diatur dalam General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), *the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS)*, dan *the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT)*

Kata kunci : Metode proses produksi, perlindungan terselubung, perdagangan internasional

## I. PENDAHULUAN

Perdagangan internasional merupakan salah satu instrumen untuk meningkatkan kesejahteraan suatu negara, namun demikian perlu disadari bahwa perdagangan internasional selain menimbulkan dampak positif juga dapat menimbulkan dampak negatif baik terhadap lingkungan maupun kesehatan manusia. Oleh karena itu berdasarkan kedaulatan yang dimilikinya negara mengeluarkan peraturan dan kebijakan untuk melindungi kepentingannya (Abdul Ghafur Hamid, *Public International Law a Practical Approach*, 2007: 4). Salah satu peraturan yang dapat dibuat oleh suatu negara untuk perlindungan lingkungan dan perlindungan kesehatan manusia yaitu dengan cara menerapkan metode proses produksi (*process production methods* yang selanjutnya akan disebut PPMs) sebagaimana yang diatur dalam pasal XX GATT (Catherine Jean Archibald, 2008: 15-16).

PPMs dapat berupa pemberian label yang memberikan informasi tentang suatu produk baik kepada produsen maupun konsumen tentang dampak tersebut kepada kesehatan dan bahkan terhadap lingkungan. Informasi yang diberikan dalam label (selanjutnya akan disebut *labeling*) juga memberikan karakteristik dan kondisi suatu produk, sehingga dapat dijadikan pertimbangan bagi konsumen apakah untuk membeli produk tersebut atau tidak. Berdasarkan *Technical barrier on Trade Agreement* mengatur tentang ketentuan teknik (*technical regulation*) yang bersifat wajib dan standar yang bersifat sukarela dalam bentuk *labeling* ((Arthur E. Appleton, 2007: 10-11).

Labeling wajib berisi informasi salah satu aspek suatu produk yang disyaratkan oleh pemerintah, misalnya produk olahan yang mengandung bahan dari rekayasa genetika lebih dari 5 % harus dicantumkan dalam label. Issue *labeling* di *Worl Trade Organisation* (selanjutnya akan disebut WTO) merupakan issue yang horisontal dengan issu keselamatan produk secara umum, dan secara khusus berkaitan dengan keselamatan makanan (*food safety*) dan juga issue pengepakan (*packaging*) yang diatur dalam *Technical Barrier to Trade agreement* (selanjutnya disebut *TBT Agreement*). Dan issue tentang keamanan dan bebasnya produk dari satu penyakit ataupun kontaminasi yang diatur dalam *Sanitary and Phytosanitary Agreement* yang selanjutnya disebut *SPS Agreement*).

Namun demikian baik *labeling* sukarela maupun yang wajib dapat menimbulkan dampak terhadap akses pasar di semua negara terutama bagi negara berkembang dan kurang berkembang

(*least developed countries*) untuk memasuki pasar negara maju. Labeling yang memuat tentang informasi proses produksi disebut a process production methods (PPMs), sedangkan labeling yang berisi asal suatu produk indikator geografis dilindungi oleh hukum hak kekayaan intelektual yang disebut Indikasi geografis (*geographical indication*).

PPMs dapat dibedakan menjadi dua macam yaitu, (a) *product related PPMs*, and (b) *non product related PPMs*. (Jan McDonald, 2005: 254-155). *Product related PPMs* berarti proses produksi yang berkaitan dengan karakteristik suatu produk, seperti misalnya produk makanan olahan yang dibuat dari kedelai konvensional akan memiliki karakteristik yang berbeda dengan produk yang dibuat dari kedelai transgenik, karena kedelai konvensional memiliki karakter yang berbeda dengan kedelai transgenik yang merupakan rekayasa genetika. *Sedangkan non-product related PPMs* bahwa proses produksi itu tidak akan terdeteksi pada produknya.

Perbedaan proses produksi akan menimbulkan perbedaan dampak, misalnya dalam *non-product related PPMs* yang menghasilkan tissue, maka kayu yang akan dijadikan kertas dengan cara pengelolaan hutan yang tidak berkelanjutan akan mempengaruhi kelestariann hutan tersebut. Proses produksi seperti ini sangat mempengaruhi terhadap kerusakan lingkungan dan bertentangan dengan prinsip pembangunan berkelanjutan (Catherine Jean Archibald, Winter 2008: 15).

Jika PPMs diterapkan secara proporsional maka akan dapat digunakan sebagai alat untuk melakukan perlindungan lingkungan dan kesehatan manusia. WTO mengatur mekanisme pelaksanaannya PPMs yang salah satunya diatur dalam GATT. Ketentuan ini dapat ditemukan dalam prinsip non-diskriminasi baik itu yang diatur dalam Pasal I GATT yang mengatur tentang *most favoured nation yaitu untuk memberikan perlakuan yang sama terhadap sesama partner dalam perdagangan (treating one's trading partners equally)* dan Pasal III GATT yang mengatur tentang *national treatment yaitu memberikan perlakuan yang sama antara produk lokal dan jasa dengan produk yang berasal dari negara lain (equal treatment for foreign and domestic goods and services)* serta ketentuan pengecualian (*exception*) Pasal XX (b) dan XX(g) GATT.

PPMs memungkinkan untuk memberikan kontribusi terhadap perlindungan lingkungan dan kesehatan, tinggal negara mau memanfaatkan atau tidak. Jika sebuah negara gagal untuk melindungi lingkungannya maka tidak ada satu negarapun yang berkewajiban untuk memberikan perlindungan lingkungan terhadap negara tersebut. Oleh karena itu, tergantung negara tersebut untuk mempromosikan perlindungan lingkungan di negaranya. Akan tetapi dalam perdagangan internasional akan lebih aman bagi negara membuat kebijakan lingkungannya berdasarkan ketentuan perjanjian lingkungan multilateral seperti *the Convention on International Trade in Endangered Species (CITES)*, yang memperbolehkan pembatasan import daripada mendasarkan pada tindakan negara secara individual (*unilateral action of state*). Tindakan sepihak yang dilakukan oleh negara dapat melanggar kedaulatan negara lain, apalagi kalau negara tersebut mau memberlakukan ketentuan hukum nasionalnya secara *extra territorial* sebagaimana dalam kasus “*Tuna Dolphin dan Shrimp Turtle*” (Lauren Sullivan, 2014, 867-868)

Kebijakan atau peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan oleh sebuah negara termasuk

penerapan PPMs memungkinkan sebagai penyebab terjadinya hambatan *non-tariff* dalam perdagangan internasional dan secara potensial menyebabkan persengketaan antar negara. Kebanyakan sengketa perdagangan dan perlindungan lingkungan disebabkan oleh adanya perbedaan standar yang diterapkan oleh masing-masing negara. Perbedaan standar ini dapat dilacak dari penerapan PPMs yang dilakukan oleh negara. Selain itu hal ini juga disebabkan karena adanya perbedaan prioritas serta penilaian yang dilakukan oleh negara dalam menghadapi permasalahan lingkungan dan kesehatan serta pendekatan yang dilakukan untuk mengatasi masalah tersebut (Daniel C. Esty, 1994: 107).

Permasalahan yang mendasar di WTO ialah apakah pembatasan perdagangan untuk perlindungan lingkungan dan kesehatan diperbolehkan dalam sistem WTO? Oleh karena itu penting untuk mencari solusinya, mengingat banyaknya kasus yang diajukan di WTO, dan kebanyakan kasus yang diajukan sebagian besar keputusan WTO lebih berpihak pada kepentingan perdagangan internasional daripada perlindungan lingkungan atau kesehatan manusia. (Robert Howse, 2002: 491).

## II. METODE PENELITIAN

Penelitian ini merupakan penelitian kualitatif dan pendekatan yang digunakan adalah yuridis normatif. Sedangkan bahan hukum yang digunakan berupa bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang mengikat yang terdiri dari *General Agreement on Tariffs and Trade, the Sanitary and Phytosanitary Agreement* dan *Technical Barrier to Trade Agreement*. Bahan hukum sekunder merupakan bahan hukum yang tidak mengikat akan tetapi menjelaskan bahan hukum primer yang merupakan hasil analisis ataupun pendapat para pakar yang kompeten dalam bidangnya yang berupa buku, jurnal, artikel di internet yang relevan dengan obyek yang diteliti. Penelitian ini menggunakan teknik pengumpulan bahan hukum dengan cara studi kepustakaan (*library research*).

## III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

### A. Ruang Lingkup PPMs

PPMs dalam artian secara luas merujuk kepada semua aktivitas proses produksi suatu produk yang akan dipasarkan (Paul Cook, 2013, 462-463). PPMs dapat dikategorikan menjadi dua macam yaitu PPMs "*as product related dan non-product related PPMs*" (Abhinav Kapoor, 2011: 133-134). Jika PPMs dapat terdeteksi dalam produk itu sendiri maka itu disebut sebagai *related Product PPMs*, sedangkan kalau PPMs itu tidak terdeteksi dalam produk akhir maka disebut *non-related PPMs*. *Related Product PPMs* merujuk kepada aktivitas yang berhubungan langsung dengan proses suatu produk, misalnya tomat organik dan tomat yang ditanam dengan pestisida hasil akhirnya akan sama buah tomat, hanya saja kalau diteliti lebih lanjut terjadi perbedaan antara dua jenis

tomat tersebut mengenai zat yang terkandung dalam tomat. Tomat organik tidak mengandung residu pestisida, sementara tomat yang ditanam menggunakan pestisida mengandung residu pestisida.

Sebagai implementasi PPMs beberapa negara melakukan pengkualifikasian suatu produk, karena metode proses produksi mempengaruhi karakteristik produk, sehingga produk tersebut memiliki dampak yang berbeda terhadap lingkungan maupun terhadap kesehatan manusia. Misalnya produk makanan olahan yang dibuat dari kedelai transgenik akan menimbulkan suatu dampak yang berbeda jika tidak memenuhi persyaratan test substantial equivalensi sebagai berikut:

“Substantial equivalence is defined by the OECD as the “idea that existing organisms used as food, or as a source of food, can be used as the basis for comparison when assessing the safety of human consumption of a food or food component that has been modified or is new.” One compares the trait encoded by the genetic modification to an appropriate comparator in the traditional food. Establishing the similarity to a traditional food which is safe indicates that the new food will also be safe. OECD views this approach as the most practical in assessing GMF for food safety”. (Michele M. Compton, 2003: 45)

Sehingga dengan test substansi equivalensi ini, akan dapat diketahui keamanan jenis varitas baru dengan membandingkannya dengan substansi yang terdapat dalam tanaman konvensional, kalau ternyata jenis tanaman varitas baru ini serupa dengan yang konvensional maka jenis varitas baru ini dapat dinyatakan aman.

PPMs yang tidak dapat terdeteksi dalam produk itu sendiri disebut “*non-product-related*” (“NPR-PPM”) or “*unincorporated*.” Seperti misalnya udang yang ditangkap dengan jaring ukuran tertentu yang tidak memungkinkan kura-kura tertangkap akan sama dengan udang yang ditangkap dengan jaring yang memungkinkan tertangkapnya kura-kura dalam jaring tersebut, dengan demikian PPMs itu tidak terdeteksi dalam produk tersebut (Peter Stevenson, 2002: 114). Dalam contoh lain seperti misalnya yang terjadi dalam kasus *Tuna Dolphin I case*, dalam kasus tersebut Amerika Serikat melarang produk tuna masuk ke pasar Amerika kalau cara penangkapan tuna mempengaruhi mortalitas dolphin, larangan yang dilakukan oleh Amerika Serikat tersebut tidak dapat dibenarkan oleh WTO, karena Amerika Serikat masih bisa menggunakan cara lain selain melakukan larangan produk tersebut masuk ke negaranya (Arthur E. Appleton, 2007: 12).

Kadang-kadang PPMs yang ditentukan oleh sebuah negara bersifat mendektekan kehendak suatu negara ke negara lain sebagaimana yang dikemukakan oleh Steve Charnovitz (Steve Charnovitz, *Debunking the Myth*) menyatakan bahwa : (i) Kebijakan PPMs yang dibuat oleh sebuah negara kepada negara lain bersifat memaksa; (ii) PPMs sering digunakan untuk menghukum pelaku ekonomi *non-state actors* (perusahaan swasta) yang tidak menghiraukan kebijakan negara pengimpor; (iii) PPMs yang ditetapkan oleh pemerintah suatu negara kadang-kadang tidak adil karena PPMs ini lebih menguntungkan bagi negara yang memiliki pasar yang luas, dimana mereka lebih punya pengaruh untuk menentukan persyaratan produk yang akan memasuki pasar mereka; (iv) PPMs yang diterapkan oleh pemerintah suatu negara secara potensial juga akan menimbulkan konflik

kebijakan bagi negara pengekpor. Oleh karena itu, yang penting dalam penerapan PPMs haruslah sesuai dengan prinsip *MFN* maupun *national treatment* baik dalam GATT, Artikel XX GATTSPS Agreement maupun TBT Agreement.

*WTO Agreement* mengakui validitas penerapan PPMs, seperti misalnya dalam *SPS Agreement* menyatakan bahwa pemerintah sebuah negara harus memberikan kesempatan pada negara lain untuk memenuhi peraturan yang dikeluarkan oleh suatu negara untuk dapat mengakses pasar negara tersebut dan harus dilaksanakan secara transparan. Sehingga antara waktu publikasi dan waktu berlakunya peraturan tersebut diberikan tenggang waktu yang memadai, supaya negara lain dapat menyesuaikan proses produksinya sesuai dengan peraturan tersebut. Selain itu *TBT Agreement* juga mengatur tentang PPMs dalam bentuk pemberian label baik itu yang mandatory maupun yang sukarela.

*TBT Agreement* mencakup labeling baik yang sukarela maupun yang wajib. Untuk labeling yang wajib “*technical regulation*” meliputi karakteristik produk, proses produksi, serta proses yang berkaitan dengan proses produksi (Erik P. Bartenhagen, 1997: 61-62). Untuk standar teknik yang bersifat wajib mengatur tentang proses produksi dan metode proses produksi termasuk juga *eco-label* (Sanford E. Gaines, 2002: 390). Berdasarkan ketentuan di WTO, negara anggota diperbolehkan untuk mengatur proses produksi seperti misalnya berkaitan dengan emisi yang dikeluarkan pabrik pada waktu proses produksi itu terjadi di dalam wilayah yurisdiksinya. Hal ini akan terjadi masalah kalau negara menerapkan ketentuan tersebut secara *extra territorial* (Kevin C. Kennedy, 1998: 389) karena hal ini akan melanggar kedaulatan suatu negara sebagaimana dalam *Srimph Turtle Case* Amerika Serikat mau menerapkan ketentuan domestiknya diberlakukan pada neagara lain yang akan memasukkan udang ke pasar Amerika.

## **B. Justifikasi Penerapan PPMs dalam Perdagangan Internasional Berdasarkan GATT**

Penerapan PPMs sebagai instrumen untuk perlindungan lingkungan dan kesehatan sering menimbulkan pro dan kontra dalam perdagangan internasional. Bahkan PPMs sering digunakan sebagai proteksi terselubung oleh negara-negara maju dalam rangka untuk melindungi kepentingannya dengan menciptakan hambatan non-tarif. Jika hal ini yang terjadi maka akan sangat merugikan bagi negara lain, dan sangat potensial untuk terjadinya persengketaan. Namun demikian, kalau PPMs ini dilaksanakan sesuai dengan aturan yang berlaku maka apa yang menjadi tujuan pendirian WTO untuk mewujudkan pembangunan berkelanjutan melalui perdagangan internasional sebagaimana yang dimuat dalam preamble pendirian WTO akan dapat tercapai.

Pada waktu terjadinya Putaran Uruguay tahun 1994 (Wen-Chen Shih, 2006: 165), masalah lingkungan dan perdagangan internasional menjadi satu pembahasan yang serius bahkan dimuat dalam preamble pendirian WTO dalam Marrakesh Agreement menyatakan :

“WTO Members recognize that:[T]heir relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living ... while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and

preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development”.

Jelaslah dalam preamble ini mengakui adanya hubungan antara pertumbuhan ekonomi dan peningkatan standar hidup, dan pemanfaatan sumber alam harus sesuai dengan tujuan pembangunan berkelanjutan, dan mencari solusi perlindungan dan pelestarian lingkungan serta meningkatkan suatu cara untuk mencapai tujuan tersebut dengan memperhatikan perbedaan tingkat perekonomian para negara anggotanya. Salah satu cara untuk mencapai tujuan pembangunan berkelanjutan yaitu dengan penerapan PPMs secara proporsional.

Oleh karena itu untuk mendukung adanya hubungan timbal balik dan ketergantungan antara perdagangan internasional dan perlindungan lingkungan serta kesehatan diperlukan adanya suatu parameter untuk menentukan tindakan yang dilakukan oleh negara dalam penerapan PPMs. Hubungan timbal balik ini terjadi karena keberlanjutan perdagangan internasional akan sangat bergantung pada keberlanjutan lingkungan sebagai tempat diperolehnya berbagai sumber alam baik itu hayati maupun non hayati. Kalau berbagai sumber alam ini dapat dipertahankan keberlanjutannya, maka akan menjamin adanya keberlanjutan perdagangan internasional.

Adapun parameter yang digunakan dalam perdagangan internasional untuk menentukan apakah PPMs itu bertentangan tidak dengan prinsip-prinsip perdagangan internasional dapat ditemukan dalam berbagai Perjanjian di WTO sebagai berikut : *Pertama*, PPMs pertama kali diatur dalam perjanjian GATT sebelum lahirnya WTO, yang diatur dalam *the GATT agreement of 1979 on Technical Barriers to Trade* yang merujuk pada proses produksi daripada karakteristik produk. Penerapan PPMs yang diperkenalkan dalam GATT harus didasarkan pada prinsip non-diskriminasi baik itu *most favoured nation* yang diatur pada Pasal I GATT, *national treatment* dan produk serupa (*like Product*) yang diatur dalam Pasal III (4) GATT, serta Pasal XX GATT. Penerapan PPMs harus memperhatikan kategorisasi produk, yaitu apakah suatu produk itu *like product* atau tidak, karena ini akan mempengaruhi perbedaan perlakuan dan memiliki konsekuensi hukum yang berbeda dalam penerapan PPMsnya.

Penerapan PPMs dapat dilaksanakan berdasarkan kewajiban-kewajiban yang diatur dalam GATT. Pasal 1 GATT memuat prinsip *most favoured nation*, berdasarkan prinsip ini produk yang berasal dari suatu negara harus diperlakukan sama dengan produk yang berasal dari negara lainnya untuk kelas produk yang serupa (*like product*). Pasal III GATT mengatur tentang *national treatment* yang menyatakan bahwa harus ada perlakuan yang sama antara produk lokal dan produk yang berasal dari negara lain untuk produk yang serupa. Kemudian justifikasi penerapan PPMs didasarkan Pasal XI GATT yang mengatur tentang larangan kuota dan larangan masuknya produk. Selain itu, penerapan PPMs dapat juga dibenarkan berdasarkan Pasal XX (Slayde Hawkins, Spring 2008: 430-431) GATT yang mengatur tentang pengecualian, dari ketentuan Pasal I, Pasal III dan Pasal XI GATT.

Ketentuan tentang *like product* tidak diatur secara eksplisit di WTO, akan tetapi ketentuan

tersebut dapat ditemukan dalam WTO jurisprudensi yang memberikan parameter untuk menentukan produk serupa (Wen-Ching Hsueh, 2013 : 525) kalau memenuhi kriteria sebagai berikut : (i). Karakteristik fisik barang tersebut; (ii) Kebiasaan dan pilihan konsumen terhadap barang tersebut; (iii) Kegunaan akhir dari barang tersebut; (iv) Klasifikasi tarif internasional dari barang tersebut. Oleh karena itu untuk menentukan apakah suatu produk itu serupa atau tidak keempat parameter ini harus terpenuhi.

Penerapan PPMs sesuai dengan prinsip *national*, misalnya kalau negara melarang masuknya mainan anak impor karena mainan itu mengandung zat yang membahayakan bagi kesehatan anak maka untuk jenis produk lokal yang sama (*like product*) juga harus dilarang untuk dipasarkan, sehingga tidak ada diskriminasi dalam rangka untuk melakukan perlindungan kesehatan. Hal ini didasarkan pada *related PPMs* yang berkaitan dengan karakteristik produk (Paul Cook, 2013: 462-463). Justifikasi ini dapat ditemukan dalam kasus *EC-Asbestos* antara Perancis dan Canada.

Appellate Body dalam kasus *EC-Asbestos* memberikan suatu analisis bahwa penerapan PPMs berkaitan erat dengan persepsi konsumen terhadap suatu produk dalam menentukan apakah produk itu serupa atau tidak. Berdasarkan Pasal III(4) GATT, Appellate Body menyatakan : “... *that asbestos fibres were not “like” substitute fibres without asbestos for two reasons. First, carcinogenicity was a physical difference between the two sets of fibres. Second, consumers would view those fibres as different on account of the health risk posed by asbestos fibres*” (Andrew Mitchell, Christopher Tran, 2010: 36-37). Jelas dalam kasus ini Appellate Body memberikan justifikasi adanya penerapan PPMs untuk produk asbes, karena memang secara karakteristik terdapat perbedaan substansi antara produk asbes yang diproduksi oleh Kanada dan produk asbes yang diproduksi oleh Perancis dan Kanada tidak dapat membuktikan bahwa produk asbesnya serupa dengan produk asbes Perancis, karena produk asbes Kanada mengandung zat penyebab kanker. Memang secara fisik (dari wujudnya yang kasat mata, jika kita lihat asbestos tersebut secara fisik serupa, akan tetapi kalau diteliti lebih lanjut ada perbedaan mengenai kandungan substansinya.

Penerapan PPMs oleh negara maju jangan sampai disalah gunakan, karena secara potensi negara maju dapat menggunakan PPMs sebagai proteksi terselubung ataupun merupakan “*eco imperialism*” (negara maju seolah-olah mendetekan kebijakannya kepada negara berkembang, karena negara berkembang hanya akan dapat akses pasar ke negara maju kalau negara berkembang memenuhi persyaratan yang sudah ditentukan oleh negara maju. Seperti misalnya yang terjadi dalam kasus *Shrimp Turtle*, (Abhinav Kapoor, 2011: 144) walaupun tujuannya adalah untuk perlindungan kura-kura yang menurut hukum nasionalnya Amerika Serikat kura-kura yang dimaksudkan merupakan binatang langka yang dilindungi. Dalam kasus ini Amerika Serikat menjustifikasi penerapan PPMs berdasarkan ketentuan Pasal XX (g) akan tetapi Amerika tidak memenuhi persyaratan preamble Pasal XX yang merupakan persyaratan penerapan Pasal XX (g) dapat dibenarkan.

Kasus ini bermula dengan dikeluarkannya *the US Endangered Species Act* yang mensyaratkan semua kapal penangkap udang Amerika harus menggunakan jenis jaring yang memungkinkan

kura-kura dapat melepaskan diri kalau tertangkap dengan jaring tersebut atau yang disebut *turtle-excluded devices* (Katie A. Lane, 2001: 114-115). Kemudian pada tahun 1989 UU tersebut diamandemen yang memperbolehkan Amerika membuat larangan masuknya produk udang ke Amerika kalau cara penangkapannya tidak seperti yang dilakukan di Amerika yang dibuktikan dengan sertipikat. Amerika menerapkan embargo (larangan) tersebut pada tahun 1996. Pada bulan Oktober 1996, India, Malaysia, Pakistan and Thailand merasa dirugikan dengan larangan itu, karena Amerika tidak memberikan tenggang waktu yang memadai untuk menyesuaikan dengan ketentuan tersebut dan Amerika hanya mengadakan kesepakatan tentang ketentuan tersebut dengan negara-negara yang dipilih saja yaitu dengan negara-negara di Caribbean.

Larangan impor udang yang tidak bersertifikat dari negara anggota WTO merupakan pelanggaran tentang larangan kuota yang diatur dalam Pasal XI GATT. Amerika berargumen bahwa larangan masuknya produk udang ke pasar Amerika dengan alasan menggunakan ketentuan hukum nasionalnya guna memberikan perlindungan pada kura-kura yang juga didasarkan pada Pasal XX (g) ditolak oleh Panel, karena Panel beranggapan bahwa kura-kura bukan merupakan sumber alam yang langka.

Pasal XX GATT merupakan ketentuan umum pengecualian yang meliputi sepuluh hal, dua diantaranya yang relevan dengan kasus yang dibahas adalah Pasal XX (b) dan (g) sebagai berikut :

“Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

Namun demikian penggunaan pasal pengecualian ini juga harus sesuai dengan preamble Pasal XX, bahwa penerapan Pasal XX (b) ataupun (g) tidak boleh menciptakan ketentuan yang tidak adil, diskriminatif ataupun suatu ketentuan untuk perlindungan terselubung (*disguise protectionism*) dalam perdagangan internasional (Catherine Jean Archibald, Winter 2008: 29-30). Maksud dari Pasal XX (b) dan (g) cukup jelas bahwa sepanjang PPMs itu digunakan untuk perlindungan manusia, hewan, tumbuhan dan kesehatan serta untuk perlindungan sumber alam yang langka maka diperbolehkan dan tidak bertentangan dengan prinsip non-diskriminasi.

Menurut pendapat Panel tindakan sepihak (*unilateral measures*) yang dilakukan Amerika dapat mengancam sistem perdagangan internasional. Oleh karena itu Amerika Serikat mengajukan banding ke Appellate Body dengan landasan hukum bahwa kura-kura merupakan binatang langka sehingga masuk kualifikasi sumber alam yang langka dan terancam punah sebagaimana yang dimaksudkan oleh Pasal XX (g), sehingga larangan impor yang diterapkan dapat dibenarkan. Berdasarkan Report yang dibuat Appellate Body menyatakan: “ bahwa tindakan yang dilakukan

oleh Amerika Serikat dengan mengeluarkan larangan impor tersebut telah menciptakan ketidakadilan dan bersifat diskriminatif ( Steve Charnovitz, 2007: 695).

*Kedua*, berdasarkan TBT Agreement “*product characteristic*” tidak hanya meliputi penampilan fisik saja, tetapi juga meliputi cara dan penampilan suatu produk (Danielle Spiegel Feld, 2011: 8). Misalnya produk kayu olahan yang dibudayakan dengan cara yang berwawasan lingkungan dan produk kayu yang dibudayakan tidak berwawasan lingkungan secara fisik tidak akan terjadi perbedaan terhadap produk akhir produk kayu tersebut. Hal ini disebut proses produksi yang tidak berkaitan dengan karakteristik produk akhir (*non-product related PPMs*). Hal ini penting untuk diterapkan pada perlindungan lingkungan dalam rangka untuk menentukan apakah suatu produk itu serupa atau tidak sebagaimana yang diatur dalam Pasal III (4) GATT.

*Ketiga*, PPMs diperkenankan berdasar ketentuan Pasal XX GATT dalam artian pelanggaran prinsip non-diskriminasi diperkenankan sepanjang memenuhi persyaratan yang dituangkan dalam Pasal XX GATT. Berdasarkan pasal ini negara diperkenankan untuk membuat suatu standar yang diterapkan pada suatu produk yang akan memasuki pasar sebuah negara untuk mencapai tujuan sebagaimana dituangkan dalam Pasal XX (a), (b) dan (g) yang berkaitan dengan perlindungan terhadap publik moral, terhadap tanaman, hewan dan kesehatan, serta perlindungan terhadap sumber alam yang langka, demikian juga perlindungan terhadap paten, merk dan hak cipta) dan semua ini harus sesuai dengan persyaratan yang dimuat dalam preamble Pasal XX dan tidak diterapkan secara tidak adil dan tidak digunakan sebagai perlindungan terselubung (*disguise protectionism*).

Pengecualian yang dimuat dalam Pasal XX GATT merupakan kewajiban negatif, dalam artian ketentuan Pasal XX ini hanya akan diterapkan pada waktu anggota WTO mau menerapkan hak yang diakui dalam Pasal XX ini, misalnya untuk menggunakan ketentuan Pasal XX (b) GATT yaitu untuk menerapkan pembatasan atau larangan perdagangan adalah perlu (*necessary*) dalam artian tidak ada alternatif lain yang dapat dilakukan untuk perlindungan kesehatan dan lingkungan (Paul Cook, 2013, 466-467). Sehingga kata perlu harus dibuktikan dengan adanya suatu bukti memang ada hubungan kausalitas antara ketentuan yang dibuat dengan tujuan yang akan dicapai. Dalam praktek penyelesaian sengketa di WTO berhubungan dengan penerapan PPMs yang melandaskan kepada ketentuan Pasal XX GATT kebanyakan putusan yang dibuat oleh Panel dan Appellate Body lebih berpihak pada kepentingan perdagangan internasional.

Putusan WTO yang pernah berpihak pada perlindungan kesehatan manusia, misalnya dalam *Thai Cigarettes case*, Thailand menjustifikasi larangan masuknya sigaret ke Thailand karena alasan perlindungan kesehatan dan untuk mengurangi konsumsi sigaret di Thailand, landasan hukum yang digunakan oleh Thailand untuk membenarkan tindakannya berdasarkan Pasal XX (b) GATT (Bradly J. Condon, 2004: 148). Kasus lain yang juga berkaitan dengan perlindungan kesehatan manusia ialah *EC-Asbestos Case* yang diputuskan oleh Panel dan Appellate Body menyatakan bahwa Appellate Body menguatkan putusan Panel dan menyatakan bahwa Kanada tidak dapat membuktikan bahwa : “ *Canada could not prove that cement-based products containing chrysotile asbestos*

*fibres were "like" products compared to cement-based products containing polyvinyl alcohol, cellulose and glass fibres*".

Dalam kasus ini ternyata Kanada tidak dapat membuktikan bahwa asbestos yang diproduksi di Kanada adalah serupa dengan asbestos yang diproduksi di Perancis, karena kedua produk tersebut meskipun secara fisik serupa akan tetapi kandungan maerial yang ada dalam produk asbes tersebut berbeda. Produk asbes yang di produksi di Kanada mnengandung substansi penyebab kanker. Oleh karena itu, Appellate Body juga berpendapat bahwa risiko kesehatan yang terasosiasi dalam produk mempengaruhi terhadap pilihan konsumen. Bagi konsumen di Eropa khususnya akan memilih produk yang aman bagi kesehatan, dan bukan produk yang berisiko terhadap kesehatan.

Oleh karena itu, pertimbangan di luar ketentuan perdagangan dapat juga mempengaruhi daya kompetisi suatu produk, misalnya berkaitan dengan selera konsumen. Dalam putusan kasus *Asbestos*, the *Appellate Body* menyatakan bahwa :

*"that the carcinogenic nature of chrysotile asbestos fibres had been acknowledged by international bodies, including the WHO, and that the French ban on Canadian asbestos was necessary on health grounds in line with Art. XX(g) GATT. Decisions such as the asbestos case (and the earlier gasoline case ) demonstrate that, in principle, the WTO supports national environmental and health legislation rather than just the lowest common international denominator"*. (Sieglinde Gstohl,2010: 278-279).

Dalam putusan ini sebetulnya WTO dapat juga memiliki keperpihakan terhadap perlindungan kesehatan sepanjang yang diterapkan oleh suatu negara tidak diskriminatif. Perancis memang tridak melakukan diskriminasi,karena produk asbes sebagaimana yang diproduksi oleh Kanada juga tidak diijinkan untuk diperdagangkan di Perancis.

### **C. Implikasi Hukum Penerapan PPMs dalam perdagangan internasional untuk Perlindungan Lingkungan dan Kesehatan**

Perdagangan internasional dapat mempengaruhi perlindungan lingkungan dan kesehatan bagi suatu negara, tinggal bagaimana negar tersebut memanfaatkan ketentuan perdagangan internasional untuk melindungi kepentingannya. WTO system menyediakan peraturan yang dapat digunakan oleh negara untuk melindungi lingkungan dan kesehatan manusia dari dampak negatif perdagangan internasional. Salah satunya adalah penerapan PPMs dalam perdagangan internasional. Berikut ini adalah beberapa implikasi hukum penerapan PPMs terhadap perlindungan lingkungan dan kesehatan suatu negara.

*Pertama*, PPMs dapat digunakan oleh negara untuk melindungi lingkungan dan kesehatan dengan cara memasukkan kebijakan lingkungan atau aturan PPMs terhadap masuknya suatu ptoduk ke negara yang bersangkutan. Misalnya dengan penerapan standar lingkungan yang harus dipenuhi oleh suatu negara untuk memasuki pasar suatu negara. Ketentuan ini memang dapat mempengaruhi kedaulatan negara dalam menentukan kebijakan perlindungan lingkungan dan perdagangan internasionalnya. Bisa saja sebuah negara mengeluarkan standar lingkungan yang rendah untuk

memperoleh keuntungan yang kompetitif (*competitive advantage*), akan tetapi negara tersebut lingkungan dan kesehatan warganya akan terancam.

Namun demikian, berdasarkan teori keunggulan kompetitif menjadikan negara lebih efisien dalam penggunaan sumber alam, sehingga akan dapat menghemat sumber alam dan mengurangi limbah. Selain itu dengan penerapan PPMs dalam perdagangan internasional akan dapat mempromosikan mendorong digunakannya teknologi yang ramah lingkungan, misalnya juga bahwa PPMs ini dapat dalam bentuk labeling ataupun persyaratan standarisasi, seperti sertipikat ISO seri 14020 tentang penggunaan *eco-labeling* (Erik P. Bartenhagen, 1997: 59).

*Kedua*, PPMs sebagai instrumen perdagangan internasional, dapat mempengaruhi kebijakan perlindungan lingkungan dan kesehatan yang dikeluarkan oleh negara, misalnya produk udang Indonesia untuk masuk pasar Eropa, udang tersebut tidak boleh mengandung residu mercury, maka dengan terpenuhinya standar tersebut yang juga diterapkan untuk pasokan dalam negeri maka akan menjadi pemicu yang baik bagi peningkatan kesehatan masyarakat, karena mereka mengkonsumsi produk yang aman bagi kesehatan. Jadi ada dua keuntungan yang diperoleh oleh suatu negara. Disatu sisi, negara tersebut dapat mencegah masuknya produk yang membahayakan bagi kesehatan, dan kedua kebijakan tersebut akan dapat menjadi instrumen yang handal bagi perlindungan kesehatan, asal saja ini tidak dijadikan perlindungan terselubung bagi produk domestik (Sanford Gaines, 2001: 743-744).

Partner dalam perdagangan internasional dapat mempengaruhi perilaku negara dalam perlindungan lingkungan dan perlindungan kesehatan. Hal ini tergantung pada *political will* masing-masing negara sebagaimana dimuat dalam preamble perjanjian internasionala pendirian WTO dalam *Marrakesh Agreement* menjelaskan bahwa antara lingkungan dan perdagangan internasional itu saling mendukung (*mutually supportive*) sebagaimana sudah dijelaskan sebelumnya. Hubungan timbal balik yang saling mendukung antara perdagangan internasional dan perlindungan lingkungan tidak terjadi secara otomatis, akan tetapi harus diusahakan antar negara. Sehingga kalau masing-masing negara memiliki kebijakan perdagangan yang synergy dengan perlindungan lingkungan, maka perdagangan internasional akan terjadi keberlanjutan, karena lingkungannya tidak rusak.

*Ketiga*, penerapan PPMs akan dapat terlaksana dan tidak bertentangan dengan ketentuan perdagangan internasional, kalau dilaksanakan sesuai dengan ketentuan yang berlaku dalam perdagangan internasional baik itu yang diatur dalam *GATT*, *Sanitary and Phytosanitary Agreement* serta dalam *TBT Agreement*. Harus disadari bahwa dampak lingkungan yang disebabkan oleh perdagangan suatu produk sebetulnya merupakan integrasi tiga aspek, yaitu : “*scale, composition, and distribution*” (Stanford E. Gaines, 2003, 324-325). *Scale* merujuk kepada jumlah atau volume perdagangan suatu produk yang mencerminkan jumlah konsumsi suatu produk. Secara internasional yang menghabiskan berbagai macam sumber alam, seperti kayu, ikan ataupun supply air bersih. *Composition* berarti merujuk kepada efek lingkungan suatu produk yang diasosiasikan dalam produk yang diperdagangkan, misal perdagangan minyak dan perdagangan kapas masing-

masing memiliki dampak lingkungan yang berbeda. Sedangkan *distribution* mengindikasikan siapa berdagang dengan siapa, akan mempengaruhi juga terhadap kebijakan perlindungan lingkungan dan perlindungan kesehatan

Masyarakat internasional terbagi dalam polarisasi kelompok negara maju, negara berkembang dan negara kurang berkembang. Negara maju sering melakukan proteksi terselubung untuk melindungi kepentingannya, sementara negara berkembang dan kurang berkembang berjuang untuk menjadi negara maju dan negara berkembang. Dalam konteks ini, negara maju dalam rangka melindungi kepentingan ekonominya membuat suatu standar lingkungan yang tinggi, sehingga sulit bagi negara berkembang untuk memenuhi standar tersebut, dan akhirnya produk negara berkembang maupun kurang berkembang tidak dapat memasuki pasar negara maju. Hal ini dapat ditemukan dalam berbagai kebijakan dalam bentuk *PPMs* yang dilakukan oleh negara maju atau negara yang memiliki akses pasar yang lebih luas pada produk yang akan masuk ke negaranya. (Charles Benoit, 2011: 588-589).

*Keempat*, *PPMs* sebagai salah satu instrumen yang dipromosikan oleh WTO dalam rangka mewujudkan pertumbuhan ekonomi yang berkelanjutan membutuhkan adanya pengawasan dari WTO dalam pelaksanaannya. WTO sebagai pembuat peraturan (*regulator*) dalam perdagangan internasional melalui GATT memiliki berbagai cara untuk mempromosikan perdagangan internasional. Beberapa penulis menyatakan bahwa WTO seperti macan yang tidak punya gigi, namun demikian GATT telah berhasil mengatur tentang penerapan "*concepts of most favoured nation and of like product*" (Gabrielle Marceau, 2013: 4-5) dan beberapa pengecualian prinsip perdagangan internasional yang dimuat dalam GATT Pasal XX untuk mencapai tujuannya.

*PPMs* merupakan ketentuan yang dibuat oleh WTO yang begitu banyak mengundang kritik, bahkan sering dikatakan bahwa WTO menolak penerapan *PPMs*, padahal sebetulnya tidaklah begitu. WTO justru memberikan fleksibilitas untuk penerapan *PPMs* dengan suatu kondisi dan persyaratan tertentu yang sudah dituangkan dalam GATT, SPS Agreement maupun TBT Agreement. WTO menegaskan bahwa *PPMs* bukanlah berakar dari usaha untuk memproteksi industri dalam negeri, karena penerapannya tidak boleh melanggar prinsip *national treatment* dan *most favoured nation* (Lawrence A. Kogan, 2013: 508-509)

Situasi ini menjadi rumit bagi negara berkembang untuk dapat memenuhi persyaratan *PPMs*. Oleh karena itu diperlukan adanya pedoman (*guideline*) yang dibuat oleh WTO untuk memudahkan negara berkembang mengikuti peraturan tersebut dan terjamin adanya transparansi peraturan yang dibuat oleh negara maju, sehingga negara berkembang mampu untuk memenuhi persyaratan yang ditentukan oleh negara maju dan dapat mengakses pasar negara maju.

#### **IV. SIMPULAN DAN SARAN**

*PPMs* sebagai instrument untuk perlindungan lingkungan dan kesehatan yang dituangkan dalam GATT, SPS Agreement dan TBT Agreement akan dapat mencapai tujuannya kalau dilaksanakan sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

## 4.1 Simpulan

4.1.1 Justifikasi yang dapat dibenarkan untuk penerapan PPMs sebagai salah satu cara untuk memberikan perlindungan lingkungan dan kesehatan sebagai dampak dari perdagangan internasional harus sesuai dengan prinsip *mos fafoured nation* dan *national treatment* serta diterapkan karena alasan untuk perlindungan lingkungan dan kesehatan serta perlindungan sumber alam yang langka (misalnya satwa langka) sebagaimana yang diatur dalam Pasal XX GATT (b) dan Pasal XX (g) dan sesuai dengan ketentuan yang dimuat dalam Preamble (chapeau) Pasal XX GATT'

4.1.2 Implikasi hukum penerapan PPMs dalam perdagangan internasional dapat mendukung tercapainya tujuan pembagungan berkelanjutan (sustainable development) sebagaimana yang dicantumkan pada preamble pendirian WTO dalam Marakesh Agreement, bahwa perdagangan internasional dan perlindungan lingkungan harus saling mendukung (*mutually supportive*). Selain itu implikasi hukum lainnya, ialah negara memiliki landasan hukum yang kuat untuk menerapkan PPMs untuk memberikan perlindungan lingkungan dan kesehatan serta sumber alam yang langka di negaranya dan tidak akan dituntut oleh negara lain karena kebijakan natau peraturan yang dikeluarkan dapat merugikan negara lain, hal ini akan terjadi kalau baik Panel dan Appellate Body memiliki pewrhatian dan pengetahuan yang komprehensif pentingnya perlindungan lingkungan, kesehatan dan sumber lam yang langka untuk keberlanjutan perdagangan internasional.

## 4.2 Saran

Berdasarkan pembahasan yang telah dipaparkan sebelumnya, ada beberapa saran yang dapat diusulkan :

1. Penerapan PPMs harus diterapkan sesuai dengan ketentuan perdagangan internasional yang berlaku, dan tidak digunakan sebagai proteksi terselubung oleh negara maju, Peranan WTO sangat diperlukan dalam rangka untuk menjamin adanya transparansi dalam penerapan PPMs.
2. Negara maju maupun negara berkembang dapat belajar dari kasus-kasus PPMs yang pernah terjadi di WTO untuk menyempurnakan peraturan dan mermbuat kebijakan PPMs yang sesuai dengan ketentuan WTO sehingga penerapan PPMs yang dilakukan dapat digunakan untuk perlindungan lingkungan dan kesehatan.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Ghafur Hamid, 2007, *Public International Law a Practical Approach*, 2<sup>nd</sup> edn, Malaysia: Prentice Hall.
- Esty Daniel C., *Greening the GATT*, Institute for International Economics, United States, 1994.
- Appleton Arthur E. Fall, 2007, " Supermarket Labels and the TBT Agreement: "Mind The Gap" *Bus. L. Brief (Am. U.)*, Vol. 4.
- Archibald Catherine Jean, Winter, 2008, " Forbidden by the WTO? Discrimination Against a Product When Its Creation Causes Harm to the Environment or Animal Welfare", *Nat. Re*

- sources J.* Vol. 48.
- Bartenhagen, Erik P. 1997, "The Intersection of Trade and the Environment: An Examination of the Impact of the TBT Agreement on Ecolabeling Programs", *Va. Env'tl. L.J.* Vol. 17.
- Benoit Charles, 2011, "Picking Tariff Winners: Non-Product Related PPM's and DSB Interpretations of "Unconditionally" Within Article I: 1, *Geo. J. Int'l L.* Vol. 42,
- Charnovit Steve. (Winter, 2002). The Law of Environmental 'PPMS' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality. *Yale J. Int'l L.* vol. 27, 59-119.
- \_\_\_\_\_, 2007, "The WTO's Environmental Progress", *J. Int'l Econ. L.*, Vol. 10.
- Ching-Wen Hsueh, Summer, 2006, A Greener Trade : Approaches to Environmental Issue in the TPP Negotiation" , *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y*, Vol. 8.
- Compton Michele M. (Fall, 2003). Applying World Trade Organization Rules to the Labeling of Genetically Modified Foods", *Pace. Int'l. L.Rev.* vol. 15, 36-81.
- Condon Bradley J. , Fall/Winter 2004, "GATT Article XX and Proximity of Interest: Determining the Subject Matter of Paragraphs (b) and(g)", *UCLA J. Int'l L. & Foreign Affat*, Vol. 9.
- Feld Danielle Spiegel, Fall 2011, "Ensuring That Imported Biofuels Abide By Domestic Environmental Standards: Will The Agreement On Technical Barriers To Trade Tolerate Asymmetrical Compliance Regime", *Pace Env'tl. L. Rev.* Vol. 29.
- Gaines, Sanford E, 2002, "Processes and Production Methods: How to Produce Sound Policy For Environmental Ppm-Based Trade Measures?" *Colum. J. Env'tl. L.* Vol. 27.
- \_\_\_\_\_, Spring, 2003, "The Problem of Enforcing Environmental Norm in the WTO and What To Do About It", *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 26.
- Howse Robert, 2002, "The appellate Body ruling in the Shrimp/Trurtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate", *Colum. J. Env'tl. L.*, Vol. 27.
- John J Emslie , 2005, "Labeling Programs as A Reasonably Available Least Restrictive Trade Measure under Article XX's Nexus Requirement", *Brook. J. Int'l L.*, Vol. 30.
- Kapoor Abhinay, Fall, 2011, "Product and Process Methods (PPMs): "A Losing Battle for Developing Countries" , *Int. T.L.Rat* , Vol. 17.
- Kennedy Kevin C., Spring, 1998, "The Illegality Of Unilateral Trade Measures To Resolve Trade-Environment Disputes", *Wm.&Mary Env'tl.L.&Pol'y Rev* Vol. 22.
- Mitchell Andrew and Tran Christopher, 2010, "The Consistency of the European Union Renewable Energy Directive with World Trade Organization Agreements: The Case of Biofuels", *Renewable Energy L. & Pol'y Rev.*, Vol. 1
- Sieglinde Gstohl, 2010, "Blurring Regime Boundaries: Uneven Legalization of non-Trade Concerns in the WTO", *J.I.T.L. & P.*, Vol. 9(3).
- Sullivan Lauren, 2014, "The Epic Struggle for Dolphin-Safe Tuna: To Be Continued—A Case for Accommodating Nonprotectionist Eco-Labels in the WTO" *Vand. J. Transnat'l L.* Vol.
- Marceau Gabrielle, March 2013, "The New TBT Jurisprudence in US - Clove Cigarettes, WTO US - Tuna II, and US - COOL", *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y*, Vol. 8.

Kogan Lawrence A., 2013, "Reach Revisited: A Framework for Evaluating Whether a Non-Tariff Measure Has Matured Into an Actionable Non-Tariff Barrier to Trade", *Am. U. Int'l L. Rev.*, Vol, 28.

Hawkins Slayde, Spring 2008, "Skirting Protectionism: A GHG-Based Trade Restriction Under the WTO", *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.*, Vol, 20.

Lane Katie A., Winter-Spring 2001, "Protectionism Or Environmental Activism? The Wto As A Means Of Reconciling The Conflict Between Global Free Trade And The Environment", *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, Vol. 32.

The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS).

*The Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement*

**Lucky Endrawati, Nurini Aprilianda, Mufatikhatul  
Farikha**

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya.

Jalan Veteran Ketawanggede, Kec. Lowokwatu, Kota Malang. Email: luckysoesanto@yahoo.com

# REKONSTRUKSI MODEL PUTUSAN HAKIM PERKARA KDRT MELALUI PENDEKATAN HUKUM PROGRESIF

## ABSTRAK

Perkara Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT) yang diproses melalui jalur hukum tidak menampakkan kondisi yang sesungguhnya, baik dari segi kualitas maupun dari segi kuantitas KDRT itu sendiri. Fenomena yang terjadi bagaikan gunung es, artinya kasus yang terjadi lebih banyak dari kasus yang diajukan atau diproses ke polisi. Hal ini dapat diidentifikasi oleh beberapa penyebab, diantaranya yang menonjol adanya pemikiran bahwa kasus KDRT adalah masalah privat dan tidak layak atau tabu apabila diselesaikan dalam wilayah publik. Selama ini penyelesaian melalui jalur yuridis seringkali tidak dapat memenuhi rasa keadilan bagi pihak korban karena hasil putusan pengadilan dianggap tidak sebanding dengan penderitaan yang dialami oleh korban. Pertimbangan hakim yang dianut oleh hakim yang menganut sistem hukum *common law* akan berbeda dengan hakim yang menganut sistem *civil law*. Pertimbangan hukum pada sistem *common law* menitikberatkan pada hakim sebagai pembuat putusan, sedangkan hakim di sistem hukum *civil law* mempertimbangkan dan menekankan pada alasan-alasan yuridis sebagaimana yang tercantum dalam UU yakni Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (UUPKDRT), disamping alasan-alasan non yuridis sebagai dasar pertimbangan dalam putusan pengadilan. Pada tataran ini hukum atau undang-undang sebatas pada teks belum menyentuh pada konteksnya, fungsi hukum masih dalam tataran *law in books* dan bukan pada *law in action behind mankind*. Inilah kemudian yang menjadi pertimbangan untuk mendesak dilakukannya rekonstruksi model putusan hakim perkara KDRT melalui pendekatan hukum progresif yang mengedepankan bahwa hukum dibuat untuk kepentingan masyarakat dan bukan untuk kepentingan penguasa.

Kata Kunci : Putusan hakim, KDRT, Hukum Progresif

## ABSTRACT

Case of domestic violence had increased every year, this is caused by people have a paradigm that domestic violence is private domain. Even though, domestic violence be regulated by domestic violence elimination Act number 23 in 2004, but the victim often don't recognize justice. In common law jurisdictions concentrate on judges, whose opinions contain masses of reasoning. In civil law jurisdictions, they focus more on the writings of jurists, both because their works are regarded as important evidence of what the law is, and because court judgements are much less elaborate in their ratiocinations, judge legal reasoning used Act priority, specially Act for Domestic Violence Elimination. So, that reasons for use progressive law approach

## I. PENDAHULUAN

Pembahasan terkait dengan putusan hakim tentang perkara KDRT tidak dapat dipisahkan dari proses berpikir seorang hakim, karena merupakan sebuah proses dan bukan merupakan suatu hasil. Adapun hasil dari itu sendiri adalah sebuah putusan yang dibuat oleh seorang hakim melalui institusi lembaga peradilan, sebagai lembaga penegak hukum yang memang diberi kewenangan oleh Negara untuk memformalkan sebuah putusan hakim, baik itu pengadilan negeri maupun pengadilan agama.

Sebagai suatu proses, pembuatan putusan tidak pernah terlepas dari individu pembuat itu sendiri. Melihat aktivitas individu seorang hakim tentunya tidak dapat dilihat secara parsial sebagai sosok seorang hakim (karena istilah hakim adalah suatu pemberian istilah atau *labeling* dari Negara bagi seseorang yang memang diberi tugas dan wewenang untuk memproses dan memutus suatu perkara). Individu seorang hakim apalagi menyoroti figur hakim yang pernah memutus perkara KDRT adalah hal yang paling menarik, karena dia mengemban dua peran sekaligus. Pertama, peran sebagai penegak hukum yang tentunya dituntut untuk bertindak obyektif dan adil berdasarkan fakta hukum yang ada. Kedua, peran hakim di ranah keluarga tentunya tidak dapat terlepas dari permasalahan internal keluarga itu sendiri. Pengambilalihan kedua peran tersebut, tentunya juga harus menilik dari *setting* perjalanan hidup hakim tersebut, karena hal ini tentunya akan berperan dalam proses .

Berikutnya adalah bahwa sikap hakim yang seringkali tidak menggambarkan kebebasan dan kemandirian dalam putusan KDRT, hal ini nampak dalam putusan-putusan yang seakan-akan terpaku pada tuntutan Jaksa Penuntut Umum dalam suratuntutannya. Hal ini wajar karena memang secara yuridis diatur oleh Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP), bahwa putusan hakim tidak boleh melebihi dari apa yang dimintakan Penuntut Umum dalam tuntutanannya, sehingga batas maksimal ancaman pidananya tidak terpenuhi, misalnya dapat dilihat dari putusan Pengadilan Tinggi Bandung Nomor 350/Pid.Sus/KDRT/2014/PT.BDG. dimana terdakwa secara sah dan meyakinkan melakukan perbuatan sebagaimana diatur oleh UUPKDRT pasal 44 ayat (1) tetapi dengan menjatuhkan pidana penjara hanya 4 (empat) bulan penjara, padahal ancaman pidana dalam pasal tersebut adalah 5 (lima) tahun.

Cara pandang hakim dalam menyoroti permasalahan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (selanjutnya disebut dengan istilah KDRT), tentunya juga tidak terlepas dari riwayat pengetahuan

dan pengalaman hakim tentang peran perempuan dalam kehidupan bermasyarakat.

Sebagai konsekuensi yuridis Pasal 1 ayat (3) UUDNRI 1945 bahwa negara Indonesia sebagai negara hukum, dimana segala tindakan setiap warga negaranya dan aparaturnya harus berdasarkan hukum, maka pemerintah harus membuktikan dirinya telah menerapkan secara nyata dari prinsip-prinsip pemerintahan yang baik dalam negara hukum (Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, 1981:153, yaitu sebagai berikut:

1. Kepastian hukum atau legalitas dalam arti dalam segala bentuknya;
2. Menjamin/melindungi hak asasi manusia yang mengandung persamaan dalam bidang politik, hukum, sosial, ekonomi dan kebudayaan; dan
3. Peradilan yang bebas dan tidak memihak serta tidak dipengaruhi oleh sesuatu kekuasaan atau kekuatan apapun juga.

Terkait peradilan yang bebas dan tidak memihak serta tidak dipengaruhi oleh sesuatu kekuasaan atau kekuatan apapun juga merupakan implementasi dari asas kemerdekaan dan kemandirian Hakim. Dasar yuridis yang mendasarinya adalah UUDNRI 1945, yaitu Pasal 24 ayat (1) dalam Bab IX tentang Kekuasaan Kehakiman menyebutkan bahwa Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Tahapan penjatuhan putusan yang dijatuhkan oleh Hakim merupakan bagian yang sangat penting. Vonis yang dijatuhkan oleh Hakim tersebut harus dibarengi dengan kuantitas dan kualitas dari Hakim itu sendiri. Kuantitas mensyaratkan adanya keseimbangan antara jumlah Hakim dengan kasus-kasus yang terus menerus semakin meningkat jumlahnya, dan kualitas merujuk kepercayaan diri dari seorang Hakim dalam menjatuhkan vonis atau putusan berdasarkan keyakinan dari dirinya sendiri yang dirasakan adil dan tepat dijatuhkan pada pelaku tindak pidana. Sangat penting untuk dipertimbangkan oleh hakim sebagai pihak terakhir dalam penentuan persidangan, bahwa keadilan yang dimaksud disini adalah keadilan yang bersifat obyektif, sesuai dengan norma yuridis yang mendasari perbuatan pelaku dan sesuai juga dengan keadilan yang hendak dicapai oleh korban yakni terpenuhinya hak-hak korban baik secara formil maupun secara materiil.

Kenyataan yang ada tersebut di atas selalu dilakukan oleh Hakim dalam beracara, ini membuktikan bahwa Hakim tidak memiliki keberanian untuk memutus perkara di luar tuntutan Jaksa Penuntut Umum (yang selanjutnya disebut dengan JPU). Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang selanjutnya disebut dengan UUKK dalam Pasal 1 ayat (1) menyebutkan bahwa Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

Sejak disahkannya Undang-undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (UU PKDRT) pada 22 September 2004, maka secara substansi hukum, secara 'law in book' telah terwujudlah perlindungan hukum pada anggota

rumah tangga, terutama perempuan dan anak yang menjadi korban KDRT. Data Catatan Akhir Tahun 2014 Komisi Nasional Antikekerasan terhadap Perempuan menunjukkan peningkatan jumlah kasus terhadap perempuan sebanyak 20.000 kasus dibandingkan kasus tahun 2013. Akan tetapi, penanganan hukum yang diterima korban umumnya belum berperspektif gender. Menurut Catatan Akhir Tahun 2014, terdapat 293.220 kasus kekerasan terhadap perempuan sepanjang tahun 2014. Sebanyak 68 persen dari kasus tersebut adalah kekerasan domestik dan rumah tangga (KDRT) dengan mayoritas korban ibu rumah tangga dan pelajar. Bentuk-bentuk kekerasan meliputi penelantaran tanggung jawab, penganiayaan jasmani dan psikis, serta pernikahan paksa ataupun pernikahan dini.

Secara empiris masih terdapat hambatan dalam struktur hukum dalam menyelesaikan kasus-kasus KDRT, yakni terkait dengan persepsi dan sikap para penegak hukum. Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan (Komnas Perempuan) mencatat bahwa Pengadilan Negeri (PN) masih lebih sering menggunakan KUHP ketimbang UU No. 23 Tahun 2004 dalam mengadili kasus-kasus kekerasan terhadap perempuan. Padahal, UU No. 23/2004 tentang Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT) tadi dianggap sebagai *lex specialis* terhadap KUHP, meskipun Penuntut Umum menggunakan KUHP sebagai dakwaan alternatif, misalnya dalam Putusan Pengadilan Unaha Nomor 35/Pid.B/2013/PN.Unh.

Kekerasan terhadap perempuan di ranah publik selama ini telah diatur dalam KUHP, khususnya pada Bab XIV Kejahatan Terhadap Kesopanan. Dalam bab ini kekerasan yang diatur antara lain: tentang perbuatan yang melanggar kesusilaan, pornografi, gendak/*overspel*, perkosaan, bersetubuh dengan anak perempuan, pengguguran kandungan, prostitusi, perdagangan/*trafficking* wanita dan sebagainya. Dalam pada itu, KUHP juga mengatur tentang kekerasan dalam rumah tangga, meskipun hanya secara terbatas, antara lain tentang *incest*, menyebabkan atau memudahkan berbagai perbuatan pidana yang korbannya anak kandung, tiri, angkat. Perbuatan yang diatur mulai perbuatan cabul, sampai perkosaan. UU Penghapusan KDRT merupakan undang-undang yang bersifat reformatif terhadap tindak pidana yang berada di ranah domestik. Undang-undang ini mengkategorikannya sebagai perbuatan yang merepresentasikan ketidakadilan gender yang harus dihentikan (Mansour Fakih, 1996: 51) yang dalam KUHP hanya diatur sebagai kejahatan terhadap kesusilaan.

Sementara itu, seharusnya justru hakim (polisi, jaksa, hakim dan advokat) yang menjadi ujung tombak memberikan panutan kepada masyarakat dalam mengimplementasikan UU Penghapusan KDRT, sebagaimana ditunjukkan oleh para hakim perempuan yang memberikan vonis dengan pidana yang lebih tinggi dibandingkan dengan hakim laki-laki dalam kasus kekerasan terhadap perempuan (Aroma Elmina Martha, 2003: 32). Hal semacam ini diharapkan mampu memperbaiki hukum di Indonesia dengan mendakwa dan memvonis pelaku KDRT dengan pasal-pasal dari UU Penghapusan KDRT. Hal ini akan dapat menciptakan budaya hukum yang baru, yaitu yang sensitif dan responsif terhadap kesetaraan dan keadilan gender melalui penerapan *social relations approach* (March Candida, 1999: 105). Sebagai profesional hukum, maka hakim harus menaati dan bersikap

sesuai dengan kode etik yang wajib menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia, termasuk saksi korban, dengan mewujudkan keadilan (Kansil, 2003:43).

Selama ini dalam perkara tertentu, tidak terkecuali dalam perkara KDRT, persidanganhanyamencukupkan apa yang menjadi kebutuhan unsurpasal yang diajukansaja, untukitulah pendekatan hukum progresif ini diperlukan. Kebutuhan akan hukum progresif dengan pendekatan yang komprehensif dan multidisipliner merupakan kata kunci untuk memahami makna dan asumsi yang ada di balik hukum progresif itu sendiri. Paling tidak ada beberapa asumsi yang perlu diperhatikan dalam hukum progresif. Pertama, Hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Kehadiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar.Kalau terjadi permasalahan di bidang hukum, maka hukum harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum. Kedua, Hukum bukan institusi yang mutlak dan final, melainkan dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*)” (Satjipto Rahardjo, 2009: 47). Berdasarkan paparan latar belakang tersebut, maka dapat ditarik suatu rumusan masalah tentang bagaimana putusan hakim perkara KDRTselama ini dan bagaimana konsep model putusan hakim perkara KDRTmelalui pendekatan hukum progresif. Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian kuantitatif, menggunakan paradigma positivisme dengan pendekatan hukum normatif. Penelitian hukum normatif dilakukan untuk menghasilkan argumentasi, teori atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi (Peter Mahmud Marzuki, 2009: 35). Pendekatan dalam penelitian ini meliputi pendekatan konsep atau *conseptual approach*, pendekatan perundang-undangan atau *statute approach*, pendekatan analitis atau *analytical approach*, pendekatan filsafat atau *philosophical approach*dan pendekatan kasus atau *case approach*.

## II. ANALISIS

### A. Refleksi Asas-Asas Hukum Acara Pidana Dalam Putusan KDRT

Asas-asas hukum dalam hal ini perlu untuk diketengahkan karena selama ini proses hukum perkara KDRT selalu terkait dengan asas-asas hukum pidana formil dan hukum pidana materiil. Untuk hukum pidana materiil tidak perlu untuk dianalisis dalam tulisan ini karena penulis berusaha untuk membuat konsep baru terkait modelputusan hakim tentang perkara KDRT. Dengan demikian untuk membuat konsep baru tersebut maka model putusan yang dianalisis berpijak pada asas-asas yang diatur oleh KUHAP. Perlu untuk mendapat penekanan bahwa asas-asas yang dibahas dalam analisis ini adalah yang telah diidentifikasi oleh penulis sebagai konstruksi model putusan hakim tentang perkara KDRT selama ini, dengan demikian penulis mencoba untuk membuat konstruksi yang selama ini ada, dianalisis dengan menggunakan teori-teori yang selama ini ada dalam hukum pidana formil dan kemudian dihasilkan konstruksi baru atas model putusan hakim tentang perkara KDRT yang menggunakan pendekatan hukum progresif.

Penanganan perkara pidana tidak pernah terlepas dari asas-asas hukum acara pidana yang digunakan sebagai landasan dan “petunjuk arah” pelaksanaan penanganan perkara pidana. Asas-

**TABEL 1: ASAS-ASAS DALAM HUKUM PIDANA FORMIL**

NO	ASAS	PENGATUR	SUBSTANSI
1	Asas Persamaan di Muka Hukum ( <i>Equality Before The Law</i> )	Penjelasan umum butir 3a KUHAP	Memberikan perlakuan yang sama, wajar, dan seimbang bagi setiap orang di depan hukum ( <i>gelijkheid van ieder voor de wet</i> ). Tidak adanya perlakuan khusus kepada terdakwa ( <i>forum prevelegiatum</i> ), pengadilan harus mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang.
2	Asas Perintah Tertulis Dari Yang Berwenang	Penangkapan (Pasal 16, 17, 18 dan 19 KUHAP), penahanan dan penangguhannya (Pasal 19-31 KUHAP), penggeledahan (Pasal 32-37 KUHAP), penyitaan (Pasal 38-46 KUHAP)	Tindakan-tindakan seperti penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan harus dilakukan secara yuridis formal dengan bentuk tertulis sesuai kewenangan yang diberikan undang-undang. Apabila tindakan-tindakan tersebut dilakukan secara lisan, maka menjadi batal demi hukum ( <i>van rechtswege nietig/null and void</i> ).
3	Asas Praduga Tak Bersalah ( <i>Presumption of Innocence</i> )	penjelasan umum butir 3c KUHAP yang ada di Bab II	Pengejawantahan asas ini terlihat selama proses peradilan masih berjalan (PN, PT, dan MA) dan belum memperoleh kekuatan hukum tetap ( <i>inkracht van gewijsde</i> ), maka terdakwa belum dapat diklasifikasikan bersalah dan bagi pelakutindak pidana selama proses peradilan pidana itu masih berjalan harus memperoleh hak-haknya sebagaimana diatur oleh UU.
4	Asas Pemberian Ganti Rugi Dan Rehabilitasi Atas Salah Tangkap, Salah Tahan Dan Salah Tuntut	Penjelasan umum butir 3d KUHAP, Pasal 95 ayat (1), Pasal 96 ayat (1), Pasal 97 ayat (1), Pasal 97 ayat (2) KUHAP	apabila seseorang ditangkap, ditahan, dituntut, ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan UU dan atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau penerapan hukum, wajib diberi ganti kerugian dan berhak memperoleh rehabilitasi apabila pengadilan memutus bebas ( <i>vrijspraak/acquittal</i> ) atau lepas dari segala tuntutan hukum ( <i>onslag van alle rechtsvervolging</i> ). Bagi para pejabat penegak hukum yang dengan sengaja atau karena kelalaiannya menyebabkan asas hukum tersebut dilanggar, dituntut, dipidana, dan atau dikenakan hukuman administrasi.
5	Asas Peradilan Cepat, Sederhana, Biaya Ringan, Bebas, Jujur Dan Tidak Memihak	Penjelasan umum butir 3e KUHAP	Urgensi asas ini terkait dengan masalah penanganan terdakwa supaya tidak diperlakukan dan diperiksa sampai berlarut-larut, kemudian memperoleh kepastian prosedural hukum serta proses administrasi biaya perkara yang ringan dan tidak terlalu membebani. Serta asas tidak memihak ( <i>fair trial</i> ) perlu diwujudkan oleh karena sebagai konsekuensi asas negara hukum sehingga hukum dapat mengayomi, melindungi, dan memberikan rasa keadilan bagi seluruh masyarakat.
6	Asas Memperoleh Bantuan Hukum Seluas-Luasnya	penjelasan umum butir 3f KUHAP, (Pasal 35 dan 36 UU No.14 Tahun 1970 jo. Pasal 54, 55 dan 56 KUHAP), Pasal 69 -74 KUHAP	Urgensi asas ini bagi seseorang yang tersangkut perkara pidana wajib diberi kesempatan untuk memperoleh bantuan hukum secara cuma-cuma untuk kepentingan pembelaan dirinya. Bahwa sejak dari mulai menjadi tersangka sampai dengan pengadilan, pelaku tindak pidana wajib memperoleh bantuan hukum.
7	Asas Wajib Diberi Tahu Dakwaan Dan Dasar Hukum Dakwaan Serta Haknya	penjelasan umum butir 3g KUHAP dan Bab XV tentang Penuntutan Pasal 140 ayat (2) dan 143 ayat (4).	Asas ini menentukan adanya kewajiban kepada pejabat yang melakukan penangkapan dan atau penahanan untuk memberitahukan kepada tersangka akan dakwaan dan dasar hukumnya terhadap tindak pidana yang dilakukan tersangka. Selain itu, menentukan juga adanya kewajiban pejabat yang melakukan penangkapan dan atau penahanan untuk memberitahukan tersangka tentang segala haknya termasuk haknya untuk menghubungi dan meminta bantuan hukum.
8	Asas Hadirnya Terdakwa	Penjelasan umum butir 3h KUHAP	Pada hakikatnya asas ini mengatur khususnya ( <i>ius speciale</i> ) terhadap perkara-perkara pidana yang diajukan acara pemeriksaan biasa dan acara pemeriksaan singkat. Selain itu dalam ruang lingkup hukum pidana umum ( <i>ius commune</i> ), yaitu dari visi hak asasi manusia, yakni untuk memberikan perlakuan adil kepada tersangka/terdakwa, kemudian dari visi kepentingan masyarakat diharapkan agar ketentraman, keamanan, dan keseimbangan masyarakat terwujud dengan pelakunya ditindak dan bertanggungjawab atas kesalahannya. Selanjutnya, dari segi yuridis formal untuk memberikan kepastian hukum ( <i>rechts-zekerheid</i> ).
9	Asas Pemeriksaan Dimuka Umum	Penjelasan umum butir 3i KUHAP, Pasal 153 ayat (3) dan (4) KUHAP, Pasal 195 KUHAP	Penggunaan asas ini terkait dengan keterbukaan dari suatu pengadilan ( <i>openbaarheid van het proces</i> ) diperlukan guna menjamin objektivitas pemeriksaan perkara kecuali dalam hal yang diatur dalam undang-undang. oleh karena terhadap semua perkara pidana, putusan hanya sah dan mempunyai kekuatan hukum apabila diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum.

NO	ASAS	PENGATUR	SUBSTANSI
10	Asas Pengawasan Pelaksanaan Putusan	Bab XIX, Pasal 270 KUHP, Bab XX Pasal 277 ayat (1) KUHP	Urgensiasas ini terkait dengan pelaksanaan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap ( <i>inkracht van gewijsde</i> ) dilakukan oleh jaksa, dan kemudian pelaksanaan pengawasan dan pengamatan ini dilakukan oleh ketua pengadilan negeri yang didelegasikan kepada hakim yang diberi tugas khusus untuk membantu ketua dalam melakukan pengawasan dan pengamatan yang disebut dengan istilah "hakim pengawas dan pengamat" ataudisingkat dengan sebutan "hakim wasmat" atau "kimwasmat".

asas dalam hukum acara pidana tersebut meliputi :

(Lihat Tabel 1)

Kesepuluh asas-asas hukum yang terdapat dalam hukum acara pidana tersebut dapat direfleksikan sebagai cerminan paradigma positivisme hakim untuk mencapai keadilan yang berkepastian hukum dalam rangka mengungkapkan kasus-kasus pidana guna menemukan kebenaran materiil. Selain asas-asas yang dianut oleh penegak hukum dalam hukum acara pidana, sangat penting pula dikemukakan asas-asas kekuasaan kehakiman, dengan pertimbangan bahwa asas ini merupakan refleksi dari kokohnya tembok positivisme di kalangan hakim dalam memutus perkara KDRT khususnya. Proses terakhir dalam penanganan perkara pidana yaitu mengenai putusan mengenai berat atau ringannya hukuman yang dijatuhkan oleh hakim. Seorang hakim dalam menjatuhkan putusan berpegang dan berdasarkan pada asas yang berlaku. Diantaranya tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) UUKK Bab I tentang ketentuan umum, yakni Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

Hal ini jelas sejalan dengan penjiwaan dari UUD RI 1945 khususnya yang tercantum dalam Pasal 24 ayat (1) yang menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum, yang salah satu prinsip penting dari negara hukum adalah adanya jaminan penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka, bebas dari pengaruh kekuasaan lainnya untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

a. Selanjutnya mengenai asas-asas penyelenggaraan kekuasaan kehakiman diatur pula dalam Pasal 3 ayat (1) Bab II tentang asas penyelenggaraan kekuasaan kehakiman, yakni Dalam menjalankan tugas dan fungsinya, hakim dan hakim konstitusi wajib menjaga kemandirian peradilan.

Pasal tersebut mengisyaratkan bahwa setiap kali hakim dalam menjalankan tugas dan fungsinya harus selalu menjaga kemandirian peradilan, dimana maksud dari kemandirian peradilan disini adalah bebas dari campur tangan pihak luar dan bebas dari segala bentuk tekanan, baik fisik maupun psikis. Selain itu, dalam melaksanakan peradilan, hakim itu pada dasarnya bebas, yaitu bebas dalam/untuk memeriksa dan mengadili perkara, serta bebas untuk menentukan sendiri cara-cara memeriksa dan mengadili (Rusli Muhammad, 2010: 36).

b. Kemudian, Pasal 6 ayat (2) menyebutkan bahwa: "Tidak ada seorang pun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan karena alat pembuktian yang sah menurut undang-undang, mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggung jawab, telah bersalah

atas perbuatan yang didakwakan atas dirinya.”

Pernyataan dari pasal tersebut sangat berbanding terbalik dengan penjiwaan dari UUD RI 1945 yang secara gamblang menyatakan bahwa hakim dalam memutus perkara harus bersikap mandiri. Namun dalam pasal ini menyatakan bahwa hakim dalam memutus perkara harus berdasarkan surat dakwaan. Hal ini jelas menggambarkan bahwa terjadi ketimpangan dalam UUKK itu sendiri yang secara khusus mengatur mengenai penyelenggaraan kekuasaan kehakiman.

c. Asas Kebebasan Hakim

Asas ini dijamin di dalam peraturan perundang-undangan, yaitu Pasal 1 UUKKh menegaskan: “Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia”. Oleh karena itu dalam melaksanakan tugasnya hakim sebagai kekuasaan yang merdeka harus bebas dari segala campur tangan pihak manapun juga, baik intern maupun ekstern sehingga hakim dapat dengan tenang memberikan putusan yang seadil-adilnya. Kekuasaan kehakiman yang merdeka menjadi ideologi yang universal masa kini dan masa datang.

Meskipun demikian kebebasan hakim dalam melaksanakan wewenang *judicieel* tidaklah mutlak sifatnya. Secara mikro, hakim dibatasi oleh Pancasila, UUD 1945, Peraturan perundang-undangan, ketertiban umum, kesusilaan, dan perilaku atau kepentingan para pihak. Sedangkan secara makro hakim dibatasi oleh sistem pemerintahan, politik, ekonomi dan sebagainya.

d. Hakim Bersifat Menunggu

Asas ini berarti bahwa inisiatif berperkara di pengadilan ada pada pihak-pihak yang berkepentingan, sedangkan hakim bersikap menunggu datangnya tuntutan hak diajukan kepadanya (*iudex ne procedat ex officio*). Jadi akan ada proses atau tidak, ada tuntutan hak atau tidak diserahkan sepenuhnya kepada pihak-pihak yang berkepentingan. Oleh karena itu dalam suatu perkara perdata, selama keterlibatan hakim tidak dimintakan oleh pihak yang merasa dirugikan ia tidak dapat turut campur menangani dan memutuskan perkaranya.

Hal ini karena hukum acara perdata hanya mengatur cara-cara bagaimana para pihak mempertahankan kepentingan pribadinya. Berbeda dengan hukum acara pidana yang mengatur cara-cara bagaimana mempertahankan kepentingan publik, maka inisiatif berperkara dilakukan oleh pemerintah yang diwakili jaksa sebagai penuntut umum dan alat-alat perlengkapan negara lainnya (kepolisian).

e. Pemeriksaan Berlangsung Terbuka

Asas ini dapat dijumpai dalam Pasal 19 ayat (1) UU No.4 Tahun 2004 yang menyebutkan: “Sidang pemeriksaan pengadilan adalah terbuka untuk umum, kecuali apabila undang-undang menentukan lain”. Hal ini berarti bahwa setiap orang boleh hadir, mendengar dan menyaksikan jalannya pemeriksaan perkara di pengadilan. Tujuan asas ini adalah untuk menjamin pelaksanaan peradilan yang tidak memihak, adil dan serta untuk melindungi hak asasi manusia

dalam bidang peradilan, sesuai peraturan hukum yang berlaku. Asas ini membuka *social control* dari masyarakat, yaitu dengan meletakkan peradilan di bawah pengawasan umum.

f. Hakim Aktif

Hakim selaku pimpinan sidang harus aktif memimpin jalannya persidangan sehingga berjalan lancar. Hakimlah yang menentukan pemanggilan, menetapkan hari persidangan serta memerintahkan supaya alat-alat bukti yang diperlukan disampaikan dalam persidangan. Hakim juga berwenang memberikan nasihat, mengupayakan perdamaian, menunjukkan upaya-upaya hukum dan memberikan keterangan kepada pihak-pihak yang berperkara.

g. Asas Hakim Bersifat Pasif (*Tut Wuri*)

Pada asas ini, hakim hanya membantu para pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan (Pasal 4 ayat (2) UUKKh).

h. Asas Kesamaan (*Audi et Alteram Partem*)

Selama proses peradilan, para pihak yang berperkara harus diperlakukan dan diberi kesempatan yang sama dan adil untuk membela dan melindungi kepentingan yang bersangkutan. Asas ini juga menghendaki adanya keseimbangan prosesuil dalam pemeriksaan. Oleh karena itu hakim tidak boleh menerima keterangan dari salah satu pihak sebagai suatu yang benar, tanpa mendengar atau memberi kesempatan pihak lain untuk menyampaikan pendapatnya. Demikian pula pengajuan alat bukti harus dilakukan di muka sidang yang dihadiri kedua belah pihak (Pasal 121 UUKKh).

i. Asas Obyektivitas

Asas ini terdapat dalam Pasal 5 ayat (1) UUKKh, yang menyebutkan bahwa Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang. Maksudnya tidak lain bahwa di dalam memeriksa dan memberikan putusan, hakim harus obyektif dan tidak boleh memihak/*apriori* kepada pihak tertentu.

Salah satu upaya untuk mewujudkan obyektivitas hakim, undang-undang menyediakan hak bagi pihak yang diadili, yang disebut hak ingkar (*recusatie/wraking*), yaitu hak seseorang yang diadili untuk mengajukan keberatan yang disertai alasan-alasan terhadap seorang hakim yang akan mengadili perkaranya (Pasal 29 ayat (1)). Alasan pihak yang diadili mengajukan keberatan, karena ada hubungan keluarga sedarah sampai derajat ketiga atau semenda antara seorang hakim dengan ketua, hubungan keluarga sedarah sampai derajat ketiga atau semenda dengan yang diadili, maka ia wajib mengundurkan diri (Pasal ayat (3)).

j. Putusan Disertai Alasan (*Motiverings Plicht*)

Pasal 25 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004 menegaskan bahwa segala putusan pengadilan harus memuat alasan dan dasar putusan tersebut, memuat pula pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili. Oleh karena itu menjadi kewajiban hakim untuk memberikan pertimbangan yang cukup pada putusan yang dijatuhkan. Hal ini dimaksudkan untuk menjaga

supaya jangan sampai terjadi perbuatan sewenang-wenang dari hakim. Putusan yang tidak lengkap pertimbangannya merupakan alasan untuk mengajukan kasasi dan putusan tersebut harus dibatalkan, karena ada alasan-alasan inilah suatu putusan mempunyai wibawa, nilai ilmiah dan obyektif.

Bahwa poin (d) sampai (k) tersebut merupakan asas-asas umum peradilan yang baik (Bambang Sutiyo dan Sri Hastiti Puspitasari, 2005: 66). Asas-asas tersebut diharapkan tujuan dari proses peradilan pidana dapat tercapai, yaitu untuk memberikan keadilan, kepastian hukum terhadap peristiwa hukum yang terjadi antara para pihak dengan putusan pengadilan, serta tercapainya kemanfaatan yang sebesar-besarnya untuk masyarakat. Diharapkan pula dengan putusan pengadilan yang baik, pihak-pihak yang berperkara akan mendapatkan keadilan serta hak-hak dan kepentingannya yang dilanggar dapat dipulihkan sebagaimana mestinya.

Terkait dengan asas-asas umum peradilan yang baik tersebut, perlu kita pahami juga mengenai pengertian kemandirian hukum dan pengadilan. Makna dari istilah kemandirian hukum itu sendiri tidak dapat diartikan sebagai kemandirian yang mutlak, melainkan kemandirian hukum harus dipandang sebagai kemandirian sistem hukum secara utuh, yang mencakup tiga unsur sistem hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh Lawrence M. Friedman, yaitu substansi (aturan hukum, struktur (pranata hukum dan aparatnya) serta kultur hukum. Konsep kemandirian hukum, pengadilan dan hakim berkaitan dengan empat atribut hukum yang membedakannya dengan norma-norma kemasyarakatan lain, sesuai konsep dari Leopold Pospisil tentang "*The Attributes of Law*". Empat atribut hukum tersebut, yaitu (Achmad Ali, 2004: 207-207):

a. *Attribute of authority*

Bahwa hukum merupakan putusan-putusan dari pihak-pihak yang berkuasa dalam masyarakat, putusan-putusan mana ditujukan untuk mengatasi ketegangan-ketegangan yang terjadi di dalam masyarakat;

b. *Attribute of intention of universal application*

Bahwa putusan-putusan yang mempunyai daya jangkau yang panjang untuk masa depan;

c. *Attribute of obligation*

Merupakan ciri yang berarti bahwa putusan-putusan pengawasan yang harus berisi kewajiban-kewajiban pihak pertama terhadap pihak kedua dan sebaliknya, yang dalam hal ini semua pihak harus masih dalam keadaan hidup;

d. *Attribute of sanction*

Menentukan bahwa putusan-putusan dari pihak yang berkuasa harus dikuatkan dengan sanksi, yang didasarkan pada kekuasaan masyarakat yang nyata.

Hal ini berarti kemandirian hukum, pengadilan dan hakim adalah adanya kemampuan hukum, atau pengadilan atau hakim untuk mewujudkan keempat atribut hukum itu dalam kenyataan. Selain itu, kemandirian hukum disini dimana hukum juga harus dapat memproduksi dirinya sendiri dari waktu ke waktu dan memelihara identitasnya sendiri, dengan kata lain bahwa hukum

tang bersifat mandiri mampu menyediakan cara-cara berpikir dan cara-cara bertindak yang terbebas dari kekuatan-kekuatan yang sifatnya non-hukum. Kadar kemandirian hukum disini berarti hukum dalam penegakkan hak-hak, kewajiban-kewajiban dan norma-norma tindakan yang independen terhadap status dari kelompok-kelompok yang berbeda di dalam masyarakat. Kemerdekaan dan kemandirian hakim yang bertumpu pada norma-norma yuridis merupakan salah satu refleksi dari hukum progresif, karena dengan kemandirian dan kebebasan hakim inilah tujuan hukum dapat tercapai dengan seimbang tanpa meninggalkan landasan yuridis yang ada, sehingga putusan yang dihasilkan oleh hakim tidak lagi berfungsi dari kepanjangan sebuah undang-undang tetapi juga merupakan perwujudan dari dinamika dan kebutuhan masyarakat pada saat itu.

## **B. Konsep Model Putusan Hakim Perkara KDRT Melalui Pendekatan Hukum Progresif**

Kebutuhan akan hukum progresif dengan pendekatan yang komprehensif dan multidisipliner merupakan kata kunci untuk memahami asumsi yang ada di balik hukum progresif itu sendiri. Paling tidak ada beberapa asumsi yang perlu diperhatikan dalam hukum progresif. Pertama, Hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Kehadiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar. Kalau terjadi permasalahan di bidang hukum, maka hukum harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum. Kedua, Hukum bukan institusi yang mutlak dan final, melainkan dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*).

Terdapat beberapa kebersinggungan hukum progresif dengan beberapa teori. Pertama, teori hukum responsif dengan tokohnya Nonet & Selznick yang menginginkan agar hukum peka terhadap setiap perkembangan masyarakat. Salah satu ciri yang menonjol dari teori hukum responsif ini ialah menawarkan lebih dari sekadar *procedural justice*, namun lebih berorientasi pada keadilan dengan memperhatikan kepentingan umum. Teori ini lebih menekankan pada *substantial justice*. Persoalan keadilan lebih dipahami sebagai *quid ius*, bukan *quid iuris*. Kedua, teori hukum realis atau *legal realism* yang ditokohi Oliver Wendell Holmes yang terkenal dengan adagium "*The life of the law has not been logic; it has been experience*". Bahwasanya hukum tidak sebatas logika, melainkan lebih pada pengalaman. Hukum tidak dilihat dari kacamata hukum itu sendiri, melainkan lebih dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai, serta akibat yang ditimbulkan dari cara bekerjanya hukum. Pemahaman atas hukum tidak hanya bersifat tekstual, melainkan melampaui dokumen hukum.

Ketiga, *sociological jurisprudence* yang ditokohi Roscoe Pound mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan, tetapi juga melihat efek dan bekerjanya hukum (*law as a tool for social engineering*). Hukum merupakan alat rekayasa sosial. Keempat, hukum alam (*natural law*) yang memberi penjelasan tentang hal-hal yang meta-juridical atau sesuatu di balik hukum. Hukum alam memandang hukum tidak terlepas dari nilai-nilai moral yang bersifat transendental. Kelima, studi hukum kritis (*critical legal studies*) yang ditokohi Roberto M. Unger. Mazhab ini tidak puas dengan hukum modern yang sarat dengan prosedur. Gerakan studi hukum kritis telah menggerogoti

gagasan pokok pemikiran hukum moderen dan menyodorkan satu konsepsi hukum yang secara tak langsung mengenai masyarakat dan memberi gambaran tentang satu praktek politik. Dua perhatian yang paling menonjol dari gerakan ini ialah kritik terhadap formalisme dan objektivisme.

Pengaitan hukum progresif dengan kelima teori hukum pendahulunya ini cukup beralasan (*Rationis sufficientis*), karena dinamika masyarakat yang ditangkap oleh berbagai teori hukum yang telah mengemuka tentu mengalami perubahan yang signifikan. Di samping itu sebuah teori dalam disiplin ilmu apa pun hanya dipandang sebagai bentuk kebenaran sementara (meminjam prinsip Falsifiable Karl Popper) sebelum ditemukan teori lain yang dipandang lebih *sophisticated*. Kesadaran akan hukum sebagai sebuah proses untuk terus menjadi, melahirkan kesadaran baru hukum harus terus menerus mencari jati diri. Ibarat ular yang terus berganti kulit, maka diperlukan keterbukaan wawasan dari para pakar hukum untuk terus melangkah ke arah idealisme hukum dan melawan bentuk kemandegan hukum dan pendewaan atas berhala teoritis dalam panggung ilmiah (Francis Bacon menyebutnya dengan istilah *Idola Theatri*).

Inti pokok program yang perlu dipertahankan dalam hukum progresif adalah hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Adagium bahwa hukum adalah untuk manusia perlu dipertahankan dari berbagai bentuk *falsifiable* agar kedudukan hukum sebagai alat (*tool*) untuk mencapai sesuatu, bukan sebagai tujuan yang sudah final. Apa yang dimaksud dengan *falsifiable* disini meminjam istilah Popper, yaitu sebuah hipotesis atau teori hanya diterima sebagai kebenaran sementara sejauh belum ditemukan kesalahannya. Semakin sulit ditemukan kesalahannya, maka hipotesis atau teori itu justru mengalami pengukuhan (*corroboration*).

Asas kemerdekaan dan kemandirian yang tercermin dalam setiap putusan pengadilan mempunyai *core* adanya hakekat putusan yang dihasilkan harus dapat dipertanggungjawabkan baik secara vertikal maupun secara horizontal. Secara vertikal Bangsa Indonesia menyatakan kepercayaannya dan ketaqwaannya terhadap Tuhan Yang Maha Esa. Bangsa Indonesia sebagai bangsa ber-Tuhan sejak semula merasakan betapa pentingnya keadilan di alam merdeka, sehingga meletakkan keadilan sebagai cita-cita perjuangan bangsa yang dijadikan sebagai salah satu tujuan pembangunan, yakni dalam mewujudkan suatu masyarakat yang adil dan makmur yang merata secara material dan spiritual berdasarkan Pancasila. Pertanggungjawaban secara vertikal ini akan mengingatkan setiap kehidupan manusia akan adanya kewajiban pada sang Pencipta.

Secara horisontal putusan yang dihasilkanpun juga dapat dipertanggungjawabkan secara moral kepada manusia sesuai dengan tujuan hukum itu sendiri. Pancasila dalam konteks ketatanegaraan tersistematisasikan dalam pokok-pokok pikiran yang tercantum dalam UUD RI 1945. Pokok-pokok pikiran tersebut meliputi suasana kebatinan dari UUD RI 1945 dan mewujudkan cita hukum (*Rechtsidee*) yang menguasai hukum dasar negara, baik hukum yang tertulis maupun yang tidak tertulis, sehingga berpengaruh/menjiwai batang tubuh/pasal UUD RI 1945 dan semua produk hukum yang berada di bawahnya.

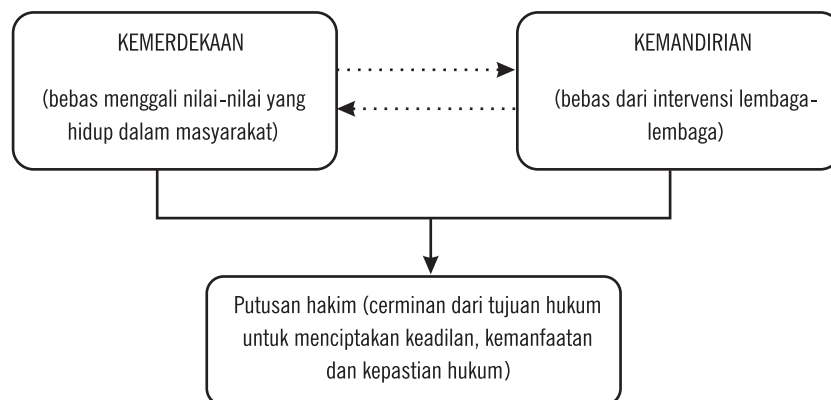
Hakekat kemerdekaan hakim<sup>12</sup> adalah jika seorang hakim dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bebas dalam menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum<sup>13</sup> yang hidup

dalam masyarakat serta bebas dari berbagai pengaruh dan berbagai kepentingan baik dari dalam maupun dari luar, termasuk kepentingan dirinya sendiri demi tegaknya hukum dan keadilan.

Sifat merdeka menunjukkan kemandirian hakim dalam memutuskan perkara yang dihadapkan padanya tanpa campur tangan pihak lain, baik eksekutif maupun legislatif atau lainnya, namun kemerdekaan hakim tidaklah bersifat mutlak, tetapi dibatasi oleh hukum yang berlaku, dalam artian disamping dipengaruhi oleh integritas dirinya dalam menetapkan apa yang adil dan tidak adil, hakim harus memutus sesuai dengan apa yang dipandang adil oleh hukum. Terkait dengan kemerdekaan dan kemandirian hakim tersebut, dalam hal ini akan membahas seluruh proses penegakan hukum pidana mengenai perkara KDRT.

Secara makro kemerdekaan dan kemandirian memiliki rujukan yang sama. Kemandirian disini merujuk pada istilah merdeka dalam arti bebas dari campur tangan lembaga-lembaga negara. Tetapi secara mikro di fokuskan pada pelaksanaan dari hukum acara pidana yang dalam hal ini lebih dikhususkan pada proses pembuatan atau mekanisme putusan hakim. Bentuk-bentuk putusan hakim inilah yang secara ideal dapat mendeskripsikan pemenuhan tujuan hukum progresif itu sendiri. Berikut adalah konstruksi terkait dengan asas kemerdekaan dan kemandirian dalam putusan hakim

#### BAGAN 1: KONSEPHUKUM PROGRESIF MELALUI ASAS KEMERDEKAAN DAN KEMANDIRIANDALAM PUTUSAN HAKIM



Sumber : Bahan Hukum Sekunder, diolah, 2015.

Kekuasaan Kehakiman yang dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan-badan peradilan di bawahnya, sudah tentu membutuhkan kebebasan dari segala bentuk pengaruh badan-badan kenegaraan lainnya, sebab begitu pentingnya dan urgensinya lembaga ini untuk mengemban tugas dalam penegakan hukum yang berintikan keadilan. Kemandirian pengadilan tidak lain adalah kebebasan, dapat pula disebut *independence* adalah mengandung di dalamnya kebebasan dalam menjalankan tugas peradilanannya. Kebebasan yang demikian ini identik dengan kebebasan yang dirumuskan dalam perundang-undangan Indonesia, yakni “kebebasan dalam melaksanakan wewenang *judicieel*”. Selain itu, kekuasaan kehakiman yang merdeka dan mandiri harus pula

terwujud dalam keseluruhan proses penegakan hukum pidana. Artinya keseluruhan kekuasaan kehakiman di bidang penegakan hukum pidana (yaitu “kekuasaan penyidikan”, “kekuasaan penuntutan”, “kekuasaan mengadili”, dan kekuasaan eksekusi pidana) seharusnya merdeka dan mandiri terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah/eksekutif (Barda Nawawi Arief, 1999: 3).

Penekanan asas kemerdekaan dan kemandirian terhadap wewenang hakim menjatuhkan putusan dalam analisis dan pembahasan tulisan ini dititikberatkan pada proses implementasi wewenang *judicieel* yang meliputi kekuasaan untuk mengadili, berporos pada hukum pembuktian selama proses persidangan, yakni hakim dalam menjatuhkan putusan berawal dan bersumber dari bukti-bukti formil (keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk, dan keterangan terdakwa) dan materiil (perbuatan-perbuatan manakah yang dapat dianggap terbukti, apakah terdakwa telah terbukti bersalah atas perbuatan yang didakwakan kepadanya, delik apa yang dilakukan sehubungan dengan perbuatan-perbuatan itu, dan pidana apakah yang harus dijatuhkan kepada terdakwa) persidangan.

Demi tercapainya tujuan hukum yang di cita-citakan yaitu kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan dalam konsep asas kemerdekaan dan kemandirian putusan hakim tidak begitu saja terbentuk, tetapi mengalami perjalanan yang panjang. Selama perjalanan tersebut terjadi kesulitan-kesulitan dalam memahami hukum itu sendiri, yaitu berpikir mengenai hukum dengan cara yang telah ditentukan dalam ilmu hukum, mengaitkan satu sama lain, sebab dengan sebab lainnya, yang satu dengan hal yang timbul karenanya. Alam berpikir hukum adalah berpikir khas, dengan karakteristik yang tidak ditemui dalam cara-cara berpikir yang lain.

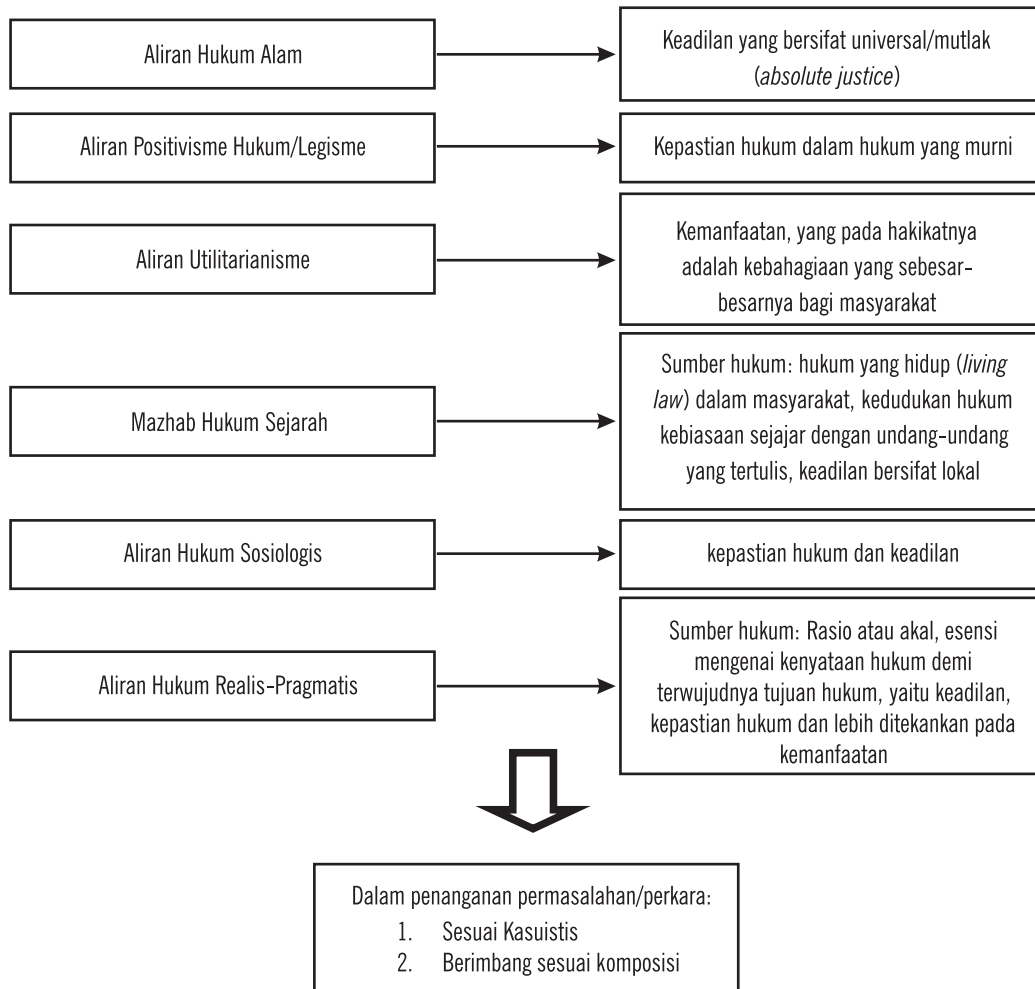
Alam berpikir hukum sebagaimana dijelaskan di atas tidak dapat dilepaskan dari kaidah-kaidah logika, yaitu kaidah untuk berpikir dengan benar dan baik. Pembahasan kali ini akan melakukan pendekatan terhadap cara pandang dan metode yang digunakan, yaitu mencoba merefleksikan pemikiran-pemikiran beberapa aliran/mazhab hukum yang bersumber dari cara-cara berpikir para ahli hukum atau filsuf yang telah menghasilkan ide-ide mengenai hukum.

Supaya lebih jelas lagi mengenai perkembangan dari pemikiran para ahli hukum atau filsuf tersebut, dapat dipahami melalui bagan yang ada di bawah berikut ini:

(Lihat Bagan)

Berdasarkan bagan 12, yang mengawali perjalanan perkembangan dari Pemikiran para ahli hukum atau filsuf tersebut dimulai oleh Aliran Hukum Alam atau juga disebut dengan aliran hukum kodrat. Aliran ini berintikan kepada suatu keyakinan hukum yang baik adalah hukum yang berlaku universal dan abadi. Hukum kodrat tersebut dapat diturunkan dari Tuhan secara langsung, sebagaimana direkomendasikan oleh penganut aliran hukum kodrat yang irrasional. Terdapat pula aliran hukum kodrat yang rasional, yang menyatakan sumber hukum kodrat tersebut bukan lagi dari Tuhan secara langsung, melainkan bersumber dari rasio manusia sendiri.

Aliran hukum kodrat yang rasional menunjuk kepada asas-asas hukum yang memang telah diterima secara universal. Prinsip-prinsip hukum seperti “kebebasan berkontrak” sudah menjadi asas yang diadopsi di berbagai sistem hukum, dan tampaknya tetap aktual karena sejalan dengan

**BAGAN 2: DINAMIKA DAN PERKEMBANGAN MENGENAI MASALAH FILSAFAT HUKUM**

rasio manusia.

Oleh karena aspek universalitasnya itu, tidak mengherankan apabila aturan-aturan normatif dalam hukum kodrat memang sangat abstrak. Sebagai konsekuensinya, ketika diimplementasikan dalam peristiwa hukum tertentu, sering ditemukan hambatan-hambatan. Tampaknya kepastian hukum memang bukan menjadi tujuan aliran ini. Keadilan yang bersifat universal/mutlak (*absolute justice*), itulah yang didambakannya.

Terkait dengan hal tersebut di atas, untuk menjawab kebutuhan adanya kepastian hukum itu lalu muncul Aliran Positivisme Hukum. Menurut aliran ini, hukum adalah perintah dari penguasa (*Law is a command of law givers*). Aliran ini mengidentikkan hukum dengan undang-undang. Tidak ada hukum di luar undang-undang, sehingga dengan sendirinya, sumber hukum satu-satunya adalah undang-undang (dalam arti materiil). Tugas aparat hukum, khususnya hakim, adalah menjadi “corong” dari undang-undang. Tentu saja gagasan aliran ini baru dapat berjalan dengan baik apabila diasumsikan kodifikasi-kodifikasi hukum sudah lengkap mengatur segala hal.

Pembentukan undang-undang juga wajib berjalan lancar agar tidak terjadi kevakuman hukum.

Tetapi, asumsi undang-undang itu lengkap memang tidak mungkin terjadi dalam kenyataannya. Kreativitas diperlukan oleh penegak hukum, terutama hakim, dalam melakukan terobosan-terobosan. Apa yang disebut dengan penemuan hukum (*rechtsvinding*) adalah salah satu bentuk terobosan yang dimaksud.

Aliran positivisme hukum dalam menelaah suatu permasalahan, berusaha memberikan pertimbangan-pertimbangan yang murni hukum. Sebab hukum disadari sudah dimasuki berbagai anasir yang non-hukum, maka hukum itu harus dibersihkan terlebih dahulu. Sehingga hasilnya adalah hukum yang murni. Hukum yang murni inilah yang dapat dianalisis secara baik.

Hukum yang murni tidak berkaitan langsung dengan nilai-nilai keadilan dan kemanfaatan, melainkan berkaitan dengan kepastian hukum. Oleh karena persoalan keadilan tidak berada dalam wilayah (ilmu) hukum, melainkan filsafat hukum. Sedangkan kemanfaatan ada dalam area sosiologi hukum. Demikianlah pandangan positivisme hukum tersebut.

Rupanya kepastian hukum yang diperjuangkan sebagai satu-satunya tujuan hukum oleh positivisme hukum itu dalam berbagai kesempatan justru menjadi bumerang bagi masyarakat umumnya. Hal ini disebabkan karena penguasa diberi kewenangan untuk menetapkan hukum, maka dengan sendirinya kepentingan penguasa pula yang lebih banyak ditonjolkan. Cita-cita untuk memperoleh persamaan kedudukan di hadapan hukum, sering lebih terkesan sebagai utopia.

Pertanyaan selanjutnya yang akan timbul mengenai bagaimana hukum yang baik itu. Aliran Utilitarianisme memberikan alternatif jawabannya. Menurut aliran ini, hukum yang baik adalah hukum yang dapat memberikan kemanfaatan untuk sebesar-besarnya masyarakat. Basis aliran ini sebenarnya masih dalam satu atap dengan positivisme hukum. Artinya, mereka masih mengandalkan kepada penguasa untuk menetapkan hukum, namun dengan catatan, hukum produk penguasa itu bisa baik dan bisa pula buruk. Baik buruk suatu hukum tentu tidak dapat begitu saja disimpulkan hanya dengan melihat rumusan normanya, maka dari itu diperlukan serangkaian peristiwa hukum yang konkret sebagai *test-cases*. Berawal dari pengalaman (empirik) itulah dapat diketahui, suatu produk hukum itu baik atau buruk.

Apabila indikator baik buruk suatu hukum baru dapat ditentukan setelah ada pengalaman, tentu akan menimbulkan pertanyaan-pertanyaan besar terkait peristiwa-peristiwa (empirik) tersebut yang digunakan sebagai indikator untuk menyimpulkan apakah suatu produk hukum itu baik atau buruk. Maka dari itu, muncul cara berpikir yang diperagakan oleh Mazhab Hukum Sejarah yang agaknya mampu mengantisipasi pertanyaan tersebut di atas. Menurut aliran ini, hukum tidak perlu dibuat oleh penguasa. Hukum itu tumbuh sendiri bersama masyarakat. Artinya, masyarakat itu sendirilah yang menentukan mana hukum yang baik dan yang buruk. Senada dalam perjalanan hidup bermasyarakat, proses seleksi itu pastilah sudah berjalan dengan alamiah.

Bermula dari titik ini sebenarnya kita dapat melihat betapa mazhab sejarah mulai mendekati pemikiran aliran hukum kodrat. Perbedaannya yaitu, pada aliran hukum kodrat, nilai-nilai dalam hukum itu diproyeksikan secara universal, sementara pada mazhab sejarah lebih bersifat lokal.

Pelopornya yaitu Von Savigny (1770-1861) dengan pemikirannya yaitu “hukum tidak dibuat, tetapi tumbuh dan berkembang bersama masyarakat.” Selain itu von Savigny menggunakan satu istilah yang menunjukkan adanya jiwa rakyat (*volksgeist*) pada setiap bangsa. Hal ini jelas konsep universalitas hukum, dalam kaca mata Von Savigny sangat tidak masuk akal, dan sebagai gantinya ia memperkenalkan konsep nasionalitas.

Sumber hukum yang utama menurut mazhab sejarah adalah kebiasaan. Sumber hukum ini jelas tidak memerlukan pengujian lagi karena telah menjalani proses sosialisasi yang panjang, yaitu hukum yang hidup (*living law*) dan telah berlaku secara sosiologis.

Konsep mazhab sejarah dalam lingkup masyarakat yang susunannya sederhana, barangkali dapat diterima dengan baik. Persoalan muncul tatkala konsep ini akan diterapkan untuk masyarakat yang pluralistis dengan pola kebiasaan yang berbeda. Penentuan *Volksgeist*-nya saja mungkin akan memeras energi yang besar, sehingga pada ujung-ujungnya akan diserahkan pada kepentingan pihak yang paling berkuasa pula. Apabila demikian halnya, hasil akhir mazhab sejarah mungkin tidak berbeda jauh dengan positivisme hukum.

Mazhab sejarah, pada dasarnya tidak menghendaki adanya unifikasi hukum. Setiap masyarakat dapat hidup dalam norma hukum yang mereka ciptakan sendiri melalui perjalanan sejarah kehidupannya. Tentu saja intensitas penciptaan norma-norma kebiasaan yang khas dan teruji itu akan semakin berkurang seiring dengan meningkatnya frekuensi interaksi antar individu, antara individu dan kelompok, dan antar kelompok sosial yang berlainan.

Aliran yang memiliki pemikiran yang hampir sejalan dengan mazhab sejarah, yaitu Aliran Hukum Sosiologis/*Sociological Jurisprudence* merupakan aliran yang memberikan perhatian sama pentingnya kepada faktor-faktor penciptaan dan pemberlakuan hukum, yaitu masyarakat dan hukum. Pokok pikiran aliran ini memiliki perbedaan yang tajam dengan aliran positivis, mazhab sejarah dan hukum alam, dalam hal menempatkan masyarakat dan hukum sebagai konsep pemikiran diantara mereka.

Aliran ini lebih mengarah kepada kenyataan daripada kedudukan dan fungsi hukum dalam masyarakat. Arah pikiran ini dapat ditelusuri melalui konsep-konsep yang dicetuskan oleh pemikir-pemikir terkenal yang paling berpengaruh yaitu Erhlich dan Roscoe Pound, dengan prinsip pemikir: “Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat”. Rumusan demikian itu menunjukkan kompromi yang cermat antara hukum tertulis sebagai masyarakat hukum demi adanya kepastian hukum dan *living law* sebagai wujud penghargaan terhadap pentingnya peranan masyarakat dalam pembentukan hukum dan orientasi hukum.

Perhatian aliran ini jauh berkembang dibandingkan dengan mazhab sejarah, karena tidak hanya sekedar pada esensi hukum, tetapi juga esensi perkembangan hukum. Menurut Roscoe Pound tugas utama hukum adalah rekayasa sosial, dengan fungsi utama antara lain untuk melindungi kepentingan, yaitu kepentingan umum, kepentingan sosial, dan kepentingan pribadi secara seimbang. Keseimbangan yang harmonis inilah yang merupakan hakikat dari keadilan, sehingga prinsip dalam aliran ini ditekankan mengenai pentingnya keseimbangan antara kekuasaan

formal dan kekuasaan yang hidup di masyarakat, yaitu kepentingan penguasa dengan kepentingan masyarakat. Serta juga menekankan pada masalah evaluasi hukum (kualifikasi hukum yang baik), kedudukan hukum tertulis dan tidak tertulis, fungsi hukum sebagai sarana rekayasa sosial dengan perkembangan hukum yang baik, dan cara penerapan hukum.

Selanjutnya, muncul aliran baru dalam filsafat hukum yang diilhami oleh timbulnya kesulitan dalam menentukan pola-pola umum (kebiasaan) dari sikap dan perilaku masyarakat tanpa melihat langsung peristiwa konkret yang terjadi dalam mazhab sejarah, yaitu Aliran Realisme Hukum. Aliran ini memandang setiap kasus hukum sebagai sesuatu yang berdiri sendiri. Peristiwa konkret itulah yang menentukan hukumnya, bukan oleh hukum kodrat, undang-undang, atau kebiasaan.

Berpijak dalam derajat yang lebih tinggi, realisme hukum lalu berpuncak pada penolakan sama sekali terhadap otoritas undang-undang yang selama ini dipandang melebihi sumber-sumber formal hukum lainnya. Tidak ada kedudukan yang lebih tinggi daripada yang lain. Semua diserahkan kepada keyakinan hakim. Sebab, kepadanya peristiwa konkret itu dipercayakan dan keputusannya harus diasumsikan sebagai hukum yang terbaik untuk kasus tersebut. Mungkin keputusan itu belum mencerminkan keadilan yang diharapkan oleh masyarakat, atau bahkan menyimpang dari kepastian hukum yang diletakkan undang-undang, namun bagi hakim keputusannya adalah bermanfaat, khususnya kepada para pihak yang berperkara.

Cara pandang seperti dikemukakan di atas tidak semata-mata terjadi dalam kasus-kasus perdata. Realisme hukum, yang kemudian berpuncak pada *Freirechtslehre* di Amerika Serikat, juga telah menambah kasus-kasus pidana. Itulah sebabnya, kompromi dalam penetapan sanksi pidana antara penuntut umum dan terdakwa, misalnya, dianggap sebagai sesuatu yang lazim sepanjang kedua belah pihak mendapatkan kemanfaatannya. Bentuk-bentuk sanksi yang semula represif, kini mulai diarahkan kepada hukumannya yang restutif. Alasannya karena masyarakat lebih memandang sanksi demikian memang lebih jauh bermanfaat. Penelitian yang dilakukan oleh ahli sosiologi bernama Emile Durkheim (185-1917) juga membuktikan kecenderungan demikian.

Pandangan demikian sudah pula mempengaruhi sistem hukum Eropa Kontinental. Di Belanda misalnya, Kitab Undang-Undang Hukum Pidananya telah direvisi dengan memasukkan sejumlah kebijakan baru. Apa yang disebut sebagai *beleidssepot*, yaitu kebijakan untuk tidak menghukum pelaku tindak pidana karena adanya hal-hal yang layak diperhatikan, membuktikan adanya pendekatan dari segi manfaat itu. Inti dari analisis aliran-aliran filsafat hukum tersebut, masing-masing dapat diilustrasikan secara lebih sederhana, yaitu dengan melihatnya dari kaca mata tujuan hukum yang menjadi titik berat dari masing-masing aliran itu.

Secara umum, hukum ditujukan untuk mendapatkan keadilan, mendapatkan kemanfaatan atas dibentuknya hukum tersebut serta menjamin adanya kepastian hukum dalam masyarakat. Selain itu, menjaga dan mencegah agar tiap orang tidak menjadi hakim atas dirinya sendiri, namun tiap perkara harus diputuskan oleh hakim berdasarkan dengan ketentuan yang sedang berlaku. Senada dengan hal tersebut, Antonius Sujata (2007: 44) menyatakan hukum serta penegakan hukum dimana pun dan saat kapan pun memiliki cita-cita luhur, yaitu keadilan, kepastian,

ketertiban, serta manfaat. Keadilan pada hakikatnya memberi perlindungan atas hak dan saat yang sama mengarahkan kewajiban sehingga terjadi keseimbangan antara hak dan kewajiban di dalam masyarakat. Keadilan prosedural baru memberi jaminan kepastian dan ketertiban, tetapi belum tentu memberi keadilan secara substansial.

Produk idealnya setiap hukum (perundang-undangan) termasuk putusan hakim harus dijiwai oleh ketiga nilai dasar hukum (keadilan, kemanfaatan, dan kepastian). Namun dalam kenyataannya, ketiga unsur esensial hukum (keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum) sulit terwujud secara bersamaan, sering kali terjadi konflik antara ketiganya. Biasanya konflik tersebut timbul karena dua hal. Pertama, hukum (perundang-undangan) diciptakan untuk melindungi kepentingan politik (*in the interest of politic*) bagi kelompok atau golongan tertentu. Produk hukum seperti ini sejak semula, saat diundangkan, cenderung mengabaikan realitas sosial. Konsekuensi logisnya undang-undang tersebut bertentangan dengan rasa keadilan dalam masyarakat. Kedua, peraturan perundang-undangan yang ada tidak relevan (lagi) dengan dinamika yang berkembang dalam masyarakat. Mungkin pada saat diundangkannya dan pada masa awal berlakunya sesuai dengan realitas dan rasa keadilan dalam masyarakat, tetapi lambat laun dirasakan tidak relevan lagi. Konsekuensinya jika perundang-undangan tersebut dipaksakan berlakunya, akan menimbulkan kegoncangan-kegoncangan dalam masyarakat. Terkait dalam konteks ini, akan muncul konflik antara keadilan dan kepastian hukum.

Pertimbangan-pertimbangan yang dilakukan oleh hakim dalam rangka untuk mencapai hasil pemufakatan yang bulat tersebut didasarkan atas pertimbangan baik dari segi yuridis maupun non-yuridis. Pertimbangan yuridis berdasarkan fakta hukum yang diperoleh dari proses persidangan seperti surat dakwaan dan bukti-bukti yang didapat dalam persidangan. Sedangkan pertimbangan dari segi non-yuridis yaitu berdasarkan hati nurani hakim yang berdasarkan dari aspek sosiologis, psikologis, dan antropologi.

Pertimbangan non-yuridis berdasarkan aspek sosiologis disini adalah berdasarkan dari pandangan masyarakat makro dan masyarakat mikro. Masyarakat makro disini merupakan opini dari masyarakat secara umum, sedangkan yang termasuk masyarakat mikro ialah hakim, keluarga korban, dan pelaku, yang merupakan bagian kecil dari masyarakat makro.

Selanjutnya dari segi psikologis yaitu dimana hakim melihat dari kondisi kejiwaan pelaku dan korban, serta kondisi kejiwaan dari hakim itu sendiri dalam memutus perkara. Tetapi, selama ini dalam perkara pidana, hakim hanya melihat akibat (hasil akhir dari sebuah permasalahan) bukan melihat faktor penyebab permasalahan tersebut terjadi. Hal ini dikarenakan terkadang *mindset* dari seorang hakim sudah terkonstruksi oleh pemikiran yang *Legisme*. Faktor-faktor penyebab hal tersebut antara lain pertama, karena kasus yang jumlahnya sudah *overload*, sehingga mengakibatkan hakim jenuh dalam menangani perkara yang sama tersebut. Sedangkan yang terakhir dari segi antropologi yaitu penilaian dari seorang hakim yang berdasarkan dari tingkah laku sosial (masyarakat) dan kultural manusia, dimana penilaian tersebut bertujuan untuk menjelaskan fenomena hukum itu dan bukannya untuk memakai peraturan-peraturan hukum yang konkrit

itu bagi mengarahkan tingkah laku manusia (Satjipto Raharjo, 2006: 339).

Terkait dengan mekanisme pembuktian dalam sistem peradilan pidana, putusan yang dijatuhkan oleh hakim agar dapat mencerminkan ketiga tujuan hukum tersebut, yaitu keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan tidak terlepas dari penjiwaan Pancasila sebagai norma dasar Negara Republik Indonesia, dimana kedudukannya sebagai cita hukum dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, atau dapat disebut juga Pancasila adalah jati diri bangsa Indonesia. Fungsi dari pancasila itu sendiri sebagai pedoman dan ukuran, artinya Pancasila sebagai petunjuk arah perilaku manusia Indonesia, yaitu ke arah perilaku yang baik dan benar sesuai dengan asas pancasila yang menurunkan kaidah-kaidah Pancasila.

## CATATAN AKHIR

- <sup>1</sup> Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Sinar Bakti, Jakarta, 1981, hal 153, negara hukum ialah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warga negaranya. Keadilan merupakan syarat bagi tercapainya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan itu perlu diajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik.
- <sup>2</sup> <http://print.kompas.com/baca/2015/04/27/Laporan-KDRT-Meningkat%2c-Penanganan-Belum-Optimal>, diakses tanggal 1 September 2015.
- <sup>3</sup> Mansour Fakih,, (1996) *Menggeser Konsepsi Gender*, Jogjakarta, Pustaka Pelajar, h : 51.
- <sup>4</sup> Aroma Elmina Martha, (2003), *Perempuan , Kekerasan dan Hukum*, Jogjakarta, UII Press, hlm. 32
- <sup>5</sup> March Candida, et all., (1999), *A Guide to Gender-Analysis Frameworks*, Oxford, Oxfam Print Unit, p : 105.
- <sup>6</sup> Kansil; dkk., (2003) *Pokok-pokok Etika Profesi Hukum*, Jakarta, Pradnya Paramita, hlm. 43.
- <sup>7</sup> SatjiptoRahardjo, *HukumProgresif*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hal. 47
- <sup>8</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2005,hal 35.
- <sup>9</sup> Rusli Muhammad, *Kemandirian Pengadilan Indonesia*, FH UII Press, Yogyakarta, 2010, Hal 36
- <sup>10</sup> Bambang Sutiyo dan Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman Di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2005, hal 66.
- <sup>11</sup> Achmad Ali, *Sosiologi Hukum Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*, IBLAM, Jakarta, 2004, hal 207-208.
- <sup>12</sup> Rusli Muhammad, *Kemandirian Pengadilan Indonesia*, FH UII Press, Yogyakarta, 2010, Hal 40, Hakekat kemerdekaan hakim disini maksudnya yaitu pemberian kekuasaan kepada pengadilan yang harus terpisah dan bebas dari pengaruh kekuasaan lain, serta diperlukannya “pemisahan” kekuasaan yaitu untuk menjamin adanya dan terlaksananya kebebasan politik (*political liberty*). Hal 43 ajaran negara berdasarkan atas hukum (*de rechtsstaat*), pemisahan

- kekuasaan (*machtenscheiding*) atau pembagian kekuasaan (*machteverdeling*) di antara badan-badan penyelenggara negara merupakan salah satu ciri umum negara berdasarkan atas hukum.
- <sup>13</sup> Pengertian nilai-nilai hukum disini dapat pula dijabarkan pula sebagai norma-norma hukum, bahwa norma-norma hukum adalah norma-norma hidup yang disertai dengan sanksi dan yang jika perlu dapat dipaksakan oleh masyarakat atau badan-badan yang bersangkutan supaya diturut dan dihormati oleh para warganya. Norma-norma hidup adalah norma-norma pergaulan hidup bersama, yaitu peraturan-peraturan tingkah laku yang harus diturut oleh segenap warga pergaulan hidup bersama itu.
- <sup>14</sup> Maksud dari tanpa campur tangan lainnya disini adalah bebas dari tekanan faktor ekonomi, politik dan sosial.
- <sup>15</sup> Menurut KBBI Edisi ketiga, Balai Pustaka, Jakarta, 2007, hal 383. Bahwa pengertian dari integritas adalah mutu, sifat, atau keadaan yang menunjukkan kesatuan yang utuh sehingga memiliki potensi dan kemampuan yang memancarkan kewibawaan; kejujuran.
- <sup>16</sup> Barda Nawawi Arif, Pokok-Pokok Pikiran Kekuasaan Kehakiman Yang Merdeka, Makalah sebagai Bahan masukan untuk Penyusunan Laporan Akhir Tim Pakar Departemen Kehakiman Periode 1998/1999, hal.3.
- <sup>17</sup> Bahan kajian apabila rumusan norma yang disusun oleh negara dapat mengakomodasi fakta hukum tersebut.
- <sup>18</sup> Ahmad Rifai, Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hal 128, bahwa *living law* merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat, yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat (*social justice*).
- <sup>19</sup> Soedjono Dirdjosisworo, Pengantar Ilmu Hukum, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hal 160, *Freirechtslehre* atau *Freie Rechtsbewegung*, bahwa aliran ini berpandangan secara bertolak belakang dengan paham *legisme*. Aliran ini beranggapan bahwa di dalam melaksanakan tugasnya seorang hakim bebas untuk melakukan menurut undang-undang atau tidak. Hal ini disebabkan karena pekerjaan hakim adalah melakukan penciptaan hukum (*judge made law*), karena keputusan yang berdasar keyakinannya merupakan hukum, dan keputusannya ini lebih bersifat dinamis dan *up to date* karena senantiasa memperhatikan keadaan dan perkembangan masyarakat.. Akibatnya adalah bahwa memahami yurisprudensi merupakan hal yang primer di dalam mempelajari hukum, sedangkan undang-undang merupakan hal yang sekunder.
- <sup>20</sup> Pendapat Antonius Sujata dalam buku Hati Nurani Hakim Dan Putusannya oleh Antonius Sudirman, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hal 44.
- <sup>21</sup> Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hal 339.

## DAFTAR PUSTAKA

- Achmad Ali, Sosiologi Hukum Kajian Empiris Terhadap Pengadilan, IBLAM, Jakarta, 2004.  
Ahmad Rifai, Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif, Sinar Grafika,

- Jakarta, 2010.
- Amirudin, Pengantar Metode Penelitian Hukum, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004.
- Andi Hamzah, Hukum Acara Pidana Indonesia Ed. Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2008.
- Antonius Sudirman, Hati Nurani Hakim Dan Putusannya, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007
- Aroma Elmina Martha, Perempuan, Kekerasan dan Hukum, UII Press Yogyakarta, 2003.
- Bagir Manan, Hukum Positif Indonesia, FH UII Press, Yogyakarta, 2004.
- Bambang Sutiyoso dan Sri Hastuti Puspitasari, Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman Di Indonesia, UII Press, Yogyakarta, 2005.
- Barda Nawawi Arif, Pokok-Pokok Pikiran Kekuasaan Kehakiman Yang Merdeka, Makalah sebagai Bahan masukan untuk Penyusunan Laporan Akhir Tim Pakar Departemen Kehakiman Periode 1998/1999.
- C.S.T. Kansil; dkk., Pokok-pokok Etika Profesi Hukum, Pradnya Paramita, Jakarta, 2003.
- Darji Darmodiharjo dan Shidarta, Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004.
- Johnny Ibrahim, Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif, Bayumedia, Malang, 2005.
- March Candida, et al., A Guide to Gender-Analysis Frameworks, Oxfam Print Unit, Oxford, 1999
- Mansour Fakih, Menggeser Konsepsi Gender, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1996
- Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Sinar Bakti, Jakarta, 1981.
- Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum, Kencana, Jakarta, 2005.
- Rodliyah, Optimalisasi Perlindungan Hukum Terhadap Perempuan Korban Kekerasan Dalam Rumah Tangga, Jurnal Media Hukum, Vol. 19, No.2, 2012
- Rusli Muhammad, Kemandirian Pengadilan Indonesia, FH UII Press, Yogyakarta, 2010
- Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum Cet. Keenam, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006.
- Soedjono Dirdjosisworo, Pengantar Ilmu Hukum, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003
- Yulies Tiena Masriani, Hukum dan Pancasila, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2001.
- Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP); Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76
- Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung (UUMA) Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman (UUKK); Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157
- Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (UUPKDRT); Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 95.
- B. Arief Sidharta, Filsafat Hukum Pancasila dalam Seminar Nasional Nilai-Nilai Pancasila Sebagai Nilai Dasar Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia, Universitas Pancasila, Jakarta, 2006.
- KBBI Edisi ketiga, Balai Pustaka, Jakarta, 2007.

**Zefrizal Nurdin**

Bagian Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang.  
Kampus Limau Manis, Padang, Sumatera Barat 25163. Email: zefrizalnurdin@yahoo.com

---

# DILEMA PEMANFAATAN TANAH ULAYAT UNTUK INVESTASI DI SUMATERA BARAT PADA NORMA DAN IMPLEMENTASI

## **ABSTRACT**

The Communal Right to Land (Hak Ulayat), both as the economic source and communal identity, should be empowered and be protected. This research studies the regulation of the utilization of Tanah Ulayat for the interest of investment and finds the root of its conflict in West Sumatera. The result of the research concludes that there is no both horizontal and vertical synchronization in regulating of Tanah Ulayat. The regulations that have been enacted by DPRD and governor of West Sumatera are not in line with the Adat and Custom of Adat Community. Those regulations are also far from an ideal regulation and Syariah (Islamic Law), while the root of the conflict is the inconsistency between the regulation of Tanah Ulayat and its implementation which ignore the contract.

Key Words: utilization, tanah ulayat, investment.

## **ABSTRAK**

Tanah ulayat sebagai sumber ekonomi dan juga identitas persekutuan perlu diberdayakan dan dilindungi. Penelitian ini mengkaji bagaimana pengaturan pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan investasi serta mencari akar konfliknya di Sumatera Barat. Teknik pendekatan yang digunakan adalah gabungan antara yuridis normatif dengan yuridis empiris. Hasil penelitian menemukan terjadinya dissinkronisasi horizontal dan vertikal dalam pengaturan tanah ulayat. Aturan yang disahkan oleh DPRD dan Peraturan Gubernur Sumatera Barat juga tidak sejalan dengan

aturan adat dan kebiasaan masyarakat hukum adat. Aturan tersebut juga jauh dari suatu aturan yang ideal dan syariah (hukum Islam), sementara akar konflik dipicu oleh ketimpangan norma dan implementasi yang mengabaikan kontrak.

Kata kunci : pemanfaatan, tanah ulayat, investasi.

## I. PENDAHULUAN

Tanah punya peran penting dalam kehidupan orang, tidak hanya untuk memenuhi kebutuhan aspek ekonomi, tapi juga aspek sosial, budaya dan lainnya. Diluar aspek ekonomi misalnya, dalam masyarakat adat keaslian seseorang pada ranah ia berdiam lazim pula diukur dengan kepemilikan tanah yang ia punyai. Peran strategis tanah menurut Suroyo Wignyodipuro adalah sebagai harta kekayaan yang keadaannya bersifat tetap/abadi dan fakta hubungan antara orang/persekutuan dengan tanah (Soeroyo Wignyodipuro, (1993: 197). Terjadinya penjajahan atas suatu negara, pada hakikatnya bertujuan merebut aset tersebut. Tak hanya kelompok besar sebagai suatu negara, kelompok kecil bahkan individu selalu muncul keinginan kuat untuk memperoleh tanah yang terkadang tak peduli cara.

Sejarah telah membuktikan, masuknya pemerintah kolonial ke Indonesia tak lain berawal dari perebutan tanah-tanah di nusantara yang umumnya produktif, sehingga mampu mensuplai kebutuhan komoditi Eropa. Pada saat itu muncullah tuan-tuan tanah dari kalangan bangsa Eropa dengan mendesak hak-hak atas tanah Bumiputra.

Alur strategi kebijakan kolonial ialah bagaimana cara yang lebih efektif untuk memperoleh tanah (dan tenaga kerja) dalam jumlah yang diperlukan guna meneruskan upaya agar bumi Hindia Belanda, khususnya pulau Jawa dapat tetap menjadi daerah usaha agrikultural yang menguntungkan dan saldo plus (batig slot) dalam kas negeri Belanda tetap dapat dijamin (Soetandyao Wignjosoebroto, 1995: 90).

Melalui “domeinverklaring” yang dimuat dalam Pasal 1 Agrarische Besluit (AB. No. 118 Tahun 1870), pemerintah kolonial mengklaim seluruh tanah di Hindia Belanda, baik hak atas tanah perseorangan ataupun persekutuan hukum adat sebagai tanah milik negara, sejauh tak dapat dibuktikan eigendommenya. Terhadap hak ulayat yang pada umumnya saat itu masih terbengkalai, atau dibiarkan tak tergarap karena memang direncanakan untuk aset perekonomian bagi keturunan selanjutnya dari anggota persekutuan yang lambat laun pasti akan berkembang dan membutuhkan lahan untuk pertanian serta pembukaan kampung baru, jauh lebih mudah untuk diklaim sebagai eigendom negara bagi pemerintah Belanda.

Setelah 15 tahun merdeka, Pemerintah mengesahkan Undang Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria dan melalui ketentuan Pasal 3 hak ulayat itu diakui eksistensinya sepanjang kenyataannya masih ada. Selama era Orba tidak ditetapkan satu pengaturanpun yang secara khusus mengatur tentang Hak Ulayat, kecuali sekadar dapat bersentuhan dengan hak ulayat, seperti Permendagri No. 15 Tahun 1975 tentang Ketentuan-ketentuan mengenai Tata cara Pembebasan tanah, yang dapat saja terjadi pada tanah

ulayat. Pemerintahan reformasi mencoba melangkah lebih maju, dengan telah menetapkan 3 aturan penting terkait hak ulayat, yakni Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat, Permendagri Nomor 52 tahun 2014 Tentang Pedoman pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat, disusul Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/ Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 9 Tahun 2015 tentang Tata Cara Penetapan Hak Komunal atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dan Masyarakat yang Berada dalam Kawasan Tertentu dan sekaligus mencabut berlakunya Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 diatas. Melalui Pasal 18 B (2) UUD setelah amandemen, hak ulayat diakui sebagai hak konstitusional masyarakat hukum adat dan kemudian dipandang sebagai aset desa oleh Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014. Terdapat beragam peraturan lainnya terkait tanah ulayat, antara lain Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal dan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2014 Tentang Perkebunan. Seperangkat aturan yang dikeluarkan itu diharap dapat mengundang minat para investor dalam berinvestasi.

Merespon kewenangan lebih luas pada otonomi daerah, sekaligus untuk memancing investasi, Pemerintah Provinsi Sumatera Barat mengesahkan Perda Propinsi No. 6 Tahun 2008 Tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya dan Peraturan Gubernur (Pergub) Sumatera Barat Nomor 21 Tahun 2012 Tentang Pedoman Dan Tata Cara Pemanfaatan Tanah Ulayat Untuk Penanaman Modal. Sejak semula tujuan dikeluarkan Perda dan Pergub di atas adalah untuk dijadikan sebagai acuan oleh pihak terkait dalam penanaman modal, sehingga dapat menimbulkan kepastian hukum dalam pemanfaatan tanah ulayat oleh investor di Sumatera Barat dan sekaligus menekan potensi konflik. Ternyata konflik tak berhenti tumbuh. Menurut Nurul Firmansyah dari LSM Qbar;

Sejak tahun 2005 di Sumatera Barat telah terjadi 218 konflik tanah ulayat (hak adat) dengan luas 119.299 hektar yang melibatkan perkebunan sawit. Rata-rata ada 10-20 konflik tanah setiap tahunnya di Sumbar, dengan peningkatan sekitar 30% per tahun.<sup>3</sup> Arfi Bambani Amri mengutip Sukardi Bendang (koordinator SPI Sumbar) menyatakan bahwa jumlah sesungguhnya bisa lebih besar dari itu, karena diantaranya tidak menyebar.

Desentralisasi legislasi kepada daerah, mengakibatkan lahirnya berbagai produk hukum di daerah yang bila dilakukan tidak hati-hati dapat menimbulkan beragam problem hukum di daerah dan ujung-ujungnya akan tetap menyentuh pusat. Khusus dalam pengaturan sumber daya agraria berupa tanah ulayat dan asetnya di Sumatera Barat problem yuridis yang esensial berdasar identifikasi penulis adalah: *Pertama*, desentralisasi legislasi, akan menimbulkan pluralisme hukum yang bisa memicu dissinkronisasi. Tapi, manakala antara perundangan-undangan yang lebih tinggi saja, baik selevel atau tidak justru mengalami dissinkronisasi (Kurnia Warman, 2010: 4), lantas bagaimana Badan legislasi daerah Provinsi Sumatera Barat telah dan harus berbuat? Ibarat suatu orkestra yang tidak padu, irama manakah yang harus diikuti penari? Kekacauan bakalkan menjadi, bila sang penari tak pula menguasai tariannya, karena dipilih berdasar selera massa yang tingkat kejeliannya dalam memilih diragukan.

*Kedua*, filosofi adat Minangkabau “*adat basandi syarak, syarak basandi Kitabullah*” sebagai kekhasan daerah ini, lazimnya ditampung sebagai asas pada setiap Perda ataupun peraturan lainnya yang ditetapkan pemerintah provinsi Sumatera Barat, namun pengabaian formulasi syariat pada substansi norma, mengakibatkan filosofi itu seakan sebuah pepesan kosong.

*Ketiga*, realitas konflik tanah ulayat di Sumatera Barat, menyiratkan adanya sesuatu yang tak beres pada formulasi norma ataupun implementasi atau pada keduanya dan jika dibiarkan akan menimbulkan dilema hukum yang tak berkesudahan.

Berdasar uraian diatas, penelitian ini membatasi kajian pada persoalan pengaturan yang terkait erat dengan pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan investasi, khususnya di bidang perkebunan, baik aturan itu dikeluarkan Pemerintah ataupun Pemerintah Daerah Provinsi Sumatera Barat. Dimaksud dengan pemanfaatan disini adalah pengelolaan tanah ulayat yang dilakukan oleh investor selaku pihak luar dari anggota persekutuan. Sedangkan untuk penelitian lapangan dicoba mencari akar utama konflik horizontal atas pemanfaatan tanah ulayat bidang perkebunan di Nagari Tapan dan Lunang (setelah pemekaran menjadi 3 Kecamatan, tetapi tetap dalam satu wilayah KAN) Kabupaten Pesisir Selatan. Pemilihan lokasi berdasarkan tingkat potensial tanah ulayat pada satu sisi, namun pada sisi lain dengan belajar dari konflik yang terjadi, tumbuh rasa traumatis masyarakat hukum adat (MHA) setempat untuk bekerja sama dengan investor. Dengan demikian, permasalahannya adalah: 1. Bagaimana pengaturan pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan investasi? 2. Lantas bagaimana badan legislasi daerah Provinsi Sumatera Barat menyikapi dan mensyariatkannya? 3. Apa akar utama timbul konflik horizontal dalam pemanfaatan tanah ulayat di Sumatera Barat ?

## **II. METODE PENELITIAN.**

Metode Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah gabungan antara yuridis normatif dengan yuridis empiris. Untuk menjawab permasalahan pertama dan kedua dilakukan penelitian yuridis normatif dengan bahan hukum primer (terutama peraturan perundang-undangan yang terkait erat dengan tanah ulayat) dan sekunder (literatur-literatur yang menjelaskan bahan hukum primer). Studi kepustakaan yang menghasilkan data sekunder itu, selanjutnya dianalisis secara kualitatif. Permasalahan ketiga dijawab melalui penelitian yuridis empiris dan dikhususkan pada konflik tanah ulayat di bidang perkebunan. Subyek penelitiannya adalah Lembaga Kerapatan Adat Nagari, Wali Nagari, tokoh-tokoh Agama dan anggota masyarakat hukum adat selaku penguasa hak ulayat pada 3 Kecamatan di Kabupaten Pesisir Selatan. Penentuan responden dan nara sumber melalui tehnik purposif sampling, dengan tehnik pengumpulan data berupa observasi tidak terlibat dan wawancara bebas. Pengecekan validitas data melalui tehnik triangulasi sumber untuk kemudian dianalisa secara kualitatif.

## **III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS**

### **A. Dissinkronisasi Pengaturan Tanah ulayat Untuk Kepentingan Investasi.**

**a. Dilema antara Hak Menguasai Negara dan Hak milik Komunal.**

Hak menguasai Negara mencakup seluruh wilayah Indonesia, meliputi bumi, air dan ruang angkasa dengan segala sumber daya alamnya, baik pada wilayah yang belum ataupun telah dihaki oleh subyek hak. Hanya saja pada tanah yang telah dihaki oleh subyek hak, hak menguasai Negara itu bersifat pasif dan sebaliknya menjadi aktif atas tanah-tanah yang belum dihaki. Ide awal lahirnya hak menguasai negara muncul dari hubungan antara persekutuan masyarakat hukum adat dengan wilayahnya dan sekaligus untuk membedakannya dengan domein negara pada era kolonial. Dalam penjelasan umum Undang Undang Nomor 5 Tahun 1960 (UUPA), dinyatakan bahwa hak menguasai Negara ini, ”merupakan semacam hubungan hak ulayat yang diangkat pada tingkatan yang paling atas, yaitu pada tingkatan yang mengenai seluruh wilayah Negara”. Pada alinea keempat point II Penjelasan Umum UUPA itu ditegaskan lagi bahwa ; “hubungan itu adalah semacam hubungan hak ulayat, jadi bukan berarti hubungan milik”. Artinya Negara bukanlah dikonsepsikan sebagai pemilik (*eigenaar*), karena jika demikian akan bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat Indonesia dan azas dari pada Negara yang merdeka dan modern.

Persekutuan masyarakat hukum adat dengan penguasaan atas hak ulayatnya secara historis, jauh lebih dulu ada dibanding negara kesatuan Republik Indonesia. Setelah Indonesia resmi berdiri sebagai suatu Bangsa yang bersatu dan berdaulat, hak penguasaan atas tanah ulayat itulah yang kemudian dimodifikasi kedalam Hak menguasai Negara dengan cakupan ranah yang lebih luas; seluruh wilayah Republik Indonesia. Sekalipun dalam Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, hak penguasaan atas tanah ulayat itu tidak ditegaskan, namun dalam Surat Edaran Menteri Agraria Nomor 400-2626 Tahun 1999 tentang Penyampaian dan Penjelasan Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 dinyatakan bahwa Hak ulayat merupakan hak penguasaan yang tertinggi atas tanah dalam hukum adat, yang meliputi semua tanah yang termasuk dalam lingkungan suatu wilayah masyarakat hukum adat tertentu, yang merupakan tanah kepunyaan bersama (bukan milik)<sup>7</sup> para warganya. Selanjutnya ditegaskan bahwa subyek hak ulayat tersebut adalah persekutuan masyarakat hukum adat terkait, baik persekutuan berdasarkan territorial, genealogis ataupun campuran. Bila mana seseorang tampil seakan-akan sebagai subyek hak ulayat, maka demikian bukanlah subyek hak, melainkan petugas masyarakat hukum adat yang memperoleh pelimpahan wewenang dari persekutuan masyarakat hukum adat. Demikian pula fungsi petugas Negara yang pada hakikatnya diberi pelimpahan wewenang dari semua warga atas hak menguasai negara.

Dalam skala mikro, hubungan antara persekutuan hukum desa, termasuk desa adat seperti Nagari (di Sumatera Barat) dengan tanah ulayat, berada dalam hubungan penguasaan desa/Nagari. Tegasnya, Desa/Nagari sebagai persekutuan hukum masyarakat adat mempunyai hak menguasai atas tanah ulayat, bukan merupakan hak kepemilikan. Inilah logika hukum dari UUPA.

Ditetapkannya Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, status hubungan penguasaan Desa/Nagari atas tanah ulayat menjadi ambigu, karena seakan lebih mengarah kepada

hubungan kepemilikan. Pada Pasal 76 dinyatakan;

- (1) Aset Desa dapat berupa tanah kas Desa, tanah ulayat, pasar Desa, pasar hewan, tambatan perahu, bangunan Desa, pelelangan ikan, pelelangan hasil pertanian, hutan milik Desa, mata air milik Desa, pemandian umum, dan aset lainnya milik Desa.
- (2) Aset lainnya milik Desa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) antara lain:
  - a) kekayaan Desa yang dibeli atau diperoleh atas beban Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara, Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah, serta Anggaran Pendapatan dan Belanja Desa;
  - b) kekayaan Desa yang diperoleh dari hibah dan sumbangan atau yang sejenis dan {.....}.

Kalau Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa tidak secara terang mengartikan hubungan antara subyek hak dengan tanah ulayat sebagai hubungan kepemilikan, maka dalam Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/ Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 9 Tahun 2015 tentang Tata Cara Penetapan Hak Komunal atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dan Masyarakat yang Berada dalam Kawasan Tertentu hal demikian dinyatakan secara tegas, bahkan istilah hak ulayat yang telah amat populis tidak disentuh sama sekali dengan langsung diganti sebagai hak milik komunal dan dijadikan obyek pendaftaran hak. Pasal 1 ayat (1) Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/ Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 9 Tahun 2015 menyatakan;

**Hak komunal adalah hak milik bersama atas tanah suatu masyarakat hukum adat atau hak milik bersama atas tanah yang diberikan kepada masyarakat yang berada dalam kawasan hutan atau perkebunan.**

Jauh hari sebelum Permen ini ditetapkan, Maria S.W. Sumardjono menegaskan bahwa hubungan masyarakat hukum adat dengan tanah ulayat merupakan hubungan menguasai, bukan hubungan milik.<sup>8</sup>Sebab itu tanah ulayat tidak menjadi obyek pendaftaran hak (Maria SW Soemarjono, 2005: 57) Tak urung, ketentuan Permen yang merubah status tanah ulayat mengundang komentar beliau; Permen 2015 ini menimbulkan kerancuan antara Hak ulayat dengan Hak Komunal. Disatu pihak pengaturan tentang hak Komunal menimbulkan ketidak pastian hukum, dipihak lain terjadi kekosongan hukum dalam pengaturan tanah ulayat dengan dicabutnya Permen No. 5 Tahun 1999. Bahkan ketentuan Permen diatas beliau nilai sebagai upaya pengeroposan terhadap UUPA dan kebijakan pertanahan *jalan pintas* seperti itu harus dihentikan.<sup>11</sup>Dikaitkan dengan jenis tanah ulayat di Sumatera Barat, Kurnia Warman berpendapat:

**Secara tehnis yuridis yang relevan disebut tanah ulayat hanyalah ulayat nagari, mungkin juga ulayat suku (pada kelurahan Bodi Caniago), sedangkan ulayat kaum lebih tepat dikatakan sebagai tanah milik komunal.**

Beralihnya status hubungan dari hak penguasaan atas tanah ulayat kepada hubungan kepemilikan, akan membawa dampak serius dan resiko hukum kepada masyarakat hukum adat dan hal itu sangat tergantung pada karakter hukum adatnya. Di Sumatera Barat misalnya, berbeda

dengan hak menguasai Nagari atas tanah ulayat yang dari semula tak perlu didaftarkan, dengan beralih sebagai hak kepemilikan dan dapat dilakukan sertifikasi atas tanah ulayat sebagai hak milik komunal atas nama anggota masyarakat hukum adat, pengurus koperasi atau unit Desa/ Nagari ataupun Kepala adat (lihat Pasal 13 ayat (3) Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/ Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 9 Tahun 2015) dapat berakibat mudah hapusnya hak ulayat. Pada satu sisi benar, bahwa kepastian hak atas tanah ulayat akan terjamin dengan adanya sertifikasi, namun pada sisi lain akan mempermudah terjadinya peralihan hak ulayat, apalagi kalau subyek hak tertera tidak mempunyai tanggung jawab komunal.

Bila peralihan hak atas tanah ulayat itu terjadi, satu sendi utama adat matrilineal bearti telah runtuh. Dalam sistem kekerabatan matrilineal, pola hubungan *mamak jo kamanakan* (Mamak dengan kemenakan) sangat penting dan nyaris sejajar dengan hubungan orangtua dengan anak. Kedua hubungan itu saling melengkapi tanpa satu sama lain dapat dikalahkan. Ungkapan adat menyatakan “*Anak dipangku, Kemenakan dibimbiang. Anak dipangku jo pancarian, kamanakan dibimbiang jo pusako*” (Nurdin Yakub, 1989: 10). Inti ungkapan menyatakan bahwa tanggung jawab seorang ayah di Minangkabau tidak terbatas kepada anak, melainkan juga terhadap kemenakan. Bila anak harus dibesarkan dengan harta pencaharian ayah, maka kemenakan dibesarkan dengan harta pusaka (termasuk tanah ulayat yang menjadi bagian dari harta pusaka). Dalam konteks pentingnya kemenakan itulah, menyebabkan harta pusaka diwariskan kepada kemenakan yang menjadi regenerasi clan. Kekhasan daerah seperti inilah yang diamanatkan konsitusi untuk dihormati, namun diabaikan Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/ Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 9 Tahun 2015.

#### **b. Dampaknya Terhadap Pemberian hak atas Tanah Kepada Investor**

Tidaks eluruh bidang investasi memerlukan hak atas tanah sebagai landasan operasional dan hal itu sangat tergantung kepada obyek usaha. Diantara hak atas tanah yang banyak diperlukan itu adalah HakGuna Usaha(HGU), Hak Guna Bangunan (HGB) danHakPakai (HP). Untuk kepentingan pertanian (termasuk perkebunan), perikanan, peternakan, UUPAmenetapkan HGU hanya dapat diberikan atas tanah yang dikuasai langsung Negara (tanah Negara) untuk jangka waktu maksimal 35 tahun dan kemungkinan perpanjangan 25 tahundengantidakmenetapkan pembaruan hak (halini berbeda dengan ketentuanPasal 8 ayat (2), 11 ayat (1) PP. No. 40 Tahun 1996 danPasal 22 (1.a) UU No. 25 Tahun 2007 tentangPenanaman Modal yang memberi tenggang waktuHGU selama95 Tahun). Dengan demikian tidak memungkinkan terjadi HGU atas tanah ulayat, kecuali dengan menjadikannya sebagai tanah Negara lebih dahulu melaluipelepasan/ pencabutanhakdan seusaitenggangwaktu, takdapatkembali menjaditanahulayat. Menurut Kurnia Warman, ketentuan seperti itu jelas merugikan masyarakat hukum adat karenatanah ulayat mereka menjadipunah.<sup>14</sup>Uniknya, Pasal 3 dan 4 ayat (2) Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 membuka peluang untuk pemulihan hak ulayat ke bentuk semula. Dissinkronisasi vertikal inilah yang tampaknya seakan ingin dileraikan oleh pemerintah

dengan mencabut berlakunya Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 dan sekaligus mengesahkan Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 9 Tahun 2015 yang dalam ketentuannya juga memuat pemanfaatan tanah ulayat oleh pihak ketiga (Pasal 14). Namun cara demikian tetap tidak menyelesaikan dilema HGU atas tanah ulayat karena hal itu tak disentuh dalam substansi aturan tersebut dan justru kian membuat runyam dengan merubah statusnya sebagai milik komunal. Jika pemerintah menghendaki produktifitas lahan/ tanah ulayat dikerjakan oleh pemilik sendiri, seperti yang diharuskan atas tanah ulayat yang berada dalam area perkebunan yang telah dilepaskan (Pasal 15 aturan diatas) , maka tak perlu dibuka peluang kerjasama masyarakat hukum adat dengan pihak ketiga yang notabene memerlukan HGU untuk kepentingan usaha perkebunan.

Begitu pula dengan pemberian Hak Pakai, yang hanya dapat dilakukan atas tanah Negara, tanah Hak Pengelolaan atau pun tanah Hak Milik dan jika dipaksa kan atas tanah ulayat maka hal itu bertentangan dengan jiwa UUPA yang meletakkan posisi hak ulayat dalam hubungan penguasaan (bukan Hak Milik).

## **B. Respon Provinsi Sumatera Barat : Menari Dengan Iringan Musik yang tak Padu**

Dengan otonomi daerah yang diperluas, memunculkan euforia bagi warga Minang umumnya untuk segera “*mambangkik batang tarandam*” (kembali Minang kepada pemerintahan nagari yang sudah lama hilang) pada euforia mana terkandung hasrat untuk kembali kepada adat yang bersendi syariat. Itu sebabnya didalam berbagai Perda yang ditetapkan badan legislasi Provinsi ini, hasrat tersebut dituangkan secara formal dengan diposisikan sebagai asas. Terkait pemanfaatan tanah ulayat, respon pemerintah daerah Propinsi Sumatera Barat baru tertuju kepada aturan terkait erat dengan tanah ulayat sebelum keluarnya Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 9 Tahun 2015 dengan menetapkan dua peraturan berikut:

- 1) Perda No. 6 Tahun 2008 Tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya.
- 2) Pergub. No. 21 Tahun 2012 Tentang Pedoman Dan Tatacara Pemanfaatan Tanah Ulayat Untuk Penanaman Modal.

Pada kedua peraturan diatas, asas *Adat basandi syarak, syarak basandi Kitabullah* dicantumkan dengan tegas pada Pasal 2 (2) Perda jo Pasal 12 Pergub. Selanjutnya Pemerintah kabupaten dan Kota berwenang mengeluarkan Perda/aturan apapun lainnya yang diharap dapat bersinergi dengan Perda Propinsi.

Perda Propinsi No. 6 Tahun 2008 sistimatikanya terdiri dari IX Bab 17 Pasal, dan Pergub. No. 21 Tahun 2012 terdiri dari XI Bab dan 27 Pasal. Diantara substansinya memuat ketentuan bahwa dilarang penggunaan tanah ulayat oleh investor yang berakibat hapusnya hak ulayat dan ditekankan bahwa dalam pemanfaatannya haruslah melalui sistem kemitraan.

Menelaah substansi dari kedua peraturan diatas, badan legislasi daerah/Pemerintah Provinsi Sumatera Barat seakan menari dengan koreografi sendiri dibawah iringan musik yang tak padu. Kepincangan produk legislasi itu tampak dalam hal berikut:

*Pertama*, dikotomi terhadap hak ulayat dengan menjadikan Hak Ulayat Nagari dalam konsepsi hak penguasaan, dan Hak Ulayat Suku dan Kaum sebagai Hak Milik Komunal. Ketiga jenis Hak ulayat tersebut dijadikan sebagai obyek pendaftaran hak. Tak hanya itu, Pengaturan Pasal 8 Perda diatas mengenai pemberian status HGU, Hak Pakai, atau Hak Pengelolaan kepada kelompok masyarakat adat selaku penguasa/pemilik atas tanah ulayat dalam pendaftaran tanah justru menimbulkan paradok internal antar Pasal. Pada satu sisi dengan pemberian hak atas tanah demikian, pelaksanaan atas hak ulayat oleh masyarakat adat dianggap terjadi diatas tanah negara<sup>15</sup> atau tanah milik orang lain<sup>16</sup>, namun pada sisi lain diatur pengembalian hak ulayat kepada status semula usai tenggat waktu untuk pemanfaatan oleh investor berakhir sesuai ketentuan Pasal 11 Perda.

Selanjutnya, bila terjadi pemanfaatan atas tanah ulayat Nagari oleh investor, akan muncul HGU (yang dipunyai investor) atas HGU (yang dipunyai masyarakat adat) yang tak dijumpai legalisasinya. Sebaliknya dengan peralihan HGU kepada investor (misal dengan penjualan HGU) maka tidak akan memulihkan status hak ulayat kedalam bentuk awal setelah tenggang waktu HGU habis. Dikaitkan dengan Pasal 3 dan 4 ayat (2) Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999<sup>17</sup> Tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat yang menetapkan bahwa wewenang pelaksanaan hak ulayat dari masyarakat hukum adat tidak dapat lagi dilakukan atas tanah ulayat yang telah dipunyai dengan suatu hak atas tanah sesuai UUPA oleh perseorangan ataupun badan hukum, ataupun atas hak ulayat yang telah dibebaskan, sejak saat Perda tanah ulayat ditetapkan. Dengan demikian, status tanah ulayat yang dapat dipulihkan kepada status semula, hanyalah atas tanah ulayat yang dimanfaatkan investor dengan hak atas tanah yang diperoleh setelah berlakunya Perda tentang pengaturan tanah ulayat. Sedangkan atas pemanfaatan tanah ulayat yang terjadi sebelum Perda dikeluarkan, tak dapat lagi dipulihkan. Kebijakan Pemda untuk menentukan pemulihan kembali atas semua tanah ulayat setelah tenggang waktu yang disepakati dengan investor habis, tampaknya merupakan suatu pilihan yang berangkat dari suatu phobia masyarakat matrilineal atas pelepasan tanah ulayat, terutama kepada non muslim yang mayoritas menjadi investor di daerah ini.

*Kedua*, hal lain yang perlu mendapat perhatian adalah, makna istilah “ ganti rugi” dalam rumusan Pasal 8 (b) Pergub Provinsi Sumbar No. 21 Tahun 2012 (sebagai tindak lanjut Perda diatas) menjadi ambigu, karena pemberian ganti rugi berada dalam ranah pelepasan hak, baik sukarela ataupun terpaksa dan berakibat putusannya hubungan hukum antara subyek dengan obyek. Budi Harsono berpendapat:

bahwa pemberian ganti rugi yang lazimnya bernilai seimbang dengan nilai tanah di lokasi, telah mengakibatkan terjadi peralihan hak atas tanah karena telah terjadi pelepasan hak . Dengan pelepasan hak status tanah beralih menjadi tanah negara, hingga kemudian dapat diberikan kepada pihak yang membebaskannya dengan hak baru yang sesuai.<sup>18</sup>

Hal ini sangat berbeda dengan pemberian *rekognisi* yang tidak berakibat terjadinya peralihan hak atas tanah ulayat kepada pihak lain. Dikatakan Boedi Harsono :

Pemberian *rekognisi* bukanlah berarti, bahwa hak ulayat itu dilepaskan oleh masyarakat hukum adat yang

bersangkutan, tetapi justru merupakan suatu pengakuan adanya hak tersebut.<sup>19</sup> Menurut Idrus Hakimy. Dt. Rajo Penghulu, lazimnya jumlah pembayaran *recognisi* yang di Sumatera Barat biasa disebut “*bungo kayu, bungo ampiang*” berkisar sekitar 10% dari hasil yang diperoleh. Begitu izin penggunaan yang diberikan habis, maka berlaku adat: *kabau tagak kubangan tingga* (kerbau tegak (berdiri) kubangan tinggal).<sup>20</sup>Maksudnya investor harus berangkat dan tanah kembali menjadi hak ulayat.

Pembayaran *rekognisi* sekitar 10% lazimnya terjadi ketika potensi suatu tanah ulayat belum teruji, tapi ketika terbukti bahwa penggarapan tanah ulayat dapat jadi sumber ekonomi yang potensial berkat kemajuan teknologi pertanian, maka nilai *rekognisi* dapat berubah. Antisipasi terhadap kondisi perubahan itu ditetapkan oleh ketentuan adat yang menyatakan “*Sakali aia gadang, sakali tapian barubah*”. Ada beragam cara untuk menyikapi perubahan, diantaranya dengan melambungkan nilai *rekognisi* atau dengan bagi hasil yang lebih adil.

*Ketiga*, filosofi adat Minangkabau “*adat basandi syarak, syarak basandi Kitabullah*” sebagai kekhasan daerah ini, lazimnya ditampung sebagai asas pada setiap Perda ataupun peraturan lain yang dikeluarkan pemerintahan daerah di Sumatera Barat, namun dalam substansi tidak ada penjabaran selanjutnya dari filosofi itu, sehingga terkesan abstrak dan mengawang. Pola kemitraan berbagi tanah plasma dengan inti (30:70) seperti yang lazim dilakukan selama ini dan kesempatan untuk itu dibuka oleh ketentuan Pasal 10 Perda diatas dalam pemanfaatan tanah ulayat justru berseberangan dengan syariat (Hamzah Yakub, 1992: 272).

Bila berkaca kepada syariat, konsepsi syariat dalam transaksi *muzaraah* justru menghendaki bagi hasil dengan parosan (1:1) dan melarang pola bagi tanah. Hal ini dijelaskan oleh Rasul Muhammad SAW:

Dari Ibnu Umar, bahwasanya Rasulullah SAW, telah melakukan muamalah dengan penduduk Khaibar dengan separoh hasil yang keluar dari buah atau biji-bijian. (H.R. Bukhari dan Muslim). Pada satu riwayat bagi keduanya: “Mereka minta kepadanya (Nabi SAW) supaya Beliau membiarkan mereka dengannya (garapan), dengan syarat bahwa mereka akan menggarap tanah itu dengan mendapat separoh dari buahnya. Maka Rasulullah SAW berkata kepada mereka : “Kami perkenankan kalian padanya menurut syarat itu selama kami kehendaki”. Maka mereka tetap padanya hingga Umar keluaran mereka dari padanya (Hamzah Yakub, 1992: 272).

Sedangkan mengenai larangan pola bagi tanah di bidang *muzaraah* dijelaskan dalam suatu hadis :

Rafi' bin Khidj berkata, “Diantara Anshar yang paling banyak mempunyai tanah adalah kami, maka kami persewakan, sebagian tanah untuk kami dan sebagian untuk mereka yang mengerjakannya. Kadang-kadang sebagian tanah itu berhasil baik dan yang lain tidak berhasil. Oleh karena itu, Rasulullah SAW melarang parosan dengan cara demikian.

Hal lainnya menyangkut kontrak yang sangat krusial, karena disanalah segala hak dan kewajiban para pihak ditetapkan. Terjadi/tidaknya wanprestasi oleh salah satu pihak, diukur dari materi kontrak dan dengan itu pula kerugian dapat ditentukan. Kontrak yang sebegitu penting seakan

menjadi tak penting, ketika proses perizinan usaha dapat saja diterbitkan setelah terdapat bukti/surat penyerahan tanah dari penguasa/pemilik, dan seterusnya persetujuan/izin prinsip, izin lokasi dan berujung pada keluarnya izin usaha. Berdasar izin usaha itulah, investor telah dapat memulai kinerjanya.

Kontrak yang semestinya berada pada deretan paling awal seakan dibiarkan tercecer di belakang untuk membuntuti proses yang terus berjalan, dan seakan tanpa akibat hukum, manakala tak pernah finis sampai tenggang waktu usaha berakhir. Peremehan terhadap kontrak untuk kepentingan proses perizinan usaha, pada hakikatnya merupakan pelecehan terhadap hak-hak masyarakat adat yang berada pada posisi tawar yang lemah. Proses demikian tak hanya dibuka Perda Provinsi No. 6 Tahun 2008, namun hal itu juga merupakan kesemrawutan aliran hukum dari hulu dalam ambisi memancing investasi.

Syariat memberi solusi lebih tepat dengan menghendaki kontrak para pihak berjalan didepan. Kontrak itulah hal primer dan berbagai dokumen lain hanyalah sekadar ikutannya. Dalam surat Al Baqarah ayat 282 Allah berfirman:

Artinya: Hai orang-orang yang beriman, bila kalian mengadakan perikatan tidak secara tunai untuk jangka waktu tertentu, maka hendaklah kalian menuliskannya (membuat perjanjian tertulis/kontrak).

Fakta di lapangan menunjukkan, bahwa ketiadaan kontrak menyebabkan posisi masyarakat adat selaku penguasa lahan menjadi sangat lemah dalam menuntut hak-haknya. Bagaimanapun bukti tulisan apalagi otentik jauh lebih meyakinkan digunakan sebagai alat bukti dibanding lisan.

### **3. Sepenggal Konflik Tanah Ulayat di Sumatera Barat**

Realitas konflik tanah ulayat di Sumatera Barat, memang menyiratkan ada sesuatu yang tak beres pada formulasi norma ataupun pada implementasi. Konflik vertikal/horizontal yang tak kunjung usai terkait tanah ulayat di Ranah “*Bundo Kanduang*” ini dipicu berbagai sebab, diantaranya terjadi tumpang tindih lahan antara kebun garapan rakyat dengan lahan investor yang belum tentu berada pada lahan HGU semula, tidak diserahkannya kebun plasma yang menjadi hak MHA, dan ketiadaan kontrak<sup>25</sup>. Contoh konflik horizontal adalah yang sedang berlangsung di PN. Painan antara sekelompok tani Yenti Marni dan kawan<sup>26</sup> berhadapan dengan PT. Sukses Jaya Wood selaku penggugat, dengan inti konflik merupakan perebutan atas sebagian lahan yang sama. Bermula dengan penyerahan tanah ulayat nagari dalam 2 tahapan dengan luas areal 2.400 Ha oleh Ninik mamak Lunang kepada pihak pemerintah Kabupaten Pesisir Selatan untuk selanjutnya diserahkan kepada PT. Sukses Jaya Wood. Setahun kemudian pihak PT memohon perpanjangan izin lokasi untuk pemanfaatan tanah seluas 10.000 Ha dengan tawaran yang menggiurkan berdasar pola kemitraan bagi lahan seluas 6.400 Ha untuk plasma, dan kebun inti cukup seluas 3.600 Ha. Tawaran menggiurkan itu berjalan mulus, dengan salah satu pertimbangan oleh Kantor Pertanahan Kabupaten adalah telah dilaksanakannya perolehan dan pembebasan tanah dengan baik pada

lahan 2.400 Ha semula. Bila telah dilaksanakan berarti pembebasan tanah tanpa kendala. Kalau kemudian muncul kasus dengan petani, maka besar kemungkinan terjadi justru pada lahan yang dipatok untuk pencapaian target 10.000 Ha atau minimal pada target inti seluas 3.600 Ha. Dalam belantara hutan, tarik ulur luas HGU dapat saja terjadi, apalagi kalau batasan pemberian HGU cenderung kabur. Kuasa hukum PT dalam gugatannya bersikukuh bahwa lahan garapan petani walau telah diserahkan tersendiri oleh ninik mamak kepada petani, berada pada lahan HGU PT. Dari surat ninik mamak Lunang yang dilayangkan kepada bupati pada tahun 2006 untuk memohon peninjauan ulang atas wanprestasi pihak PT selaku investor, terungkap tidak adanya penggarapan lahan plasma oleh pihak PT. Rasionalisasi dapat dilakukan pihak investor untuk menghentikan kebun plasma, manakala area untuk perkebunan inti saja tidak mencukupi. Sampai kini surat yang dilayangkan seperti hilang bersama angin. Kasus serupa ditemukan Titin Fatimah dan Hengki Andora di Kabupaten lain di Sumatera Barat dengan pernyataan mereka:

Pemerintah Daerah sendiri berkeberatan untuk mendorong perusahaan untuk mengabdikan hak hak masyarakat adat, lantaran ketiadaan perjanjian tertulis untuk itu. Terkesan adanya keberpihakan pemerintah daerah kepada pihak perusahaan (Titin Fatimah dan Hengki ANDora, 2014: 20).

Ketiadaan kontrak berakibat sulit mengukur wan prestasi yang dilakukan debitur. Ditambah lagi dengan hubungan tidak langsung antar pihak terkait (lazimnya diperantarai pihak ketiga/pejabat) memudahkan pihak lain/oknum pejabat ikut memanfaatkan peluang.

#### **D. SIMPULAN**

Berdasarkan uraian diatas, dapat diambil kesimpulan dari hasil penelitian sebagai berikut:

1. Terjadi dissinkronisasi vertikal/horizontal antar peraturan terkait tanah ulayat. Pada satu sisi UUPA menetapkan hubungan antara MHA dengan tanah ulayat sebagai hak penguasaan, sehingga tidak menjadi obyek pendaftaran hak, namun pada sisi lain, UU No. Tahun 2014 tentang Desa cenderung menganggap hubungan hukum itu berstatus kepemilikan dan hal demikian diperkuat dan sekaligus menjadi obyek pendaftaran hak oleh Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/ Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 9 Tahun 2015. Kerancuan itu jelas mempengaruhi pemberian hak pada investor, peralihan dan pemulihan hak ulayat.
2. Terkait pemanfaatan tanah ulayat, Badan legislasi daerah Provinsi Sumatera Barat, mengeluarkan 2 aturan, yaitu Perda Provinsi Sumatera Barat No. 6 Tahun 2008 dan Pergub. No. 21 Tahun 2012. Bak menari ditengah iringan musik yang tak padu dan dibumbui semangat religius untuk mewujudkan filosofi adat, ternyata produk legislasi terkait tanah ulayat di Provinsi Sumatera Barat, membedakan antara hak ulayat Nagari sebagai hak penguasaan dengan hak ulayat Suku dan ulayat Kaum sebagai hak milik komunal dan semuanya menjadi obyek pendaftaran hak. HGU, Hak Pengelolaan ataupun Hak Pakai yang dapat diberikan kepada penguasa hak ulayat Nagari sesuai aturan Perda Provinsi Sumatera Barat, justru memberi kesan hak ulayat telah menjadi tanah Negara atau kepemilikannya berada pada pihak lain.

Dengan diatur pemulihan kembali atas hak ulayat, melengkapi ketimpangan adanya paradok antar Pasal, sehingga sulit untuk disebut sebagai Perda yang ideal, apalagi sebagai Perda yang mensyariat karena nilai-nilai syariat pada unsur penting terabaikan.

3. konflik horizontal yang tak kunjung usai terkait tanah ulayat di Ranah “*Bundo Kanduang*” ini dipicu berbagai sebab, akar utamanya adalah tumpang tindih lahan antara kebun garapan rakyat dengan lahan investor, tidak diserahkan lahan plasma dan tak dibuatnya kontrak secara jelas oleh para pihak sehingga sulit mengukur wan prestasi. Uniknya dalam pengurusan izin usaha, kontrak antara ninik mamak dengan investor tidak dianggap sebagai elemen primer sebab dengan bukti surat penyerahan hak atas tanah ulayat oleh MHA proses perizinan usaha sudah dapat dirampungkan. Demikian pula dengan hubungan tidak langsung antar pihak terkait, memudahkan pihak lain/oknum pejabat ikut memanfaatkan peluang.

## CATATAN AKHIR

- <sup>1</sup> Lihat Soeroyo Wignyodipuro, 1983, Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat, Gunung Agung, Jakarta, hlm. 197.
- <sup>2</sup> Soetandyo Wignjsoebroto, *dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1995, Hal. 90
- <sup>3</sup> [www.pancanaka.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=200:tinggi/konflik-tanah-ulyat-di-sumbar&catid=85&Itemid=222](http://www.pancanaka.org/index.php?option=com_content&view=article&id=200:tinggi/konflik-tanah-ulyat-di-sumbar&catid=85&Itemid=222), diakses tanggal 9 Mei 2014
- <sup>4</sup> Lihat, Arfi Bambani Amri, *Keluar dari Sengketa Ulayat*, tersedia pada [www.hariansinggalang.co.id/keluar-dari-sengketa-ulyat/](http://www.hariansinggalang.co.id/keluar-dari-sengketa-ulyat/), diakses tanggal 9 Mei 2014
- <sup>5</sup> Mengenai benturan antara berbagai peraturan perundang-undangan yang menyangkut pengaturan sumber daya alam (termasuk hak ulayat) diungkapkan juga oleh Maria Soemarjono, dkk, 2011, *Pengaturan Sumber Daya Alam di Indonesia*, Gajah Mada University Press, hlm. iv, dan Warman, Kurnia, 2010, *Hukum Agraria dalam masyarakat majemuk, Dinamika interaksi hukum adat dan hukum Negara di Sumatera Barat*, KITLV, Jakarta, hlm. 4.
- <sup>6</sup> Lihat Penjelasan Umum UUPA point II. 2.
- <sup>7</sup> Penegasan dari penulis.
- <sup>8</sup> Maria SW. Soemarjono, 2005, *Kebijakan Pertanahan, antara Regulasi dan Implementasi*, Kompas Media Nusantara, Jakarta, hlm. 57
- <sup>9</sup> Lihat, Ibid, hlm. 71.
- <sup>10</sup> Lengkapnyapada *Kompas* 6 Juli 2015.
- <sup>11</sup> Lengkapnyapada, *Kompas* 25 September 2015.
- <sup>12</sup> Kurnia Warman, 2006, *Ganggam Bauntuak Menjadi Hak Milik*, Andalas University Press, Padang. Hlm. 59.
- <sup>13</sup> Ungkapan ini sangat populer dan banyak diungkap para penulis tentang adat Minangkabau, diantaranya, Nurdin Yakub, 1989, *Minangkabau Tanah Pusako 2*, Pustaka Indonesia, Bukittinggi, hlm 10 dan Idrus hakimy Dt. Rajo Penghulu, 1997, *Rangkaian Mustika Adat Basan di Syarak*

- di Minangkabau, Remaja Rosda Karya, Bandung, hlm. 207.
- <sup>14</sup> Lihat Kurnia Warman, Polahubungan Hukum dalam Pemanfaatan Tanah Ulayat di Sumatera Barat, *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol. 26 No. 3, 2014. FH.UGM, hlm. 371.
- <sup>15</sup> HGU dan Hak Pengelolaan hanya dapat diberikan atas tanah Negara.
- <sup>16</sup> Hak Pakai hanya dapat diberikan atas tanah Negara ataupun tanah milik orang lain.
- <sup>17</sup> Saat Perdaditetapkan, ketentuan ini masih berlaku dan dijadikan acuan Perda.
- <sup>18</sup> Boedi Harsono, 1974, *Undang-Undang Pokok Agraria, Sejarah Penyusunan dan Pelaksanaannya* Jakarta. jilid 2, hlm. 216
- <sup>19</sup> Lihat, Boedi Harsono, 1974, *Undang-Undang Pokok Agraria, Sejarah Penyusunan dan Pelaksanaannya*, Jilid 1, Djambatan, Jakarta, hlm. 168..
- <sup>20</sup> Lihat, Idrus Hakimy Dt Rajo Penghulu, *op cit*, hlm. 209.
- <sup>21</sup> Artinyasekali air (sungai) membesar, sekali (pula) tepian sungai beranjak. Maksudnya dinamika sosial ikut merubah sistem.
- <sup>22</sup> lihat Hamzah Yakub, 1992, *Kode Etik Dagang Menurut Islam*, CV. Diponegoro, Bandung, hlm. 272 dan Sulaiman Rasyid, 2012, *Fiqh Islam*, Sinar Baru Algesindo, Bandung, hlm. 302.
- <sup>23</sup> Hamzah Yakub, *loc cit*.
- <sup>24</sup> Sulaiman Rasyid, *loc cit*, hlm. 302.
- <sup>25</sup> Wawancara dengan Ketua KAN Lunang, tgl 27 Okt 2014, KAN Tapan, tgl. 23 Septemb, 2014, Hatta Latif (tokoh Masyarakat), 25 Septemb. 2014, Zulkardi (walinagari Bukit Buai) tgl. 26 Septemb. 2014, dan Syahbunan Zaini (tokoh Agama) tgl 20-26 Septemb dan awal November 2014.
- <sup>26</sup> Wawancara dengan Yantimarni dkk, tgl. 26 Septemb. 2014, pada saat mana diperoleh juga berbagai dokumen terkait.
- <sup>27</sup> Lihat Titin Fatimah, Hengki Andora, 2014, *Jurnal Ilmu Hukum FH. UNRI*, vol 4, hlm 20.

## DAFTAR PUSTAKA

- Hakimy, Idrus, Dt. Rajo Penghulu. 1997, *Rangkaian Mustika Adat Basandi Syarak di Minangkabau*, Remaja Rosda Karya, Bandung.
- Hamzah Yakub, 1992, *Kode Etik Dagang Menurut Islam*, CV. Diponegoro, Bandung,
- Harsono, Boedi, 1974, *UUPA, Sejarah Penyusunan dan Pelaksanaannya, jilid. I, II*, Jembatan, Jakarta.
- Rasyid, Sulaiman, 2012, *Fiqh Islam*, Sinar Baru Algesindo, Bandung.
- Sumardjono, Maria SW, et al, 2011, *Pengaturan Sumber Daya Alam di Indonesia. Antara yang Tersurat dan Tersirat*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta.
- 2005, *Kebijakan Pertanahan, antara Regulasi dan Implementasi*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta.
- Warman, Kurnia, 2010, *Hukum Agraria dalam masyarakat majemuk, Dinamika interaksi hukum adat dan hukum Negara di Sumatera Barat*, KITLV, Jakarta.
- \_\_\_\_\_ 2006, *Ganggam Bauntuak Menjadi Hak Milik, Penyimpangan Konversi Hak Tanah di Sumatera Barat*, Andalas University Press. Padang.

- Wignyodipuro, Soeroyo, 1983, *Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat*, Gunung Agung, Jakarta.
- Wignyosoebroto, Soetandyo, 1995, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional, Dinamika Sosial Politik dalam Perkembangan Hukum Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Yakub, Nurdin. B. Dt. 1990, *Minangkabau Tanah Pusaka, Tambo Minangkabau Buku Kedua*, Pustaka Indonesia, Bukittinggi.
- Afifah Kusumadara, 2013, *Perkembangan Hak Negara Atas Tanah: Hak Menguasai Atau Hak Memiliki?*, Jurnal Media Hukum, Vol. 20 No. 2
- Warman, Kurnia, AndoraHengki, 2014, *Pola Hubungan hukum dalam Pemanfaatan Tanah ulayat di Sumatera Barat*, Mimbar Hukum, FH. UGM, Volume 26.
- Titin Fatimah, Hengki Andora, *Pola Penyelesaian Sengketa Tanah Ulayat di Sumatera Barat (Sengketa antara Masyarakat dengan Investor*, Jurnal Hukum, FH. UNRI, volume 4.
- Maria SW Sumardjono, 2015, *UUPA Setelah 55 Tahun*, Harian Kompas, 25 September 2015
- \_\_\_\_\_ 2015, *Ihwal Hak Komunal atas Tanah*, Harian Kompas, 6 Juli 2015
- Arfi Bambani Amri, *Keluar dari Sengketa Ulayat*, tersedia pada [www.hariansinggalang.co.id/keluar-dari-sengketa-ulyat/](http://www.hariansinggalang.co.id/keluar-dari-sengketa-ulyat/), diakses tanggal 9 Mei 2014.
- NurulFirmansyah, *Tingginya Konflik Tanah ulayat di Sumatera Barat*, [www.pancanaka.org/index.php?option=com\\_content&veiw=article&id=200:tinggi/konflik-tanah-ulyat-di-sumber&catid=85&Itemid=222](http://www.pancanaka.org/index.php?option=com_content&veiw=article&id=200:tinggi/konflik-tanah-ulyat-di-sumber&catid=85&Itemid=222), diakses tanggal 9 Mei 2014
- Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.
- Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.
- Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa.
- Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2014 Tentang Perkebunan.
- Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai atas Tanah.
- Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat.
- Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 52 tahun 2014 Tentang Pedoman pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat.
- Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/ Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 9 Tahun 2015 tentang Tata Cara Penetapan Hak Komunal atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dan Masyarakat yang Berada dalam Kawasan Tertentu.
- Peraturan Daerah Propinsi Sumatera Barat Nomor 6 Tahun 2008 tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya.
- Peraturan Gubernur Nomor 21 Tahun 2012 tentang Pedoman Dan Tatacara Pemanfaatan Tanah Ulayat Untuk Penanaman Modal.

**Nanda Saraswati**

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang.

Jalan Veteran Ketawanggede, Kec. Lowokwatu, Kota Malang. Email: anandasaraswati@yahoo.com.

---

# CONTRACT OF WORK AS AN INTERNATIONALIZED CONTRACT: A SUI GENERIS RELATION OF FOREIGN INVESTMENT

## **ABSTRACT**

Contract of work is an agreement made between the government of the Republic of Indonesia with foreign companies, and or joint ventures between foreign companies with domestic legal entities to carry out exploration and exploitation in general mining or oil and gas out of the earth, in the time period agreed by both parties. One of the foreign companies in cooperation with the Indonesian government in this field is PT Newmont Nusa Tenggara which form the contract of work in the field of utilization and development of mining potential in Indonesia. However, Act No. 25 of 2007 on Investment, Chapter IV of Form and Position Enterprises in Article 5, paragraph 2 requires that the foreign investment shall be in the form of a limited liability company based on Indonesian law and domiciled in the territory of the Republic of Indonesia, unless specified otherwise by law. Therefore, a contract of work is often regarded as a national contract by many parties. Others suggested that such contract which involves foreign investment transaction is sui generis, or in other words a quasi-public international contract. This paper will discuss the foreign elements of the contract and conclude that the contract of work can be categorized as an international contract.

Keywords: contract of work, foreign elements, choice of law, jure gestionis,

## **I. INTRODUCTION**

To accomplish the aims of the Preamble of the 1945 Constitution, the government of the Republic of Indonesia has tried to implement development in all aspects of life. One aspect of

developments that is still being encouraged at this moment is the economic aspect with mining as one of it's main sector, because this sector is very reliable in contributing incomes in the form of foreign exchange to the state.

Mining sector is one of the business sectors mainly prioritized by the government, before or after the issuing of the Law of Investment, both for foreign and domestic parties. Thus, the government attempts to direct and manage natural resources including in mining business sector.

In managing natural resources which require enormous capital, sophisticated equipment, experts, and high risk, Indonesia cooperates with foreign investor. The private parties are in the form of national private enterprise or foreign private enterprise, which their foundings are based on the existing regulations and laws in Indonesia. Foreign investment agreement is an international agreement. This is because there is a foreign element in the agreement which makes it in the scope of international civil law (Gautama, 1983 : 68). One of the forms of such foreign investment cooperation is contract of work.

Contract of work is an agreement between the government of the Republic of Indonesia with foreign enterprise, and or joint project between foreign enterprise and domestic law entity to conduct exploration and exploitation in general mining sector or outside earth gas and oil, in long term which are agreed by both parties (Salim, 2004:129).

Based on such definition, contract of work does not only regulate the legal aspects of the parties, but also regulates the object of the contract. Thus, it can be argued that the elements inherent in a contract of work, are namely:

- a. The existence of contractual, ie contracts made by the parties.
- b. The existence of legal subjects, namely the Government of Indonesia with foreign parties and or combination of foreigners with Indonesia.
- c. The presence of the object, namely the management and utilization (exploration and exploitation) mining excluding oil and gas.
- d. The existence of a period in a contract.

The legal basis for cooperation of Indonesian government with foreign parties in contract of work was based on Article Law Number 1 Year 1967 on Foreign Investment which stated: "Foreign investment in mining sector is based on an agreement with the Government under a contract or other forms in accordance with the existing laws and regulations". This is also stressed in Article 35 Law Number 25 Year 2007 on Investment, which states "Bilateral, regional, and multilateral international agreement in investment which have been agreed by the Indonesian Government before this Law is effective, will remain until those agreements are expired." Moreover, in Law number 25 Year 2007 on Investment, Chapter IV on The Form and Position of Corporation, in Article 5 Verse 2 states: "Foreign investment must be in the form of limited business company based on Indonesian laws and positioned in the territory of the Republic of Indonesia, except it is decided otherwise by the law.

One of foreign corporations which cooperates with Indonesian government in this sector is

PT Newmont Nusa Tenggara which made a contract of work. Such contract of work can be categorized as an international contract, i.e.: national contract which includes foreign element (Gautama, 1976:7). In this case there are foreign elements, i.e.: subject of the parties, dispute settlement regulation, currency, and foreign language.

In principle, foreign investment agreement in Indonesia in the form of contract of work is conducted by using principle of freedom of contract in accordance with Article 1338 of Civil Code. The freedom in this case is the freedom for the parties to decide the contract substance or on which law is applicable on the agreement or contract and which forum (court) have the authority for a trial when a dispute arise. This is related to contracts with foreign elements which in the implementation can cause various problems, for example: if there is international trade dispute which is a trade dispute that occur from international trade relation based on contract or not (Wiyasa Putra, 2000:91). To answer this problem, international civic code can use the help of connecting dots or secondary link points, i.e.: choice of law, the place (country) where the contract signed (*lex loci contractus*), or place (country) where the contract is implemented (*lex loci solutionis*) (Khairandy<sup>2007:127</sup>).

Therefore, this paper discusses several issues related to the theories of private international law, namely the foreign elements contained in the contract of work between the Government of Indonesia and PT NNT; a public quasi of the contract in which one party is the State; choice of law and choice of forum which is used in the working contract between the Government of Indonesia and PT NNT, and also the implementation of foreign arbitral awards in Indonesia

## II. ANALYSIS

### A. International Contracts in Private International Law

As mentioned above, an international contract is a contract in which there are foreign elements. When does a contract have a foreign element, there has been yet the same opinion. Theoretically, the foreign element which can be an indicator of a contract is a national contract having foreign elements, namely:

1. Different nationality of the parties;
2. The Parties domicile in different countries;
3. The choice of law is a foreign law, including the rules or principles regulating such international contracts;
4. Dispute resolution held abroad;
5. The language of the contract is a foreign language;
6. The use of foreign currency in the contract.

According to the author if a contract has one of the above foreign element then such contract can be categorized as an international contract. Of course we have to start by looking at the subject

of the law or the contracting parties.

### 1. Subject of Law

The subject of law is the holder of the rights and obligations under the law which can be either individuals (persons) or legal entities (companies, organizations, institutions). It is also related to the personal status and the legal authority to carry out the international contract. There are two parties related to this contract, which are:

1. The Government of the Republic of Indonesia, which have the power of mining in Indonesia. In this contract the Government is represented by the Minister referred to as the government); and
2. PT. Newmont Nusa Tenggara (an Indonesian legal entity established by Deed No. 164 dated November 18, 1986, the Minister of Justice Decree No. 52-8155-HT-01-61-T11 86 dated November 27, 1986), hereinafter referred to as PT NNT, which all shares owned by the established time:
  - a. Newmont Indonesia Limited, a company incorporated in the State of Delaware, USA, with offices located at level 18 AMP tower 535 Bourke Street Melbourne, Victoria, Australia 30000.
  - b. PT. Pukuafu Indah, an Indonesian legal entity established by Deed No. 22 dated 25 September 1978, the Minister of Justice No. YA5 / 365/3 dated November 27, 1978, which is located at 14 Jalan Arthaloka Building Level Jendera Sudirman Jakarta Indonesia.

In the Indonesian national law, before the foreign investor could carry out their investment in Indonesia, they must first establish law entity. Such regulation meant and hoped to direct every investment to obey the existing regulation, i.e.: the corporation must be Indonesia law entity and positioned in Indonesian territory. Such reason is understandable since Indonesian Government want to stress that if the establishment of investing corporation is not in the form of Indonesian law entity, it will cause law uncertainty towards those foreign enterprises. In that case, when a dispute happen there will be uncertainty on which law is applicable towards those enterprises.

There are two reasons why each foreign investment must use Indonesian law entity: 1) enabling investor to easily implement requirements according to Indonesian law; 2) making jurisdiction easier if a dispute occur. By using legal entity, the investor can act as right and obligation supporter (*rechtperson*) who has his/her own private properties, whether it's in the form of corporation equipment capital and other properties that can be used as guarantee against negligence in fulfilling obligation. Law certainty can be implemented if there is effective regulation, therefore Indonesian Government through Minister of Judiciary of Republic of Indonesia Number J.A. 5/3/2 26 April 1967 on Affirmation towards Article 3 Law Number 1 Year 1967 states, that what meant in the article is foreign investment corporation must be in the form of Limited Company (PT).

Particularly for foreign investment in the mining sector outside of oil and gas and forestry, the investment procedure is regulated in Article 3 Presidential Decree Number 32 Year 1992. It is reaffirmed in Law Number 25 Year 2007 on Investment which states that foreign investment must be in the form of limited company based on Indonesian law and positioned in the territory of Republic of Indonesia.

In this work contract, PT NNT has already in the form of Indonesian law entity in accordance with the notarial deeds previously mentioned. This is of course related with the personal status of the law entity, which usually is in the form of incorporation theory, effective management theory, and remote control theory (Gautama, 1995:336). In this contract, it is likely that incorporation theory is used because the investor took shape in the form of limited corporation established in Indonesia. But it needs to be remembered, in the time of it's establishment, all shares owned by Newmont Indonesia Limited established in United States and PT Pukuafu with shares comparison 80% : 20% (Ambarwati, 2008). This is possible since foreign investment can take the form of joint venture between foreign company and law entity. For activities that are limited with 65% foreign investment or less, foreign investor is not allowed to have controll over the decision. Join stock in this case is PT NNT, between Newmont Indonesia Limited as foreign enterprise owning 80% shares and PT Pukuafu as domestic law entity which owns 20% shares. It means there is a monitoring by foreign parties towards company from such law entity, which relates to remote control theory. This is visible in Article 28 of the work contract on other requirement which stated all request, consensus, approval, announcement, and others related with contract will submitted as carbon copy to:

Newmont Indonesia Limited  
18th Floor, A.M.P. Tower  
535 Bourke St, Melbourne 3000  
Victoria, Australia  
Telex No. 32026

Hence, eventhough it is in the form of Limited Corporation but control (voting powers) or management control towards the company remains in the hands of foreign parties as the owner of majority shares, and some of the managements are effectively overseas, i.e.: Australia. Consequently, it can be concluded PT NTT is a foreign enterprise or Foreign Investment Company.

## 2. Foreign Language

The second foreign element is language. Related to the use of language, almost all international business contracts use English as the official language. Although there are translations into other languages, but in case of dispute, the officially recognized is the English text. In this contract, the text are made in Indonesian and English which both texts are legal. But in cases of differences in interpretation, the English text shall prevail and be considered as the official text. So that the language used in the contract is a foreign language.

### 3. Foreign Currency

The use of foreign currency in a contract is also a foreign element. In this contract, Article 1 (5) states that foreign currency is any currency other than dollars. Used in this contract is the US dollar (US \$) contained in articles such as exploration period (Article 6), report and deposit guarantees (Article 7), Marketing (Article 11) and taxes and other financial liabilities of companies (Article 13).

### 4. Regulations/ Foreign Rules In Dispute Resolution

In international arbitration centers there are standard forms that can be used by the parties in arbitration clauses such as UNCITRAL (Adolf, 1991:23). In this case, the *Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law* and the *Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law* is used as a procedural rules or procedural law in the event of a dispute between the parties in international arbitration. In the review of private International Law this form of selection uses the linkage point of law (choice of law). The provision is a rule or foreign elements.

From the description above we can see that the contract of work between Indonesia and PT NNT has some articles which contain foreign elements.

## B. Quasi Public International Contract

In contract of work, government is a public law entity which is a law entity established by common power. As law entity, government can conduct civil relations. In conducting civil relations, government can act as indifferent subject with personal law subject or civil law entities in general. Civil relations occurs from civil action. For example making contract with other law subjects. The state through the government is conducting civil relation (Manan, 1996:24). In this relation there are different arguments. According to Sunaryati Hartono, government relation with its contract partner (in joint venture) occassionally as partner and also as government. On the other side, according to Bagir Manan, the relation between government and its contract partner is an equality relation, while Mariam Darus Badruzaman argues that the government's position is higher (therefore unequal) with its contract partner. Thus, it impacts Foreign Investment where not only agreement law procedure that applies but also international law. Therefore contracts in foreign investment are often called transnational or quasi international agreement, *contract sui generis* atau *economic development contract* (Hartono, 1974:29). As a result, the relation is not given special treatment if a government agency make contract with citizen or law entity, since based on the principle in civil code the position of the two are considered as equal.

If we take a look at this contract of work, it will be visible for us to see the difference of position where Indonesian Government (state) in its role as a perfect law subject which are allowed to create and enforce law and revise it. In the other side, corporation or PT NNT is a law subject with limited capacity. Hence, there is separation of position or state's status as a sovereign state

(*jure imperii*) and state that conducting commercial activities (*jure gestiones*). In this case, Indonesian Government act in its capacities as a state which conducting commercial activities and considered has left its impunity and sovereignty in this business sector/contract. Therefore, Indonesian Government and PT NNT are equal or in balanced and have the same position in law (the principle of equality of the parties).

In the field, agreement law which is a sub-branch of civil law, a contract where one of the parties involved is the state, will be called as “Business Contract with Public Dimension (*Government Contract*)”. This terminology indicates that the nature of relation conducted is civil but because one of the parties is government then there is a public dimension. The formulation or examination on this kind of agreement must pay close attention to civil law and public law. One of the law consequences is if the agreement is harmed then the dispute can not be submitted to administrative court but to civil court that can be in the form of court or arbitration (depends on the agreement of all parties).

### **C. Choice of Law**

Based on the principle of freedom in making contract, all parties in contract, are also able to decide which law that will be applies to the contract. In this case all parties decide by themselves in contract on which law are applied to interpret the contract (Gautama, 1987:11). Choice of law from the related State have an intended aim by the related parties. This choice of law is provided to avoid the requirements from a State which considered less benefiting them.

Choice of law can be (Adolf, 2007:176):

- a. The implementation of firm choice where all parties firmly insert the choice of law clause in the contract and inside it asserted certain law system they have chosen.
- b. The implementation of silent choice, that is no specific clause on choice of law but there is an obedience towards certain law system.
- c. Handed over to the court, if all parties failed or facing difficulty to reach agreement on which law to choose.
- d. No choice of law, therefore the court or the arbitration agency will settle the dispute based on international civil law.

The implementation of contract of work between Indonesian Government and PT Newmont Nusa Tenggara is regulated, complies to, and interpreted by the law of Republic of Indonesia. It is possible based on several considerations or good factors in international law or national law. Eventhough the contract of work is made in Indonesian and English which both of them are valid and if there is interpretation difference, then the English document will be used but such thing will not reduce the agreement of all parties to use Indonesian law as choice of law (substantive law). This is clearly visible on Article 32 of the contract of work on the clause of choice of law.

Choice of law must be conducted genuinely and legal, it means in choosing a certain law

system, it is not intended to smuggle certain regulations and it is preferable that the chosen law is a law with certain relation with related contract. The same thing also applies if the choice of law have carefully negotiated by all parties but if the choosen law violated public policy from from judge national law, then the contract can not be implemented by the judge because it is invalid.

What is meant by public policy is basic principles from all law system and Indonesian society. The concept on public policy is different from one country and another and such concept can change depends on the social condition as the same thing happen to ideas on state, on religion, moral, and ethichs which undergoes modification. Therefore a contract can be considered violating law (illegal) or contradicts the state's public policy and can not be implemented, is depends on case by case.

In work contract between the government of Republic of Indonesia and this PT Newmont, the object is the utilization and development of mining potentials in Indonesia which started from general investigation, exploration, expansion, development, mining, processing, and selling which are agreed and in cooperation with mineral resource expansion especially gold and copper. The laws that regulates the contract of work are i.e.:

1. Law Number 1 Year 1967 on Foreign Investment, Law Number 11 Year 1970 on Change and Addition to Law Number 1 Year 1967 on Foreign Investment.
2. Law Number 11 Year 1967 on Mining Main Principles.
3. Law Number 25 Year 2007 on Investment.
4. Law Number 4 Year 2009 on Mineral and Coal Mining
5. Government Regulation Number 23 Year 2010 on Implementation of Mineral and Coal Mining Business Activity.

Based on such thing the author conclude that the contract of work between Indonesian Government and PT NNT shall not be stated to contradict public policy.

Tradition in several developing countries where the international business transaction between government in one side and foreign enterprise in the other side, the government always require the use of government national law. Faced by such condition, it implies that foreign parties only can choose "take it or leave it" since there is no negotiation and no bargaining position, therefore there is no place for choice of law. But if we observe carefully that one of the limitation to choice of law is law regulations which have the enforcer nature is unavoidable. This law regulation is fundamental and binding. The enforcing law regulation is acknowledged by national law in general, which issued by a State to protect various social and economic interests.

Mandatory rules will limit freedom of parties in international transactions. Reasoning that becomes the background of the implementation of mandatory rules is a consideration that these regulations are generally contains or reflects fundamental policy from the implementing State, and if such regulations can be put aside by the norm of private international law or by agreement among all parties, automatically those regulations lose their meaning as regulation that contains

the fundamental policy (Hardjowahono, 2006:132).

Related to choice of law, some argue that agreement principle and freedom of both parties (State and Corporation) are remains effective. But, generally, the effective law is national law where the contract is made and implemented. This is related to supremacy or sovereignty fundamental principle which requires national law to remain uninterrupted. Its binding power is absolute. Each law event, act, item, and subject, including trade transaction in the contract, that happen in the territory of State obey absolutely to the national law.

The other things is contract relocalization which is the choosing of national law from the State which will be the reason of all parties in the contract with other parties. There are three main reasons which supports this contract relocalization (which it's establishment is especially supported by developing countries), i.e.:

1. Contract made by State with foreign citizen obey to national law exclusively;
2. Dispute that occur from the contract must be settled by national court; and
3. States have sovereignty towards it's natural resources.

There is also economic development contract which is a contract between the state and foreign enterprise. Usually the contract object is operating not entirely driven for profit accumulation as high as possible, as happened in other contracts, but there is other purpose or public and social interest, for example the results are used for the interest of public just like the results from natural resources exploration. The contract object usually obeys to government monopoly considering the sector here is public interest. The effective and choosen law in the choice of law clause usually is national law from the hosting state.

In Indonesia, usually this contract is called as contract of work and beacuse of its importance or strategic situation as natural resources, it is generally regulated in it's law, such as in Indonesian Constitution.

In the author's opinion, as addition eventhough if there is no choice of law in this contract, then if this is related with real connection from the contract then we can analyze it by using theory or principles in private international law. For example, if based on principle of *lex loci contractus*, the proper law of the contract is the law from the place where the contract is made, i.e.: the place where the final act used to establish deal, or where it is made. Meanwhile, the principle of *lex loci solutionis* is law from the place where the agreement is conducted (Gautama, 2002:16). In this case the contract of work between the government of Republic of Indonesia with PT Newmont is made and implemented in Indonesia. Therefore it's not surprising that both parties agreed to use Indonesian law as choice of law because it has the closest relation with the contract.

#### **D. Choice of Forum**

The choice of forum means that the parties in the contract agree to choose forum or institution which will settle the dispute among the parties if it's occur in the future. The main function from the clase of choice of forum in international contract is to serve as law certainty.

In contract made between government of Republic of Indonesia and PT NNT, there is clause on dispute settlement which if there is dispute between two parties, then the chosen forum by both parties is conciliation or arbitration where the conciliation and arbitration working event will be held in Jakarta, Indonesia. Permanent Arbitration Agency or institution which has its own procedure to settle the dispute between two parties that possible to occur is not decided or mentioned in work contract. Therefore the author conclude that the arbitration is ad hoc or not permanent (eenmalig). It means, after the referee or arbitrator finished their duty, then the arbitrator tribunal that examined the dispute is dissolved. The arbitrators from the ad hoc arbitration was chosen by the disputing parties and the arbitrators settle the dispute based on the procedure set by the parties. Ad hoc arbitration is conducted based on regulation formed for arbitration aim, for example Article Number 30 Year 1999 on Arbitration and Dispute Settlement Alternative. Generally Ad-Hoc Arbitration determined based on agreement that states arbitral tribunal which are agreed by the parties. The use of ad hoc arbitration need to be mentioned in arbitration clause (Soemartono, 2006:3).

What can be determined here is that at the time of signing the contract the parties namely the Government of Indonesia and PT NNT have agreed to resolve any disputes that arise through the forum:

1. Conciliation, where the parties wish to ask a good settlement which will take place in accordance with the UNCITRAL Conciliation regulations in resolution 35/52 approved by the UN General Assembly on December 4, 1980, entitled "*Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law*".
2. Arbitration, all disputes between the parties arising before and after the termination of this Agreement, including disputes in which one party is negligent in carrying out its obligations, in accordance with the rules of the Arbitration UNICITRAL loaded in 31/98, which approved the UN General Assembly on 15 December 1976, entitled "*Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law*."

The choice of law in a contract may include several types of law. These laws can be applied against the principal dispute (applicable substantive law or the *lex causae*) and the law that will apply to the court (procedural law). In this case, the *Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law* and the *Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law* is not the substantive law but rather acts as a procedural law. Substantive law is still under Indonesian law in accordance with the legal agreement mentioned in the articles. At the time of a dispute, then by operation of the law, the parties are bound to resolve it through the forum.

The author concludes that the arbitration process has at least several basic rules that govern the process, namely:

1. Substantive Law: the material of the law on which the examination of the substance of the

arbitration process. As in the contract in this case stated that the contract is governed by the laws ... of the Republic of Indonesia .... This means that the examination process and compulsory arbitration decision of the arbitrator will use the laws of the Republic of Indonesia, as contained in Article 32 of the contract of work on choice of law..

2. Procedural Law: which can be regarded as rule of the game of an arbitration process. In this case the parties of the contract agree to use the work of UNCITRAL arbitration rules or Conciliation Rules. Then the arbitrator must use the rules held in the arbitration process.
3. Lex arbitri: which is the law of the country where the award was made. This law is binding on arbitrators in the arbitration verdict. Yet to be seen whether the applicable law in the country is imperatively or facultative. For example, if the arbitration is executed and the award was made in Indonesia, then the decision should state that "By Justice Based on God" which is imperative in the provisions of Law No. 30 of 1999 on arbitration. This doctrine is stated clearly in article V (e) of the 1958 New York Convention.

The reason why arbitration forum chosed is closely related to the critic to other dispute settlement forum, especially court, i.e.:

1. National court generally lack of competent judge or specialized in international commercial law.
2. Court verdict does not automatically end the dispute since the parties who are less satisfied with the verdict still have other channel to release their dissatisfaction by submitting the dispute to higher court and cause a protracted dispute.

The disputes that can use arbitration mechanism are limited to trade sector, i.e.: business, financials, investment, industry, and intlllectual rights. The verdict of the arbitration is binding and enforceable.

In this contract, the government is in equal position with corporation. If there is dispute between two parties then it entirely will be handed over to third party through arbitration. In Law of Investment also set that dispute between government and foreign investor settled through international arbitration.

In Indonesia, dispute settlement through arbitration is regulated in Law Number 30 Year 1999 on Arbitration and Dispute Settlement Alternative. The verdict from arbitration agency is final and binding. The verdict is based on Law Number 30 Year 1999 is included in International Arbitration Verdict i.e.: verdict from arbitration agency or individual arbitrator outside the jurisprudence of Republic of Indonesia, or verdict from arbitration agency or individual arbitrator which according to law requirements of Republic of Indonesia considered as international arbitration verdict.

Arbitration according to Article 1, Law Number 30 Year 1999 is a dispute settlement mechanism outside public court based on Arbitration Agreement which made in written by the disput-

ing parties. Meanwhile the arbitration based on Reglement Civil Code (*Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering*) or shorten as Rv. S 1847-52 jo 1849-63, arbitration is a form of court conducted by and based on the good will of the disputing parties in order that their dispute settled by the judge they appointed with understanding that the verdict is final (last level verdict) and bind both parties to implement it. Those judges also known as referee judge (according to Rv) or arbitrator. Rv elaborated: “everybody is allowed to be involved in a dispute on the rights that belong in his/her authority to release, or hand over the verdict to someone or several referee”.

Law number 30 Year 1999 on Arbitration above does not give explanation what is meant by International Arbitration. But in Article 1 Number 9 of the Law, there is a definition of International Arbitration Verdict, i.e.: “*International Arbitration Verdict is a verdict from arbitration agency or individual arbitrator which according the law requirement of Republic of Indonesia considered as international arbitration verdict.*”

Such formulation can be interpreted that arbitration verdict in the domain of Indonesian Law is not international arbitration verdict, or domestic arbitration verdict. This is a problem because the 1958 New York Convention related to the problems of acknowledgement and implementation of arbitration verdict implicates arbitration verdict in different country from the country where the approval and implementation on physical or law dispute requested.

Law Number 30 Year 1999 only regulates on the approval and implementation of International arbitration verdict in Indonesia but it does not regulate on how to perform international arbitration in Indonesia. People can easily interpret that each arbitration held and cut in Indonesian territory is a domestic arbitration (national). The implementation of arbitration verdict held in Indonesia and the implementation of foreign (international) arbitration verdict have difference in registration procedure and period.

Whereas UNCITRAL Model Law in Article 1 explicitly stressed that an arbitration is international if:

- a. The parties in arbitration agreement when they were in the time of related agreement, have business position in different countries;
- b. The place of the arbitration, the place of contract implementation or the place of disputed object is in different country from the business position place of the disputing parties or if the parties are firmly agreed that things related with arbitration agreement related with more than one country.

Based on such understanding then the arbitration verdict between government of Republic of Indonesia and PT NNT is still in unclear domain, whether it is in International Arbitration Verdict or not, considering the verdict is in Indonesia. Of course on this problem, it can not be handed over to the judge. But Indonesian law acknowledge private international law with all theories inside it therefore the author concluded that if viewing from the used rules i.e.: rules from UNCITRAL and the existence of foreign arbitrator, and majority of the shares owned by PT NTT

that conducts foreign investment in Indonesia, it shows there are foreign elements from this arbitration which cause the arbitration can be called as international arbitration.

In UNCITRAL arbitration rules, it stated that: “*The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate*”. It means that arbitration will use substantive law from law agreed or chosen by all parties, which in this case is Indonesian Law.

Of course before government or corporation take arbitration attempt under UNCITRAL Arbitration regulation on particular dispute, it ought to use all attempts to take necessary measures in finding possible administrative solutions on the dispute based on Laws of Indonesia. The case submission by a party to forum of a state actually implicitly contains the will to obey procedural rules from the related forum (Hardjowahono, 2006:97).

### **E. The Dispute Between Republic of Indonesia VS PT NNT**

Based on the agreed requirements by all parties, there is agreement clause which stresses on the obligation that need to be conducted by PT Newmont to divest it's shares to local government. But such obligation was not conducted by Newmont therefore the government feels violated of it's rights. Government of Republic of Indonesia filled a lawsuit towards NNT because of the violation towards Article 24 verse (3) and (4) and considered that NNT breach the contract because it failed to conduct it obligation of divestment in 2006 and 2007 based on the Contract signed by NNT dan Government of Republic of Indonesia on 2 December 1986. Referring to the existing agreement, each dispute occurred because of the agreement, then the related parties agree to settle it through international arbitration agency.

The settlement process need to follow procedure set by United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Arbitration process begun in July 2008 through correspondent until closed court on 8 to 13 Decembre in Jakarta. Panel consisted of three members. Two are law experts who each is appointed by Indonesian Government: Msonnarajah from Singapore and Newmont appointed Stephen Schewebel from United States, and one independent expert who is also the panel chief: Robert Briner from Switzerland.

Based on arbitration process of PT Newmont Nusa Tenggara (PT NTT) divestment dispute settlement in Jakarta from 8 to 13 Decembre 2008 under the procedure of United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Majelis Arbitrase (Arbitral Tribunal) on 31 March 2009 the final award issued which principally the Government of Republic of Indonesia won. The Arbitral Tribunal which consist of internationally known panel, states:

- a. Order PT NTT to implement the requirement of Article 24.3 of the Contract.
- b. State that PT NTT conducted default (contract breaching).
- c. Order PT NTT to divest 17% of it's shares which consist of 2006 divestment with the size of 3% and 2007 with the size of 7% to Government of Republic of Indonesia. All those obliga-

tions have to be implemented 180 days after the Arbitration verdict.

- d. The divestment must be “Clean and Clear” and the financial source for buying the shares is not the business of PT NNT.
- e. Order PT NTT to exchange the fee spend by Government for Arbitration in this case, and have to be paid in 30 days after the final verdict.

Indonesia through the issuing of Presidential Decree Number 34 Year 1981, become a member of New York 1958 Convention on Admission and Implementation of Foreign Arbitration, which based on article 3 of the convention Indonesia must accept and implement the verdict of foreign arbitration which will be implemented or executed in it's territory.

There are requirements for foreign/international arbitration verdict to be acknowledged and implemented in Indonesia:

1. *International Arbitration Verdict by arbitrator or arbitral tribunal in a country with Indonesia which related to agreement, bilaterally or multilaterally, on acknowledgement and implementation of International Arbitration Verdict.* Indonesia and United States binded in multilateral agreement i.e.: New York 1958 Convention, where US have ratified that convention in 1970 and Indonesia ratified it with accession through Presidential Decree Number 34 Year 1981 and Supreme Court Regulation Number 1 Year 1990.
2. *International Arbitration Verdict as in letter a limited to verdict in the corridor of Indonesian law including the corridor of trade law.* Arbitration verdict is a verdict on claim for damages by PT NNT in the investment sector which in the law classification in Indonesia belong to the scope of commercial law.
3. *International Arbitration Verdict as mentioned in letter a only can be implemented in Indonesia limited to verdicts which are not contradict public policy.* The problem of public order/public policy is something argued by the law experts in a very long time, especially in international civil law. The absence of rigid requirement on the boundaries of a public order always trigger protected polemics. Article 4 verse (2) Supreme Court of Republic of Indonesia Number 1 Year 1990 on Procedure Foreign Arbitration Verdict Implementation is inderictly define public order in Indonesian as basic principles of entire law system and society in Indonesia. The verdict from arbitration that enforce PT NNT to pay divestment to Government of Republic Indonesia seemed to far to be said as a verdict that brings breakdown to basic principles in Indonesia.
4. *International Arbitration Verdict can be implemented in Indonesia after obtaining exequatur from Head of .* On 21 April 2009 Government of Republic Indonesia submitted request to implement arbitration verdict. The requested party is PT NNT. Observing the previous explanation which this arbitration can be said an internatiobal arbitration it need to obtain exequatur and Central Jakarta District Court.
5. *International Arbitration Verdict as meant in letter a related with Republic of Indonesia as one of the disputing parties, only implementable after obtaining exequatur from Supreme*

Court of Republic of Indonesia which will be handed over to Central Jakarta District Court. This case involved Republic of Indonesia directly. This arbitration case related with the divestment process of PT. NNT which directly faced Government of Republic of Indonesia.

By fulfilling the requirements in Article 66 of Law Number 30 Year 1999 and Article 3 Supreme Court of Republic of Indonesia Regulation Number 1 Year 1990, then the arbitration verdict in this case must be able to be implemented in law domain of Republic of Indonesia.

As elaborated above, arbitration process at least has several main principles which regulates the process proses tersebut, i.e.:

1. Substantive Law, which in this case use laws of Republic of Indonesia, as mentioned in the Contract.
2. Procedural Law, which in this case use UNCITRAL rules in arbitration. Therefore the arbitrator must use the rules in conducting arbitration process.
3. Lex Arbitri is law from state which the arbitration verdict which in this case is Indonesia.

From the principles that regulates that arbitration process, which has power to cancel arbitration verdict is *Lex arbitri* or law of from the country where the arbitration verdict made. In this case one of the competent party to cancel it is Central Jakarta District Court in Indonesia

If we see from the jurisdiction then there are two kinds of competency that can cancel arbitration verdict, i.e.:

1. *Primary Jurisdiction*. *Primary Jurisdiction* is jurisdiction to cancel a foreign arbitration exist in country where the arbitration verdict made or previously called as *Lex Arbitri*. Mentioned in article V (e) New York 1958 Convention. In this case the *Primary Jurisdiction* is Indonesia.
2. *Secondary Jurisdiction*. *Secondary Jurisdiction* is jurisdiction to cancel in country where the verdict implemented. In this case *Secondary Jurisdiction* is also Indonesia because the arbitration verdict implemented in Indonesia where the cancellation only applies in Indonesian territories. This is written also in work contract which stated that conciliation work event or arbitration will be implemented in Jakarta, Indonesia.

### III. CONCLUSION

Foreign investment in the form of contract between Government of Republic of Indonesia and PT NNT is one of the forms of international contracts because it contains foreign elements or factors. Eventhough it is in the form of Limited Corporation but 80% shares owned by foreign party which it's control management is also foreign party. The language and currency used are also foreign. On the choice of law, it is clearly mentioned using Indonesian law, in accordance with the clause of choice of law contained in Article 32. Whereas for dispute settlement mechanism between both parties will use conciliation or arbitration. Of course the nature of such arbitration is ad hoc and not institutional. Conciliation in that contract refers to UNCITRAL rules approved by United Nations by resolution 35/52. Meanwhile arbitration based on UNCITRAL approved

by UN through resolution 35/52 on 15 Decembre 1976 under the title of Arbitration Laws of United Nations Commitition on International Trade Law, in accordance with article 21 work contract. Therefore substantive law in this contract use Indonesian law, choice of forum use ad hoc arbitration, while procedural law use concillation or arbitration rules from UNCITRAL.

Meanwhile for the implementation of foreign arbitration in Indonesia, according to the author, eventhough the definition of international arbitration verdict in Indonesia is still uncertain in Law Number 30 Year 1999 on Arbitration and Dispute Settlement Alternative, and arbitration can occur or conducted in Indonesian teritory, this verdict belongs to international arbitration verdict considering one of the parties in the contract is foreign party in the form of foreign investment and inte dispute settlement use the rules of UNCITRAL with foreign arbitrator as well.

There are still many shortages or inconsistency in international dispute settlement especially arbitration inIndonesia, whether from the poin to substances or the existing law materials or from the pount of implementing practice. Therefore, it is better to conduct further research to criticize the case in order to fix the situation. At least what we can do now is if we make a contract with foreign party, it needs to be firm and clearly agreed about the choice of law dan choice of forum in the contract to make the dispute settlement easier if there is a dispute in the future. This is of course to avoid damage which can be suffered by one or both parties.

## REFERENCE

- Adolf, Huala, "International Commercial Arbitration", Arbitrase Komersial Internasional, Rajawali Press, Jakarta, 1991
- Adolf, Huala, "Fundamentals of International Contract Law", Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional, PT Refika Aditama, Bandung, 2007
- Adolf, Huala, "International Trade Law, Principles and Basic Conceptions", Hukum Perdagangan Internasional, Prinsip-Prinsip dan Konsepsi Dasar
- Ambarwati, Septiana, "Economic Independence in Development Process", Kemandirian Ekonomi Dalam Proses Pembangunan, 2008
- Gautama, Sudargo, "International Trade Contract", Kontrak Dagang Internasional, PT Alumni, Bandung, 1976
- Gautama, Sudargo, "Collected Works on International Civil Law", Kapita Selecta Hukum Perdata Internasional, Bandung: Alumni, 1983
- Gautama, Sudargo, "International Civil Law", Hukum Perdata Internasional, Volume II Part 4, Fifth Book, Penerbit Alumni, Bandung, 1992
- Gautama, Sudargo, "Indonesian Civil Code", Hukum Perdata Internasional Indonesia, Volume III Part 1 of Seventh Book, PT Alumni, Bandung, 1995
- Gautama, Sudargo, "Indonesian International Civil Law", Hukum Perdata Internasional Indonesia, Volume III Part 2 Eight Book, PT Alumni, Bandung, 2002
- Hardjowahono, Bayu Seto, "Fundamentals of International Civil Code", Dasar-dasar Hukum

- Perdata Internasional, Fourth Edition, Edisi Keempat, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006
- Hartono, Sunaryati, "The Problems in Joint Ventures Among Foreign Investments in Indonesia", Masalah-masalah dalam Joint Ventures Antara Modal Asing Indonesia, Alumni, Bandung, 1974
- Khairandy, Ridwan, 2007, "International Civic Code Introduction", Pengantar Hukum Perdata Internasional, Yogyakarta: FH UII Press
- Manan, Bagir, "The Forms of Civil Acts Applicable by Local Government", Bentuk-bentuk Perbuatan Keperdataan yang dapat dilakukan oleh Pemerintah Daerah, Journal Padjajaran University, LP UPPAD, Bandung, 1996
- Putra, Ida Bagus Wiyasa, "Aspects of International Civic Code in International Business Transaction", Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional, PT. Refika Aditama, Bandung, 2000
- Saleng, Abrar, "Law Certainty and Government Law Status in Mining Work Contract", Kepastian Hukum dan Status Hukum Pemerintah dalam Kontrak Karya Pertambangan, Mimar Hukum
- Salim, "Mining Laws in Indonesia", Hukum Pertambangan di Indonesia, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004
- Soemartono, Gatot, "Arbitration and Mediation in Indonesia", Arbitrase dan Mediasi di Indonesia, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006
- Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), 1976
- Contract of Work between the Government of the Republic of Indonesia and PT Newmont Nusa Tenggara
- Constitution of the Republic of Indonesia 1945
- Indonesia Arbitration, Quarterly Newsletter No. 6/2009 ISSN No. 1978-8398, BANI Arbitration Center
- Law Number 11 Year 1967 General Provision on Mining
- Law Number 1 Year 1967 on Foreign Investment
- Law Number 30 Year 1999 on Arbitration and Dispute Settlement Alternative
- Law Number 25 Year 2007 on Investment
- Supreme Court Regulation Number 1 Year 1990 on Procedure of Foreign Arbitration Implementation

**Achmad Edy Subiyanto**

Fakultas Hukum Universitas Esa Unggul (UEU), Jakarta.

Jalan Arjuna Utara 9 Kebun Jeruk Jakarta. Email: achmad.subiyanto@yahoo.com

# REKONSTRUKSI KEWENANGAN KONSTITUSIONAL KOMISI YUDISIAL

## **ABSTRAK**

Kekuasaan kehakiman setelah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menjadi kekuasaan yang sangat fundamental dan sebagai bagian dari poros kekuasaan yang mempunyai fungsi menegakkan keadilan. Kekuasaan kehakiman dalam susunan kekuasaan negara menurut Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tetap ditempatkan pada kekuasaan yang mandiri bebas dari campur tangan kekuasaan lain. Dalam susunan kekuasaan negara setelah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, juga melahirkan lembaga negara baru, juga lembaga negara yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman, yaitu Komisi Yudisial yang bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.

*Kata kunci: Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Komisi Yudisial*

## **ABSTRACT**

After the Amendment of the 1945 Constitution of The Republic of Indonesia, The Judicial Power has become the most fundamentally power and also as a part of the axis of power which its function is to enforce justice.

According to the Amendment of the 1945 Constitution of The Republic of Indonesia, the judicial power in the structure of state power, is still placed at the power that is free from intervention or influence from other power in exercising its authority. In the structure of state power, after the Amendment of the 1945 Constitution of The Republic of Indonesia, the judicial power shall be implemented by a Supreme Court and judicial bodies underneath it in the form of public courts, religious affairs courts, military tribunals, and state administrative courts, and by a Constitutional Court. The Amendment of the 1945 Constitution of The Republic of Indonesia, also spawned a new institution, which its function is relating to judicial power, namely an independent Judicial Commission which shall possess the authority to propose candidates for appointment as justices of the Supreme Court and shall possess further authority to maintain and ensure the honour, dignity and behaviour of judges.

Keys word: Supreme Court, Constitutional Court, Judicial Commission

## I. PENDAHULUAN

Salah satu prinsip negara hukum adalah adanya kekuasaan kehakiman yang independen dan imparisial, yang kemudian independensi dan imparisialitas tersebut diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 kepada badan peradilan sebagai penyelenggara dan pribadi hakim sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman. Independensi dan imparisialitas tersebut diperlukan semata-mata karena fungsinya dalam menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) sebagai konstitusi negara Indonesia, setelah perubahan pertama sampai dengan keempat yang berlangsung dari tahun 1999 sampai dengan tahun 2002, memiliki perubahan yang signifikan dan drastis jika dibandingkan dengan sebelum perubahan, sehingga dalam proses perubahan sebagian pakar hukum tata negara menganggap sebagai pembuatan undang-undang dasar baru, karena dinilai terlalu banyak yang diubah dan ditambah. Adanya UUD 1945 baik sebelum dan sesudah perubahan sehubungan dengan lembaga-lembaga negara, jika diteropong dari realitas ketatanegaraan akan memiliki implikasi-implikasi atau konsekuensi berbeda, karena semua masuk dalam suatu sistem yang menjadi perangkat kesatuan. Implikasi tersebut juga menjadi alat ukur kemampuan berdemokrasi di suatu negara.

Salah satu perubahan UUD 1945 dalam Perubahan Ketiga UUD 1945 adalah perubahan pasal-pasal dalam Bab IX tentang Kekuasaan Kehakiman. Perubahan UUD 1945 tersebut membawa konsekuensi pada perubahan susunan lembaga negara, terutama lembaga negara yang fungsinya terkait dengan pelaku kekuasaan kehakiman dalam menyelenggarakan negara.

## II. ANALISIS

### A. Kekuasaan Kehakiman Sebelum Perubahan UUD 1945

Kekuasaan kehakiman menurut UUD 1945 sebelum perubahan dilakukan oleh Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman. Kekuasaan kehakiman hanya terdiri atas badan-badan pengadilan yang berpuncak pada Mahkamah Agung. Lembaga Mahkamah Agung tersebut, sesuai dengan prinsip *independent of judiciary* diakui bersifat mandiri dalam arti tidak boleh diintervensi atau dipengaruhi oleh cabang-cabang kekuasaan lainnya, terutama pemerintah (Jimly Asshiddiqie,

2005: 237). Sejak awal kemerdekaan, kekuasaan kehakiman di Indonesia diniatkan sebagai cabang kekuasaan yang terpisah dari lembaga-lembaga politik, seperti Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, dan Presiden. Dalam ajaran pembagian kekuasaan, kekuasaan kehakiman (lembaga yudikatif) yang merdeka tetap harus ditegakkan baik sebagai asas dalam negara berdasarkan atas hukum maupun untuk memungkinkan kekuasaan kehakiman menjamin agar pemerintahan tidak dilaksanakan secara sewenang-wenang.

Kekuasaan kehakiman dalam sistem ketatanegaraan menurut UUD 1945 adalah salah satu badan penyelenggara negara, yang dipegang oleh Mahkamah Agung dan lain-lain badan penyelenggara negara kekuasaan kehakiman. Suatu asas yang penting bagi kekuasaan kehakiman sebagai badan penyelenggara negara adalah asas kekuasaan yang merdeka. Pentingnya independensi sebuah lembaga peradilan dalam penegakan hukum dan keadilan tidak hanya tercermin dalam pencantumannya pada konstitusi sebagai hukum tertinggi pada hukum positif sebuah negara. Instrumen-instrumen hukum internasional juga banyak yang mencantumkan pengaturan atas pentingnya lembaga peradilan yang independen (Ahmad Fadlil Sumadi, 2011: 6)

Sebelum Perubahan UUD 1945 asas ini tidak ditemukan dalam ketentuan UUD, akan tetapi dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 24 dan Pasal 25 UUD 1945, yang menyatakan:

“Kekuasaan kehakiman ialah kekuasaan yang merdeka artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan Pemerintah. Berhubung dengan itu, harus diadakan jaminan dalam undang-undang tentang kedudukan para hakim”.

Sebelum dilakukan perubahan terhadap UUD 1945, Pasal 24 menyatakan:

(1) *Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang.*

(2) *Susunan dan kekuasaan badan-badan kehakiman itu diatur dengan undang-undang.*

Dalam ketentuan tersebut di atas tidak dinyatakan secara tegas bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka. Lemahnya payung hukum terhadap independensi dan imparialitas lembaga kekuasaan kehakiman pada era Orde Baru menyebabkan lembaga kekuasaan kehakiman tersebut mudah diintervensi oleh lembaga-lembaga di luar peradilan. Oleh karena itu, pada tahun 2001, Majelis Permusyawaratan Rakyat melakukan perubahan ketiga terhadap UUD 1945 terutama Bab tentang Kekuasaan Kehakiman, yaitu Pasal 24 dan Pasal 25.

## **B. Kekuasaan Kehakiman Setelah Perubahan UUD 1945**

Susunan kekuasaan negara setelah Perubahan UUD 1945 menampilkan perubahan yang sangat fundamental. Majelis Permusyawaratan Rakyat berubah kedudukannya dari lembaga tertinggi negara menjadi lembaga *join session* antara Dewan Perwakilan Rakyat dan Dewan Perwakilan Daerah. Dewan Perwakilan Rakyat dipertegas kewenangannya baik dalam fungsi legislasi maupun fungsi pengawasan. Aturan tentang Badan Pemeriksa Keuangan ditambah, selain itu UUD 1945 setelah perubahan memunculkan lembaga-lembaga baru seperti Mahkamah Konstitusi, Komisi Pemilihan

Umum, Bank Indonesia dan Komisi Yudisial. Kekuasaan kehakiman di Indonesia mengalami perkembangan dan perubahan dengan adanya perubahan UUD 1945 yang mengubah sistem penyelenggaraan negara di bidang yudikatif atau kekuasaan kehakiman sebagaimana termuat dalam BAB IX tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 24, Pasal 24A, Pasal 24B, Pasal 24C dan Pasal 25. Berdasarkan pasal-pasal tersebut, kekuasaan kehakiman yang semula dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer, dan peradilan tata usaha negara dengan Mahkamah Agung sebagai pengadilan tertinggi kemudian berubah menjadi kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah pelaksana kekuasaan kehakiman baru yang disebut Mahkamah Konstitusi.

Kekuasaan kehakiman setelah perubahan UUD 1945 menjadi kekuasaan yang sangat fundamental dan sebagai bagian dari poros kekuasaan yang mempunyai fungsi menegakkan keadilan. Kekuasaan kehakiman dalam susunan kekuasaan negara menurut UUD 1945 setelah perubahan tetap ditempatkan pada kekuasaan yang mandiri bebas dari campur tangan kekuasaan lain. Dalam susunan kekuasaan Negara Kesatuan Republik Indonesia yang baru, kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh Mahkamah Agung (MA), badan-badan peradilan lain dibawah MA, yaitu peradilan umum, peradilan tata usaha negara, peradilan militer, dan peradilan agama serta Mahkamah Konstitusi. Kemudian untuk menjaring hakim-hakim agung yang profesional dan mempunyai integritas terhadap profesinya sebagai penegak hukum dan keadilan, terdapat lembaga yang khusus diadakan untuk rekrutmen calon-calon hakim agung yaitu Komisi Yudisial.

Semula, Bab tentang Kekuasaan Kehakiman dalam UUD 1945 hanya mempunyai dua pasal yaitu Pasal 24 dan Pasal 25. Perubahan dilakukan dengan cara mengubah dan menambah pasal dan ayat, sehingga dalam bab tersebut terdapat 5 (lima) pasal, yaitu Pasal 24, Pasal 24A, Pasal 24B, Pasal 24C, dan Pasal 25. Kekuasaan kehakiman yang merdeka dan mandiri merupakan syarat yang harus ada pada negara yang mendeklarasikan bahwa dirinya merupakan Negara hukum. Pernyataan kekuasaan kehakiman yang merdeka dan mandiri merupakan salah satu hasil Perubahan UUD 1945 khususnya Pasal 24 yang setelah diubah selengkapya berbunyi:

- 1) Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.
- 2) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.
- 3) Badan badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.

Pasal tersebut merupakan landasan bagi independensi kekuasaan kehakiman yang merdeka

dan mandiri. Merdeka dalam arti bahwa Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi sebagai pelaku kekuasaan kehakiman sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 24 ayat (2) dalam menjalankan fungsinya terlepas dari pengaruh pemegang kekuasaan yang lain dan mandiri dalam arti berkuasa untuk mengatur urusan rumah tangganya sendiri. Hal ini merupakan konsekuensi dari pemisahan kekuasaan negara yang tertuang dalam UUD 1945.

Dalam menjalankan fungsi kekuasaan kehakiman, Bab IX UUD 1945 menyebutkan bahwa ada tiga lembaga negara yang termasuk dalam lingkup kekuasaan kehakiman, yaitu Mahkamah Agung (MA), Mahkamah Konstitusi (MK), dan Komisi Yudisial (KY). Namun, menurut Pasal 24 ayat (2), hanya MA dan badan peradilan di bawahnya serta MK yang merupakan penyelenggara kekuasaan kehakiman, sedangkan KY tidak memiliki kewenangan tersebut sehingga badan ini sering disebut sebagai lembaga ekstra-yudisial. Untuk menjalankan fungsinya tersebut Mahkamah Agung selaku pemegang kekuasaan kehakiman dibantu oleh badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, dan lingkungan peradilan tata usaha negara. Dengan demikian pengadilan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman adalah salah satu unsur penting dalam sebuah negara yang berdasarkan hukum, dan hanya pengadilan yang memenuhi kriteria mandiri (*independent*), netral (*impartiality*), dan kompeten yang dapat menjamin pemenuhan hak asasi manusia sebagaimana diatur dalam UUD 1945.

Dalam pandangan Bagir Manan (1995: 45) ada beberapa tujuan yang ingin dicapai dengan kekuasaan kehakiman yang merdeka ini:

1. Sebagai bagian dari sistem pemisahan atau pembagian kekuasaan diantara badan-badan penyelenggara negara, kekuasaan kehakiman diperlukan untuk menjamin dan melindungi kebebasan individu;
2. Kekuasaan kehakiman yang merdeka diperlukan untuk mencegah penyelenggara pemerintahan bertindak sewenang-wenang dan menindas;
3. Kekuasaan kehakiman yang merdeka diperlukan untuk menilai keabsahan suatu peraturan perundang-undangan sehingga sistem hukum dapat dijalankan dan ditegakkan dengan baik.

Kekuasaan kehakiman yang merdeka sebagaimana pernyataan Bagir Manan di atas bukan hanya dimaksudkan untuk melindungi kebebasan individu, membatasi tindakan pemerintah agar tidak melampaui undang-undang dan menciptakan kebebasan dan kemandirian penyelenggara kekuasaan kehakiman semata, akan tetapi hal itu juga merupakan pelaksanaan dari ketentuan UUD yang lain, yang menjamin kebebasan individu, dan pencegahan tindakan pemerintah yang sewenang-wenang dengan mendasarkan pada Negara Hukum. Dengan demikian pelaksanaan kebebasan kekuasaan kehakiman yang merdeka tersebut merupakan bagian tak terpisahkan dari pelaksanaan sistem yang terkandung dalam UUD 1945 dan juga sesuai dengan nilai-nilai yang dijunjung oleh dunia internasional melalui *The Universal Declaration of Human Rights*.

Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan

peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia (Muhammad Tahir Azhary, 1992: 64). Kekuasaan kehakiman menurut UUD 1945 di Indonesia dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Masing-masing kewenangan lembaga pelaksana dan lembaga negara yang fungsinya terkait dengan kekuasaan kehakiman tersebut ditentukan oleh UUD 1945 dan peraturan perundang-undangan sebagaimana terurai di bawah ini.

## 1. Mahkamah Agung

Sebagaimana telah diuraikan di atas, Mahkamah Agung merupakan salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945 Pasal 24 ayat (2) dan Pasal 24A ayat (1) dan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman serta Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (UU MA).

### Pasal 24A

(1) Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.

Kewenangan Mahkamah Agung tersebut kemudian dielaborasi lagi dalam UU MA antara lain sebagai berikut meliputi:

- a. Mahkamah Agung bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus:
  - permohonan kasasi;
  - sengketa tentang kewenangan mengadili;
  - permohonan peninjauan kembali.
- b. Menguji peraturan perundang-undangan yang di bawah undang-undang terhadap undang-undang.
- c. kewenangan lainnya yang diberikan oleh undang-undang.

Terdapat pengecualian dalam pengajuan permohonan kasasi, ada perkara-perkara tertentu yang tidak dapat diajukan permohonan kasasi, perkara tersebut adalah:

- putusan praperadilan;
- perkara pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau diancam pidana denda;
- perkara tata usaha negara yang objek gugatannya berupa keputusan pejabat daerah yang jangkauan keputusannya berlaku di wilayah daerah yang bersangkutan.

Mahkamah Agung berwenang juga:

- melakukan pengawasan tertinggi terhadap penyelenggaraan peradilan di semua lingkungan

- peradilan yang berada di bawahnya dalam menjalankan kekuasaan kehakiman;
- melakukan pengawasan organisasi, administrasi badan peradilan yang ada di bawahnya;
  - meminta keterangan tentang hal-hal yang berkaitan dengan teknis peradilan dari semua badan yang berada di bawahnya;
  - memberi petunjuk, teguran, atau peringatan kepada pengadilan di semua badan yang berada di bawahnya;
  - memberikan pertimbangan hukum kepada presiden dalam permohonan grasi dan rehabilitasi;
  - dapat memberi keterangan, pertimbangan, dan nasihat masalah hukum kepada lembaga negara dan lembaga pemerintahan.

Dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman, Mahkamah Agung merupakan pengadilan tertinggi dari semua lingkungan peradilan. Segala urusan organisasi, administrasi, dan finansial Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung.

## 2. Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara yang lahir setelah Perubahan UUD 1945 sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di Indonesia. Wacana pembentukan Mahkamah Konstitusi sebenarnya sudah ada pada saat pembahasan Undang-Undang Dasar di Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI). Prof Moh. Yamin sebagai salah satu anggota BPUPKI telah mengemukakan pendapat bahwa Mahkamah Agung (dahulu disebut Balai Agung) perlu diberi kewenangan untuk “membanding” Undang-Undang, namun ide ini ditolak anggota lain yaitu Prof. R. Soepomo berdasarkan dua alasan, yaitu Undang-Undang Dasar yang disusun pada waktu itu tidak menganut Trias Politica dan pada saat itu jumlah sarjana hukum belum banyak dan belum memiliki pengalaman mengenai hal itu (Jimly Asshiddiqie, 2007: 581).

Pada saat pembahasan Perubahan UUD 1945 muncul lagi pendapat pentingnya Mahkamah Konstitusi karena adanya perubahan mendasar dengan beralihnya supremasi Majelis Permusyawaratan Rakyat kepada supremasi hukum maka perlu disediakan sebuah mekanisme institusional dan konstitusional serta hadirnya lembaga negara yang mengatasi kemungkinan sengketa antarlembaga negara yang mempunyai derajat yang sama serta saling mengimbangi dan saling mengendalikan (*checks and balances*). Seiring dengan itu muncul desakan agar tradisi pengujian peraturan perundang-undangan perlu ditingkatkan tidak hanya sebatas pada peraturan di bawah Undang-Undang melainkan juga atas Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar. Kemudian kewenangan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar diberikan kepada sebuah mahkamah tersendiri di luar Mahkamah Agung.

Ide pembentukan Mahkamah Konstitusi mendapat respon positif dan menjadi salah satu materi perubahan Undang-Undang Dasar, akhirnya pembentukan Mahkamah Konstitusi menjadi

kenyataan dengan disahkannya Pasal 24 ayat (2), Pasal 24C dan Pasal III Aturan Peralihan UUD 1945 yang pada pokoknya menyatakan, pelaksana kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Kemudian kewenangan Mahkamah Konstitusi dinyatakan dalam Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945, yaitu:

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

### **3. Komisi Yudisial**

Sebagaimana telah diuraikan di atas bahwa salah satu wujud agenda reformasi tahun 1998 adalah UUD 1945 telah mengalami beberapa kali perubahan yaitu pada tahun 1999, 2000, 2001, dan 2002. Perubahan dari UUD 1945 tersebut adalah adanya perubahan serta penambahan lembaga-lembaga negara, salah satunya adalah Komisi Yudisial. Dalam Pasal 24B hasil Perubahan Ketiga UUD 1945, ditegaskan adanya ide pembentukan Komisi Yudisial sebagai lembaga konstitusional baru yang sederajat kedudukannya dengan lembaga konstitusional lainnya. Komisi Yudisial dibentuk dengan harapan untuk menegakkan kehormatan dan perilaku para hakim. Dalam hal ini Komisi Yudisial berfungsi sebagai pengawas. Posisi Komisi Yudisial sangatlah strategis atau fundamental. Komisi Yudisial menjadi institusi yang diberi peran mengawasi kinerja hakim (Abdul Wahid dan Muh Muhibbin, 2009: 285). Berkaitan dengan fungsi Komisi Yudisial, maka perlu melakukan langkah-langkah pembaharuan yang berorientasi kepada terciptanya lembaga peradilan yang sungguh-sungguh bersih dan berwibawa guna menjamin masyarakat dan para pencari keadilan memperoleh keadilan dan diperlakukan secara adil sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Kewenangan Komisi Yudisial dalam seleksi hakim agung telah diatur di dalam Pasal 24B UUD 1945 dan Pasal 14 ayat (1) Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial. Hanya saja, seleksi yang dimaksud adalah seleksi untuk mengusulkan calon hakim agung, bukan untuk melakukan seleksi tentang layak atau tidaknya seseorang yang telah menjadi hakim agung. Komisi Yudisial merupakan lembaga yang mandiri. Sejalan dengan itu, Komisi Yudisial memang mempunyai peranan penting dalam upaya mewujudkan kekuasaan kehakiman yang merdeka melalui pencalonan hakim agung serta pengawasan terhadap hakim yang transparan dan partisipatif guna menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Pengawasan oleh Komisi Yudisial ini pada prinsipnya bertujuan agar hakim agung dan hakim dalam menjalankan wewenang dan tugasnya sungguh-sungguh didasarkan dan sesuai dengan

peraturan perundangan-undangan yang berlaku, kebenaran, dan rasa keadilan masyarakat serta menjunjung tinggi kode etik profesi hakim. Bersamaan dengan Perubahan UUD 1945 sebagai genealogis kemunculan Komisi Yudisial yang merupakan lembaga negara yang dilahirkan dari reformasi di Indonesia, Komisi Yudisial merupakan lembaga negara yang sama posisinya dengan lembaga negara lain. Sebagai lembaga negara, Komisi Yudisial mendapatkan tugas dan kewenangannya dalam UUD 1945 dan dituangkan lebih lanjut dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial.

Latar belakang pembentukan Komisi Yudisial merupakan bagian penting dari komitmen bangsa untuk dilakukannya reformasi multi dimensional dalam kehidupan sosial, ekonomi, politik, budaya dan hukum, serta, keprihatinan yang mendalam atas praktik peradilan yang tidak mencerminkan moralitas keadilan. Agenda besar reformasi yang bergulir di tahun 1999, bertujuan untuk membangun Indonesia yang lebih kuat adil dan sejahtera. Tugas dan wewenang Komisi Yudisial di beberapa negara pada intinya yaitu mengusulkan atau merekomendasikan calon hakim agung dan melakukan pengawasan terhadap para hakim. Tujuan utama dibentuknya Komisi Yudisial adalah (1) Komisi Yudisial dibentuk agar dapat melakukan monitoring yang intensif terhadap kekuasaan kehakiman dengan melibatkan unsur-unsur masyarakat dalam spektrum yang seluas-luasnya dan bukan hanya monitoring secara internal, (2) Komisi Yudisial menjadi perantara (*mediator*) atau penghubung antara kekuasaan pemerintah (*executive power*) dan kekuasaan kehakiman (*judicial power*) yang tujuan utamanya adalah untuk menjamin kemandirian kekuasaan kehakiman dari pengaruh kekuasaan apapun juga khususnya kekuasaan pemerintah, (3) Dengan adanya Komisi Yudisial, tingkat efisiensi dan efektivitas kekuasaan kehakiman akan semakin tinggi dalam banyak hal, baik yang menyangkut rekrutmen dan monitoring hakim agung maupun pengelolaan keuangan kekuasaan kehakiman, (4) Terjaganya konsistensi putusan lembaga peradilan, karena setiap putusan memperoleh penilaian dan pengawasan yang ketat dari sebuah lembaga khusus, yaitu Komisi Yudisial, dan (5) Dengan adanya Komisi Yudisial, kemandirian kekuasaan kehakiman (*judicial power*) dapat terus terjaga, karena politisasi terhadap perekrutan hakim agung dapat diminimalisasi dengan adanya Komisi Yudisial yang bukan merupakan lembaga politik, sehingga diasumsikan tidak mempunyai kepentingan politik.

Komisi Yudisial diberikan kewenangan oleh UUD 1945 dalam Pasal 24B, yaitu:

(1) Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.

Peranan Komisi Yudisial dalam Pasal 24B UUD 1945 dari segi kewenangan yang kedua menentukan bahwa “... mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim”. Dari ketentuan tersebut, dapat dielaborasi menjadi (i) menjaga kehormatan hakim; (ii) menjaga keluhuran martabat hakim; (iii) menjaga perilaku hakim; (iv) menegakkan kehormatan hakim; (v) menegakkan keluhuran martabat hakim; dan (vi)

menegakkan perilaku hakim. Dalam Pasal 24A ayat (3) UUD 1945 dikatakan sebagai berikut: “*Calon hakim agung diusulkan Komisi Yudisial kepada Dewan Perwakilan Rakyat untuk mendapatkan persetujuan dan selanjutnya ditetapkan sebagai hakim agung oleh Presiden*”.

Dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial juga diatur mengenai keterlibatan masyarakat dalam proses perekrutan Hakim Agung, hal tersebut terlahir dikarenakan evaluasi dari sistem rekrutmen hakim pada masa Orde Baru yang berlandaskan yang berdasarkan pada Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang memperlihatkan beberapa kelemahan, diantaranya:

1. Tidak ada parameter yang obyektif untuk mengukur kualitas dan integritas calon hakim agung;
2. Adanya indikasi praktik *dropping* nama, dimana hakim agung akan memberikan nama kepada Mahkamah agung dengan harapan Ketua Mahkamah Agung memberikan perhatian kepada kandidat dan memasukkan namanya dalam daftar; dan
3. Adanya indikasi jaringan, pertemanan, hubungan keluarga, dan sebagainya yang menyebabkan pemilihan tidak dilakukan secara obyektif.

Untuk itu perlu melibatkan masyarakat dalam proses rekrutmen Hakim Agung sehingga dalam UU KY dalam Pasal 17 ayat (3) yang menyatakan, “*Masyarakat berhak memberikan informasi atau pendapat terhadap calon Hakim Agung dalam jangka waktu 30 (tigapuluh) hari terhitung sejak pengumuman sebagaimana diatur ayat (2)*”. Masyarakat dalam memberikan masukan terhadap calon-calon hakim agung kepada Komisi Yudisial untuk dilakukan pengkajian. Dalam hal tersebut usulan nama calon hakim agung diajukan oleh Komisi Yudisial kepada DPR dan bersifat mengikat, artinya DPR wajib dan hanya dapat memilih bakal calon diantara daftar nama calon hakim agung yang diajukan oleh Komisi Yudisial (A Ahsin Thohari, 2004: 46).

### **E. Rekonstruksi Kewenangan Konstitusional Komisi Yudisial**

Bahwa independensi kekuasaan kehakiman merupakan suatu hal yang harus diwujudkan setelah Perubahan UUD 1945. Perubahan UUD 1945 tersebut merupakan perwujudan dari aspirasi masyarakat yang menghendaki adanya perubahan karena dianggap tidak sesuai dengan perkembangan zaman. Salah satu hasil dari Perubahan UUD 1945 yang dilakukan empat kali tersebut adalah adanya pernyataan bahwa Indonesia merupakan Negara Hukum.<sup>16</sup> Pernyataan tersebut membawa konsekuensi bahwa penyelenggaraan negara harus berdasarkan pada peraturan perundang-undangan. Salah satu ciri dari Negara Hukum baik *rechstaat* maupun *the rule of law* selalu mempersyaratkan adanya kekuasaan kehakiman yang independen dan mandiri. Atas dasar tersebut pada Perubahan Ketiga UUD 1945 ketentuan Pasal 24 memberikan jaminan kekuasaan kehakiman sebagai kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan terbebas dari campur tangan kekuasaan manapun guna menegakkan hukum dan keadilan (Jimly Asshidiqie, 1994: 25). Namun demikian kemerdekaan kekuasaan kehakiman tersebut bukan berarti tanpa batas tetapi harus memperhatikan rambu-rambu akuntabilitas, transparansi, profesionalitas, dan integritas moral. Dengan demikian setelah Perubahan UUD 1945 kekuasaan kehakiman dijalankan

sesuai dengan pesan dan filosofi perubahan itu sendiri yaitu dalam rangka menegakkan hukum dan menjamin terpenuhinya rasa keadilan masyarakat.

## 1. Seleksi dan Pengawasan Hakim

Salah satu kewenangan konstitusional Komisi Yudisial yang dinyatakan dalam Pasal 24B UUD 1945 adalah mengusulkan pengangkatan hakim agung. Kewenangan Komisi Yudisial tersebut mengusulkan calon hakim agung kepada Dewan Perwakilan Rakyat yang kemudian bila menyetujui calon tersebut diserahkan kepada Presiden untuk ditetapkan sebagai hakim agung.<sup>18</sup> Mekanisme penjaringan terhadap calon hakim agung tersebut merupakan perwujudan dari sistem negara demokrasi, yaitu sistem seleksi hakim agung yang melibatkan masyarakat secara transparan. Dalam negara demokrasi, sistem pemilihan dan rekrutmen pejabat negara, termasuk hakim agung, idealnya harus melibatkan masyarakat dalam seleksi penentuan pejabat negara tersebut. Ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang pada pokoknya menyatakan, hakim adalah pejabat negara yang melakukan kekuasaan kehakiman. Makna kata “hakim” tersebut menurut ketentuan umum dalam Undang-Undang *a quo* adalah hakim pada Mahkamah Agung dan hakim pada badan peradilan yang berada di bawahnya. Oleh karena hakim secara umum adalah pejabat negara maka mekanisme rekrutmen hakim dapat dilakukan sistem yang sama dalam rekrutmen hakim agung. Mekanisme tersebut dapat dilakukan antara lain, dengan mengumumkan setiap jabatan yang lowong di lingkungan peradilan, mempublikasikan nama dan latar belakang calon, proses seleksi dan kriteria pemilihan, serta mengundang masyarakat untuk memberi masukan dan menanggapi kualifikasi calon. Di samping itu harus ada pemisahan secara tegas antara lembaga yang bertanggung jawab menyeleksi dan mengusulkan calon hakim, dengan lembaga yang bertanggung jawab memilih dan mengangkatnya, yang sekarang ini oleh UUD 1945 diberikan kewenangan tersebut kepada Komisi Yudisial.

Dalam upaya menjaga kehormatan dan wibawa pengadilan dan hakim di Indonesia, fungsi pengawasan yang dilakukan oleh MA bersama dengan KY harus lebih efektif, sehingga akan tercipta pengadilan yang bersih dan bebas dari pengaruh pihak-pihak lain. Salah satu fungsi KY yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan dalam melakukan pengawasan terhadap hakim dapat disimpulkan bahwa keberadaan lembaga KY merupakan kebutuhan dan konsekuensi logis dari tuntutan ke arah pemerintahan yang lebih menjamin keseimbangan dalam sistem peradilan di Indonesia. Monitoring yang intensif terhadap kekuasaan kehakiman dengan melibatkan masyarakat dengan spektrum yang seluas-luasnya, sekaligus menjadi mediator antara kekuasaan pemerintah dengan kekuasaan kehakiman sehingga tidak terintimidasi dari pengaruh kekuasaan apapun, dan meningkatkan efisiensi dan efektifitas kekuasaan kehakiman baik yang menyangkut rekrutmen dan monitoring hakim serta kemandirian kekuasaan kehakiman dapat terus terjaga terhadap politisasi perekrutan hakim sebagaimana diamanatkan dalam UUD 1945.

Dalam konteks penyelenggaraan kekuasaan kehakiman, pengawasan dapat diartikan secara luas sebagai salah satu aktivitas fungsi manajemen untuk menemukan, menilai dan mengoreksi

penyimpangan yang mungkin terjadi atau yang sudah terjadi berdasarkan standard yang sudah disepakati dalam hal ini peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dengan demikian pengawasan akan memberikan nilai tambah bagi peningkatan kinerja para hakim dalam mewujudkan rasa keadilan (Imam Anshori Saleh, 2014: 126).

## 2. Pengadilan Etik

Komisi Yudisial dibentuk sebagai konsekuensi politik hukum (*legal policy*) untuk membangun sistem *check and balances* di dalam struktur kekuasaan kehakiman. Sesuai fungsinya, KY dimaksudkan untuk meningkatkan akuntabilitas kekuasaan kehakiman yang independen dan diharapkan berperan penting dalam mewujudkan demokrasi dan negara hukum dengan modal dasar sebagai lembaga konstitusi (*constitutional body*) (Mohammad Fajrul Falaak, 2006: 216). Di lain pihak, kita melihat bagaimana Komisi Yudisial (KY) yang mencoba mengadopsi sistem pengadilan etik model Amerika Serikat. Amerika dan negara-negara Eropa hampir semuanya memiliki lembaga pengadilan berupa *Judicial Commission* dan di Indonesia namanya Komisi Yudisial. Artinya, era modern ini terdapat berbagai negara belahan dunia mencari pola-pola pengadilan kode etik secara bagus yang tentu dengan maksud mengatasi krisis norma bernegara. Australia merupakan salah satu negara Asia yang menerapkan sistem ini. Di mana Komisi Yudisial Australia di ketuai langsung oleh Mahkamah Agung atau dalam istilah Australia disebut *High Code* dan di masing-masing negara bagian juga mempunyai lembaga ini dan bersifat independen hanya saja tetap menjadi bagian yang tak terpisahkan. Oleh karenanya, pola-pola pembentukan lembaga-lembaga penegakan kode etik di negara lain, umumnya belum masuk pada tingkat pengertian *rule of law*, *rule of ethics*, *code of law*, dan *code of ethics* (Jimly Asshidiqie, 2013: 45). Komisi Yudisial sebaiknya mengembangkan tradisi penanganan kasus dengan bersifat transparan, dan oleh karena itu, sedang dilakukan secara terbuka untuk umum. Kita perlu membangun kesadaran yang tentu tidak hanya bagi penyelenggara negara di dalam menjalankan tugas berdasarkan *rule of law and the rule of ethics*, tetapi kita juga bertekad membangun tradisi politik etik dengan tujuan memperkuat basis etika penyelenggara negara agar fungsi norma bisa berjalan dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

Sekarang dalam sistem ketatanegaraan Indonesia sudah cukup banyak berdiri lembaga-lembaga penegak kode etik dalam jabatan-jabatan publik. Namun demikian, semua lembaga penegak kode etik tersebut, sebagian besar masih bersifat pro-forma. Bahkan sebagian di antaranya belum pernah menjalankan tugasnya dengan efektif dalam rangka menegakkan kode etik yang dimaksud. Salah satu sebabnya ialah lembaga-lembaga penegak kode etik tersebut tidak memiliki kedudukan yang independen, sehingga kinerjanya tidak efektif. Karena itu, sebagai solusinya, lembaga-lembaga penegak kode etik tersebut harus dikonstruksikan sebagai lembaga peradilan etik yang diharuskan menerapkan prinsip-prinsip peradilan yang lazim di dunia modern, terutama soal transparansi, independensi, dan imparsialitas. Oleh sebab itu lembaga KY, sebagai lembaga negara yang fungsinya terkait dengan kekuasaan kehakiman, ke depan dapat dipertimbangkan sebagai lembaga peradilan etik yang kewenangannya menyelesaikan masalah-masalah atau pelanggaran etika yang dilakukan

oleh pejabat publik di semua instansi, tidak hanya perilaku hakim sebagaimana ditentukan dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945. Salah satu tujuan pemikiran tersebut adalah agar sistem ketatanegaraan kita didukung oleh sistem hukum dan sistem etik yang bersifat fungsional. Perkembangan sistem norma etik dari kebiasaan yang tumbuh dalam praktik hidup secara tidak tertulis, lama kelamaan muncul kebutuhan untuk menuliskan kaidah-kaidah etika tersebut dalam bentuk kode etik dan pedoman perilaku yang konkret dan dapat difungsikan sebagai sarana pengendalian dan penuntun perilaku ideal dalam kehidupan bersama (Jimly Asshiddiqie, 2014: vii). Sistem demokrasi yang kita bangun diharapkan dapat ditopang oleh tegak dan dihormatinya hukum dan etika secara bersamaan.

### III. SIMPULAN

Kekuasaan kehakiman atau kekuasaan yudikatif merupakan bagian dari kekuasaan yang ada di Indonesia, yaitu kekuasaan legislatif dan eksekutif. Kekuasaan kehakiman menurut UUD 1945 sebelum perubahan dilakukan oleh Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman. Setelah perubahan UUD 1945, kekuasaan kehakiman tersebut selain dilakukan oleh Mahkamah Agung juga dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Selain itu lahirnya Komisi Yudisial juga menjadi salah satu pendukung terwujudnya kekuasaan kehakiman yang independen dan imparial, yaitu dengan melakukan seleksi calon hakim agung. Dengan diubahnya UUD 1945, maka posisi hakim agung menjadi kuat karena mekanisme pengangkatan hakim agung diatur sedemikian rupa dengan melibatkan tiga lembaga, yaitu DPR, Presiden dan Komisi Yudisial. Komisi Yudisial merupakan lembaga baru yang sengaja dibentuk untuk menangani urusan terkait pengangkatan hakim agung serta penegakan kehormatan, keluhuran martabat dan perilaku hakim.

Berdasarkan hal tersebut di atas, secara umum dapat disimpulkan bahwa UUD 1945 dan perubahannya telah mengatur mekanisme penyelenggaraan ketatanegaraan yang terkait dengan hubungan kekuasaan legislatif, yudikatif dan eksekutif secara seimbang. Atau dengan kata lain, terdapat hubungan *check and balance* antara ketiga lembaga tersebut. Namun demikian terkait dengan wacana perubahan kelima UUD 1945, perlu dipertimbangkan adanya penataan kembali terhadap kewenangan lembaga pelaku kekuasaan kehakiman maupun lembaga yang fungsinya terkait dengan kekuasaan kehakiman sebagaimana diuraikan di atas dalam perubahan UUD 1945 yang akan datang. Oleh sebab itu lembaga KY, sebagai lembaga negara yang fungsinya terkait dengan kekuasaan kehakiman, ke depan dapat dipertimbangkan sebagai lembaga peradilan etik yang kewenangannya menyelesaikan masalah atau pelanggaran etika yang dilakukan oleh pejabat publik di semua instansi, tidak hanya perilaku hakim sebagaimana ditentukan dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945. Kemudian oleh karena hakim secara umum adalah pejabat negara maka mekanisme rekrutmen hakim dapat dilakukan sistem yang sama dalam rekrutmen hakim agung yang setelah perubahan UUD 1945 dilakukan oleh Komisi Yudisial.

Secara prinsip tujuan dari kemerdekaan yudisial adalah untuk memfasilitasi tiga nilai tertentu. *Pertama*, kemerdekaan yudisial merupakan kondisi yang diperlukan untuk memelihara negara

hukum. *Kedua*, dalam suatu pemerintahan konstitusional, hanya hukum yang secara konstitusional memiliki legitimasi yang harus ditegakkan dan pengadilan harus memiliki kemampuan untuk melakukan tugas dalam memutuskan hukum tersebut. Karena itu, terdapat kebutuhan agar pengadilan memiliki kemerdekaan untuk membatalkan aturan hukum yang melanggar nilai-nilai tersebut. *Ketiga*, dalam negara demokrasi, pengadilan harus memiliki otonomi yang kuat dalam menolak godaan untuk memberikan penghormatan terlalu banyak pada pemegang kekuasaan ekonomi atau politik. Kemerdekaan yudisial tidak hanya merdeka secara kelembagaan semata akan tetapi mengandung makna perlindungan pula bagi hakim sebagai penegak hukum untuk bebas dari pengaruh-pengaruh yang berasal dari, antara lain; lembaga-lembaga di luar badan-badan peradilan.

### CATATAN AKHIR

- <sup>1</sup> Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 menyatakan, “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang”.
- <sup>2</sup> Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2005), hlm. 237.
- <sup>3</sup> Ajaran Trias Politika dilahirkan oleh pemikir Inggris Jhon Locke dan oleh pemikir Perancis de Montesquieu dijabarkan dalam bukunya *L’Espris des Lois*, yang mengandung maksud bahwa kekuasaan masing-masing lembaga negara yang menurut ajaran tersebut adalah: 1) badan legislatif, yaitu badan yang bertugas membentuk Undang-undang; 2) badan eksekutif yaitu badan yang bertugas melaksanakan undang-undang; 3) badan yudikatif, yaitu badan yang bertugas mengawasi pelaksanaan Undang-undang, memeriksa dan megadilinya.
- <sup>4</sup> Ahmad Fadlil Sumadi, *Bunga Rampai Mahkamah Konstitusi dan Demokrasi*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2011), hlm. 6.
- <sup>5</sup> Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 menyatakan, “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi”.
- <sup>6</sup> *Ibid.*
- <sup>7</sup> Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 menyatakan, “Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim”.
- <sup>8</sup> Bagir Manan, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, (Bandung: LPPM Universitas Islam Bandung, 1995), hlm. 45.
- <sup>9</sup> Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1992), hlm. 64.
- <sup>10</sup> Jimly Assiddiqie, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Pasca Reformasi*, (Jakarta: Buana Ilmu Popular,

- 2007), hlm. 581.
- <sup>11</sup> Abdul Wahid dan Moh. Muhibbin., *Etika Profesi Hukum, Rekonstruksi Citra Peradilan di Indonesia*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2009), hlm. 285.
- <sup>12</sup> Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial.
- <sup>13</sup> Dengan dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi tanggal 16 Agustus 2006 Nomor 005/PUU-IV/2006, kewenangan untuk menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim, tidak lagi dimiliki oleh Komisi Yudisial. Komisi Yudisial tidak lagi mempunyai kewenangan antara lain: pengawasan terhadap perilaku hakim; pengajuan usulan penjatuhan sanksi terhadap hakim; pengusulan penghargaan kepada hakim atas prestasi dan jasanya khususnya terhadap Hakim Konstitusi. Semuanya dikembalikan ke lembaga masing-masing untuk mengawasi perilaku hakim, yang selama ini tidak berjalan sebagaimana mestinya.
- <sup>14</sup> Undang-Undang *a quo* telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung;
- <sup>15</sup> A. Ahsin Thohari, *Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan*, (Jakarta: Elsam, 2004), hlm. 46.
- <sup>16</sup> Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- <sup>17</sup> Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, (Jakarta: Ichtisar Baru van Hoeve, 1994), hlm. 25.
- <sup>18</sup> Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-XI/2013 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dan Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diputuskan pada Kamis, 9 Januari 2014, antara lain amarnya menyatakan, "Pasal 8 ayat (2), ayat (3) dan ayat (4) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, selengkapnya menjadi: (2) Calon hakim agung sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat dari nama calon yang diusulkan oleh Komisi Yudisial.
- <sup>19</sup> Pasal 19 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.
- <sup>20</sup> *Ibid*, Pasal 1 ayat (5)
- <sup>21</sup> Imam Anshori Saleh, *Konsep Pengawasan Kehakiman*, Setara Press, Malang, 2014. Hlm. 126.
- <sup>22</sup> Zainal Arifin, *Fungsi Komisi Yudisial Dalam Reformasi Peradilan Sebelum dan Sesudah Putusan Mahkamah Konstitusi*, dimuat di <http://komisiyudisial.go.id>.
- <sup>23</sup> Muhammad Fadjrul Falaakh, *Beberapa Pemikiran Untuk Revisi Undang-Undang Komisi Yudisial Republik Indonesia*, dalam *Bunga Rampai Refleksi Satu Tahun Komisi Yudisial*, Komisi Yudisial RI, Jakarta, 2006, hlm. 216-217.
- <sup>24</sup> Jimly Asshiddiqie, *Menegakkan Etika Penyelenggara Pemilu*, Rajawali Press, Jakarta, 2013, hlm.

45.

<sup>25</sup> Jimly Asshiddiqie, *Peradilan Etik dan Etika Konstitusi*, Sinar Grafika, 2014: Jakarta, hlm. vii.

## DAFTAR PUSTAKA

- Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*;
- , Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman;
- , Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi;
- , Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial;
- , Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung;
- Mahkamah Konstitusi, *Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009*;
- Asshiddiqie, Jimly, 1994. *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Jakarta: Ichtiar Baru van Hoeve;
- , 2007. *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Pasca Reformasi*, Jakarta: Buana Ilmu Populer;
- , 2005. *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI;
- , *Menegakkan Etika Penyelenggara Pemilu*, Rajawali Press, Jakarta, 2013;
- , *Peradilan Etik dan Etika Konstitusi*, Sinar Grafika, 2014: Jakarta.
- Azhary, Muhammad Tahir, 1992. *Negara Hukum: Suatu Studi Tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta: Bulan Bintang;
- MD., Moh. Mahfud, 2009. *Konstitusi dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: Rajawali Pers;
- Manan, Bagir, 1995. *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, Bandung: LPPM Universitas Islam Bandung;
- Sumadi, Ahmad Fadlil, 2011. *Bunga Rampai Mahkamah Konstitusi dan Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press;
- Saleh, Imam Anshori, *Konsep Pengawasan Kehakiman*, Setara Press, Malang, 2014.
- Muhammad Fadjrul Falaakh, *Beberapa Pemikiran Untuk Revisi Undang-Undang Komisi Yudisial Republik Indonesia*, dalam *Bunga Rampai Refleksi Satu Tahun Komisi Yudisial, Komisi Yudisial RI*, Jakarta, 2006;
- Thohari, A. Ahsin, 2004. *Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan*, Jakarta: Elsam;
- Wahid, Abdul., dan Moh. Muhibbin, 2009. *Etika Profesi Hukum, Rekonstruksi Citra Peradilan di Indonesia*, Malang: Bayumedia Publishing.
- Zainal Arifin, *Fungsi Komisi Yudisial Dalam Reformasi Peradilan Sebelum dan Sesudah Putusan Mahkamah Konstitusi*, dimuat di <http://komisiyudisial.go.id>.

**Ani Yunita**

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.

Kampus Terpadu UMY. Jl.Lingkar Barat, Tamantirto 55183. Telp (0274) 387646. Email:  
masayunita2302@gmail.com.

---

# KAJIAN AKAD PEMBIAYAAN *MURABAHAH* TERHADAP PENERAPAN PRINSIP SYARIAH PADA BANK SYARIAH DI INDONESIA

## **ABSTRACT**

This research intended to know whether murabahah financing contract on the sharia banking has fullfill to sharia principles in Islamic law provisions. This research is a normative or doctrinal research. This research is the kind of doctrinal or normative legal using approach of law (statute approach) and conseptual approach so it's using the secondary dates sources such as primary,secondary and tertiary legal materials. Dates was collected with library research and analyzed by deductive logic. According of research result and analysis that the murabahah financing contract on the Sharia Mandiri Banking in Yogyakarta isn't suitable sharia principles accordance in the Islamic Law because some requirements in the contract implementation hasn't fullfill to sharia principles so it founded gharar, riba and zhalim. So, this is inline with sharia principles accordance in the Al-Quran, Al-Hadits and Fatwa Council of Sharia National Number 04/DSN-MUI/IV/2000 on Murabahah and also Law Number 21 Of 2008 on Sharia Banking.

Key words: Murabahah Financing Contract, Sharia Principles, Sharia Banking.

## **ABSTRAK**

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui apakah akad pembiayaan *murabahah* pada bank syariah telah memenuhi prinsip syariah sebagaimana ditentukan dalam kaidah hukum Islam. Penelitian ini merupakan penelitian doktrinal atau normatif. Tipe penelitian yang digunakan adalah tipe penelitian *yuridis normatif* (doktrinal) sehingga pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*)

dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dengan sumber data sekunder berupa bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Teknik pengumpulan data dilakukan dengan teknik studi pustaka dengan mengkaji bahan-bahan hukum dan dianalisis dengan menggunakan logika deduksi. Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan diketahui bahwa akad pembiayaan *murabahah* pada Bank Syariah Mandiri Cabang Yogyakarta belum sesuai dengan prinsip syariah sebagaimana yang ditentukan dalam kaidah hukum Islam dikarenakan terdapat syarat dalam akad pembiayaan *murabahah* yang belum memenuhi ketentuan prinsip syariah sehingga ditemukannya unsur *gharar*, *riba* dan *zalim*. Dengan demikian, hal ini bertentangan dengan prinsip syariah sebagaimana yang telah ditentukan dalam Al-quran, Hadits dan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah* serta Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan syariah.

Kata Kunci: Akad Pembiayaan *Murabahah*, Prinsip Syariah, Perbankan Syariah.

## I. PENDAHULUAN

Sistem keuangan di Indonesia dalam operasional lembaga keuangan dijalankan oleh 2 (dua) jenis lembaga keuangan yaitu lembaga keuangan bank dan lembaga keuangan non bank (Soemitra, 2009:26). Lembaga keuangan bank merupakan lembaga keuangan yang memberikan jasa keuangan. Lembaga keuangan tersebut selain menyalurkan dana atau memberikan pembiayaan juga melakukan usaha menghimpun dana dalam bentuk simpanan. Lembaga keuangan non bank merupakan lembaga keuangan yang lebih banyak jenisnya dari lembaga keuangan bank. Masing-masing lembaga keuangan non bank mempunyai ciri-ciri usahanya sendiri.

Perbankan merupakan salah satu lembaga keuangan yang memberikan sumbangsih yang cukup besar terhadap pertumbuhan ekonomi suatu negara. Hal ini dikarenakan perbankan merupakan inti dari perekonomian suatu negara yang telah menjadi instrument penting dalam memperlancar jalannya pembangunan suatu negara. Hal tersebut terlihat dari salah satu fungsinya sebagai lembaga perantara keuangan (*financial intermediation*) (Muhammad, 2005:59).

Lahirnya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan maka mulai diberlakukan *dual banking system* sehingga operasional perbankan nasional dapat didasarkan dengan “sistem bunga” dan/atau sistem syariah” yang pengelolaanya dijalankan oleh bank konvensional dan bank syariah (Usman, 2012:52). Bank konvensional adalah bank yang menerapkan sistem bunga dalam menjalankan kegiatan usahanya sedangkan bank syariah adalah lembaga keuangan yang usaha pokoknya memberikan kredit dan jasa-jasa dalam lalulintas pembayaran serta peredaran uang yang pengoperasiannya disesuaikan dengan prinsip-prinsip syariat Islam.

Beberapa dekade diterapkan di Indonesia ternyata bank konvensional tidak mampu memberikan solusi yang terbaik untuk rakyat. Apalagi di saat Indonesia dilanda oleh krisis moneter yang mengakibatkan proses pemulihan ekonomi sangat lamban. Hal ini karena belum Bergeraknya sektor riil di mana sektor ini hanya akan mampu bergerak jika mendapatkan kredit murah dari perbankan. Dari sinilah bank syariah dibutuhkan sebagai lembaga perbankan alternatif dan solusi dalam menyelesaikan problema ekonomi di Indonesia bahkan di dunia (Ammirudin, 2011:169).

Perbankan syariah sebagai salah satu solusi perekonomian nasional dan aplikasi dari sistem ekonomi syariah Islam dalam mewujudkan nilai-nilai dan ajaran Islam yang mengatur bidang

perekonomian umat yang tidak terpisahkan dari aspek-aspek ajaran Islam yang *komprehensif* dan *universal*. *Komprehensif* berarti ajaran Islam merangkum seluruh aspek kehidupan, baik ritual maupun sosial kemasyarakatan termasuk bidang ekonomi, *universal* bermakna bahwa syariah Islam dapat diterapkan dalam setiap waktu dan tempat tanpa memandang perbedaan ras, suku, golongan, dan agama sesuai prinsip Islam sebagai “*rahmatan lil alamin*” (Antonio, 2001: 04).

Kerangka dasar sistem perbankan syariah merupakan seperangkat aturan dan hukum yang secara kolektif disebut syariah. Syariah berasal dari aturan yang ditentukan dalam al-qur’an dan penjelasan yang diberikan oleh Rasulullah yang dikenal dengan istilah sunnah. Kedua sumber aturan tersebut dielaborasi lebih lanjut oleh para ulama dalam bentuk ijtihad. Hasil ijtihad inilah yang menjadi dasar hukum yang ketiga dalam Islam setelah al-qur’an dan as-sunnah. Atas dasar hal itu maka bank syariah harus mendasarkan pada al-qur’an, as-sunnah dan ijtihad para ulama dalam menjalankan kegiatan usahanya. (Muhammad, 2011:232). Selain itu, sistem perbankan syariah juga diatur dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

Ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (selanjutnya ditulis Undang-Undang Perbankan Syariah) dinyatakan bahwa perbankan syariah dalam melakukan kegiatan usahanya berasaskan prinsip syariah, demokrasi ekonomi dan prinsip kehati-hatian (Usman, 2012:115). Penjelasan Pasal 2 Undang-Undang Perbankan Syariah dijabarkan lebih lanjut mengenai pengertian dari prinsip syariah. Maksud dari kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah adalah kegiatan usaha yang tidak mengandung unsur *maysir* (judi), *gharar* (ketidakpastian), *riba* (bunga), *zalim* dan barang *haram*. Adanya prinsip syariah tersebut maka kegiatan usaha perbankan syariah harus menerapkan prinsip-prinsip syariah agar tetap sesuai dengan syariat Islam.

Menurut ketentuan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor: 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *murabahah* tidak secara implisit menyebutkan mengenai pengertian dari prinsip syariah akan tetapi, di dalam ketentuan tersebut menyebutkan bahwa barang yang diperjualbelikan di dalam akad pembiayaan *murabahah* tidak diharamkan oleh syariat Islam (Anshori, 2009: 123). Hal ini berarti dalam melakukan transaksi akad pembiayaan *murabahah* tidak boleh bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah Islam yang telah ditentukan di dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku.

*Bai’al-murabahah* merupakan salah satu transaksi jual beli yang dimodifikasi pada masa ekonomi riil. *Bai’ al-murabahah* ialah transaksi jual beli sederhana yang terdiri dari penjual dan pembeli. Penjual yang telah memiliki objek barang langsung memberitahu kepada pembeli berapa nilai pokok barang tersebut dan berapa besar keuntungan yang dibebankannya pada nilai tersebut. Seiring dengan perkembangan zaman maka *murabahah* mengalami perkembangan yakni terdapat transaksi antara penjual/bank syariah (selanjutnya disebut dengan *ba’i*) dan pembeli/nasabah (selanjutnya disebut dengan *musytari*) namun, dalam hal ini *ba’i* tidak menyediakan objek pembelian karena barang berasal dari pemasok ([http://www.konsep\\_murabahah\\_ekosujadi.blogspot.com](http://www.konsep_murabahah_ekosujadi.blogspot.com) diakses pada tanggal 31 Juli 2015).

Pembiayaan *murabahah* juga ditekankan bahwa *ba'i* sejak awal harus memberitahu *musytari* tentang harga asli barang tersebut dan besar keuntungan yang akan didapatkan *ba'i* atas kesepakatan kedua belah pihak. Apabila *ba'i* tidak memberitahu harga asli barang tersebut dan pembayarannya dilakukan dengan cicilan maka bukanlah dinamakan *murabahah*.

*Ba'i* dan *musytari* dalam pelaksanaan akad tidak selamanya berjalan dengan lancar sebagaimana yang telah disepakati dalam akad pembiayaan *murabahah* sehingga *ba'i* dan *musytari* dapat menyimpangi apa yang tertuang didalam akad dan kurang mencermati isi akad sesuai atau tidak dengan ketentuan prinsip-prinsip syariah. Kegiatan usaha perbankan syariah sangat perlu didukung dengan aplikasi akad dan aspek hukumnya sehingga transaksi *muamalah* dapat berjalan dengan lancar. Hal tersebut dilakukan agar karakteristik produk bank syariah khususnya *murabahah* memang benar-benar menerapkan prinsip-prinsip syariah yang telah ditentukan sehingga hal ini berbeda dengan kredit pada bank konvensional.

Perbankan syariah bukan hanya berperan sebagai lembaga intermediasi akan tetapi juga berperan memberikan pengetahuan mengenai segala aspek perbankan syariah baik dari sisi prinsip maupun aplikasinya. Jika kondisi diatas tetap dipertahankan tanpa ada perubahan yang mendasar maka pencerdasan syariah terhadap *musytari* bisa dikatakan belum berhasil dan akan tergerus oleh kondisi bisnis yang semakin ketat.

Perbankan syariah jangan hanya dijadikan sebagai peluang bisnis baru sehingga substansi syariah itu sendiri akan sangat mudah terabaikan demi mencapai tujuan perusahaan. Sudah saatnya membahas mengenai prinsip syariah dan saatnya syariah dibawa ke ranah bisnis yang Islami sehingga penerapan prinsip syariah benar-benar terwujud dalam dunia perbankan syariah.

Berdasarkan latar belakang masalah yang telah diuraikan sebelumnya, maka melalui artikel ini penulis akan mengkaji mengenai apakah akad pembiayaan *murabahah* pada Bank Syariah Mandiri cabang Yogyakarta telah memenuhi prinsip syariah sebagaimana yang telah ditentukan dalam kaidah hukum Islam.

## II. METODE PENELITIAN

Jenis penelitian ini merupakan penelitian *normatif* sehingga penulis dalam penelitian ini akan mengkaji tentang akad pembiayaan *murabahah* terhadap penerapan prinsip syariah dalam bank syariah. Akad pembiayaan *murabahah* tersebut selanjutnya akan disesuaikan dengan ketentuan Al-qur'an, Al-hadits, Fatwa-Fatwa Dewan Syariah Nasional dan Peraturan Perundang-undangan yang terkait dengan permasalahan.

Tipe penelitian yang digunakan adalah tipe penelitian *juridis normatif* (doktrinal) sehingga pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan isu hukum yang ditangani (Marzuki, 2005:93). Penulis dalam penelitian ini akan menelaah peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perbankan syariah, al-quran, al-hadits maupun ijtihad melalui

fatwa Dewan Syariah Nasional yang berkaitan dengan akad pembiayaan *murabahah*.

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

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

1. Bahan hukum primer terbagi menjadi 2 (dua) yaitu :
  - a. Bahan hukum Islam yang terdiri dari:
    - 1) Al-Qur'an yang merupakan sumber hukum Islam yang pertama dan tertinggi.
    - 2) As-sunnah/Al-Hadits yang merupakan sumber hukum Islam yang kedua setelah Al-Qur'an.
    - 3) Fatwa Dewan Syariah Nasional merupakan fatwa yang dikeluarkan oleh Majelis Ulama Indonesia-Dewan Syariah Nasional.
    - 4) Akad pembiayaan *murabahah* yaitu salah satu produk bank syariah melalui penyaluran dana yang berdasarkan prinsip jual beli.
  - b. Bahan hukum perundang-undangan terdiri dari:
    - 1) Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perbankan.
    - 2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.
    - 3) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.
    - 4) Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/16/PBI/2008 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah.
2. Bahan hukum sekunder terbagi menjadi 2 (dua) bagian yaitu:
  - a. Bahan hukum Islam yang diperoleh dari buku-buku teks hukum Islam, jurnal hukum Islam dan pendapat para ahli hukum Islam.
  - b. Bahan ilmu hukum yang terdiri dari buku-buku teks ilmu hukum, jurnal-jurnal hukum nasional maupun internasional, data elektronik dan pendapat para ahli hukum.
  - c. Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan bermakna terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus hukum, ensiklopedia dan lain-lain.

Teknik analisis data sekunder dalam penelitian ini bersifat deskriptif dengan menggunakan

logika deduksi yaitu menarik kesimpulan dari suatu permasalahan yang bersifat umum terhadap permasalahan yang bersifat konkrit. Hal ini berarti pola berpikir dari hal-hal yang bersifat umum (premis mayor) ke hal yang bersifat khusus (premis minor). Premis minornya dalam penelitian ini berupa ketentuan prinsip syariah dalam akad pembiayaan *murabahah* sedangkan premis mayornya adalah Undang-Undang Perbankan Syariah.

### III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

Karakteristik yang membedakan antara kegiatan usaha bank syariah dengan bank konvensional ialah terletak pada kegiatan usaha bank syariah yang menerapkan prinsip bagi hasil (*profit and loss sharing system*), jual-beli dan kerjasama dengan pola bagi hasil. Kehadiran bank syariah merupakan alternatif pembiayaan untuk menghindari sistem bunga (*interest rate system*) yang diterapkan dalam bank konvensional.

Penulis akan mengkaji data sekunder mengenai apakah akad pembiayaan *murabahah* sudah memenuhi atau belum dengan prinsip syariah sebagaimana yang ditentukan dalam kaidah hukum Islam. Adapun prinsip syariah yang dimaksud oleh penulis dalam penulisan ini ialah akad pembiayaan *murabahah* tidak mengandung unsur-unsur yang dilarang dalam Islam berupa perjudian (*maysir*), ketidakjelasan (*gharar*), bunga (*riba*), kebatilan (*zalim*) dan *haram*.

Standarisasi dalam membahas dan menganalisa produk pembiayaan pada bank syariah apakah telah sesuai dengan prinsip syariah adalah dengan merujuk Al-quran, hadits dan ijtihad para ulama melalui Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) Majelis Ulama Indonesia (MUI) serta Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dan peraturan lain yang berkaitan dengan pembiayaan *murabahah*.

Penjelasan Pasal 2 Undang-Undang Perbankan Syariah dijelaskan bahwa kegiatan usaha yang berasaskan prinsip syariah antara lain adalah kegiatan usaha yang tidak mengandung unsur sebagai berikut:

1. *Riba*, yaitu penambahan pendapatan secara tidak sah (*batil*) antara lain dalam transaksi pertukaran barang sejenis yang tidak sama kualitas, kuantitas, dan waktu penyerahan (*fadhl*), atau dalam transaksi pinjam-meminjam yang mensyaratkan nasabah penerima fasilitas mengembalikan dana yang diterima melebihi pokok pinjaman karena berjalannya waktu (*nasi'ah*).
2. *Maysir*, yaitu transaksi yang digantungkan kepada suatu keadaan yang tidak pasti dan bersifat untung-untungan.
3. *Gharar*, yaitu transaksi yang objeknya tidak jelas, tidak dimiliki, tidak diketahui keberadaannya, atau tidak dapat diserahkan pada saat transaksi dilakukan kecuali diatur lain dalam syariah.
4. *Haram*, yaitu transaksi yang objeknya dilarang dalam syariah atau dengan kata lain suatu barang atau jasa yang diharamkan dalam syariah misalnya, daging babi, minuman keras, objek pornografi dan lain sebagainya.
5. *Zalim*, yaitu transaksi yang menimbulkan ketidakadilan bagi pihak lainnya.

Salah satu akad yang digunakan dalam proses pembiayaan di Bank Syariah Mandiri cabang Yogyakarta ini adalah akad pembiayaan *murabahah* (jual beli) di mana nasabah (*musytari*) sebagai pembeli dan bank (*ba'i*) sebagai penjualnya. Dalam proses akad tersebut juga menggunakan akad tambahan yaitu akad *wakalah* (perwakilan) di mana *ba'i* melimpahkan kekuasaan kepada *musytari* atas pembelian barang pesanan *musytari* itu sendiri.

Bank syariah dalam melaksanakan akad pembiayaan *murabahah* memberikan kuasa kepada *musytari* untuk membeli barang yang diperlukannya atas nama bank syariah/*ba'i*. *Ba'i* menjual barang tersebut kepada *musytari* dengan harga asal ditambah dengan sejumlah keuntungan dan dibayarkan oleh *musytari* pada jangka waktu tertentu sesuai kesepakatan kedua belah pihak. Pembelian ini *musytari* tidak menyediakan dana karena pembiayaan seluruhnya diberikan oleh *ba'i*.

Ketentuan pertama butir 9 Fatwa DSN Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah* telah menetapkan bahwa jika *ba'i* hendak mewakilkan kepada *musytari* untuk membeli barang dari pihak pemasok maka akad jual beli *murabahah* harus dilakukan setelah barang secara prinsip menjadi milik *ba'i*.

Pemberian kuasa (*wakalah*) dari *ba'i* kepada *musytari* atau pihak ketiga manapun harus dilakukan sebelum akad pembiayaan *murabahah* terjadi. Dalam kenyataannya, akad pembiayaan *murabahah* seringkali mendahului pemberian *wakalah* dan pemberian dana pembelian barang. Bagaimana dapat dikatakan barang telah menjadi milik *ba'i* jika pemberian dana pembelian barang saja dilakukan setelah akad pembiayaan *murabahah* ditandatangani.

Proses pembelian barang yang telah dijelaskan pada akad pembiayaan *murabahah* bahwa untuk pembelian barang dilakukan oleh pihak *musytari* karena adanya akad *wakalah* (bank mewakilkan nasabah untuk pembelian barang). Proses pembelian barang dilakukan setelah dana pembiayaan yang diajukan oleh *musytari* telah cair. *Musytari* cukup mendatangi pihak pemasok untuk membeli barang sesuai yang dibutuhkannya.

*Musytari* wajib melaporkan dokumen (surat pembelian) kepada pihak *ba'i* akan tetapi setelah dana pembiayaan cair tidak ada tindak lanjut dari *musytari* dalam pelaporan surat bukti pembelian atas suatu barang kepada *ba'i*. *Musytari* terkadang bebas untuk menggunakan dana pinjaman tersebut bahkan tidak sesuai pada ketentuan dalam akad.

*Musytari* bisa menggunakan dana pinjaman tersebut tidak untuk keperluan pembelian barang seperti apa yang tertuang dalam akad, akan tetapi juga terkadang digunakan untuk keperluan konsumtif lainnya. Dalam akad pembiayaan *murabahah* ini juga telah disebutkan bahwa pemasok adalah pihak ketiga yang ditunjuk atau setidaknya disetujui dan dikuasakan oleh bank untuk menyediakan barang yang dibeli oleh *musytari* dan selanjutnya akan dijual oleh *ba'i* kepada *musytari* berdasarkan pembiayaan *murabahah*. Pelaksanaannya pihak *ba'i* tidak menunjuk dan mengutus pemasok sebagai tempat *musytari* untuk membeli suatu barang. *Musytari* dapat melakukan jual beli barang yang dibutuhkan di tempat pemasok manapun sesuai dengan keinginannya karena tidak adanya penunjukan pemasok oleh pihak *ba'i*.

Setelah *musytari* menerima dana pembiayaan dari pihak *ba'i* dan telah melakukan pembelian atas suatu barang maka *musytari* mempunyai kewajiban untuk membayar pinjaman modal dan margin (harga beli) kepada *ba'i* secara mengangsur selama jangka waktu yang telah ditentukan di awal akad. Waktu pembayaran angsuran dilakukan pada hari kerja bank.

Berdasarkan hasil penelitian tersebut maka pembahasan dalam penelitian ini ialah bahwa dalam akad pembiayaan *murabahah* pada perbankan syariah terdapat syarat *murabahah* yang belum memenuhi prinsip syariah karena ditemukannya unsur *gharar*, *riba* dan *zalim*.

### 1. Analisis Rukun *Murabahah* pada Akad Pembiayaan *Murabahah*

Rukun *murabahah* dalam pembiayaan *murabahah* pada Bank Syariah Mandiri cabang Yogyakarta adalah sebagai berikut:

#### a. Para Pihak

Para pihak dalam pembiayaan *murabahah* terdiri dari penjual (*ba'i*) yaitu pihak bank syariah dan sebagai pembeli (*musytari*) adalah pihak nasabah yang mengajukan pembiayaan *murabahah*.

#### b. Objek atau barang yang diperjualbelikan

Objek atau barang yang diperjualbelikan dalam pembiayaan *murabahah* adalah kebutuhan barang atau peralatan yang dibutuhkan *musytari* dalam pengajuan pembiayaan *murabahah* berupa alat-alat untuk modal kerja dan barang-barang konsumtif yang tentunya haruslah barang yang halal.

#### c. Kesepakatan harga (*tsaman*)

Masing-masing pihak antara *musytari* dan *ba'i* mengetahui mengenai harga pembelian dan keuntungan atas pembelian barang. Dalam hal ini pihak *ba'i* terlebih dahulu menetapkan keuntungan dari pembiayaan yang dibutuhkan *musytari* kemudian *musytari* dan *ba'i* mengadakan kesepakatan dengan menandatangani akad pembiayaan *murabahah*.

#### d. Adanya *ijab qabul* (*sighat*).

*Ijab qabul* ditunjukkan dengan adanya pengisian dan penandatanganan formulir aplikasi akad pembiayaan *murabahah* dan akad tambahan *wakalah* antara *musytari* dengan pihak *ba'i*.

#### e. Tujuan akad (*maudu al'aqd*).

Tujuan akad dalam hal ini adalah untuk membantu *musytari* yang mengajukan pembiayaan *murabahah* dalam hal mendapatkan objek pembiayaan *murabahah*. Berdasarkan kajian dari data sekunder baik itu pihak yang berakad, objek akad, harga, *ijab qabul* dan tujuan dari akad tersebut telah ada. Dapat disimpulkan bahwa rukun akad pembiayaan *murabahah* pada pembiayaan Bank Syariah Mandiri cabang Yogyakarta telah terpenuhi dan telah sesuai dengan ketentuan syariah.

### 2. Analisis Syarat *Murabahah* pada Akad Pembiayaan *Murabahah*

Adapun analisis syarat *murabahah* yang penulis kaji dari data sekunder maka akad pembiayaan *murabahah* pada Bank Syariah Mandiri cabang Yogyakarta adalah sebagai berikut:

a. *Ba'i* dan *musytari* (Pihak yang berakad).

Dalam fiqh telah dijelaskan bahwa syarat yang harus dipenuhi oleh orang yang berakad (*aqidain*) yaitu penjual dan pembeli adalah harus *tamyiz* yaitu seorang tersebut sudah mengetahui mana yang baik dan yang buruk serta dapat dikenai hukum. Selain itu, *aqidain* harus cakap melakukan *tassaruf*. Oleh karena itu, akad pembiayaan *murabahah* tidak sah apabila dilakukan oleh anak yang masih dibawah umur, orang gila, atau orang yang dipaksa. (Muslich, 2010: 374).

Kedua belah pihak yaitu *ba'i* dan *musytari* yang mengajukan pembiayaan *murabahah* haruslah *tamyiz*. Pihak *ba'i* yaitu bank syariah yang berbentuk lembaga keuangan syariah maka ketentuan yang berlaku haruslah lembaga tersebut adalah lembaga yang sah dan memiliki kemampuan untuk melakukan transaksi jual beli sehingga *ba'i* tersebut sah sebagai penjual dalam transaksi *murabahah*.

b. Objek akad pembiayaan *murabahah*

Dalam ketentuan syarat dari objek dalam akad pembiayaan *murabahah* sebagaimana yang telah dijelaskan dalam fiqh maupun konsep *murabahah* dalam perbankan syariah yang dijabarkan dalam fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah* dapat disimpulkan bahwa syarat dari objek akad atau barang antara lain sebagai berikut:

- 1) Objek ada pada waktu akad (*ba'i* harus telah memiliki yang akan dijual).
- 2) Barang adalah milik sah *ba'i*.
- 3) Barang dapat ditentukan.
- 4) Barang harus berwujud dan dapat dipindahtangankan.
- 5) Tidak bertentangan dengan ketentuan prinsip syariah.

Menelisik kembali Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 Tentang *Murabahah* bagian pertama butir 4 (empat) yang menyatakan bahwa "*ba'i* membeli barang yang diperlukan *musytari* atas nama *ba'i* sendiri dan pembelian ini bebas riba". Berdasarkan fatwa tersebut disebutkan bahwa pihak *ba'i* harus membeli barang yang diperlukan oleh *musytari* dan pembelian harus bebas riba. Hal ini juga ditegaskan dalam Pasal 116 ayat (2) Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah yang menyebutkan bahwa penjual harus membeli barang yang diperlukan pembeli atas nama penjual sendiri dan pembelian ini harus bebas riba.

Berdasarkan klausul yang terdapat dalam akad pembiayaan *murabahah* yang dikaji oleh penulis maka dalam hal ini *musytari* yang secara langsung membeli barang dari pemasok bukan membeli dari pihak *ba'i* sebagai penjual barang. Hal ini berarti bertentangan dengan esensi dari *murabahah* itu sendiri yang menyatakan bahwa obyek pembelian harus berasal dari *ba'i* seperti yang tercantum di dalam akad pembiayaan *murabahah* yang terdapat pada Pasal 1 ayat (2) mengenai definisi dari *murabahah* itu sendiri.

Pasal 1 ayat (2) memberikan definisi *murabahah* ialah akad jual beli antara *ba'i* dan *musytari*. *Ba'i* membeli barang yang diperlukan *musytari* dan menjual kepada *musytari* yang bersangkutan sebesar harga perolehan ditambah keuntungan yang disepakati.

Objek atau barang yang diperjualbelikan pada pembiayaan *murabahah* di Bank Syariah Mandiri cabang Yogyakarta terdapat unsur *gharar* dalam pembelian barang sehingga bertentangan dengan prinsip syariah. Hal ini dikarenakan proses transaksi beralih antara *musytari* dengan pemasok sehingga bukan pihak *ba'i* yang secara langsung membeli barang tetapi malah justru *musytari* sendiri yang membeli barang dari pemasok. Proses peralihan transaksi dengan *wakalah* tersebut menimbulkan unsur *gharar* atau ketidakjelasan dalam pembelian barang. Selain itu, kurangnya pengawasan yaitu tidak adanya laporan hasil pembelian barang oleh *musytari* sehingga memungkinkan pembiayaan tersebut bisa keluar dari apa yang telah disepakati dalam akad serta bisa memungkinkan pembiayaan tersebut dipergunakan untuk membeli barang yang tidak sesuai dengan syariah.

Pembelian barang yang menimbulkan unsur *gharar* tersebut ditegaskan dalam Hadist Riwayat Muslim dari Abu Hurairah ra berkata bahwa “Rasullah SAW melarang jual beli dengan cara melempar batu dan jual beli *gharar* (yang belum jelas harga, barang, waktu dan tempatnya)”. (HR.Muslim). (Muhammad,1992:581).

Menurut Jabir bin Abdillah ra bahwa apabila engkau membeli sesuatu barang maka jangan engkau menjualnya sebelum barang tersebut engkau terima dengan sempurna. (HR.Ahmad dan Muslim; Al-Muntaqa 2:323) dishahihkan oleh Syaikh Salim bin ‘Ied Al Hilaly. (Rusyid,1994 :44) Hadits ini menyatakan bahwa kita tidak boleh menjual suatu barang yang belum berada di bawah kekuasaan kita (belum diterima dari penjual).

Dalam hal penyerahan barang itu oleh *ba'i* kepada *musytari* mendapatkan barang yang tidak sesuai dengan spesifikasi barang yang telah disepakati sebelumnya maka *musytari* berhak menolak untuk menerima barang tersebut dan tidak berkewajiban untuk membayar harga barang tersebut. Jika barang tersebut dalam keadaan dalam pembebanan dan tuntutan gugatan dari pihak lain maka hal ini akan menimbulkan unsur *kedzaliman* yang bertentangan dengan salah satu prinsip syariah yaitu *zalim*.

Hal tersebut ditegaskan dalam Hadist Riwayat Ibnu Majjah yang dishahihkan oleh Syaikh Salim bin ‘Ied Al Hilali ialah sebagai berikut:

“Seorang muslim adalah saudara bagi muslim yang lain. Tidak halal bagi seorang muslim menjual barang dagangan yang memiliki cacat kepada saudaranya sesama muslim, melainkan ia harus menjelaskan cacat itu kepadanya”. (HR. Ibnu Majah dishahihkan oleh Syaikh Salim bin ‘Ied Al Hilali). (Terjemahan Nailul Authar, 1993:1754).

Hadits Riwayat Al-Bukhary dan Muslim menyatakan bahwa “Penjual dan pembeli boleh berkhayar selama belum berpisah. Jika mereka berlaku benar dan jujur serta menerangkan keadaan barang jualan secara jujur niscaya diberikan berkat terhadap penjualannya dan jika mereka berdusta dan menyembunyikan cacat niscaya dihapuskan keberkatan penjualannya”. (Musthofa,1992: 22)

Berdasarkan hadist tersebut tidak diperkenankan bagi para pihak baik *ba'i* ataupun *musytari* menyembunyikan cacat suatu barang dalam jual beli sehingga tidak menimbulkan *kezaliman* diantara *ba'i* dan *musytari* karena *zalim* bertentangan dengan prinsip syariah dalam kegiatan usaha bank syariah sebagaimana juga yang dinyatakan dalam ketentuan Pasal 24 ayat (1) huruf a dan Pasal 24 ayat (2) huruf a dan Pasal 25 huruf a Undang-Undang Perbankan Syariah menentukan bahwa bank syariah tidak boleh melakukan kegiatan usaha yang bertentangan dengan prinsip syariah.

Pihak *ba'i* seharusnya bukan hanya sebagai pemberi modal/dana tetapi juga sebagai pemilik dari barang tersebut sebelum dijual kepada *musytari*. *Ba'i* memang memberikan modal kepada *musytari* atas pembiayaan *murabahah* dalam hal pengadaan komoditas atau barang yang dibutuhkan *musytari* tetapi disini *ba'i* juga seharusnya merupakan pihak yang membeli barang dari pemasok yang di minta oleh *musytari*. *Ba'i* juga bertindak sebagai pemilik dari barang tersebut dan selama barang tersebut masih menjadi milik *ba'i* maka segala tentang kepemilikan atas barang tersebut merupakan kewajiban dari pihak *ba'i*, tetapi yang terjadi pihak *ba'i* hanya memiliki fungsi sebagai pemodal saja.

Sebagian besar *musytari* yang menggunakan pembiayaan *murabahah* pada bank syariah selalu diberi *wakalah* sehingga dapat disimpulkan bahwa jual beli terhadap objek yang belum dimiliki oleh *ba'i* maka terdapat penyimpangan. Hal ini dikarenakan dalam *murabahah* yang diterima *musytari* ialah bukan berbentuk uang tetapi berupa benda sebagaimana ketentuan pertama butir 9 Fatwa DSN Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah* sehingga objek *murabahah* harus dimiliki oleh *ba'i*.

Dalam transaksi pembiayaan *murabahah* ini, *ba'i* dalam hal pembelian barang melimpahkan kepada *musytari* dengan memberikan dana sehingga secara prinsip *ba'i* belum memiliki barang. Dengan begitu, apabila *ba'i* memandang modal/dana yang diberikan kepada *musytari* untuk pembelian barang tersebut sebagai hutang maka dimungkinkan akan menggunakan sebagai tujuan untuk memperoleh keuntungan dari pembelian barang tersebut. Padahal, sudah diketahui bahwa mengambil keuntungan dari hutang ialah termasuk *riba* yang dilarang oleh hukum Islam. Dengan demikian margin/ keuntungan yang diperoleh *ba'i* dengan cara pembiayaan *murabahah* seperti ini dapat menimbulkan unsur *riba*. Selain dari pada itu, jika penentuan margin juga dikaitkan dengan lamanya jangka waktu pembiayaan dapat menimbulkan unsur *riba*. Menurut Ibn Rushd dan Imam Malik tidak membolehkan cara seperti ini karena dikhawatirkan akan terjebak kedalam bentuk *riba* yang dipraktekkan pada masa pra-Islam. (Saeed,1996:94).

Istilah *riba* dalam bahasa Arab yakni sama halnya dengan bunga yang digunakan dalam kegiatan operasional pada bank konvensional. *Riba* berarti menetapkan penambahan sejumlah harga pada pinjaman pokok berdasarkan jangka waktu pembayaran kembali. Menetapkan bunga ialah termasuk hal yang dilarang oleh agama Islam. (Hanif,2011:167).

Sebagaimana telah dinyatakan dalam surat Al-Baqarah ayat (275) menyatakan bahwa orang-orang yang makan (mengambil) *riba* tidak dapat berdirinya melainkan seperti berdirinya orang yang kemasukan syaitan lantaran (tekanan) penyakit gila. Keadaan mereka yang demikian itu adalah

disebabkan mereka berkata sesungguhnya jual beli itu sama dengan riba. Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba. Barang siapa yang mendapat peringatan dari Allah lalu dia berhenti (dari mengambil riba) maka apa yang telah diperolehnya dan urusannya (terserah) kepada Allah. Barang siapa yang mengulangi mengambil riba maka mereka adalah penghuni neraka dan mereka kekal didalamnya. Allah memusnahkan riba dan menyuburkan sedekah. Allah tidak menyukai setiap orang yang tetap dalam kekafiran dan selalu berbuat dosa.

Hal ini juga ditegaskan dalam surat Al-Imron ayat (130) dan An-Nisa ayat (29) yang menyebutkan bahwa dilarang memakan riba dengan berlipat ganda dan memakan harta sesama dengan jalan yang dilarang oleh Allah SWT. Dalam hal ini apabila *ba'i* mengambil keuntungan atas hutang *musytari* dikatakan *riba* karena dalam pembiayaan *murabahah* ini, *ba'i* hanya memberikan dana kepada *musytari* guna pembelian barang sehingga *ba'i* belum memiliki barang selayaknya sebagai penjual.

Berdasarkan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah* pada bagian pertama butir 1 (satu) juga menyatakan bahwa *ba'i* dan *musytari* harus melakukan akad *murabahah* yang bebas riba. Seharusnya *ba'i* dalam hal pembiayaan *murabahah* memiliki barang/objek *murabahah* terlebih dahulu sebelum dijual kembali kepada *musytari* kemudian *ba'i* dan *musytari* dapat menentukan margin keuntungan sesuai dengan kesepakatan. Akan tetapi, dalam pembiayaan ini *ba'i* hanya memberikan dana untuk pembelian barang kepada *musytari* dengan adanya pelimpahan kuasa untuk pembelian barang kepada pemasok sehingga *ba'i* belum secara prinsip memiliki barang (objek *murabahah*) tersebut. Dengan demikian, *ba'i* yang hanya memberikan sejumlah dana untuk pembelian barang (objek *murabahah*) tersebut kepada *musytari* dapat dikatakan bahwa *musytari* berhutang kepada *ba'i* sehingga *ba'i* memperoleh margin keuntungan atas pembayaran pembiayaan (hutang) dari *musytari* dapat dikatakan menimbulkan unsur *riba*.

### c. Kesepakatan Harga

Adapun syarat dari *murabahah* lainnya adalah berkaitan dengan harga sebagaimana yang disampaikan oleh Wahbah az-Zuhaili bahwa *murabahah* itu diisyaratkan dengan beberapa hal yaitu antara lain *pertama*, dalam jual beli *murabahah* diisyaratkan agar *musytari* mengetahui harga pokok atau harga asal karena mengetahui harga merupakan syarat sah jual beli. *Kedua*, hendaknya margin keuntungan dalam pembiayaan *murabahah* juga diketahui oleh *musytari* karena margin keuntungan tersebut termasuk bagian dari harga sedangkan mengetahui harga merupakan syarat sah jual beli. *Ketiga*, harga pokok merupakan sesuatu yang dapat diukur, dihitung dan ditimbang, baik pada waktu terjadi jual beli dengan penjual yang pertama atau setelahnya.

Berdasarkan kajian dari akad pembiayaan *murabahah* yang diperoleh penulis dari Bank Syariah Mandiri cabang Yogyakarta mengenai harga pokok dan margin keuntungan sudah diketahui oleh *ba'i* dan *musytari* sehingga sudah memenuhi dari syarat sah *murabahah* itu sendiri sebagaimana yang disampaikan oleh Wahbah az-Zuhaili sebelumnya. Penentuan harga serta keuntungan lebih

tergantung pada besar kecilnya jaminan yang disertakan oleh *musytari*. Mekanisme akad pembiayaan *murabahah* pada produk pembiayaan Bank Syariah Mandiri cabang Yogyakarta pada tahap awal yang dilakukan adalah pengajuan permohonan dan negosiasi antara pihak *musytari* dengan *ba'i*.

Pengajuan dan negosiasi tersebut ditentukan juga tingkat plafon atau harga. Besar kecilnya plafon pembiayaan ditentukan oleh besar kecilnya *dhommman* yang disertakan oleh *musytari* kepada pihak *ba'i*. *Dhommman* yang disertakan merupakan *dhommman* yang telah dimiliki oleh pihak *musytari* baik itu berupa tanah, tanah dan bangunan, atau kendaraan bermotor. *Dhommman* tersebut digunakan untuk ketertiban pelunasan pembayaran *musytari* kepada *ba'i*.

Hal tersebut berbeda dengan konsep *murabahah* dalam fiqh *muamalah* di mana besar kecilnya plafon pembiayaan lebih ditentukan pada tingkat kebutuhan *musytari* dengan dibuktikan dari seberapa besar pembiayaan untuk pembelian terhadap suatu barang yang riil atau nyata yang dibutuhkan oleh *musytari*. Sebagaimana menurut Wahbah az Zuhaili bahwa *murabahah* hanya bisa digunakan dalam pembiayaan bilamana *musytari* memerlukan dana untuk membeli suatu komoditi secara riil dan tidak boleh untuk lainnya termasuk membayar hutang pembelian komoditi yang sudah dilakukan sebelumnya, membayar biaya *over head*, rekening listrik, dan lainnya.

Proses negosiasi seharusnya selain menegosiasikan plafon pembiayaan juga menegosiasikan harga barang dan jangka waktu cicilan. Sebelum proses negosiasi seharusnya pihak *ba'i* maupun *musytari* sudah memiliki informasi harga barang dari produsen sehingga *ba'i* dan *musytari* dapat melakukan negosiasi harga barang. Negosiasi kedua adalah jangka waktu pembayaran cicilan di mana jangka waktu pembayaran cicilan tersebut harus disepakati sejak awal. Hal ini dilakukan karena pada dasarnya lamanya jangka waktu pembayaran cicilan tidak merubah harga barang yang harus dibayar oleh *musytari*. Keuntungan bank dalam membiayai pengadaan barang yang dipesan *musytari* tersebut juga tidak dipengaruhi oleh jangka waktu pembayaran cicilan.

Pihak *ba'i* dan *musytari* tidak melakukan negosiasi harga pokok barang tetapi akad telah dibuat dengan pihak *ba'i* sedangkan *musytari* tidak menentukan harga barang. *Musytari* hanya menyetujui atau menolak akad yang telah dibuat oleh pihak *ba'i*. Hal ini terkesan bahwa akad dibuat hanya oleh *ba'i* sehingga *musytari* hanya bisa menyetujui yang tertuang dalam akad. Apabila hal tersebut dilakukan oleh *ba'i* tanpa adanya negosiasi atau persetujuan dari *musytari* terlebih dahulu maka hal ini sama saja dengan kredit pada bank konvensional yang menerapkan sistem perjanjian baku dalam aplikasi perjanjian kredit bank konvensional. Dengan demikian, hal tersebut bertentangan dengan Hadits Riwayat Al-Baihaqi dan Ibnu Majjah dari Abu Sa'id Al-Khudri bahwa Rasulullah SAW bersabda bahwa sesungguhnya jual beli itu harus dilakukan suka sama suka.

Hal ini juga ditegaskan dalam Al-quran surat An-nisa ayat (29) yang menyatakan bahwa hai orang-orang yang beriman janganlah sebagian kamu memakan harta sebagian yang lain dengan jalan *bathil* kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku suka sama suka diantara kamu. Dengan demikian, berdasarkan penjelasan hadist dan Al-quran sebelumnya bahwa para pihak dalam melaksanakan akad pembiayaan *murabahah* harus sepakat atau secara sukarela melaksanakan akad tersebut sehingga tidak menimbulkan ketidakadilan atau *kedzaliman*.

Berdasarkan hal tersebut maka ditegaskan pula dalam Al-quran surat Al-Maidah ayat (1) menyebutkan bahwa wahai orang-orang beriman! penuhilah akad-akad itu. Berdasarkan hal tersebut maka pihak yang melaksanakan akad baik *ba'i* maupun *musytari* harus saling sepakat sehingga tidak merugikan salah satu pihak. *Musytari* harus benar-benar memahami penjelasan dari *ba'i* mengenai syarat, isi, maksud, tujuan dan ketentuan yang tercantum di dalam akad sehingga menyetujui seluruh yang tercantum dalam akad tanpa adanya paksaan dan tekanan dari dan oleh pihak manapun. Dengan demikian, *ba'i* dan *musytari* secara sukarela menunaikan akad tersebut dengan itikad baik.

Penentuan margin keuntungan sebagaimana yang dijelaskan dalam mekanisme penentuan margin yang harus dibayar oleh *musytari* kepada pihak *ba'i* telah ditentukan diawal akad. Secara prinsip pemberitahuan keuntungan diawal telah sesuai dengan ketentuan syariah sebagaimana yang dikatakan oleh Wahbah az-Zuhaili. *Ba'i al-murabahah* itu disyaratkan agar margin keuntungan juga diketahui oleh *musytari* karena margin keuntungan tersebut termasuk bagian dari harga sedangkan mengetahui harga merupakan syarat sah jual beli. Hal tersebut sebagaimana dalam Ketentuan pertama butir 5 Fatwa DSN-MUI Nomor.04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah* menyatakan bahwa *ba'i* harus menyampaikan semua hal yang berkaitan dengan pembelian barang baik dari jenis, kualitas dan kuantitas, harga serta keuntungan sehingga dapat diketahui oleh *ba'i* dan *musytari*.

Dengan demikian, penentuan harga barang dan persentase margin keuntungan berdasarkan tingkat plafon pembiayaan yang dilakukan oleh *ba'i* menjadikan *musytari* tidak bisa bebas melakukan negosiasi terkait dengan harga dan margin keuntungan yang harus dibayarkan oleh *musytari* kepada pihak *ba'i* karena penentuan harga dan margin keuntungan barang hanya ditentukan oleh *ba'i* sehingga menimbulkan unsur *kedzaliman* yang bertentangan dengan An-nisa ayat (29), Al Maidah ayat (1), Hadits Riwayat Al-Baihaqi dan Ibnu Majjah serta Ketentuan pertama butir 5 Fatwa DSN-MUI Nomor.04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah*.

#### d. Penandatanganan *Ijab qabul*

Penerapan pembiayaan yang menggunakan sistem *murabahah* ini bisa dikatakan merupakan *hybrid contract* karena didalamnya menggabungkan dua akad dalam satu transaksi yakni akad *murabahah* dan akad *wakalah*, tetapi di dalam pelaksanaannya masih terdapat ketidaksesuaian. Hal ini dikarenakan pada saat proses akad pembiayaan selain terdapat akad pembiayaan *murabahah* juga terdapat akad *wakalah* di mana pihak *ba'i* telah memberikan sejumlah uang untuk dipergunakan oleh *musytari* untuk membeli barang yang diinginkan.

Pembelian objek *murabahah* tersebut dapat dilakukan oleh pembeli *murabahah* tersebut sebagai wakil dari pihak bank dengan akad *wakalah* (perwakilan). Setelah akad *wakalah* dimana pembeli *murabahah* tersebut bertindak untuk dan atas nama *ba'i* untuk melakukan pembelian objek *murabahah* tersebut. Seharusnya akad pertama yang dilakukan adalah akad *wakalah*, *ba'i* mewakilkan *musytari* untuk pembelian barang yang telah ditentukan. Setelah akad *wakalah* selesai dan objek

*murabahah* tersebut secara prinsip telah menjadi hak milik *ba'i* maka selanjutnya bisa dilakukan akad kedua antara *ba'i* dengan *musytari* yaitu akad pembiayaan *murabahah*.

Hal ini sesuai dengan fatwa Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah* sebagai landasan syariah transaksi *murabahah* dijelaskan pada bagian pertama butir 9 disebutkan bahwa jika *ba'i* hendak mewakilkan kepada *musytari* untuk membeli barang dari pihak ketiga maka akad jual beli *murabahah* harus dilakukan setelah barang secara prinsip menjadi milik *ba'i*. *Ba'i* dan *musytari* harus lebih sistematis dan tidak semata-mata hanya sebatas formalitas saja sehingga tidak menyalahi ketentuan syariah sebagaimana konsep *murabahah* dalam fiqh maupun konsep *murabahah* dalam perbankan syariah yang telah dijelaskan dalam Fatwa DSN Nomor 04/DSN-MUI/ IV/ 2000 tentang *murabahah*.

#### e. Tujuan akad pembiayaan *murabahah*

Tujuan dari adanya akad pembiayaan *murabahah* adalah untuk memenuhi kebutuhan *musytari* dalam hal ini adalah untuk pemenuhan kebutuhan modal kerja atau barang konsumtif. Penilaian besar kecilnya plafon yang diberikan kepada *musytari* pada pembiayaan *murabahah* di Bank Syariah Mandiri Cabang Yogyakarta bergantung kepada besar kecilnya jaminan. Hal tersebut akan menimbulkan diskriminasi terhadap *musytari* yang kurang atau tidak memiliki cukup *dhommam*. Semestinya yang menjadi tolok ukur dari besar kecilnya pembiayaan adalah kebutuhan permodalan seorang *musytari* sebagaimana yang telah dijelaskan dalam konsep *murabahah* pada perbankan syariah. Hal tersebut juga akan memberikan dampak yang lebih adil bagi seluruh *musytari*.

## IV. SIMPULAN DAN SARAN

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan maka dapat disimpulkan bahwa akad pembiayaan *murabahah* pada bank syariah khususnya Bank Syariah Mandiri cabang Yogyakarta belum memenuhi prinsip syariah sebagaimana yang telah ditentukan dalam kaidah hukum Islam. Hal ini dikarenakan ada beberapa syarat *murabahah* yang belum memenuhi ketentuan prinsip syariah karena ditemukannya unsur *gharar*, *riba*, dan *zalim* diantaranya adalah sebagai berikut:

*Pertama*, berkaitan dengan objek atau barang yang diperjualbelikan pada pembiayaan *murabahah* di Bank Syariah Mandiri cabang Yogyakarta terdapat unsur *gharar* dalam pembelian barang sehingga bertentangan dengan prinsip syariah. Hal ini dikarenakan proses transaksi beralih antara *musytari* dengan pemasok sehingga bukan pihak *ba'i* yang secara langsung membeli barang tetapi malah justru *musytarinya* sendiri yang membeli barang dari pemasok. Hal ini bertentangan dengan Hadits Riwayat Muslim, Hadits Riwayat Ahmad dan Muslim, Hadist Riwayat Ibnu Majjah, Hadist Riwayat Bukhary dan Muslim dan Pasal 24 ayat (1) huruf a dan Pasal 24 ayat (2) huruf a dan Pasal 25 huruf a Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan.

*Kedua*, Dengan beralihnya pembelian barang dari *ba'i* kepada *musytari* maka *ba'i* dalam hal ini hanya sebagai pemberi modal/dana bukan sebagai penjual/pemilik barang. *Ba'i* dalam pembiayaan *murabahah* hanya memberikan dana kepada *musytari* guna pembelian objek *murabahah*

sehingga *musytari* berhutang kepada *ba'i*. Dengan demikian, keuntungan yang diperoleh *ba'i* atas hutang tersebut termasuk *riba*. Hal ini bertentangan dengan Al-Baqarah ayat (275), Al-Imron ayat (130) dan An-Nisa ayat (29), dan Ketentuan pertama butir 1 Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah*.

*Ketiga*, Penentuan harga barang dan persentase margin keuntungan berdasarkan tingkat plafon pembiayaan yang dilakukan oleh *ba'i* menjadikan *musytari* tidak bisa bebas melakukan negosiasi terkait dengan harga dan margin keuntungan yang harus dibayarkan oleh *musytari* kepada pihak *ba'i* karena penentuan harga dan margin keuntungan barang hanya ditentukan oleh *ba'i* sehingga menimbulkan unsur *kedzaliman* yang bertentangan dengan prinsip syariah. Hal ini tentunya bertentangan dengan An-nisa ayat (29), Al Maidah ayat (1), Hadits Riwayat Al-Baihaqi dan Ibnu Majjah serta Ketentuan pertama butir 5 Fatwa DSN-MUI Nomor.04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah*.

Saran yang dapat diberikan oleh penulis terkait penelitian ini ialah bank syariah seharusnya tidak hanya menggunakan konsep “syariah” saja melainkan harus benar-benar melaksanakan kegiatan usaha yang bersifat penghimpunan (*funding*), pembiayaan (*lending*) maupun jasa (*service*) yang sesuai dengan ketentuan prinsip syariah agar terwujud suasana bermuamalah yang bebas *riba* sehingga tidak bertentangan dengan prinsip syariah sebagaimana yang telah ditentukan oleh kaidah hukum Islam. Selain itu, Peran Dewan Pengawas Syariah harus benar-benar menjalankan fungsinya sebagai pengawas terhadap kegiatan bank dan proses pengembangan produk bank syariah khususnya *murabahah* agar kegiatan usaha perbankan syariah di Indonesia tetap terjaga kesyariahaannya sesuai kaidah hukum Islam.

## DAFTAR PUSTAKA

- Anshori, Abdul Ghofur, 2009, *Payung Hukum Perbankan Syariah (UU Di Bidang Perbankan, Fatwa DSN-MUI dan Peraturan Bank Indonesia)*, Yogyakarta, UII Press.
- Antonio, Muhammad Syafii, 2001, *Bank Syariah Dari Teori ke Praktik*, Jakarta, Gema Insani.
- Az-Zuhaili, Wahbah, 2011, *Fiqh Islam Wa Adilatuhu*, Jakarta, Gema Insani.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2005, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana.
- Muslich, Ahmad Wardi, 2010, *Fiqh Muamalat*, Jakarta, Amzah.
- Muhammad, 1992, Imam Al Hafizh Abu Isa bin Isa bin Surah At Tirmidzi, *Terjemahan Sunan At Tirmidzi*, Semarang, CV Asyifa.
- Muhammad, 2005, *Manajemen Bank Syariah*, Yogyakarta, UPP AMP YKPN.
- Musthofa, Adib Bisri, 1992, *Terjemahan Shahih Muslim*, Semarang, CV. Asyifa.
- Rusyd, Ibnu, 1990, *Terjemahan Bidayatul Mujtahid Jilid 3*, Semarang, CV. Asyifa.
- Saeed, Abdullah, 1996, *Islamic Banking and Interest; Study of the Prohibition of Riba and Its Contemporary Interpretation*, EJ.Brill Leiden, New York-Koln, diterjemahkan oleh Muhammad Ufuqul Mubin, *et all*, 2008, *Bank Islam dan Bunga; Studi Kritis Larangan Riba Dan Interpretasi Kontemporer*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.

- Setiono, 2010, *Pemahaman terhadap Metodologi Penelitian Hukum*, Surakarta, Program Studi Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Sebelas Maret.
- Soemitra, Andri, 2009, *Bank & Lembaga Keuangan Syariah*, Jakarta, Kencana.
- Terjemahan Nailul Authar Jilid 4,1993, Surabaya, Anggota IKAPI.
- Usman, Rachmadi, 2012, *Aspek Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, Jakarta, Sinar Grafika.
- Ammirudin K, 2011, "Perbankan Syariah Dalam Perspektif Hukum", *Jurnal Al Risalah*, Vol.11.
- Hanif,Muhammad,2011,"Differences and Similarities in Islamic and Conventional Banking", *International Journal of Bussiness and Social Science* edisi No.02 Vol.02.
- Muhammad, Danang Wahyu, 2011, "Kajian Tentang Pembiayaan *Mudharabah* Pada Bank Syariah",artikel pada *Jurnal Media Hukum* edisi No.2 Vol.18.
- Adi Putra dkk, "*Konsep Murabahah*", [http://www.konsep murabahah\\_ekosujadi.blogspot.com](http://www.konsep_murabahah_ekosujadi.blogspot.com) diunduh pada tanggal 31 Juli 2015.
- Al-Qur'an Al-Karim Dan Terjemahannya
- Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 perubahan atas Undang-Undang Nomor 07 Tahun 1992 tentang Perbankan.
- Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.
- Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.
- Fatwa DSN-MUI Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah*.

## **Isnaini Muallidin**

Dosen Ilmu Pemerintahan Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.  
Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul, Yogyakarta 55183  
Email: isnainimuallidin@gmail.com

## **Leli Joko Suryono**

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

# **MODEL KEBIJAKAN PEMERINTAH DAERAH DALAM PENGELOLAAN PROGRAM TANGGUNG JAWAB SOSIAL PERUSAHAAN BERBASIS REGULASI DAERAH**

## **ABSTRAK**

Tujuan penelitian ini adalah untuk mengidentifikasi dan mengevaluasi berbagai bentuk kebijakan pemerintah daerah serta mengevaluasi kondisi eksisting berbagai program TJSP di DIY dan Provinsi Jawa Tengah yang telah dilaksanakan. Untuk menjawab tujuan tersebut, maka metode yang digunakan adalah Pada tahun pertama, penelitian ini dilakukan dengan metode penelitian yuridis normatif dengan pendekatan perundang undangan (statute approach) (Marzuki, 2005: 137-139); dan penelitian yuridis empiris (sosiologis). yaitu mengkaji dan mengevaluasi berbagai bentuk kebijakan daerah serta program pelaksanaan TJSP di Daerah Istimewa Yogyakarta dan Provinsi Jawa Tengah. Berdasarkan hasil dan pembahasan dapat disimpulkan bahwa: Pertama, Kebijakan TJSP oleh pemerintah daerah terutama di DIY dan Jatenag secara umum masih sangat lemah, dimana untuk DIY dalam bentuk Peraturan Gubernur sedangkan Jawa Tengah menggunakan Surat Keputusan Gubernur. Kedua, untuk Program TJSP yang dilakukan oleh perusahaan selama ini belum mengetahui kalau pemerintah telah mengeluarkan kebijakan TJSP. Sehingga perusahaan dalam melakukan TJSP selama ini hanya sebatas inisiatif sendiri dan walaupun secara tidak langsung sudah bekerjasama dengan pemerintah dalam melaksanakan TJSP. Perusahaan secara umum akan mendukung kebijakan Daerah mengenai TJSP dalam bentuk Perda. Namun ketentuannya harus mempertimbangkan kepentingan situasi dan kondisi yang dihadapi perusahaan.

Keyword: TJSP, Kebijakan Pemerintah Daerah, Regulasi Daerah, DIY, Jawa Tengah

## I. PENDAHULUAN

Di Indonesia, Tanggung Jawab Sosial Perusahaan atau *Corporate Social Responsibility* (selanjutnya ditulis TJSP/CSR), diatur secara tegas di Indonesia, dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM), dan Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (UUPT). Secara implisit juga telah diatur dalam Undang undang No 19 Tahun 2003 Tentang Badan Usaha Milik Negara (UUBUMN) melalui Program Kemitraan dan Bina Lingkungan (PKBL). (Mukti Fajar, 2009; 1)

Setelah diundangkan berbagai peraturan tersebut, banyak perusahaan, baik perusahaan swasta nasional, perusahaan asing maupun BUMN telah melaksanakan berbagai program TJSP/CSR tersebut. (Mukti Fajar ND, 2009: 281-351)

Namun demikian, muncul berbagai persoalan dalam berbagai pelaksanaan program TJSP/CSR tersebut.

*Pertama*, adanya perbedaan definisi TJSP dalam UUPT dan UUPM (lihat Tinjauan Pustaka). Hal tersebut secara normatif memunculkan masalah, karena ada *nomenklatur* pengkategorian yang berbeda antara peristiwa hukum yang diatur. Walaupun secara substantif dapat dipersamakan. Persoalan ini juga tidak terjawab melalui Peraturan Pemerintah No 47 Tahun 2012 yang merupakan petunjuk teknis dari UUPT untuk pelaksanaan TJSP. Bahkan mempertegas adanya perbedaan seperti yang disebutkan dalam Pasal 8 ayat (1) : *Tanggung jawab sosial dan lingkungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 tidak menghalangi Perseroan berperan serta melaksanakan tanggung jawab sosial dan lingkungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2*. Artinya secara eksplicit menunjukkan adanya dualisme regulasi TJSP.

*Kedua*, Pelaksanaan program TJSP ini secara praktis dilakukan di berbagai daerah dimana Perusahaan beroperasi. Akhirnya memunculkan inisiatif Pemerintah daerah untuk mengaturnya. (Mukti Fajar, 2012) Dengan kewenangan otonomi daerah yang dimiliki, beberapa pemerintah daerah membuat kebijakan pengelolaan di daerahnya masing masing. Namun karena tidak ada petunjuk pelaksanaan dari undang undang maupun peraturan pemerintah secara jelas, maka masing-masing pemerintah daerah membuat rumusan dan bentuk kebijakannya tanpa didasarkan standarisasi apapun. Misalnya, provinsi Jawa timur, provinsi Riau dan Kota Batam mengatur pengelolaan TJSP melalui Peraturan Daerah. Sedangkan Provinsi Jawa Barat menggunakan Peraturan Gubernur. Ada juga daerah yang tidak mengatur sama sekali pelaksanaan TJSP seperti Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta dan Jawa Tengah, namun banyak perusahaan telah melaksanakan program TJSP/CSR disana.

Pengaturan pengelolaan program TJSP tersebut menimbulkan berbagai persoalan praktis dilapangan. Misalnya, dari sisi format yang tidak sama, bentuk perundangan, serta isi ketentuan yang berbeda. Seperti tidak adanya kelembagaan daerah yang jelas yang menjadi pengawas pelaksanaan program tersebut, munculnya bermacam tafsir terhadap penggunaan dana TJSP, ketidakjelasan hak dan kewajiban perusahaan pemerintah maupun masyarakat penerima program, dan sistem evaluasi pelaksanaan TJSP yang rancu. Bahkan di beberapa daerah telah muncul kasus

hukum dari pelaksanaan TJSP. Di Provinsi Jawa Tengah dan Pemerintah Kota Palembang pelaksanaan TJSP telah membawa para pihak terkait ke meja persidangan. Kasus tersebut masih menjadi perdebatan hukum karena diarahkan pada delik korupsi (Mukti Fajar, dalam *Kedaulatan Rakyat*, 16 Maret 2013).

Ketidakharmonisan muncul juga karena tidak adanya standar acuan yang diberikan oleh pemerintah pusat bagi pemerintah daerah dalam mengatur pengelolaan program TJSP/CSR. Standar acuan tersebut tentunya harus dirumuskan dalam bentuk model kebijakan yang mengakomodasi kepentingan pemerintah daerah, perusahaan dan masyarakat, tanpa menyampingkan kaidah-kaidah hukum perundang undangan yang berlaku. Sehingga harmonisasi ini dapat mengurangi hambatan dan menjaga efektifitas bekerjanya peraturan perundang-undangan bagi pemerintah daerah.

Oleh karena itu, Model kebijakan pemerintah daerah berbasis regulasi daerah mengenai pengelolaan program TJSP perlu dilakukan untuk mengantisipasi munculnya persoalan-persoalan lebih lanjut. Penelitian ini akan dilakukan studi terhadap kebijakan pengelolaan program TJSP di Daerah Istimewa Yogyakarta (DIY) dan Jawa Tengah (Jateng) karena masing masing daerah tersebut memiliki kebijakan yang berbeda beda.

Dari uraian berbagai permasalahan dalam latar belakang diatas, penelitian ini mengajukan beberapa rumusan masalah, yaitu: Bagaimanakah kondisi eksisting kebijakan pemerintah daerah dalam pengelolaan program tanggungjawab sosial perusahaan di DIY dan Provinsi Jateng? Bagaimanakah penerapan proses produk kebijakan pemerintah daerah berbasis regulasi daerah dalam pengelolaan program tanggungjawab sosial perusahaan di DIY dan Provinsi Jawa Tengah?.

## II. METODE PENELITIAN

Penelitian ini dilakukan dengan metode penelitian yuridis normatif dengan pendekatan perundang undangan (*statute approach*) (Marzuki, 2005: 137-139); dan penelitian yuridis empiris (sosiologis). yaitu mengkaji dan mengevaluasiberbagai bentuk kebijakan daerah serta program pelaksanaan TJSP di Daerah Istimewa Yogyakarta dan Provinsi Jawa Tengah.

Data yang digunakan adalah data primer dan data sekunder. Data primer diambil melalui wawancara maupun pengamatan langsung (Soerjono Sukanto, 1995: 16). Wawancara dilakukan kepada responden,yaitu; (1) Pemerintah Daerah, baik eksekutif maupun yudikatif yang terkait dengan pengelolaan TJSP; (2) wakil masyarakat/LSM penerima progra TJSP, dan;(3) Pengurus Perusahaan atau asosiasi bisnis.

Data sekunder menggunakan dokumen berupa peraturan perundang-undangan, buku-buku, hasil penelitian, data statistik, gambar dan berbagai hasil dari perilaku manusia yang berupa peninggalan fisik maupun arsip.

Data yang diperoleh tersebut disusun sistematis dan dianalisis secara deskriptif evaluatif (Harkistuti, 2004: 96) dengan pendekatan kualitatif (Anslem Starus, 2003: 45), yaitu: dengan memberikan pemaparan dan menjelaskan secara holistik dan mendalam (*verstehen*)dengan maksud

mengevaluasi dan mengidentifikasi berbagai kebijakan daerah dan program yang dijalankan dalam program pelaksanaan TJSP/CSR di DIY dan Provinsi Jawa Tengah.

### III. HASIL DAN PEMBAHASAN

Pembahasan penelitian mengenaiidentifikasi dan evaluasi berbagai bentuk kebijakan pemerintah daerah serta mengevaluasi kondisi eksisting berbagai program TJSP di DIY dan Provinsi Jawa Tengah yang telah dilaksanakan, dilakukan dalam tiga hal yaitu : Kebijakan daerah tentang TJSP, Forum TJSP daerah dan Pelaksanaan program TJSP di daerah DIY dan Provinsi Jawa Tengah.

#### A. Kebijakan TJSP Di Daerah DIY dan Provinsi Jawa Tengah

Peran serta pemerintah dalam kebijakan TJSP/CSR menjadi sangat penting untuk menjamin keterlibatan sektor swasta dalam proses pembangunan yang berkesinambungan. Menurut Steurer (2010) bahwa ada lima alasan mengapa pemerintah harus berperan dalam kebijakan TJSP/CSR.

*Pertama*, pemerintah tertarik TJSP karena dapat membantu memenuhi tujuan kebijakan atas dasar sukarela dari perusahaan tersebut. Motivasi ini tidak hanya pada tujuan kebijakannya yang terkait dengan pembangunan berkelanjutan dan perlindungan lingkungan. Liston-Heyes dan Ceton (2007) menyatakan bahwa TJSP berkaitan dengan mendistribusikan sumber daya perusahaan untuk tujuan umum (non bisnis). *Kedua*, Dengan adanya kebijakan TJSP ini, biaya politik yang relatif mulai berkurang oleh kelompok kepentingan khusus. Untuk meletakkannya secara positif, penurunan intervensi negara 'mungkin membuka kemungkinan lebih' 'bertanggung jawab' 'bentuk interaksi antara kelompok pemangku kepentingan', termasuk bentuk-bentuk baru dari intervensi pemerintah seperti Kebijakan TJSP. *Ketiga*, pemerintah berusaha untuk memainkan peran yang lebih aktif dalam mendefinisikan konsep dan mendorong praktik perusahaan dengan inisiatif tidak mengikat. *Keempat*, pendekatan kebijakan TJSP memperkuat pemerintahan untuk melakukan regulasi hirarkis dan co-regulasi. *Kelima* TJSP berkaitan dengan mengelola hubungan bisnis dengan berbagai pemangku kepentingan, konsep jelas membentuk ulang tidak hanya rutinitas manajemen tetapi juga peran, dan hubungan antara, bisnis, pemerintah dan masyarakat sipil. Dalam hal ini, TJSP/CSR mengarah ke 'pergeseran keterlibatan masyarakat dan swasta sektor.

Berdasarkan hasil penelitian, secara normatif kebijakan TJSP oleh pemerintah daerah mengacu pada berbagai peraturan perundang undangan dari pemerintah pusat , diantaranya yaitu:

1. Undang Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal,
2. Undang Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas,
3. Undang Undang No. 11 Tahun 2009 tentang Kesejahteraan Sosial,
4. Undang Undang No. 13 Tahun 2011 tentang Penanganan Fakir Miskin,
5. Peraturan Pemerintah No. 39 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Kesejahteraan Sosial,
6. Peraturan Pemerintah No. 47 Tahun 2012 tentang Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan,
7. Permen BUMN No. 4 tahun 2007 tentang Tatacara Pelaksanaan Tanggung Jawab Sosial Dunia Usaha,
8. Permensos RI No. 50/HUK/2005 tentang Pedoman Pelaksanaan Kerjasama Lintas Sektor

dan Dunia Usaha.

9. Permensos No. 13 Tahun 2012 tentang Forum Tanggung Jawab Sosial Dunia Usaha dalam Penyelenggaraan Kesejahteraan Sosial.

Dasar hukum inilah yang dijadikan rujukan dalam melaksanakan TJSP oleh pemerintah daerah dalam merumuskan kebijakan TJSP di daerah. Namun demikian bentuk kebijakan Pemerintah daerah dalam merespon TJSP berbeda-beda. Untuk DIY misalnya, pemerintah memperkuat kebijakan TJSP dengan mengeluarkan Peraturan Gubernur (Pergub) yang terkait dengan pembentukan forum TJSP dengan *leading sector*nya adalah Dinas Sosial DIY. Pengaturan TJSP dalam kebijakan daerah masih bersifat sektoral yang di koordinasikan oleh Dinas Sosial yang terkait dengan masalah-masalah kesejahteraan sosial saja, Misalnya Nikah Masal, Bantuan Ambulan, dll.

Kebijakan dalam bentuk Pergub ini masih banyak kekurangannya dikarenakan belum diaturnya masalah TJSP secara komprehensif. Karena hanya pada sector kegiatan dari dinas social saja,tidak mencakup kegiatan lainnya. Akibatnya sektor lainya tidak bisa terlibat dalam program TJSP. Begitupula dengan perusahaan juga hanya diarahkan untuk kegiatan sesuai dengan program dinas social, padahal implementasi TJSP bisa sangat luas. Oleh karena itu pemerintah DIY di bawah Bappeda bidang Perekonomian melakukan kajian terkait TJSP yang pada hasil kajian sementara diperlukan TJSP perlu di atur dalam bentuk Perda atau Pergub.Tapi berdasarkan rekomendasi dan masukan dari Biro Hukum Pemprov DIY sebaiknya di Perda-kan. Selain dari Pemda DIY, DPRD DIY juga sudah ada inisiatif untuk membuat Perda TJSP ini.

Dengan adanya Perda ini nantinya TJSP akan disinergikan dengan program-program pemerintah sehingga tidak tumpang tindih dari program TJSP yang dilakukan oleh perusahaan-perusahaan di DIY. Selain juga nantinya TJSP ini tidak hanya dibidang sosial saja, tapi lebih multi sector terutama terkait masalah pendidikan, pemberdayaan masyakar dan UMKM, lingkungan serta kebencanaan. (*Wawancara dengan Istiqomah, Bidang Bina Kapasitas, Bagian Perekonomian Pemda DIY, 03 Juni 2015 Jam. 11.05*)

Sedangkan masalah kontrol pemerintah terhadap pelaksanaan TJSP di DIY memang belum maksimal dikarenakan Peraturan Gubernur ini hanya mengkoordinasikan forum TJSP yang dilakukan oleh Dinas Sosial DIY. Dalam Perda tersebut Forum TJSP daerah hanya berfungsi sebagai lembaga koodinatif. Sehingga tidak ada kekuatan bagi pemerintah daerah untuk mewajibkan bagi perusahaan untuk melakukan dan mengecek perusahaan yang telah melakukan program TJSP.

Kerjasama pemerintah daerah dengan forum TJSP DIY selama ini bersifat koordinatif dan fasilitasi saja. Dimana, pemerintah daerah memberikan data-data terkait peta daerah atau program sasaran yang akan memudah forum TJSP untuk melakukan program TJSP. Sebab sesuai ketentuan bahwa pemerintah tidak boleh menerima duit dari perusahaan, sehingga peran pemerintah daerah hanya sekedar koordinatif dan fasilitasi saja. Sedangkan untuk fasilitasi pemerintah daerah hanya

menyediakan tempat pertemuan saja. Rencana pengaturan dalam Perda tentang TJSP DIY ini memang nantinya mencakup multi sektoral yang tidak hanya terkait dengan masalah kesejahteraan social saja, melainkan pada bidang-bidang lain yang terkait dengan Pendidikan, Lingkungan, Kebencanaan, Ekonomi, dll. Nantinya dengan adanya Perda ini nantinya dibentuk Pokja-Pokja per SKPD yang terkait dengan program TJSP/CSR di DIY.

Untuk kedepannya Pemerintah DIY akan mendorong pengaturan dalam bentuk Perda TJSP yang nantinya bisa lebih memberikan program TJSP yang ada di DIY bisa lebih terkoordinasi dan adanya kepastian hukum dari perusahaan untuk melakukan TJSP di DIY.

Berbeda dengan Provinsi Jawa Tengah dalam melaksanakan kebijakan TJSP hanya menggunakan Surat Keputusan Gubernur Jateng No. 460/110 Th. 2012 Tentang Forum TJSP/CSR Din Kesos. Dimana, SK Gubernur ini memberikan kewenangan Dinas Sosial Provinsi Jawa Tengah untuk mengkoordinasikan terbentuknya Forum Kesos. Forum TJSP/CSR Din Kesos ini dibawah bidang pemberdayaan sosial yang sesuai tupoksi membawahi potensi sumber dan CRS ini merupakan potensi sumber Kesos yang nanti dapat membantu pemerintah dalam menangani masalah Penyandang Masalah Kesejahteraan Sosial (PMKS) ada 5 juta jiwa di Jawa Tengah. Sehingga masih perlu mendapat perhatian dari pemerintah, masyarakat dan dunia usaha.

Sosialisasi forum TJSP Kesos ke seluruh Jawa Tengah dengan meminta masukan dari Bupati dan Walikota se Jawa Tengah. Dari hasil sosialisasi tersebut mendapat banyak masukan karena dalam melaksanakan mengkoordinasikan TJSP ini pemerintah daerah belum punya pengangan yang kuat yang bisa dijadikan dasar hukum sehingga belum optimal. Sebab dalam realitasnya di Jawa Tengah masih susah untuk mengajak peran serta dunia usaha dalam mensinergikan dengan program pemerintah, sebab TJSP perusahaan masih berorientasi pada lingkungan nya sendiri dan branding saja. Sehingga untuk TJSP, masalah-masalah sosial belum banyak perusahaan yang perhatian ke sana dikarenakan tidak adanya aturan dari yang bisa dijadikan pegangan bagi pemerintah untuk mengarahkan dunia usaha melakukan TJSP. (*Wawancara dengan Bu Heny, Kepala Bidang Pemberdayaan Sosial Dinsos Jawa Tengah, 11 Juni 2015 Jam 10.00*)

Kendala dalam kebijakan TJSP bidang Kesos ini masih banyak ketidaktahuan pemerintah daerah kabupaten/Kota dalam memahami CRS Kesos dan juga perusahaan belum ada kegiahan untuk mengarahkan CRSnya dalam bidang Kesos. Daya dukungnya dari pelaksanaan TJSP/CSR Kesos ini karena adanya komitmen pemerintah dalam membentuk forum TJSP Kesos yang sangat perhatian terhadap masalah yang terkait bidang Kesos.

Terdapat 4 [empat] permasalahan yang terjadi apabila Program TJSP dilakukan sendiri-sendiri oleh masing-masing pihak, yaitu: (1). Kurang tepat sasaran; (2). Terjadi penumpukan sasaran; (3). Pelaksanaan program kurang komprehensif; (4). Tidak menemukan kelompok sasaran ideal. Perusahaan hanya mengambil sikap gampang dan praktis saja yaitu , melaksanakan TJSP di masyarakat sekitar perusahaan beroperasi. Dengan program yang diinginkan masyarakat setempat yang kadang juga tidak berdampak jangka panjang . Lebih pada bantuan bantuan fisik semata dan tidak bersifat pemberdayaan masyarakat (*community development*).

Berdasarkan permasalahan diatas, maka Pemerintah Provinsi Daerah Jateng mengusulkan untuk memperkuat TJSP ini dalam bentuk Perda. Saat ini Raperda TJSP sudah dibicarakan di tingkat Pansus. Intinya dengan adanya TJSLP ini nantinya pemerintah daerah punya acuan dalam memberikan arahan bagi perusahaan dalam melakukan TJSP secara koordinatif dan kompresensif. Sehingga dapat tercapainya tujuan pembangunan daerah yang disenergikan dengan program TJSP dari perusahaan swasta.

Dengan adanya Raperda Prov. Jateng Tentang Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan Perusahaan (TJSLP) dimaksudkan untuk mewujudkan kepastian hukum bagi Perusahaan dalam pelaksanaan TJSLP dan meningkatkan kualitas kehidupan dan kelestarian lingkungan yang bermanfaat bagi Perusahaan, masyarakat, Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota dan pihak pihak terkait dengan operasional perusahaan diseluruh wilayah Jawa Tengah. Sehingga terjalin hubungan Perusahaan dengan Pemerintah Daerah dan Pemerintah Kabupaten/Kota serta masyarakat dalam menunjang program pembangunan di Jateng.

Raperda TJSP Provinsi Jateng dirasa lebih komprehensif serta lebih aplikatif. Sehingga bisa menjadi pedoman pelaksanaan TJSP dalam bidang yang lebih luas dengan keterlibatan pihak-pihak yang diharapkan bisa saling mendorong untuk kesuksesan Program tersebut. Pelaksanaan Program TJSLP didalam Raperda TJSP Provinsi Jateng dapat berbentuk:

1. Pemberdayaan Masyarakat;
2. Kemitraan dan bina lingkungan;
3. Sumbangan atau donasi; dan/atau Promosi.
4. Sedangkan bidang TJSLP mencakup pada bidang yang sangat luas dan komprehensif yang meliputi bidang:
5. Pendidikan, Kesehatan, Olah raga dan seni, Kesejahteraan Sosial, keagamaan,
6. Pelestarian lingkungan hidup,
7. Pertanian,
8. Energy Baru Terbarukan,
9. Kedaruratan,
10. Pendampingan umum,

Bidang kerja lainnya yang secara nyata memberikan dampak peningkatan kualitas masyarakat dengan melibatkan Forum TJSLP yang beranggotakan Perusahaan, Asosiasi Perusahaan, SKPD Provinsi Jateng dan masyarakat. Mekanisme keterlibatan perusahaan dalam Forum TJSLP dengan jalan menyusun rencana dan menentukan program TJSLP bersama Forum TJSLP, setelah itu penandatanganan naskah kerjasama Program TJSLP apabila melibatkan Pihak Ketiga. Pelaksanaan Program TJSLP dan yang terakhir adalah monitoring evaluasi. Program TJSLP bersama Forum TJSLP, Pelaporan Hasil Pelaksanaan TJSLP kepada Forum TJSLP.

Sedangkan penghargaan dan sanksi yang akan diatur dalam Raperda TJSLP adalah dimana akan gubernur memberi penghargaan kepada Perusahaan sesuai dengan peraturan perundang-

undangan yang sekurang-kurangnya memenuhi 1 (satu) dari beberapa kriteria berikut ini :

1. Memberikan kontribusi bagi penyelenggaraan kesejahteraan sosial dan pembangunan Daerah;
2. Memberikan kontribusi bagi peningkatan pendapatan masyarakat;
3. Memberikan kontribusi bagi peningkatan pelayanan publik;
4. Menjaga dan mempertahankan lingkungan;
5. Membangun infrastruktur untuk kepentingan publik;
6. Melaksanakan kegiatan penelitian, pengembangan, dan inovasi; dan
7. Melakukan kemitraan atau kerjasama dengan usaha mikro, kecil, atau koperasi.

Sedangkan sanksi bagi Perusahaan yang melanggar kewajiban dikenakan sanksi administrasi berupa: peringatan tertulis; dan/atau dan diumumkan di media massa cetak dan elektronik daerah tentang daftar perusahaan yang belum melaksanakan TJSLP di Provinsi Jateng.

#### B. Evaluasi Kondisi Eksisting Program TJSP oleh Perusahaan

Perusahaan dalam melaksanakan TJSP masih sangat terbatas ruang lingkupnya dan dalam konteks pemahaman yang lebih komprehensif terkait dengan kebijakan pemerintah dalam TJSP/CSR. Hal ini terjadi karena pemahaman tentang TJSP masih kurang. Sebab hampir semua mengatakan bahwa pemerintah daerah kurang proaktif dalam mensosialisasikan berbagai kebijakan yang terkait dengan TJSP. Hal ini diperkuat dengan adanya pernyataan dari Mbak Luci, General Manager Natasha yang menyatakan bahwa:

“Selama ini belum pernah pemerintah daerah mengundang kami terkait dengan adanya sosialisasi kebijakan TJSP DIY. Bahkan sejak kami berdiri hingga sekarang belum ada aturan main tentang detail pelaksanaan TJSP dari pemerintah yang bisa dijadikan acuan dalam melaksanakan program TJSP di DIY. Kita selama ini juga tidak punya acuan dalam melaksanakan TJSP sehingga program-program TJSP di perusahaan kami masih bersifat tentatif dan rutin saja dengan motif tanggungjawab sosial dari perusahaan saja dan tidak lebih dari itu. Memang selama ini, kami tidak pernah berfikir untuk branding karena program TJSP kita tidak pernah terpublish oleh media, kecuali media internal perusahaan saja, misalnya di media sosialnya kita saja”. (Wawancara 23 Mei 2015, Jam 10.00)

Sasaran yang dijadikan TJSP oleh Perusahaan Natasha selama ini adalah prioritas dengan lingkungan, karyawan, bakti sosial hari-hari besar agama, Buka puasa dengan tukang becak dalam bulan Ramadhan, dan bantuan bencana alam. Dalam melakukan TJSP, perusahaan Natasha telah membangun kerjasama dengan pemerintah daerah kota Yogyakarta terkait membantu pasukan kuning (Tukang Kebersihan Kota) dan kerjasama dengan rumah sakit kota Yogyakarta dalam melakukan pemeriksaan gagal ginjal dan Pap Smear. Namun kegiatan pengobatan gagal ginjal ini tidak berlanjut karena ternyata masyarakat telah tercover BPJS.

Secara umum, selama ini tidak ada hambatan yang substansial dalam melaksanakan TJSP, bahkan perusahaan Natasha mendapat dukungan dari pemerintah dalam bentuk kerjasama dalam melaksanakan program TJSP dengan Yayasan Kanker, Dinas Kebersihan Kota Yogyakarta. Hal ini

membuat perusahaan, merasa senang dalam melaksanakan program TJSP terbantu.

Untuk ke depan TJSP, justru mereka ingin pemerintah mengumpulkan perusahaan untuk mensinkronkan dengan program pemerintah seperti apa, visi misi pemerintah ini mau apa dan mari kita lakukan bersama dalam sebuah forum. Sehingga nanti bisadi lihat mana yang sudah dilakukan oleh perusahaan lain yang telah dan nantinya akan melakukan program TJSP.

Terkait dengan adanya pengaturan TJSP dalam kebijakan daerah, Pelaku usaha sangat setuju karena akan lebih jelas pedomannya dan tidak mengadakan sendiri-sendiri, sehingga bisa terkoordinasi dengan baik dan nyata. Terkait dengan sanksi kalau misalnya akan ditentukan kewajiban bagi perusahaan, sebaiknya disesuaikan saja dengan kondisi perusahaan. Justru yang perlu adalah memberikan penghargaan bagi perusahaan yang sudah melaksanakan TJSP. Bagi yang belum perlu diperingatkan saja dan terus diajak melaksanakannya.

Begitu juga dengan PT Margaria Group Dalam melakukan TJSP. Perusahaan sama sekali tidak tahu ada aturan yang mengatur tentang kewajiban untuk melakukan TJSP. Tapi mereka sudah sering melakukan TJSP yang terkait dengan lingkungan dengan bekerjasama dengan Yayasan Kanker Indonesia. Program TJSP mereka belum tersusun secara terencana mengingat aktivitas TJSP yang telah dilaksanakan ini lebih pada akvitas social yang menjadi tanggungjawab sosial perusahaan. Margaria Group yang menaungi beberapa unit yang bergerak di bidang fashion muslim, batik, dan jasa terus berusaha memberikan yang terbaik, baik dari segi kualitas maupun pelayanan dalam setiap inovasi yang merupakan komitmen yang akan selalu dipertahankan. Selain selalu berusaha memberikan yang terbaik untuk pelanggan setia dari setiap unit melalui kreasi dan dedikasinya, Margaria Group secara kontinyu terus mengembangkan program-program *corporate social responsibility* sehingga dapat juga memberikan manfaat kepada orang yang membutuhkan (Wawancara dengan Arif, dan Nina Elsdwastand, Direktur dan General manager Margaria Group, 28 Mei 2015, Jam 13.00). Mereka sependapat kalau pemerintah mengatur masalah TJSP dalam bentuk Perda atau Pergub. Karena bagi mereka adalah adanya pengaturan tersebut bisa memberikan arahan dan acuan dalam melakukan TJSP.

Sedangkan untuk perusahaan yang berada di Jawa Tengah menganggap bahwa tujuan perusahaan dalam melakukan TJSP lebih karena keamanan dan promosi. Hal ini sangat berpengaruh pada operasional perusahaan, daripada sekedar mengikuti aturan hukum saja. Dari sisi bisnis, selalu ada prinsip tidak ada makan siang gratis (there is no free lunch). Begitu pula dalam pelaksanaan TJSP. Perusahaan dalam melakukan TJSP itu berkaitan dengan kepentingan keberlanjutannya sendiri. Oleh karena itu TJSP sudah mejadi bagian dari strategi dari perusahaan saat ini.

Perusahaan dapat diklasifikasikan pada tiga ketegori yaitu: Besar, sedang dan kecil. Untuk Perusahaan besardi bagi menjadi BUMN dan swasta. BUMN tidak masalah karena sudah kewajiban dan sudah diatur dengan jelas melalui PerMen BUMN No : Per -09/MBU/07/2015 yang diatur secara khusus dan menyeluruh mengenai Program Kemitraan Bina Lingkungan. Walaupun PKBL tidak sama dengan TJSP, perusahaan negara setidaknya punya acuan normative. Sementara

perusahaan swasta tidak ada pedoman khusus. Dalam UU Perseroa Terbatas dan UU Penanaman Modal serta PP no 42 Tahun 2012 tidak menyebutkan secara khusus metode pelaksanaannya. Sehingga banyak perusahaan Swasta yang melaksanakan TJSP ini berdasarkan persepsi, situasi dan kondisi yang dihadapi mereka masing-masing. Oleh karena itu pelaksanaan TJSP perusahaan swasta sangatlah beragam bentuknya. Misalkan saja perusahaan tersebut mempunyai pasar domestik, maka yang dilakukannya semata untuk promosi produknya seperti yang dilakukan PT Sido Muncul. Banyak kegiatan social yang digelar bersama masyarakat dimanfaatkan sekaligus sebagai ajang promise dan pemasaran. Mereka sangat berkepentingan dengan brand yang dimiliki.

Sementara untuk perusahaan yang berorientasi Ekspor (internasional) tidak berpengaruh terhadap dengan brand yang bersifat domestic, mereka lebih memanfaatkan pelaksanaan TJSP sebagai keberlanjutan operasional mereka di Indonesia. Oleh karena itu target sasaran TJSP mereka adalah masyarakat sekitar, atau disebut dengan istilah lokasi Ring 1,2 dan 3. Ring 1 mencakup dimana perusahaan itu berada, ring dua cakupannya kabupaten dan ring tiga provinsi atau lebih luas lagi. Hal ini menjadi prioritas, supaya masyarakat disekitar perusahaan senang dan tidak mengganggu jalannya operasional bisnis. (*Wawancara dengan Pak Rio, Wakil Perusahaan PT. Karindo, Tanggal 11 Juni 2011 jam 12.00*)

Harapan para pelaku bisnis terhadap pengaturan TJSP di daerah adalah cukup didukung, setidaknya akan memberikan kepastian hukum dan pedoman teknis. Namun demikian, mereka tidak mau diatur dengan adanya ketentuan besarnya (prosentase) jumlah dana yang harus disalurkan. Karena perusahaan dalam melakukan TJSP/CSR itu sudah terukur dan disesuaikan dengan lingkungannya terlebih dahulu.

Kebijakan daerah mengenai TJSP menurut mereka tidak akan membebani perusahaan, karena saat ini perusahaan sudah melakukan TJSP yang rutin dan sudah menjadi bagian dari strategi perusahaan. Harapan mereka lainnya adalah mengenai reward bagi perusahaan yang melaksanakan TJSP. Mereka sependapat bahwa TJSP award yang selama ini sudah dilakukan harus terus dilanjutkan sebagai bentuk komitmen dari akuntabilitas social perusahaan yang dapat dirasakan langsung oleh masyarakat.

Bagi perusahaan yang berorientasi domestic, mengharapkan adanya fasilitasi dan promosi dari pemerintah dalam bentuk penghargaan, hal ini sangat berarti bagi aspek pemasaran produk mereka. Sedangkan untuk perusahaan yang berorientasi internasional tidak terlalu menjadi prioritas untuk branding di dalam negeri. Bagi mereka yang penting adalah dapat diberi kemudahan fasilitas yang terkait dengan prosedur ekspor dan juga insentif bea cukai dan pelabuhan.

Saran dari pelaku usaha, dalam menerapkan sanksi bagi perusahaan yang tidak melakukan TJSP sebaiknya lebih bersifat sanksi administratif saja, seperti perpanjangan izin usaha. Kalau diumumkan lewat media mengenai perusahaan yang belum melaksanakan TJSP mereka merasa keberatan, sebab nanti adanya dampak dari masyarakat yang mengusulkan proposal ke perusahaan tersebut akan menjadi bertambah banyak dan susah dikendalikan. Karena faktanya, program TJSP/CSR tersebut sering dimanfaatkan oleh masyarakat untuk meminta sumbangan secara berlebihan.

Hal ini justru tidak akan mendidik masyarakat menjadi mandiri tapi justru menciptakan masyarakat yang ketergantungan.

### III. SIMPULAN

Berdasarkan hasil dan pembahasan dapat disimpulkan bahwa:

1. Kebijakan TJSP oleh pemerintah daerah terutama di DIY dan Jateng secara umum masih sangat lemah, dimana untuk DIY dalam bentuk Peraturan Gubernur sedangkan Jawa Tengah menggunakan Surat Keputusan Gubernur. Menyadari adanya kelemahan dalam kebijakan TJSP, maka kedua daerah tersebut mengusulkan untuk membuat aturan hukum yang lebih kuat dengan Peraturan Daerah (Perda). Untuk Jawa Tengah, usulan draft Perda sudah sampai di Pansus DPRD. Sedangkan untuk DIY masih dalam kajian di instansi terkait.
2. Untuk Program TJSP yang dilakukan oleh perusahaan selama ini belum mengetahui kalau pemerintah telah mengeluarkan kebijakan TJSP. Sehingga perusahaan dalam melakukan TJSP selama ini hanya sebatas inisiatif sendiri dan walaupun secara tidak langsung sudah bekerjasama dengan pemerintah dalam melaksanakan TJSP. Perusahaan secara umum akan mendukung kebijakan Daerah mengenai TJSP dalam bentuk Perda. Namun ketentuannya harus mempertimbangkan kepentingan situasi dan kondisi yang dihadapi perusahaan.

### DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad Erani Yustika, 2003, *Negara vs Kaum Miskin*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Ansem Strauss dan Juliet Corbin, 2003, *Dasar Dasar Penelitian Kualitatif*, terjemahan Muhammad Shodiq, Yogyakarta, Pustaka Pelajar
- Berita Resmi Statistik, No 47 /IX/1 September 2006. Botoche, Kitchener.
- Carl Joachim Friedrich, 2005, *Filasafat Hukum: Perspektif Historis*, Bandung, Nuansa.
- Dan Wienecke, 2005, *Community-Driven Development in Central Asia. A World Bank Initiative*, A worldwide journal of politics, Illinois State University.
- David Hess, "Social Reporting: A Reflexive Law Approach To Corporate Social Responsiveness", *Journal of Corporation Law*, 25 (Fall 1999)
- Direktorat Hukum Dan Hak Asasi Manusia Kementerian Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional. 2005. "Kajian Harmonisasi Peraturan Perundang-Undang dalam Mendukung Pembangunan Nasional". Jakarta; Bappenas RI.
- Hans Kelsen, 2006, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Terjemahan oleh Raisul Muttaqien, Bandung, Nuansa dan Nusa Media. \
- Harkristuti Harkrisnowo, 2004, *Handout Kuliah Metode Penelitian Hukum*, Program Doktor Pasca Sarjana Universitas Indonesia.
- Jeremy Bentham, 2000, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*,
- Lexy J Moleong, 1996, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Bandung Rosdakarya.

- Maria Farida Indrati Suprpto, 1998, *Ilmu Perundang undangan: Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Yogyakarta, Penerbit Kanisius.
- Mark A. Brennan, 2004, *IFAS Community Development: Toward a Consistent Definition of Community Development*, Department of Family, Youth and Community Sciences, Cooperative Extension Service, Institute of Food and Agricultural Sciences, University of Florida, <http://edis.ifas.ufl.edu>.
- Mas Achmad Daniri, "Standarisasi Tanggung Jawab Sosial Perusahaan", Januari 17, 2008, diunduh dari <http://www.madani-ri.com/2008/01/17/standarisasi-tanggung-jawab-sosial-perusahaan-bag-iii/>
- MDA Freeman dan Lord Lloyd, 2001, *Intruduction to Jurisprudence*, Seventh edition, London, Sweet & Maxwell LTD.
- Muhtar Kusumaatmadja, 2002, *Konsep Konsep Hukum Dalam Pembangunan, Kumpulan Karya tulis*, Bandung, Penerbit Alumni.
- Mulyadi S, 2005, *Ekonomi Kelautan*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.
- Peter Mahmud Marzuki,, 2005, *Penelitian Hukum* , Jakarta, Kencana.
- Philip Kotler dan Nancy Lee, *Corporate Social Responsibility : Doing the Most Good for Your Company and Your Causes* (New Jersey: John Wiley and Sons. Inc., 2005
- Ronny Hanitijo,1988, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Jakarta, Ghalia Indonesia.
- Roscoe Pound, 1965, *Tugas Hukum*, Terjemahan oleh Muhammad Radjab, Djakarta, Bharata.
- Sahetapy, J.E., Kata Pengantar dalam Jan Michiel Otto, 2003, *Kepastian Hukum di Negara Berkembang*, Komisi Hukum Nasional dan The Asia Fondation.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 1995, *Penelitian Hukum Normatif , Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta, Raja Grafindo.
- Soerjono Soekanto, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, Penerbit Universitas Indonesia.
- Soetomo, 2006, *Strategi-Strategi Pembangunan Masyarakat*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Sudikno Mertokusumo, 1990, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta, Liberty.
- Sudirman Saad, 2004, *Masa Depan Nelayan Pasca Undang-undang Nomor 31 tahun 2004 tentang Perikanan*, Majalah Inovasi Volume 2/XVI/November 2004.
- Victor P.H. Nikijuluw, 29 Oktober 2001, *Populasi dan Sosial Ekonomi Masyarakat Pesisir serta Strategi Pemberdayaan Mereka dalam Konteks Pengelolaan Sumberdaya Pesisir secara Terpadu*, Makalah pada Pelatihan Pengelolaan Pesisir Terpadu, Proyek Pesisir, Pusat Kajian Sumberdaya Pesisir dan Lautan, Insititut Pertanian Bogor, Hotel Permata.
- Wolfgang Friedmann, 1990, *Teori dan Filsafat Hukum*, terjemahan oleh Muhammad Arifin, Rajawali, Jakarta.
- Peraturan Perundang Undangan  
Undang Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal,  
Undang Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas,  
Undang UndangNo. 11 Tahun 2009 tentang Kesejahteraan Sosial,

- Undang Undang No. 13 Tahun 2011 tentang Penanganan Fakir Miskin,  
Peraturan Pemerintah No. 39 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Kesejahteraan Sosial,  
Peraturan Pemerintah No. 47 Tahun 2012 tentang Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan,  
Permen BUMN No. 4 tahun 2007 tentang Tatacara Pelaksanaan Tanggung Jawab Sosial Dunia Usaha,  
Permensos RI No. 50/HUK/2005 tentang Pedoman Pelaksanaan Kerjasama Lintas Sektor dan Dunia Usaha.  
Permensos No. 13 Tahun 2012 tentang Forum Tanggung Jawab Sosial Dunia Usaha dalam Penyelenggaraan Kesejahteraan Sosial  
Peraturan Menteri Negara Badan Usaha Milik Negara Nomor Per-05/MBU/ 2007 Tentang Program Kemitraan Badan Usaha Milik Negara Dengan Usaha Kecil Dan Program Bina  
Peraturan Menteri Negara Badan Usaha Milik Negara Nomor Per-09/MBU/ 2015 Tentang Program Kemitraan Badan Usaha Milik Negara Dengan Usaha Kecil Dan Program Bina Lingkungan Internet  
<http://jurnal-ekonomi.org/2007/12/30/bisniscom-bps-standar-miskin-bank-dunia-tak-berdasar/>  
<http://sofian.staff.ugm.ac.id/kuliah/model%20/kebijakan.pdf>  
Mukti Fajar dan Ahdiana 2006 : (Pengaturan Tanggung Jawab Sosial Perusahaan (*Corporate Social Responsibility*) Dalam Kaidah Hukum Positif Di Indonesia )Wiratmanto : 2006 jurnal media hukum.  
Prihati Yuniarlin dan Mukti Fajar : 2007 ) Pengaturan Penerapan *Corporate Social Responsibility* Yang Berbasis Sistem Hukum Dalam Mendukung Pembangunan Masyarakat (Studi Kasus Di 2 Wilayah)