

Can International Law be Enforced Towards its Subjects Within the International Legal Order?

Fajri Matahati Muhammadin

Lecturer of International Law International Undergraduate Program

Faculty of Law, Universitas Gadjah Mada The Republic of Indonesia

Jl. Sosio-Yustisia, Bulaksumur, Sleman, Yogyakarta.

fajri.matahati@gmail.com

Abstract

Can international law be enforced? This begs a question, thus problem, in the theory of law: whether there can be enforcement of law in absence of sovereign authority, as is the case of International law. International law has become its own legal order with its own unique way of operating. This writing is a normative research on the sources and reality of the actors of international law. It is found that international law is enforceable and that there are two ways that international law can be enforced, i.e. enforcement by "authorities" formed by treaty regimes, and by non-authorities (including enforcement individual states and by the international community). It is also found that these enforcement means have their weaknesses.

Key words : Enforcement, sanction, compliance

Abstrak

Dapatkah hukum internasional ditegakkan? Ini menimbulkan sebuah pertanyaan, sekaligus permasalahan, dalam teori hukum: apakah akan ada penegakan hukum dalam ketidakhadiran pemerintah yang berdaulat, misalnya hukum internasional. Hukum internasional telah menjadi tatanan hukum mandiri yang memiliki cara kerjanya sendiri yang unik. Tulisan ini merupakan sebuah penelitian normatif mengenai sumber-sumber dan realitas pelaku hukum internasional. Diketahui bahwa hukum internasional dapat ditegakkan dan terdapat dua cara untuk penegakkannya, yaitu penegakan oleh "otoritas" yang dibentuk oleh rejim yang berkuasa, dan oleh non-penguasa (termasuk penegakan oleh negara secara individual dan oleh komunitas internasional). Juga diketahui bahwa penegakan semacam ini memiliki kelemahannya masing-masing.

Kata kunci: Penegakan, sanksi, kepatuhan

Introduction

Does international law really exist? This has been one of the most classic theoretical debates in the field of law generally and international law specifically. One of the problems that is at the heart of this debate is the enforceability of international law.¹ In this particular problem, one may ask: is the existence of enforcement essential as a requirement of a law? Austin, in the 19th century, argues that enforcement is required² while Hart, a little over a century later, argues otherwise.³ However, this essay will not indulge in the debate on whether international law is law, or whether a law requires an enforcement mechanism for it to be called a law.

Austin's argument was that a law would require: enforcement in form sanctions for acts of disobedience, and such sanctions are imposed by the sovereign or officials. The fact remains that there is no such thing as a world government acting as a sovereign authority. International politics has and is still witnessing numerous problems which begs a question on whether or not international law can be enforced.

Why has the law been very strong against (the former) Yugoslavia for what it did in the Yugoslav wars, but very silent about Palestine? Why was it so easy for a very large state alliance to be established to fight the 'Islamic State' (formerly the Islamic State of Iraq and Sham or ISIS) who were brutal but in reality has killed not so many civilians, while nothing could be done against the Bashar al-Assad regime of Syria who has clearly killed hundreds of thousands of children?

The situation begs numerous questions. Does the sanctions have to be imposed by a sovereign for the rule to be concluded as 'law'? Or, while we are at it, is there even any law at all? These are questions on whether International law is indeed a law or not. While the necessity of a sovereign authority will be briefly explained in Section III of this essay, but as mentioned earlier, 'whether International law is a law' is not the focus here.

This research will explore the actors of international law which has been found to *de facto* practice enforcement towards subjects of international law barching the

¹ Oona Hathaway and Scott J. Shapiro, "Outcasting : Enforcement in Domestic and International Law", *Yale Law Journal*, Vol. 121, No. 2 (2011), pp. 252-349, at pp. 255-256.

² John Austin. 1832. *The Province of Jurisprudence Determined* (found at <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/AustinJohnTheprovinceofjurisprudencedetermined1832.pdf>, accessed 3 March 2014, 9.24 pm) Brian H. Bix. Legal Positivism. In Martin P. Golding and William A. Edmundson (eds). 2005. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishing, p. 39

³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law (Second Edition)*, Oxford University Press, New York, 1994, pp. 217-220

law. First, it will be found that there actually are “authorities” created by treaty regimes. Their nature and shortcomings in enforcing international law will be explored. Second, the focus will shift to “non-authorities”. This part, which includes enforcement by individual states and the international community, will show that international law can be enforced despite the absence of “authorities”. On both parts, however, it will also be explained that shortcomings also exist.

Research Questions

This research focuses on the following questions: is international law, despite the absence of a sovereign authority, enforceable? If it is, how is it enforceable? What are the shortcomings of the different ways of enforcing international law that is responsible for the apparent ‘mishaps’ in the enforcement?

Purpose of Research

The purpose of this research is to know whether or not international law can be enforced, and to understand the ways and shortcomings of each ways of such enforcement.

Research Method

This research is a normative research, conducted by observing the sources of international law as well as the conduct of actors of international law, all taken from secondary data (document and literature study only). On the subject of law materials, researches on international law might not follow similar classification to that of national laws. In national law, primary law materials would include authoritative sources (e.g. statutory legislation and judicial decisions) while secondary law materials would include works of scholars.

In international law, however, as Peter Marzuki notes, authoritative sources of law would refer to sources of international law including what is mentioned in Article 38(1) of the ICJ Statute⁴ – which includes the works of the most highly qualified publicists which would normally be considered as secondary law materials. In that note, Peter

⁴Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum (Edisi Revisi)*, Penerbit Kencana, Rawamangun, 2005, p. 208-209.

Marzuki did not make a distinction between primary and secondary law materials in discussing law materials in international law. However, only the 'most highly qualified publicists' may be seen as an authoritative source of international law, which may imply some distinction from other 'lesser qualified' (if it could be put that way) work of scholars to be considered as secondary law materials. Tertiary legal materials (e.g. media resources) are used to supplement the other materials. From the available materials, this research will use a qualitative approach to answer the research questions.

Discussion and Result

Enforcement by "Authorities"

Austin's view on international law is highly dependent on the historical setting where he lived. Austin says international law is not a law, as it has no sovereign body or officials and sanctions are merely moral. At his time, it may seem that the only model of a sovereign would be governments of states –such authority is explained by many theories, *inter alia* the social contract theory where the society enters a 'contract' with the sovereign.⁵

However, Austin may have not seen what would come in the next century. Groups of states have gathered and ratified international treaties containing rights and responsibilities to its parties, and also establishing certain bodies to enforce these rights and responsibilities therefore becoming some sort of 'authority' regime for the parties (and in some cases, to non-parties). Examples of such bodies would be the United Nations (UN) with an authoritative organ such as the UN Security Council (UNSC) and the World Trade Organization (WTO) with its Dispute Settlement Body (DSB). These bodies serve as "authorities" due to the treaty provisions which are consented to and therefore binding to the members (as will be explained later). This, to some extent, may resemble the authority of a state to its citizens.

The following would be some comprehensive analysis on how 'authorities' in treaty regimes can enforce international law, using the UNSC and the DSB as samples.

⁵ See also the interesting approach by van Apeldoorn saying that the concept of positive law and its authority to be binding the society is some form of contract between the society and sovereign. L. J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum* (translated from Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht), Pradnya Paramita, Jakarta, 2008, pp. 155-159

The Security Council Enforcing the Law of Peace. Article 1(1) of the UN Charter⁶ mentions the first purpose of the UN as well as the desire to enforce it: “To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace...”.⁷

To achieve the purposes of the UN, Article 2 outlines the general obligations of the member states, including the prioritizing of peaceful means to settle dispute as well as the prohibition to the threat or use of force.⁸ It may be interesting to note that Article 2(5) mentions the possibility of the UN to take ‘...preventive or enforcement action’. Further, the last parts of Article 2(7) mentions the ‘...application of enforcement measures under Chapter VII’ as an exception to what appears to be a non-intervention policy in the first parts of that article.

Chapter VII of the UN Charter, in Article 2(7) being the basis of enforcement, outlines how the UNSC conducts the enforcement, as mandated by the UN in Article 24, obligatory to all UN members by virtue of Article 25 (even arguably to non-UN members, e.g. Resolution 757 [1992] to Serbia and Montenegro, a non-UN member at the time). These acts of enforcement can be in form of ‘...measures not involving the use of armed forces...’, as per article 41 of the UN Charter, or also use of armed forces as per article 42.

History has shown that measures under article 41 have taken various forms. There has been an arms ban through Resolution No. 418 (1977) against South Africa, economic sanctions and even sports and culture embargo in Resolution 757 (1992) towards the Yugoslavian government. There has been also asset freezes to Iran through Resolution 1737 (2006), and even to non-state actors e.g. terrorist group members through Resolution 1333 (2000).

Further, the SC has established ad-hoc international tribunals to enforce international criminal law, e.g. Resolution No. 827 (1993) establishing the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, which’s legitimacy was challenged by the first defendant before that court (Dusko Tadic).⁹ After the establishment of the International Criminal Court (ICC) in 1998, the ICC Statute¹⁰ provides the possibility

⁶ Charter of the United Nations (1945)

⁷ With added emphasis

⁸ Article 2(3) and 2(4) of the UN Charter

⁹ Albeit dismissed. See: ICTY: *Tadic Case*, Trial Chamber Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, and Appeals Chamber Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction

¹⁰ Rome Statute of the International Criminal Court (1998)

for the SC to refer the case to it.¹¹ The SC first exercised this through Resolution No. 1593 (2005) on the situation in Darfur.

The enforcement of Article 42 of the UN Charter, as previously mentioned, utilizes force to ensure compliance. What may be a straight forward form of this was through Resolution No. 678 (1990) threatening Iraq with armed attack. As consequence of some conditions in the aforementioned SC Resolution, Iraq's force was then attacked.¹² Other forms of application of Article 42 could be naval blockades through Resolution 665 (1990) towards Iraq.

Another act of enforcement that the SC can do is to enforce judgements by the International Court of Justice (ICJ) in case of failure of compliance. This is regulated in Article 94(2) of the UN Charter, which mentions that the SC '*..if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment*'. One could infer from the mandate of the SC that this might only be done shall the situation is within the domain of maintaining international peace and security. This has been utilized in the case of Bosnia v. Yugoslavia, when the court ordered provisional measures,¹³ and the SC issued Resolution No. 819 (1993). Although this resolution was issued under Chapter VII of the UN Charter, it is still unclear whether such resolution was meant to be a confirmation of the use of Article 94(2) of the UN Charter towards this case as the order was just 'noted' in the preamble and did not mention Article 94(2).¹⁴

WTO and the DSB

The WTO is an organization built to face the challenges of globalization by regulating international trade,¹⁵ with 159 members including states and other economic entities.¹⁶ The WTO aspires to achieve a global free trade by imposing two main

¹¹ Article 13 of the ICC Statute

¹² John Yoo, "International Law and the War in Iraq", *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), pp. 563-576, at p.564.

¹³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, I.C.J. Reports 1993, p. 3; and *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993*, I. C.J. Reports 1993, p. 325

¹⁴ Attila Tanzi, "Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations", *European Journal of International Law*, Vol. 6 (1995), pp.539-572, at p.566.

¹⁵ Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases, and Materials*, Cambridge University Press, New York, 2005, p.35.

¹⁶ WTO Official Website. *Members and Observers* (found at http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm) accessed 12 March 2014

principles that should be applied in international trade, i.e.:¹⁷ 1) Non-Discrimination: A state should treat all other states equally (Most Favored Nation Principle), and should also treat foreign and locals equally (National Treatment Principle); 2) Free Trade: reducing trade barriers gradually through negotiation; 3) Predictability: with binding and transparency; 4) Promoting fair competition: allowing tariffs and certain forms of protection in certain situations; 5) Encouraging development and economic reform: Flexibility for developing countries.

When a member feels violated due to the breach of WTO law by another member or a respondent, the injured member can trigger the mechanism of the DSB governed by the DSU.¹⁸ At the end of the series of processes, when the DSB has already made a ruling in against the respondent member who then does not comply, the DSB can authorize the injured state to impose certain countermeasures.¹⁹

An example to this would be the Australia v. Canada salmon dispute, where Canada filed a complaint due to Australia's prohibition on certain kinds of salmon from Canada. This case occurred because Australia prohibited certain imports of salmon from Canada, alleging that it was unsafe for consumption.²⁰ The DSB ruled in favour of Canada because it found that Australia did not conduct proper investigation and lack scientific evidence to make such restriction. After that decision, it was Canada's threat to request authorization through the DSB to retaliate that contributed largely to the compliance of Australia towards that ruling.²¹

Shortcomings of the "authority enforcement"

The capacity of the SC is not without problems, which mostly lies in the realm of politics. The first problem that would rise would be legitimacy issues due to lack of representation and existence of veto rights for the permanent members,²² which clearly makes the permanent members (and their allies) immune from the law. Out

¹⁷ WTO Official Website. *Principles of the Trading System* (found at http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#seebbox accessed 20 February 2014)

¹⁸ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes or Dispute Settlement Understanding (1994).

¹⁹ Article 22(6) of the DSU

²⁰ Case No. WT/DS18/R, 12 June 1998

²¹ Steve Charnovitz, "Rethinking WTO Sanctions", *The American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 4 (2001), pp. 792-832, at p.797

²² David D. Caron, "The Legitimacy Of The Collective Authority Of The Security Council", *American Journal of International Law*, Vol. 87 (1993), pp.552-588, at p.566

of 193 members that we have today, the SC only consists of 15 members.²³ Perhaps all members of the UN have already ratified the UN Charter, therefore meaning that they would have agreed that any decisions by the SC would be binding to them.²⁴ However, there is new law that will emerge out of the SC resolutions which might not represent what the majority of UN members desire.

This has been seen after the *Nicaragua case*, where the ICJ ruled against the USA.²⁵ The USA refused to comply with the judgement, and when Nicaragua invoked Article 94(2) of the UN Charter to the SC to demand enforcement, the USA vetoed the attempt.²⁶ The UN General Assembly (GA), on the other hand, managed to pass a Resolution No. A/RES/41/31 (1986) which urges the USA to comply to the ICJ judgment. The UN GA has no problems of representation as it consists of all members of the UN,²⁷ although their resolutions are not binding. However, the fact that Resolution No. A/RES/41/31 (1986) was adopted (94 for, 3 against, and 47 abstentions)²⁸ shows how there can be a big contrast between what the general UN community wishes and the UN Security Council wishes (which even there, the resolution only had one "against" vote, which was the USA).

The use of veto rights has also further prevented actions of the SC on other grave issues. There have been numerous UN GA resolutions condemning Israel gross violations of human rights towards the Palestinians in e.g. No. 2546 (1969) and No. 43/54 (1988), and the Goldstone Commission report bringing more evidence of those violations.²⁹ However, no kind of enforcement has ever been done towards the Israel. All the SC has ever done is to "strongly condemn" e.g. through Resolution No. 672 (1990), and even numerous draft resolutions that attempted to 'only' condemn Israel and call for cessation of violations has been vetoed by the USA since the 2000s,³⁰ let alone make any sanctions.³¹

²³ Article 23(1) of the UN Charter

²⁴ Article 25 of the UN Charter

²⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

²⁶ UN Security Council Meeting Record S/PV.2718, 28 October 1986 (found at http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.2718, accessed 4 March 2014, 2.51am)

²⁷ Article 9(1) of the UN Charter

²⁸ Resolutions adopted by the GA at its 41st Session (found at http://www.un.org/depts/dhl/resguide/r41_en.shtml accessed 4 March 2014, at 3.02am)

²⁹ Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict No. A/HRC/12/48, 25 September 2009.

³⁰ Security Council Veto List (found at http://www.un.org/depts/dhl/resguide/scact_veto_en.shtml accessed 4 March 2014 at 3.27am).

³¹ SalibaSarsar, "The Question of Palestine and United States Behavior at the United Nations", *International Journal of Politics, Culture, and Society*, Vol. 17, No. 3 (2004), pp. 457-470, at pp.460-467

The African Union (AU) tension with the ICC is highly related to the SC. One of the reasons of this tension is the alleged ‘targeted prosecutions’ towards African leaders.³² SC takes part by referring two situations to the ICC: Sudan and Libya.³³ This is while failing to act upon alleged serious crimes in Palestine, Iraq, Syria, etc. The problem of the WTO enforcement system is that it relies purely on reciprocity by the injured member, which will be explored in the next section.

Enforcement without Authorities

The previous section has explored that, unlike the international law that Austin may have seen, it is not impossible for international law to have “authority” regimes. This section will show that, even without such “authority” regimes, international law can still be enforced. There are two kinds of enforcement in international law that may occur without authorities, i.e. enforcement by individual states (either retaliation by victim state through reciprocity, or by a third state) and by the international community as a whole. It will also be seen how the effectiveness (or lack thereof) may also depend on this category of enforcement.

Individual States

Hart counters Austin’s submission on the necessity of a sovereign in law enforcement, arguing that the sovereign itself is not independent to other kinds of law and influences and therefore law cannot be pictured to definitely require a sovereign.³⁴ He notes how custom can be a source of law, where a sovereign does not necessarily exist in that respect.³⁵ While Hart mentions that, in a domestic system, customary laws are usually seen as ‘subordinate laws’,³⁶ actually international law recognizes customary laws as a primary source of law.³⁷ To understand the nature of customary international law is crucial, especially because it is the oldest kind of law.³⁸

³² Max du Plessis, Tiyanjana Maluwa, and Annie O'Reilly. *Africa and the International Criminal Court*, p. 2-3 (found at http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/0713pp_iccafrica.pdf accessed 4 March 2014 at 4.08 am)

³³ SC Resolution No. 1593 (2005) and No. 1970 (2011) for Sudan and Libya respectively

³⁴ Note 3, pp. 50-78

³⁵ *Ibid.*, p. 49

³⁶ *Ibid.*, p. 45

³⁷ Article 38(1)(b) of the ICJ Statute

³⁸ Malcom Shaw, *International Law (Sixth Edition)*, Cambridge University Press, New York, 2008, pp.72-73

With the constant practice of states feeling a sense of legal obligation (*opinion juris*), comes customary international law.³⁹ What motivates states to comply? Scholars differ on this. Some international lawyers would say that it is that sense of legal obligation that motivates them.⁴⁰ However, international relations theorists have considered another possibility. Game theory analysis shows that the motivation to comply are: the coincidence of interest, coercion, bilateral repeated prisoner's dilemma, and bilateral coordination, all of them essentially practiced in their own dimension by state(s) to maximise their own interest (instead of actual 'sense of legal obligation').⁴¹

By this, the enforcement mechanism to comply with the law is reciprocity: if the fact that cooperating (i.e. following rules) would generally ensure maximal benefit to the state(s) own interest, while not cooperating (i.e. violating rules) would generally inflict loss. This is perhaps one of the most concrete and natural enforcement, which comes in form of denying the benefits of social cooperation.⁴²

Interestingly, the compliance to international agreements (treaties) may also be due to the same reasons as stipulated in the previous paragraph.⁴³ Even the aforementioned SC enforcement stems out of treaty obligation, and we know that the law of treaties started as customary international law as well.⁴⁴

Therefore, the enforcement by the international community by virtue of reciprocity is very important. Although at the start is to be used to explain the relations between two states, reciprocity is repeated into massive scale in the multi-state international community into what will seem to be a regularity of practice. This is either through the massive scale of bilateral reciprocities, or even a collectivity of states towards an individual state.⁴⁵ This section, however, will focus first on the bilateral reciprocity and the acts of individual states only.

³⁹ S.S. *Lotus (Fr. v. Turk.)*, 1927 P.C.I.J. (Ser. A) No.10 (Sept. 7), p.28

⁴⁰ Note 38, p.80

⁴¹ Jack L. Goldsmith and Eric A., Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 40-42

⁴² Note 1, p. 302

⁴³ *Ibid.*, pp. 90-91

⁴⁴ Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, New York, 2007, pp.190-191; see also Note 38, p. 94

⁴⁵ Note 41, p. 56

Retaliation of the Injured State through Reciprocity

A general rule on reciprocity to enforce international law is the rule on countermeasures. Article 22 of the ILC Draft on State Responsibilities for Internationally Wrongful Act(2001)⁴⁶ mentions: “*The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of Part Three*”.

Among those cited by the ILC in its commentary is the ICJ *Gabcíkovo-Nagymaros case*.⁴⁷ The restriction to that rule is mentioned in Chapter II of Part Three in that same ILC draft:⁴⁸ *1. an injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under part two; 2. countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State; 3. countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question*. Another note is that Article 26 of that Draft mentions that countermeasures may not be done in such a way that it violates peremptory norms (*Jus Cogens*).

An example of enforcement by reciprocity outside the regime of “authorities”(unlike the WTO DSB) is in the field of international humanitarian law (IHL). It may be important to first note that, as a matter of law, compliance towards IHL principally should not be based on reciprocity. This is based on the Geneva Conventions (1949) in Common Article 1 and 3, mentioning that those provisions apply in ‘all circumstances’. The International Committee of the Red Cross understood this to mean,*inter alia*, that IHL should not be applied based on reciprocity.⁴⁹ The ICJ held similarly in the *Namibia Case*.⁵⁰ On the level of philosophy, it has even been submitted that IHL is based on altruistic love for a human being.⁵¹

However, reality shows that reciprocity does play a major role in the respect towards the laws and customs of war and used as an enforcement mechanism. Even

⁴⁶ Hereinafter the “Draft on SR”

⁴⁷ *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, 1. C. J. Reports 1997, p. 7, para 83

⁴⁸ Article 48, Draft on SR

⁴⁹ Louis Doswald-Beck, and Jean-Marie Haenckarts. 2005. *ICRC Customary International Humanitarian Law, Vol. I, Rules*. Cambridge: Cambridge University Press. pp.498-499

⁵⁰ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., para.96

⁵¹ See generally, Eva Wartel, “Humanitarians and their moral stance in war: the underlying values”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 876 (2009), pp.779-802

in history of warfare, combatants have some general understanding that there is a benefit to: respecting surrenders and wounded opponents, refrain from treacherous acts, etc.⁵² As failure to respect that, there are examples of reprisals as retaliation to violations, such as King Saladin executing French prisoners of war in retaliation to the Crusaders executing Muslim civilians.⁵³

Even in a more modern context of IHL, some extent of reciprocity may have role. An evidence to this is the existence of belligerent reprisals. Traditionally, belligerent reprisals might not necessarily be in conformity with IHL *per se*, as by definition it does mean to conduct an unlawful act as retaliation to another unlawful act by the adverse party.⁵⁴ However, there seems to be room for belligerent reprisals with certain restrictions.

The *Kupreskic Case* does mention that belligerent reprisals can be legal as long as they fulfil a few requirements: done as last resort to ensure adversary compliance to IHL, taking precautionary measures, proportionality, and elementary considerations of humanity.⁵⁵ This is generally consistent with practices stemming from Article 27 of the Lieber Code, for example the UK's reservation to Article 51-55 when ratifying the Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1977).⁵⁶ Bear in mind that Article 51-55 of the aforementioned Protocol regulates the protection of civilians and other objects in times of war, with a particular interest in 51(6) and 52(1) which explicitly prohibits reprisals towards civilians. Belligerent reprisals towards civilians is exactly the type of reprisals that was specifically prohibited by the *Kupreskic Case* (although admitting that some authorities may say that some belligerent reprisals to civilians can be lawful, as there are not sufficient state practice to indicate a general rule prohibiting it entirely).⁵⁷

⁵² Sean Watts, "Reciprocity and the Law of War", *Harvard International Law Journal*, Vol. 50, No. 2 (2009), pp.365-434, at pp.387-388

⁵³ Guizot, M., *A Popular History of France from the Earliest Times: Vol II*. Boston: Dana Estes & Charles E. Lauriat.

⁵⁴ Milan Kuhli and Klaus Gunther, "Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *German Law Journal*, Vol. 12 No. 5 (2011), pp. 1261-1278, at p.1268

⁵⁵ ICTY: *Kupreskic et al Case*, Trial Chamber Judgment, para.535

⁵⁶ ICRC Official Website. Ratification of the Additional Protocols by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (found at <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jp54.htm> accessed 6 March 2014, 10.05am)

⁵⁷ Note 55, para 522 and 527.

⁵⁸ Shane Darcy, "The Evolution Of The Law Of Belligerent Reprisals", *Military Law Review*, Vol. 175 (2003), pp. 184-251, at pp.220-244

There are controversies to the extent of which belligerent reprisals can be lawful.⁵⁸ However, the previous authorities are clear that the idea of belligerent reprisals in general is a lawful way of enforcing compliance to IHL.

Unilateral Actions by Third Parties

The previous subsection talked about how victims of the particular rule violation could react in such a way to enforce compliance towards the state that made such violation, as a consequence of reciprocity. This subsection, on the other hand, will explore individual state(s) role in enforcing international law despite not directly being victim of that particular rule. As the cases will show, unilateral actions by third parties are usually done to assist the direct victim due to the request or helplessness of the latter.

Article 48 of the Draft on SR mentions: *1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.*

See also Article 54: “*This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke the responsibility of another State, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached*”

Particularly focusing on Article 48(1)(b) there, the logic is that if there are certain obligations that are owed to the entire international community as a whole, then any state will have interest despite not actually having direct interest *per se*. The ICJ mentioned this kind of obligation in the *Barcelona Traction Case*⁵⁹ which was also cited in the ILC commentaries to the Draft of SR.⁶⁰ An example of an *erga omnes* obligation is to comply with the rules in the Convention Against Torture, as the ICJ held in 2012.⁶¹

There are two possible ways to enforce these *erga omnes* obligations by a non-injured state: by individual state(s) and collectively by the international community through collective mechanisms. This particular subsection (as did the entire section) will focus on individual state(s) first.

⁵⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3., para.33

⁶⁰ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001), p.126

⁶¹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment*, I.C.J. Reports 2012, p. 422, para 69

There are a number of instances where individual states have been taking part in enforcing *erga omnes* obligations. An example would be the arrest of Augusto Pinochet in Britain. What happened to Pinochet was the first time when a former head of state (who would normally enjoy immunity from jurisdiction of the courts of other states) was declared to be subject to the jurisdiction of another state's national court.

Spanish Judges issued an international arrest warrant against Pinochet for numerous crimes towards Spanish nationals in Chile, including torture.⁶² Pinochet was then arrested and the UK courts processed the possibility of extraditing him to Spain.⁶³ Finally, the UK House of Lords decided that it can extradite Pinochet, despite the (former) head of state immunity enjoyed by him.⁶⁴ However, Pinochet was then released as he was later seen to be medically unfit.⁶⁵ This particular case became an important case, which had to be carefully examined by the ICJ's *Arrest Warrant Case* and is understood to display how former heads of states do not enjoy immunity from jurisdiction in case of *erga omnes* violations.⁶⁶

Other instances where third parties have unilaterally enforced international obligations would be embargos towards Israel due to the violence perpetrated towards the Palestinians by the Arab League nations. The member states of the Arab League have boycotted Zionist-related interests since 1945, and formally organized an economic boycott to the State of Israel since 1948.⁶⁷ The boycott has three tiers, which are to prohibit (although not binding to) the Arab League nations from having:⁶⁸ 1. business relations with the Israeli government or citizen; 2. business relations with any entities world-wide that does business with Israel; 3. business relations companies that in turn deals with companies that have been blacklisted by the Arab League; 4. the enforcement of the boycott varies. Some never did the boycott (e.g. Mauritania), some only enforce the first tier (e.g. Saudi Arabia, and even then, they are trying to

⁶² Andrea Bianchi, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of International Law*, Vol.10 (1999), pp.237-277, p. 238

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ R. v Bow Street Stipendiary Magistrate Ex. P. PinocetUgarte (No. 3) [2000] 1 A.C. 147

⁶⁵ BBC News. *Pinochet Set Free*, 2 March 2000 (Found at <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/663170.stm> accessed 8 March 2014, 11.17pm)

⁶⁶ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, para. 56-57

⁶⁷ Martin A. Weiss, Arab League Boycott of Israel. *Congressional Research Service Report for Congress*, 19 December 2013 (Found at <https://www.fas.org/sgp/crs/mideast/RL33961.pdf> accessed 8 March 2014 at 11.46pm), p.1

⁶⁸ *Ibid.*, p. 2

avoid the boycott) and then eliminated it completely, and only Lebanon is enforcing all tiers of the boycott.⁶⁹

More recently, other states have also started small but clear hard actions to build up further pressure to Israel. Among them, Norway's finance ministry excludes certain Israel firms from government pension funds, while Romania has forbidden its citizens to work in West Bank companies.⁷⁰ This is after the European Union (although not exactly an individual state) released a Guideline on Activities in Israel Occupied Territories,⁷¹ which outlines a number of policies that also apply pressure towards Israel (e.g. not recognizing the occupied territories as lawfully occupied, and the cutting of EU supports regarding activities in those areas).

Military intervention may be one of the forms of ways which states have done to enforce compliance towards international law. Normally, the use of force is prohibited under Article 2(4) of the UN Charter. However, as mentioned previously in the section of *Enforcement by "Authorities"*, Article 42 of the UN Charter provides possibility for the SC to authorize legitimate uses of force to enforce compliance towards certain international obligations. An example to this would be the armed attack towards Iraqi forces by the USA-led forces in 1991 as previously explained already. This is both an example of enforcement by the SC as well as by individual state(s).

Shortcomings of Actions by Individual States

It has been mentioned how the compliance of states towards legal obligations are governed more by their own interest rather than that of their sense of legal obligation.⁷² The only logical consequence to that is if there is a collision between 'obeying legal obligations' and 'obtaining interest', certainly the choice will not be the former. It is generally more beneficial for states to cooperate even when not necessarily always achieving maximum or any interest at all, but then at least losses can be minimized.⁷³

⁶⁹ *Ibid.*, p. 2-3

⁷⁰ The Economist. *Sanctions Against Israel: A Campaign That Is Gaining Weight*, 8 February 2014 (Found at <http://www.economist.com/news/middle-east-and-africa/21595948-israels-politicians-sound-rattled-campaign-isolate-their-country> accessed 9 March 2014 at 00.15am)

⁷¹ Guidelines on the eligibility of Israeli entities and their activities in the territories occupied by Israel since June 1967 for grants, prizes and financial instruments funded by the EU from 2014 onwards (2013/C 205/05)

⁷² See Note. 41 especially

⁷³ *Ibid*

However, this is but a general conclusion that does not exempt the possibility of states to always cooperate. Not only that there are times where indeed greater interest can be achieved (or greater loss can be avoided) by violating rules, but also the schemes of cooperation does allow the possibility of repairing relations after such violations are done.⁷⁴

Such a scenario illustrated in the previous paragraph is certainly an oversimplification. The complexity of real world politics will show how there can be more incentives for states to not comply with rules and act on personal interest instead. Following the same logic, enforcement measures conducted by individual states can also be done to pursue personal interest –particularly in situations where this personal interest collides with legal obligations.

A grand example to this would be the USA's attitude towards Israel with respect to violations towards the Palestinians. This example will show how the act of individual states can, instead of enforce compliance towards international obligations, but enforce the violation towards that international obligation as well as secure it from other attempts of enforcements.

There is no question on the intimacy of relationship between the USA and Israel on so many areas, including but not limited to: military, economic, political, etc.⁷⁵ One of the aforementioned shortcomings of the SC as enforcement is at the same time a shortcoming of individual state(s) conducting enforcement. It has already been explored how the acts of Israel towards the Palestinians are clearly unlawful and has been condemned by an overwhelming majority of states. It has also been noted how the failure of the SC to issue any binding sanctions or even condemnations towards Israel is due to the Veto of the USA.

Outside the UN arena, it is seen that the acts of the USA enforces its own interest rather than that of the international legal obligations. An example to this would be the military cooperation. The success of the building of weapons and defence industry in Israel is owed to the aid of the USA.⁷⁶ It is not difficult to connect this military cooperation to the violations committed by Israel, bearing in mind the Israeli weapon

⁷⁴ Robert Axelrod. 1984. *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books, Inc, pp.27-54

⁷⁵ Note 31, at pp.460-462

⁷⁶ Jeremy M. Sharp. U.S. Foreign Aid to Israel. *Congressional Research Service Report for Congress*, 12 March 2012 (Found at <http://fpc.state.gov/documents/organization/187412.pdf> accessed 9 March 2014 at 2.33am), p.1

company websites (e.g. Israel Military Industry⁷⁷ and Israel Weapon Industry⁷⁸) describe most if not all of their products to be ‘combat-proven’.

Another example of a ‘third state enforcement’ was the 2003 Iraq invasion. Unlike the 1991 invasion which has no question in its legality, the US-led invasion to Iraq was an example of virtually unquestionable illegality. They had a two layered justifications for the invasion: 1. Enforcing SC Resolution 678 (1990) and 687 (1991), due to material breach of peace conditions by Iraq,⁷⁹ 2. Self-defence towards Saddam Hussein’s threats.⁸⁰

However, overwhelming voices from States both in the UN GA and SC evidence how the international community neither supports such understanding of the aforementioned SC Resolutions, nor is there any threat towards international peace that might justify the claim of Self Defence.⁸¹ Yet, as we have witnessed, the invasion happened anyway. It is not hard to conclude that, no matter how obvious was the USA violations were, the SC will never be able to act due to USA’s veto rights.

The problem of enforcement by individual states does not necessarily lie in the priority of state interest as opposed to international legal obligation. There are instances where problems can be caused by difference of interpretations of what the legal obligations are. The first example to this would also be the USA invasion to Iraq in 2003. The act by the USA is actually not necessarily a blatant disregard of law. If other motivations are put aside, we can see the problem as USA offering an interpretation of law that just so happens to be against the international community’s interpretation. It just so happens that, in this context, the latter’s interpretation would be seen as more authoritative.

Another example to that would be the ICJ *Arrest Warrant Case*. An international arrest warrant in absentia was issued against Congo’s Foreign Minister for war crimes and crimes against humanity under universal jurisdiction.⁸² The way Belgium understands the law, immunity from criminal jurisdiction is not enjoyed for acts

⁷⁷ Official Website of Israel Military Industry (<http://imi-israel.com/home/doc.aspx?mCatID=68506> accessed at 9 March 2014 at 2.40am)

⁷⁸ Official Website of Israel Weapon Industry (<http://www.israel-weapon.com/default.asp?catid=%7BFF7A51A4-4AF9-410D-A2B0-860F9D4F6D2F%7D> accessed at 9 March 2014 at 2.31am)

⁷⁹ Alex Bellamy, “International Law and the War in Iraq”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4, No. 2, (2003), pp. 497-520, at pp.502-504

⁸⁰ *Ibid.*, p.513

⁸¹ *Ibid.*, p.519 (or generally, for a detailed discussion on the matter); The Guardian. *Ten Days to War*, 8 March 2008 (found at <http://www.theguardian.com/world/2008/mar/08/iraq.unitednations> accessed 9 March 2014 at 3.16am)

⁸² *Arrest Warrant Case*, para 13-15

outside official capacity especially when committing serious crimes.⁸³ However, the ICJ ruled there is no basis in customary international law to support Belgium's claim.⁸⁴ Some judges in this case dissented in support of Belgium's argument,⁸⁵ others saw the arrest warrant ceasing to be illegal when the Congo Foreign Minister ceases to hold office.⁸⁶

Reciprocity does seem to be a simple effective way of enforcement, however there can still be problems that rise in it. The aforementioned problem of different interpretation could complicate the situation. The analysis on belligerent reprisals in the subsection *Pushing Compliance by Reciprocity* can serve as an example of enforcement through reciprocity that is very potential to go sour. It has been shown how there can be differences of understanding in the extent of possible legal reprisals, even involving possibilities of civilians being targets of reprisals. There is no need to repeat the analysis. It is not hard to imagine how the uncertainty of the law in this particular area can potentially increase losses from war.

Further, the reality of world politics also makes things harder. While the ideal situation of reciprocity can occur in a world where all states are equal in position and strength, the truth is that some states are weak and others are strong.⁸⁷ This affects the capability of states both in conducting itself in the international arena. An example to this would be the Germany invasion to Poland in 1939. Theoretically, Poland could reciprocate the invasions by Germany (and later joined by Soviet) and exercise their self-defence rights, but Poland was certainly no match for both military giants even individually.⁸⁸

Another case of failure of reciprocity would be when exercising enforcement would bring more costs to the injure state rather than that of the violator state. An example of this would be the Beef Hormones case in the WTO where the European Community (EC, now the European Union) banned USA beef containing artificial beef hormones.⁸⁹ When the EC did not comply with the ruling, the DSB authorized the USA to impose countermeasures to EC.⁹⁰

⁸³ *Ibid.*, para.49-50, 56

⁸⁴ *Ibid.*, para.58

⁸⁵ See *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh and Judge ad hoc Van den Wyngaert

⁸⁶ See *Ibid.*, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal

⁸⁷ Alain Pellet, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law Making", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, (1992), pp.22-53, at pp.42-43

⁸⁸ Daniel Paliwoda, "Review of 'The Eagle Unbowed: Poland and the Poles in the Second World War'", *Military Review*, Vol. 93, No. 2, (2013), pp.100-106, at p.100

⁸⁹ Case No. WT/DS26/AB/R – WT/DS48/AB/R, 16 January 1998

⁹⁰ Note 21, p. 794

Similarly, the Banana Case at the WTO responded to a situation where the EC set an import quota on Bananas. In this case, the DSB declared that such action by the EC was in breach of the WTO principles.⁹¹ Further, after the EC decided not to comply, the DSB authorized the injured states (USA and a number of Latin American states) to retaliate by imposing sanctions to the EC. The USA consumers took the hit by loss of choice and higher prices for substitute products resulting in an overall efficiency loss, while Ecuador chose to not use retaliation at all.⁹² These cases show how retaliation is sometimes not a good way of enforcing, since it may also hurt the state that is enforcing.

Enforcement by the International Community

The previous section has explained an alternative view on compliance towards international law, other than ‘sense of obligation’, which is the natural enforcement by other states in international relations. It can be in form of reciprocity by the affected state, as well as by a third state. It has been briefly mentioned how reciprocity, in a multi-state context, can multiply on a massive scale into a general behaviour of state. And in that context as well, we have what we call an “international community”. We have seen how individual states have represented this international community in enforcing international obligations. This section will explore how states collectively act as international community in enforcing international law.

Pressure by the International Community

It has been mentioned as well in the previous section, how the form of enforcement in this context is in form of denial of certain benefits of social cooperation, where states have found that compliance will generally help them enjoy such benefits.

A first aspect to this would be the phenomena of soft law. Traditionally, soft laws are non-binding.⁹³ However, they are generally complied with. An example to this would be GA resolutions.

There is a reason why this essay did not include the GA (or UN bodies other than the SC) as an enforcement body in the section of ***Enforcement by “Authorities”***,

⁹¹ *Ibid*

⁹² *Ibid*, p.814-815

⁹³ Bryan A. Gardner (ed.), *Black's Law Dictionary* (9th ed.), St. Paul, MN: West, 2009, p.1519; and see also Note 38 at p.213

which is because the GA was not meant to be an enforcement body. Resolutions passed by the GA are actually not formally binding (See Chapter IV of the UN Charter, showing how the GA can only 'recommend'). However, the GA has *de facto* been a forum of enforcement due to the impact of the collectivity of states behind it. They have regulated many things that have then been followed internationally as they can only pass when supported by a majority of GA members (i.e. almost the entire world). A testimony to that would be GA resolutions on state control towards natural resources Resolution No. 3281 (A/RES/29/3281), No. 3201 (A/RES/S-6/3201), No. 3171 (A/RES/3171), and No. 1803 (A/RES/1803), which is actually followed.⁹⁴

What the GA example above wishes to display is that then, there will be pressure towards and by each other to actually follow these resolutions, as they reflect *opinio juris* and later generate state practice in forming customary laws.⁹⁵ This pressure acts as enforcement for each other's compliance just like any other social cooperation, as explained in the beginning of the previous section.

The UN can also become a more explicit pressure forum by the international community. An example to this would be pressure towards the USA in the AIDS patents problem. The USA tried to file a complaint against Brazil to the WTO due to an alleged breach of the TRIPS (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), despite such alleged breach was done by Brazil to combat an AIDS epidemic.⁹⁶ However, international pressure came on to the USA especially through the UN Commission on Human Rights (CHR) Resolution No. 2001/33, declaring that the right to access AIDS medicine in situation of epidemic is a human right.⁹⁷ The pressure towards the USA was so high that on the first day of the UN GA Special Session on AIDS (which also adopted the CHR Resolution's content in the Joint Declaration) they had to send a letter to Brazil to set the problem aside, and then also dropped the complaint at the WTO.⁹⁸

It is elusive to assume that the above is a case of 'enforcement to international law compliance'. It may be argued that if the right to the highest attainable standard of health⁹⁹

⁹⁴ Gregory J. Kerwin, "The Role of United Nations General Assembly Resolutions in Determining Principles of International Law in United States Courts", *Duke Law Journal*, Vol. 32, No. 4 (1983), pp.876-899, at p. 883

⁹⁵ Note 44, p. 77

⁹⁶ Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner, "Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law*, Vol.25 (2004), pp. 999-1046, at pp. 1024-1025

⁹⁷ See also: *Ibid.*, 1028

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Article 12, International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (1966)

is to (according to the belief of most states) include the access towards medicine in situation of epidemic, which also includes setting aside patents, this international pressure is a move to safeguard such rights. Or even if the argument is not accepted, at least it is an evidence of international pressure that can direct state behaviour.

Pressure does not have to be from the entire international community, as it can be in form of only a few states. An example to this would be the enforcement of the *Land and Maritime Boundary Case*.¹⁰⁰ Nigeria decided that it could 'cherry-pick', declaring to follow only the parts they considered fair or favourable and rejected those deemed unacceptable.¹⁰¹ It was the USA, France, and the UK who pressured Nigeria to comply with the judgment.¹⁰² The UN did have a role in this situation, but they played the 'good cop' instead of pressurizing, to help Cameroon and Nigeria negotiate further to resolve the matter peacefully.¹⁰³

International pressure could be manifested further in form of economic sanctions. It is obvious that the more states that apply sanctions, the more effective it will be. When Libya failed to cooperate in the investigation of Lockerbie incidents demanded by SC Resolution 731 and 748 (both in 1992), the SC resorted to economic sanctions and travel bans towards Libya through SC Resolution 883 (1993). This is an example of enforcement by the SC, but seeing how the sanction was carried out it is also an example of enforcement by the international community. SC Resolution 883 (1993) imposed obligation to do sanctions to the all states.¹⁰⁴ Due to this international sanction, Libya decided to cooperate.¹⁰⁵

Sanctions need not to be committed by the international community through the UN. An example to that would be the sanctions against Myanmar due to the reign of the Junta military who were violating human rights by oppressing their own people. These various forms of sanctions were applied by the EU, USA, Canada, Japan,¹⁰⁶ and Australia.¹⁰⁷ After

¹⁰⁰ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, 1. C. J. Reports 2002, p. 303

¹⁰¹ Aloysius P. Llamzon, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", *European Journal of International Law*, Vol. 18 No.5, (2008), pp.815-852, at p.836

¹⁰² *Ibid.*, pp.836-837

¹⁰³ *Ibid.*, p.837

¹⁰⁴ See particularly Operative Clauses 3 and 6

¹⁰⁵ Note 1, p. 312

¹⁰⁶ ALTSEAN Burma.Ready, Aim, Sanction. *Special Report November 2003* (found at <http://www.altsean.org/Docs/PDF%20Format/Special%20Reports/Ready%20Aim%20Sanction.pdf> accessed at 10 March 2014 at 11.51pm)

¹⁰⁷ Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade Official Website. *Burma Country Brief* (found at http://www.dfat.gov.au/geo/burma/burma_brief.html accessed at 10 March 2014 at 11.53pm)

significant progress in Burma (e.g. proper elections, democratic regime), some of these sanctions were lifted.¹⁰⁸

Shortcomings of Enforcement by the International Community

The weakness of international pressure lies in the basic construction of the system. As previously mentioned, states will only do what is best in their interest, and sometimes obeying rules are not in their best interest. The idea of enforcement in any case is to construct the situation in such a way that it is no longer in the state's best interest to break the rules.¹⁰⁹

However, not all members of the international community can actually give any significant effect to actually pressure the particular state. An example to that would be the *Land and Maritime Boundary Case*. Surely, if very small states like Vanuatu apply the most stringent sanction, it is hard to imagine that there will be any actual effects. This is perhaps why it had to be the UK, France, and the USA that took part in the pressures. The more serious effect, though, would be in the fact that the attempts of an overwhelming majority can be thwarted by a very small minority (in quantity).

The situation where that could happen is when the law is violated by a very powerful state, or an ally to that very powerful state. It has been shown in the previous subsection how the USA can succumb to international pressure at times, but in the section of *Enforcement by "Authorities"* we have seen how the USA still refused to comply with the *Nicaragua Case* judgement despite a GA Resolution passed against them. Another example is how China could get away with all the human rights abuses that it has done (e.g. the Tiananmen massacre), not only because it has veto rights in the SC, but also because they are such a big international superpower so that they could just ignore the pressure, or claiming to take 'commitments' but without any concrete results.¹¹⁰

¹⁰⁸ Wall Street Journal. *Sanctions Lifted Against Myanmar*, 22 April 2013 (found at <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887323735604578438632149787290> accessed at 11 March 2014 at 00.10am)

¹⁰⁹ Note 41, p.28-29

¹¹⁰ Sonia Cardenas, "Norm Collision: Explaining the Effects of International Human Rights Pressure on State Behavior", *International Studies Review*, Vol.6, No.2 (2004), pp. 213-231, at p.226

Conclusion

This essay has displayed how enforcement exists in international law. Such enforcement comes in two ways: through “authority” regimes formed through treaties, such as the WTO and the UN, or without “authority” regimes, such as enforcement by individual states or the international community as a whole.

However, it is also found that each of these means of enforcements has their shortcomings which may hinder their effectiveness. Enforcement by “authority” regimes may rely on support of the international community and, depending on the construction of that “authority” (e.g. veto rights, etc), certain individual states as well. On the other hand, enforcement by unilateral actions by individual states also has its weaknesses. Enforcement by individual states can be very highly influenced by that state’s own (unlawful) interest, can be thwarted due to different legal interpretations by the “authority” regime or international community, and only works depending on the strength of that particular state. The international community, when acting as a whole, may seem to be very strong in enforcing international law. However, due to either the construction of the “authority” regimes or the political power of that particular individual state, enforcements by the international community can be thwarted too.

Bibliography

- van Apeldoorn,L. J. *Pengantar Ilmu Hukum* (translated from *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2008).
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832. (found at <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/AustinJohnTheprovinceofjurisprudence-determined1832.pdf>, accessed 3 March 2014, 9.24 pm)
- Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, Inc, New York, 1984.
- Bellamy, Alex, “International Law and the War in Iraq”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4, No.2, 2003.
- Bianchi, Andrea, “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, *European Journal of International Law*, Vol.10, 1999.
- Bossche, Peter Van den. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases, and Materials*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- Boyle, Alan and Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, New York, 2007.

- Cardenas, Sonia, "Norm Collision: Explaining the Effects of International Human Rights Pressure on State Behavior", *International Studies Review*, Vol. 6, No. 2, 2004.
- Caron, David D., "The Legitimacy Of The Collective Authority Of The Security Council", *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993.
- Charnovitz, Steve, "Rethinking WTO Sanctions", *The American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 4, 2001.
- Darcy, Shane, "The Evolution Of The Law Of Belligerent Reprisals", *Military Law Review*, Vol. 175, 2003.
- Doswald-Beck, Louis, and Jean-Marie Haenckarts, *ICRC Customary International Humanitarian Law Vol I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Fischer-Lescano, Andreas and Gunther Teubner, "Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law*, Vol.25, 2004.
- Gardner, Bryan A. (ed.), *Blacks Law Dictionary* (9th ed.), St. Paul, MN, West, 2009.
- Golding, Martin P, and William A. Edmundson (eds). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2005.
- Goldsmith, Jack L. and Eric A. Posner. *The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005.
- Guizot, M., *A Popular History of France from the Earliest Times: Vol II*. Boston: Dana Estes & Charles E. Lauriat.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law (Second Edition)*, Oxford University Press, New York, 1994.
- Hathaway, Oona and Scott J. Shapiro, "Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law", *Yale Law Journal*, Vol. 121, No. 2, 2011.
- Kerwin, Gregory J., "The Role of United Nations General Assembly Resolutions in Determining Principles of International Law in United States Courts", *Duke Law Journal*, Vol.32, No. 4, 1983.
- Kuhli, Milan and Klaus Gunther,"Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *German Law Journal*, Vol. 12 No. 5, 2011.
- Llamzon, Aloysius P., "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice" *European Journal of International Law*, Vol. 18 No.5, 2008.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum* (Edisi Revisi), Penerbit Kencana, Rawamangun, 2005.
- Paliwoda, Daniel, "Review of The Eagle Unbowed: Poland and the Poles in the Second World War", *Military Review*, Vol. 93, No. 2, 2013.
- Pellet, Alain, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law Making", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1992.

duPlessis, Max, TiyanjanaMaluwa, and Annie O'Reilly. *Africa and the International Criminal Court* (found at http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/0713pp_iccafrica.pdf accessed 4 March 2014 at 4.08 am)

Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict No. A/HRC/12/48, 25 September 2009

Sarsar, Saliba, "The Question of Palestine and United States Behavior at the United Nations", *International Journal of Politics, Culture, and Society*, Vol. 17, No. 3, 2004.

Sharp, Jeremy M..U.S. Foreign Aid to Israel.*Congressional Research Service Report for Congress*, 12 March 2012 (Found at <http://fpc.state.gov/documents/organization/187412.pdf> accessed 9 March 2014 at 2.33am)

Shaw, Malcom, *International Law (Sixth Edition)*, Cambridge University Press, New York, 2008.

Tanzi, Attila,"Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations", *European Journal of International Law*, Vol . 6, 1995.

Wartel, Eva, "Humanitarians and their moral stance in war: the underlying values", *International Review of the Red Cross*, Vol.91, No. 876, 2009.

Watts, Sean. Reciprocity and the Law of War.*Harvard International Law Journal*, Vol. 50, No. 2, 2009.

Weiss, Martin A., Arab League Boycott of Israel.*Congressional Research Service Report for Congress*, 19 December 2013 (Found at <https://www.fas.org/sgp/crs/mideast/RL33961.pdf> accessed 8 March 2014 at 11.46pm)

Yoo, John, "International Law and the War in Iraq", *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003.

Charter of the United Nations (1945)

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)

Guidelines on the Eligibility of Israeli Entities and Their Activities in the Territories Occupied by Israel Since June 1967 for Grants, Prizes and Financial Instruments Funded by the EU from 2014 Onwards (2013/C 205/05)

International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (1966)

Rome Statute of the International Criminal Court (1998)

Statute of the International Court of Justice (1946)

Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes or Dispute Settlement Understanding (1994)

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April1993, I.C.J. Reports 1993.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970.

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2002.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986.

Prosecutor v. Kupreskic, Trial Judgement, at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (2000)

Prosecutor v. Tadic, Trial Chamber Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, and Appeals Chamber Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (1995)

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012.

R. v Bow Street Stipendiary Magistrate Ex. P. Pinochet Ugarte (No. 3) [2000] 1 A.C. 147

S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (Ser. A) No.10 (Sept. 7)

WTO Dispute Settlement Appellate Body in Case No. WT/DS26/AB/R – WT/DS48/AB/R, 16 January 1998

WTO Dispute Settlement Body Case No. WT/DS18/R, 12 June 1998

WTO Dispute Settlement Body Case No. WT/DS26/R/USA, 18 August 1997

UN Commission on Human Rights Resolution No. 2001/33

UN General Assembly Resolution No. 1803 (1962)

UN General Assembly Resolution No. 2546 (1969)

UN General Assembly Resolution No. 3171 (1973)

UN General Assembly Resolution No. 3201 (1974)

UN General Assembly Resolution No. 3281 (1974)

UN General Assembly Resolution No. 43/54 (1988)

UN General Assembly Resolution No. A/RES/41/31 (1986)

UN Security Council Resolution No. 418 (1977)

UN Security Council Resolution No. 665 (1990)
UN Security Council Resolution No. 672 (1990)
UN Security Council Resolution No. 678 (1990)
UN Security Council Resolution No. 687 (1991)
UN Security Council Resolution No. 731 (1992)
UN Security Council Resolution No. 748 (1992)
UN Security Council Resolution No. 757 (1992)
UN Security Council Resolution No. 819 (1993)
UN Security Council Resolution No. 827 (1993)
UN Security Council Resolution No. 883 (1993)
UN Security Council Resolution No. 1333 (2000)
UN Security Council Resolution No. 1593 (2005)
UN Security Council Resolution No. 1737 (2006)
UN Security Council Resolution No. 1970 (2011)

ALTSEAN Burma.Ready, Aim, Sanction. *Special Report November 2003* (found at <http://www.altsean.org/Docs/PDF%20Format/Special%20Reports/Ready%20Aim%20Sanction.pdf> accessed at 10 March 2014 at 11.51pm)

Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade Official Website. *Burma Country Brief* (found at http://www.dfat.gov.au/geo/burma/burma_brief.html accessed at 10 March 2014 at 11.53pm)

BBC News. *Pinochet Set Free*, 2 March 2000 (Found at <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/663170.stm> accessed 8 March 2014, 11.17pm)

ICRC Official Website. Ratification of the Additional Protocols by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (found at <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jp54.htm> accessed 6 March 2014, 10.05am)

Official Website of Israel Military Industry (<http://imi-israel.com/home/doc.aspx?mCatID=68506> accessed at 9 March 2014 at 2.40am)

Official Website of Israel Weapon Industry (<http://www.israel-weapon.com/default.asp?catid=%7BFF7A51A4-4AF9-410D-A2B0-860E9D4F6D2F%7D> accessed at 9 March 2014 at 2.31am)

Official Website of the WTO. *Members and Observers* (found at http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm accessed 12 March 2014 at 7.16pm)

Official Website of the WTO. *Principles of the Trading System* (found at http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#seebox accessed 20 February 2014)

Resolutions adopted by the GA at its 41st Session (found at http://www.un.org/depts/dhl/resguide/r41_en.shtml accessed 4 March 2014, at 3.02am)

Security Council Veto List (found at http://www.un.org/depts/dhl/resguide/scact_veto_en.shtml accessed 4 March 2014 at 3.27am)

The Economist, *Sanctions Against Israel: A Campaign That Is Gaining Weight*, 8 February 2014 (Found at <http://www.economist.com/news/middle-east-and-africa/21595948-israels-politicians-sound-rattled-campaign-isolate-their-country> accessed 9 March 2014 at 00.15am)

The Guardian, *Ten Days to War*, 8 March 2008 (found at <http://www.theguardian.com/world/2008/mar/08/iraq.unitednations> accessed 9 March 2014 at 3.16am)

UN Security Council Meeting Record S/PV.2718, 28 October 1986 (found at http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.2718 , accessed 4 March 2014, 2.51am)

Wall Street Journal. *Sanctions Lifted Against Myanmar*, 22 April 2013 (found at <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887323735604578438632149787290> accessed at 11 March 2014 at 00.10am).

Hak Politik Tentara Nasional Indonesia dan Kepolisian Negara Republik Indonesia Pasca Reformasi

Ni'matul Huda

Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Jl. Tamansiswa No. 158 Yogyakarta

penerbitan.fh@uui.ac.id

Abstract

The government policy to temporarily 'postpone' the voting right of the army and police after the reform has become an interesting topic of discussion among the people. This study discussed: first, what are the implications of the political and state administration reform 1998 on the national army dual function? This study was a normative research using primary and secondary research materials. This study employed statute and historical approaches. This study concluded that first, the implications of the political and state administration reform 1998 on the national army dual function were the institutional separation between army and police, the abolishment of army membership in People's Consultative Assembly, and the temporary postponement of voting right of national army and police until General Election of 2014. Second, national army and police were not allowed to use their rights to vote in the General Election after the reform due to the fact that the dual function of army during the New Order had weakened the democracy functions.

Key words : Political right, reform

Abstrak

Kebijakan pemerintah yang 'menunda' sementara penggunaan hak pilih TNI dan Polri pasca reformasi menjadi perbincangan menarik di masyarakat. Penelitian ini mengkaji: *pertama*, apa implikasi reformasi politik dan ketatanegaraan 1998 terhadap dwifungsi ABRI? *Kedua*, mengapa TNI dan Polri tidak diperkenankan untuk menggunakan hak pilihnya dalam Pemilu pasca reformasi? Penelitian ini merupakan penelitian normatif. Bahan yang digunakan dalam penelitian ini bersumber dari bahan hukum primer dan sekunder, dengan pendekatan perundang-undangan dan pendekatan historis. Penelitian ini menyimpulkan, *pertama*, implikasi reformasi politik dan ketatanegaraan 1998 terhadap dwifungsi ABRI adalah dipisahkannya TNI dan Polri secara kelembagaan, dihapuskannya keanggotaan ABRI di MPR, serta adanya penundaan sementara penggunaan hak pilih TNI dan Polri hingga Pemilu 2014. *Kedua*, TNI dan Polri tidak diperkenankan untuk menggunakan hak pilihnya dalam Pemilu pasca reformasi dilatarbelakangi oleh kebijakan dwifungsi ABRI di masa Orde Baru yang merusak sendi-sendi demokrasi.

Kata kunci: Hak politik, reformasi

Pendahuluan

Selama pemerintahan Orde Baru, TNI dan Polri yang menyatu dalam ABRI, telah terjadi dominasi militer pada hampir di semua aspek kehidupan berbangsa dan bernegara. Militer juga difungsikan sebagai pilar penyangga kekuasaan. Konsep ini muncul sebagai dampak dari implementasi konsep dwifungsi ABRI yang telah menjelma menjadi multifungsi. Akibatnya peran ABRI dalam kehidupan bangsa telah melampaui batas-batas konvensional keberadaannya sebagai alat negara di bidang pertahanan dan keamanan. Integrasi status Polri yang berwatak sipil ke dalam tubuh ABRI dapat dikatakan sebagai pengingkaran terhadap prinsip demokrasi.¹

Pengukuhan ABRI sebagai kekuatan sosial politik baru terjadi secara legal formal setelah keluarnya UU No. 20 Tahun 1982 tentang Ketentuan Pokok Pertahanan Keamanan Negara. Lahirnya UU ini untuk lebih memantapkan landasan hukum dwifungsi ABRI, yang sebelumnya hanya diatur dalam Ketetapan MPR. Dalam UU No. 20 Tahun 1982 ditegaskan bahwa pengaturan peran sosial politik ABRI adalah sebagai kekuatan sosial yang bertindak selaku dinamisator dan stabilisator. Hal ini sebenarnya merupakan sebuah *contradiction in terminis*, karena bagaimana mungkin dinamisator dan stabilisator sekaligus dipegang oleh orang yang sama.

Setidak-tidaknya ada dua pasal yang mendukungnya. Pasal 26 menyebutkan, Angkatan Bersenjata mempunyai fungsi sebagai kekuatan pertahanan keamanan dan sebagai fungsi kekuatan sosial. Pasal 28 ayat (1) menegaskan, Angkatan Bersenjata sebagai kekuatan sosial bertindak selaku dinamisator dan stabilisator yang bersama-sama kekuatan sosial lainnya memikul tugas dan tanggungjawab mengamankan dan mensukseskan perjuangan bangsa dalam mengisi kemerdekaan. Sementara itu dalam ayat (2) menyatakan, bahwa dalam melaksanakan fungsi sosial, Angkatan Bersenjata diarahkan agar secara aktif mampu meningkatkan dan memperkokoh ketahanan nasional dengan ikut serta dalam pengambilan keputusan mengenai masalah kenegaraan dan pemerintahan, serta mengembangkan Demokrasi Pancasila dan kehidupan konstitusionil berdasarkan UUD 1945.²

Berdasarkan legalitas ini maka ABRI tampil sebagai kekuatan yang mendominasi pemerintahan Orde Baru. *Day-to-day politics* menyebabkan keterlibatan

¹ Muh. Fajrul Falaakh, dkk (Tim Penulis), *Implikasi Reposisi TNI-Polri di Bidang Hukum*, FH UGM, Yogyakarta, 2001, hlm. 250.

² *Ibid.*, hlm. 254-255.

ABRI di bidang sosial politik lebih menonjol ketimbang perannya sebagai alat negara di bidang pertahanan dan keamanan negara. Atas nama stabilitas dan pengamanan terhadap Pancasila dan UUD 1945, ABRI telah mendominasi hampir semua relung kehidupan bernegara yang bersifat non-militer, dari tingkat pusat sampai tingkat daerah.³

Di lapangan politik, lembaga legislatif yang identik dengan pemilihan umum, pada masa Orde Baru, Pemilu pertama digelar pada 1971. TNI dan Polri (ABRI) tidak menggunakan hak pilihnya, tetapi ABRI diberi kompensasi jatah satu fraksi di DPR/MPR (100 orang) dan DPRD. Pengkaplingan jabatan-jabatan sipil oleh ABRI ini sangat mempersempit ruang gerak sipil untuk berperan pada jabatan-jabatan yang merupakan domainnya. Dengan demikian, keputusan-keputusan penting dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara banyak yang lahir dari tangan militer.⁴

Keterlibatan ABRI dalam dunia politik di era Orde Baru merupakan implementasi dari pelaksanaan dwifungsi ABRI. Artinya, selain fungsi pertahanan dan keamanan, TNI juga memainkan fungsi sosial politik. Di samping itu, ABRI juga bermain di jabatan pemerintahan pusat hingga di daerah, bahkan menjadi anggota kabinet.

Reformasi politik pada Mei 1998 telah membawa berbagai perubahan mendasar dalam kehidupan bernegara dan berbangsa Indonesia. *Pertama*, sejak jatuhnya Soeharto kita tidak lagi memiliki seorang pemimpin sentral dan menentukan. Munculnya pusat-pusat kekuasaan baru di luar negara, telah menggeser kedudukan seorang Presiden RI dari penguasa yang hegemonik dan monopolistik menjadi kepala pemerintahan biasa, yang sewaktu-waktu dapat digugat dan bahkan diturunkan dari kekuasaannya. *Kedua*, munculnya kehidupan politik yang lebih liberal, telah melahirkan proses politik yang juga liberal. *Ketiga*, reformasi politik juga telah mempercepat pencerahan politik rakyat. Semangat keterbukaan yang dibawanya telah memperlihatkan kepada publik betapa tingginya tingkat distorsi dari proses penyelenggaraan negara. *Keempat*, pada tataran lembaga tinggi negara, kesadaran untuk memperkuat proses *checks and balances* antara cabang-cabang kekuasaan telah berkembang sedemikian rupa, sampai melampaui konvensi yang selama ini dipegang – yakni “*asas kekeluargaan*” di dalam penyelenggaraan negara.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, hlm. 256.

Kelima, reformasi politik telah mempertebal keinginan sebagian elite berpengaruh dan publik politik Indonesia untuk secara sistematik dan damai melakukan perubahan mendasar dalam konstitusi RI.⁵

Respon militer terhadap kuatnya tekanan masyarakat atas reformasi militer adalah diajukannya sejumlah perubahan organisasi TNI. Di antara perubahan tersebut meliputi: pemisahan Polri dari ABRI; perubahan staf sosial politik menjadi staf teritorial; penghapusan kekaryaan ABRI melalui pensiun atau alih status; pengurangan Fraksi ABRI di DPR, DPRDI/II. Selain kebijakan pengurangan jumlah anggota Fraksi ABRI di DPR/DPRD yang melibatkan proses negosiasi yang cukup ketat di DPR, kebijakan-kebijakan lainnya terkait perubahan organisasi tampaknya dirumuskan dan ditentukan oleh ABRI sendiri. ABRI memperkenalkan paket perubahan dimaksud sebagai implementasi dari apa yang mereka sebut sebagai “Paradigma Baru” ABRI.⁶

Sebagai akibat dari berbagai tuntutan tersebut akhirnya pemerintah mengambil sikap politik bahwa TNI dan Polri tidak boleh melakukan politik praktis yang dituangkan dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Muncul berbagai permasalahan, apakah larangan tersebut tidak bertentangan dengan demokrasi dan HAM? Mengapa pemerintah sampai mengambil tindakan tegas untuk menangguhkan hak pilih TNI dan Polri? Sampai kapan penangguhan tersebut?

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah yang diuraikan di atas, maka dirumuskan permasalahan yang hendak diteliti sebagai berikut. *Pertama*, apa implikasi reformasi politik dan ketatanegaraan 1998 terhadap dwifungsi ABRI? *Kedua*, mengapa TNI dan Polri tidak diperkenankan untuk menggunakan hak pilihnya dalam Pemilu pasca reformasi?

⁵ Indria Samego, *Perubahan Politik dan Amandemen UUD 1945*, Makalah dalam Seminar dan Lokakarya Nasional “Evaluasi Kritis Atas Proses dan Hasil Amandemen UUD 1945” yang diselenggarakan Keluarga Alumni Universitas Gadjah Mada Yogyakarta, 8-10 Juli 2002.

⁶ Donni Edwin, “Reformasi Militer Kepemimpinan Sipil vs Tentara” dalam AE Priyono dkk (Tim Penulis), *Warisan Orde Baru*, Institut Studi Arus Informasi bekerjasama Universitas Melbourne dan AusAid, Jakarta, 2005, hlm. 75.

Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengetahui dan menganalisis: *Pertama*, implikasi reformasi politik dan ketatanegaraan 1998 terhadap dwifungsi ABRI. *Kedua*, latar belakang TNI dan Polri tidak diperkenankan untuk menggunakan hak pilihnya dalam Pemilu pasca reformasi.

Metode Penelitian

Objek di dalam penelitian ini adalah reformasi politik dan ketatanegaraan serta implikasinya terhadap hak politik TNI dan Polri pasca reformasi. Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan permasalahan yang diteliti, terutama UUD 1945, Ketetapan MPR No. VI/MPR/2000 tentang Pemisahan TNI dan Polri, Ketetapan MPR No. VII/MPR/2000 tentang Peran TNI dan Peran Polri, Undang-Undang No. 3 Tahun 1999 tentang Pemilu, UU No. 4 Tahun 1999 tentang Susunan dan Kedudukan MPR, DPR dan DPRD, UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, UU No. 34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia, UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum DPR, DPD dan DPRD, UU No. 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum DPR, DPD dan DPRD.

Bahan hukum sekunder berupa buku-buku literatur, disertasi, jurnal yang relevan, risalah-risalah sidang DPR, tulisan-tulisan ilmiah, hasil-hasil seminar, penelitian terdahulu, artikel, dan lain-lain. Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu mendekati permasalahan yang diteliti dari sudut pandang hukum positif, dan pendekatan historis (*historical approach*) untuk melihat perjalanan historis kebijakan mengenai hak pilih dan dipilih TNI dan Polri dalam sejarah Indonesia pasca reformasi. Teknik pengumpulan bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah studi kepustakaan, yaitu mengkaji berbagai peraturan perundang-undangan atau literatur-literatur yang berhubungan dengan permasalahan yang diteliti berupa: UUD 1945, Ketetapan MPR No. VI/MPR/2000 tentang Pemisahan TNI dan Polri, Ketetapan MPR No. VII/MPR/2000 tentang Peran TNI dan Peran Polri, Undang-Undang No. UU No. 3 Tahun 1999 tentang Pemilu, UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, UU

No. 34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia, UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD, UU No. 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum DPR, DPD dan DPRD. Dalam penelitian ini, bahan-bahan yang terkumpul akan disistematisasi dan dianalisis secara kualitatif. Sistematisasi berarti membuat klasifikasi terhadap bahan-bahan hukum tersebut untuk memudahkan pekerjaan analisis dan konstruksi.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Teori Demokrasi

Sejarah tentang paham demokrasi itu menarik; sedangkan sejarah tentang demokrasi itu sendiri menurut Held membingungkan.⁷ Ada dua fakta historis yang penting. “*Pertama*, hampir semua orang pada masa ini mengaku sebagai demokrat. Beragam jenis rezim politik di seluruh dunia mendeskripsikan dirinya sebagai demokrasi. Namun demikian, apa yang dikatakan dan diperbuat oleh rezim yang satu dengan yang lain sering berbeda secara substansial. Demokrasi kelihatannya melegitimasi kehidupan politik modern: penyusunan dan penegakan hukum dipandang adil dan benar jika ‘demokratis’. Pada kenyataannya tidak selalu demikian. Dari zaman Yunani kuno hingga sekarang mayoritas teoretikus di bidang politik banyak melontarkan kritik terhadap teori dan praktik demokrasi. Komitmen umum terhadap demokrasi merupakan fenomena yang terjadi baru-baru ini saja. *Kedua*, sementara banyak negara pada saat ini menganut paham demokrasi, sejarah lembaga politiknya mengungkap adanya kerapuhan dan kerawanan tatanan demokrasi. Sejarah Eropa pada abad ke-20 sendiri menggambarkan dengan jelas bahwa demokrasi merupakan bentuk pemerintahan yang sangat sulit untuk diwujudkan dan dijaga: Fasisme, Nazisme, dan Stalinisme hampir saja menghancurnyanya. Demokrasi telah berkembang melalui perlawanan sosial yang intensif. Demokrasi juga sering dikorbankan dalam perlawanan serupa.”

Demokrasi merupakan asas dan sistem yang paling baik di dalam sistem politik dan ketatanegaraan kiranya tidak dapat dibantah. Khasanah pemikiran dan preformansi politik di berbagai negara sampai pada satu titik temu tentang ini:

⁷ David Held, *Models of Democracy*, diterjemahkan oleh Abdul Haris, Akbar Tandjung Institute, Jakarta, 2007, hlm. xxiii.

demokrasi adalah pilihan terbaik dari berbagai pilihan lainnya. Sebuah laporan studi yang disponsori oleh salah satu organ PBB yakni UNESCO pada awal 1950-an menyebutkan bahwa tidak ada satu pun tanggapan yang menolak “demokrasi” sebagai landasan dan sistem yang paling tepat dan ideal bagi semua organisasi politik dan organisasi modern. Studi yang melibatkan lebih dari 100 orang sarjana barat dan timur itu dapat dipandang sebagai jawaban yang sangat penting bagi studi-studi tentang demokrasi.⁸

Hampir semua teoritis – bahkan sejak zaman klasik – selalu menekankan bahwa sesungguhnya yang berkuasa dalam demokrasi itu adalah rakyat atau *demos*, *populus*. Oleh karena itu, selalu ditekankan peranan *demos* yang senyatanya dalam proses politik yang berjalan. Paling tidak, dalam dua tahap utama: *pertama*, agenda *setting*, yaitu tahap untuk memilih masalah apa yang hendak dibahas dan diputuskan; *kedua*, *deciding the outcome*, yaitu tahap pengambilan keputusan.⁹

Berangkat dari pemaknaan yang sama dan karenanya universal, demokrasi substansial, telah memberikan daya pikat normatif. Bahwa dalam demokrasi, mestinya berkembang nilai kesetaraan (egalitarian), keragaman (pluralisme), penghormatan atas perbedaan (toleransi), kemanusiaan atau penghargaan atas hak-hak asasi manusia, “kebebasan”, tanggungjawab, kebersamaan, dan sebagainya. Secara substantif demokrasi melampaui maknanya secara politis.¹⁰

Di sisi lain, sebagai suatu sistem politik, demokrasi juga mengalami perkembangan dalam implementasinya. Banyak model demokrasi hadir di sini, dan itu semua tidak lepas dari ragam perspektif pemaknaan demokrasi substansial. Yang menjadikan demokrasi berkembang ke dalam banyak model, antara lain karena terkait dengan kreativitas para aktor politik di berbagai tempat dalam mendesain praktik demokrasi prosedural sesuai dengan kultur, sejarah dan kepentingan mereka.

Dalam sejarah teori demokrasi terletak suatu konflik yang sangat tajam mengenai apakah demokrasi harus berarti suatu jenis kekuasaan rakyat (suatu bentuk politik di mana warganegara terlibat dalam pemerintahan sendiri dan pengaturan sendiri) atau suatu bantuan bagi pembuatan keputusan (suatu cara

⁸ Afan Gaffar, “Kualitas Pemilu Menentukan Kualitas DPR, Sebuah Sketsa”, “Pengantar” dalam Dahlan Thaib dan Ni'matul Huda (ed.), *Pemilu dan Lembaga Perwakilan Dalam Ketatanegaraan Indonesia*, Jurusan HTN Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1992, hlm. vi.

⁹ Afan Gaffar, *Politik Indonesia; Transisi Menuju Demokrasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1999, hlm. 6.

¹⁰ Akbar Tandjung, “Kata Pengantar”, dalam David Held, *Op.Cit.*, Hlm. x.

pemberian kekuasaan kepada pemerintah melalui pemberian suara secara periodik). Konflik inti telah memunculkan tiga jenis atau model pokok demokrasi.¹¹ Pertama, demokrasi partisipatif atau demokrasi langsung, suatu sistem di mana pengambilan keputusan tentang permasalahan umum melibatkan warga negara secara langsung. Ini adalah tipe demokrasi "asli" yang terdapat di Athena kuno, di antara tempat-tempat yang lain (seperti yang diuraikan di atas). Kedua, demokrasi liberal atau demokrasi perwakilan, suatu sistem pemerintahan yang menggunakan 'pejabat' yang dipilih untuk 'mewakili' kepentingan atau pendapat warga negara dalam daerah-daerah yang terbatas sambil tetap menjunjung tinggi 'aturan hukum'. Ketiga, demokrasi yang didasarkan atas model satu partai (meskipun sementara orang mungkin meragukan apakah hal ini merupakan suatu model demokrasi juga).

Setiap tahap pergantian rezim selalu mengandung harapan-harapan baru berupa kehidupan yang lebih demokratis dibandingkan dengan pemerintahan sebelumnya. Jatuhnya Orde Lama yang digantikan Orde Baru, yang ditandai dengan ikutsertanya para teknokrat dari dunia akademis di pemerintahan, pada mulanya membawa angin segar dan harapan baru dalam kehidupan politik di Indonesia. Namun akibat inkonsistensi dalam sikap dan pemikiran dalam menegakkan nilai-nilai dasar demokrasi, pada akhirnya Orde Baru terseret dalam praktek-praktek pemerintahan pragmatis dan otoriter. Akibatnya hukum ditundukkan untuk mengabdi kepada sistem kekuasaan represif.

Michael van Langenberg menilai Orde Baru sejak 1965/1966 telah membangun sistem negara yang hegemonik, dengan formulasi ideologi sebagai tiang utamanya. Dengan demikian dasar dari konstruksi hegemoni negara adalah ketertiban, stabilitas, dan keamanan nasional.¹²

HAM Bidang Politik

Selama Orde Baru, HAM sipil dan politik banyak dilanggar dengan alasan untuk menjaga stabilitas politik demi kelancaran pembangunan ekonomi, korupsi, kolusi dan nepotisme merajalela, penyalahgunaan kekuasaan meluas, hukum merupakan subordinasi dari kekuasaan politik, dan campur tangan eksekutif terhadap kekuasaan kehakiman sudah menjadi cerita biasa. Beberapa keputusan

¹¹ David Held, *Demokrasi & Tatanan Global Dari Negara Modern Hingga Pemerintahan Kosmopolitan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2004, hlm. 5-6.

¹² Michael van Langenberg, *Negara Orde Baru: Bahasa, Ideologi, Hegemoni*, dalam Yudi Latif dan Idi Subandy (ed.), *Bahasa dan Kekuasaan Politik Wacana di Panggung Orde Baru*, Cet. Kedua, Mizan, Bandung, 1996, hlm. 225.

Mahkamah Agung jelas-jelas memperlihatkan pemihakannya terhadap kekuasaan, meski dengan akibat merugikan rakyat kecil, kebenaran dan keadilan sering dikesampingkan dengan alasan demi persatuan dan kesatuan bangsa, demi Pancasila, demi kepentingan umum, demi asas kekeluargaan dan sebagainya, meski itu merugikan HAM.¹³

Terdapat pula sikap ambivalen akibat pengaruh universal dan global yang mengharuskan penguasa untuk mengadopsi kecenderungan internasional yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab, seperti tercermin pada kasus – untuk menyebut beberapa – diundangkannya UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, UU No. 5 Tahun 1986 tentang PTUN dan terbentuknya Komnas HAM dengan Keppres No. 50 Tahun 1993 jo UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM yang membawa pesan-pesan demokratis.

Maraknya aktivitas pelbagai LSM yang bergerak di bidang studi dan advokasi hukum serta HAM, turut pula memberikan kontribusinya sendiri. Cukup lama kita merasakan bahwa wajah hukum kita berwajah ganda. Tidak dapat disangkal bahwa di samping krisis ekonomi yang dahsyat, sebenarnya langkah-langkah ambivalen tersebut merupakan rahmat tersembunyi (*blessing in disguise*) dan turut andil dalam kejatuhan Orde Baru.¹⁴

Derap reformasi yang mengawali lengsernya Orde Baru pada awal tahun 1998 pada dasarnya merupakan gerak kesinambungan yang merefleksikan komitmen bangsa Indonesia yang secara rasional dan sistematis bertekad untuk mengaktualisasikan nilai-nilai dasar demokrasi. Nilai-nilai dasar tersebut antara lain berupa sikap transparan dan aspiratif dalam segala pengambilan keputusan politik, pers yang bebas, sistem pemilu yang jujur dan adil, pemisahan TNI dan Polri, sistem otonomi daerah yang adil, dan prinsip *good governance* yang mengedepankan profesionalisme birokrasi lembaga eksekutif, keberadaan badan legislatif yang kuat dan berwibawa, kekuasaan kehakiman yang independen dan *impartial*, partisipasi masyarakat yang terorganisasi dengan baik serta penghormatan terhadap supremasi hukum.

Secara sadar pemerintah mengakui adanya “penyelewengan” hukum yang dilakukan oleh rezim masa lalu, sebagaimana yang tertuang dalam Ketetapan MPR

¹³ Muladi, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Pertama, The Habibie Center, Jakarta, 2002, hlm. 8-9.

¹⁴ *Ibid.*

No. X/MPR/1998 tentang Pokok-pokok Reformasi Pembangunan Dalam Rangka Penyelamatan dan Normalisasi Kehidupan Nasional Sebagai Haluan Negara, Bab II butir c, yang berbunyi sebagai berikut: "Selama tiga puluh dua tahun pemerintahan Orde Baru, pembangunan hukum khususnya yang menyangkut peraturan perundangan undangan organik tentang pembatasan kekuasaan Presiden belum memadai. Kondisi ini memberi peluang terjadinya praktek-praktek korupsi, kolusi, dan nepotisme serta memuncak pada penyimpangan berupa penafsiran yang hanya sesuai dengan selera penguasa. Telah terjadi penyalahgunaan wewenang, pelecehan hukum, pengabaian rasa keadilan, kurangnya perlindungan dan kepastian hukum bagi masyarakat."

Secara tegas koreksi terhadap penyelewengan Orde Baru juga dituangkan dalam Penjelasan Umum Bab III UU No. 25 Tahun 2000 tentang Program Pembangunan Nasional (Propenas) 2000-2004, yaitu:¹⁵ "Penegakan supremasi hukum berdasarkan nilai-nilai kebenaran dan keadilan serta penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia secara universal mengalami degradasi. Kondisi tersebut, antara lain disebabkan oleh pemerintahan pada masa lalu tidak mencerminkan aspirasi masyarakat dan kebutuhan pembangunan yang bersendikan hukum agama dan hukum adat... dalam pembangunan hukum."

Untuk itu, Pemerintah Orde Reformasi ingin melakukan penataan ulang arah kebijakan hukum nasional sebagaimana tertuang dalam GBHN 1999. Arah Kebijakan Hukum dalam GBHN 1999 disebutkan antara lain: "Menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbarui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaian dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi."

Perintah dari MPR melalui GBHN 1999 tersebut kemudian ditindaklanjuti dengan dikeluarkannya UU No. 25 Tahun 2000 tentang Program Pembangunan Nasional (Propenas) Tahun 2000-2004, dengan melakukan penyusunan dan pembentukan peraturan perundang-undangan yang aspiratif dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan adat melalui peningkatan peran Program Legislasi Nasional (Prolegnas).

Di tengah perubahan besar saat ini, ketika sejumlah anggota masyarakat Indonesia muncul dengan peran baru, kekuasaan tidak lagi menjadi milik segelintir

¹⁵ Lihat Undang-Undang RI Nomor 25 Tahun 1999 tentang Program Pembangunan Nasional (Prolegnas), tahun 1999-2004, LN 206, Bab III Pembangunan Hukum.

elite politik. Kekuasaan terbesar di banyak tempat dan kepada banyak orang. Mereka yang dulu lebih banyak pasif kini bangun mengambil prakarsa politik dan bertindak seolah mendapat mandat paling besar untuk menegakkannya.

Proses dialogis tentang format dan sistem berbangsa dan bernegara menuju demokrasi pun kini menjadi menu sehari-hari. Sayangnya, pada situasi seperti ini justru proses penegakan hukum masih saja mengalami banyak kendala. Bukan saja lantaran warisan sistem hukum yang buruk di masa lalu, situasi belakangan ini juga mendatangkan proses identifikasi politik baru bagi warga negara dengan segala klaimnya tentang hak dan kewajiban.

Dalam rezim hukum internasional HAM, hak politik, terutama hak untuk memilih dan dipilih, termasuk berpartisipasi dalam pemerintahan, merupakan hak dasar bagi setiap warga negara tanpa terkecuali. Hal ini juga telah ditegaskan dalam Pasal 27 ayat (1) UUD 1945. Pengurangan dan pembatasan terhadap hak untuk memilih dan dipilih, dengan berpedoman pada ketentuan Pasal 25 Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik, sebagaimana telah disahkan Indonesia melalui UU No. 12 Tahun 2005, dapat dibenarkan jika dilakukan dengan objektif dan masuk akal.

Apakah hak memilih dan dipilih untuk menjadi pejabat publik tertentu, termasuk anggota militer dan kepolisian dapat dikecualikan atau ditangguhkan? Sebagian ahli berpandangan hak memilih dan dipilih harus diberikan kepada setiap warga negara, tanpa terkecuali. Sementara sebagian ahli lainnya berpendapat, pengecualian atau penangguhan dapat dilakukan terhadap anggota militer, polisi, atau pejabat publik lainnya, sepanjang dengan alasan yang objektif dan masuk akal.

Pengecualian atau penangguhan hak memilih dan dipilih bagi anggota militer dan polisi, berangkat dari argumentasi bahwa tindakan tersebut merupakan ukuran yang diperlukan dan dibenarkan untuk memastikan netralitas administrasi Pemilu. Pandangan sebaliknya dikemukakan oleh para pendukung hak penuh bagi anggota militer dan polisi untuk berpartisipasi dalam Pemilu. Kelompok ini berpendapat, bahwa mendaftar dan memberikan suara bukanlah suatu tindakan politik. Pembatasan hanya boleh dilakukan untuk tidak menjadi anggota partai politik atau aktivis partai politik.¹⁶

Negara-negara di dunia juga beragam di dalam menerapkan ketentuan ini. Sebagian negara memberikan hak memilih dan dipilih secara penuh kepada anggota

¹⁶ Nur Rosihin Ana, "Hak Pilih Anggota TNI/Polri dalam Pemilu Presiden 2014", Majalah *Konstitusi*, No. 86-April 2014, hlm. 42.

militer atau polisi. Sebagian lagi hanya memberikan hak untuk memilih. Kemudian sebagian lainnya menangguhkan sama sekali. Negara-negara yang memberikan hak pilih kepada militer atau polisi yaitu Armenia, Australia, Belize, Bolivia, Bulgaria, Canada, China, Republik Czech, Perancis, Jerman, Israel, New Zealand, Nicaragua, Philippines, Poland, Russia, South Africa, Sweden, United Kingdom, United State, Venezuela, Ukraine, dan Vietnam. Sedangkan Negara-negara tanpa hak pilih bagi militer yaitu, Angola, Argentina, Brazil (di bawah pangkat sersan), Chad, Colombia, Republik Dominika, Ecuador, Guatemala, Honduras, Indonesia, Kuwait, Paraguay, Peru, Senegal, Tunisia, Turkey, Uruguay (di bawah pangkat kopral).¹⁷

Menurut jurisprudensi Putusan MK, pembatasan terhadap hak pilih seseorang, termasuk hak pilih TNI dan Polri juga sangat mungkin untuk dilakukan, yakni dalam Putusan MK No. 132/PUU-VII/2009 ihwal pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD, MK menyatakan:¹⁸ "Bawa berdasarkan perspektif original intent pembentuk UUD 1945, seluruh hak asasi manusia yang tercantum dalam Bab XA UUD 1945 keberlakuan dapat dibatasi (vide Pasal 28J ayat (2) UUD 1945) sebagai pasal penutup dari seluruh ketentuan yang mengatur tentang hak asasi manusia dalam Bab XA UUD 1945 tersebut. Berdasarkan penafsiran sistematis (*sistematische interpretatie*), hak asasi manusia yang diatur dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I UUD 1945 tunduk pada pembatasan yang diatur dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945."

Implikasi Reformasi Politik dan Ketatanegaraan terhadap Dwifungsi ABRI

Memperhatikan segala wacana mengenai reformasi akhir-akhir ini, reformasi yang dimaksudkan dan dikehendaki oleh massa awam di luar sistem kekuasaan pemerintahan dewasa ini adalah reformasi yang juga menjelaskan ranah yang lebih mandasar, yaitu moral politik dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Reformasi yang dicitakan adalah reformasi untuk menggerakkan perubahan yang secara strategis mendekonstruksi format lama dalam kehidupan bernegara yang cenderung otokratis ke wujud rekonstruktifnya yang baru, yang lebih demokratis. Inilah reformasi yang menggerakkan perubahan dari model kehidupan bernegara dengan kedaulatan yang cenderung dipusatkan di tangan penguasa tunggal yang

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 43.

¹⁸ Putusan MK No. 132/PUU-VII/2009 perihal Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD.

bersemayam di pusat, ke model kehidupan bernegara dengan kedaulatan yang lebih didistribusikan secara adil ke tangan rakyat (yang masing-masing harus diakui sebagai warga yang berkedudukan sama di hadapan hukum, tanpa kecualinya).

Penegasan bahwa Indonesia merupakan negara hukum, serta pernyataan bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka, mengandung spirit untuk tidak menjadikan hukum sebagai alat kekuasaan, menegakkan prinsip persamaan di depan hukum dan melindungi campur tangan baik yang bersifat internal maupun eksternal terhadap kekuasaan kehakiman dalam rangka mencegah dan menghindari kegagalan pencapaian keadilan.

Secara mendasar, gerakan reformasi harus diinterpretasikan sebagai suatu upaya yang terorganisir dan sistematis dari bangsa Indonesia untuk mengaktualisasikan nilai-nilai dasar demokrasi, yang disepanjang kekuasaan rezim Orde Baru terlanjur telah dimanipulasi dan diselewengkan. Berdasarkan interpretasi reformasi tersebut, maka agenda nasional harus difokuskan pada upaya pengembangan yang terus menerus terhadap ‘indeks demokrasi’ (*indices of democracy*). Indeks itu dapat dikelompokkan ke dalam empat aspek kehidupan berbangsa dan bernegara: *Pertama*, keberadaan sistem pemilihan umum yang bebas dan adil; *kedua*, keberadaan pemerintahan yang terbuka, akuntabel dan responsif; *ketiga*, pemajuan dan perlindungan hak-hak sipil dan politik seluruh warga tanpa kecuali; dan *keempat*, keberadaan masyarakat yang memiliki rasa percaya diri yang penuh.¹⁹

Secara konseptual dan strategis, ada empat pilar reformasi yang semestinya menjadi acuan dalam pembaharuan politik, ekonomi, sosial dan lain-lain, termasuk pembaharuan di bidang hukum. *Pertama*, mewujudkan kembali pelaksanaan demokrasi dalam segala peri kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Dalam demokrasi, rakyat adalah sumber dan sekaligus yang bertanggungjawab mengatur dan mengurus diri mereka sendiri. Setiap kekuasaan harus bersumber dan tunduk pada kehendak dan kemauan rakyat. *Kedua*, mewujudkan kembali pelaksanaan prinsip negara yang berdasarkan atas hukum.

Hukum adalah penentu awal dan akhir segala kegiatan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara untuk mewujudkan kebenaran dan keadilan bagi setiap orang. *Ketiga*, pemberdayaan rakyat di bidang politik, ekonomi, sosial dan lain-lain, sehingga terwujud kehidupan masyarakat yang mampu menjalankan tanggung

¹⁹ Muladi, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Pertama, The Habibie Center, Jakarta, 2002, hlm. 28-29.

jawab dalam bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. *Keempat*, mewujudkan kesejahteraan umum dan sebesar-besarnya kemakmuran atas dasar keadilan sosial bagi seluruh rakyat.²⁰

Demokrasi harus dikembangkan atas dasar saling percaya antara satu dengan yang lainnya, karena kalau tidak ada kepercayaan maka tidak dapat diharapkan banyak akan munculnya demokrasi. Kalau pemerintah tidak memiliki kepercayaan terhadap rakyat, pemerintah akan memonopoli kekuasaan yang ada, segala sesuatu diputuskan sendiri sementara rakyat ditinggalkan. Di samping itu, kita harus memperhatikan bahwa demokrasi juga mempersyaratkan sikap dan perilaku yang moderat serta taat aturan hukum. Kecenderungan ekstrimitas dalam sikap, jelas tidak akan mendukung bagi munculnya demokrasi.

Untuk itu, *pertama*, harus segera dirumuskan suatu strategi reformasi dan pemulihan yang terintegrasi dan komprehensif; *kedua*, terdapat kemauan politik yang kuat-khususnya dari para elit-untuk segera keluar dari krisis yang melelahkan; *ketiga*, harus selalu ada “tekanan sosial” (dalam arti positif) baik secara nasional maupun internasional; *keempat*, didukung oleh watak kepemimpinan yang profesional dan beretika pada semua tingkatan pemerintahan; *kelima*, keinginan dari organisasi internasional untuk mendukung reformasi harus sepenuhnya didasarkan atas semangat kemitraan; *keenam*, rekonsiliasi nasional untuk menyelesaikan berbagai masalah dan kasus-kasus yang dilakukan oleh rezim Orde Baru; *ketujuh*, komitmen untuk menjunjung prinsip supremasi hukum dan pemerintahan yang baik guna menjamin keadilan, keamanan dan kepastian berdasarkan hukum.²¹

Untuk mewujudkan demokrasi dalam segenap aspek kehidupan, maka substansi reformasi politik untuk demokrasi, meliputi unsur sistem politik dan aspek kehidupan politik.²² Aspek sistem politik yang memerlukan reformasi adalah struktur, kultur, proses, dan produknya. Struktur politik Orde Baru yang ditata berdasarkan pemuatan kekuasaan sehingga mengkondisikan sistem politik otoritarian, merupakan penghalang utama demokratisasi politik. Karenanya, struktur itu direformasi menjadi struktur, berdasarkan distribusi kekuasaan secara relatif berimbang. Tatapan itu hanya dimungkinkan oleh peran rakyat sebagai kekuatan politik. Peran birokrasi sipil dan militer selaku kekuatan politik, jelas dan terbukti melandasi sistem pemuatan

²⁰ Bagir Manan, “Kata Pengantar”, dalam buku Slamet Effendy Yusuf dan Umar Basalim, *Reformasi Konstitusi Indonesia Perubahan Pertama UUD 1945*, Pustaka Indonesia Satu, Jakarta, 2000, hlm. xviii.

²¹ Muladi, *Demokratisasi..., Op.Cit.*, hlm. 32.

²² Arbi Sanit, *Reformasi..., Op.Cit.*, hlm. 105.

kekuasaan. Karenanya, lembaga kenegaraan itu diperbarui lewat menetralisasikan posisi dan perannya terhadap tatanan kekuasaan.

Reformasi budaya politik dilakukan dengan cara menumbuhkan budaya politik kompetitif, di mana nilai dan kepentingan semua pihak diberikan perhatian yang lebih kurang seimbang, karena semua pihak dimaksudkan mengambil bagian secara aktif untuk berjuang secara rasional. Maka hirarki kekuasaan diganti dengan persamaan kedudukan para aktor politik, sehingga semua pihak harus berpikir dan bersikap secara rasional untuk menjamin penyelesaian konflik (masalah) secara adil dan benar.

Berdasarkan kombinasi tatanan kekuasaan yang terdistribusi secara relatif berimbang dengan budaya politik kompetitif rasional itulah direformasi pola proses politik supaya interaksi kekuasaan berlangsung secara terbuka dan kompetitif serta partisipatif, sehingga kejujuran politik terkondisikan. Akhirnya, reformasi kebijaksanaan publik diarahkan untuk mengubah dan meniadakan peraturan lama yang tidak relevan dengan demokrasi dan menciptakan kebijaksanaan baru yang diperlukan. Arahnya ialah menjadikan segenap kebijaksanaan publik supaya tepat menghadapi masalah dan bermanfaat secara adil bagi rakyat. Reformasi politik yang dicita-citakan seperti itu pada ujung-ujungnya tentulah akan menyangkut juga persoalan reformasi hukum, khususnya hukum konstitusi. Kalaupun bukan persoalan rumusan-rumusan formilnya, reformasi korektif itu tentulah berkenaan dengan pemaknaan interpretatifnya, dan sehubungan dengan hal itu, selanjutnya juga berkenaan dengan pelaksanaannya.²³

Reformasi sebagai suatu era dan dalam pengertian politis sebagai tatanan atau rezim, harus diartikan sebagai usaha sistematis dari bangsa Indonesia untuk mengaktualisasikan nilai-nilai dasar demokrasi; atau lebih luas lagi untuk mengaudit dan mengaktualisasikan indeks demokrasi yang pada orde lalu telah dimanipulasikan.²⁴ Reformasi menurut Mukthie Fadjar, bukan sekedar upaya menumbangkan Soeharto dari kursi kepresidenan, dan bukan pula sekedar upaya untuk mengikis habis KKN. Reformasi yang dikehendaki rakyat adalah upaya menyeluruh untuk merubah paradigma pembangunan masyarakat, bangsa dan negara, dari *paradigma kekuasaan* menjadi *paradigma hati nurani dan akal budi*.²⁵ Perubahan

²³ Soetandyo W., *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Elsam dan Huma, Jakarta, 2002, hlm. 586.

²⁴ Muladi, *Op.Cit.*, hlm. 21.

²⁵ A. Mukthie Fadjar, *Reformasi Konstitusi Dalam Masa Transisi Paradigmatik*, In-TRANS, Malang, 2003, hlm. 33.

paradigma tersebut mengandung makna perubahan total, fundamental, menyeluruh dan sinergis, sambung dalam semua aspek kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Tujuan akhir reformasi adalah terbentuknya sebuah “*masyarakat madani*”, yaitu masyarakat yang demokratis, berkeadilan sosial, dan menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia secara beradab dan berbudaya.

Untuk itu, searah dengan tuntutan reformasi, hadirnya aturan hukum yang tegas, demokratis dan bersandar pada prinsip-prinsip keadilan sesungguhnya akan menjadi penuntun ke arah mana politik dan ekonomi akan dibingkai. Akibat kurang tegasnya aturan hukum ataupun kurang mengakarnya aturan hukum yang ada, akan menimbulkan ekses yang merugikan masyarakat karena aturan tersebut hanya akan dipakai sebagai alat penekan dari kekuasaan yang ada.

Munculnya upaya pembaharuan atas keterlibatan sosial-politik ABRI baru terjadi secara intensif setelah jatuhnya kekuasaan Soeharto, Mei 1998. Perubahan utama yang harus dilakukan pada masa transisi ini tertuju pada peninjauan doktrin pertahanan dan keamanan nasional yang bertumpu pada konsep dwifungsi ABRI. Pengejawantahan doktrin ini dalam perkembangannya hanya berhasil menciptakan kemampuan TNI untuk berperan menjamin keamanan internal dalam rangka stabilitas nasional daripada keamanan eksternal yang sesungguhnya menjadi otoritasnya.²⁶

Dalam menanggapi berbagai tuntutan perubahan itu TNI-Polri mengkaji ulang posisinya. ABRI baru sadar untuk merespon tuntutan ini lima bulan sejak lengsernya Soeharto, dengan mengeluarkan buku putih yang berjudul “*ABRI Abad XXI: Redefinisi, Reposisi dan Reaktualisasi Peran TNI dalam Kehidupan Bangsa*”. Pemikiran ini oleh ABRI disebut sebagai paradigma baru, sebagai pengganti paradigma ABRI sebagai alat kekuasaan. Empat prinsip reformasi TNI: *Pertama*, mengubah posisi dan metode tidak harus selalu di depan. *Kedua*, merubah konsep dari menduduki menjadi mempengaruhi. *Ketiga*, merubah cara mempengaruhi secara langsung menjadi tidak langsung. *Keempat*, senantiasa melakukan *role sharing* (kebersamaan dalam pengambilan keputusan penting kenegaraan dan pemerintahan) dengan komponen bangsa lain (sipil).²⁷ Pergeseran paradigma ini mencakup tiga elemen kunci: (1) pemberdayaan kelembagaan fungsional, (2) memerankan TNI sebagai bagian dari sistem nasional, dan (3) peran TNI sesuai dengan konsensus nasional.²⁸

²⁶ Muh. Fajrul Falaakh dkk (Tim Penulis), *Implikasi..., Op.Cit.*, hlm. 258.

²⁷ AE Priyono dkk (Tim Penulis), *Warisan..., Loc.Cit.*

²⁸ Muh. Fajrul Falaakh dkk (Tim Penulis), *Implikasi..., Op.Cit.*, hlm. 259.

Paradigma baru TNI ini ditindaklanjuti dalam Sidang Istimewa MPR tahun 1998, yang menghasilkan Ketetapan MPR No. X/MPR/1998 tentang Pokok-Pokok Reformasi Pembangunan Dalam Rangka Penyelamatan dan Normalisasi Kehidupan Nasional sebagai Haluan Negara. Sebagai mandataris MPR, Presiden BJ Habibie harus melaksanakan dan mempertanggungjawabkan ketetapan tersebut.

Hak Politik TNI dalam Pemilu Pasca Reformasi

Sesungguhnya memilih dalam pemilu adalah hak dasar politik bagi setiap warga negara terlepas dari apapun profesiya. Setiap orang, termasuk tentara dan polisi, juga memiliki hak dasar ini. Karena itu, di negara yang politiknya stabil, tentara dan polisi ikut pemilu. Karena itu pula, anggota TNI dan Polri ikut Pemilu 1955 dan Pemilu Sela 1957.

Namun, hak politik itu kemudian disepakati untuk “ditunda” pelaksanaannya. Sejarah menunjukkan pelaksanaan hak itu pada masa prareformasi telah disalahgunakan sehingga merugikan perkembangan demokrasi Akibatnya hingga Pemilu ke-4 orde reformasi pada 2014 ini, anggota TNI dan Polri belum ikut memilih.²⁹

Sebagai agenda penyesuaian peran militer dan pengembalian status polisi yang memiliki watak sipil, pemerintah mengeluarkan Instruksi Presiden No. 2 Tahun 1999 tentang Langkah Kebijakan Dalam Rangka Pemisahan Polri dari ABRI. Langkah ini berorientasi politis, yaitu dalam rangka membangun legitimasi politik.³⁰ Ditinjau dari sisi norma hukum, Instruksi Presiden ini jelas bertentangan secara formal maupun material dengan UU No. 20 Tahun 1982 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Pertahanan dan Keamanan Negara, serta Ketetapan MPRS No. XXIV/MPRS/1996 tentang Kebijaksanaan Dalam Bidang Pertahanan dan Keamanan, yang substansinya menguatkan integrasi Polri dengan TNI. Inpres tidak dapat mencabut berlakunya suatu UU.

Pada 1 Pebruari 1999, Presiden BJ Habibie mengesahkan UU No. 2 Tahun 1999 tentang Partai Politik. Pemilu 1999, jelas baru langkah awal dan belum mampu menjadi sarana partisipasi politik rakyat. Harusnya, pemilu merupakan aktualisasi nyata demokrasi di mana rakyat bisa menyatakan kedaulatannya terhadap negara

²⁹ Hermawan Sulistyo, “Netralitas TNI/Polri dalam Pemilu”, *Kompas*, Rabu, 22 Januari 2014, hlm. 7.

³⁰ *Ibid.*, hlm. 263.

dan pemerintahan. Melalui Pemilu ini, rakyat menentukan siapa yang menjalankan dan mengawasi jalannya pemerintahan negara. Di sini, rakyat memilih dan melakukan pengawasan terhadap wakil-wakilnya. Hanya saja, persiapan Pemilu 1999 perangkat perundang-undangannya masih memihak *status quo* dan tidak mencerminkan amanat reformasi. Sekurang-kurangnya ada dua penjelasan. *Pertama*, Pemilu dipersiapkan secara tergesa-gesa sehingga tidak memberi kesempatan kepada partai politik untuk melakukan sosialisasi program kepada masyarakat luas. *Kedua*, perangkat perundang-undangan yang disiapkan masih bias kepentingan partai Orde Baru.³¹ Pemilu 1999 dilaksanakan dengan menggunakan sistem proporsional berdasarkan stelsel daftar.

Cacat mendasar dari pelaksanaan Pemilu 1999 ditandai oleh masih adanya wakil ABRI yang duduk di DPR tanpa mengikuti proses pemilu. Bagi kelompok oposisi radikal, masih dipertahankannya wakil TNI di parlemen, menunjukkan bahwa pemerintahan Habibie tidak memiliki komitmen yang sungguh-sungguh dalam mengonsolidasikan demokrasi.³²

Di dalam UU No. 4 Tahun 1999 tentang Susunan dan Kedudukan MPR, DPR dan DPRD Pasal 11 ditegaskan: (1) Pengisian Anggota DPR dilakukan berdasarkan hasil Pemilihan Umum dan pengangkatan; (2) DPR terdiri atas: a. anggota partai politik hasil Pemilihan Umum; b. anggota ABRI yang diangkat; (3) Jumlah Anggota DPR adalah 500 orang dengan rincian: a. anggota partai politik hasil Pemilihan Umum, sebanyak 462 orang; b. anggota ABRI yang diangkat, sebanyak 38 orang.

Pengangkatan anggota DPR dari ABRI sebanyak 38 orang sebagai ‘imbangan atau kompensasi politik’ karena anggota ABRI tidak menggunakan hak memilih (Pasal 30 UU No. 3 Tahun 1999 tentang Pemilihan Umum).

Pada tahun 2000, terjadi perubahan mendasar dalam hubungan TNI dan Polri pasca perubahan UUD 1945, yaitu lahirnya Ketetapan MPR No. VI/MPR/2000 tentang Pemisahan TNI dan Polri, dan Ketetapan MPR No. VII/MPR/2000 tentang Peran TNI dan Peran Polri. Untuk menindaklanjuti Ketetapan MPR tersebut dikeluarkanlah UU No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara RI dan UU No. 3 Tahun 2002 tentang Pertahanan Negara.

Konsideran Ketetapan MPR No. VI/MPR/2000 menegaskan bahwa salah satu tuntutan reformasi dan tantangan masa depan adalah dilakukannya demokratisasi,

³¹ Mulyana W. Kusumah dkk., *Menata Politik Paska Reformasi*, KIPP Indonesia, Jakarta, 2000, hlm. 1-2.

³² AE Priyono dkk (Tim Penulis), *Warisan..., Loc.Cit.*, hlm. 115.

maka diperlukan reposisi dan restrukturisasi ABRI. Bahwa dengan adanya kebijakan dalam bidang pertahanan/keamanan telah dilakukan penggabungan Angkatan Darat, Angkatan Laut, Angkatan Udara, dan Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam ABRI. Sebagai akibat dari penggabungan tersebut terjadi kerancuan dan tumpang tindih antara peran dan fungsi TNI sebagai kekuatan pertahanan negara dengan peran dan tugas Kepolisian Negara RI sebagai kekuatan keamanan dan ketertiban masyarakat. Peran sosial politik dalam dwifungsi ABRI menyebabkan terjadinya penyimpangan peran dan fungsi TNI dan Polri yang berakibat tidak berkembangnya sendi-sendi demokrasi dalam kehidupan berbangsa, bernegara, dan bermasyarakat.

Perihal keikutsertaan TNI dan Polri dalam penyelenggaraan negara, telah ditegaskan dalam Pasal 5 dan Pasal 10 Ketetapan MPR No. VII/MPR/2000. Di dalam Pasal 5 ditegaskan: (1) Kebijakan politik negara merupakan dasar kebijakan dan pelaksanaan tugas TNI; (2) TNI bersikap netral dalam kehidupan politik dan tidak melibatkan diri pada kegiatan politik praktis; (3) TNI mendukung tegaknya demokrasi, menjunjung tinggi hukum dan hak asasi manusia; (4) Anggota TNI tidak menggunakan hak memilih dan dipilih. Keikutsertaan TNI dalam menentukan arah kebijakan nasional disalurkan melalui Majelis Permusyawaratan Rakyat paling lama sampai dengan 2009; (5) Anggota TNI hanya dapat menduduki jabatan sipil setelah mengundurkan diri atau pensiun dari dinas ketentaraan.

Pasal 10 menegaskan sebagai berikut: (1) Kepolisian Negara Republik Indonesia bersikap netral dalam kehidupan politik dan tidak melibatkan diri pada kegiatan politik praktis; (2) Anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia tidak menggunakan hak memilih dan dipilih. Keikutsertaan Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam menentukan arah kebijakan nasional disalurkan melalui Majelis Permusyawaratan Rakyat paling lama sampai dengan tahun 2009; (3) Anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia dapat menduduki jabatan di luar kepolisian setelah mengundurkan diri atau pensiun dari dinas kepolisian.

Penempatan TNI dan Polri (ABRI) di MPR sampai 2009 secara nyata berlawanan dengan kesepakatan yang semula diambil oleh TNI sendiri ketika menyampaikan sikap dan pandangan TNI terhadap isu-isu aktual, bahwa posisi Fraksi ABRI di DPR hanya sampai 2004. Perubahan ini terjadi karena kekhawatiran munculnya fragmentasi dan politisasi militer. Karena itu dalam masa transisi ini keanggotaan ABRI di MPR masih dipertahankan. Sekalipun jumlah anggota Fraksi ABRI di MPR hanya 38 orang, akan tetapi keberadaannya sangat menentukan proses pengambilan

keputusan strategis bangsa, termasuk dalam penentuan arah politik masa transisi ini.³³

Ketentuan perundang-undangan di Indonesia kemudian membatasi hak memilih dan dipilih bagi anggota TNI dan Kepolisian dalam UU No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara RI dan UU No. 34 Tahun 2004 tentang TNI. Di dalam ketentuan Pasal 28 UU Polri ditegaskan: (1) Kepolisian Negara Republik Indonesia bersikap netral dalam kehidupan politik dan tidak melibatkan diri pada kegiatan politik praktis; (2) Anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia tidak menggunakan hak memilih dan dipilih; (3) Anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia dapat menduduki jabatan di luar kepolisian setelah mengundurkan diri atau pensiun dari dinas kepolisian.

Adapun untuk anggota TNI, ketentuan Pasal 39 UU TNI menegaskan prajurit dilarang terlibat dalam: 1) kegiatan menjadi anggota partai politik; 2) kegiatan politik praktis; 3) kegiatan bisnis; 4) kegiatan untuk dipilih menjadi anggota legislatif dalam pemilihan umum dan jabatan politis lainnya.

Berbeda dengan Pemilu sebelumnya, Pemilu tahun 2004 untuk memilih anggota DPR, DPRD Propinsi dan DPRD Kabupaten/Kota dilaksanakan dengan sistem proporsional dengan daftar calon terbuka dengan penerapan daftar nomor urut. Pemilu untuk memilih anggota DPD dilaksanakan dengan sistem distrik berwakil banyak.

Pada 2004, bangsa Indonesia mendapat ujian yang berat karena disibukkan dengan banyaknya jadwal pemilihan, mulai dari Pemilu Anggota DPR, DPD, DPRD sampai dengan Pemilu Presiden dan Wakil Presiden. Dan untuk pertama kalinya dalam sejarah pemilu di Indonesia, perselisihan hasil Pemilu Legislatif 2004 diadili dan diputus oleh Mahkamah Konstitusi. Sebanyak 273 perkara masuk ke lembaga pelaksanaan kekuasaan kehakiman baru ini, dan Mahkamah Konstitusi telah menuntaskan tugas konstitutionalnya dengan memutus seluruh perkara dengan putusan yang bersifat final.³⁴

Di dalam Pemilu 2004, larangan bagi TNI dan Polri untuk memilih, sebagaimana ditentukan dalam UU No. 3 Tahun 1999 dikuatkan kembali oleh Pasal 145 UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD, yang menyatakan "Dalam Pemilu tahun 2004, anggota Tentara Nasional Indonesia dan anggota

³³ Muh. Fajrul Falaakh dkk (Tim Penulis), *Implikasi..., Op.Cit.*, hlm. 274-275.

³⁴ Berita Mahkamah Konstitusi, Edisi Khusus, 2004, hlm. 4.

Kepolisian Negara Republik Indonesia tidak menggunakan hak memilihnya". Pengaturan yang sama juga muncul dalam Pasal 102 UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, yang menegaskan bahwa "Dalam Pemilu Presiden dan Wakil Presiden tahun 2004 anggota Tentara Nasional Indonesia dan anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia tidak menggunakan hak memilih".

Pemilu 2009 menggunakan sistem Pemilu proporsional terbuka dengan penerapan suara terbanyak. Semula UU No. 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD dan DPRD menentukan sistem Pemilu proporsional terbuka dengan penerapan daftar nomor urut, yang kemudian dikoreksi oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan MK No. 22-24/PUU-VI/2008 menjadi sistem proporsional terbuka dengan suara terbanyak.³⁵

Berkaitan dengan keterlibatan TNI dan Polri dalam Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden 2009, Pasal 260 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, kembali menegaskan bahwa "Dalam Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden tahun 2009, anggota Tentara Nasional Indonesia dan anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia tidak menggunakan haknya untuk memilih". Begitupun dalam hal keanggotaan TNI dan Polri di dalam DPR juga sudah dihapuskan, karena di dalam Pasal 67 UU No. No. 27 Tahun 2009 telah ditegaskan, "DPR terdiri atas anggota partai politik peserta pemilihan umum yang dipilih melalui pemilihan umum". Adapun untuk Pemilu Legislatif 2009, ketentuan dalam UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD Pasal 318 menegaskan "Dalam Pemilu 2009, anggota TNI dan anggota Polri tidak menggunakan haknya untuk memilih".

Berkenaan dengan Pemilu Legislatif 2014, anggota TNI dan Polri ditegaskan tidak menggunakan haknya untuk memilih. Penegasan itu diatur dalam Pasal 326 UU No. 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD. Adapun untuk Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden, oleh karena UU No. 42 Tahun 2008 tidak diganti dan masih terus berlaku, timbul persoalan dalam hal ketentuan Pasal 260 yang mengatur perihal hak memilih anggota TNI dan Polri, karena hanya dibatasi untuk pemilihan Presiden dan Wakil Presiden 2009. Dengan demikian untuk pemilihan Presiden dan Wakil Presiden 2014 belum ada pengaturannya. Hal ini dapat saja menimbulkan tafsir bahwa anggota TNI dan Polri

³⁵ Ni'matul Huda, *Dinamika Ketatanegaraan Indonesia dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, FH UII Press, Yogyakarta, 2011, hlm. 183.

dapat menggunakan hak pilihnya dalam pemilihan Presiden dan Wakil Presiden 2014, meskipun UU TNI maupun UU Polri melarang TNI dan Polri terlibat dalam politik praktis. Memang sebaiknya hal ini ada pengaturan yang spesifik, misalnya melalui perubahan UU No. 42 Tahun 2008 khususnya Pasal 260 atau dikeluarkan Perppu untuk menentukan ketidakberlakuan Pasal 260 tersebut.

Belakangan muncul gugatan pengujian UU No. 42 Tahun 2008 terhadap UUD Negara RI Tahun 1945 yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi (MK) oleh Ifdal Kasim (Mantan Ketua Komnas HAM RI) dan Supriyadi Widodo Eddyono (sebagai Pemohon). Dalam Putusan MK No. 22/PUU-XII/2014, Mahkamah menyatakan bahwa Pasal 260 inkonstitusional bersyarat. Artinya, frasa "tahun 2009" dalam Pasal 260 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden bertentangan dengan UUD sepanjang tidak dimaknai "Tahun 2014" dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai "Tahun 2014".³⁶ Dengan lahirnya putusan MK tersebut, 'kekosongan' pengaturan untuk pemilihan Presiden dan Wakil Presiden tahun 2014 bagi TNI dan Polri sudah tercukupi landasan hukumnya.

Akar masalah "penundaan hak" itu adalah kepercayaan publik politik. TNI dan Polri harus mampu mengembalikan kepercayaan itu. Caranya, manakala dalam rangkaian Pemilu 2014 ini keduanya (TNI dan Polri) "hanya" diberi tugas pengamanan pemilu, tugas itu harus dilaksanakan sebaik-baiknya. Suatu tugas yang hanya bisa dilakukan dengan baik jika TNI dan Polri tidak terlibat dalam dunia politik. Dengan kalimat lain, netralitas dalam peran-peran pengamanan pemilu menjadi keniscayaan.³⁷

Kebijakan yang diambil oleh pemerintah Indonesia untuk menangguhkan hak pilih TNI dan Polri tidak bertentangan dengan HAM karena hal itu merupakan politik hukum pembentuk perundang-undangan yang telah ditegaskan dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang melarang secara tegas keterlibatan TNI dan Polri dalam politik praktis.

Penutup

Dari uraian dan analisis terhadap dua permasalahan utama dalam penelitian ini dapat disimpulkan sebagai berikut. *Pertama*, implikasi reformasi politik dan

³⁶ Lihat Putusan MK No. 22/PUU-XII/2014 tentang Pengujian UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden.

³⁷ Hermawan Sulistyo, "Netralitas TNI/Polri..., Loc.Cit.

ketatanegaraan tahun 1998 terhadap dwifungsi ABRI, yakni adanya perubahan paradigmatis di tubuh ABRI melalui empat prinsip reformasi TNI: *Pertama*, mengubah posisi dan metode tidak harus selalu di depan. *Kedua*, merubah konsep dari menduduki menjadi mempengaruhi. *Ketiga*, merubah cara mempengaruhi secara langsung menjadi tidak langsung. *Keempat*, senantiasa melakukan *role sharing* (kebersamaan dalam pengambilan keputusan penting kenegaraan dan pemerintahan) dengan komponen bangsa lain (sipil).

Kedua, dipisahkannya TNI dan Polri melalui Ketetapan MPR No. VI/MPR/2000 dan Ketetapan MPR No. VII/MPR/2000 tentang Peran TNI dan Peran Polri. *Ketiga*, TNI dan Polri tidak diperkenankan untuk menggunakan hak pilihnya dalam semua Pemilu pasca reformasi dilatarbelakangi oleh adanya tuntutan masyarakat pasca jatuhnya Orde Baru yang hegemonik dan memanfaatkan TNI dan Polri untuk melindungi kepentingan rezim Orde Baru melalui kebijakan Dwifungsi ABRI yang diselewengkan.

Penelitian ini merekomendasikan, perlu dikaji kembali perihal hak pilih dan dipilih TNI dan Polri dalam Pemilu dalam batas waktu yang ditentukan, agar tidak terjadi pelanggaran HAM bagi setiap warga negara Indonesia.

Daftar Pustaka

- Donald, Parulian, *Menggugat Pemilu*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1997.
- Fajrul Falaakh, Muh., dkk (Tim Penulis), *Implikasi Reposisi TNI-Polri Di Bidang Hukum*, FH UGM, Yogyakarta, 2001.
- Firmansyah, *Persaingan, Legitimasi Kekuasaan, Dan Marketing Politik, Pembelajaran Politik Pemilu 2009*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2010.
- Gaffar, Afan, *Politik Indonesia; Transisi Menuju Demokrasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1999.
- Held, David, *Demokrasi & Tatanan Global Dari Negara Modern Hingga Pemerintahan Kosmopolitan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2004.
- _____, *Models of Democracy*, diterjemahkan oleh Abdul Haris, Akbar Tandjung Institute, Jakarta, 2007.
- Huda, Ni'matul, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2005.
- _____, *Dinamika Ketatanegaraan Indonesia dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, FH UII Press, Yogyakarta, 2011.
- Latif, Yudi dan Idi Subandy (ed.), *Bahasa dan Kekuasaan Politik Wacana di Panggung Orde Baru*, Cet. Kedua, Mizan, Bandung, 1996.

- Muladi, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Pertama, The Habibie Center, Jakarta, 2002.
- Priyono, AE., dkk (Tim Penulis), *Warisan Orde Baru*, Institut Studi Arus Informasi bekerjasama Universitas Melbourne dan UusAid, Jakarta, 2005.
- R. Saragih, Bintan, *Lembaga Perwakilan dan Pemilihan Umum Di Indonesia*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 1987.
- Soemantri M., Sri, *Sistem Pemilu Dalam Ketatanegaraan Indonesia*, Majalah PERSAHI, Nomor Ketiga, Januari 1990.
- Sulistyo, Hermawan, "Netralitas TNI/Polri dalam Pemilu", *Kompas*, Rabu, 22 Januari 2014.
- Thaib, Dahlan dan Ni'matul Huda (ed.), *Pemilu dan Lembaga Perwakilan Dalam ketatanegaraan Indonesia*, Jurusan HTN Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1992.
- W. Kusumah, Mulyana dkk., *Menata Politik Paska Reformasi*, KIPP Indonesia, Jakarta, 2000.
- _____, *Tegaknya Supremasi Hukum Terjebak antara Memilih Hukum dan Demokrasi*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2001.
- W., Soetandyo, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Elsam dan Huma, Jakarta, 2002.
- Berita Mahkamah Konstitusi*, Edisi Khusus, 2004.
- Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945
- Ketetapan MPRS No. XXIV/MPRS/1996 tentang Kebijaksanaan Dalam Bidang Pertahanan dan Keamanan.
- Ketetapan MPR No. VI/MPR/2000 tentang Pemisahan TNI dan Polri
- Ketetapan MPR No. VII/MPR/2000 tentang Peran TNI dan Peran Polri.
- UU No. 20 Tahun 1982 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Pertahanan dan Keamanan Negara.
- UU No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara RI
- UU No. 34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia.
- UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD
- UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden.
- UU No. 8 Tahun 2012 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD
- Putusan MK No. 132/PUU-VII/2009 perihal Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD.

Politik Hukum Pengaturan Masyarakat Hukum Adat (Studi Putusan Mahkamah Konstitusi)

Zayanti Mandasari
Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Jl. Cik Di Tiro No. 1 Yogyakarta
smanda79@yahoo.com

Abstract

This study discussed the problem of the indigenous law community existence in Indonesia, and the dynamics of the indigenous law community viewed from the Acts of Constitutional Court. This study was focused to analyze two matters, namely: First, how is the existence of the indigenous law community in Indonesia? Second, how does the indigenous law community take the Acts of Constitutional Court? This study used the statute approach. In addition, case study approach was also used to find the ratio decidendi used by the judges of Constitutional Court in adjudicating the statute test case related to the indigenous law community. The result of the research concluded that: first, the existence of the indigenous law community in Indonesia had already been accommodated in the prevailing laws of regulations including the 1945 Constitution of Republic Indonesia, Acts, Regional Regulations, Governors' Decrees, and Heads of Regions' Decrees. Second, the law politics of the indigenous law community took the Acts of Constitutional Court as strengthening the existence of the indigenous law community in Indonesia by providing the interpretation or explanation.

Key words : Indigenous law community, constitutional court, law politics

Abstrak

Penelitian ini mengangkat permasalahan eksistensi masyarakat hukum adat di Indonesia, serta dinamika masyarakat hukum adat dilihat dari putusan Mahkamah Konstitusi. Penelitian ini difokuskan menganalisis dua hal yakni: *Pertama*, bagaimana eksistensi masyarakat hukum adat di Indonesia ? *Kedua*, bagaimana politik hukum masyarakat hukum adat melalui putusan Mahkamah Konstitusi? Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*). Selain itu juga digunakan pendekatan kasus yang digunakan untuk mengetahui *ratio decidendi* yang digunakan oleh hakim Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara pengujian undang-undang yang terkait dengan masyarakat hukum adat. Hasil penelitian menyimpulkan: *pertama*, keberadaan masyarakat hukum adat di Indonesia telah diakomodir di berbagai lingkup peraturan perundang-undangan, baik dalam UUD 1945, Undang-Undang, Peraturan Daerah, Surat Keputusan Gubernur, dan Surat Keputusan Bupati. *Kedua*, politik hukum masyarakat hukum adat melalui putusan Mahkamah Konstitusi memperkokoh keberadaan masyarakat hukum adat di Indonesia dengan memberikan berbagai tafsir atau penjelasan.

Kata kunci: Masyarakat hukum adat, mahkamah konstitusi, politik hukum.

Pendahuluan

Masyarakat hukum adat¹ merupakan bagian dari masyarakat Indonesia. Perlu diingat bahwa sebelum terbentuknya wilayah nusantara (Indonesia), sebagai sebuah Negara Kesatuan Republik Indonesia, masyarakat hukum adat telah lahir dan tumbuh. Sujoro Wignjodipuro² mengatakan bahwa masyarakat hukum adat sebelum kemerdekaan telah hidup berdampingan dengan Hindia Belanda, pada saat itu pemerintah Hindia Belanda mengakui dan mengatur masyarakat hukum adat dalam pemerintahan otonomi serta *madebewind*-nya. Pasca kemerdekaan, masyarakat hukum adat bahkan diakui dengan dimasukkannya dalam penjelasan UUD 1945 (sebelum amandemen) dalam penjelasannya menyatakan bahwa: "Dalam teritorial Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 *zelfbesturende landschappen* dan *volkgemeenschappen*, seperti desa di Jawa dan Bali, nagari di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dan sebagainya".

Daerah-daerah tersebut mempunyai susunan asli dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa.³ Pasca amandemen UUD 1945, masyarakat hukum adat diakomodir dalam Pasal 18B ayat (2) yang mengatakan: "Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat serta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang." Dimasukkannya masyarakat hukum adat dalam UUD 1945 merupakan wujud dari pengakuan negara terhadap eksistensi masyarakat hukum adat. Selain itu, Indonesia juga telah meratifikasi Undang-Undang No. 11 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Hak Ekonomi dan Budaya. Oleh karena itu, maka negara mempunyai kewajiban dalam rangka *to respect, to protect and to fulfill*

¹ Hazairin mendefinisikan masyarakat hukum adat merupakan "kesatuan-kesatuan kemasyarakatan yang mempunyai kelengkapan-kelengkapan untuk sanggup berdiri sendiri, yaitu mempunyai kesatuan hukum, kesatuan pengusaha dan kesatuan lingkungan hidup berdasarkan hak bersama atas tanah dan air bagi semua anggotanya. Surjono Wignjodipuro juga mengatakan bahwa masyarakat hukum adat merupakan kesatuan-kesatuan yang mempunyai tata susunan yang teratur dan kekal serta memiliki pengurus sendiri dan kekayaan sendiri, baik kekayaan materiil maupun kekayaan yang immaterial. Lihat dalam Soerjono Seokanto, *Kedudukan Kepala Desa Sebagai Hakim Perdamaian*, Cetakan pertama, Rajawali Press, Jakarta, 1986, hlm. 11. Lihat juga dalam *Surjo Wignjodipuro, Pengantar Azas-azas Hukum Adat*, Ed. II, Alumni, Bandung, 1973, hlm. 84. Menurut Jawahir Thontowi, bahwa masyarakat hukum adat merupakan sekelompok orang yang terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga negara bersama persektuan hukum karena kesamaan tempat tinggal ataupun atas dasar keturunan. Lihat dalam "Perlindungan dan Pengakuan Masyarakat Hukum Adat dan Tantangannya dalam Hukum Indonesia", *Jurnal Hukum Ius Qua Lustum*, No. 1 Vol. 20, Tahun 2013, hlm. 25.

²Ibid., hlm. 19.

³ Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Cetakan kedua, PSH FH UII, Yogyakarta, 1999, hlm. 158

atas hak tersebut dalam hal ini adalah untuk *respect, protect* dan *fulfill* terhadap hak-hak masyarakat hukum adat. Salah satu bentuk nyata dari hak masyarakat hukum adat adalah hak kepemilikan terhadap tanah adat atau yang sering disebut dengan ‘hak ulayat’.⁴

Hak ulayat adalah hak masyarakat hukum adat sebagai lembaga hidup bersama dan dikelola untuk kepentingan bersama anggota masyarakat hukum adat (*communal bezitrecht*).⁵ Hak ulayat merupakan salah satu bentuk dari pengakuan eksistensi masyarakat hukum adat di Indonesia, karena di berbagai tempat di Indonesia, interaksi antara masyarakat adat dengan hutan tercermin dalam model-model pengelolaan masyarakat adat atas hutan yang pada umumnya didasarkan pada hukum adat. Adanya pengakuan terhadap hak ulayat tersebut, bukannya membuat masyarakat hukum adat dapat hidup tenang dalam berinteraksi dilingkungannya, tetapi seringkali masyarakat hukum adat justru “terusir” dari tanahnya sendiri, hal ini dapat dilihat dari data yang tercatat oleh Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (Huma), yang menyatakan bahwa tercatat 91.968 orang dari 315 komunitas adat masyarakat di Indonesia menjadi korban dalam konflik sumberdaya alam dan pertanahan. Konflik terjadi di 98 kota/kabupaten di 22 provinsi dengan jumlah konflik mencapai 232 kasus.⁶ Hal ini dapat dikaitkan dengan situasi ekonomi pasar yang semakin bebas, sehingga keberpihakan ‘negara’ justru pada pemilik modal, hal inilah yang menyebabkan ketidaknetralan peraturan perundang-undangan, sehingga ‘menggadaikan’ jaminan kepastian hukum bagi masyarakat hukum adat.

Fenomena di atas, tentu sangat bertentangan dengan adanya pengakuan dan penghormatan terhadap masyarakat hukum adat di Indonesia. Beragamnya perlakuan yang cenderung ‘buruk’ terhadap masyarakat hukum adat tersebut, sudah sejak lama terjadi dan terus berulang. Hal tersebut bahkan mendapat perhatian bagi

⁴ Hak ulayat merupakan hak yang berhubungan dengan tanah atau bumi yang memiliki kejelasan lokasi dan batas-batasnya, misalnya tanah, hutan, laut pinggiran pantai, danau, lebak sungai-sungai kecil, sumber air dll, serta segala manfaat yang mereka ambil menurut aturan adat. Pengaturan mengenai hak ulayat (selanjutnya disebut tanah adat) sebenarnya telah diatur dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Pokok Agraria. Undang-undang tersebut secara garis besar mengatur seluruh penyelenggaraan pertanahan pada zamannya.

⁵ Sjahmunir AM, *Pemerintahan Nagari dan Tanah Ulayat*, Andalas University Press, Padang, 2006, hlm. 150.

⁶ Lihat, Tempo, Senin, 28 Oktober 2013, id.berita.yahoo.com/korban-konflik-pertanahan-capai-91-968-orang-073753758.html, Korban Konflik Pertanahan Capai 91.968 Orang. konflik sektor perkebunan merupakan konflik terbanyak, disusul kehutanan dan pertambangan. Konflik perkebunan terjadi 119 kasus dengan luasan 415 ribu hektare, sementara itu konflik kehutanan terjadi 72 kasus dengan hampir 1.3 juta hektar di 17 provinsi dan konflik pertambangan 17 kasus dengan luasan mencapai 30 ribu hektar.

berbagai pihak yang fokus pada masyarakat hukum adat, seperti di 1993 muncul kelompok yang menamakan dirinya Jaringan Pembelaan Hak-hak Masyarakat Adat (JAPHAMA), 1999 muncul suatu gerakan masyarakat yang menamakan dirinya Aliansi Masyarakat Nusantara (AMAN) yang merupakan sebuah organisasi nasional masyarakat adat tingkat nasional yang pertama di Indonesia sebagai upaya mempengaruhi kebijakan pemerintah. Bahkan pada saat itu, AMAN dengan tegas mengatakan "kalau negara tidak mengakui kami, kami pun tidak akan mengakui negara", yang pada akhirnya dijadikan semboyan provokatif AMAN yang didengungkan dalam Kongres Masyarakat Adat Nusantara yang pertama 1999.⁷

Tujuan dari kelompok-kelompok tersebut adalah mempertahankan dan mengangkat kembali 'keluhuran' masyarakat hukum adat yang ada di Indonesia dan mencegah serta melindungi masyarakat adat dari kesewenang-wenangan negara atau dengan kata lain mewujudkan keadilan bagi masyarakat hukum adat. Oleh karena itu, kelompok tersebut aktif menjadi 'fasilitator' bagi masyarakat hukum adat dalam mempertahankan hak-hak konstitusionalnya yang telah jelas diatur dalam UUD 1945. Salah satu caranya adalah mengajukan uji materi undang-undang yang di dalamnya terdapat muatan yang merugikan masyarakat adat dan bahkan bertentangan dengan UUD 1945 kepada Mahkamah Konstitusi sebagai *the guardian of constitution*. Agar terwujud keadilan bagi masyarakat hukum adat yang sesungguhnya, bukan hanya berhenti sebatas norma tertulis dalam UUD 1945 ataupun dalam peraturan perundang-undangan lainnya.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang permasalahan di atas, maka penelitian ini difokuskan menganalisa dua hal penting yakni: *Pertama*, bagaimana eksistensi masyarakat hukum adat di Indonesia ? *Kedua*, bagaimana politik hukum pengaturan masyarakat hukum adat melalui putusan Mahkamah Konstitusi?

Tujuan Penelitian

Berdasarkan dua permasalahan tersebut di atas, maka penelitian ini bertujuan untuk, *pertama*, untuk menjelaskan eksistensi masyarakat hukum adat di Indonesia.

⁷ Jamie S. Davidson, dkk, *Adat Dalam Politik Indonesia*, Yayasan Obor Indonesia, Edisi-1, KITLV-Jakarta, 2010, hlm. 2

Kedua, mengetahui dan menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi terkait pengaturan masyarakat hukum adat di Indonesia.

Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan bahan hukum primer terdiri atas: Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Undang-Undang No. 1 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air, Undang-Undang No. 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan, Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dan berbagai peraturan perundang-undangan lain yang berkaitan dengan objek penelitian ini, serta putusan Mahkamah Konstitusi yang terkait dengan eksistensi masyarakat hukum adat, yakni Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 31/PUU-V/2007; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 47-81/PHP.U.A/VII/2009; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 3/PUU-VII/2010; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 45/PUU-IX/2011; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 35/PUU-X/2012. Sedangkan bahan hukum sekunder yang digunakan terdiri atas buku-buku tentang masyarakat hukum adat, hasil penelitian dan jurnal-jurnal ilmiah.

Penelitian ini menggunakan pendekatan undang-undangan (*statute approach*) karena meneliti peraturan perundang-undangan yang terkait dengan objek penelitian yakni masyarakat hukum adat di Indonesia . Selain itu juga digunakan pendekatan kasus yang digunakan untuk mengetahui *ratio decidendi*, yaitu alasan hukum yang digunakan oleh hakim (Mahkamah Konstitusi),⁸ dalam memutus permohonan pengujian sejumlah UU yang terkait dengan masyarakat hukum adat.

Hasil dan Pembahasan

Masyarakat Hukum Adat di Indonesia

Istilah masyarakat adat di Indonesia dalam literatur dan perundang-undangan terdapat beberapa penyebutan, seperti ada yang menyebutnya dengan ‘persekutuan adat’, ‘masyarakat adat’, dan ‘masyarakat hukum adat’. Meskipun demikian, hal ini tidak menjadi alasan untuk menegaskan keberadaan serta hak-hak yang dimiliki

⁸ Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Cetakan ke-7, Kencana, Jakarta, 2005, hlm. 119.

oleh mereka. Dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) telah mengatur eksistensi masyarakat hukum adat khususnya pada bidang hak ulayat. Pasal 2 ayat (4) mengatakan: "Hak menguasi dari negara di atas pelaksanaannya dapat dikuasai pada pemerintahan daerah swantara dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan peraturan pemerintah". Selain dalam UUPA, istilah 'masyarakat adat' juga mulai meluas penggunaannya di kalangan organisasi non-pemerintah dan juga oleh pihak-pihak lain seperti pemerintah, sektor swasta dan media massa sejak istilah ini disepakati sebagai istilah yang digunakan untuk advokasi pembelaan masyarakat korban pembangunan di berbagai daerah oleh sejumlah oeranisasi non-pemerintah dalam sebuah lokakarya yang difasilitasi oleh Wahana Lingkungan Hidup (WALHI) dan mitra regionalnya di Tana Toraja pada 1993.⁹

Istilah ini juga disepakati sebagai padanan dari istilah *indigenous peoples* ketimbang berbagai istilah yang bersifat mendeskreditkan masyarakat adat, seperti masyarakat terpencil, peladang berpindah, masyarakat tradisional dan lainnya yang banyak digunakan dalam era Orde Baru. Selain itu, faktor sejarah juga berperan, dalam studi tentang masyarakat Indonesia dan sejarahnya dikenal dengan istilah 'masyarakat hukum adat' yang merupakan terjemahan langsung dari *rechtsgemeenschappen*, yang dicetuskan oleh Van Vollenhoven pada paroh pertama Abad 20, yang menyusul pengamatannya atas keberadaan 19 wilayah yang memiliki hukum adat di Indonesia pada masa itu.¹⁰

Istilah masyarakat hukum adat masih terus digunakan hingga sekarang dalam dokumen-dokumen resmi negara, seperti peraturan perundang-undangan. Dalam naskah UUD 1945 sebelum amandemen dapat ditemukan penggunaan istilah *Zelfbesturende landschappen* dan *Volksgemeenschappen*, yang pertama dapat diterjemahkan sebagai daerah swapraja, yaitu kerajaan-kerajaan yang punya pemerintahan sendiri sedangkan yang kedua adalah *self governing community* seperti desa di Jawa, nagari di Sumatra dan lainnya. Akhirnya dikenal sebagai *rechtsgemeenschappen* yang diterjemahkan sebagai 'masyarakat hukum adat'.¹¹ Definisi

⁹ Emil Ola Kladen, "Masyarakat Adat", Dalam Eko Riyadi dan Syarif Nur Hidayat (editor), *Vulnerable Groups: Kajian dan Mekanisme Pelindungannya*, Cetakan pertama, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM UII), Yogyakarta, 2012, hlm 377-378.

¹⁰ *Ibid*, hlm. 379

¹¹ *Ibid*, istilah masyarakat hukum adat ini tidak diamini oleh semua orang, khususnya aktivis organisasi non

terkait dengan masyarakat hukum adat kemudian dikembangkan oleh AMAN di kongresnya yang pertama di 1999, yaitu: sekelompok masyarakat yang hidup berdasarkan adal usul leluhur dalam suatu wilayah geografis tertentu, memiliki sistem nilai dan sosial budaya yang khas, berdaulat atas tanah dan kekayaan alamnya serta mengatur dan mengurus keberlanjutan kehidupannya dengan hukum dan kelembagaan adat.¹² Saafroedin Bahar dan Ruswati Suryasaputra mendefinisikan masyarakat hukum adat sebagai entitas antropoligis yang tumbuh secara alamiah pada suatu bagian muka bumi tertentu, dan terdiri dari berbagai komunitas primordial berukuran kecil yang warganya mempunyai hubungan darah satu sama lainnya.¹³

Pengakuan terhadap keberadaan masyarakat hukum adat mendapat tempat khusus di dalam UUD 1945 yakni dalam Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (3) menjadi dasar konstitusional yang paling sering dirujuk ketika membicarakan keberadaaan dan hak-hak masyarakat adat. Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 menyatakan: "Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan prinsip perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang." Sementara itu Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 menyatakan:"identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban."

Dalam peraturan perundang-undangan lainnya masyarakat hukum adat dimuat dalam Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Undang-Undang No. 1 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air, Undang-Undang No. 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan, bahkan dalam Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi,masyarakat hukum adat ditempatkan sebagai pihak khusus yang dapat menjadi pemohon dalam pengujian undang-undang. Dalam Pasal 51 ayat (1) disebutkan bahwa:"Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu: a. perorangan warga negara Indonesia; b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip

pemerintah lebih memilih menggunakan istilah ‘masyarakat adat’, dengan alasan bahwa istilah ‘masyarakat hukum adat’ pada akhirnya hanya akan mempersempit entitas masyarakat adat sebatas entitas hukum. Lihat dalam Rikardo Simarmata, Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat: Resistensi Pengakuan Bersyarat, 2004.

¹² Emil Ola Kladen, "Masyarakat, Op.,Cit., hlm. 390.

¹³ Saafroedin Bahar dan Ruswati Suryasaputra, "Kebijakan Negara dalam Rangka Pengakuan, Penghormatan dan Perlindungan Masyarakat (Hukum) Adat di Indonesia", dalam *Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat*, Sekretariat Nasional Masyarakat Hukum Adat, Pekanbaru, 2009, hlm. 116.

Negara Kesatuan Perublik Indonesia yang diatur dalam undang-undang; c. badan hukum publik atau privat; atau d. lembaga negara.” Penghormatan terhadap masyarakat hukum adat ternyata tak hanya sebatas pengakuan, masyarakat hukum adat bahkan memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai pihak yang dapat berperkara di Mahkamah Konstitusi dilekat dengan persyaratan sesuai dengan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 seperti yang telah dipaparkan di atas. Mahkamah Konstitusi pertama kali memberikan penjelasan terhadap empat syarat keberadaan kesatuan masyarakat hukum adat, dalam putusan perkara No. 31/PUU-V/2007 mengenai Pengujian Undang-Undang No. 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual di Provinsi Maluku. Dalam permohonan tersebut terdapat pihak yang mengajukan diri dengan *legal standing* sebagai masyarakat adat. Karena permohonan demikian, maka Mahkamah Konstitusi menjelaskan terlebih dahulu *legal standing* pemohon dengan memberikan makna tehadap Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang menjadi dasar konstitusional keberadaan masyarakat adat.

Penjelasan Mahkamah Konstitusi terhadap empat syarat konstitusionalitas kesatuan masyarakat hukum adat dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 adalah sebagai berikut:¹⁴

Tabel

No	Unsur	Penjelasan
1	Masih hidup;	<p>Kesatuan masyarakat hukum adat untuk dapat dikatakan secara <i>de facto</i> masih hidup (<i>actual exixtence</i>) baik yang bersifat territorial, genealogis, maupun yang bersifat fungsional setidak-tidaknya mengandung unsur-unsur:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Adanya masyarakat yang warganya memiliki perasaan kelompok (<i>in-group feeling</i>); 2. Adanya pranata pemerintahan adat; 3. Adanya harta kekayaan dan/atau benda-benda adat; 4. Adanya perangkat norma hukum adat. Khusus pada kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat territorial juga terdapat unsur adanya wilayah tertentu.

¹⁴ Lihat lebih lanjut dalam putusan MK No. 31/PUU-V/2007 mengenai Pengujian Undang-Undang No. 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual Di Provinsi Maluku. Lihat juga dalam Yance Arizona, “Konstutusionalisme Agraria (Mahkamah Konstitusi sebagai arena memperjuangkan hak warga negara atas dan sumber daya alam lainnya)”, disampaikan pada Konferensi Nasional Mahkamah Konstitusi dan Perlindungan Hak Warga Negara, Jakarta, 18-19 November 2013, bekerjasama dengan Indonesia Constitutional Democracy Forum, Institute Democracy and Peace, dan German Embassy Jakarta, hlm. 24.

No	Unsur	Penjelasan
2	Sesuai dengan perkembangan masyarakat;	Kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dipandang sesuai dengan perkembangan masyarakat apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut: 1. Keberadaannya telah diakui berdasarkan undang-undang yang berlaku sebagai pencerminan perkembangan nilai-nilai yang dianggap ideal dalam masyarakat dewasa ini, baik undang-undang yang bersifat umum maupun yang bersifat sektoral, seperti bidang agrarian, kehutanan, perikanan, dan lain-lain maupun dalam peraturan daerah; 2. Substansi hak-hak tradisional tersebut diakui dan dihormati oleh warga kesatuan masyarakat yang bersangkutan maupun masyarakat yang lebih luas, serta tidak bertentangan dengan hak-hak asasi manusia.
3	Sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia	Kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut tidak mengganggu eksistensi Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai sebuah kesatuan politik dan kesatuan hukum yaitu: 1. Keberadaannya tidak mengancam kedaulatan dan integritas Negara Kesatuan Republik Indonesia; 2. Substansi norma hukum adatnya sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.
4	Diatur dalam undang-undang	Adanya pengaturan berdasarkan undang-undang.

Dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 31/PUU-V/2007 tersebut, terdapat hal yang penting, karena Mahkamah menegaskan bahwa "...pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat sebagai penyandang hak atau sebagai subjek hukum merupakan hal yang fundamental. Hal penting dan fundamental tersebut adalah masyarakat hukum adat tersebut secara konstitusional diakui dan dihormati sebagai penyandang hak yang demikian tentunya dapat pula dibebani hukum di dalam suatu masyarakat yang telah menegara maka masyarakat hukum adat haruslah mendapat perhatian sebagaimana subjek hukum yang lain ketika hukum hendak mengatur, terutama mengatur dalam rangka pengalokasian sumber-sumber kehidupan."

Penggalan pertimbangan putusan Mahkamah Konstitusi di atas menegaskan keberadaan masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum yang khas. Kekhasan masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum karena ia bersifat kesatuan/kelompok yang menjadikan nilai-nilai adat dan kesamaan hak tradisional termasuk atas wilayah tertentu sebagai syarat keberadaannya.¹⁵ Masyarakat hukum adat juga telah diakomodir dalam berbagai peraturan dalam lingkup daerah. Kabupaten Kampar Riau misalnya telah mengakomodir masyarakat adat dan hukum adat Kenegrian Kuntu dalam Peraturan daerah kabupaten Kampar No. 12 Tahun 1999 tentang Hak Tanah Ulayat (Perda). Dalam Perda tersebut dijelaskan bahwa masyarakat adat Kenegrian Kuntu adalah masyarakat hukum adat. Peraturan Daerah Lebak No. 32 Tahun 2001 tentang Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Baduy.

Selain itu, terdapat Perda No. 6 Tahun 1986 tentang Desa Adat dan Perda No. 3 Tahun 2001 tentang Desa Pakraman, dua instrumen pengakuan terhadap masyarakat hukum adat ini bahkan di klaim sebagai perlawanan dan keberhasilan eksekutif dan legislatif Bali terhadap pemerintahan pada saat itu.¹⁶ Perlawanan yang dimaksud adalah perlawanan terhadap lahirnya Undang-Undang No. 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa. Dalam UU Desa tersebut menyebutkan bahwa desa adalah suatu wilayah yang ditempati oleh sejumlah penduduk sebagai kesatuan masyarakat, termasuk di dalamnya masyarakat hukum yang mempunyai organisasi pemerintahan terendah langsung di bawah camat dan berhak menyelenggarakan rumah tangganya sendiri dalam ikatan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dengan demikian Kepala Desa adalah penguasa tunggal di desa¹⁷, dengan konsep kepala desa sebagai penguasa tunggal di desa tersebut, tampak bahwa masyarakat desa di Indonesia terhegemoni oleh pandangan itu, dan membawa akibat pada merosotnya peran atau wibawa lembaga desa adat.¹⁸

Selain diakomodir dalam UUD 1945, Undang-Undang, dan Peraturan Daerah, seperti yang telah dipaparkan diatas, ternyata masyarakat hukum adat di daerah lain yang juga telah diakomodir dalam konteks lokal yakni, Karapanan Adat Nagari, yang diatur dalam Surat Keputusan Gubernur No. 15/GSB/1968 yang memuat tentang struktur pemerintahan Nagari yang terdiri dari Wali Nagari dan Dewan Perwakilan

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ I Wayan Wesna Astara, *Pertarungan Politik Hukum Negara dan Politik Kebudayaan (Otonomi Desa Adat di Bali)*, Udayana University Press, 2010, Bali, hlm. 32

¹⁷ Pasal 10 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1979.

¹⁸ I Wayan Wesna Astara, *Pertarungan Politik ...*, Op. Cit. hlm. 33

Rakyat Nagari. Masyarakat hukum adat Kesepuhan Cisitu, dasar pengakuan masyarakat hukum adat Kesepuhan Cisitu ini adalah Surat Keputusan Bupati Lebak No. 430/Kep.318/Disporabudpar/2010 tentang Pengakuan Keberadaan Masyarakat Hukum Adat Cisitu Kesatuan Sesepih Adat Cisitu Banten Kidul di Kabupaten Lebak.

Berdasarkan pembahasan di atas, dapat ditarik kesimpulan bahwa keberadaan masyarakat hukum adat di Indonesia telah diakomodir di berbagai lingkup pengaturan, baik dalam UUD 1945, Undang-Undang, Peraturan Daerah, Surat Keputusan Gubernur, dan Surat Keputusan Bupati. Bahkan hak-hak masyarakat hukum adat dan keberadaannya tersebut telah dijabarkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusannya sebagai bentuk ketegasan pengakuan, penghormatan dan perlindungan terhadap masyarakat hukum adat yang ada di Indonesia.

Politik Hukum Masyarakat Hukum Adat Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi

Politik hukum terdiri dari dua kata yaitu politik dan hukum. Antara kedua kata ini terdapat hubungan yang erat walaupun masing-masing mempunyai pengertian yang berbeda. Maurice Duverger mengatakan bahwa '*politic political in its usual connotation is a concept dealing with the state*' (pengertian yang lazimnya diberikan kepada politik merupakan suatu konsepsi yang berhubungan dengan negara).¹⁹ Hukum dan politik memang dua hal yang sulit untuk dipisahkan. Keduanya memiliki hubungan timbal-balik yang tidak mungkin dapat dihindari. Di satu sisi hukum berkepentingan dengan hasil yang akan diperolehnya melalui pengaturan itu, dan oleh karenanya ia harus paham tentang seluk beluk masalah yang diaturnya, sedangkan di sisi lain ia juga harus menyadari, bahwa faktor-faktor dan kekuatan-kekuatan di luar hukum akan memberikan beban pengaruhnya pula terhadap hukum serta proses bekerjanya.²⁰

Antara hukum dan politik terdapat hubungan kausalitas yakni: *pertama*, hukum determinan atas politik dalam arti bahwa kegiatan-kegiatan politik diatur oleh dan harus tunduk pada aturan-aturan hukum. *Kedua*, politik determinan atas hukum, karena hukum merupakan hasil atau kristalisasi dari kehendak-kehendak politik yang saling berinteraksi dan saling bersaingan. *Ketiga*, politik dan hukum sebagai subsistem kemasyarakatan berada pada posisi yang derajat determinasinya

¹⁹ Maurice Duverger, *The Study of Political* (translated by Robert Wagner), (London, Thimas Nelson and Sons Ltd, 1979), hlm. 12. Dikutip kembali oleh A.S.S Tambunan, *Politik Hukum Berdasarkan UUD 1945*, Puporis, Jakarta, 2002, hlm. 2.

²⁰ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1979, hlm. 16.

seimbang antara yang satu dengan yang lain, karena meskipun hukum merupakan produk keputusan politik tetapi begitu hukum ada maka semua kegiatan politik harus tunduk pada aturan-aturan hukum.²¹ Hirsch Ballin mengatakan bahwa politik hukum adalah kebijaksanaan negara untuk menerapkan hukum.²² Teuku Mohammad Radhie, berpendapat bahwa politik hukum adalah pernyataan kehendak penguasa negara mengenai hukum yang belaku di wilayahnya dan mengenai arah kemana hukum hendak diperkembangkan.²³ Abdul Hakim Garuda Nusantara mengatakan bahwa politik hukum adalah politik pembangunan hukum, sedangkan Mahfud MD mengatakan bahwa politik hukum adalah *legal policy* yang akan atau telah dilaksanakan secara nasional oleh pemerintah Indonesia yang meliputi, pertama, pembangunan hukum yang berintikan pembuatan dan pembaruan terhadap materi-materi hukum agar dapat sesuai dengan kebutuhan, kedua, pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada termasuk penegasan fungsi lembaga dan pembinaan para penegak hukum.²⁴

Mahkamah konstitusi merupakan lembaga yang dibentuk untuk mengawal dan menjaga agar konstitusi sebagai hukum tertinggi (*the supreme law of the land*) benar-benar dijalankan atau ditegakkan dalam penyelenggaraan kehidupan kenegaraan sesuai dengan prinsip-prinsip negara hukum.²⁵ Mahkamah Konstitusi dengan segala kewenangannya dan kedudukannya sebagai salah satu penyelenggara kekuasaan kehakiman merupakan perwujudan fungsi penegakan prinsip-prinsip negara hukum, konstitusi, dan perlindungan hak asasi manusia berdasarkan UUD 1945. Mahkamah Konstitusi sebagai penafsir konstitusi, hendaknya memberikan perlindungan dan keadilan bagi setiap warga negara yang merasa hak konstitusionalnya dilanggar oleh adanya undang-undang. Mahkamah Konstitusi dalam berbagai putusan menunjukkan bahwa putusannya itu adalah hukum responsif dalam mewujudkan keadilan bagi warga negara. Responsif disini dimaknai seperti yang dikemukakan oleh Nonet dan Selznick yaitu *the sovereignty of purpose*. Nonet dan Selznick menyatakan bahwa hukum itu harus berorientasi terhadap tujuan.²⁶ Nonet dan Selznick juga beranggapan bahwa

²¹ Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, hlm. 16.

²² A.S.S Tambunan, *Politik Hukum...*, *Op. Cit*, hlm. 10.

²³ *Ibid.*

²⁴ Mahfud MD, *Politik Hukum...* *Op. Cit*, hlm. 9.

²⁵ Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi dan Cita Negara Hukum Indonesia*, opini, <http://www.pemantauperadilan.com>, diakses pada 30 Desember 2013.

²⁶ Phillippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition Towards Responsive Law*, New Jersey: Trascation Publishers, 2001, hlm. 78-80.

hukum itu merupakan institusi sosial, yang oleh karena itu hukum dilihat lebih dari suatu sistem peraturan belaka, melainkan juga bagaimana hukum menjalankan fungsi-fungsi sosial dalam dan untuk masyarakatnya.²⁷ Hal ini senada dengan pandangan hukum progresif yang dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo, yang mengatakan bahwa hukum itu bertolak dari pandangan kemanusiaan, manusia pada dasarnya adalah baik, memiliki sifat-sifat, kasih sayang serta kepedulian terhadap sesama. Dengan demikian hukum menjadi alat untuk menjabarkan dasar kemanusiaan tersebut. Hukum bukan raja, tetapi alat saja yang berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia. Pandangan ini tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral, dalam hal ini moral kemanusiaan.²⁸

Asumsi dasar, bahwa hukum adalah untuk manusia serta ideal hukum progresif, hukum mempunyai tujuan besar berupa kesejahteraan dan kebahagiaan manusia, maka hukum selalu berada pada status *law in the making*. Hukum tidak ada untuk dirinya sendiri dan tidak bersifat final. Setiap tahap dalam perjalanan hukum adalah putusan-putusan yang dibuat guna mencapai ideal hukum.²⁹ Oleh karena itu, pada dasarnya pengujian konstitusional yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga peradilan bertujuan untuk mereduksi adanya kerugian hak konstitusional dikemudian hari tanpa ada kerugian konstitusional yang menyeluruh yang dilekatkan kepada pemohon, yang tujuan akhirnya adalah tidak hanya memberikan keadilan dalam lingkup prosedural saja, tetapi meliputi keadilan substantif bagi setiap warga negara, dalam hal ini khususnya bagi masyarakat hukum adat yang seringkali menjadi 'objek' kesewenang-wenangan pemerintah.

Pengakuan terhadap Hak-hak Politik Masyarakat Hukum Adat dalam Pelaksanaan Pemilu (Putusan No.47-81/PHPU.A/VII/2009)

Hak konstitusional merupakan hak dasar bagi seluruh masyarakat Indonesia, tidak terkecuali bagi masyarakat hukum adat yang masih menjunjung tinggi nilai-nilai hukum adatnya. Seringkali hukum adat berbeda dengan hukum positif yang berlaku di Indonesia tetapi itu tidak boleh dijadikan alasan untuk menafikan hukum adat pada masyarakat adat di suatu daerah. Salah satu masyarakat yang masih

²⁷ Ibid.

²⁸Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif (Sebuah Sintesa Hukum Indonesia)*, Genta Publishing, Cetakan I, Juli, 2009, Yogyakarta, hlm. 17.

²⁹Ibid. 18

memegang teguh nilai hukum adatnya adalah masyarakat adat di Kabupaten Yahukimo, Provinsi Papua. Masyarakat adat di Yahukimo menggunakan hukum adatnya dalam berbagai pola kehidupan, bahkan dalam pelaksanaan pemilihan umum mereka menggunakan hukum adatnya sendiri dan tidak berpedoman pada Undang-Undang No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu.

Salah satu bentuk hukum adat yang dijalankan oleh masyarakat adat di Yahukimo adalah Noken. Noken adalah cara mereka dalam melaksanakan pemungutan suara. Pada pemilu tahun 2009, masyarakat di Kabupaten Yahukimo terlibat dalam pemilu, namun dalam pelaksanaannya disesuaikan dengan mekanisme adat. **Pencontrengan kertas suara diwakilkan oleh kepala-kepala suku.** Pencontrengan tidak dilakukan di dalam bilik suara dan kertas suara yang dicontreng tersebut tidak dimasukkan ke dalam kotak suara, tapi dimasukkan ke dalam tas khas orang Papua yang disebut "Noken". Pemilihan model Noken ini terungkap dalam sidang perkara Nomor 47-81/PHPU.A/VII/2009 di Mahkamah Konstitusi yang diajukan oleh dua orang pemohon, yaitu Pdt. Elion Numberi dan Hasbi Suaib, S.T.³⁰ Sebenarnya yang dipersoalkan oleh dua pemohon ini adalah tentang perselisihan hasil pemilu untuk anggota DPD, bukan konstitutionalitas noken sebagai model pemilihan. Namun, mau tidak mau, pemilihan model noken ini terkait langsung dengan sahnya pemilihan dan jumlah suara yang diperselisihkan.

Gubernur Papua, Barnabas Suebu menyebutkan bahwa penggunaan noken sebagai pengganti kotak suara itu sendiri sudah berlangsung sejak pemilu 1971. Sistem noken di Papua 'dikuasai' oleh kepala suku. Artinya, kepala suku mendaftarkan anggota sukunya sebagai pemilih kepada petugas pendaftaran atau Pantarlih. Proses pendaftaran tersebut tidak dilakukan berdasar prinsip satu orang satu pendaftaran. Peran kepala suku di Papua sangat luar biasa, kalau tidak mau mengikuti kepala suku berarti perang.

Sebagian pihak beranggapan bahwa, Noken tersebut dapat menjadi kendala pelaksanaan pemilu demokratis bahkan sistem Noken juga melanggar asas-asas

³⁰ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 47-81/PHPU.A/VII/2009, di dalamnya terdapat permohonan bahwa Pemohon adalah Calon Anggota Dewan Perwakilan Daerah Provinsi Papua yang meraih suara terbanyak ke enam berdasarkan Lampiran II.32. Surat Keputusan Komisi Pemilihan Umum (KPU) Nomor 255/Kpts/KPU/TAHUN 2009 tentang Penetapan dan Pengumuman Hasil Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota Secara Nasional Dalam Pemilu Tahun 2009. Lampiran Keputusan Komisi Pemilihan Umum *a quo* menurut Pemohon cacat hukum karena terdapat ketidakcermatan penyusunan peringkat suara sah calon. Dalam susunan peringkat tersebut tidak terdapat peringkat 1 (satu), sehingga peringkat tertinggi adalah 2 (videbukti P-2).

yang terdapat dalam UU Pemilu yakni asas langsung, bebas, dan rahasia. Tetapi tidak demikian halnya pandangan dari para Hakim Mahkamah Konstitusi. Dalam putusannya, Mahkamah berpendapat bahwa: "Mahkamah Konstitusi dalam kasus Yakuromo tetap menghargai budaya masyarakat untuk melakukan pemilihan dengan cara pemilihan kolektif ('kesepakatan warga' atau 'aklamasi') telah diterima masyarakat". Dalam putusannya Mahkamah Konstitusi juga mendasarkan pada kondisi sosiologis masyarakat hukum adat di Yahukimo³¹, sehingga mengakomodir sebagian budaya lokal serta menerima dan mengakui hukum adat yang masih dipegang teguh (Noken) oleh masyarakat adat setempat dalam sistem pemilu yang bersifat nasional. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut secara tegas dan jelas menerima mekanisme pemilihan secara **perwakilan aklamasi ala adat** sebagai cara yang sah, konstitusional, dan tidak bertentangan dengan mekanisme pemilihan ala *one man one vote* yang sudah diterapkan sejak pemilihan presiden secara langsung pada 2004 dan pilkada sejak 2005.

Model pemilihan umum dengan Noken sebenarnya mempertegas peranan adat dalam membangun demokrasi. Model noken dilakukan dengan cara musyawarah antara kepala-kepala suku dengan masyarakat. Masyarakat melakukan musyawarah untuk menentukan partai apa dan siapa yang akan dipilih menjadi wakil mereka di parlemen. Setelah dilakukan musyawarah, kepala suku ditugaskan untuk mewakili pemilih melakukan penyontrengan. Kertas yang sudah dicontreng dimasukkan dalam Noken berdasarkan pilihan yang sudah disepakati. Bahkan menurut Achmad Sodiki³², setelah proses pemilihan selesai, masyarakat adat di Yakuromo berpesta dengan memasak babi serta umbi-umbian di atas batu-batu besar yang disusun dilubang yang besar, dan seketika itu maka mulailah rakyat berpesta. Bagi masyarakat Yahukimo, pemilu identik dengan pesta gembira. Masyarakat Yahukimo tidak mau terpecah-belah hanya karena berbedanya pilihan, oleh sebab itu, mereka bermusyawarah terlebih dahulu mengenai siapa dan partai apa yang akan mereka pilih.

Oleh karena itu, dengan pertimbangan untuk tetap menjaga dan mempertahankan nilai-nilai adat yang hidup di masyarakat, Mahkamah Konstitusi

³¹ Ahmad Zazali, "Pengakuan Negara Terhadap Hak-Hak Politik (Right To Vote) Masyarakat Adat Dalam Pelaksanaan Pemilihan Umum (Studi Putusan Mahkamah Konstitusi No. 47-81/PHPU.A-VII/2009)", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9 Nomor 1, Maret 2012, hlm. 151.

³² Achmad Sodiki, "Konstitusional Pemilihan Umum Model Masyarakat Yakuromo", *Jurnal Konstitusi*, Volume 6, No. 2, Juli 2009, hlm 1-2.

dalam putusannya mengakui adanya Noken (hukum adat masyarakat adat di Yahukimo) sebagai cara yang sah dalam perwujudan hak politik dalam pemilu masyarakat hukum adat di Indonesia.

Pengakuan terhadap Hak atas Hutan Adat bagi Masyarakat Hukum Adat (Putusan No. 35/PUU-X/2012)

Pengakuan terhadap hak atas hutan adat bagi masyarakat hukum adat, berawal dari adanya permohonan uji materi Pasal 1 Angka 6, Pasal 4 ayat (1) dan (2), serta Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan. Pasal tersebut pada intinya mengatur tentang hutan adat yang dinyatakan sebagai bagian dari hutan negara. Lirin Colen Dingit, Yoseph Danur, Jilung, Jamaludin, Khairudin, dan Jailan adalah korban dari perampasan dan pembabatan tanah leluhur mereka atas nama negara dan hukum.³³ Oleh karena itu mereka mengajukan uji materi UU Kehutanan tersebut, bersama dengan Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN), Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Kenegerian Kuntu, dan Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Kesepuhan Cisitu.

Dalam permohonan uji materi tersebut, terdapat beberapa Pasal yang selama ini dijadikan ‘pasal sakti’ untuk merampas tanah dari masyarakat hukum adat, yakni Pasal 1 angka 6 UU Kehutanan menyebutkan bahwa “Hutan adat adalah hutan negara yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat”. Adanya pengaturan tersebut tentu saja merugikan masyarakat hukum adat dalam hal tanah adat, karena masyarakat hukum adat tak lagi “bebas” menggunakan tanah adatnya, terlebih lagi adanya ketentuan pada Pasal 4 ayat (3) “Pegusaan hutan oleh negara tetap memperhatikan hak masyarakat hukum adat, sepanjang kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, serta tidak bertentangan dengan kepentingan nasional.

Pasal 5 megatakan (1) Hutan berdasarkan statusnya terdiri dari: a. Hutan Negara, dan b. Hutan hak. (2) Hutan negara sebagaimana dimaksud pada ayat 1 huruf a, dapat berupa hutan adat. (3) pemerintah menetapkan status hutan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2); dan hutan adat ditetapkan sepanjang menurut kenyataannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan masih ada dan diakui keberadaannya.(4) apabila dalam perkembangannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan tidak lagi ada, maka hak pengelolaan hutan adat kembali kepada pemerintah.

³³ Achmad Dodi Haryadi, “Hutan Adat, Bukan Hutan Negara”, dalam *Majalah Konstitusi*, No. 76, Juni 2013, hlm. 8-9.

Selain itu dalam Pasal 67 ayat (1) dinyatakan bahwa: "masyarakat hukum adat sepanjang menurut kenyataan masih ada dan diakui keberadaannya berhak: a. melakukan pemungutan hasil hutan untuk pemenuhan kebutuhan hidup sehari masyarakat adat yang bersangkutan; b. melakukan kegiatan pengelolaan hutan berdasarkan hutan adat yang berlaku dan tidak bertentangan dengan undang-undang; dan; c. mendapatkan pemberdayaan dalam rangka meningkatkan kesejahteraannya. Ayat (2) pengukuhan keberadaan dan hapusnya masyarakat hukum adat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan dengan Peraturan Daerah. (3) ketentuan lebih lanjut sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Berdasarkan pengaturan tersebut, yang mengatakan bahwa hutan adat sebagai hutan negara, dapat dimaknai sebagai "degradasi" dalam penghormatan dan pengakuan masyarakat hukum adat di Indonesia. Bahkan hutan adat termarjinalkan dan dibiarkan bersaing dengan para pemegang ijin dan pengelola hutan dengan tanpa mendapat kepastian hukum.³⁴ Peraturan yang ada saat ini, menempatkan komunitas adat tak ubahnya seperti "tuan-tuan yang terusir dari tanah dan airnya" bahkan, "menjadi tamu di rumahnya sendiri". Bahkan, sepanjang tiga tahun terakhir tercatat 91.968 orang dari 315 komunitas adat masyarakat di Indonesia menjadi korban dalam konflik sumberdaya alam dan pertanahan. Konflik terjadi di 98 kota/kabupaten di 22 provinsi dengan jumlah konflik mencapai 232 kasus.³⁵

Oleh karena untuk mengangkat kembali harkat dan martabat masyarakat hukum adat, Lirin, dkk mengajukan permohonan uji materil terhadap Pasal tersebut pada tahun 2012. Dan sepertinya Lirin, dkk tidak bertepuk sebelah tangan, karena pada 16 Mei 2013 melalui putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012, yang secara garis besar menyatakan bahwa "hutan adat bukanlah hutan negara". Dalam putusannya Mahkamah Konstitusi berpendapat, keberadaan hutan adat dalam kesatuannya dengan wilayah hak ulayat dari suatu masyarakat hukum adat adalah konsekuensi pengakuan terhadap hukum adat sebagai *living law*.

Hutan adat dalam kenyataannya berada dalam wilayah hak ulayat. Hak ulayat bagi masyarakat hukum adat, dikuasai dan diusahakan bagi pemenuhan kebutuhan pribadi dan keluarganya saja. Dengan demikian, tidak dimungkinkan hak yang dipunyai oleh warga masyarakat hukum adat tersebut ditiadakan atau dibekukan

³⁴ *Ibid*, hlm. 10.

³⁵ *Loc. Cit.*

sepanjang memenuhi syarat dalam cakupan pengertian kesatuan masyarakat hukum adat yang dimaksud dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945.³⁶

Terkait dengan Pasal 5 ayat (1) huruf a, yang mengatakan bahwa ‘Hutan negara dapat juga termasuk hutan adat’ atau dengan kata lain hutan adat adalah hutan negara. Mahkamah Konstitusi memberikan penjelasan bahwa, tidak dimungkinkan hutan hak berada dalam wilayah hutan negara, atau sebaliknya hutan negara dalam wilayah hutan hak. Sehingga menjadi jelas status dan letak hutan ulayat dalam kaitannya dengan pengakuan dan perlindungan kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat yang dijamin oleh Pasal 18B ayat (2) UUD 1945. Dengan demikian, hutan berdasarkan statusnya dibedakan menjadi dua yaitu hutan negara dan hutan hak. Adapun hutan hak dibedakan antara hutan adat dan hutan perseorangan/badan hukum.

Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 merupakan pengakuan dan perlindungan terhadap keberadaan hutan adat dalam kesatuan dengan wilayah hak ulayat suatu masyarakat hukum adat. Hal demikian merupakan konsekuensi pengakuan terhadap hukum adat sebagai *living law* yang sudah berlangsung sejak lama, dan diteruskan sampai sekarang. Oleh karena itu, **menempatkan hutan adat sebagai bagian dari hutan negara merupakan pengabaian terhadap hak-hak masyarakat hukum adat**. Dapat disimpulkan bahwa Mahkamah Konstitusi dengan tegas mengatakan bahwa “hutan adat bukanlah hutan negara, maka hutan adat tetaplah hutan adat yang dimiliki oleh masyarakat adat.

Perlindungan Keberadaan Hak Individu dan Hak Ulayat Masyarakat Hukum adat (Putusan No. 45/PUU-IX/2011)

Mahkamah Konstitusi dalam mewujudkan akses terhadap keadilan bagi masyarakat hukum adat nampaknya tak hanya sekedar mewujudkan keadilan prosedural semata, hal ini dapat dilihat dalam putusan perkara No. 45/PUU-IX/2011 mengenai pengujian UU Kehutanan. Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa pengukuhan kawasan hutan harus memperhatikan keberadaan individu dan hak ulayat yang akan berpotensi dirugikan karena proses pengukuhan kawasan hutan. Di banyak kasus, UU Kehutanan dengan frasa ‘memperhatikan’ tersebut banyak disimpangi, sehingga terjadi berbagai kasus seperti yang telah dipaparkan diatas, yang akhirnya merugikan masyarakat hukum adat, yang bahkan menyebabkan mereka seperti terusir dari rumahnya sendiri.

³⁶ Lihat lebih lanjut dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012.

Oleh karena itu Mahkamah konstitusi memberikan penjelasan dan penegasan terhadap frasa ‘memperhatikan hak masyarakat hukum adat’ tersebut, yakni: “memperhatikan hak masyarakat hukum adat itu artinya adalah bahwa dalam proses pengukuhan kawasan hutan, harus dilakukan berdasarkan persetujuan dari pihak yang berpotensi dirugikan karena pengukuhan kawasan hutan tersebut. Hal demikian dimaksudkan agar tidak lagi terjadi tafsir sepihak bagi yang berkepentingan terhadap pengukuhan kawasan hutan tersebut.

Penguasaan Hutan bagi Masyarakat Hukum Adat (Putusan No. 34/PUU-IX/2011)

Permohonan uji materil Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, bermula dari adanya permohonan dari Maskur Anang, yang merupakan warga Jambi Timur, Kota Jambi. Pemohon menganggap dan bahkan telah merasakan hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh adanya ketentuan dalam Pasal 4 ayat (2) huruf b dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, yang memberi keleluasaan kepada Menteri Kehutanan untuk menetapkan status wilayah tertentu sebagai kawasan hutan atau kawasan hutan sebagai bukan kawasan hutan, dengan tidak memperhatikan beban hak atas tanah yang telah diberikan oleh negara, sebagaimana terjadi pada tanah milik Pemohon, Menteri Kehutanan secara melanggar hukum melakukan “manipulasi rekayasa alih fungsi” atas areal tanah yang berada di luar kawasan hutan yang peruntukannya belum ditetapkan sebagai kawasan hutan menjadi “Hutan Cadangan” sebagaimana terjadi pada tanah perkebunan milik Pemohon yang berada pada kawasan Budidaya Pertanian oleh Menteri Kehutanan telah dialih-fungsikan dan ditetapkan sebagai cadangan Hutan Tanaman Industri (HTI), kebijakan tersebut selain melanggar Pasal 5 Peraturan Pemerintah Nomor 7 Tahun 1990 bahwa Menteri Kehutanan tidak mempunyai kewenangan mencadangkan HTI pada kawasan Budidaya Pertanian, hal tersebut jelas sangat merugikan hak, dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon sebagaimana dijamin dan diatur dalam Pasal 28A, Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) dan Pasal 28H ayat (4) UUD 1945. Selain itu juga, di sekitar lahan tersebut terdapat masyarakat hukum adat yang tinggal dalam hutan yang disebut dengan hutan adat. Berdasarkan Pasal 4 ayat (3) disebutkan bahwa “*Penguasaan hutan oleh negara tetap memperhatikan hak masyarakat hukum adat, sepanjang kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, serta tidak bertentangan dengan kepentingan nasional.*

Dalam permohonan ini ditemukan bahwa adanya pengalihan fungsi dari perkebunan menjadi hutan cadangan, yang ternyata bukan kewenangan dari Menteri

Kehutanan untuk melakukan pengalihan fungsi yang merugikan bagi pemohon dan masyarakat hukum adat, karena disekitar lahan tersebut terdapat hutan adat yang merupakan tempat tinggal bagi masyarakat hukum adat tetapi ditetapkan sebagai hutan tanaman industri oleh Menteri Kehutanan. Oleh karena itu, Mahkamah dalam Putusan Nomor 45/PUU-IX/2011, memberi pertimbangan:

"Bawa dalam suatu negara hukum, pejabat administrasi negara tidak boleh berbuat sekehendak hatinya, akan tetapi harus bertindak sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan, serta tindakan berdasarkan freies Ermessen (discretionary powers). Penunjukan belaka atas suatu kawasan untuk dijadikan kawasan hutan tanpa melalui proses atau tahap-tahap yang melibatkan berbagai pemangku kepentingan di kawasan hutan sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan, merupakan pelaksanaan pemerintahan otoriter. Penunjukan kawasan hutan merupakan sesuatu yang dapat diprediksi, tidak tiba-tiba, bahkan harus direncanakan, dan karenanya tidak memerlukan tindakan freies Ermessen (discretionary powers). Tidak seharusnya suatu kawasan hutan yang akan dipertahankan keberadaannya sebagai hutan tetap, menguasai hajat hidup orang banyak, hanya dilakukan melalui penunjukan.³⁷

Selain itu, Mahkamah menegaskan kembali bahwa: Pasal 4 ayat (3) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan **bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945** sepanjang tidak dimaknai, "Penguasaan hutan oleh negara tetap wajib melindungi, menghormati, dan memenuhi hak masyarakat hukum adat, sepanjang kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, hak masyarakat yang diberikan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, serta tidak bertentangan dengan kepentingan nasional", Mahkamah juga mengatakan bahwa "Pasal 4 ayat (3) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, **tidak memiliki kekuatan hukum mengikat** sepanjang tidak dimaknai, "Penguasaan hutan oleh negara tetap wajib melindungi, menghormati, dan memenuhi hak masyarakat hukum adat, sepanjang kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, hak masyarakat yang diberikan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, serta tidak bertentangan dengan kepentingan nasional".

Pengukuhan Hak-hak Tradisional Masyarakat Hukum Adat (Putusan No. 3/PUU-VIII/2010)

Pengajuan permohonan uji materi terhadap Pasal 1 angka 4, angka 7, dan angka 18, Pasal 16 ayat (1), Pasal 23 ayat (2) dan ayat (4) Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007, berawal dari pemohon yang merasa terdapat tumpang tindih dalam penjelasan

³⁷ Lihat lebih lanjut dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 34/PUU-IX/2011.

objek hak pengelolaan perairan pesisir (HP-3) dengan peraturan perundang-undangan yang lain yakni Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum dan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Terdapat kerancuan atau tumpang tindih antara objek HP-3 tersebut dengan objek perizinan di bidang kehutanan, pertambangan, dan pariwisata.

Tumpang tindih objek tersebut di antaranya adalah: (1) antara HP-3 dengan perizinan bidang kehutanan yaitu tentang pemanfaatan hutan mangrove, fauna/flora yang terdapat di kawasan perairan pantai, dan penggunaan jasa lingkungan di kawasan hutan mangrove tersebut; (2) antara HP-3 dengan perijinan bidang pertambangan yaitu pemanfaatan pasir sebagai sumber daya di kawasan pantai dan mineral dalam laut; (3) antara HP-3 dengan perizinan bidang pariwisata yaitu pengembangan wisata pantai; Di samping itu, karena luas cakupan objek HP-3 terutama yang terkait dengan pemanfaatan daratan (permukaan bumi yang disebut tanah) maupun tubuh bumi, termasuk yang di bawah air, maka terjadi tumpang tindih dengan objek pengaturan di bidang pertanahan. Selama ini, dalam praktik telah diberikan hak atas tanah sesuai (UUPA) yang dapat berupa Hak Guna Bangunan (HGB), di wilayah dermaga dan perairan pantai, rumah-rumah nelayan dan pelatarannya, bangunan-bangunan di perairan pesisir; Hak Guna Usaha (HGU) diberikan untuk budidaya perikanan pantai, keramba ikan, budidaya rumput laut, budidaya mutiara. Bahwa terdapat potensi tumpang tindih HP-3 dengan pemberian hak atau perizinan oleh instansi/sektor lain, hal ini yang jika diberlakukan akan mereduksi keberadaaan masyarakat hukum adat yang berada di daerah pesisir ataupun pulau-pulau kecil, bahkan dapat terusir akibat adanya pemberian hak pengelolaan perairan dan pesisir. Oleh karena itu dalam putusan perkara No. 3/PUU-VIII/2010 mengenai pengujian Undang-Undang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-pulau Kecil, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa ‘pembatasan waktu tertentu dalam pemberian hak pengelolaan perairan pesisir (HP3) bertentangan dengan Pasal 18B UUD 1945’. Hal ini dikarenakan tidak sesuai dengan konsep hak ulayat dan hak-hak tradisional rakyat yang tidak bisa dibatasi karena secara karakteristik, hak tersebut dapat dinikmati secara turun temurun bagi masyarakat hukum adat.

Mahkamah Konstitusi dalam putusan tersebut juga berpendapat bahwa pemberian HP3 kepada individu dan badan hukum swasta juga mengancam keberadaan hak-hak masyarakat tradisional dan kearifan masyarakat lokal atas

wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil, karena menurut konsepsi undang-undang tersebut, masyarakat tradisional yang secara turun temurun memiliki hak atas pemanfaatan perairan, pesisir dan pulau-pulau kecil akan diberikan HP3, dan dapat menerima ganti rugi atas pemberian HP3 kepada swasta berdasarkan kesepakatan musyawarah. Menurut Mahkamah Konstitusi konsep yang demikian akan membatasi hak-hak tradisional masyarakat dalam batasan waktu tertentu menurut pemberian HP3 yaitu 20 tahun dan dapat diperpanjang. Terkait dengan pemberian ganti kerugian, menurut Mahkamah Konstitusi berpendapat akan menghilangkan hak-hak tradisional atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil, akan menghilangkan hak-hak tradisional masyarakat hukum adat yang seharusnya dinikmati secara turun temurun (*just saving principle*), karena dengan pemberian ganti kerugian maka hak tersebut hanya dinikmati oleh masyarakat penerima ganti kerugian pada saat itu saja.

Penutup

Berdasarkan pada pembahasan di atas, maka dapat ditarik dua kesimpulan, yakni: *pertama*, bahwa keberadaan masyarakat hukum adat di Indonesia telah diakomodir di berbagai lingkup pengaturan, baik dalam UUD 1945, Undang-Undang, Peraturan Daerah, Surat Keputusan Gubernur, dan Surat Keputusan Bupati. *Kedua*, politik hukum masyarakat hukum adat melalui putusan Mahkamah Konstitusi, terlihat memperkokoh keberadaan masyarakat hukum adat di Indonesia dengan memberikan berbagai tafsir atau penjelasan yakni (1) menjelaskan untuk pertama kalinya mengenai empat syarat dasar konstitusional masyarakat hukum adat, (2) Mahkamah Konstitusi mengakui *Noken* (hukum adat masyarakat adat di Yahukimo) sebagai cara yang sah dalam perwujudan hak politik dalam pemilu masyarakat hukum adat, (3) Mahkamah Konstitusi dengan tegas mengatakan bahwa "hutan adat bukanlah hutan negara, (4) Mahkamah Konstitusi memberi penjelasan dan penegasan terhadap frasa 'memperhatikan' yakni: "memperhatikan hak masyarakat hukum adat itu artinya adalah bawa dalam proses pengukuhan kawasan hutan, harus dilakukan berdasarkan persetujuan dari pihak yang berpotensi dirugikan karena pengukuhan kawasan hutan tersebut, (5) Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa "*Penguasaan hutan oleh negara tetap wajib melindungi, menghormati, dan memenuhi hak masyarakat hukum adat, sepanjang kenyataannya masih ada dan diakui*

keberadaannya, hak masyarakat yang diberikan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, serta tidak bertentangan dengan kepentingan nasional". (6) Mengakui wilayah hak ulayat dari suatu masyarakat hukum adat adalah konsekuensi pengakuan terhadap hukum adat sebagai *living law* (Mahkamah Konstitusi mempertegas Pasal 18B UUD 1945, bahwa masyarakat hukum adat dalam penguasaan hak ulayat merupakan hak tradisional yang tidak dapat dibatasi oleh peraturan perundang-undangan karena hak-hak tradisional masyarakat hukum adat yang seharusnya dinikmati secara turun temurun (*just saving principle*).

Daftar Pustaka

- AM., Sjahmunir, *Pemerintahan Nagari dan Tanah Ulayat*, Andalas University Press, Padang, 2006.
- A. Poster, Richard, *The Problem of Jurisprudence*, New York, Harvard University Press, 1995.
- Arizona, Yance, "Mahkamah Konstitusi Sebagai Arena Memperjuangkan Hak-Hak Warga Negara Atas Tanah dan Sumber Daya Alam Lainnya", disampaikan dalam *Konferensi Nasional Mahkamah Konstitusi dan Perlindungan Hak Warga Negara*, Jakarta, 18-19 November 2013.
- Asshiddiqie, Jimly, Mahkamah Konstitusi dan Cita Negara Hukum Indonesia, opini, <http://www.pemantauperadilan.com>.
- Bahar, Saafroedin dan Ruswiati Suryasaputra, *Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat*, Sekretariat Nasional Masyarakat Hukum Adat, Pekanbaru, 2009.
- Barents, J., *Ilmu Politik: Suatu Perkenalan Lapangan*, Jakarta: PT. Pembangunan, 1958.
- Djohanjah, "Akses Pada Keadilan", Makalah pada Penelitian HAM bagi jejaring Komisi Yudisial, Bandung, 3 Juli 2010.
- Dodi Haryadi, Achmad, "Hutan Adat Dalam Daulat Masyarakat Hukum Adat", *Majalah Konstitusi*, No 76, Juni 2012.
- Kelompok Kerja Akses Terhadap Keadilan, Strategi Nasional Akses terhadap Keadilan, BAPPENAS Derektorat Hukum dan HAM , Jakarta, 2009.
- Mahmud, Peter, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2005.
- Manan, Bagir, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Cetakan kedua, PSH FH UII, Yogyakarta, 1999.
- Nonet , Phillippe dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition Towards Responsive Law*, New Jersey: Trascation Publishers, 2001.
- Rahardjo, Satjipto, *Hukum Progresif (Sebuah Sintesa Hukum Indonesia)*, Genta Publishing, Cetakan I, Yogyakarta, Juli 2009.

- Riyadi, Eko, (editor), *To Promote: Membaca Perkembangan Wacana Hak Asasi Manusia di Indonesia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2012.
- _____, dan Syarif Nur Hidayat (editor), *Vulnerable Groups: Kajian dan Mekanisme Pelindungannya*, Cetakan Pertama, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM UII), Yogyakarta, 2012.
- S. Davidson, Jamie, dkk, *Adat Dalam Politik Indonesia*, Yayasan Obor Indonesia, Edisi-1, KITLV-Jakarta, 2010.
- Sina Chandranegara, Ibnu, "Ultra Petita Dalam Pengujian Undang-Undang dan Jalan Mencapai Keadilan Konstitusional", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9 Nomor 1, Maret 2012.
- Seokanto, Soerjono, *Kedudukan Kepala Desa Sebagai Hakim Perdamaian*, Cet. Pertama, Rajawali Press, Jakarta, 1986
- Simarmata, Rikardo, *Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat: Resistensi Pengakuan Bersyarat*, 2004.
- Sodiki, Achmad, "Konstitusional Pemilihan Umum Model Masyarakat Yakuhamo", *Jurnal Konstitusi*, Volume 6, No. 2, Juli 2009.
- Thontowi, Jawahir, "Perlindungan dan Pengakuan Masyarakat Hukum Adat dan Tantangannya dalam Hukum Indonesia", *Jurnal Hukum Ius Qua Iustum* No. 1 Vol. 20 Januari, Yogyakarta, 2013.
- Wayan Wesna Astara, I, *Pertarungan Politik Hukum Negara dan Politik Kebudayaan (Otonomi Desa Adat di Bali)*, Udayana University Press, Bali, 2010.
- Wignjodipuro, Surojo, *Pengantar Azas-azas Hukum Adat*, Ed. II, Alumni, Bandung, 1973.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 31/PUU-V/2007.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 47-81/PHPU.A/VII/2009.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 3/PUU-VII/2010.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 45/PUU-IX/2011
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 35/PUU-X/2012.
- Tempo, Senin, 28 Oktober 2013, id.berita.yahoo.com/korban-konflik-pertanahan-capai-91-968-orang-073753758.html.

Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi: Studi Terhadap Putusan Nomor 92/PUU-X/2012

Allan Fatchan Gani Wardhana
Mahasiswa Magister Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Jl.Cik Ditiro No.1 Yogyakarta
allanfatchanganiw@yahoo.com

Abstract

After the reform, the amendment of 1945 Constitution of Republic Indonesia, in fact, keeps taking place. The material of 1945 Constitution of Republic Indonesia was amended not only through the formal mechanism of People's Consultative Assembly conventions, but also through informal mechanism or the mechanism outside the formal context, in this case, through the interpretation of the judges of Constitutional Court. This research studied the problems about: first, did the Act of Constitutional Court Number 92/PUU-X/2012 amend 1945 Constitution of Republic Indonesia? Second, what were the juridical implications of the Acts of Constitution Assembly? The research method used was normative juridical using case study. The result of the research concluded that first, there was an amendment of 1945 Constitution of Republic Indonesia through the Act of Constitutional Court of Republic Indonesia Case Number 92/PUU-X/2012 regarding the process of the formulation and discussion of draft law on Regional Representative Council (DPD) authority. Second, the Act of Constitutional Court had an implication on the position of DPD which is now equal to House of Representatives and President in suggesting draft law and in formulating Prolegnas, DPD must be involved.

Key words : Amendment, 1945 Constitution of Republic Indonesia, Act of Constitutional Court

Abstrak

Pasca reformasi perubahan terhadap UUD NRI 1945 ternyata terus berlanjut. Materi UUD NRI 1945 tidak hanya berubah melalui mekanisme formal sidang MPR, namun juga berubah melalui mekanisme informal atau mekanisme di luar ketentuan resmi, dalam hal ini melalui tafsir hakim Mahkamah Konstitusi. Penelitian ini mengkaji permasalahan mengenai, *pertama*, apakah putusan Mahkamah Konstitusi nomor 92/PUU-X/2012 telah mengubah UUD NRI 1945? *Kedua*, apa implikasi yuridis atas putusan MK tersebut? Metode penelitian yang digunakan adalah metode yuridis normatif dengan pendekatan kasus. Hasil penelitian menyimpulkan, *pertama*, adanya perubahan UUD NRI 1945 melalui Putusan MK-RI Nomor Perkara 92/PUU-X/2012 dalam kaitannya dengan proses pembuatan dan pembahasan RUU yang menyangkut dengan kewenangan DPD. *Kedua*, Putusan MK telah memberikan implikasi yuridis terhadap kedudukan DPD yang kini setara dengan DPR dan Presiden dalam mengusulkan RUU serta penyusunan Prolegnas harus melibatkan DPD.

Kata kunci: Perubahan, UUD NRI 1945, Putusan MK.

Pendahuluan

Reformasi, mempunyai agenda banyak hal. Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah salah satu dari banyak hal. Semangat untuk mengubah atau mengamandemen UUD 1945 membuncuh pada waktu reformasi. Sebuah mitos yang menganggap UUD 1945 mengalami “sakralisasi” akhirnya terbantahkan dengan adanya reformasi. Terjadinya reformasi, UUD 1945 yang “disakralkan” mengalami *desakralisasi*.¹ Dalam empat kali perubahan itu, materi UUD 1945 yang asli telah mengalami perubahan besar-besaran dan dengan perubahan materi yang dapat dikatakan sangat mendasar. Secara substantif, perubahan yang telah terjadi atas UUD 1945 telah menjadikan konstitusi proklamasi itu menjadi konstitusi yang baru sama sekali, meskipun tetap dinamakan sebagai Undang-Undang Dasar 1945.² Rentang waktu dari 1999 - 2002, perubahan UUD 1945 tersebut dimaksudkan untuk memperbaiki dan menyempurnakan mengenai aturan dasar bernegara yang muaranya adalah membawa perubahan mendasar dalam kehidupan berbangsa dan benegara.

Amandemen sebanyak empat kali secara fundamental telah mengubah aturan dasar berbangsa dan bernegara. Salah satunya ialah penegasan bahwa Indonesia adalah Negara Hukum. Hal tersebut tertuang di dalam Pasal 1 ayat (3) UUD NRI 1945. Negara hukum yang dimaksud adalah negara yang menegakkan supremasi hukum untuk menegakkan kebenaran dan keadilan, dan tidak ada kekuasaan yang tidak dipertanggungjawabkan (akuntabel). Dalam paham negara hukum itu, hukumlah yang memegang komando tertinggi dalam penyelenggaraan negara. Sesungguhnya memimpin dalam penyelenggaraan negara adalah hukum itu sendiri sesuai dengan prinsip *the Rule of Law, and not of Man*, yang sejalan dengan pengertian *nomocratie*, yaitu kekuasaan dijalankan oleh hukum, *nomos*.³

Prinsip supremasi hukum yang dianut oleh negara ini, praktis membawa konsekuensi berbagai hal terutama dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara. Dalam perspektif supremasi hukum (*supremacy of law*), pada hakikatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum tertinggi.⁴ Artinya bahwa UUD NRI 1945

¹ Ni'matul Huda, *Politik Ketatanegaraan Indonesia Kajian terhadap Dinamika Perubahan UUD 1945*, FH UII Press, Yogyakarta, 2004, hlm.3

² Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitutionisme Indonesia*, Sinar Grafika Offset, Jakarta, 2011, hlm. 48

³ *Ibid.*, hlm. 57

⁴ *Ibid.*, hlm.127

saat ini merupakan pemimpin tertinggi di negara ini. Implikasi dari hal tersebut, UUD NRI 1945 harus menjadi pedoman dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara bagi seluruh warga negara Indonesia. Karena UUD NRI 1945 sebagai pedoman dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara, maka UUD NRI 1945 harus dijaga wibawanya dari segala aspek yang dapat melecehkannya.

Kemudian, muncul lembaga baru – Mahkamah Konstitusi – lembaga peradilan ketatanegaraan yang dimaksudkan untuk menjaga dan mengawal wibawa konstitusi. Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia dilatarbelakangi oleh keinginan untuk menjamin agar UUD NRI 1945 sebagai hukum tertinggi dapat ditegakkan. Karena itu, Mahkamah Konstitusi biasa disebut dengan penjaga konstitusi (*the guardians of the constitution*).⁵ Pembentukan Mahkamah Konstitusi (MK) adalah sejalan dengan dianutnya paham negara hukum dalam UUD NRI 1945. Dalam negara hukum harus dijaga paham konstitusional. UUD NRI 1945 merupakan puncak dalam tata urutan peraturan perundangan-undangan di Indonesia. Konsekuensi dari itu, tidak boleh ada undang-undang dan peraturan perundangan-undangan lainnya yang bertentangan dengan UUD NRI 1945.

Kewenangan MK sebagai *the guardians of the constitution* dapat ditemukan indikasinya dalam Pasal 24C UUD 1945, yaitu bahwa MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar. Kewenangan yang demikian sering disebut sebagai *judicial review*, yaitu kewenangan untuk menguji kesahihan produk hukum yang dihasilkan oleh lembaga pembuat undang-undang. Dari kewenangan *judicial review* tersebut menimbulkan sebuah kewenangan yang *mutatis mutandis* (dengan sendirinya) ada, yaitu kewenangan menafsirkan konstitusi.⁶ Oleh karena itu, MK juga sering disebut sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*).⁷

Kewenangan untuk menafsirkan konstitusi inilah yang kemudian membuka ruang terjadinya interpretasi konstitusi oleh para hakim. Kewenangan tafsir konstitusi yang berasal dari tafsir hakim tersebut memang tidak terlepas dari upaya

⁵ MK-RI, *Pendidikan Kesadaran Berkonstitusi*, Cet-6, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, 2010, hlm.129

⁶ Feri Amsari, *Perubahan UUD 1945 Perubahan Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi*, Cet. 2, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, hlm.83

⁷ Ni'matul Huda dan R.Nazriyah, *Teori & Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Nusa Media, Bandung, 2011, hlm.145

untuk memenuhi rasa keadilan. Maka dengan kewenangan untuk menafsirkan konstitusi (uji konstitutionalitas) tersebut akan terdapat beberapa kemungkinan, salah satunya adalah perubahan informal terhadap konstitusi. Perkara-perkara uji konstitutionalitas UU terhadap UUD NRI 1945 di MK mengakibatkan terjadinya perubahan UUD NRI 1945. Perubahan tersebut sebagaimana dikemukakan oleh K.C. Wheare, adalah perubahan melalui *judicial interpretation* atau penafsiran pengadilan. Tentu penafsiran pengadilan yang dimaksud adalah tafsir/interpretasi hakim.

Realitas kasus di Indonesia, pernyataan KC Wheare yang mengemukakan bahwa konstitusi dapat berubah secara informal melalui penafsiran hakim, dapat ditemui dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 92/PUU-X/2012 tentang hasil uji konstitutionalitas produk hukum UU No. 27 Tahun 2009 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3) dan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU P3).

Berdasarkan Pasal 22D UUD NRI 1945, DPD memiliki kewenangan legislasi diantaranya berupa kewenangan untuk dapat mengajukan Rancangan Undang-Undang dan ikut membahas RUU yang berkaitan dengan bidang-bidang tertentu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22D ayat (1) dan ayat (2) UUD NRI 1945. Kewenangan DPD untuk dapat mengajukan RUU sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22D ayat (1) UUD 1945 telah direduksi/dirugikan dengan berlakunya UU MD3 dan UU P3 tersebut.

Permohonan *judicial review* yang diajukan oleh Pimpinan DPD dikabulkan oleh MK. Dengan adanya putusan MK Nomor 92/PUU-X/2012 yang mengabulkan sebagian permohonan uji materi tersebut, kini DPD berhak mengajukan rancangan undang-undang (RUU), membahas RUU dalam daftar inventarisasi masalah (DIM), sampai dengan ikut menyusun program legislasi nasional (prolegnas) yang terkait dengan daerah. Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa beberapa ketentuan dalam UU MD3 dan UU P3 dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dalam putusan tersebut tersinalir adanya perubahan terhadap UUD NRI 1945.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, permasalahan yang menjadi fokus penelitian ini sebagai berikut. *Pertama*, apakah putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-

X/2012 telah mengubah UUD NRI 1945? Kedua, apa implikasi yuridis atas putusan MK tersebut?

Tujuan Penelitian

Adapun penelitian ini bertujuan untuk mengetahui: *pertama*, apakah putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012 telah mengubah UUD NRI 1945; *kedua*, implikasi yuridis terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012.

Metode Penelitian

Jenis Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif, karena peneliti melakukan penelitian dengan studi literatur dan peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan objek penelitian guna mencari jawaban atas masalah yang hendak diteliti. Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini adalah bahan-bahan hukum yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Penelitian ini menggunakan teknik pengumpulan bahan hukum melalui metode penelitian *library research* yang terdiri dari buku-buku, jurnal ilmiah, media massa dan internet serta referensi lain yang relevan. Penelitian ini menggunakan teknik analisis bahan hukum deskriptif kualitatif yaitu pengelompokan dan penyesuaian data-data yang diperoleh dari suatu gambaran sistematis yang didasarkan pada teori dan pengertian hukum yang terdapat dalam ilmu hukum untuk menghasilkan kesimpulan yang signifikan dan ilmiah yang dapat menjawab rumusan masalah penelitian.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Perubahan Undang Undang Dasar Melalui Tafsir Hakim

Menurut KC Wheare, ada tiga cara untuk mengubah undang-undang dasar, yaitu : (i) *formal amendment* atau perubahan resmi, (ii) *constitutional convention* atau konvensi ketatanegaraan; dan (iii) *judicial interpretation* atau penafsiran pengadilan.⁸

⁸ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*. Cet 3, Rajawali Press, Jakarta, 2011, hlm. 116

Bagi George Jellinek, perubahan konstitusi pada dasarnya dibagi menjadi dua, yaitu; *pertama*, melalui prosedur formal (*verfassungsänderung*) dan *kedua*, melalui cara-cara informal (*verfassungswandlung*). Perubahan formal adalah perubahan yang mekanismenya telah diatur di dalam konstitusi suatu negara sedangkan perubahan diluar ketentuan konstitusi disebut sebagai perubahan informal atau melalui kondisi yang disebut Djokosutono secara *onbewust* (lambat-laun). Walaupun dalam perkembangannya perubahan informal juga dapat memiliki kekuatan hukum mengikat seketika itu juga.⁹ Dalam bahasa Soehardjo Sastrosoehardjo, *verfassungsänderung* dimaknai sebagai bentuk perubahan yang sesungguhnya, dimana terjadi perubahan terhadap pokok-pokok pikiran, asas-asas, bentuk negara, sistem pemerintahan dan lainnya.¹⁰ Sedangkan *verfassungswandlung* menurut Soehardjo adalah perubahan makna ataupun penafsiran ketentuan dalam konstitusi yang tidak menyimpang dari ketentuan pokok serta asas-asas yang termaktub di dalamnya.¹¹

Dalam membahas mengenai perubahan konstitusi secara informal, K.C. Wheare¹² menjelaskan mengenai terdapatnya kekuatan-kekuatan yang mampu menimbulkan perubahan konstitusi itu sendiri. Kekuatan itu sendiri oleh Wheare dibagi menjadi dua, yaitu; *pertama*, kekuatan yang dapat menciptakan berubahnya kondisi di suatu negara. Kekuatan itu memang tidak merubah kalimat-kalimat dalam konstitusi secara eksplisit, namun kekuatan tersebut mampu menciptakan kondisi yang dapat merubah makna atau kestabilan supremasi konstitusi. *Kedua*, kekuatan yang mampu menciptakan kondisi sehingga terlaksananya perubahan konstitusi secara formal, melalui interpretasi hakim atau melalui konvensi ataupun kebiasaan ketatanegaraan.

Pandangan wheare ini tentu dilatarbelakangi kasus Marbury vs Madison (1803) pada *Supreme Court* (MA) Amerika Serikat. Kasus tersebut dalam ilmu hukum khususnya Hukum Tata Negara dipahami sebagai formula awal dari ide perubahan konstitusi melalui penafsiran oleh lembaga peradilan/hakim.¹³ Kewenangan hakim untuk melakukan penafsiran sesungguhnya timbul dari sebuah tafsir pula bahwa tidaklah mungkin dapat melakukan *review* terhadap sebuah undang-undang agar berkesesuaian dengan konstitusi apabila tidak diberi kewenangan memaknai dan

⁹ Feri Amsari, *Perubahan UUD 1945...,Op Cit.*, hlm.30

¹⁰ *Ibid.*, hlm.30

¹¹ *Ibid.*

¹² K.C. Wheare, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Nusa Media, Bandung, 2011, hlm.104-184

¹³ Feri Amsari, *Perubahan UUD 1945...,Op Cit.*, hlm 5

menafsirkan konstitusi itu sendiri.¹⁴ Perubahan konstitusi melalui penafsiran hakim ini, menurut Wheare disini hakim tidak melakukan perubahan secara tesktual pada *original intent* suatu konstitusi, melainkan melalui penafsiran yang mengubah makna dari pasal-pasal (*tesktual meaning*) dari konstitusi.¹⁵ Perubahan ini adalah metode perubahan konstitusi dalam arti menambah, mengurangi, atau memperbaiki makna yang terdapat dalam suatu teks konstitusi.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012 Mengubah UUD NRI 1945

Realitas kasus di Indonesia, pernyataan KC Wheare yang mengemukakan bahwa konstitusi dapat berubah secara informal melalui penafsiran hakim, dapat ditemui dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012 tentang hasil uji konstitusionalitas produk hukum Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3) dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU P3). Pemohon dalam perkara tersebut ialah DPD secara kelembagaan.

DPD merasa bahwa kewenangan konstitusionalnya dirugikan terhadap berlakunya UU MD3 dan UU P3. Permohonan Pengujian Undang-Undang (PUU) terhadap UUD NRI 1945 yang dilakukan oleh DPD ke Mahkamah Konstitusi terdapat lima pokok persoalan konstitusional yang dimohonkan oleh Pemohon, yaitu¹⁶: 1) **Kewenangan DPD dalam mengusulkan RUU** sebagaimana diatur di dalam Pasal 22D ayat (1) UUD 1945 , yang menurut Pemohon, RUU dari DPD harus diperlakukan setara dengan RUU dari Presiden dan DPR; (Sebelum putusan ini dijatuhan, RUU dari DPD posisinya disamakan dengan usul RUU dari anggota DPR. Antara RUU dan Usul RUU mempunyai implikasi hukum yang berbeda); 2) **Kewenangan DPD ikut membahas RUU** yang disebutkan dalam Pasal 22D UUD 1945 bersama DPR dan Presiden; 3) **Kewenangan DPD memberi persetujuan atas RUU** yang disebutkan dalam Pasal 22D UUD 1945; 4) **Keterlibatan DPD dalam penyusunan Prolegnas** yang menurut Pemohon sama halnya dengan keterlibatan Presiden dan DPR; 5) **Kewenangan DPD memberi pertimbangan terhadap RUU** yang disebutkan dalam Pasal 22D UUD 1945.

¹⁴ *Ibid.*, hlm.84

¹⁵ *Ibid.*, hlm.23

¹⁶ Putusan MK-RI, Nomor Perkara 92/PUU-X/2012, hlm. 239-240

Lima pokok persoalan konstitusional di atas ialah kewenangan DPD yang bersumber dari UUD 1945, akan tetapi ternyata terjabarkan secara bias dalam UU MD3 dan UU P3. Sehingga disinilah kemudian DPD merasa kewenangan konstitusionalnya tereduksi. Putusan Mahkamah Konstitusi terkait hal ini menarik untuk dicermati terutama pada persoalan konstitusional tentang **kewenangan DPD untuk ikut membahas RUU**. Dalam kaitannya dengan kewenangan DPD untuk membahas RUU, menurut Mahkamah, kewenangan DPD untuk membahas RUU telah diatur dengan tegas dalam Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan : *"Dewan Perwakilan Daerah ikut membahas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah, serta memberikan pertimbangan kepada Dewan Perwakilan Rakyat atas rancangan undang-undang anggaran pendapatan dan belanja negara dan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama"*.

Berdasarkan ketentuan tersebut, DPD sebagai lembaga negara mempunyai hak dan/atau kewenangan yang sama dengan DPR dan Presiden dalam membahas RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya; serta perimbangan keuangan pusat dan daerah.

Penggunaan frasa "**ikut membahas**" dalam Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 karena Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 telah menentukan secara tegas bahwa setiap RUU dibahas oleh DPR dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama. Penggunaan frasa "ikut membahas" adalah wajar karena Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 disahkan pada Perubahan Pertama UUD 1945 tahun 1999, sedangkan Pasal 22D UUD 1945 disahkan pada Perubahan Ketiga UUD 1945 pada 2001.¹⁷ Sehingga konsekuensinya pembahasan RUU yang berkaitan dengan kewenangan DPD harus dilakukan dengan mekanisme tripartit, yaitu DPD, DPR, dan Presiden.

Kemudian MK menjelaskan bahwa "ikut membahas" harus dimaknai DPD ikut membahas RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah, bersama DPR dan Presiden. Dengan demikian, pembahasan RUU harus

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 246

melibatkan DPD sejak memulai pembahasan pada Tingkat I oleh komisi atau panitia khusus DPR, yaitu sejak menyampaikan pengantar musyawarah, mengajukan, dan membahas Daftar Inventaris Masalah (DIM) serta menyampaikan pendapat mini sebagai tahap akhir dalam pembahasan di Tingkat I. Kemudian DPD menyampaikan pendapat pada pembahasan Tingkat II dalam rapat paripurna DPR sampai dengan sebelum tahap persetujuan.

Menurut Mahkamah, pembahasan RUU dari DPD harus diperlakukan sama dengan RUU dari Presiden dan DPR. Terhadap RUU dari Presiden, Presiden diberikan kesempatan memberikan penjelasan, sedangkan DPR dan DPD memberikan pandangan. Begitu pula terhadap RUU dari DPR, DPR diberikan kesempatan memberikan penjelasan, sedangkan Presiden dan DPD memberikan pandangan. Hal yang sama juga diperlakukan terhadap RUU dari DPD, yaitu DPD diberikan kesempatan memberikan penjelasan, sedangkan DPR dan Presiden memberikan pandangan. Konstruksi UUD 1945 mengenai pembahasan RUU antara Presiden dan DPR, serta DPD (dalam hal terkait RUU tertentu) dilakukan antara lembaga negara, sehingga DIM, diajukan oleh masing-masing lembaga negara, dalam hal ini bagi DPR seharusnya DIM diajukan oleh DPR, bukan DIM diajukan oleh fraksi.¹⁸

Pasca putusan dijatuahkan, perubahan konstitusi melalui tafsir hakim (dalam hal ini tafsir hakim MK) terjadi dan tidak dapat dihindarkan. Ada dua hal penting yang berkaitan dengan perubahan konstitusi melalui tafsir hakim MK. Pertama, bahwa DPD, DPR, dan Presiden posisinya sejajar dalam membahas RUU yang berkaitan dengan kewenangan DPD. Sejajarnya posisi dalam pembahasan undang-undang adalah merujuk pada *original intent* mengenai perdebatan tentang kewenangan DPD dalam hal membahas RUU tertentu. Putusan terkait hal ini justru menguatkan peran dan kedudukan DPD dalam hal membahas RUU tertentu. Jika dicermati, disejajarkannya DPD dalam membahas RUU bersama dengan DPR dan Presiden didasarkan pada tafsir historis/*original intens* yang dilakukan oleh hakim MK.

Penganut paham tafsir historis/*original intens* ini meyakini bahwa keputusan hakim harus didasari pada makna kata-kata atau kalimat yang dipahami melalui analisis sejarah dalam penyusunan dan perratifikasi sebuah hukum atau konstitusi.¹⁹ Karena itu bagi para hakim yang bermaksud mengetahui makna kata

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 247

¹⁹ Feri Amsari, *Perubahan UUD 1945..., Op. Cit.*, hlm. 15

atau kalimat dalam ketentuan peraturan, dia harus menafsirkan dengan jalan meneliti sejarah kelahiran pasal tertentu itu dirumuskan. Sejarah yang dimaksud adalah sejarah terjadinya peraturan tertentu dan apa yang merupakan latar belakang, maksud, dan tujuan suatu aturan itu ditetapkan atau dimasukkannya pasal-pasal tertentu ke dalam suatu peraturan.²⁰

Sejarah yang berkaitan dengan kewenangan DPD untuk ikut membahas RUU tertentu, dapat ditelusuri dalam pembahasan oleh Panitia Adhoc (PAH) I yang dilakukan pada Rapat PAH I BP MPR ke-25, 6 September 2001, dengan agenda pembahasan BAB II UUD 1945, satu dari banyak fraksi menyampaikan pandangannya sebagai berikut :

Lukman Hakim Saifuddin dari F-PPP menyampaikan pandangannya terkait kekuasaan legislatif DPD hanya terbatas pada RUU yang berkaitan dengan masalah daerah dan anggaran sebagai berikut.

...kami melihat dari sudut kewenangan dalam konteks legislasi ini, kekuasaan legislatif maka kewenangan baik DPR maupun DPD itu masing-masing memiliki kewenangan dalam mengajukan maupun membahas rancangan undang-undang. Hanya perbedaannya DPD dalam hal mengajukan atau membahas rancangan undang-undang itu dibedakan dengan DPR karena DPD itu hanya sebatas persoalan-persoalan atau rancangan undang-undang yang secara langsung berkaitan dengan daerah. Jadi yang berkaitan dengan daerah atau yang berkaitan dengan anggaran, misalkan itu mereka harus terlibat, mereka memiliki kewenangan untuk mengajukan dan membahas. Tapi tidak seluruh RUU itu kemudian DPD memiliki kewenangan yang sama dengan DPR. Nah, saya pikir ini yang kemudian sekarang ini di antara fraksi-fraksi yang ada akan terpisah atau terpecah menjadi dua pandangan tadi itu dalam melihat hal kekuasaan tadi itu. Oleh karenanya usulan konkrit kami memang strukturnya mungkin perlu di..., seperti usulan Fraksi PDIP itu harus kita tentukan paling tidak minimal menyangkut keanggotaan. Jadi MPR itu apa saja komponennya? Lalu yang kedua bagaimana rekrutmen keanggotaannya? Jadi kami termasuk yang menghendaki bahwa seluruh anggota MPR yang hakekatnya terdiri dari DPR dan DPD itu seluruhnya harus dipilih melalui pemilu.²¹

Kemudian – masih dalam kaitannya dengan sejarah DPD untuk ikut membahas RUU tertentu – pembahasan lebih lanjut tentang Perubahan UUD 1945 dalam ST MPR 2001 dilakukan oleh Komisi A. Pada Rapat Komisi A ke-2 tanggal 5 November

²⁰ Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, UII Press, Yogyakarta, 2012, Hlm.114-115

²¹ Risalah Rapat ke-25 PAH I BP MPR, 6 September 2011, hlm.5 yang dikutip kembali dalam MK-RI, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Buku III Lembaga Permusyawaratan dan Perwakilan Jilid 2*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008, hlm.743

²² Risalah Rapat Komisi A ke-2 (lanjutan) ST MPR Tahun 2001, tanggal 5 November 2001, hlm.13, *Ibid.*, hlm.761

2001, yang dipimpin Slamet Effendi Yusuf, dilakukan pembahasan DPD berkaitan dengan materi tentang MPR dan tentang Bab DPD itu sendiri.

Amidhan juga menyampaikan dukungannya terhadap Pasal 22C yang mengatur DPD.

...Pasal 22C menurut hemat saya itu sepenuhnya saya dapat menerima. Kemudian Pasal 22D demikian Ayat (1) juga. Tapi menyangkut Ayat (2) saya memilih alternatif kedua, yaitu DPD itu ikut membahas. Tidak cukup hanya mengajukan tapi ikut membahas. Karena dia mendalami masalah-masalah yang penting bagi daerah seperti disebutkan oleh rekan terdahulu menyangkut otonomi daerah, perimbangan pusat dan daerah, sumber daya alam, sumber daya ekonomi, dan lain sebagainya. Tapi tidak usah khawatir. Di sini hanya ikut membahas. Tetapi saya menyarankan tidak perlu diberikan *voting right*, tidak perlu. Kalau *voting right* itu biarlah itu memang hak daripada DPR.²²

Ruben Gobay juga menyampaikan pendapatnya terkait dengan kewenangan legislasi dan pengawasan yang dimiliki DPD, yaitu:

Saya justru di sini sangat menyetujui bahkan saya berpendapat itu amat penting untuk dapat dirumuskan. Pasal 22D ayat (2) alternatif dua, DPD ikut membahas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat, daerah dan seterusnya. Kemudian yang kedua, Pasal 3 alternatif dua, DPD dapat melakukan pengawasan atas pelaksanaan undang-undang mengenai otonomi daerah atau seterusnya.²³

Merujuk dan mengkaji risalah sidang Perubahan UUD 1945, terutama pada sejarah perdebatan mengenai kewenangan DPD dalam membahas RUU tertentu, konsekuensinya frasa "Ikut Membahas" dalam Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 harus diartikan sebagai satu kesatuan nafas keterlibatan DPD secara penuh dalam semua proses pembahasan RUU tertentu dengan derajat kewenangan yang sebanding dengan DPR dan Presiden. Frasa "Ikut Membahas" sengaja dirumuskan berdiri sendiri karena Pasal 22D UUD 1945 disahkan pada Perubahan Ketiga UUD 1945. Penggunaan frasa "ikut membahas" adalah wajar karena Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 disahkan pada Perubahan Pertama UUD 1945. Oleh karena itu, kedepan memaknai Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 haruslah dikaitkan dengan Pasal 20 ayat (2) UUD 1945. Kedua pasal tersebut tidak dapat dipisahkan kaitannya dengan proses pembahasan RUU. Kedua pasal tersebut harus dibaca dan dimaknai menjadi satu kesatuan.

Dalam memaknai kedua pasal tersebut, mengutip Yuliandri, bahwa penafsiran sistematis mesti diberlakukan terhadap istilah dalam pembahasan Rancangan

²³ Ibid., hlm.764

Undang-Undang²⁴: Pasal 20 ayat (2) menyatakan, “*setiap rancangan undang-undang dibahas oleh DPR dan Presiden untuk mendapatkan persetujuan bersama*”. Rumusan tersebut menempatkan Presiden dan DPR dalam posisi setara dan sama-sama punya hak untuk membahas Rancangan Undang-Undang. Pada saat bersamaan, Pasal 22D ayat (2) mengatur, “*DPD ikut membahas rancangan undang-undang...*”. Sekalipun dengan menggunakan istilah “ikut membahas”, DPD secara prinsip juga berhak untuk ikut membahas Rancangan Undang-Undang. Secara istilah, kata “ikut” dipahami sebagai “menyertai” atau melakukan sesuatu sebagaimana dikerjakan orang lain. Sesuai pengertian tersebut, kata “ikut” tidak dapat dimaknai sebagai sesuatu yang bersifat boleh atau tidak, dimana keikutsertaannya tidak mempengaruhi. Melainkan dimaknai sebagai “hak” DPD untuk ikut dalam pembahasan Rancangan Undang-Undang sebagaimana dimaksud Pasal 22D ayat (2). Selain itu, kata “ikut” juga tidak dapat dijadikan alasan untuk mensubordinasi DPD di bawah DPR dalam pembahasan Rancangan Undangundang. Sebab, rumusan Pasal 22D ayat (2) dan Pasal 20 ayat (2) merupakan dua ketentuan yang bersenjawa. Dalam arti, apabila sebuah Rancangan Undang-Undang terkait dengan otonomi daerah, dan lain sebagainya, maka Pasal 20 ayat (2) tidak dapat berdiri sendiri. Melainkan harus bersamaan dan dipersandingkan dengan Pasal 22D ayat (2). Seiring dengan itu, pembahasan sebuah Rancangan Undang-Undang untuk menjadi undang-undang sesuai ketentuan Pasal 20 ayat (2) juga meliputi pembahasan terhadap Rancangan Undang-Undang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22D ayat (1) dan ayat (2). Artinya Rancangan Undang-Undang terkait daerah juga menjadi bagian dari Rancangan Undang-Undang yang mesti dibahas dan disahkan melalui mekanisme yang diatur dalam Pasal 20 ayat (2). Dengan demikian, Pasal 22D ayat (2) yang mengatur keikutsertaan DPD dalam pembahasan Rancangan Undang-Undang tidak dapat dipisahkan dari ketentuan Pasal 20 ayat (2). Dalam arti, keikutsertaan DPD dalam pembahasan RUU juga tunduk dan mengacu pada ketentuan Pasal 20 ayat (2).

Senada dengan apa yang dikemukakan oleh Yuliandri, dalam memahami konstitusi, Maruarar Siahaan menegaskan dengan membawa “*Doctrine of Eclipse*”: Perubahan UUD 1945 secara bertahap, yang melakukan pergeseran kewenangan legislasi dari Presiden kepada DPR dalam Pasal 20 ayat (1), dihubungkan dengan Pasal 5 ayat (1), yang terjadi dalam perubahan pertama, kemudian telah dilanjutkan

²⁴ Putusan MK-RI, Nomor Perkara 92/PUU-X..., *Op.Cit.*, hlm. 71

dengan diadopsinya Pasal 22D tentang DPD dalam perubahan ketiga, yang juga memiliki kewenangan legislasi, sedikit banyak harus juga merubah paradigma kewenangan legislasi DPR dengan memperhitungkan kewenangan DPD. Ketika perubahan UUD terjadi secara bertahap, dan satu konsep atau norma yang dirumuskan dimasukkan ke dalam struktur konstitusi yang sudah terbentuk, maka makna awal yang diberi kepada norma tertentu yang mengandung konsep tertentu, akan menerima pengaruh dari seluruh sistem dalam konstitusi ketika dia memasuki struktur konstitusi. Norma baru harus mengalami harmonisasi dengan keseluruhan struktur dan sistem dalam konstitusi, tetapi sebaliknya juga norma yang sudah ada sebelumnya dalam konstitusi sebelum perubahan, terutama yang berkaitan dengan konsepsi tertentu, akan menerima pengaruh. Dalam hal demikian maka *original intent* pembentuk/pembaharu, hanya merupakan salah satu jenis pemaknaan, yang tidak dapat digunakan secara berdiri sendiri. Semua perubahan yang terjadi secara bertahap dan dalam waktu yang berbeda, ketika masuk dalam struktur UUD 1945 tanpa analisis dampaknya secara konsepsional, baik terhadap organisasi maupun mekanisme penyelengaraan kekuasaan, dapat menyebabkan rnakna yang diperoleh berdasarkan tafsir yang textual individual, menghasilkan norma yang dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan yang lebih rendah sebagai penjabaran UUD 1945 tidak konsisten, karena perubahan yang terjadi belakangan tidak memperhitungkan secara optimal dampaknya, baik secara konsepsional maupun struktural. Di India dikenal adanya *doctrine of eclipse*, yang berbicara tentang dampak perubahan konstitusi pada hukum secara keseluruhan. Perubahan konstitusi yang bertahap juga membawa pengaruh pada konstitusi. Norma-norma yang lebih lama tersebut "...will be regarded as having been 'eclipsed'". Meskipun sesungguhnya doktrin ini dimaksudkan berpengaruh terhadap norma hukum dalam undang-undang hampir mati atau menemui ajal, namun tidak *void ab initio*. Perubahan UUD yang datang kemudian secara parsial, akan seperti gerhana yang membawa bayangan, sehingga norma hukum dalam Undang-Undang yang dirumuskan sebagai jabaran norma konstitusi yang secara konsepsional dan structural terpengaruh oleh perubahan konstitusi yang terjadi kemudian, akan sangat mungkin bertentangan dengan konstitusi, baik secara parsial maupun secara keseluruhan. Hal tersebut jugalah yang memperkuat kebutuhan mutlak dalam memandang konstitusi sebagai satu struktur yang utuh, sehingga tidak boleh satu pasal tertentu ditafsir secara terpisah lepas dari struktur yang utuh, yang boleh jadi secara gramatikal atau textual

sangat jelas sebagai penafsiran awal yang harus dilakukan, tetapi ketika dilihat secara keseluruhan dalam satu struktur dan sistem konstitusi yang utuh, norma tertentu mengalami pemaknaan tertentu yang berbeda, bahkan terkadang sangat radikal. Merupakan hal yang niscaya jikalau terjadi interdependensi antara teks dengan struktur konstitusi itu sendiri.²⁵

Berdasarkan hal tersebut, ke depan dalam memahami dan memaknai konstitusi terutama Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 haruslah dikaitkan dengan Pasal 22D ayat (2) UUD. Memahami dan memaknai pasal-pasal tersebut tentu berbasis pada pemahaman bahwa konstitusi adalah sebuah organ dan perlu ‘dibaca’ secara menyeluruh secara bebas sehingga dapat menjadikan konstitusi sebagai sesuatu yang dapat beradaptasi dengan perubahan zaman.²⁶ Adagium yang mendukung hal tersebut adalah “*Nemo aliquam partem recte intelligere potest antequam totum perlegit*”; tidak seorang pun akan mengerti akan sesuatu sehingga ia membaca seluruh bagiannya.²⁷

Kedua, pembahasan RUU yang berkaitan dengan kewenangan DPD haruslah dimaknai bahwa pembahasannya harus melibatkan DPD sejak memulai pembahasan pada Tingkat I oleh komisi atau panitia khusus DPR, yaitu sejak menyampaikan pengantar musyawarah, mengajukan, dan membahas Daftar Inventaris Masalah (DIM) serta menyampaikan pendapat mini sebagai tahap akhir dalam pembahasan di Tingkat I. Kemudian DPD menyampaikan pendapat pada pembahasan Tingkat II dalam rapat paripurna DPR sampai dengan sebelum tahap persetujuan. Jika merujuk pada sejarah/*original intent*, justru kewenangan untuk melakukan pembahasan pada tingkat I, tingkat II sampai sebelum tahap persetujuan tidak dibahas dalam proses perubahan UUD 1945. Rumusan “ikut membahas” tidak dibatasi pada tahapan apa saja.

Atas kedua hal tersebut di atas, terlepas dari pro-kontra soal isi putusan, sesungguhnya perubahan UUD 1945 secara informal melalui tafsir hakim telah terjadi. Perhatikan tabel di bawah :

²⁵ *Ibid*, hlm.110-111

²⁶ Feri Amsari, *Perubahan UUD 1945..., Op Cit*, hlm.100

²⁷ *Ibid*, hlm 117

Tabel

Sebelum Putusan	Sesudah Putusan
Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama.	Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama <i>sedangkan RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya; serta perimbangan keuangan pusat dan daerah pembahasannya melibatkan DPD sejak memulai pembahasan pada Tingkat I (pengantar musyawarah, mengajikan dan membahas DIM serta penyampaian pendapat mini) oleh komisi atau Pansus DPR dan menyampaikan pendapat pada Pembahasan Tingkat II dalam rapat paripurna DPR sampai dengan sebelum tahap persetujuan.</i>
Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 Dewan Perwakilan Daerah ikut membahas rancangan undang-	Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 Dewan Perwakilan Daerah ikut membahas rancangan undang-undang <i>dimulai sejak pembahasan pada Tingkat I (pengantar musyawarah, menyajikan dan membahas DIM serta penyampaian pendapat mini) oleh komisi atau Pansus DPR dan menyampaikan pendapat pada Pembahasan Tingkat II dalam rapat paripurna DPR sampai dengan sebelum tahap persetujuan yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah; serta memberikan pertimbangan kepada Dewan Perwakilan Rakyat atas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama.</i>

Implikasi Yuridis Putusan MK-RI Nomor 92/PUU-X/2012

Denny Indrayana mengemukakan bahwa DPD telah lahir, namun belum sepenuhnya hadir. Keberadaannya hampir sama dengan ketiadaannya. DPD antara (ti)ada dan tiada. Maknanya, dapat dibaca, DPD bisa dianggap antara ‘ada’ dan ‘tiada’, atau bahkan DPD berada antara ‘tiada’ dan ‘tiada’.²⁸ Lebih lanjut Denny mengatakan bahwa DPD ‘ada’ salah satunya karena legitimasinya yang relatif kuat.

²⁸ Denny Indrayana, *Negara Antara Ada dan Tiada : Reformasi Hukum Ketatanegaraan*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2008, hlm. 298

Para anggotanya dipilih langsung melalui sistem pemilu distrik berwakil banyak. Namun, DPD juga ‘tiada’ karena kuatnya legitimasi hasil pemilu itu tidak berjalan seiring dengan kewenangannya yang cenderung minimalis, terlebih bila dikomparasikan dengan DPR.²⁹ Kini, pasca putusan dijatuahkan, selain berimplikasi terhadap perubahan makna yang terkandung di dalam UUD 1945, ternyata juga membawa implikasi yuridis yang positif bagi DPD sebagai lembaga representasi rakyat. Kewenangan DPD dapat dikatakan lebih kuat daripada sebelumnya. Implikasi yuridisnya antara lain: a) terkait dengan kewenangan DPD dalam Pengajuan RUU : Sebelum adanya putusan MK, RUU dari DPD diposisikan sama dengan RUU Usul DPR. Pada kenyataannya, ketentuan di dalam Pasal 147 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4) UU MD3 tersebut telah bertentangan dengan Pasal 22D ayat (1) UUD 1945 karena mendistorsi sedemikian rupa RUU yang berasal dari DPD. Menurut ketentuan tersebut, apabila Rapat Paripurna DPR memutuskan memberi persetujuan terhadap usul RUU yang berasal dari DPD, usulan DPD tadi bertransformasi menjadi RUU usul DPR. Pun demikian halnya apabila keputusan Rapat Paripurna adalah “persetujuan dengan pengubahan”, maka RUU DPD tersebut juga bertransformasi menjadi RUU usul DPR yang selanjutnya disempurnakan komisi, gabungan komisi, Badan Legislasi, atau panitia khusus DPR.

Pasal 147 ayat (1), ayat (3) dan ayat (4) UU MD3 berbunyi: (1) Pimpinan DPR setelah menerima rancangan undang-undang dari DPD sebagaimana dimaksud dalam Pasal 146 ayat (1) memberitahukan adanya **usul Rancangan Undang-Undang** tersebut kepada anggota DPR dan membagikannya kepada seluruh anggota DPR dalam rapat paripurna. (3) dalam hal rapat paripurna memutuskan memberi persetujuan terhadap usul Rancangan Undang-Undang yang berasal dari DPD sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf a, rancangan undang-undang tersebut menjadi Rancangan Undang-Undang usul dari DPR.(4) dalam hal rapat paripurna memutuskan memberi persetujuan dengan pengubahan terhadap usul Rancangan Undang-Undang yang berasal dari DPD sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf b, rancangan undang-undang tersebut menjadi Rancangan Undang-Undang usul dari DPR dan untuk selanjutnya DPR menugaskan penyempurnaan rancangan undang-undang tersebut kepada komisi, gabungan komisi, Badan Legislasi, atau panitia khusus. Padahal, kewenangan DPD dalam mengajukan RUU tertentu haruslah diterjemahkan kewenangan DPD secara kelembagaan. Ini sesuai dengan

²⁹ *Ibid.*, hlm. 299

penafsiran historis dengan mengkaji risalah Perubahan UUD 1945. Saat ini, sesuai dengan putusan MK maka kedudukan DPD dalam mengusulkan RUU setara dengan DPR dan Presiden. Oleh karena itu, harus ada status RUU dari DPD. Ke depan RUU dari DPD hanya boleh dimaknai sebagai RUU yang berasal dari DPD secara kelembagaan. b) terkait Kewenangan DPD dalam pembahasan RUU : Dalam Putusan MK, mekanisme legislasi baru dalam pembahasan RUU dilakukan oleh tiga lembaga (DPR, DPD, dan Presiden). Pembahasan dilakukan dengan mekanisme tripartit jika pembahasan RUU menyangkut RUU yang berkaitan dengan kewenangan DPD. Jika RUU yang tidak berkaitan dengan kewenangan DPD, maka pembahasannya dilakukan antara DPR dan Presiden (bipartit). Sesuai Putusan MK pembahasan baru dapat dimulai jika RUU telah selesai dibahas internal masing-masing lembaga. Dalam konteks ini, tidak ada lagi pembahasan RUU yang terkait dengan kewenangan DPD dalam Pasal 22D UUD 1945 yang melibatkan DPD dan Presiden dengan fraksi-fraksi DPR, artinya dengan pola baru ini pembahasan fraksi-fraksi di DPR adalah untuk internal DPR, seandainya pembahasan RUU dilakukan dengan pola lama sebelum putusan MK. Secara konstitusional, dengan pola baru yang ditawarkan, putusan MK tidak hanya sebatas memperjelas fungsi legislasi DPD, tetapi juga mengembalikan makna pembahasan bersama yang diatur konstitusi. Dikatakan demikian karena UUD 1945 secara eksplisit menyatakan, pembahasan dilakukan antar-institusi (DPR-DPD-presiden atau DPR-presiden) dan bukan antara fraksi-fraksi DPR dan institusi DPD-presiden. Berdasarkan penjelasan ini, putusan MK mengubah secara fundamental pola pembahasan yang dilakukan selama ini, yaitu dengan memosisikan sama antara fraksi-fraksi DPR dengan presiden dan/atau DPD. Padahal, pandangan fraksi tidak mencerminkan pendapat DPR sebagai institusi. Apalagi, sebagai perpanjangan tangan partai politik, fraksi bukan alat kelengkapan DPR.³⁰ UUD 1945 memang jelas merumuskan pembahasan RUU dilakukan melalui mekanisme lembaga (DPR, DPD, dan Presiden). Oleh karena itu, posisi Fraksi dalam pola pembahasan lama yang setara dengan Presiden dan DPD diluruskan oleh MK menjadi bagian internal dari DPR. Dengan pola baru ini, setiap anggota DPR tidak lagi berhadap-hadapan satu sama lain ketika pembahasan dengan DPD dan Presiden, padahal pendapat fraksi tidak mencerminkan pendapat DPR sebagai lembaga. RUU tersebut tidak lagi dibahas dan dilakukan harmonisasi, pembulatan, dan pemantapan konsepsi oleh Badan Legislasi melainkan langsung

³⁰ *Ibid.*

dilakukan pembahasan bersama tripartit (DPD, DPR, dan Presiden). c) kewenangan DPD dalam Perencanaan Program Legislasi Nasional (Prolegnas) : Sesuai Putusan MK, Secara jelas dinyatakan bahwa penyusunan Prolegnas harus melibatkan DPD. Prolegnas sebagai instrumen perencanaan program pembentukan undang-undang merupakan bagian tak terpisahkan dari hak/kewenangan untuk mengajukan RUU yang dimiliki oleh DPD. Apabila DPD tidak terlibat atau tidak ikut serta menentukan Prolegnas, maka sangat mungkin DPD tidak dapat melaksanakan wewenangnya untuk mengajukan RUU sebagaimana dimaksud Pasal 22D ayat (1) UUD 1945, karena dapat saja RUU tersebut tidak menjadi prioritas sehingga tidak akan dibahas.³¹ Oleh karena itu, Prolegnas kedepan akan diusulkan oleh tiga lembaga (DPR, DPD, dan Pemerintah). Tentunya hal tersebut akan mengubah mekanisme yang sudah ada, dimana sebelum adanya Putusan MK, usulan DPD berubah menjadi usulan DPR. d) terkait dengan kewenangan DPD dalam memberikan pertimbangan : Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa ada **kewajiban hukum dari DPR dan Presiden untuk meminta pertimbangan DPD** atas RUU APBN dan RUU yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama.

Penutup

Berdasarkan analisis dan pembahasan di atas dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut. Pertama, Putusan MK-RI No 92/PUU-X/2012 harus diterjemahkan dengan baik dalam kaitannya dengan proses pembuatan dan pembahasan RUU terutama yang menyangkut dengan kewenangan DPD. Di sisi lain putusan tersebut telah mengubah UUD NRI 1945. Perubahan yang dilakukan melalui penafsiran hakim MK tidak melakukan perubahan secara tesktual pada *original intent* suatu konstitusi, melainkan melalui penafsiran yang mengubah makna dari pasal-pasal (*tesktual meaning*) dari UUD NRI 1945. Adapun pasal-pasal di dalam UUD NRI 1945 yang maknanya berubah adalah: a) Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi "Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama" , setelah putusan MK dijatuhkan maknanya telah berubah. Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 menjadi bermakna "Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama *sedangkan RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah;*

³¹ Putusan MK-RI, Nomor Perkara 92/PUU-X..., *Opr.Cit.*,hlm.249

*hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya; serta perimbangan keuangan pusat dan daerah pembahasannya melibatkan DPD sejak memulai pembahasan pada Tingkat I (pengantar musyawarah, mengajikan dan membahas DIM serta penyampaian pendapat mini) oleh komisi atau Pansus DPR dan menyampaikan pendapat pada Pembahasan Tingkat II dalam rapat paripurna DPR sampai dengan sebelum tahap persetujuan.” b) Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 “Dewan Perwakilan Daerah ikut membahas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah; serta memberikan pertimbangan kepada Dewan Perwakilan Rakyat atas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama”. Setelah putusan MK dijatuhkan Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 menjadi bermakna “Dewan Perwakilan Daerah ikut membahas rancangan undang-undang *dimulai sejak pembahasan pada Tingkat I (pengantar musyawarah, menyajikan dan membahas DIM serta penyampaian pendapat mini)* oleh komisi atau Pansus DPR dan menyampaikan pendapat pada Pembahasan Tingkat II dalam rapat paripurna DPR sampai dengan sebelum tahap persetujuan yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah; serta memberikan pertimbangan kepada Dewan Perwakilan Rakyat atas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama.”*

Kedua, adanya implikasi yuridis atas Putusan MK-RI Nomor Perkara 92/PUU-X/2012. Implikasi yuridis ini terdiri atas empat hal : 1) dalam hal kewenangan pengajuan RUU sebelum adanya putusan MK, RUU dari DPD diposisikan sama dengan RUU Usul DPR. Saat ini, sesuai dengan putusan MK maka kedudukan DPD dalam mengusulkan RUU setara dengan DPR dan Presiden. Oleh karena itu, harus ada status RUU dari DPD. Ke depan RUU dari DPD hanya boleh dimaknai sebagai RUU yang berasal dari DPD secara kelembagaan. 2) dalam hal kewenangan DPD membahas RUU, pasca Putusan MK, mekanisme legislasi baru dalam pembahasan RUU dilakukan oleh tiga lembaga (DPR, DPD, dan Presiden). Pembahasan dilakukan dengan mekanisme tripartit jika pembahasan RUU menyangkut RUU yang berkaitan dengan kewenangan DPD. Jika RUU yang tidak berkaitan dengan kewenangan DPD, maka pembahasannya dilakukan antara DPR dan Presiden (bipartit). 3) dalam hal

kewenangan DPD merencanakan Program Legislasi Nasional (Prolegnas). Sesuai Putusan MK, Secara jelas dinyatakan bahwa penyusunan Prolegnas harus melibatkan DPD. Prolegnas sebagai instrumen perencanaan program pembentukan undang-undang merupakan bagian tak terpisahkan dari hak/kewenangan untuk mengajukan RUU yang dimiliki oleh DPD. 4) dalam hal kewenangan DPD untuk memberikan pertimbangan, ada kewajiban hukum dari DPR dan Presiden untuk meminta pertimbangan DPD atas RUU APBN dan RUU yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama

Untuk itu peneliti memberikan saran, yaitu meskipun pada dasarnya perubahan UUD NRI 1945 dapat dilakukan melalui penafsiran hakim MK, pasal-pasal yang berkaitan dengan DPD tetaplah harus diandemen secara formal karena dengan melakukan amandemen terhadap UUD 1945 hal tersebut merupakan kunci bagi penguatan eksistensi DPD di parlemen. Perubahan UUD 1945 melalui amandemen formal lebih bertarung daripada perubahan informal melalui penafsiran hakim. Selain itu Putusan MK-RI Nomor Perkara 92/PUU-X/2012 harus diterjemahkan dengan baik dalam kaitannya dengan proses pembuatan dan pembahasan RUU terutama yang menyangkut dengan kewenangan DPD.

Daftar Pustaka

- Amsari, Feri. *Perubahan UUD 1945 Perubahan Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi*, Cet2, Rajawali Pers, Jakarta, 2011.
- Asshiddiqie, Jimly. *Konstitusi dan Konstitutionalisme Indonesia*, Sinar Grafika Offset, Jakarta, 2011.
- _____, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Cet 3, Rajawali Press, Jakarta, 2011.
- Huda, Ni'matul. *Politik Ketatanegaraan Indonesia Kajian terhadap Dinamika Perubahan UUD 1945*, FH UII Press, Yogyakarta, 2004.
- Huda, Ni'matul dan R.Nazriyah. *Teori & Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Nusa Media, Bandung, 2011.
- Indrayana, Denny. *Negara Antara Ada dan Tiada : Reformasi Hukum Ketatanegaraan*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2008.
- MK-RI. *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Buku III Lembaga Permusyawaratan dan Perwakilan Jilid 2*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008.
- _____, *Pendidikan Kesadaran Berkonstitusi*, Cet6, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, 2010.

Sutiyoso, Bambang. *Metode Penemuan Hukum*, UII Press, Yogyakarta, 2012.

Wheare., K.C., *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Nusa Media, Bandung, 2011.

Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah .

Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012

http://www.saldiisra.web.id/index.php?option=com_content&view=article&id=542:paradigma-baru-legislasi&catid=1:artikelkompas&Itemid=2 , di akses tanggal 22 Oktober 2014.

Recent Development on Tobacco Control Policy in Indonesia: Analyzing Obstacles Faced by Indonesia in the Ratification of Framework Convention on Tobacco Control

Dodik Setiawan Nur Heriyanto
Faculty of Law, Islamic University of Indonesia
Jl. Tamansiswa No. 158 Yogyakarta
dodiksetiawan@uii.ac.id

Abstract

World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control (the FCTC) was adopted on 21st May 2003 and came into force on 25th February 2005. Since its adoption, Indonesia has never signed and ratified this Convention. Currently, Indonesia is the fifth largest tobacco market in the world and the third largest cigarette consumer (WHO data in 2008), thus it is obligatory for Indonesia to obey the minimum standards of tobacco control under the FCTC. There are two problem formulations that will be answered by this writing: first, what are the obstacles faced by Indonesia during the ratification's plan of the FCTC? Second, how far the FCTC ratification is effective in protecting public health in Indonesia? This study is normative research by using statute and comparative approaches. Indonesian policy on tobacco control always face with obstacles in the area of politic, economic, and human rights side. Most of the laws are still abstract to support public health in general. Particular researches prove that ratification efforts done by Indonesia would not cause adverse impacts to the economic advantages of tobacco but yet would be able to give effective implementation and legal certainty to protect the public health.

Key words : Ratification, the FCTC, tobacco control policies, health right.

Abstrak

Konvensi Kerangka Organisasi Kesehatan Dunia mengenai Pengendalian Tembakau (FCTC) diadopsi pada tanggal 21 Mei 2003 dan diberlakukan pada tanggal 25 Februari 2005. Sejak pencanangannya, Indonesia belum pernah menandatangani dan meratifikasi Konvensi ini. Saat ini Indonesia adalah pasar tembakau kelima terbesar di dunia dan konsumen rokok ketiga terbesar (data WHO tahun 2008), jadi hal ini merupakan kewajiban bagi Indonesia untuk mematuhi standar minimum pengendalian tembakau berdasarkan FCTC. Ada dua rumusan permasalahan yang akan dijawab dalam tulisan ini: pertama, hambatan-hambatan apa yang dihadapi oleh Indonesia pada saat perencanaan ratifikasi FCTC? Kedua, seberapa efektifkah ratifikasi FCTC dalam melindungi kesehatan masyarakat di Indonesia? Kajian ini merupakan penelitian normatif dengan menggunakan pendekatan statuta dan komparatif. Kebijakan pengendalian tembakau di Indonesia selalu menemui kendala dalam bidang politik, ekonomi, dan hak asasi manusia. Kebanyakan undang-undang masih bersifat abstrak dalam mendukung kesehatan masyarakat secara umum. Beberapa penelitian membuktikan bahwa upaya-upaya ratifikasi yang dilakukan oleh Indonesia tidak akan berdampak buruk terhadap keuntungan ekonomi yang dihasilkan oleh tembakau, namun justru mampu memberikan implementasi yang efektif dan kepastian hukum untuk melindungi kesehatan masyarakat.

Kata kunci: Ratifikasi, FCTC, kebijakan pengendalian tembakau, hak kesehatan

Introduction

The right to health becomes fundamental right to be given by every people in the world. This right is regulated in various international¹ and national instruments. It means that in global perspective², health right was becoming basic human rights, which should be protected by law and governmental policy.

In Indonesia, health right is also part of constitutional rights. Based on article 28H paragraph 1 of 1945 Constitution stated that every person shall have the right to live in physical and spiritual prosperity, to have a home and to enjoy a good and healthy environment, and shall have the right to obtain medical care. By this law, Indonesian government has an obligation to increase citizen's health standard.

Noting to the fact that smoking was becoming most of Indonesian's society behavior. From 1970 to 2006, tobacco consumption in Indonesia has increased to 33 billion cigarettes.³ Smoking prevalencies among male has increased every year, such as 26,9 % in 1995, 31,5% in 2001, and 38,4% in 2004.⁴ Another survey done by The Global Youth Survey (GYTS) also stated in the year 2006 approximately 37,3% Indonesian students was reported smoking as a habit and around 30,9% from them declared smoke in the first time at the age of ten years.⁵ In 2008, based on WHO data, Indonesia ranked in the fifth largest tobacco market in the world⁶ and in the third largest cigarettes consumer in the world⁷.

Recent facts about tobacco in Indonesia are very contrast with the government effort to increase people's health standard and care. This study first outlines the legal enforcement of tobacco control in Indonesia. Furthermore, this study also will describe general advantages of Framework Convention on Tobacco Control (the FCTC)⁸

¹ See UN Declaration of Human Rights (1948), International Covenant on Civil and Political Rights (1966), International Covenant for Economic Social and Cultural Rights (1966), and etc.

² Colleen M. Flood and Trudo Lemmens, "Global Health Challenges and The Role of Law", *J.L. Med. & Ethics*, Vol. 41 (2013), p. 9.

³ Badan Pusat Statistik (BPS/National Statistic Council), *Survei Sosial Ekonomi Nasional (The National Socioeconomic Survey)*, Jakarta, 2006.

⁴ Widayastuti Soerojo, "Epidemi Tembakau di Indonesia Tantangan Bagi Petugas Kesehatan", paper on the *Workshop Peningkatan Kapasitas Sektor Kesehatan Dalam Pengendalian Masalah Tembakau*, Direktorat Pengendalian Penyakit Tidak Menular, Departemen Kesehatan Republik Indonesia, September 2007, p.5.

⁵ *Ibid.* p.6.

⁶ *Indonesia Struggling to Deter Children from Smoking*, available at <http://english.peopledaily.com.cn/90001/90782/90880/7122690.html>. Last visited 9 April 2014).

⁷ *Indonesia Masuk Tiga Besar Konsumen Rokok*, available at <http://www.arrahmah.com/read/2012/12/01/25181-indonesia-masuk-tiga-besar-konsumen-rokok.html> (last visited 9 April 2014).

⁸ WHO Framework Convention on Tobacco Control, May 21, 2003-June 29, 2004, WHA56.1, 2302 U.N.T.S. 166, 42 I.L.M. 518 (hereinafter as 'the FCTC').

ratification particularly for Indonesia. It will then analyse various obstacles of the FCTC ratification in Indonesia. Examples of ratification did by Indonesia will show how far the effective implementation of international obligations into Indonesian domestic law. Finally, this study will make legal conclusion to answer obstacles faced by Indonesia during the plan to bind with the FCTC.

Statement of Problems

There are two problem formulations that will be answered by this writing: *first*, what are the obstacles faced by Indonesia during the ratification's plan of the FCTC? *Second*, how far the FCTC ratification is effective in protecting public health in Indonesia?

Research Purpose

This research has two main purposes, such as: *first*, to deliberate the obstacles faced by Indonesia during the ratification's plan of the FCTC. *Second*, to analyze the effectiveness of the FCTC ratification particularly to protect public health in Indonesia.

Research Method

This study is normative research by using statute and comparative approaches. The FCTC becomes the key regulation in this research. This research will deeply analyze its core substances and advantages. Moreover, this research also will analyze the existence of Indonesian regulation about tobacco control policy. By analyzing this domestic law, this research then will make comparative condition toward effective implementation of tobacco control policy under the FCTC rezim. Hopefully by this way of research, this study will present the comprehensive legal conclusion to answer the research questions.

Legal materials that support this research consist of primary, secondary, and tertiary research materials. The legal materials are to be collected and presented by descriptive and qualitative analysis.

Discussion and Result

Tobacco Control Policy in Indonesia

To Implement article 28H paragraph 1 of 1945 Constitution on health right, Indonesia made several regulations especially focused on the tobacco control issue such as: Law No. 36 Year 2009 about Health, Government Regulation No. 109 Year 2012 about Securing Material Containing Addictive Substances, Minister of Health Regulation No. 28 Year 2013 about Imprinting of Health Warnings and Health Informations on Tobacco Product Packaging, and Joint Regulation between the Minister of Health No. 188/MENKES/PB/I/2011 and the Minister of Home Affairs No. 7 Year 2011 about Guideline Implementation of Non Smoking Area.

Law No. 36 Year 2009 about Health

Law No. 36 Year 2009 enacted as the implementation of article 28H paragraph (1) and article 34 paragraph (3) of 1945 Constitution. This Law actually less regulated about tobacco control. Not the whole of substance under this law regulated about tobacco control policy. It is regulated merely about the prohibition to produce and to import cigarettes in Indonesia without carrying health warnings (article 114), list of non-smoking area and possibility of local government to stipulate non-smoking area (article 115), and cooperation between central and local government with society to communicate, inform, and educate about non communicable disease that come from smoking habits (article 160 section (2)). This law also gives criminal sanction for every person who produce and import cigarettes without carrying picture of health warnings by maximum time of 5 years imprisonment and maximum fine 500.000.000 IDR.

Substance about tobacco control in the Law No. 36 Year 2009 mostly was challenged by tobacco industry before the Constitutional Court.⁹ Moreover, during the process of this Law's enactment, there was an illegal attempt to remove certain article contain tobacco issue.¹⁰ Article 113 paragraph (2) of the Draft Law No. 36 Year

⁹ There were five cases that challenged the existance of article about tobacco control and brought before the Constitutional Court. This Court stays in line with the spirit of tobacco control policy in accordance with the Constitution. See Muhammad Joni, *Pasal Tembakau Terbanyak Uji Materiil: (Itu) Kontrol Bukan Diskriminasi*, available at <http://www.advokatmuhammadjoni.com/opini/tulisan/170-pasal-tebakau-terbanyak-uji-materiil-itu-kontrol-bukan-diskriminasi.html>. (last visited 21st March 2014).

¹⁰ See *Ayat Tembakau Hilang di DPR*, available at <http://nasional.kompas.com/read/2009/10/14/04594644/ayat.tebakau.hilang.di.dpr> (last visited 21st March 2014).

2009 intentionally deleted to avoid the logic research that tobacco contains addictive substances that are harmful to health. Until now, no one known who committed this illegal act. A lot of speculations emerged, one of which private actors allegedly influenced Parliament to remove the article.¹¹

Government Regulation No.109 Year 2012

This law was implemented the article 116 of Law No. 36 Year 2009 about Health. Based on article 113 paragraph (2) Law No. 36 year 2009, tobacco products declared to be addictive substances. Addictive substances here defines as substances that cause addiction or dependence which endangers health, marked by behavioral and cognitive changes and physiological phenomena, a strong desire to consume the substance, difficulty in controlling its use, prioritizing the use of the substance over other activities, increased tolerance, and that can cause withdrawal symptoms.¹²

In general, the substance of Government Regulation No.109 Year 2012 consists of tobacco products (article 4-7), responsibilities of the central and local governments (article 8-52), community participation (article 53-56), and guidance and oversight (article 57-60). Some articles stipulate in this law are unclear. For example in article 10 paragraph (1) stated that any person who produces tobacco product in the form of smokeables are required to conduct level test of nicotine and tar content per stick for each variety produced. This article doesn't explain about limitation of nicotine or tar content. This unclear limitation will leads uncontrol content of cigarettes.

Minister of Health Regulation No. 28 Year 2013

This regulation is intended to provide guidelines for Tobacco Product industrialists to implement the imprinting of Health Warnings and Health Information on Tobacco Product Packaging. Since its enactment, there was missing health information, which must be imprinted on every item of Tobacco Product Packaging (article 10 paragraph (2) (c)). Beside information on production code, date, month, and year of production, information about expired date and customer service of the tobacco product also must be included in the packaging. Information about the expired date is also part of the obligation under the Law No. 8 Year 1999 about consumer protection.

¹¹ Abrory, *Permainan State Private Sector dalam Hilangnya Pasal Tembakau di UU Kesehatan*, available at http://abrory-paradigmabengembra.blogspot.com/2011/10/permainan-state-private-sector-dalam_04.html. Last visited 21st March 2014.

¹² Article 1 paragraph 1 Government Regulation No.109 Year 2012.

Joint Regulation between the Minister of Health No. 188/MENKES/PB/I/2011 and the Minister of Home Affairs No. 7 Year 2011

This regulation is aimed to provide a reference standard for local governments in determining Non Smoking Areas in order to improve clean and health environment.¹³ Studies have shown that the beneficial effects of a smoke-free environment extend to the health of the patrons as well.¹⁴ For example in New York, after passed the similar smoking ban regulation, the air quality in the workplace has dramatically improved.¹⁵

Scope of Non Smoking Areas under this regulation consists of health care facilities, educational facilities, children's play areas, places of worship, public transportations, work places, public places, and other specified places.¹⁶ Work places and public places can provide special area for smoking with certain requirements: represent an open space or a space with a direct connection with the outside air such that air can circulate properly, be separate from the main building/site/rooms and other spaces used for activities, be away from the entrance and exit, and be away from where people come and go.¹⁷

This law will effective to enforce since local government adopt it to their local regulation (*peraturan daerah*)¹⁸ even in provincial and regency/city level. Enactment and enforcement of this law depend on the political will of the local government. For example in Yogyakarta's Special Province (*Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta*) practice, the legislative process on the enactment of Non Smoking Area local regulation start in 2012 but until now there is no clear status when this law being enacted.¹⁹

¹³ Article 2 of Joint Regulation between the Minister of Health No. 188/MENKES/PB/I/2011 and the Minister of Home Affairs No. 7 Year 2011 (Hereinafter as 'Joint Regulation').

¹⁴ Andrew Hyland, Mark Travers, & James Repace, *7 City Air Monitoring Study (7Cam), March-April 2004*, available at <http://www.tobaccofreekids.org/pressoffice/7camreport.pdf> (last visited 21st March 2014). See Keith Woodeshick, "Smoking Ban Legislation in New Jersey: Should Casinos Be Immune From Smoke?", 3 *Rutgers J. L. & Urb. Pol'y* 496 (2006).

¹⁵ *Ibid.* See also *Smoking Ban Improves a City Health*, available at http://www.nytimes.com/2009/01/13/health/research/13prev.html?_r=0 (last visited 21st March 2014).

¹⁶ Joint Regulation, article 3 paragraph (1).

¹⁷ *Ibid.* article 5.

¹⁸ *Ibid.* article 6 paragraph (1).

¹⁹ See *Aktivis Desak Perda Kawasan Tanpa Rokok Disahkan*, available at <http://www.tempo.co/read/news/2013/01/09/058453210/Aktivis-Desak-Perda-Kawasan-tanpa-Rokok-Disahkan> (last visited 4th February 2014).

Advantages of the FCTC Ratification

World Health Assembly (WHA) initiated the FCTC in May 1995.²⁰ This treaty was adopted on 56th of WHA²¹ and came into force on 27 February 2005.²² Currently, 178 states is legally binding to this treaty.²³ There are currently 19 United Nations member states that are non-parties to the treaty include Indonesia.²⁴ Indonesia is the only ASEAN member who doesn't ratify the FCTC.

Table 1
Ratification of the FCTC by the ASEAN Members

ASEAN Members State	Signature Date	Ratification	Entry into Force
Brunei Darussalam	03/06/2004	03/06/2004	27/02/2005
Cambodia	25/05/2004	15/11/2005	13/02/2006
Lao PDR	29/06/2004	06/09/2006	05/12/2006
Malaysia	23/09/2003	16/09/2005	15/12/2005
Myanmar	2/10/2003	21/04/2004	27/02/2005
Philippines	23/09/2003	06/06/2005	04/09/2005
Singapore	29/12/2003	14/05/2004	27/02/2005
Thailand	20/06/2003	08/11/2004	27/02/2005
Viet Nam	03/09/2003	17/12/2004	17/03/2005

Source: WHO²⁵

The FCTC was designed as a compromise solution between a purely recom-mendatory instrument and a binding convention, so as to engage countries in an “incremental and flexible normative exercise” in a novel area:²⁶

“Member Nations first adopt a framework convention that calls for international cooperation in realizing broadly stated goals, and, ideally, parties to the convention will conclude separate protocols containing specific measures designed to implement those goals. Multilateral environmental organizations have used this model to foster international agreement on pollution control measures and to overcome the resistance of powerful commercial interests.”²⁷

²⁰ See Center for Tobacco Grower Research, *The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control*, available at http://tobaccogrowerresearch.com/fda/FDA_WHO.pdf (last visited 21st March 2014).

²¹ FCTC was the first treaty adopted under article 19 of WHO Constitution. See Ruth Roemer, Allyn Taylor, and Jean Lariviere, “Origins of WHO Framework Convention on Tobacco Control”, *Am J Public Health*. 95(6): 936–938 (2005).

²² See *Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control*, http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/index.html (last visited 4th February 2014).

²³ Ibid.

²⁴ Indonesia is merely one of Asian states that are not ratifying the FCTC. See *WHO Member States (by regions) that are NOT parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control*, available at http://www.who.int/tobacco/framework/non_parties/en/index.html (last visited 4th February 2014).

²⁵ *Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control*, loc.cit.

²⁶ Sam Foster Halabi, “The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: An Analysis of Guidelines Adopted by the Conference of the Parties”, *39 Ga. J. Int'l & Comp. L.* 121 (2010), p.124.

²⁷ The FCTC, Foreword.

The main objective of the FCTC is “to protect present and future generations from the devastating health, social, environmental and economic consequences of tobacco consumption and exposure to tobacco smoke by providing a framework for tobacco control measures to be implemented by the state parties at the national, regional and international levels in order to reduce continually and substantially the prevalence of tobacco use and exposure to tobacco smoke”.²⁸

For Indonesia, ratification of the FCTC will give more advantages on tobacco control especially in harmonizing its national law with global standard on tobacco control, such as: a. strengthening national commitment to guarantee everyone enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health; b. imposing tax and other measures to reduce tobacco demand; c. giving limitation toward the contents and emissions of tobacco products; d. strengthening public awareness for the consequences of smoking; e. eliminating illicit trade of tobacco products; f. restricting sales of tobacco products to minors; and g. harmonizing and cooperating work with other state member to reduce demand and supply tobacco products nationally and globally.

Guidelines for implementation has been prepared by Convention Secretariat in order to make state parties clear to meet their obligations under the provision of the Convention. Its content consist of: protection of public health policies with respect to tobacco control from commercial and other vested interests of the tobacco industry (article 5.3), protection from exposure to tobacco smoke (article 8), regulation of the contents of tobacco products and of tobacco product disclosures (article 9 and 10), packaging and labelling of tobacco products (article 11), education, communication, training, and pubkic awarness (article 12), tobacco advertising, promotion, and sponsorship (article 13), and demand reduction measures concerning tobacco dependence and cessation (article 14).

The FCTC is binding treaty for state parties. After ratification, state parties shall adopt key substance of the FCTC to their domestic law. In fact, the text of the FCTC is often vague and defers to domestic law, which makes enforceability at the domestic level even more challenging.²⁹ This is in part because the FCTC establishes a broad frame - a set of minimum requirements - that state parties can develop and implement

²⁸ The FCTC, article 3.

²⁹ Oscar Cabrera and Alejandro Madrazo, “Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America”, *Salud Publica de Mexico* 52: 288-97 (2010), p.288.

in different ways, i.e. the FCTC gives a ‘margin of appreciation’ for state parties implementation.³⁰ After ratification, Indonesia may implement minimum standard tobacco control under the FCTC by compromising with the national condition. This policy will guarantee the long process to reduce the harmful effects of tobacco products in Indonesia.

Obstacles of the FCTC Ratification in Indonesia

Until now, Indonesia is not yet the parties of the FCTC. Many issues appear on the ratification process of this treaty. In economic side, tobacco industries claimed that ratification would decrease national income from tax and investment.³¹ In political side, legislative and some of government agencies have never assertive to establish policy reduction of tobacco use.³² In human right side, certain groups of society declared that smoking is a part of constitutional right that should be protected.³³ This study will analyse this main issues on the challenges of ratification by following explanation:

Economic Issues

The decline possibility of state income from tobacco industries becomes one of the central issues on the accession of the FCTC. In the economic side, state not only enjoy taxation income but also large-scale of employment, foreign direct investment, and tobacco agriculture. Following table describes the increasing domestic income year by year from the excise of tobacco.³⁴

³⁰ Oscar A. Cabrera and Lawrence O. Gostin, “Human rights and the Framework Convention on Tobacco Control: mutually reinforcing systems”, *Int. J.L.C.* 7(3), 285-303 (2011), p.291.

³¹ Based on research did by International Center for Applied Finance and Economics (Intercafe) Institut Pertanian Bogor (IPB), stated that custom from cigarettes has increasing number every year. Ratification of FCTC will decrease state income from cigarettes. See *Pengamat: Penerimaan negara Anjlok jika FCTC diratifikasi*, available at <http://id.berita.yahoo.com/pengamat-penerimaan-negara-anjlok-jika-fctc-diratifikasi-134858377—finance.html> (last visited 24 March 2014).

³² Andi Gunawan, *Kebijakan Pemerintah Untuk Menghentikan Peredaran Rokok*, available at <http://ayobangkitindonesiaku.wordpress.com/2008/03/04/kebijakan-pemerintah-untuk-menghentikan-peredaran-rokok/> (last visited 3 April 2014).

³³ *Komunitas Kretek: Merokok Adalah Hak Konstitusional*, available at <http://demo.gatra.com/nusantara-1/nasional-1/20787-komunitas-kretek-merokok-adalah-hak-konstitusional.html> (last visited 3 April 2014).

³⁴ Ministry of Finance Publication. See Fuad Hasan and Dwijono Hadi Darwanto, *Prospek dan Tantangan Usahatani Tembakau Madura*, *SEPA* Vol. 10 No.1: 63 – 70 (2013), p.63.

Table 2
Realization Development Domestic Income from Tobacco Excise (In trillion IDR)

Year	Income
2005	32.6
2006	37.1
2007	43.5
2008	49.9
2009	53.3
2010	63.2
2011	65.4

Source: Indonesian Ministry of Finance

Excise tax of cigarettes in Indonesia is still lower than the other developing countries. Most of Indonesia's tobacco excise tax paid by consumers not more than 37% of its price.³⁵ This percentage is below from the national regulation (57% of the sales price) and global benchmark (70% of the sales price).³⁶ Low excise levels in the retail selling price, as well as large gaps within regions or between neighbouring countries, have a number of negative effects such as cross-border flows and increasing illicit trade, leading to loss of revenues and damage to public health policies.³⁷

The FCTC uses price and tax measures as an effective and important means of reducing tobacco consumption.³⁸ An unpublished study of aggregate data, however, reported that increases in tobacco excise rates in 2001 did not significantly reduce cigarette demand.³⁹ These two conditions can be used by the Government to increase the tobacco tax at least based on the national regulation to achieve highest state income. State also pays greater costs for cigarettes compared with revenues it receives from the tobacco industry. Research from the World Bank has shown that smoking is an absolute loss for almost the entire country.⁴⁰ Income received by the state from the tobacco industry (taxes and so on) may be a large amount, but the direct and indirect losses caused by tobacco consumption are much greater. High costs must be incurred

³⁵ Ayda Yurekli, *Presentation to meetings on tobacco economics*, Bloomberg Foundation, New York, November 2007 in Sarah Barber, et.al., *Ekonomi Tembakau di Indonesia*, International Union Against Tuberculosis and Lung Disease (The Union), France, 2008, p.vi.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Report of the Working Group, *Draft guidelines for the implementation of Article 6 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control*, FCTC/COP/5/8, 24 July 2012.

³⁸ The FCTC, art.6 (1).

³⁹ A. Achadi, W. Soerojo and S. Barber, "The relevance and prospects of advancing tobacco control in Indonesia", *Health Policy* 72(3) (2005), p.333–349.

⁴⁰ See *Assesment of the Economic Costs of Smoking*, World Health Organization Economics of Tobacco Toolkit, 2011, p.11-14.

to pay for the healing of diseases caused by smoking, absence from work, loss of productivity and income, premature death, and also make people become poor because they spend longer the money to buy cigarettes. Furthermore, implementing tax policies will generate additional revenues to 6.5 billion USD⁴¹ that cover health care costs for tobacco-related illnesses between 484 million USD to 1.2 billion USD.⁴²

Even if the increase tax intervene the worse demand of tobacco, based on particular simulation did by Sarah Barber, *et.al.* show that:

“... the increase of tobacco tax rates to double positive impact on the economy. The simulation further find that there are 60 sectors of the economy will get benefit if households minimize their expenditures for tobacco products. This expenditures can be diverted households to consume other goods or for investment. Economic output and household income will also increase, amounting to Rp 335.4 billion and Rp 491.6 billion.

Similar simulation also found that increase in cigarette excise up to two times will result in increased employment as much as 281.135 people. This is because agriculture and tobacco industry ranks high in the economy, employment and wages.”⁴³

Political Challenges

Both Indonesian executive government and legislative body have different efforts in the FCTC ratification. The government, which leads by Ministry of Health⁴⁴, asked legislative board to support their ratification’s initiative to preserve public health.⁴⁵ However, most of the members of House of Representative have never assertive to reduce the tobacco use. They use the ordinary reason that the ratification of the FCTC will shut off the domestic cigarette’s industry and harm to tobacco farmers. In fact, this reason was unproven if we learn from the other state practices. Based on data from the world’s food agency (FAO) of tobacco production in countries that have ratified the FCTC does not decline.⁴⁶ It is also supported by particular research

⁴¹ *Tobacco Cases in Indonesia*, available at http://global.tobaccofreekids.org/files/pdfs/en/Indonesia_tobacco_taxes_summary_en.pdf (last visited 3 April 2014), p.3.

⁴² *Ibid*, p.1.

⁴³ *Ibid*, p.3.

⁴⁴ Four Indonesian ministries (Ministry of Manpower and Transmigration, Ministry of Trade, Ministry of Industry, and Ministry of State Secretary) were refusing government plan, which recommended by the Ministry of Health. See *Ratifikasi Konvensi Rokok Dihadang Empat Menteri*, available at <http://kemenperin.go.id/artikel/7686/Ratifikasi-Konvensi-Rokok-Dihadang-Empat-Menteri> (last visited 8 April 2014).

⁴⁵ Based on the Indonesian 1945’s Constitution stated that in concluding international treaties with other countries and also in treaty ratification, President shall get the House Representative’s approval first.

⁴⁶ See “Economically sustainable alternatives to tobacco growing (in relation to Articles 17 and 18 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control)”, report of the working group, *Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control*, Seoul, Republic of Korea, 12–17 November 2012.

that if farmer want to plant other than tobacco, they will get more economic benefits.⁴⁷ Alternative crops that provide equal or greater benefit other than tobacco is the red onions, red chili peppers, and melons for the lowland as well as potatoes and red chili peppers to the highland.⁴⁸

Recent effort done by the House of Representative is to legislate their initiative Draft of Tobacco's Law. This draft was becoming part of 2014's National Legislation Program (*Program Legislasi Nasional*).⁴⁹ Legislative board claimed that this draft as the substitution of the FCTC ratification's effort done by the Government.⁵⁰ Various NGO deny the Legislative effort because based on their argumentation this Draft will not effective and sides with tobacco industry.⁵¹

Human Rights Controversy

The word 'may' in the explanation of Article 115 in the Law No. 36 of 2009 deleted by the Constitutional Court based on its Decision No. 57/PUU/IX/2011 because of smoking is part of human right. This decision leads controversy in public's sphere. Right to smoke is not a basic human right. Therefore, the smoking ban will not make a person lose dignity as a human being. Without smoking even human health are well preserved.

Actually, tobacco control policy does not intended to cut the right to smoke, but the fight for the right of each person to breathe healthy air is the priority.⁵² It is

⁴⁷ Muchjidin Rachmat dan Sri Nuryanti, "Dinamika Agribisnis Tembakau Dunia dan Implikasinya Bagi Indonesia", *Forum Penelitian Agro Ekonomi* Vol.7 (2): 73- 91 Pusat Analis Sosial Ekonomi dan Kebijakan Pertanian, Departemen Pertanian (2009), p.91.

⁴⁸ Technical Assistance for Developing 'Booklet of Tobacco Economics in Indonesia', Demographic Institute Faculty of Economics University of Indonesia (2010), available at <http://whoindonesia.healthrepository.org/bitstream/123456789/643/1/Booklet%20of%20Tobacco%20Economics...%28INO%20FFC%20011%20XK%2008%20SE-09-228726%29.pdf> (last visited 11 April 2014).

⁴⁹ Based on the National Legislation Program, Draft of Tobacco's Act (Rancangan Undang-Undang Pertembakauan) becomes one of the list (No. 51) that will be discussed and enacted in 2014. See *Program Legislasi Nasional Rancangan Undang-Undang Prioritas Tahun 2014*, available at http://www.dpr.go.id/complorgans/baleg/prolegnas_PROGRAM_LEGISLASI_NASIONAL_RANCANGAN_UNDANG-UNDANG_PRIORITAS_TAHUN_2014.pdf (last visited 8 April 2014).

⁵⁰ Legislator: ratifikasi FCTC tumpang tindih RUU pertembakauan, available at <http://www.antaranews.com/suara-parlemen/berita/422175/legislator-ratifikasi-fctc-tumpang-tindih-ruu-pertembakauan> (last visited 8 April 2014).

⁵¹ NGO such as YLKI (Indonesian Consumers Organization) and National Commission on Human Rights argue that substance on Draft of Tobacco's Act was the result of tobacco industry lobbys and addictive measure of tobacco as stated in the Health Act give the Government authorization to control and evaluate the existance of tobacco. See RUU Tembakau: Berpihak Kepada Petani atau Industri Rokok?, available at <http://www.ylki.or.id/ruu-tembakau-berpihak-kepada-petani-atau-industri-rokok.html> (last visited on 8 April 2014). Komnas HAM Minta RUU Tembakau Tak Masuk Prolegnas 2014, available at <http://m.hukumonline.com/berita/baca/lt52aac70da0db4/komnas-ham-minta-ruu-tembakau-tak-masuk-prolegnas-2014> (last visited on 8 April 2014).

⁵² Mardiyah Chamim, et.al., *A Giant Pack of Lies Bongkah Raksasa Kebobongan: Menyorot Kedigdayaan Industri Rokok di Indonesia*, Jakarta: Tempo Institute, 2011, p.171-174.

because the right of health actually becomes non-derogable right⁵³ that should have prior respect. Indonesian government can use the protection of public health as basic consideration to ratify the FCTC.

Examples of Effective Ratification

As a state that is present within the international community, Indonesia has an obligation to respect and implement international agreements that has been ratified. Practically after ratification, Indonesia will compromise and harmonise its existing law to the international obligations. This adoption process usually resulted effective implementation to solve certain national problems. This paper gives some effective implementation of international treaty ratification in Indonesia, such as: *First*, Indonesia ratified Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women⁵⁴ by the Law No. 7 Year 1984. By this ratification, Indonesia ensure through legislation, policies, programs and temporary special measures to realize equality and equity between men and women. The effectiveness of this ratification marked by numerous laws which are removed and replaced with legislation that is pro-gender equality, i.e. Law No. 8 Year 2012 about General Elction which guarantee 30% quotas for women to sit down in parliament and the enactment of Law No. 23 Year 2004 about Elimination of Domestic Violence gives more protection for women who usually being targetted victim of violence. *Second*, Ratification of ILO Convention No. 138 Concerning Minimum Age for Admission to Employment⁵⁵ through Law No. 20 of 1999 and the ratification of ILO Convention No. 182 Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour⁵⁶ through Law No. 1 of 2000 provides a framework for the protection of legal certainty children's rights in Indonesia. Indonesia guarantees to protect the right of children by setting the Law No. 23 of 2004 on the Protection of Children. These regulation directly impact on governmental policies related to the fulfillment of children's rights, prohibition of children to work and being victim of human trafficking, and the establishment of a National Committee of Children's Protection (*Komisi Nasional Perlindungan Anak*) as

⁵³ N. Swazo, "The Right to Health, International Law, and Economic Justice", *The Internet Journal of Law, Healthcare and Ethics*, Volume 5 Number 1 (2006), available at <http://ispub.com/IJLHE/5/1/10223#> (last visited on 8 April 2014).

⁵⁴ Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13.

⁵⁵ International Labour Organization (ILO), *Minimum Age Convention, C138*, June 26, 1973, 1015 U.N.T.S. 297.

⁵⁶ International Labour Organization (ILO), *Worst Forms of Child Labour Convention, C182*, June 17, 1999, 2133 U.N.T.S. 161.

formal task force that directly address the problems of children in Indonesia. *Third*, To prevent crime and abuse of narcotics and illegal drugs, Indonesia ratified the Single Convention on Narcotic Drugs (1961)⁵⁷ and its Protocol amending the Single Convention on Narcotic Drugs (1972)⁵⁸ through Law No. 8 of 1976. In addition, Indonesia has also ratified the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances through Law No. 7 of 1997. To meet these international obligations, specifically Indonesia then arrange Law No. 35 of 2009 on Narcotics and Law No. 5 of 1997 about Psychotropic. This regulation provides the categorization of narcotics drugs into three groups ranging from the considered dangerous to the least dangerous. Effectively, the Government established the National Narcotics Agency (*Badan Narkotika Nasional*) as special task force to handle the cases of crime and drug abuse that are increasingly sophisticated.

Conclusion

After all, in terms of health, cigarette is very harmful for both active smoking and passive smoking. As the realization of the right to run the health standards for every citizen, the state has authority to restrict tobacco use because of its addictive. Tobacco control in Indonesia is still not showing significant results to address health issues. Indonesian policy on tobacco control always face with obstacles in the area of politic, economic, and human rights side. This is in line with the lack integrated and systematic regulations related to the tobacco control in Indonesia. Most of the laws are still abstract to support public health in general.

Ratification of the FCTC will be the only solution for Indonesia to harmonize its domestic policy to the international obligations under the FCTC. The FCTC requires state parties to impose restrictions on tobacco advertising, sponsorship and promotion, and to establish new packaging and labeling for tobacco products. Moreover, specific researches prove and support that ratification efforts to the FCTC would not decrease state financial income, give full legal certainty, and even more protect public right to health. Furthermore, based on previous Indonesian practices show that ratification of particular international treaties effectively solve certain cases by progressive way. Thus, there is no need to worry for Indonesia to face obstacle's possibilities since tobacco is always endangers human health.

⁵⁷ Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, 520 U.N.T.S. 204.

⁵⁸ Protocol Amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1972, 976 U.N.T.S. 3.

Refferences

- Barber, Sarah, et.al., *Ekonomi Tembakau di Indonesia*, International Union Against Tuberculosis and Lung Disease (The Union), France, 2008.
- Chamim, Mardiyah, et.al., *A Giant Pack of Lies Bongkah Raksasa Kebohongan: Menyorot Kedigdayaan Industri Rokok di Indonesia*, Jakarta: Tempo Institute, 2011.
- Achadi, A., Soerojo, W. and Barber, S. "The relevance and prospects of advancing tobacco control in Indonesia", *Health Policy* 72(3) (2005).
- Cabrera, Oscar and Gostin, Lawrence, "Human rights and the Framework Convention on Tobacco Control: mutually reinforcing systems", *Int. J.L.C.* 7(3), 285-303 (2011).
- Cabrera, Oscar and Madrazo, Alejandro, "Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America", *Salud Publica de Mexico* 52: 288-97 (2010).
- Darmawansyah, "Upaya Kesehatan di Indonesia: Tantangan dan Harapan", *Jurnal Administrasi dan Kebijakan Kesehatan Indonesia*, Vol 2 No.2, May 2013.
- Halabi, Sam Foster, "The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: An Analysis of Guidelines Adopted by the Conference of the Parties", *39 Ga. J. Int'l & Comp. L.* 121 (2010).
- Hasan, Fuad and Darwanto, Dwijono Hadi, Prospek dan Tantangan Usahatani Tembakau Madura, *SEPA* Vol. 10 No.1: 63 - 70 (2013).
- M. Flood, Colleen and Trudo Lemmens, "Global Health Challenges and The Role of Law", *J.L. Med. & Ethics*, Vol.41 (2013).
- Rachmat, Muchjidin dan Nuryanti, Sri, "Dinamika Agribisnis Tembakau Dunia dan Implikasinya Bagi Indonesia", *Forum Penelitian Agro Ekonomi* Vol.7 (2): 73-91 Pusat Analis Sosial Ekonomi dan Kebijakan Pertanian, Departemen Pertanian (2009).
- Roemer, Ruth, Taylor, Allyn, and Lariviere, Jean, "Origins of WHO Framework Convention on Tobacco Control", *Am J Public Health*. 95(6): 936-938 (2005).
- Soerojo, Widystuti, "Epidemi Tembakau di Indonesia Tantangan Bagi Petugas Kesehatan", paper on the *Workshop Peningkatan Kapasitas Sektor Kesehatan Dalam Pengendalian Masalah Tembakau*, Direktorat Pengendalian Penyakit Tidak Menular, Departemen Kesehatan Republik Indonesia, September 2007.
- Woodeshick, Keith, "Smoking Ban Legislation in New Jersey: Should Casinos Be Immune From Smoke?", *3 Rutgers J. L. & Urb. Pol'y* 496 (2006).
- Indonesian 1945's Constitution.
- Law No. 36 Year 2009 about Health.
- Government Regulation No. 109 Year 2012 about Securing Material Containing Addictive Substances.
- Minister of Health Regulation No. 28 Year 2013 about Imprinting of Health Warnings and Health Informations on Tobacco Product Packaging.

Joint Regulation between the Minister of Health No. 188/MENKES/PB/I/2011 and the Minister of Home Affairs No. 7 Year 2011 about Guideline Implementation of Non Smoking Area.

UN Declaration of Human Rights (1948).

Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, 520 U.N.T.S. 204.

International Covenant for Economic Social and Cultural Rights (1966).

Protocol Amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1972, 976 U.N.T.S.3.

International Labour Organization (ILO), *Minimum Age Convention*, C138, June 26, 1973, 1015 U.N.T.S. 297.

Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13.

International Labour Organization (ILO), *Worst Forms of Child Labour Convention*, C182, June 17, 1999, 2133 U.N.T.S. 161.

WHO Framework Convention on Tobacco Control, May 21, 2003-June 29, 2004, WHA56.1, 2302 U.N.T.S. 166, 42 I.L.M. 518.

Abrory, *Permainan State Private Sector dalam Hilangnya Pasal Tembakau di UU Kesehatan*, available at http://abrory-paradigmapengembara.blogspot.com/2011/10/permainan-state-private-sector-dalam_04.html (last visited 21st March 2014).

Aktivis Desak Perda Kawasan Tanpa Rokok Disahkan, available at <http://www.tempo.co/read/news/2013/01/09/058453210/Aktivis-Desak-Perda-Kawasan-tanpa-Rokok-Disahkan> (last visited 4th February 2014).

Assesment of the Economic Costs of Smoking, World Health Organization Economics of Tobacco Toolkit, 2011.

Ayat Tembakau Hilang di DPR, available at <http://nasional.kompas.com/read/2009/10/14/04594644/ayat.tebakau.hilang.di.dpr> (last visited 21st March 2014).

Badan Pusat Statistik (BPS/National Statistic Council), *Survei Sosial Ekonomi Nasional (The National Socioeconomic Survey)*, Jakarta, 2006.

Center for Tobacco Grower Research, *The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control*, available at http://tobaccogrowerresearch.com/fda/FDA_WHO.pdf (last visited 21st March 2014).

“Economically sustainable alternatives to tobacco growing (in relation to Articles 17 and 18 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control)”, report of the working group, *Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control*, Seoul, Republic of Korea, 12-17 November 2012.

Gunawan, Andi, *Kebijakan Pemerintah Untuk Menghentikan Peredaran Rokok*, available at <http://ayobangkitindonesiaku.wordpress.com/2008/03/04/kebijakan-pemerintah-untuk-menghentikan-peredaran-rokok/> (last visited 3 April 2014).

Hyland, Andrew, Travers, Mark, & Repace, James, *7 City Air Monitoring Study (7Cam)*, March-April 2004, available at <http://www.tobaccofreekids.org/pressoffice/7camreport.pdf> (last visited 21st March 2014).

Indonesia Masuk Tiga Besar Konsumen Rokok, available at <http://www.arrahmah.com/read/2012/12/01/25181-indonesia-masuk-tiga-besar-konsumen-rokok.html> (last visited 9 April 2014).

Indonesia Struggling to Deter Children from Smoking, available at <http://english.peopledaily.com.cn/90001/90782/90880/7122690.html> (last visited 9 April 2014).

Joni, Muhammad, *Pasal Tembakau Terbanyak Uji Materiil: (Itu) Kontrol Bukan Diskriminasi, available at <http://www.advokatmuhammadjoni.com/opini/tulisan/170-pasal-tembakau-terbanyak-uji-materil-itu-kontrol-bukan-diskriminasi.html>* (last visited 21st March 2014).

Komnas HAM Minta RUU Tembakau Tak Masuk Prolegnas 2014, available at <http://m.hukumonline.com/berita/baca/1t52aac70da0db4/komnas-ham-minta-ruu-tembakau-tak-masuk-prolegnas-2014> (last visited on 8 April 2014).

Komunitas Kretek: Merokok Adalah Hak Konstitusional, available at <http://demo.gatra.com/nusantara-1/nasional-1/20787-komunitas-kretek-merokok-adalah-hak-konstitusional.html> (last visited 3 April 2014).

Legislator: ratifikasi FCTC tumpang tindih RUU pertembakauan, available at <http://www.antaranews.com/suara-parlemen/berita/422175/legislator-ratifikasi-fctc-tumpang-tindih-ruu-pertembakauan> (last visited 8 April 2014).

Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/index.html (last visited 4th February 2014).

Pengamat: Penerimaan negara Anjlok jika FCTC diratifikasi, available at <http://id.berita.yahoo.com/pengamat-penerimaan-negara-anjlok-jika-fctc-diratifikasi-134858377-finance.html> (last visited 24 March 2014).

Program Legislasi Nasional Rancangan Undang-Undang Prioritas Tahun 2014, available at http://www.dpr.go.id/complain/program_rancangan_undang-undang_prioritas_tahun_2014.pdf (last visited 8 April 2014).

Ratifikasi Konvensi Rokok Dihadang Empat Menteri, available at <http://kemenperin.go.id/artikel/7686/Ratifikasi-Konvensi-Rokok-Dihadang-Empat-Menteri> (last visited 8 April 2014).

Report of the Working Group, Draft guidelines for the implementation of Article 6 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control, FCTC/COP/5/8, 24 July 2012.

RUU Tembakau: Berpihak Kepada Petani atau Industri Rokok?, available at <http://www.ylki.or.id/ruu-tembakau-berpihak-kepada-petani-atau-industri-rokok.html> (last visited on 8 April 2014).

Smoking Ban Improves a City Health, available at http://www.nytimes.com/2009/01/13/health/research/13prev.html?_r=0 (last visited 21st March 2014).

*Swazo, N., "The Right to Health, International Law, and Economic Justice", *The Internet Journal of Law, Healthcare and Ethics*, Volume 5 Number 1 (2006), available at <http://ispub.com/IJLHE/5/1/10223#>* (last visited on 8 April 2014).

Technical Assistance for Developing "Booklet of Tobacco Economics in Indonesia, Demographic Institute Faculty of Economics University of Indonesia (2010), available at <http://whoindonesia.healthrepository.org/bitstream/123456789/643/1/Booklet%20of%20Tobacco%20Economics...%28INO%20FFC%20011%20XK%2008%20SE-09-228726%29.pdf> (last visited 11 April 2014).

Tobacco Cases in Indonesia, available at http://global.tobaccofreekids.org/files/pdfs/en/Indonesia_tobacco_taxes_summary_en.pdf (last visited 3 April 2014).

WHO Member States (by regions) that are NOT parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, available at http://www.who.int/tobacco/framework/non_parties/en/index.html (last visited 4th February 2014).

Disclosure of Origin pada Pengakuan dan Publikasi Traditional Knowledge dalam Upaya Perlindungan Hukum¹

Endang Purwaningsih
Fakultas Hukum Universitas YARSI
Jl. Letjen Suprapto Cempaka Putih Jakarta
e.purwaningsih@yarsi.ac.id

Abstract

The precise formulation of disclosure of origin as an attempt of international publication and recognition still faces big challenges. In addition to comprehending the philosophical values contained in the traditional knowledge, the evidence of historical originality of the traditional knowledge must be presented. The objectives of this research were to build the community empowerment model and legal awareness of promoting and protecting Indonesian traditional knowledge (first year) and to suggest a form of legal protection as well as national and international publications of disclosure of origin of Indonesian traditional knowledge (second year). The research method used was normative using sociological approach. Based on the research result, it was concluded that to precisely formulate the disclosure of origin, the indigenous community must be a proactive subject as well as an agent to promote and protect. The legal protection for traditional knowledge could be realized by accommodating the traditional knowledge into the intellectual rights as a geographical indication and international recognition for the indigenous community communal ownership of the traditional knowledge since the developed countries tended to see it as a common heritage of mankind.

Key words : Disclosure of origin, traditional knowledge, legal protection

Abstrak

Permasalahan ketepatan penyusunan *disclosure of origin* sebagai upaya publikasi dan pengakuan internasional masih mendapatkan kendala besar selain harus menggali nilai-nilai filosofi yang terkandung dalam *traditional knowledge*, juga harus mendapatkan bukti orisinalitas riwayat asal-usul *traditional knowledge* tersebut. Tujuan penelitian ini membangun model pemberdayaan masyarakat dan kesadaran hukum mempromosikan dan melindungi pengetahuan tradisional Indonesia (tahun 1), dan memberikan usulan bentuk perlindungan hukum, publikasi nasional dan internasional tentang *disclosure of origin* masing-masing *traditional knowledge* Indonesia (tahun 2). Metode penelitian yang digunakan adalah normatif dengan pendekatan sosiologis. Berdasarkan hasil penelitian disimpulkan bahwa dalam upaya penyusunan ketepatan *disclosure of origin*, masyarakat asli ingin dijadikan subyek yang berperan aktif, sekaligus dalam rangka *promote and protect*. Perlindungan hukum terhadap *traditional knowledge* dapat dilakukan dengan mewadahi *traditional knowledge* dalam bentuk hak kekayaan intelektual baik sebagai indikasi geografis maupun pengakuan internasional terhadap kepemilikan komunal masyarakat asli atas *traditional knowledge* tersebut, mengingat negara maju memandangnya sebagai *common heritage of mankind*.

Kata kunci: *Disclosure of origin, traditional knowledge, perlindungan hukum*

¹ Artikel ini merupakan bagian dari hasil penelitian *multi years* tahun ke-2 hibah kompetensi DP2M DITJEN DIKTI atas nama penulis dengan judul: Model Pemberdayaan *indigenous people* dalam rangka Perlindungan Hukum terhadap *Traditional Knowledge* Indonesia tahun 2012-2013.

Pendahuluan

Berdasarkan hasil penelitian tahun pertama, bahwa pemberdayaan *indigenous people* dalam rangka perlindungan hukum terhadap *traditional knowledge* (TK) Indonesia, sangat mungkin dilakukan dengan menerapkan model yang telah dihasilkan dalam penelitian ini, yakni secara berkesinambungan dan partisipasi aktif *indigenous people* untuk *promote and protect* didukung dengan uluran tangan berbagai pihak yakni pemerintah pusat, Ditjen HKI, pemerintah daerah, Dinas Perindustrian, Dinas Perdagangan, Perbankan, Dekranas/da, Perguruan Tinggi, Koperasi dan kepedulian organisasi masyarakat, konsultan dan LSM. Masyarakat dalam perlindungan TK ingin dijadikan subyek yang berperan aktif dalam upaya perlindungan hukum dan pelestarian TK. Dalam rangka *promote and protect* TK tersebut, masyarakat sangat membutuhkan: (1) sosialisasi, dan perlindungan hukum; (2) program pemberdayaan dan promosi; (3) bantuan modal dan fasilitas serta insentif; (4) pelatihan (manajemen, pemasaran, teknis keterampilan) dan penyuluhan hukum; dan (5) bantuan, perhatian dan koordinasi dari perbagai pihak yakni pemerintah pusat, Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual Departemen Hukum dan HAM, pemerintah daerah, Dinas Perindustrian, Dinas Perdagangan, Perbankan, Dekranas/da, Perguruan Tinggi (dalam hal ini juga sekaligus Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan), Koperasi dan kepedulian organisasi masyarakat, konsultan dan LSM.²

Kondisi pengetahuan tradisional telah dihasilkan berabad-abad yang lalu, sudah menjadi *public domein* masyarakat tradisional, sehingga secara individual tidak diketahui penemunya. Bagi karya berbasis teknologi, *Inventive step* dalam pengetahuan tradisional menunjukkan langkah *inventive* yang telah menjadi *public domein*, ditemukan dan digunakan bersama oleh masyarakat (semua warga biasa), dijaga bersama, dan relatif tidak ditutup-tutupi, selama beratus-ratus tahun. Dengan demikian syarat langkah tidak terduga (*inventive step*) dan *novelty* (kebaruan) menghalangi pendaftaran Paten atas pengetahuan tradisional ini. Bagi karya seni warisan leluhur, tidak memenuhi syarat perlindungan hak cipta Indonesia (*originality* dan *individuality*). Kesempatan inilah yang mungkin dimanfaatkan oleh orang asing

² Endang Purwaningsih, Laporan Akhir Penelitian tahap 2, *Model Pemberdayaan Indigenous People dalam Rangka Perlindungan Hukum terhadap Traditional Knowledge Indonesia*. Penelitian ini membangun model pemberdayaan masyarakat dan kesadaran hukum mempromosikan dan melindungi pengetahuan tradisional Indonesia (tahun 1), dan memberikan usulan bentuk perlindungan hukum, publikasi nasional dan internasional tentang *disclosure of origin* masing-masing *traditional knowledge* Indonesia (tahun 2), 2013, hlm.49.

untuk mengambil intisari pengetahuan tersebut dan memodifikasi atau menspesifikasi dan meramunya menjadi inovasi baru sehingga pengetahuan tradisional yang semula dimiliki secara kolektif dapat didaftarkan secara individual. Seperti halnya teknologi tekuk rotan yang sudah dipatenkan oleh Amerika sehingga setiap mebel rotan yang menggunakan teknologi tersebut ketika masuk ke Amerika wajib membayar royalti kepada pemegang paten tekuk rotan tersebut.³

Untuk itulah perlu ditumbuhkan semangat inovatif masyarakat supaya dapat menemukan penggunaan baru terhadap invensi yang bersifat ekonomis agar orang asing tidak mendahuluinya. Suatu model pemberdayaan harus ditetapkan dan diterapkan pada *indigenous people* agar berdaya, dan mampu melindungi diri. Untuk itu diperlukan upaya menggali riwayat asal usul, sejarah, nilai filosofis dan makna yang terkandung dalam *traditional knowledge* serta karakteristik spesifik keasliannya, didukung bukti lain seperti gambar keragaman serta jenis atau motif. Selain kendala tersebut, partisipasi masyarakat dalam upaya perlindungan ini masih perlu dimotivasi, juga upaya *defense* apabila ada pihak lain yang akan mengeksplorasi karya tradisional tanpa ijin atau pun juga dalam rangka pembentukan peraturan perundangan, yang hingga saat ini belum disahkan. Jadi secara hukum, peraturan perundangan mengenai *traditional knowledge* belum ada, sehingga hasil penelitian ini diharapkan bisa memberi rekomendasi pada tingkat nasional. Perlindungan ini mutlak perlu agar pihak lain tidak dapat mengambil manfaat ekonomis atas hak kekayaan intelektual yang telah dimiliki oleh nenek moyang secara turun-temurun.⁴ Selanjutnya pada tingkat internasional, *traditional knowledge* menjadi polemik antara *common heritage of man kind* (pendapat negara maju) dan warisan leluhur bangsa yang harus dilindungi secara hukum sebagai kekayaan intelektual (pendapat negara berkembang termasuk Indonesia). Indonesia baru bisa mendapat pengakuan internasional UNESCO tentang keris, batik, menyusul mungkin wayang, angklung dan sebagainya. Peneliti berharap bisa membantu mendata dan membuatkan syarat untuk pengakuan internasional tersebut berupa *disclosure of origin*, yang berisi tentang *name, feature, specification and history* sehingga makin banyak tergali *traditional knowledge* baru dan pengakuan terhadap warisan nenek moyang ini.

³ Endang Purwaningsih, *Hak Kekayaan Intelektual, Pengetahuan Tradisional dan Folklor*, Jenggala Pustaka Utama, Kediri, 2013, hlm.56

⁴ Endang Purwaningsih, "Implikasi Hukum Paten dalam Perlindungan Traditional Knowledge", *Jurnal Hukum YARSI* Vol. 2. No.1 November 2005, hlm. 29.

Rumusan Masalah

Berdasarkan hasil penelitian tahun pertama, peneliti ingin melanjutkan ke dalam penelitian tahun kedua, dengan rumusan masalah sebagai berikut, *pertama*, bagaimanakah peran ketepatan data *disclosure of origin* dalam upaya perlindungan hukum terhadap *traditional knowledge*, melalui penerapan model tahun 1? *Kedua*, bagaimanakah upaya penyusunan substansi *disclosure of origin* terhadap *traditional knowledge* yang menjadi ‘unggulan’ masyarakat asli?

Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini: *pertama*, untuk menganalisis pentingnya peran ketepatan data *disclosure of origin* dalam upaya perlindungan hukum terhadap *traditional knowledge*, melalui penerapan model tahun 1. *Kedua*, untuk membantu upaya penyusunan *disclosure of origin* terhadap *traditional knowledge* yang menjadi ‘unggulan’ masyarakat asli. Selain itu hasil penelitian ini berupaya memberdayakan masyarakat untuk melindungi Hak Kekayaan Intelektual khususnya terhadap kepemilikan *traditional knowledge*, sehingga model pemberdayaan masyarakat yang dihasilkan pada tahun 1 dan diterapkan serta ditetapkan (dengan *fix*) pada tahun 2 ini bisa dikategorikan sebagai temuan yang bisa direkomendasikan dan diterapkan oleh pemerintah bagi seluruh wilayah Indonesia.

Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan adalah normatif dengan pendekatan sosiologis, oleh karena banyak menggunakan data kualitatif masyarakat, dikenal penelitian hukum normatif empiris. Sehubungan penelitian ini berdasarkan penelitian terdahulu baik di Jawa Timur (Waru Sidoarjo dan Madura) maupun Lampung, dalam penelitian tahap 1 juga telah dilaksanakan di luar daerah tersebut, diambil sampel Bali, Nusa Tenggara Barat, Kalimantan, Medan (Sumatera) dan Papua.

Untuk penelitian tahap 2 telah mengambil area Jawa (Jepara), Aceh (Sumatera) dan Tanah Toraja (Sulawesi). Penetapan sampel dalam penelitian ini dimaksudkan untuk menjaring sebanyak mungkin informasi dari berbagai macam sumber. Dengan demikian, tujuan penetapan sampel adalah: (1) untuk merinci secara

kekhususan yang ada ke dalam rumusan yang unik, (2) menggali informasi yang menjadi dasar dari rancangan konsep/teori yang muncul. Oleh sebab itu, tidak ada sampel secara random, tetapi penetapan sampel dengan sampel bertujuan (*Purposive Sampel*). Dengan demikian, penetapan bukan ditentukan oleh pemikiran, bahwa sampel harus mewakili populasinya, melainkan responden yang menjadi sampel itu harus dapat memberikan informasi yang diperlukan. Penggunaan teknik ini didasari oleh suatu pemahaman, bahwa peneliti cenderung memilih responden yang dianggap tahu dan dapat dipercaya untuk menjadi sumber data daripada banyaknya anggota sampel. Penetapan sampel dilakukan dengan teknik *cluster* yaitu kelompok yang mewakili di area tertentu.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Peran Ketepatan Data *Disclosure of Origin* Melalui Penerapan Model

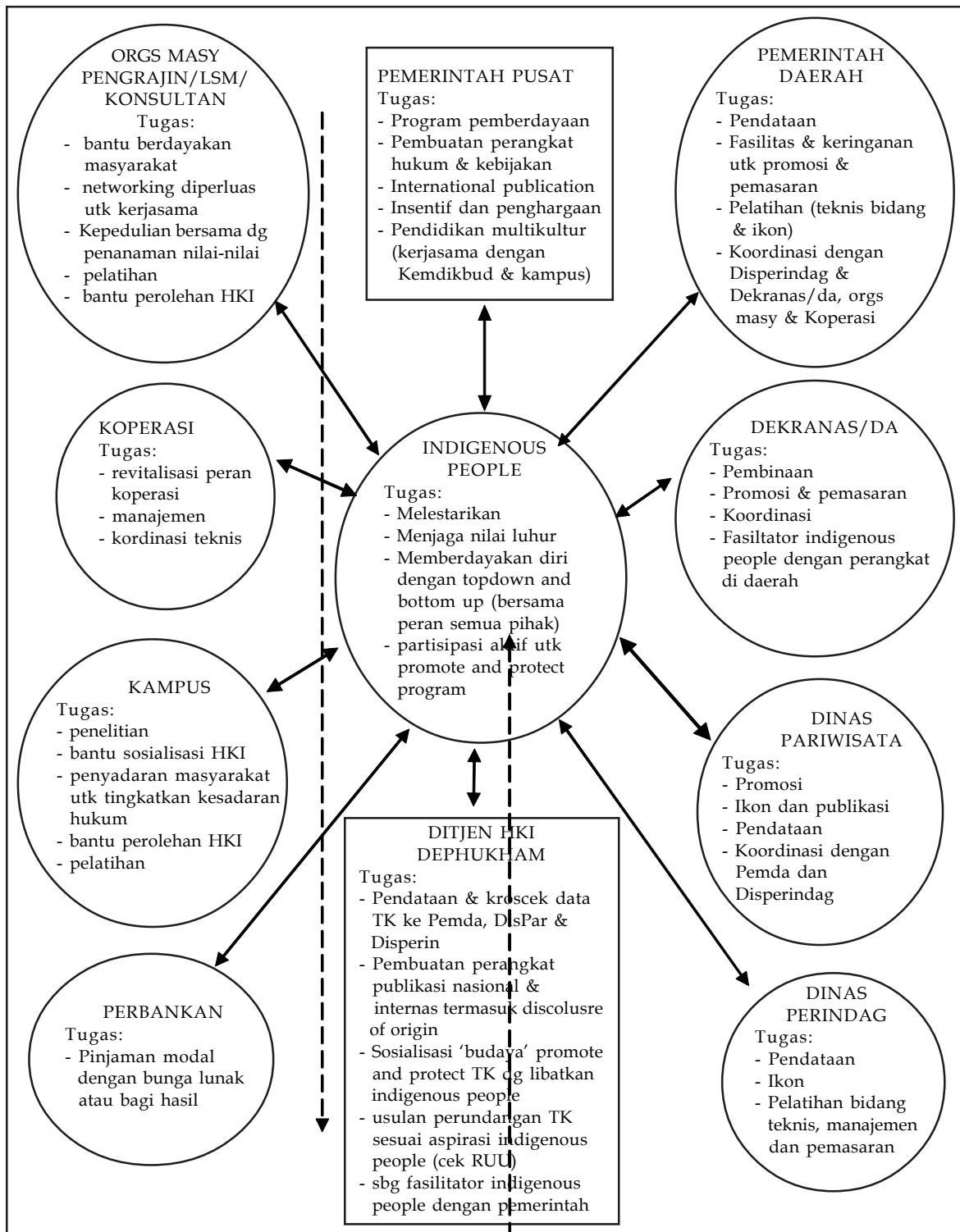
Guna memenuhi persyaratan publikasi dalam rangka mendapatkan pengakuan internasional yang selama ini dilakukan oleh UNESCO, selain untuk mendukung data dalam pembuatan regulasi TK guna perlindungan hukumnya, sangat diperlukan penyusunan asal usul riwayat suatu TK beserta fakta/bukti yang mendukungnya. Perlu digali secara mendalam pada masyarakat *indigenous*, agar mampu mengungkap keaslian dan kebenaran sejarah suatu TK, apakah memang benar merupakan warisan nenek moyangnya, dijaga diperlihara turun temurun, dan memiliki nilai komunal kebangsaan dan nilai ekonomis jika dieksplorasi lebih lanjut. Data riwayat asal usul suatu TK biasa disebut *disclosure of origin*, yang berisi tentang *name, feature, specification (characteristic) and history*.

Hasil penelitian tahap 1 (tahun 1) menghasilkan model pemberdayaan melalui *need assessment* terhadap *indigenous people*, yang pada tahun 2 diterapkan guna memastikan model yang tepat dan menerapkannya dalam bentuk rekayasa sosial, guna membangun kesadaran hukum demi perlindungan hukum bagi *traditional knowledge*. Mengenai substansi *disclosure of origin*, peneliti telah memberikan rekomendasi tentang contoh substansi *disclosure of origin* unggulan masyarakat asli kepada Pemerintah terkait (Ditjen HKI), yang diberikan berdasarkan área penelitian tahun ke-1 dan ke-2.

Ketepatan pembuatan dan penyusunan data untuk *disclosure of origin* sangat penting perannya dalam hal pembuktianya, jika pengakuan layak diberikan. Guna penggalian data secara menyeluruh dan mendalam, masyarakat perlu disosialisasi, dilatih dan diberdayakan agar mampu menelusuri, mengungkapkan kebenaran riwayat, dan memberikan data yang akurat tentang suatu TK. Masyarakat secara aktif harus berpartisipasi dalam pembuatan data ini, supaya benar-benar valid, sehingga pemberdayaan masyarakat harus dibarengi dengan intervensi pemerintah terkait.

Penerapan model pemberdayaan pada tahun 1 sangat berperan dalam upaya menggali dan melancarkan upaya penyusunan *disclosure of origin* ini. Tanpa suatu pemberdayaan, masyarakat tidak paham tentang apa yang diperlukan, bagaimana mengungkapkan fakta sejarah, menyusunnya sehingga benar-benar berguna dalam pembuktian keasliannya. Model pemberdayaan tahun 1 telah dipastikan sehingga berhasil tersusun *disclosure of origin*, meskipun baru dalam pengkonseptan. Masyarakat memilih salah satu unggulan yang akan dipublikasi secara internasional.

Model Pemberdayaan yang Dihasilkan pada Tahap 1
dan diterapkan pada tahap 2



Gambar 1: *Topdown and bottom up Models for Promoting and protecting Indonesian traditional knowledge* (Model pemberdayaan dalam bahasa Inggris telah dipublikasi dalam IJAR)⁵

⁵ Endang Purwaningsih, Derta Rahmanto, "The Empowerment Model of Indigenous People for Legal Protection Against Indonesian Traditional Knowledge", *International Journal of Academic Research*, Vol.5 No. 1 January, 2013, hlm. 125

Dari gambar disimpulkan bahwa pemberdayaan *indigenous people* dalam rangka pendataan *disclosure of origin* demi perlindungan hukum terhadap *traditional knowledge* Indonesia, sangat mungkin dilakukan dengan menerapkan model yang telah dihasilkan dalam penelitian ini, yakni secara berkesinambungan dan partisipasi aktif *indigenous people* untuk *promote and protect* didukung dengan uluran tangan berbagai pihak yakni pemerintah pusat, Ditjen HKI, pemerintah daerah, Dinas Perindustrian, Dinas Perdagangan, Perbankan, Dekranas/da, Perguruan Tinggi, Koperasi dan kepedulian organisasi masyarakat, konsultan dan LSM. Masyarakat dalam perlindungan TK ingin dijadikan subyek yang berperan aktif dalam upaya perlindungan hukum dan pelestarian TK.

Kepastian hukum terhadap perlindungan TK menjadi sangat penting, bahkan ketika kearifan lokal akhir-akhir ini menjadi sesuatu yang harus diperjuangkan. Posisi atau pun status hukum TK bisa saja disamakan dengan pengangkatan kearifan lokal, yang harus diperjelas bagaimana regulasinya. Menurut Rato⁶, kedudukan kearifan lokal yang berisikan nilai-nilai dalam hukum positif perlu diperjelas mengingat negara Indonesia menganut positivisme.

Dalam rangka *promote and protect* TK tersebut, masyarakat sangat membutuhkan sebagai berikut, sosialisasi, dan perlindungan hukum program pemberdayaan dan promosi, bantuan modal dan fasilitas serta insentif, pelatihan (manajemen, pemasaran, teknis keterampilan) dan penyuluhan hukum, bantuan, perhatian dan koordinasi dari berbagai pihak yakni pemerintah pusat, Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual Departemen Hukum dan HAM, pemerintah daerah, Dinas Perindustrian, Dinas Perdagangan, Perbankan, Dekranas/da, Perguruan Tinggi (dalam hal ini juga sekaligus Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan), Koperasi dan kepedulian organisasi masyarakat, konsultan dan LSM. Ketepatan pembuatan data originalitas pada *disclosure of origin* memegang peran yang sangat penting dalam pembuktian bahwa sesungguhnya memang benar *traditional knowledge* tersebut berasal dari masyarakat asli tersebut dan dijaga serta dilestarikan hingga saat ini, dengan tetap mengacu pada aspek kepentingan hukum dan ekonomi.

Kepentingan masyarakat juga harus selalu diperhatikan guna mencapai perlindungan *traditional knowledge*, antara lain tingkat pengetahuan dan kesadaran hukum. Faktor-faktor yang mendorong peningkatan kesadaran hukum melalui

⁶ Dominikus Rato, *Pengantar Hukum Adat*, LaksBang Pressindo, Yogyakarta, 2009, hlm. 146

penyuluhan hukum adalah keinginan untuk mempromosikan produk, mengamankan produk, mendapatkan fasilitas dan insentif, kerjasama pemasaran dan untuk melestarikan pengetahuan tradisional⁷.

Siagian⁸ berpendapat bahwa kesenian tradisional sebagai kekayaan ekspresi budaya tradisional menjadi sangat istimewa dan menjanjikan. Oleh karena itu diperlukan sistem yang tepat untuk melindunginya. Manusia dengan segala aspek kemanusiaannya harus dikedepankan. Perundangan yang bertentangan dengan sifat-sifat substansial ini bisa menjadi bumerang dan kontra produktif, bahkan bisa mematikan subyeknya. Demikian pula keberpihakan yang berlebihan kepada pemodal atau persengkokolan birokratis dianggap menjadi jalan pintas menuju keberhasilan.

Seharusnya pemerintah dan masyarakat mampu memadukan peran untuk membangun dan memperkuat budaya dan pengembangan teknologi agar saling mengisi demi perlindungan kepentingan nasional. Penguasaan dan pembentukan budaya harus dilakukan secara berkesinambungan dan terus menerus sehingga secara bersinergi dapat menumbuhkan kesadaran hukum yang diinginkan. Peran-peran lain seperti Konsultan, instansi terkait lain secara interaktif saling mengisi, sehingga mampu memberikan landasan yang kuat bagi tumbuhkembangnya pemajuan Ipteks, pemberdayaan SDM dan penguasaan hukum.

Pemerintah dalam hal ini instansi yang terkait dalam pengelolaan *traditional knowledge* bertanggungjawab terhadap segala bentuk eksploitasi terhadap *traditional knowledge* dan *folklore*. Ini disebabkan selama ini belum ada bentuk perlindungan yang khusus mewadahi masalah ini dan sanksi hukum yang tegas bagi pihak asing yang memanfaatkan kekayaan intelektual ini tanpa ijin masyarakat tradisional pemiliknya.⁹ Dihormatinya norma dan iktikad baik sangatlah penting dalam pemanfaatan TK. Subekti¹⁰ bahwa norma ini merupakan salah satu sendi terpenting dari hukum perjanjian.

⁷ Liza Evita dan Endang Purwaningsih, "Pengaruh Penyuluhan HKI termasuk Bio Piracy terhadap Kesadaran Hukum, Budaya Hukum dan Motivasi Produsen Jamu dan Obat Tradisional untuk Memperoleh Perlindungan Hukum", *Jurnal Hukum YARSI*, vol.4 no.1 Mei 2007, hlm. 43

⁸ Rizaldi Siagian, Jenis-Jenis Pemanfaatan atas Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Folklor yang Perlu Dilindungi dan Implikasi Pemanfaatannya, Simposium "Menuju UU Sui Generis Perlindungan terhadap Pemanfaatan Pengetahuan tradisional dan Ekspresi Folklor", Jakarta 13 November 2006, hlm. 34.

⁹ Endang Purwaningsih, "Perlindungan Paten Menurut Hukum Paten Indonesia," *Disertasi*, Universitas Airlangga, 2005, hlm. 375.

¹⁰ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 2008, hlm.41

Pemanfaatan TK tidak lepas dari kearifan terhadap eksploitasi budaya lokal, sebagai salah satu bagian TK. Menurut Saptomo¹¹ kemunculan keinginan kuat kembali ke budaya lokal tidak mungkin dihindari sebagai paradoksiasi dari globalisasi. Setiap eksploitasi, haruslah dibarengi perlindungan dan penegakan hukum. Menurut Soekanto¹² bahwa faktor-faktor penegakan hukum terdiri atas: faktor hukumnya sendiri, faktor penegak hukumnya, faktor sarana, fasilitas penegakan hukum, faktor masyarakat dan faktor kebudayaan.

Berlakunya Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2002 tentang Sistem Nasional Penelitian, Pengembangan, dan Penerapan Ilmu Pengetahuan dan Teknologi mendorong Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah untuk menumbuhkembangkan motivasi, memberikan stimulasi dan fasilitas, serta menciptakan iklim kondusif bagi perkembangan Sisnas P3 Ipteks di Indonesia. Guna melaksanakan fungsi tersebut, Pemerintah berperan mengembangkan instrumen kebijakan yang merupakan faktor pendukung yang dapat mendorong pertumbuhan dan sinergi antara unsur kelembagaan, sumber daya, dan jaringan Iptek. Instrumen kebijakan yang dapat dikembangkan adalah: (1) dukungan sumber daya manusia dan hukum milik intelektual, (2) dukungan dana, (3) pemberian insentif berupa keringanan pajak, penanggulangan resiko, penghargaan dan pengakuan, atau bentuk insentif lain yang dapat mendorong pendanaan kegiatan litbang, perekayasaan, inovasi dan difusi teknologi dari badan usaha dan masyarakat, serta meningkatkan alih teknologi dari badan usaha asing yang melakukan kegiatan usaha di Indonesia; (4) program Ipteks untuk menggali potensi nasional dan daerah; (5) pembentukan lembaga yang belum atau tidak dapat dikembangkan oleh masyarakat, namun diperlukan untuk memperkuat Sisnas P3 Ipteks.

Substansi Penyusunan *Disclosure of Origin* terhadap *Traditional Knowledge* yang Menjadi ‘unggulan’ Masyarakat Asli

Traditional knowledge adalah karya masyarakat tradisional (adat) yang bisa berupa adat budaya, karya seni dan teknologi yang telah turun temurun digunakan sejak nenek moyang. Selama ini belum ada perlindungan hukum yang tepat mengenai pengetahuan tradisional dan folklor ini. Arah pengelolaan Folklor dan pengetahuan tradisional dewasa ini menuju bentuk yang terpisah dari sistem

¹¹ Ade Saptomo, *Budaya Hukum dan Kearifan lokal*, FH Universitas Pancasila Press, Jakarta, 2004, hlm.43

¹² Soekanto Soerjono, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo, Jakarta, 2011, hlm. 8-9

perlindungan HKI, yang secara *sui generis* akan berusaha menjaga pengetahuan tradisional melalui *preservation* (pelestarian), *protection* (perlindungan) dan *promotion* (pemanfaatan). Jalan ini ditempuh menurut Twarog,¹³ agar pendekatan terhadap pengelolaan pengetahuan tradisional dapat dilakukan secara menyeluruh (*holistic approach*), terarah dan terpadu serta mampu mewujudkan pengetahuan tradisional sebagai aset dalam pembangunan ekonomi.

WIPO *sub Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* menyatakan: “Traditional knowledge (TK), and how to preserve, protect and equitably make use of it, has recently been under increasing attention in a range of policy discussions, on matters as diverse as food and agriculture, the environment (notably the conservation of biological diversity), health (including traditional medicines), human rights and Indigenous issues, cultural policy, and aspects of trade and economic development.”¹⁴

Traditional Knowlegde dan *Folklore* harus dilindungi minimal secara defensif yakni untuk menjamin supaya pihak lain tidak dapat memiliki HKI atas *Traditional Knowlegde* tersebut dan perlindungan positif melalui sarana hukum utamanya hukum intelektual dan hukum kontrak. Sependapat dengan Morrison¹⁵ dalam *The Profit - incentive theory* bahwa perlu diterapkan ekslusivitas untuk melindungi para inovator, para penemu dan pencipta dari serangan penjiplak. Sehubungan dengan ciptaan dan invensi yang telah menjadi pengetahuan tradisional ini, pemerintah harus turun tangan untuk melindungi *indigenous people* supaya pihak lain tidak mengekspolitasinya secara illegal. Perlindungan *traditional knowledge* tidak saja hanya berbentuk pengakuan UNESCO, akan tetapi bisa dilakukan dengan *sui generis regulation*, maupun melalui pendaftaran bagi HKI yang mungkin dilakukan, seperti indikasi geografis, merek atau pun paten (jika sudah memenuhi *patentable invention* melalui *improvement on the improvement*). Menurut Rizqi¹⁶ merek hanyalah merupakan suatu tanda yang dilekatkan pada suatu barang yang berfungsi sebagai daya pembeda dalam kegiatan perdagangan barang dan jasa.

Regulasi yang ada di Indonesia belum mewadahi TK, jadi hanya bersandar pada pengakuan UNESCO. Jika merunut ke basis paten dan merek, maka selain

¹³ Sophia Twarog, *Naskah Akademik Pengetahuan Tradisional*, BPHN dan Ditjen HKI RI, Jakarta, 2006, hlm. 39.

¹⁴ Laporan Misi Pencarian Fakta Atas HKI dan Pengetahuan Tradisional, dalam <http://www.wipo.org>, diakses 14 September 2003

¹⁵ Alan B. Morrison, *Fundamentals of American Law*, New York School of Law Foundation, New York, 1998, hlm.509.

¹⁶ M. Rizqi Azmi, *Implementasi TRIPs terhadap Perlindungan Hukum Indikasi Geografis dan Dampaknya bagi Indonesia, dalam Demokrasi, Penegakan Hukum dan Perlindungan HKI*, UIR Press, Pekanbaru, 2012 hlm. 77

konvensi Paris, telah dibentuk pula yang dinamakan *Agreements* berdasarkan pada Konvensi Paris, yaitu Perjanjian Madrid 1891. Perjanjian Madrid ini dibentuk Tanggal 14 April 1891, mempunyai tujuan untuk mempermudah cara pendaftaran merek-merek diberbagai negara secara sekaligus, yaitu di negara Uni Paris; menghindarkan pemberitahuan asal barang secara palsu (*Madrid Agreement Concerning the Repression of False Indications of Origin*); pendaftaran internasional terhadap merek biro Internasional di Bern, dengan pengertian bahwa merek-merek tersebut terlebih dahulu harus menjadi merek nasional di negara asal.¹⁷

Konferensi internasional pertama mengenai Hak Budaya dan Intelektual dari Penduduk asli diadakan di Selandia Baru pada 1993, berhasil mengeluarkan Deklarasi Mataatun, pada dasarnya menyatakan bahwa: 1) hak untuk melindungi pengetahuan tradisional adalah sebagian dari hak menentukan nasib; 2) masyarakat asli seharusnya menentukan untuk dirinya sendiri apa yang merupakan kekayaan intelektual dan budaya mereka; 3) alat perlindungan yang ada bersifat kurang memadai; 4) kode etik harus dikembangkan untuk ditaati pengguna luar apabila mencatat pengetahuan tradisional dan adat; 5) sebuah lembaga harus dibentuk untuk melestarikan dan memantau komersialisasi karya-karya dan pengetahuan ini, untuk memberi usulan kepada penduduk asli mengenai bagaimana mereka dapat melindungi sejarah budayanya dan untuk berunding dengan pemerintah mengenai undang-undang yang berdampak atas hak tradisional; 6) sebuah sistem tambahan mengenai hak budaya dan kekayaan intelektual harus dibentuk yang mengakui: (a) *collective ownership* dan berlalu surut, (b) *protection against debasement of culturally significant items* (perlindungan terhadap pelecehan dari benda budaya yang penting), (c) *co-operatif rather than competitive framework* (kerangka yang mementingkan kerjasama dibandingkan yang bersifat bersaing), (d) *first beneficiaries to be direct descendants of the traditional guardians of the knowledge* (yang paling berhak adalah keturunan dari pemelihara tradisionil pengetahuan). Selanjutnya juga telah diadakan konferensi penduduk asli di Bolivia tahun 1994 dan di Fiji tahun 1995, sementara itu WIPO makin menggiatkan upaya menyusun laporan pencarian fakta dari pengetahuan tradisional.

Ada 2 (dua) hal pokok yang dipandang perlu untuk secara seksama ditelaah yaitu: (1) Bagaimana agar pengetahuan tradisional dapat dipertimbangkan sebagai

¹⁷ Muhammad Djumhana dan Djubaedillah, *Hak Milik Intelektual (Sejarah, Teori dan Prakteknya di Indonesia)*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 162

prior art, dan (2) Bagaimana agar perolehan HKI (misalnya Paten) secara tidak seantasnya (Paten tidak seantasnya diberikan) dapat dicegah/dihindarkan.

Substansi penyusunan data *disclosure of origin* harus disusun bersama dengan partisipasi aktif masyarakat asli/adat, disepakati bersama dengan pemerintah daerah dan instansi terkait. Masyarakat perlu diberdayakan, partisipasi publik dan kesadaran hukum mutlak diperlukan¹⁸. Oleh karena bermacam ragam warga masyarakat yang menyampaikan pendapatnya, sebaiknya digali pendapat tetua adat (orang yang dituakan) yang paling mengerti tentang adat tradisi budaya setempat. Untuk mengangkat 1 unggulan yang menurut *indigenous people* paling harus dilindungi untuk diakui secara internasional, maka diberikanlah jajak pendapat berupa questioner beserta data deskripsi yang diperlukan. Berikut adalah deskripsi TK yang diunggulkan masing-masing area penelitian, yang harus segera ditindaklanjuti dalam pembuatan *disclosure of origin*.

Karakteristik daerah yang memiliki unggulan masing-masing sesuai kedaerahannya, bisa saja mengajukan permohonan perolehan hak atas indikasi geografis, jadi pendataan dilakukan tidak hanya sekedar untuk pengakuan UNESCO saja, akan tetapi benar-benar diperlukan demi perlindungan hukum terhadap TK yang merupakan hak komunal masyarakat asli. Hak kekayaan Intelektual yang berasal dari pengetahuan tradisional ini bisa saja dieksplorasi oleh pihak asing, kemudian dilindungi dengan HKI baik berbentuk paten maupun merek atau pun hak desain. Ketika menjadi terkenal dan bereputasi, maka *indigenous people* akan menjadi konsumen yang dirugikan.

Menurut Budi Agus Riswandi dan M.Syamsudin¹⁹, istilah Merek terkenal berawal dari tinjauan terhadap merek yang didasarkan pada reputasi (*reputation*) dan kemasyuratan (*renown*) suatu merek. Menurut Miru,²⁰ bahwa untuk merek terkenal diterapkan kriteria persamaan, pada pokoknya tidak hanya terbatas pada barang/jasa sejenis, tetapi juga terhadap barang/jasa yang tidak sejenis. Dalam arti bila terdapat merek yang sama dengan merek terkenal walaupun digunakan pada barang atau jasa yang tidak sejenis, tetap dilarang berdasarkan undang-undang. Menurut Yuhassarie, persamaan pada pokoknya ini dapat menimbulkan kebingungan yang nyata (*actual confusion*) atau menyesatkan (*deceive*) masyarakat konsumen. Seolah-olah merek tersebut berasal dari sumber atau produsen yang

¹⁸ Soenyono, "Pemberdayaan Masyarakat Miskin dalam Peningkatan Kesadaran Hukum dan Penanggulangan Kemiskinan", *Adil Jurnal Hukum*, vol.2 no.1 April 2011, hlm.7.

¹⁹ Budi Agus Riswandi dan M.Syamsudin, *HKI dan Budaya Hukum*, PT Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm. 87

²⁰ Ahmadi Miru, *Hukum Merek*, RajaGrafindo, Jakarta, 2005, hlm. 55-56

sama. Sehingga di dalamnya terlihat unsur iktikad tidak baik untuk membonceng ketenaran merek milik orang lain.²¹

Penelitian di Nusa Tenggara Barat

Berdasarkan penelitian di Nusa Tenggara Barat yang dilakukan peneliti di Pemerintah Daerah, kemudian pada masyarakat adat pengrajin tenun Praya Sukarara dan Masyarakat Sade Sasak, unggulan yang ingin dipublikasi sebagai ikon NTB adalah tenun Lombok. Meskipun ada batik Sasambo, akan tetapi masyarakat Lombok lebih mengunggulkan tenunnya sebagai maskot karya tradisional yang selalu dijaga dan dilestarikan. Selain tenun, terdapat Dusun Sade ini bisa mewakili Lombok sebagai *indigenous people* yang masih ketat menjaga warisan adat budaya nenek moyangnya. Di Sade semua rumah kondisinya sangat sederhana, tidak ada kursi dan tempat tidur. Mereka tidur beralaskan tikar, dan mematikan lampu sekitar jam 9 malam. Kamar mandi terpisah dari rumah, dapur di depan rumah dan lumbung padi juga di depan. Dusun wisata Sade ini selalu ramai dikunjungi wisatawan baik domestik maupun mancanegara, tercatat sekitar 200-500 orang per hari datang mengunjungi desa ini. Alhasil ibu rumah tangga pun punya mata pencarian sambilan, jualan tenun dan souvenir lainnya. Desa Sade dipimpin oleh Kepala Dusun (*juru Keliang*) dan pada setiap upacara adat dan peristiwa keagamaan dibantu oleh tetua adat (*jeru warah*) dan tokoh agama (*inen Pemole*). Visi misi desa wisata Sade antara lain: mewujudkan tatanan kehidupan masyarakat dengan landasan: (1) memelihara nilai aqidah yang suci terhadap Tuhan YME; (2) menjaga akhlak (etika) terhadap sesama insan; (3) meningkatkan kesejahteraan sosial tanpa meninggalkan filosofi *iruf gemuh kramanukan*. Misi nya antara lain: (1) memegang teguh nilai wawasan leluhur (*pangadig-adig*) sebagai salah satu bentuk keutuhan kesejadian diri Menjunjung tinggi kemanusiaan sebagai wujud rasa persaudaraan pada sesama, (2) mewujudkan masyarakat dinamis di tengah-tengah dinamika perubahan peradaban dan kemajuan iptek, dan (3) menciptakan mental sosial masyarakat dalam mendukung program pemerintah.

Selain sumber daya yang bisa dijual sebagai aset pariwisata itu, budaya Lombok ternyata tetap dijaga oleh para penduduknya.²² Tenun ada dua (2) jenis yakni tenun

²¹ Emmy Yuhassarie dkk, *Hak Kekayaan Intelektual dan Perkembangannya*, Pusat Kajian Hukum, Jakarta, 2005, hlm. 207

²² Wawancara dengan Haji Saman (di sekitarnya dipanggil Tuan Haji Saman), seorang pengusaha tenun senior dan terbesar sekaligus tetua adat di Puyung. Sebenarnya daerah tenun asli di Lombok ada di Sukarara dan Puyung,

songket dan tenun ikat. Semua tenun tersebut sudah dimodifikasi sesuai kebutuhan konsumen, meskipun pola tetap khas NTB. Menurut Tuan Haji Saman, meski ada tiruan, tidak masalah, asal dipublikasi mana yang asli dengan cara: (1) dikomersilkan, yang dulunya hanya dipakai sebagai pakaian adat, sekarang menjadi tenun *trend* umum; (2) dulu hanya motif subanalu sekarang menjadi banyak motif sesuai kebutuhan pasar. Lalu Srijate²³ sebagai kepala desa Sukarara Lombok Tengah pun menambahkan, Lalu adalah gelar bangsawan yang ditulis/dipanggil melekat pada nama. Jumlah penduduk Sukarara 9.470 jiwa. Pengrajin tenun (setiap rumah sebagai sambilan untuk membantu perekonomian) dan mata pencaharian pokok adalah petani dan buruh tani. Asal asli tenun disebutnya Subanalu (benang 6 warna). Harapannya diberikan perlindungan hukum dan dilakukan pemberdayaan masyarakat, karena kebanyakan pengrajin termasuk golongan miskin.

Penelitian (melalui wawancara) di Bali

Menurut Cokorda²⁴ kesalahan sudah dari awal dari pemerintah, sejak proklamasi itu sudah dari awal, padahal bangsa ini sangat kaya dengan budaya-budaya, setiap suku bangsa memiliki budaya, sekarang berapa suku yang sudah hilang, berapa juga hilang yang mewakili suku itu, pola pikir sudah salah langkah. Pemerintah hanya memandang pemilik budaya-budaya ini hanya sebagai obyek, belum sebagai subyek. Pariwisata gemerincingan dollar dan sebagainya, kalau tidak ada budaya manusia di Bali, mana ada pariwisata di sini. Justru bukan memelihara, menghancurkan, contoh kalau di Bali ada perhatian pariwisata tapi sebenarnya manusia Bali sendiri yang memelihara itu, tidak ada pemerintah karena budaya itu melekat pada diri manusia itu sendiri. Intinya Pemerintah Daerah maupun pusat hanya menjadikan masyarakat Bali dengan budayanya sebagai obyek, belum sebagai subyek dan belum terlihat adanya upaya untuk mensosialisasikan atau memberikan perlindungan kepada masyarakat Bali dengan budayanya tersebut kecuali sebagaimana diterangkan di muka, sebagai contoh tatanan masyarakat Bali yang telah ada sejak sebelum kemerdekaan, selalu dikalahkan dengan tatanan baru pasca kemerdekaan hingga sekarang. Belum lagi jika bicara mengenai budaya masyarakatnya yang selalu menyatu dan menghargai alam dalam setiap upacaranya, dalam kesehariannya. Masyarakat Bali tidak ingin melihat budayanya dihancurkan, akan tetapi bersama-

²³ Wawancara dengan Lalu Srijate tanggal 3 Juli 2012

²⁴ Wawancara dengan Cokorda Ngurah Jambe, Tetua Adat Bali tanggal 6 Juli 2012

sama ingin melestarikan, tidak menjadikan masyarakat dan budayanya sebagai obyek yang potensial untuk diereskploitasi mendatangkan dollar, akan tetapi hargailah dan peduliah terhadap manusia Bali sebagai subyek.

Penelitian di Medan

Menurut masyarakat Medan²⁵, cara melindungi pengetahuan tradisional dapat dilakukan dengan menulis adat tradisi dan mempublikasikannya, menyelenggarakan festival adat secara rutin, mengadakan pertemuan adat tingkat nasional, mempertahankan pemangku adat dan menghidupkan budaya yang hampir punah. Pemuka masyarakat²⁶ berpendapat bahwa cara melestarikan pengetahuan tradisional seharusnya dilakukan dengan mempromosikan melalui website resmi pemerintah daerah, melatih anak-anak SD hingga SMA untuk mempelajari pengetahuan tradisional, menjadikan pengetahuan tradisional sebagai muatan lokal di sekolah dan melibatkan masyarakat asil dalam menjaga kelestarian.

Penelitian di Papua

Masyarakat Papua berpendapat bahwa upaya perlindungan hukum terhadap *traditional knowledge*²⁷ yakni dengan menyusun Perda tentang perlindungan hukum terhadap seni budaya tradisional seperti ukiran, patung-patung perahu kayu tradisional, ukiran di rumah-rumah-rumah, ukiran di senjata, panah dan busur, pendataan TK oleh Pemerintah Daerah dengan cara sebatas mencatat jenis dan bentuk-bentuk TK, meskipun belum ada upaya perlindungan hukum secara lebih kuat, *Disclosure of origin* di *upload* ke internet sehingga menyebar luas ke seluruh dunia dan membiayai penelitian yang berkaitan dengan TK, dan mempublikasikan hasil penelitian yang telah dibiayai pemda khususnya yang berkaitan dengan TK.

Penelitian di Aceh

Menurut Badruzzaman Ketua Majelis Adat Aceh (MAA)²⁸, MAA bertugas melakukan pengawasan pada tataran nilai adat berkaitan dengan Islam, jika ada

²⁵ Wawancara dengan Anna Ritha, Hasanuddin dan Zuramamnun di Dinas Pendidikan Provinsi Sumatera Utara pada tanggal 27 Juni 2012

²⁶ Wawancara dengan warga Medan Mandailing Mukhlis Lubis, Suratno, dan Samangat Ginting, tanggal 28 Juni 2012 bertempat di Kantor Forum komunikasi antar lembaga adat/Forkala

²⁷ Wawancara dengan Albert di Dinas Pendidikan dan Kebudayaan Provinsi Papua, 27 Agustus 2012

²⁸ Wawancara 16 Mei 2013 di Kantor MAA Aceh

adat tradisi yang tidak sesuai dengan ajaran islam, maka MAA pun bertindak. Selama ini perlindungan *traditional knowledge* dan *folklor* selalu disosialisasikan dengan baik, kendalanya adalah kurangnya sponsor untuk memperjuangkan dan melakukan pendataannya. Masyarakat adat tentu sangat berharap untuk mendapatkan perlindungan dan dukungan dari pemerintah dan pengusaha dalam publikasi/dokumentasi dan perolehan hak. Promosi harus diutamakan selain perlindungan itu sendiri. Ketua MAA mewakili masyarakat adat Aceh, menyatakan bahwa saat ini tari saman telah menjadi warisan dunia, sedang diusulkan untuk pengakuan UNESCO, jadi unggulan yang saat ini segera ditonjolkan untuk mendapatkan perlindungan adalah tari Sedati (Seudati). Tari sedati sangat heorik dan mengangkat variabel tani.

Selama ini MAA bekerjasama dengan Pemda, UNDP "Restoration Justice Program" sudah tahun ke-4 dan Polisi Masyarakat. Peran tetua adat dalam hal ini adalah memotivasi penerapan nilai adat melalui upacara adat dan peran kepala gampong, sekaligus mewadahi aspirasi masyarakat. Masyarakat dalam bersilaturrahmi menganggap pihak lain sebagai mitra yang harus saling menghormati, seperti bumi dipijak di sana langit dijunjung. Hubungan adat dengan agama seperti dzat dengan sifat, nilai agamanya diberikan, diimplementasikan dengan adat. Bumi sebagai sumber kehidupan, seharusnya digali SDAnya, potensinya dan jangan sampai kehilangan *identitynya* sebagai *nation*, harus bangkit bangsa ini, keunggulan bangsa harus dipromosikan, dieksplor dan dilindungi. Lebih spesifik lagi keunikan adat daerah harus diangkat, lihatlah Jepang maju karena mengangkat adat tradisi budaya bangsanya. Jangan hanya banyak wacana, tapi tidak bisa mengolah sumber dayanya.

Menurut Agus Budi Wibowo, peneliti yang telah bermukim di Aceh selama 9 tahun, Aceh memiliki Balai Pelestarian Nilai Budaya yang bekerja sama dengan Dewan Kesenian Aceh, Taman Budaya, Dispar dan Pemda, saat ini tengah mengumpulkan data tentang *traditional knowledge* dan *folklore* kepada Kementerian Hukum dan HAM. Unggulan yang diusulkan masyarakat Aceh untuk dilindungi secara hukum dan dipublikasi secara internasional: Tari Saman, Tari Seudati, Rencong dan Kopiah Riman.

Penelitian di Jepara

Jepara ingin sekali mempublikasikan unggulan jatinya pada forum UNESCO, agar motif/desain jati ukiran Jepara tidak diakui sebagai milik orang lain/luar

negeri. Jepara terkenal dengan ukiran jatinya, yang telah menjadi indikasi geografis Jepara adalah lebih dari 90 motif ukiran jati, saat ini sedang dalam proses revisi pengajuan IG ke Ditjen HKI²⁹ Selain itu Jepara juga terkenal akan tenunnya dan kerajinan relief yang sebenarnya juga berdasar pada keterampilan ukir jati. Saat ini Disperindag sedang mempersiapkan pengajuan kacang oven sebagai indikasi geografis Jepara selain ukiran jati, namun demikian ketika ditanyakan kepada peneliti, menurut peneliti, kacang oven tidak mungkin dapat dijadikan IG Jepara karena sebenarnya sama dengan kacang oven lainnya yang diproduksi di Bali dan Jawa lainnya.

Menurut sejarahnya jati ukir di dapatkan dari sebuah tradisi pewarisan keahlian mengukir dari nenek moyang masyarakat Jepara di mulai dari zaman pemerintahan Ratu Shima pada abad ke-7 dan Ratu Kalinyamat pada abad ke-16, kemudian berkembang pesat pada era RA Kartini, dan mengalami berbagai pembauran gaya seni yang dinamis sampai sekarang. Oleh karena sejarah panjang itu, Mebel Ukir Jepara memiliki reputasi yang baik dalam, dan di kenal sebagai produk asli mebel Jepara yang diakui di Indonesia.

Penelitian di Toraja

Berdasarkan penelitian³⁰ Tana Toraja berasal dari kata: *tana* artinya negeri dan *toraja* artinya to: orang dan riaja : utara. Nama ini sejalan dengan pendapat antropolog Cruyit bahwa suku Toraja berasal dari utara yaitu dari Indocina atau sekitar Teluk Tongkin. Mereka adalah merupakan imigran yang meninggalkan negerinya melalui asia Tenggara dalam bentuk bergelombang yakni gelombang pertama disebut *protomelayu* (melayu tua) dan gelombang kedua disebut *deutromelayu* (melayu muda). Protomelayu pada mulanya menempati wilayah pesisir daratan Sulawesi tetapi karena terdesak oleh pendatang baru yaitu deutromelayu yang tingkat peradabannya lebih tinggi sehingga mereka pindah dari daerah pesisir menyusuri Sungai Sa'dan dan akhirnya mendarat di salah satu tempat bernama *Endekan* (Endrekang) yang berarti naik ke darat. Mereka datang dengan membawa budayanya berupa aturan-aturan hidup dan keyakinan, demikian juga dalam membangun pemukiman mereka terinspirasi oleh bentuk perahu yang merupakan alat

²⁹ Wawancara dengan Mulyaji Dinas Pariwisata dan Iskandar Dinas Perindustrian Kabupaten Jepara 15 Agustus 2013

³⁰ Wawancara dengan narasumber Bernard dari Dinas Pariwisata dan Lexy Disperindag serta Datu'De'na tetua adat 16, 17 September 2013

transportasi mereka mengarungi lautan, lalu terbentuklah rumah Toraja yang mirip dengan perahu. Dan untuk menghormati asal mereka yaitu dari dataran Indocina, mereka membangun rumah yang senantiasa menghadap ke utara. Dalam perkembangan selanjutnya, suku Toraja dalam kehidupannya mengenal 2 jenis upacara yaitu: 1. Upacara Rambu Tuka' (upacara syukuran); 2. Upacara Rambu Solo' (upacara kedukaan)

Kedua upacara tersebut diatas, direncanakan dan dilakukan melalui wadah *tongkonan* itu sendiri merupakan wadah yang berfungsi sebagai *to urengnge' tondok* (pemerintah) dan keagamaan *Toraja the Highland Paradise* (Toraja adalah surga pegunungan), demikian julukan yang diberikan oleh wisatawan yang mengagumi Toraja sebagai daerah Tujuan Wisata. Pesona budaya, panorama alam yang indah, iklim yang sejuk membuktikan bahwa Toraja patut menjadi idaman bagi siapa pun yang ingin menikmati kekayaan alam Toraja.

Masyarakat Toraja ingin sekali menjadikan tongkonan untuk diakui secara nasional dan internasional sebagai *traditional knowledge* Toraja. Tongkonan: *tangible* dan *intangible*, dan filosofinya bagi masyarakat Toraja bukanlah sekedar rumah atau lumbung atau bahkan tempat menyimpan mayat sebelum diupacarakan, akan tetapi adat tradisi yang menyeluruh yang berlaku, ditaati, terkandung hubungan rohani dengan nenek moyang, dan dijaga kelestariannya hingga kini. Kawasan perkampungan Tumbang Datu - Bebo' yang sarat dengan sejarah karena Pabane' salah seorang anak Tandilino' dari Banua Puan (tongkonan pertama di Tana Toraja) merupakan pendiri kampung ini. Tumbang Datu dan Bebo' Selain itu juga terdapat perkampungan masyarakat dengan rumah-rumah adat (*tongkonan*) serta kuburan batu di lereng bukit Buntu Burake bahkan terdapat juga goa purba yang menurut masyarakat merupakan tempat menyimpan mayat.

Penutup

Berdasarkan pembahasan di atas, dapat disimpulkan sebagai berikut. Pertama, peran ketepatan data *disclosure of origin* sangatlah penting dalam upaya perlindungan hukum terhadap *traditional knowledge*, dilakukan melalui penerapan model tahun 1 dan dalam upaya penyusunan ketepatan *disclosure of origin*, masyarakat asli ingin dijadikan subyek yang berperan aktif, sekaligus dalam rangka *promote and protect*. Masyarakat menyadari kepentingan hukum dan kepentingan ekonomi atas

eksploitasi *traditional knowledge* sehingga perlu dilindungi. Perlindungan hukum terhadap *traditional knowledge* dapat dilakukan dengan mewadahi *traditonal knowledge* dalam bentuk hak kekayaan intelektual baik sebagai indikasi geografis maupun pengakuan internasional terhadap kepemilikan komunal masyarakat asli atas *traditional knowledge* tersebut, mengingat negara maju memandangnya sebagai *common heritage of mankind*. Kedua, substansi penyusunan *disclosure of origin* terhadap *traditional knowledge* yang menjadi ‘unggulan’ masyarakat asli dapat digali dan dikerjakan bersama antara masyarakat asli dengan para pemangku kepentingan yakni pemerintah (Pemda) dengan instansi terkait. Masyarakat NTB menginginkan tenun NTB sebagai TK yang diunggulkan, Jepara menginginkan ukiran jati, Toraja tongkonan dan daerah lain dengan kekhasan tersendiri.

Daftar Pustaka

- Ditjen HKI, *Pengetahuan Tradisional*, Naskah Akademik, BPHN&Ditjen HKI, Jakarta, 2006.
- Djumhana, Muhammad dan Djubaedillah, *Hak Milik Intelektual (Sejarah, Teori dan Prakteknya di Indonesia)*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- Evita, Liza dan Endang Purwaningsih, “Pengaruh Penyuluhan HKI termasuk Bio Piracy terhadap Kesadaran Hukum, Budaya Hukum dan Motivasi Produsen Jamu dan Obat Tradisional untuk memperoleh Perlindungan Hukum”, *Jurnal Hukum YARSI*, vol. 4 no. 1 Mei 2007
- Miru, Ahmadi, *Hukum Merek*, RajaGrafindo, Jakarta, 2005.
- Morrison, Alan B. *Fundamentals of American Law*, New York School of Law Foundation, New York, 1998
- Pengetahuan Tradisional (*Traditional Knowlegde*) (CD dan buku) Kementerian Riset dan Teknologi RI, 2005.
- Purwaningsih, Endang dan Derta Rahmanto, “The Empowerment Model of Indigenous People against Indonesian Traditional Knowledge”, *Jurnal IJAR*, Baku, Azerbaijan, 2013.
- Purwaningsih, Endang, *HKI, Pengetahuan Tradisional dan Folklor*, Jenggala Pustaka Utama, Kediri, 2013.
- _____, “Implikasi Hukum Paten dalam Perlindungan *Traditional Knowledge*”, *Jurnal Hukum YARSI* Vol. 2. No.1 November 2005.
- Rato, Dominikus, *Pengantar Hukum Adat*, LaksBang Pressindo, Yogyakarta, 2009.
- Riswandi, Budi Agus dan M.Syamsudin, *HKI dan Budaya Hukum*, PT Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2004.

Rizqi, Azmi M, *Implementasi TRIPs terhadap Perlindungan Hukum Indikasi Geografis dan Dampaknya bagi Indonesia, dalam Demokrasi, Penegakan Hukum dan Perlindungan HKI*, UIR Press, Pekanbaru, 2012.

Saptomo, Ade, *Budaya Hukum dan Kearifan Lokal*, FH Universitas Pancasila Press, Jakarta, 2004.

Siagian, Rizaldi, "Jenis-Jenis Pemanfaatan atas Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Folklor yang Perlu dilindungi dan Implikasi Pemanfaatannya", Simposium Menuju UU Sui Generis Perlindungan terhadap Pemanfaatan Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Folklor", Jakarta, 13 November 2006

Soenyono, "Pemberdayaan Masyarakat Miskin dalam Peningkatan Kesadaran Hukum dan Penanggulangan Kemiskinan", *Adil Jurnal Hukum*, vol. 2 no. 1 April 2011

Soekanto, Soerjono, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo, Jakarta, 2011.

Subekti, R, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 2008

Yuhassarie, Emmy dkk, *Hak Kekayaan Intelektual dan Perkembangannya*, Pusat Kajian Hukum, Jakarta, 2005.

Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2002 tentang Sistem Nasional Penelitian, Pengembangan, dan Penerapan Ilmu Pengetahuan dan Teknologi (Sisnas P3 Ipteks)

Undang-Undang Nomor 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta

Undang-Undang Nomor 14 tahun 2001 tentang Paten

Undang-Undang Nomor 15 tahun 2001 tentang Merek

Upaya Memulihkan Kewibawaan Mahkamah Konstitusi Pasca Tertangkapnya Akil Mochtar

Tundjung Herning Sitabuana
Fakultas Hukum Universitas Semarang
Jl. Arteri Soekarno-Hatta Semarang
Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara
Jl. Letjen S. Parman No. 1 Jakarta Barat
tundjunghidayat@yahoo.com

Abstract

This research was to study and find an attempt to recover the authority of Constitutional Court after the apprehension of Akil Mochtar. The method used in this research was normatif legal research which was descriptive qualitative with statute approach. The secondary data were primary and secondary legal materials which were collected by literature study and analyzed normatively and qualitatively. The research result showed that the recovery of the authority of Constitutional Court must be conducted in a correct way, namely by using 1945 Constitution of Republic Indonesia as the guideline in order to ensure the implementation of the norms contained in 1945 Constitution as the standard. This was in accordance with the principle of constitution supremacy applied in Indonesia.

Key words : Constitutional Court. principle of constitution supremacy

Abstrak

Penelitian Penelitian yang bertujuan mengkaji dan menemukan upaya untuk memulihkan kewibawaan Mahkamah Konstitusi pasca tertangkapnya Akil Mochtar. Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif yang bersifat deskriptif kualitatif dengan pendekatan perundang-undangan. Data sekunder yang berupa bahan hukum primer dan sekunder dikumpulkan melalui studi pustaka, dan dianalisis secara normatif kualitatif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa pemulihan kewibawaan Mahkamah Konstitusi harus dilakukan dengan cara yang tepat, yaitu dengan menggunakan UUD NRI Tahun 1945 sebagai panduannya, sehingga tolok ukur yang dipakai adalah norma-norma yang ada di dalam UUD NRI Tahun 1945. Hal ini sesuai dengan prinsip supremasi konstitusi yang dianut di Indonesia.

Kata kunci: Mahkamah Konstitusi, Prinsip Supremasi Konstitusi.

Pendahuluan

Operasi Tangkap Tangan (OTT) yang dilakukan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) pada Rabu, 2 Oktober 2013 malam terhadap Akil Mochtar yang pada saat itu menjabat Ketua Mahkamah Konstitusi (MK)¹ karena dugaan menerima suap dalam penyelesaian perkara sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah (sengketa pemilukada) Kabupaten Gunung Mas (Provinsi Kalimantan Tengah) dan Kabupaten Lebak (Provinsi Banten) terasa bagaikan tsunami yang mengguncang negara dan semakin membuat buram wajah penegakan hukum di Indonesia. Rakyat terkejut, dan marah mengingat Akil Mochtar adalah Ketua MK (yang merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang diberi peran sebagai penjamin tegaknya konstitusi), apalagi OTT tersebut berlangsung di Rumah Jabatan Ketua MK. Kemarahan rakyat memuncak ketika dalam penggeledahan yang dilakukan di ruang kerja Akil Mochtar ditemukan narkotika (yang menyeret Akil Mochtar sebagai tersangka kasus narkotika).²

Meskipun Tindak Pidana Korupsi (Tipikor) menerima suap dan Tindak Pidana Pencucian Uang (TPPU) yang disangkakan kepada Akil Mochtar³ adalah perbuatan personal yang merupakan tanggungjawab pribadi dan bukan merupakan persoalan MK sebagai lembaga, namun pasca OTT dan penetapan Akil Mochtar sebagai tersangka tersebut netralitas dan independensi lembaga MK diragukan, serta integritas delapan Hakim Konstitusi dipertanyakan. Selain itu, sejak saat itu putusan MK mengenai apapun selalu menuai kritikan.

¹ Akil Mochtar diangkat menjadi Hakim Konstitusi melalui seleksi di Komisi III DPR. Masa jabatan pertama habis pada tanggal 16 Agustus 2013. Hasil Rapat Komisi III DPR tanggal 21 Maret 2013 yang menyepakati perpanjangan masa tugas Akil Mochtar sebagai Hakim Konstitusi (untuk masa jabatan kedua 2013-2018) ini disetujui dalam Rapat Paripurna DPR tanggal 2 April 2013. Pada tanggal 3 April 2013, Akil Mochtar terpilih sebagai Ketua MK masa jabatan 2013-2015. Selanjutnya pada tanggal 13 Agustus 2013 (bersama-sama dengan Maria Farida Indrati dan Patrialis Akbar) mengucapkan sumpah di hadapan Presiden RI. Lihat “Sopir Akil Penagih Suap: Perpanjangan Jabatan Oleh DPR Mencurigakan”, *Suara Merdeka*, Senin, 14 Oktober 2013, hlm. 1 dan 7; dan “Dikecam, Presiden Tetap Lantik Patrialis”, *Koran Sindo*, Rabu, 14 Agustus 2013, hlm. 1. Bersamaan dengan habisnya masa jabatan (pertama) sebagai Hakim Konstitusi pada tanggal 16 Agustus 2013 maka habis juga masa jabatan AM sebagai Ketua MK untuk masa jabatan 2013-2015 oleh karena itu, pada tanggal 19 Agustus 2013 dilakukan pemilihan Ketua MK, dan AM terpilih kembali sebagai Ketua MK untuk masa jabatan 2013-2015. Lihat “Akil Mochtar Lanjut Pimpin MK”, *Republika*, Selasa, 20 Agustus 2013, hlm. 3.

² “KPK Tangkap Tangan Ketua Mahkamah Konstitusi”, *Koran Tempo*, Kamis, 3 Oktober 2013, hlm. 1; “Rakyat Marah”, *Media Indonesia*, Jum’at, 4 Oktober 2013, hlm. 1; “BNN Tes Urine Akil Mochtar”, *Koran Tempo*, Senin, 7 Oktober 2013, hlm. 15;

³ Pada Kamis, 4 Oktober 2013 Pukul 17.00, KPK menetapkan AM sebagai tersangka Tipikor, dan pada Kamis, 24 Oktober 2013 ditetapkan sebagai tersangka TPPU. AM menjalani sidang perdana selaku tersangka Tipikor dan TPPU pada Kamis, 6 Maret 2014. Lihat “Suap MK Mengguncang Negara”, *Kompas*, Jum’at, 4 Oktober 2013, hlm. 1 dan 15; dan “KPK Resmi Pakai Pasal Pencucian Uang: Akil Terancam 20 Tahun Bui”, *Rakyat Merdeka*, Sabtu, 26 Oktober 2013, hlm. 1 dan 9.

Sementara itu, ditengah-tengah dilakukannya berbagai upaya yang dilakukan oleh MK sendiri untuk memulihkan kewibawaan MK seperti tetap menjalankan tugas konstitusional berupa ditanganinya semua perkara seperti biasa melalui persidangan yang tetap diselenggarakan yang menunjukkan bahwa kinerja MK tidak terpengaruh oleh kasus Akil Mochtar, tidak adanya Ketua, dan jumlah Hakim Konstitusi yang hanya delapan orang; pada Kamis, 14 November 2013 terjadi aksi anarkis berupa perusakan Ruang Sidang MK pada saat dibacakan putusan perkara sengketa Pemilukada Maluku.⁴

Mengingat MK adalah lembaga yang berwenang menangani perkara sengketa pemilihan umum (pemilu) legislatif (Pileg) yang dilaksanakan pada 9 April 2014, dan Pemilu Presiden dan Wakil Presiden (Pilpres) yang dilaksanakan pada 9 Juli 2014, sementara di kalangan rakyat masih ada keraguan bahwa dalam menangani perkara sengketa Pileg 2014 dan Pilpres 2014 MK akan melakukan hal serupa (penanganan perkara secara tidak profesional), seperti ketika menangani perkara sengketa pemilukada sebagaimana pernah dilakukan oleh AM. Apalagi diprediksikan permohonan penyelesaian sengketa Pileg 2014 yang harus diselesaikan oleh MK dalam waktu 30 hari jumlahnya sangat banyak, maka pemulihan kewibawaan MK harus segera dilakukan dengan solusi yang tepat. Asumsinya seiring dengan pulihnya kewibawaan MK pulih juga kepercayaan rakyat terhadap MK.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas, maka masalah yang akan diteliti dari penelitian ini adalah bagaimanakah upaya untuk memulihkan kewibawaan MK pasca tertangkapnya Akil Mochtar?

Tujuan Penelitian

Tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengkaji dan menemukan upaya untuk memulihkan kewibawaan MK pasca tertangkapnya Akil Mochtar.

⁴ "Kepercayaan Pada MK Agar Dipulihkan: Aksi Perusakan Ruang Sidang", *Suara Merdeka*, Jum'at, 15 November 2013, hlm. 2; dan "Wibawa MK Hancur Lebur", *Kompas*, Jum'at, 15 November 2013, hlm. 1.

Metode Penelitian

Penelitian ini adalah penelitian hukum doktrinal yang mengkaji hukum yang dikonsepkan sebagai kaidah perundang-undangan menurut doktrin positivisme,⁵ atau penelitian hukum normatif, yang meletakkan hukum sebagai sebuah bangunan sistem norma, dan berhenti pada lingkup konsepsi hukum, asas hukum, dan kaidah peraturan atau substansi hukum,⁶ karena merupakan penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertikal dan taraf sinkronisasi horisontal⁷ berbagai peraturan perundang-undangan terkait dengan MK. Dengan demikian penelitian ini mempergunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*).⁸

Penelitian ini bersifat deskriptif analitis karena mendeskripsikan dan memberikan data seteliti mungkin⁹ mengenai MK, dan berbagai peraturan perundang-undangan terkait kemudian menganalisis data tersebut dalam rangka mengkaji dan menemukan upaya untuk memulihkan kewibawaan MK pasca tertangkapnya Akil Mochtar. Jenis data yang dikumpulkan dalam penelitian hukum normatif ini adalah data sekunder yang terdiri dari:¹⁰ a. bahan hukum primer: 1) UUD NI 1945, dan UUD NRI Tahun 1945; 2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UUKK); 3) UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan UU No. 5 Tahun 2004 dan UU No. 3 Tahun 2009 (UUMA); 4) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011 (UUMK); 5) UU No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial sebagaimana telah diubah dengan UU No. 18 Tahun 2011 (UUKY); 6) UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah sebagaimana telah diubah dengan UU No. 12 Tahun 2008 (UU Pemda); 7) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UUP3); 8) Perppu No. 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Perppu No. 1 Tahun 2013); 9) UU No. 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Perppu No. 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang

⁵ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, HUMA, Jakarta, 2002, hlm. 147-160.

⁶ Mukti Fajar ND dan Yulianto Ahmad, *Dualisme Penelitian Hukum*, Cetakan 1, PT Raja Grafindo Persada, Yogyakarta, 2010, hlm. 28.

⁷ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan 3, UI PRESS, Jakarta, 1986, hlm. 50-51.

⁸ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, CV Rajawali, Jakarta, 1985, hlm. 15.

⁹ Soerjono Soekanto, *Op. Cit.*, hlm. 9-10.

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 52.

Mahkamah Konstitusi Menjadi Undang-Undang (UU No. 4 Tahun 2014); 10) Peraturan MK No. 09/PMK/2006 tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik Dan Perilaku Hakim Konstitusi; 11) Peraturan MK No. 2 Tahun 2014 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi; 12) Keputusan Ketua MK No. 3 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Keputusan Ketua MK No. 15 Tahun 2013 Tentang Dewan Etik Hakim Konstitusi Periode 2013-2016; 13) Keputusan Ketua MK No. 4 Tahun 2014 tentang Susunan Dewan Etik Hakim Konstitusi Periode 2013-2016; 14) Putusan MK No. 005/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial dan UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman terhadap UUD 1945; 15) Putusan MK No. 94/PUU-XI/2013 Perihal Pengujian Perppu No. 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua UU No. 23 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi Terhadap UUD NRI Tahun 1945; 16) Putusan MK No. 97/PUU-XI/2013 Perihal Pengujian UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dan UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman terhadap UUD NRI Tahun 1945; dan 17) Putusan MK No. 1-2/PUU-XII/2014 Perihal Pengujian UU No. 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Perppu No. 1 Tahun 2013 terhadap UUD NRI Tahun 1945.

Bahan hukum sekunder yang terdiri dari berbagai buku tentang Hukum Tata Negara, Lembaga Negara, Kekuasaan Kehakiman, serta berbagai makalah, artikel dan berita berkaitan dengan MK yang berasal dari jurnal ilmiah, surat kabar dan majalah.

Metode pengumpulan data dilakukan dengan studi dokumen atau bahan pustaka (*library research*), yaitu pengumpulan data yang dilakukan melalui data tertulis dengan menggunakan *content analysis*, yaitu teknik untuk membuat kesimpulan dengan mengidentifikasi karakteristik tertentu dari sebuah pesan secara objektif dan sistematis.¹¹ Metode analisis data dikumpulkan dan dianalisis dengan metode normatif kualitatif kemudian disajikan dalam bentuk uraian.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Reformasi, Perubahan UUD NRI 1945, dan Pembentukan Mahkamah Konstitusi

Pasca pengunduran diri Soeharto dari jabatan Presiden pada 21 Mei 1998 yang diikuti oleh tumbangnya rezim Orde Baru, muncul tuntutan dilakukannya

perubahan UUD NRI 1945, karena UUD NRI 1945 dipandang mengandung sejumlah kelemahan yang melahirkan pemerintahan yang tidak demokratis. Perubahan UUD NRI 1945 menyebabkan terjadinya sejumlah perubahan mendasar dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, di antaranya adalah dianutnya prinsip supremasi konstitusi menggantikan prinsip supremasi parlemen. Sebagai konsekuensinya adalah semua tindakan para penyelenggara negara dan warga negara harus berdasar dan tidak boleh bertentangan dengan konstitusi, termasuk dalam pembuatan peraturan perundang-undangan, dan semua lembaga negara mempunyai kedudukan yang sama. Untuk menjaga konsistensi peraturan perundang-undangan dengan UUD NRI Tahun 1945, dan menyelesaikan sengketa yang mungkin timbul di antara lembaga-lembaga negara yang kedudukannya sama tersebut diperlukan sebuah lembaga negara baru yang diberi wewenang untuk itu, yaitu MK.¹²

Ide pembentukan MK mendapat tempat dengan dimasukkannya ketentuan Pasal 24 ayat (2) dan Pasal 24C pada Perubahan Ketiga UUD NRI 1945 (yang dilaksanakan pada Sidang Tahunan MPR Tahun 2000 tanggal 9 November 2000), dan menurut Pasal III ATURAN PERALIHAN UUD NRI Tahun 1945, MK dibentuk selambat-lambatnya pada 17 Agustus 2003.

Untuk melaksanakan ketentuan-ketentuan tersebut pada 13 Agustus 2003 disahkan UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (yang kemudian diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi). Tanggal 13 Agustus 2003 ini kemudian dicatat sebagai Hari Lahir MK. Sembilan Hakim Konstitusi yang ditetapkan dengan Keppres No. 147/M Tahun 2003 tertanggal 15 Agustus 2003, pada 16 Agustus 2003 mengucapkan Sumpah Jabatan di Istana Negara disaksikan oleh Presiden Megawati Soekarnopoetri.¹³

Menurut Pasal III ATURAN PERALIHAN UUD NRI Tahun 1945, sebelum MK dibentuk segala kewenangannya dilakukan oleh MA, yang kemudian menerbitkan

¹¹ *Ibid.*, hlm. 21-22.

¹² Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan Dalam Memasyarakatkan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2003, hlm. xi, 5-14; dan Jimly Asshiddiqie, *Menju Negara Hukum Yang Demokratis*, Cetakan Pertama, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, hlm. 454.

¹³ Jimly Asshiddiqie, *Ibid.*, hlm. 457. Untuk mendukung pelaksanaan tugas MK maka dengan Keppres No. 51 Tahun 2004 tentang Kesekretariatan Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, dibentuk Sekretariat Jenderal (yang bertugas menyelenggarakan dukungan teknis administratif kepada seluruh unsur di lingkungan MK), dan Kepaniteraan MK (yang bertugas menyelenggarakan dukungan teknis administrasi justisial kepada MK). Pengaturan tentang susunan organisasi, fungsi, tugas, dan wewenangnya terdapat dalam Perpres No. 49 Tahun 2012 tentang Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal MK sebagaimana telah diubah dengan Perpres No. 73 Tahun 2013.

Peraturan MA No. 2 Tahun 2002 tentang Tata Cara Menyelenggarakan Wewenang Mahkamah Konstitusi Oleh Mahkamah Agung.¹⁴

Sesuai dengan ketentuan Pasal 24C ayat (1) dan (2) UUD NRI Tahun 1945, Pasal 29 UUKK, serta Pasal 10 ayat (1) dan (2) UUMK, sebagai lembaga negara yang merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: a. menguji undang-undang terhadap UUD NRI Tahun 1945; b. memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD NRI Tahun 1945; c. memutus pembubaran partai politik; d. memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Selain itu, MK wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga melakukan pelanggaran hukum (berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya) atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD NRI Tahun 1945.

Berdasarkan kewenangan konstitusional dan kewajiban konstitusional tersebut selain berfungsi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*), MK sekaligus berfungsi sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*), pengawal demokrasi (*the guardian of the democracy*), pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of the citizen's constitutional rights*), dan pelindung HAM (*the protector of human rights*).

Selanjutnya melalui ketentuan Pasal 236C UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, MK diberi kewenangan untuk memutus sengketa pemilukada, yang sebelumnya (sesuai dengan ketentuan Pasal 106 UU No. 32 Tahun 2004) berada di tangan MA. Dengan Surat Wakil Ketua MA Bidang Non-Yudisial No. 34/WKMA-NY/X/2008 Tanggal 9 Oktober 2008, MA menyerahkan kewenangan pemeriksaan perkara sengketa pemilukada kepada MK terhitung mulai tanggal 1 November 2008.¹⁵ Sesuai dengan ketentuan Pasal 29 ayat (1) huruf e UUKK, kepada MK dimungkinkan untuk menangani perkara yang kewenangannya diberikan oleh undang-undang.

¹⁴ Sebelumnya, wewenang menguji undang-undang terhadap UUD 1945 berada di tangan MPR (Pasal 5 ayat (1) Ketetapan MPR RI No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan), sedangkan MA mempunyai kewenangan menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang (yang sebelumnya diatur dalam Pasal 5 ayat (2) Ketetapan MPR RI No. III/MPR/2000, dan kemudian ditegaskan dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI Tahun 1945, Pasal 20 ayat (2) huruf b UUKK, dan Pasal 31 UUMA).

¹⁵ Lihat: Zainal Arifin Hoesein, "Kekuasaan Kehakiman Pasca Perubahan UUD 1945" dalam Zainal Arifin Hoesein (*Editor*: Rahman Yasin), *Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Penerbit Imperium, Jakarta, 2013, hlm. 196.

Sembilan Hakim Konstitusi yang merupakan pejabat negara, serta mempunyai masa jabatan lima tahun dan sesudahnya dapat dipilih kembali untuk satu kali masa jabatan tersebut (Pasal 5 dan Pasal 22 UUMK), menurut Pasal 24C ayat (3) UUD NRI Tahun 1945, Pasal 34 ayat (1) UUKK, dan Pasal 18 UUMK diajukan masing-masing tiga orang oleh MA, tiga orang oleh DPR dan tiga orang oleh Presiden dengan memenuhi persyaratan yang diatur dalam Pasal 24C ayat (5) UUD NRI Tahun 1945, Pasal 33 UUKK, dan Pasal 15 ayat (1) dan (2) UUMK. Selain itu meskipun tata cara seleksi, pemilihan, dan pengajuan Hakim Konstitusi diatur oleh masing-masing lembaga tersebut di atas yaitu MA, DPR, dan Presiden sebagaimana ditentukan dalam Pasal 35 UUKK, dan Pasal 20 ayat (1) UUMK, namun pencalonannya harus dilaksanakan secara transparan dan partisipatif, serta pemilihannya harus dilaksanakan secara objektif dan akuntabel sebagaimana diatur dalam Pasal 34 ayat (2) dan (3) UUKK, serta Pasal 19 dan Pasal 20 ayat (2) UUMK.

Untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan “Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi” (Kode Etik Hakim Konstitusi) terkait dengan laporan dan informasi mengenai dugaan pelanggaran yang dilakukan oleh seorang Hakim Konstitusi dibentuk Dewan Etik Hakim Konstitusi (Dewan Etik), dan untuk memantau, memeriksa dan merekomendasikan tindakan terhadap Hakim Konstitusi yang diduga melanggar Kode Etik Hakim Konstitusi dibentuk Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (MKMK) yang bersifat *ad-hoc* (Pasal 1 angka 4 dan Pasal 27A UUMK jo. Peraturan MK No. 2 Tahun 2014).

Upaya yang Telah Dilakukan Untuk Memulihkan Kewibawaan Mahkamah Konstitusi Pasca Tertangkapnya Akil Mochtar

Sesuai dengan ketentuan Pasal 27A ayat (2) UUMK, pada Kamis, 3 Oktober 2013 dibentuk Majelis Kehormatan, dan setelah melakukan pemeriksaan pada sejumlah pihak pada Jum’at, 1 November 2013 melalui Surat Keputusan No. 01/MKMK/X/2013 menjatuhkan sanksi “pemberhentian tidak dengan hormat Akil Mochtar sebagai Hakim Konstitusi.¹⁶

Atas permintaan Wakil Ketua MK (ketika itu masih dijabat Hamdan Zoelva) dalam rangka menjalankan ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUMK, pada Sabtu, 5 Oktober

¹⁶ Majelis Kehormatan MK ini terdiri dari Harjono (Hakim Konstitusi), Abbas Said (Wakil Ketua KY), Bagir Manan (mantan Ketua MA), Hikmahanto Juwana (akademisi), dan Moh. Mahfud MD (mantan Ketua MK). Lihat “Akil Terjerat Dua Kasus Suap: MK Bentuk Majelis Kehormatan Untuk Akil”, *Java Pos*, Jum’at, 4 Oktober 2013, hlm. 1 dan 11.

2013, Presiden memberhentikan sementara Akil Mochtar dari jabatan sebagai Hakim Konstitusi, dan sekaligus menetapkan “Lima Langkah Penyelamatan MK” yang terdiri dari: 1) Peradilan MK diharapkan berjalan dengan sangat hati-hati dan tidak ada penyimpangan baru; 2) Penegakan hukum yang dilaksanakan KPK dapat dilaksanakan lebih cepat dan konklusif; 3) Presiden menyiapkan Perppu, yang antara lain akan mengatur perbaikan sistem pengawasan, penambahan persyaratan, dan mekanisme seleksi Hakim Konstitusi; 4) Perppu akan mengatur proses peradilan di MK; dan 5) MK diharapkan akan melakukan audit internal.¹⁷

Pada Kamis, 17 Oktober 2013, Presiden menerbitkan Perppu No. 1 Tahun 2013, yang pada Pasal 15 ayat (2) huruf i mengatur penambahan persyaratan untuk menjadi Hakim Konstitusi yaitu “tidak menjadi anggota partai politik dalam jangka waktu paling singkat 7 (tujuh) tahun sebelum diajukan sebagai calon Hakim Konstitusi”. Kemudian, Pasal 18A ayat (1) mengatur sistem rekrutmen Hakim Konstitusi yang menentukan bahwa sebelum ditetapkan oleh Presiden, Hakim Konstitusi harus melalui uji kelayakan dan kepatutan yang dilaksanakan oleh Panel Ahli yang dibentuk oleh KY, serta Pasal 27A ayat (4) yang mengatur adanya pengawasan terhadap Hakim Konstitusi yang bersifat permanen berupa Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi yang dibentuk MK bersama-sama dengan KY.¹⁸

Namun, sejumlah pihak mengajukan permohonan uji materiil atas Perppu No. 1 Tahun 2013 tersebut ke MK. Mengingat Sidang Paripurna DPR pada tanggal 23 November 2013 menyetujui Perppu No. 1 Tahun 2013 menjadi Undang-Undang, yang kemudian disahkan menjadi UU No. 4 Tahun 2014.¹⁹

Di sisi yang lain, MK mengeluarkan Putusan No. 94/PUU-XI/2013 Perihal Pengujian Perppu No. 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, yang menolak permohonan Para Pemohon karena objeknya sudah tidak ada lagi.²⁰

Pasca disahkannya UU No. 4 Tahun 2014, sejumlah advokat dan Dosen Fakultas Hukum Universitas Jember mengajukan permohonan uji materiil atas UU No. 4 Tahun 2014 ke MK.²¹ Dengan Putusan MK No. 1-2/PUU-XII/2014 Tertanggal 13

¹⁷ “Presiden: Ketua MK Berhenti Sementara”, *Kompas*, Minggu, 6 Oktober 2013, hlm. 1.

¹⁸ “Perpu MK Terbit: Pengawasan Bersifat Permanen”, *Jurnal Nasional*: Jum’at, 18 Oktober 2013, hlm. 2.

¹⁹ “DPR Loloskan Perppu MK”, *Republika*: Jum’at, 20 Desember 2013, hlm. 3.

²⁰ “Pemerintah Terkejut: MK Secara Bulat Batalkan UU No. 4/2014 Tentang Penetapan Perppu MK”, *Kompas*: Jum’at, 14 Februari 2014, hlm. 1 dan 15.

²¹ “Pelibatan KY Dalam Seleksi Hakim MK Digugat”, *Media Indonesia*: Sabtu, 1 Februari 2014, hlm. 6.

Februari 2014 Perihal Pengujian UU No. 4 Tahun 2014 Tentang Penetapan Perppu No. 1 Tahun 2013 Menjadi Undang-Undang, MK menyatakan bahwa UU No. 4 Tahun 2014 bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945, dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.²²

Untuk mengisi kekosongan jabatan Ketua MK pasca OTT Akil Mochtar, dilakukan pemilihan Ketua MK dalam Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH) yang diselenggarakan pada Selasa, 1 Oktober 2013, dan Hamdan Zoelva terpilih sebagai Ketua MK yang baru. Mengingat sebelumnya Hamdan Zoelva menjabat sebagai Wakil Ketua MK, maka dalam RPH pada hari itu juga dilakukan pemilihan Wakil Ketua MK, dan yang terpilih adalah Arief Hidayat. Pimpinan baru MK ini mengucapkan sumpah pada Rabu, 6 November 2013.²³

Pada tanggal 12 November 2013, MK dan Komisi Yudisial bersepakat akan membentuk Tim Pembuat Peraturan untuk membentuk Majelis Kehormatan Hakim Mahkamah Konstitusi (MKHMK) yang bersifat permanen sebagaimana ditentukan dalam Perppu No. 1 Tahun 2013. Sehubungan dengan terbitnya Putusan MK sebagaimana diuraikan di bawah ini maka pembentukan MKHMK yang bersifat permanen tidak jadi dilakukan.

Pasca terbitnya Putusan MK No. 1-2/PUU-XII/2014 yang membantalkan UU No. 4 Tahun 2014 tersebut, pada tanggal 19 Maret 2014 MK mengumumkan mulai bekerjanya Dewan Etik, yang pembentukannya disepakati dalam RPH tanggal 6 Oktober 2013, dan ditetapkan dengan Keputusan Ketua MK No. 4 Tahun 2014 Tanggal 8 Maret 2014. Dewan Etik yang bekerja berdasarkan Peraturan MK No. 2 Tahun 2014 tersebut bertugas sebagai penjaga dan pengawas Hakim Konstitusi.²⁴

Sementara itu terbitnya Perppu No. 1 Tahun 2013 telah menuai pro dan kontra. Kalangan yang pro menyatakan bahwa Perppu No. 1 Tahun 2013 tersebut merupakan upaya Presiden atau pemerintah untuk memulihkan MK yang terpuruk pasca OTT Akil Mochtar. Sementara kalangan yang kontra menyatakan bahwa

²² Setelah terbitnya Putusan MK tersebut maka dalam melakukan rekrutmen Hakim Konstitusi (baik persyaratan maupun prosedur rekrutmennya) kembali mempergunakan aturan yang terdapat dalam UUD NRI Tahun 1945 (Pasal 24C ayat (3), (5) dan (6)), UUKK (Pasal 33-Pasal 35), dan UUMK (Pasal 15 dan Pasal 18-Pasal 20). Mengenai pengawasan terhadap Hakim Konstitusi untuk selanjutnya mempergunakan ketentuan yang terdapat dalam UUMK (Pasal 27A) dan Peraturan MK No. 2 Tahun 2014.

²³ “Berat Tantangan Hamdan”, *Kompas*: Sabtu, 2 November 2013, hlm. 1 dan 4; dan “Kembalikan Kehormatan MK”, *Kompas*: Kamis, 7 November 2013, hlm. 5.

²⁴ “MK Kebut Dewan Etik”, *Media Indonesia*: Jum’at, 25 Oktober 2013, hlm. 2. Sesuai dengan Keputusan Ketua MK No. 3 Tahun 2014, Dewan Etik Periode 2013-2016 ini terdiri dari Abdul Mukhtie Fajar (unsur mantan Hakim Konstitusi), Muchammad Zaidun (unsur akademisi), dan Hatta Mustafa (unsur Tokoh Masyarakat).

penerbitan Perppu No. 1 Tahun 2013 tersebut terlambat (mengingat OTT Akil Mochtar terjadi pada tanggal 3 Oktober 2013 sedangkan Perppu No. 1 Tahun 2013 baru terbit tanggal 17 Oktober 2013), sehingga tidak memenuhi unsur kegentingan yang memaksa sebagaimana ditentukan dalam Pasal 22 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945, yang menurut Putusan MK No. 138/PUU-VII/2009, agar suatu keadaan dapat disebut sebagai kegentingan yang memaksa ada tiga syarat yang harus dipenuhi yaitu adanya kebutuhan yang mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan UU, UU yang dibutuhkan tersebut belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum, dan kekosongan hukum tersebut tidak dapat diatasi dengan cara membuat UU secara biasa karena akan memakan waktu cukup lama padahal keadaan mendesak itu memerlukan kepastian.

Terlepas dari pro-kontra tersebut ada beberapa ketentuan dalam Perppu No. 1 Tahun 2013 (UU No. 4 Tahun 2014) yang perlu diperhatikan. *Pertama*, Pasal 15 ayat (2) huruf i yang mengatur penambahan persyaratan untuk menjadi Hakim Konstitusi yaitu “tidak menjadi anggota partai politik dalam jangka waktu paling singkat 7 (tujuh) tahun sebelum diajukan sebagai calon Hakim Konstitusi”, yang kontradiktif dengan tindakan Presiden ketika mengangkat Hamdan Zoelva, dan Mantan Menteri Hukum dan HAM Patrialis Akbar menjadi Hakim Konstitusi dari unsur Presiden.²⁵

Kedua, Pasal 18A ayat (1) jo Pasal 1 angka 5, yang mengatur sistem rekrutmen Hakim Konstitusi di mana ditentukan bahwa sebelum ditetapkan oleh Presiden, Hakim Konstitusi harus melalui uji kelayakan dan kepatutan yang dilaksanakan oleh Panel Ahli yang dibentuk oleh KY. Pelibatan KY dalam mekanisme seleksi

²⁵ Sebagaimana diketahui bahwa Hamdan Zoelva yang pada Januari 2010 diangkat sebagai Hakim Konstitusi dari unsur Presiden, sejak tahun 1998 adalah anggota Partai Bulan Bintang (PBB) dan jabatan terakhirnya pada tahun 2010 adalah Wakil Ketua Badan Kehormatan DPP PBB. Sementara Patrialis Akbar adalah anggota Partai Amanat Nasional (PAN) sejak tahun 1999, dan sampai tahun 2009 menjadi Ketua Fraksi PAN di DPR. Lihat: “Perpu Baru Tentang MK Ditandatangani Presiden: Hamdan Zoelva dan Patrialis Tidak Memenuhi Syarat”, *Rakyat Merdeka: Jum’at*, 18 Oktober 2013, hlm. 1. Pengangkatan Mantan Menteri Hukum dan HAM Patrialis Akbar sebagai Hakim Konstitusi dari unsur Presiden (dengan masa jabatan 2013-2018) untuk menggantikan Hakim Konstitusi Ahmad Sodiki yang memasuki masa pensiun menuai protes dan kecaman dari sejumlah pihak karena dalam pencalonan dan pemilihannya mengabaikan persyaratan transparansi, partisipatif, objektivitas dan akuntabilitas yang ditentukan dalam UUMK. Pada Senin, 12 Agustus 2013 Koalisi Masyarakat Sipil Selamatkan MK menggugat “Keppres No. 87/P/2013 tentang Pemberhentian Ahmad Sodiki dan Maria Farida Indrati Sebagai Hakim Konstitusi, Pengangkatan Maria Farida Indrati Sebagai Hakim Konstitusi Periode Kedua (Masa jabatan 2013-2018), dan Pengangkatan Patrialis Akbar Sebagai Hakim Konstitusi Masa Jabatan 2013-2018” Tertanggal 22 Juli 2013 ke PTUN Jakarta. Melalui Putusan No. 139/G/2013/PTUN-Jkt Tertanggal 23 Desember 2013, PTUN Jakarta membatalkan Keppres tersebut. Pasca putusan tersebut Presiden dan Patrialis Akbar mengajukan banding ke Pengadilan Tinggi TUN. Lihat Saldi Isra, “Masa Depan (Hakim) MK”, *Koran Sindo: Jum’at*, 27 Desember 2013, hlm. 10; dan W. Riawan Tjandra, “Pembatalan Keppres Pengangkatan Hakim MK”, *Koran Sindo*, *Jum’at*, 27 Desember 2013, hlm. 10.

Hakim Konstitusi melalui Panel Ahli yang dibentuk oleh KY ini telah mengambil alih kewenangan MA, DPR dan Presiden yang oleh Pasal 24C ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 diberi kewenangan untuk mengajukan Hakim Konstitusi.

Ketiga, Pasal 27A ayat (1) dan Pasal 27 ayat (4) jo Pasal 1 angka 4 yang mengatur penyusunan dan penetapan "Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi" oleh MK bersama KY, dan pembentukan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi (MKHK) yang bersifat tetap oleh MK bersama KY. Pelibatan KY dalam pengawasan terhadap Hakim Konstitusi ini tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 24A dan Pasal 24B UUD NRI Tahun 1945, di mana ditentukan bahwa lingkup kewenangan KY hanya terkait dengan hakim di lingkungan MA dan sifat kewenangannya adalah untuk menjaga martabat dan kehormatan hakim di lingkungan MA. Selain itu, sesuai dengan ketentuan Pasal 23 ayat (3) UU No. 24 Tahun 2003 terhadap Hakim Konstitusi sudah ada pengawasan yang dilakukan oleh MKMK. Kewenangan KY untuk mengawasi Hakim Konstitusi yang diberikan melalui UU No. 22 Tahun 2004 sudah dibatalkan melalui Putusan MK No. 005/PUU-IV/2006.²⁶

Sebagaimana diketahui bahwa BAB IX UUD NRI Tahun 1945 yang mengatur Kekuasaan Kehakiman terdiri dari empat pasal yaitu Pasal 24, Pasal 24A, Pasal 24B, dan Pasal 24C. Dari keempat pasal tersebut dapat diketahui adanya tiga lembaga negara yang terkait dengan kekuasaan kehakiman, yaitu MA dan MK yang diberi peran sebagai Pelaku Kekuasaan Kehakiman, dan KY yang diberi kewenangan sebagai penjaga dan penegak kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Rumusan tentang KY selain diatur dalam Pasal 24A ayat (3) yang mengatur mengenai MA juga diatur dalam pasal tersendiri, yaitu Pasal 24B ayat (1-4) yang terletak di bawah atau sesudah Pasal 24A yang mengatur mengenai MA, tetapi sebelum atau di atas Pasal 24C yang mengatur mengenai MK, dan dalam Pasal 24C ini KY sama sekali tidak disinggung. Dengan penempatan pasal atau sistematika seperti ini dapat ditafsirkan bahwa kewenangan KY hanya berkaitan dengan MA dan lembaga peradilan di bawah MA. Persoalan muncul ketika UU No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial melalui Pasal 1 angka 5-nya memperluas pengertian hakim yang menjadi objek pengawasan KY, yaitu tidak hanya Hakim Agung dan para Hakim di semua lembaga peradilan di bawah MA tetapi juga Hakim Konstitusi.

²⁶ Putusan MK yang bersifat *ultra petita* (putusan yang melampaui yang diminta oleh Pemohon) tersebut menuai kritik yang menyatakan bahwa MK tidak etis karena telah melanggar asas *nemo judex in causa sua* (yaitu bahwa hakim tidak mengadili hal-hal yang terkait dengan kepentingannya sendiri).

Inkonsistensi secara vertikal antara UU No. 22 Tahun 2004 dengan UUD NRI Tahun 1945 disebabkan oleh perluasan pengertian hakim yang menjadi objek pengawasan KY sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 angka 5 UU No. 22 Tahun 2004 tersebut, sudah diluruskan oleh Putusan MK No. 005/PUU-IV/2006 yang menyatakan bahwa KY tidak berwenang mengawasi Hakim Konstitusi.

Penambahan persyaratan untuk menjadi Hakim Konstitusi, perubahan sistem rekrutmen Hakim Konstitusi yang mekanismenya harus melalui uji kelayakan dan kepatutan yang dilakukan oleh Panel Ahli yang dibentuk oleh KY, serta pelibatan KY dalam pengawasan terhadap Hakim Konstitusi (mulai dari penyusunan dan penetapan Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi, dan pembentukan MKHK yang bersifat tetap yang dilakukan oleh MK bersama KY) sebagaimana ditentukan dalam Perppu No. 1 Tahun 2013 (UU No. 4 Tahun 2014), menunjukkan terjadinya inkonsistensi secara vertikal antara Perppu No. 1 Tahun 2013 (UU No. 4 Tahun 2014) dengan UUD NRI Tahun 1945. Inkonsistensi tersebut telah diluruskan dengan Putusan MK No.1-2/PUU-XII/2014 yang menyatakan bahwa UU No. 4 Tahun 2014 inkonstitusional.

Penutup

Berdasarkan uraian di atas dapat diketahui bahwa pemulihan kewibawaan MK tidak bisa dilakukan MK (dalam hal ini para Hakim Konstitusi) dan Presiden saja, tetapi sangat memerlukan dukungan rakyat. Dukungan rakyat dari berbagai kalangan yang dilakukan dengan mengajukan permohonan uji materi atas UU No. 4 Tahun 2014 telah menunjukkan bahwa upaya paling tepat untuk memulihkan wibawa MK harus dilakukan sesuai dengan ketentuan yang ada dalam UUD NRI Tahun 1945. Terlepas dari adanya kecurigaan dari sejumlah pihak bahwa para pemohon uji materi tersebut digerakkan oleh MK, realitas yang terjadi menunjukkan bahwa setiap upaya pemulihan kewibawaan MK yang dilakukan dengan cara yang bertentangan dengan ketentuan yang ada dalam UUD NRI Tahun 1945 - bahkan upaya yang dilakukan oleh Presiden sekalipun - akan menemui kegagalan. Sejalan dengan prinsip supremasi konstitusi yang dianut di Indonesia maka setiap upaya penyelesaian masalah dalam sistem ketatanegaraan wajib mempergunakan UUD NRI Tahun 1945 sebagai panduan. Dengan demikian tolok ukurnya adalah norma-norma yang ada dalam UUD NRI Tahun 1945. Dalam hal UUD NRI Tahun 1945

tidak mengatur secara eksplisit, maka norma-norma tersebut harus dicari dengan cara menafsirkannya baik dengan pendekatan *original intent* yang dilakukan dengan cara mencarinya di dalam risalah pembentukannya maupun melalui pencarian makna yang terdalam dari norma konstitusi (*moral reading*), karena konstitusi adalah dokumen ketatanegaraan yang hidup (*the living constitution*).

Daftar Pustaka

- Arifin, Firmansyah dkk (*Editor*: Dony Tjiptonugroho). *Lembaga Negara Dan Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara*, Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN)-MKRI-The Asia Foundation-USAID, Jakarta, 2005.
- Arifin Hoesein, Zainal, "Kekuasaan Kehakiman Pasca Perubahan UUD 1945" dalam Zainal Arifin Hoesein (*Editor*: Rahman Yasin), *Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Penerbit Imperium, Jakarta, 2013.
- Asshiddiqie, Jimly, *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, Cetakan Pertama, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008.
- Fajar, Mukti dan Yulianto Ahmad, *Dualisme Penelitian Hukum*, FH Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, Cetakan 1, Yogyakarta, 2007.
- Farida Indrati S., Maria, *Ilmu Perundang-undangan: Jenis, Fungsi, Dan Materi Muatan* (Jilid I), Yogyakarta, Penerbit Kanisius, 2007.
- _____, *Ilmu Perundang-undangan: Proses Dan Teknik Pembentukannya* (Jilid 2), Yogyakarta, Penerbit Kanisius, 2007.
- Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan Dalam Memasyarakatkan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Sekretariat Jenderal MPR RI, Jakarta, 2003.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, CV Rajawali, Jakarta, 1985.
- Soekanto, Soerjono, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, UI PRESS, 1986.
- Soemantri, Sri, dkk (*Editor*: Suradji dkk), *Analisis dan Evaluasi Hukum Tentang Kedudukan, Tugas Dan Wewenang Lembaga Negara Pasca Amandemen UUD 1945*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum Dan HAM RI, Jakarta, 2004.
- Sunggono, Bambang, *Metodologi Penelitian Hukum*. Edisi 1, Cetakan 1. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1998.
- UUD NI 1945 dan UUD NRI Tahun 1945.
- UU No. 48 Tahun 2009.
- UU No. 24 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011.
- UU No. 22 Tahun 2004 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 18 Tahun 2011.

UU No. 12 Tahun 2011.

UU No. 32 Tahun 2004 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2005, dan UU No. 12 Tahun 2008.

Perppu No. 1 Tahun 2013.

UU No. 4 Tahun 2014.

Peraturan MK No. 09/PMK/2006.

Peraturan MK No. 2 Tahun 2014.

Putusan MK No. 005/PUU-IV/2006.

Putusan MK No. 94/PUU-XI/2013.

Putusan MK No. 97/PUU-XI/2013.

Putusan MK No. 1-2/PUU-XII/2014.

Keputusan Ketua MK No. 3 Tahun 2014.

Keputusan Ketua MK Nomor 4 Tahun 2014.

“Intervensi Nggak Ada, Hanya Godaan”, *Gatra* (Edisi Khusus) No. 23 Tahun XIX 11-17 April 2013.

Harian Pelita, 7 Maret 2014.

Jawa Pos, 4 Oktober 2013.

Jurnal Nasional, 6 Oktober 2013.

Jurnal Nasional, 18 Oktober 2013.

Kompas, 4 Oktober 2013.

Kompas, 6 Oktober 2013.

Kompas, 8 Oktober 2013.

Kompas, 2 November 2013.

Kompas, 7 November 2013.

Kompas, 15 November 2013.

Kompas, 14 Februari 2014.

Koran Sindo, 14 Agustus 2013.

Koran Sindo, 27 Desember 2013.

Koran Tempo, 3 Oktober 2013.

Koran Tempo, 7 Oktober 2013.

Media Indonesia, 4 Oktober 2013.

Media Indonesia, 25 Oktober 2013.

Media Indonesia, 1 Februari 2014.

Rakyat Merdeka, 8 Oktober 2013.

Rakyat Merdeka, 18 Oktober 2013.

Rakyat Merdeka, 26 Oktober 2013.

Republika, 20 Agustus 2013.

Republika, 20 Desember 2013.

Suara Pembaruan, 3 Oktober 2013.

Suara Merdeka, 14 Oktober 2013.

Suara Merdeka, 15 November 2013.

Tempo, 4301/3 – 9 Maret 2014.

Perbandingan Penyelesaian Sengketa Perceraian Secara Mediasi di Pengadilan dan di Luar Pengadilan di Kabupaten Kampar

Rika Lestari
Fakultas Hukum Universitas Riau
Jl. Pattimura Nomor 9 Gobah Pekanbaru
syifa_richa@yahoo.co.id

Abstract

The problems studied in this research were: first, how is a divorce settlement through mediation in Religious Court of Bangkinang, Kampar Regency? Second, how is a divorce settlement through mediation outside the court of Kampar Regency? Third, what are the advantages and disadvantages of a divorce settlement through mediation outside and inside the court of Kampar Regency? The method used in this study was juridical sociological. The result concluded that first, the divorce settlement through mediation in Religious Court of Bangkinang had not yet optimally conducted. Second, the divorce settlement through mediation outside the court of Kampar Regency might take place due to good emotional bound between the parties in dispute and the mediators. Third, the advantages of the mediation process in divorce settlement in the court of Kampar Regency were confidential, low cost, and the existence of family spirit. Meanwhile, the disadvantages were the embarrassment to the older members of the family and the indirect way of problem solving in which the elders dominantly put their opinions more than the parties in dispute. Moreover, the schedule to meet was uncertain because it needed to be synchronized to the schedules of the elders of each party in dispute. Also, there was no systematic recording since it was usually conducted verbally.

Key words : Mediation, divorce, outside the court, inside the court

Abstrak

Permasalahan dalam penelitian ini adalah: *pertama*, bagaimanakah penyelesaian sengketa perceraian melalui mediasi di Pengadilan Agama Bangkinang Kabupaten Kampar? *Kedua*, bagaimanakah penyelesaian sengketa perceraian secara mediasi di luar pengadilan di Kabupaten Kampar? *Ketiga*, apakah kelebihan dan kekurangan penyelesaian sengketa secara mediasi di luar dan di dalam pengadilan di Kabupaten Kampar? Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis sosiologis. Hasil penelitian menyimpulkan, *pertama*: penyelesaian sengketa perceraian secara mediasi di Pengadilan Agama Bangkinang belum berjalan maksimal. *Kedua*, penyelesaian sengketa perceraian secara mediasi di luar pengadilan di Kabupaten Kampar dapat terjadi karena secara emosional para pihak terikat hubungan yang baik dengan para mediator. *Ketiga*, kelebihan proses mediasi dalam kasus perceraian di Kabupaten Kampar, yaitu bersifat rahasia, tidak memakan biaya yang besar, serta adanya rasa kekeluargaan. Sedangkan kekurangannya karena rasa segan ke ninik mamak dan paman, tidak menuik pada akar masalah, Lebih dominan ninik mamak dalam mengemukakan pendapat, relatif tidak ada kepastian hari untuk bertemu karena harus menyesuaikan dengan jadwal ninik mamak dan paman masing-masing pihak. Notulensi tidak tercatat secara sistematis bahkan ada yang secara lisani.

Kata kunci: Mediasi, perceraian, di luar pengadilan, di pengadilan.

Pendahuluan

Perkawinan merupakan institusi yang sangat penting dalam masyarakat. Eksistensi institusi ini adalah melegalkan hubungan hukum antara seorang laki-laki dengan seorang wanita¹. Yang dimaksud dengan perkawinan adalah ikatan lahir batin antara pria dan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan untuk membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.²

Dalam kepustakaan mengartikan perkawinan sebagai aqad yang menghalalkan pergaulan dan membatasi hak dan kewajiban serta tolong menolong antara seorang laki-laki dan perempuan yang antara keduanya bukan muhrim.³ Esensi pengertian perkawinan yang dikemukakan pakar di atas adalah bahwa perkawinan sebagai lembaga hukum, baik karena apa yang ada di dalamnya, maupun karena apa yang terdapat di dalamnya.⁴ Oleh karena itu perkawinan juga merupakan salah satu hubungan hukum yang terjadi dalam masyarakat.

Dari sudut pandang lain yang menjadi tujuan perkawinan adalah untuk membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Ini berarti bahwa perkawinan itu berlangsung seumur hidup; cerai diperlukan syarat-syarat yang ketat dan merupakan jalan terakhir; suami istri membantu untuk mengembangkan diri.⁵

Akan tetapi dalam kenyataannya terkadang tujuan dari perkawinan tidak sesuai dengan yang diharapkan. Dengan berjalaninya waktu perbedaan pendapat antara suami dan istri terkadang dapat memunculkan pertengkarahan dalam rumah tangga. Pertengkarahan tersebut bisa terjadi karena masalah ekonomi, suami tidak memberi nafkah lagi kepada istri, istri tidak patuh pada suami, adanya perselingkuhan, adanya kekerasan dalam rumah tangga. Ada kalanya persoalan-persoalan tersebut dapat diselesaikan secara damai antara suami istri sehingga perkawinan dapat dipertahankan. Akan tetapi, jika persoalan tersebut tidak dapat diselesaikan secara damai maka itulah yang menyebabkan perceraian antara suami istri.

¹ Salim HS., *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm. 61.

² Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

³ Martiman Prodjohamidjojo, *Hukum Perkawinan dalam Tanya Jawab*, Cetakan Keenam, Indonesia Legal Center Publishing, Jakarta, 2011, hlm.15.

⁴ Salim, *Loc.Cit.*

⁵ *Ibid.*, hlm. 62.

Upaya damai yang dilakukan untuk mempertahankan rumah tangga dapat dilakukan dengan musyawarah bersama antara suami dan istri, namun bisa juga melalui bantuan pihak ketiga untuk mendamaikannya, inilah yang dikenal dengan mediasi.

Mediasi pada dasarnya adalah negosiasi yang melibatkan pihak ketiga yang memiliki keahlian mengenai prosedur mediasi yang efektif, dapat membantu dalam situasi konflik untuk mengkoordinasikan aktifitas mereka sehingga lebih efektif dalam proses tawar menawar, bila tidak ada negosiasi, tidak ada mediasi.⁶ Di samping itu, mediator juga harus mampu menjaga kepentingan para pihak yang bersengketa secara adil dan sama, sehingga menumbuhkan kepercayaan (*trust*) dari para pihak yang bersengketa⁷.

Penyelesaian sengketa secara mediasi telah dikenal di Indonesia sejak zaman dahulu kala. Untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahan yang terjadi dalam masyarakat, maka forum lembaga adat biasanya menyelesaikan sengketa yang terjadi diantara anggota masyarakat yang mereka pimpin. Apabila sengketa yang terjadi tersebut tidak dapat lagi diselesaikan secara mediasi oleh forum lembaga adatnya, maka sengketa akan dibawa ke pengadilan. Salah satu contoh peran pihak ketiga dalam menyelesaikan kasus perceraian adalah yang biasa digunakan oleh ninik mamak (para tetua adat) yang ada di Kecamatan Tambang Kabupaten Kampar Provinsi Riau. Pada 2012 terdapat 7 (tujuh) kasus perceraian yang diajukan ke ninik mamak, 5 diantaranya dapat diselesaikan melalui mediasi oleh ninik mamak, dan hanya 2 perkara masuk ke Pengadilan Agama Bangkinang, karena tidak bisa diselesaikan oleh ninik mamak lagi.⁸

Secara yuridis keberadaan mediasi di luar pengadilan di Indonesia telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Pada Pasal 6 ayat (3), disebutkan bahwa mediasi merupakan proses kegiatan sebagai kelanjutan dari gagalnya negosiasi yang dilakukan oleh para pihak menurut ketentuan Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999. Dengan adanya Undang-undang ini eksistensi tentang mediasi di Indonesia semakin kuat.

⁶ Mahkamah Agung RI, *Mediasi dan Perdamaian*, MA-RI, Jakarta, 2004, hlm. 61, sebagaimana dikutip oleh Nurnaningsih Amriani, *Mediasi Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdata di Pengadilan*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2012, hlm 28.

⁷ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 2.

⁸ Abdul Salam, "Pelaksanaan Mediasi dalam Perkara Perceraian pada Masyarakat Adat di Desa Kualu Kecamatan Tambang Kabupaten Kampar", *Skrripsi*, 2013, hlm. 73.

Perkembangan saat ini mediasi juga dikenal di pengadilan, sebagaimana ditegaskan dalam Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, mediasi menjadi terkoneksi dengan lembaga peradilan di Indonesia. Dalam ketentuan Perma tersebut dijelaskan bahwa mediasi wajib dilakukan oleh para pihak yang berperkara secara perdata di pengadilan yang dilakukan pada hari sidang pertama. Tujuan dilaksanakannya prosedur mediasi di pengadilan ini adalah untuk menciptakan perdamaian di antara para pihak yang sedang bersengketa. Bahkan, di setiap tingkatan peradilan upaya mediasi harus ditempuh dalam menyelesaikan sengketa keperdataan.

Oleh sebab itu, peneliti tertarik untuk meneliti tentang “Perbandingan Penyelesaian Sengketa Perceraian secara Mediasi di Pengadilan dan di Luar Pengadilan di Kabupaten Kampar”.

Rumusan Masalah

Adapun rumusan masalah dalam penelitian ini adalah: *pertama*, bagaimanakah penyelesaian sengketa perceraian melalui mediasi di Pengadilan Agama Bangkinang Kabupaten Kampar? *Kedua*, bagaimanakah penyelesaian sengketa perceraian secara mediasi di luar pengadilan di Kabupaten Kampar? *Ketiga*, apakah kelebihan dan kekurangan penyelesaian sengketa secara mediasi di luar dan di dalam pengadilan di Kabupaten Kampar?

Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan untuk: *pertama*, mempelajari penyelesaian sengketa perceraian melalui mediasi di Pengadilan Agama Bangkinang Kabupaten Kampar. *Kedua*, untuk mengetahui penyelesaian sengketa perceraian secara mediasi di luar pengadilan di Kabupaten Kampar. *Ketiga*, untuk menelaah kelebihan dan kekurangan penyelesaian sengketa secara mediasi di luar dan di dalam pengadilan di Kabupaten Kampar.

Metode Penelitian

Jenis penelitian yang akan digunakan adalah penelitian yuridis sosiologis, yaitu melihat proses bekerjanya hukum dalam masyarakat⁹ berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Mediasi di Pengadilan. Lokasi Penelitian berada di Kabupaten Kampar dan di Pengadilan Agama Bangkinang. Data yang diperoleh langsung dari sumber pertama, yakni para Ninik Mamak di Kabupaten Kampar, Mediator di Pengadilan Agama Bangkinang. Data yang mencakup dokumen-dokumen resmi, peraturan perundang-undangan, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang berwujud laporan, buku harian.

Dalam penelitian ini, analisis yang digunakan adalah analisis kualitatif,¹⁰ yaitu uraian yang dilakukan terhadap data yang terkumpul dengan tidak menggunakan angka-angka tetapi berdasarkan peraturan perundang-undangan dan pendapat pakar hukum, selanjutnya peneliti menerangkan dengan jelas dan rinci melalui interpretasi data dengan menghubungkan keterkaitan data yang satu dengan yang lainnya dan dianalisa berdasarkan teori hukum maupun ketentuan hukum yang berlaku dan pendapat para ahli, untuk kemudian menarik kesimpulan dengan cara induktif yakni penarikan kesimpulan dari hal-hal yang bersifat khusus kepada hal-hal yang bersifat umum.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Beberapa cara Penyelesaian Sengketa

Penyelesaian di Pengadilan

Tidak ada negara yang tidak menginginkan adanya ketertiban tatanan di dalam masyarakat. Setiap negara mendambakan adanya ketenteraman dan keseimbangan tatanan di dalam masyarakat, yang sekarang lebih populer disebut "stabilitas nasional". Kepentingan manusia, baik sebagai individu maupun kelompok, karena selalu terancam oleh bahaya-bahaya di sekelilingnya, memerlukan perlindungan dan harus dilindungi. Kepentingan manusia akan terlindungi apabila masyarakatnya

⁹ Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm. 43.

¹⁰ *Ibid.*, hal. 32.

tertib dan masyarakatnya akan tertib apabila terdapat keseimbangan tatanan di dalam masyarakat. Setiap saat keseimbangan tatanan dalam masyarakat dapat terganggu oleh bahaya-bahaya di sekelilingnya¹¹.

Masyarakat berkepentingan bahwa keseimbangan yang terganggu itu dipulihkan kembali. Salah satu unsur untuk menciptakan atau memulihkan keseimbangan tatanan di dalam masyarakat adalah penegakan hukum atau peradilan yang bebas/mandiri, adil dan konsisten dalam melaksanakan atau menerapkan peraturan hukum yang ada dan dalam menghadapi pelanggaran hukum, oleh suatu badan yang mandiri, yaitu pengadilan. Bebas/mandiri dalam mengadili dan bebas/mandiri dari campur tangan pihak ekstra yudisiil. Kebebasan pengadilan, hakim atau peradilan merupakan asas universal yang terdapat di mana-mana. Kebebasan peradilan merupakan damba setiap bangsa atau negara. Di mana-mana pada dasarnya dikenal asas kebebasan peradilan, hanya isi atau nilai kebebasannya yang berbeda. Isi atau nilai kebebasan peradilan di negara-negara Eropa Timur dengan Amerika berbeda, isi dan nilai kebebasan peradilan di Belanda dengan di Indonesia tidak sama, walaupun, semuanya mengenal asas kebebasan peradilan; tidak ada negara yang rela dikatakan bahwa negaranya tidak mengenal kebebasan peradilan atau tidak ada kebebasan peradilan di negaranya. Tidak ada bedanya dengan pengertian hak asasi manusia, yang sekarang sedang banyak disoroti; hak asasi bersifat universal, semua negara “mengklaim” menghormati hak-hak asasi manusia, tetapi nilai dan pelaksanaannya berbeda satu sama lain.¹²

Adil, tidak hanya bagi pencari keadilan saja tetapi juga bagi masyarakat, tidak memihak, objektif, tidak a priori serta konsisten, ajeg dalam memutuskan, dalam arti perkara yang sama (serupa, sejenis) harus diputus sama (serupa, sejenis) pula. Tidak ada dua perkara yang sama. Setiap perkara harus ditangani secara individual (*to each his own*), secara kasuistik dengan mengingat bahwa motivasi, situasi, kondisi dan waktu terjadinya tidak sama. Akan tetapi kalau ada dua perkara yang sejenis atau serupa maka harus diputus sejenis atau serupa pula. Ini merupakan “postulaat keadilan”: perkara yang serupa diputus sama.¹³

¹¹ Sudikno Mertokusumo, *Sistem Peradilan di Indonesia*, 24 Maret 2008, <http://sudiknoartikel.blogspot.com/2008/03/sistem-peradilan-di-indonesia.html>, diakses 29 November 2013.

¹² Masyhur Effendi, H.A.-, 1994, *Hak Asasi Manusia Dalam Hukum Nasional dan Internasional*, Ghalia Indonesia, sebagaimana dikutip oleh Sudikno Mertokusumo, *Ibid*.

¹³ Nieuwenhuis, J.H.-, Legitimatie en heuristik van het rechterlijk oordeel, Themis 1976/6, sebagaimana dikutip oleh Sudikno Mertokusumo, *Ibid*.

Kalau perkara yang serupa diputus berbeda maka akan dipertanyakan: dimanakah kepastian hukumnya, apa yang lalu dapat dijadikan pegangan bagi para pencari keadilan, dimana keadilannya?

Oleh Roscoe Pound dikatakan bahwa adanya kepastian hukum memungkinkan adanya “*predictability*”.¹⁴ Akan tetapi sebuah keputusan yang ditetapkan atau diputuskan oleh hakim tidak saja memperhatikan aspek kepastian hukum semata, tetapi juga memperhatikan asas kemanfaatan dan asas keadilan.

Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan Secara Mediasi

Pengertian mediasi yang agak luas diberikan oleh The National Alternative Dispute Resolution Advisory Council:

Mediation is a process in which the parties to a dispute, with the assistance of a dispute resolution practitioner (a mediator), identify the dispute issues, develop options, consider alternatives and endeavour to reach an agreement. The mediator has no advisory or determinative role in regard to the content of dispute or the outcome of its resolution, but may advise on or determine the process of mediation whereby resolution is attempted.¹⁵

Pengertian mediasi ini dapat diklasifikasikan ke dalam tiga unsur penting yang saling terkait satu sama lain. Ketiga unsur tersebut berupa: ciri mediasi, peran mediator, dan kewenangan mediator. Dalam ciri mediasi tergambar bahwa mediasi berbeda dengan berbagai bentuk penyelesaian sengketa lainnya, terutama dengan alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan seperti arbitrase. Dalam mediasi, seorang mediator berperan membantu para pihak yang bersengketa dengan melakukan identifikasi persoalan yang dipersengketakan, mengembangkan pilihan, dan mempertimbangkan alternatif yang dapat ditawarkan kepada para pihak untuk mencapai kesepakatan. Mediator dalam menjalankan perannya hanya memiliki kewenangan untuk memberikan saran atau menentukan proses mediasi dalam mengupayakan penyelesaian sengketa. Mediator tidak memiliki kewenangan dan peran menentukan dalam kaitannya dengan isi persengketaan, ia hanya menjaga bagaimana proses mediasi dapat berjalan, sehingga menghasilkan kesepakatan (*agreement*) dari para pihak.¹⁶

¹⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta, 2009: hlm. 158.

¹⁵ David Spencer dan Michael Brogan, *Mediation Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, hlm. 9. Sebagaimana dikutip dalam Syahrizal... *Ibid.*, hlm. 6.

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 7.

Dalam Black's Law Dictionary, dikatakan bahwa:¹⁷ "Mediation is private, informal dispute resolution process in which a neutral third person, the mediator, helps, disputing parties to reach an agreement". Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata mediasi diberi arti sebagai proses pengikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian suatu perselisihan sebagai penasihat.¹⁸ Dari rumusan tersebut dapat kita simpulkan bahwa dalam mediasi ada keterlibatan pihak ketiga atau pihak lain dalam menyelesaikan perkara di antara para pihak yang bersengketa. Kemudian pihak ketiga itu hanya sebagai penasehat tidak memiliki kewenangan untuk memutuskan suatu masalah yang sedang dipersengketakan.

Dalam Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, disebutkan bahwa: "Dalam hal sengketa atau beda pendapat sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak dapat diselesaikan, maka atas kesepakatan tertulis para pihak, sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasehat ahli maupun melalui seorang mediator". Dalam undang-undang ini tidak secara tegas memberikan pengertian mediasi, hanya menyebutkan apabila ada sengketa maka dapat dibantu oleh pihak ketiga atau mediator.

Sedangkan menurut Laurence Bolle menyatakan "*mediation is a decision making process in which the parties are-assisted by a mediator; the mediator attempt to improve the process of decision making and to assist the parties the reach an out-come to which of them can assent.*"¹⁹ Sedangkan J. Folberg dan A. Taylor memaknai mediasi dengan "... *the process by which the participants, together with the assistance of a neutral persons, systematically isolate dispute in order to develop options, consider alternative, and reach consensual settlement that will accommodate their needs.*"²⁰

Pengertian mediasi yang diberikan dua ahli di atas, lebih menggambarkan esensi kegiatan mediasi dan peran mediator sebagai pihak ketiga. Bolle menekankan bahwa mediasi adalah proses pengambilan keputusan yang dilakukan para pihak dengan dibantu pihak ketiga sebagai mediator. Pernyataan Bolle menunjukkan

¹⁷ Dikutip dari Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 81.

¹⁸ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Jakarta, 1988, hlm. 569.

¹⁹ Laurence Bolle, *Mediation: Principles, Process, and Practice*, New York, 1996, hlm. 1. Sebagaimana dikutip oleh Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam ...*, Op. Cite., hlm. 4.

²⁰ J. Folberg dan A. Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflict Without Litigation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, hlm. 7. Sebagaimana dikutip oleh Syahrizal Abbas, *Ibid.*

bahwa kewenangan pengambilan keputusan sepenuhnya berada di tangan para pihak, dan mediator hanyalah membantu para pihak di dalam proses pengambilan keputusan tersebut. Kehadiran mediator menjadi amat penting karena ia dapat membantu dan mengupayakan proses pengambilan keputusan menjadi lebih baik, sehingga menghasilkan *outcome* yang dapat diterima oleh mereka yang bertikai.

J. Folberg dan A. Taylor lebih menekankan konsep mediasi pada upaya yang dilakukan mediator dalam menjalankan kegiatan mediasi.²¹ Kedua ahli ini menyatakan bahwa penyelesaian sengketa melalui jalur mediasi dilakukan secara bersama-sama oleh pihak yang bersengketa dan dibantu oleh pihak yang netral. Mediator dapat mengembangkan dan menawarkan pilihan penyelesaian sengketa, dan para pihak dapat pula mempertimbangkan tawaran mediator sebagai suatu alternatif menuju kesepakatan dalam penyelesaian sengketa. Alternatif penyelesaian yang ditawarkan mediator diharapkan mampu mengakomodasikan kepentingan para pihak yang bersengketa. Mediasi dapat membawa para pihak mencapai kesepakatan tanpa merasa ada pihak yang menang atau hak-hak yang kalah (*win-win solution*).

Beberapa Model mediasi

Lawrence Boulle, seorang profesor dalam ilmu hukum dan Direktur Dispute Resolution Centre-Bond University, membagi mediasi dalam sejumlah model yang tujuannya untuk menemukan peran mediator dalam melihat posisi sengketa dan peran para pihak dalam upaya penyelesaian sengketa. Boulle menyebutkan ada empat model mediasi, yaitu *settlement mediation*, *facilitative mediation*, *trans-formative mediation* dan *evaluative mediation*²².

Settlement mediation dikenal sebagai mediasi kompromi merupakan mediasi yang tujuan utamanya adalah untuk mendorong terwujudnya kompromi dari tuntutan kedua belah pihak yang sedang bertikai. Dalam mediasi model ini, tipe mediator yang dikehendaki adalah yang berstatus tinggi, sekalipun tidak terlalu ahli dalam proses dan teknik-teknik mediasi. Adapun peran yang dapat dimainkan oleh mediator adalah menentukan “*bottom lines*” dari disputan dan secara persuasif mendorong kedua belah pihak bertikai untuk sama-sama menurunkan posisi mereka ke titik kompromi.

²¹ *Ibid.*, hlm. 7-8.

²² *Ibid.*, hlm. 31.

Model *settlement mediation* mengandung sejumlah prinsip antara lain:²³ 1. Mediasi dimaksudkan untuk mendekatkan perbedaan nilai tawar atas suatu kesepakatan; 2. Mediator hanya terfokus pada permasalahan atau posisi yang dinyatakan para pihak; 3. Posisi mediator adalah menentukan posisi “bottom line” para pihak dan melakukan berbagai pendekatan untuk mendorong para pihak mencapai titik kompromi; 4. Biasanya mediator adalah orang yang memiliki status yang tinggi dan model ini tidak menekankan kepada keahlian dalam proses atau teknik mediasi.

Facilitative mediation, yang juga disebut sebagai mediasi yang berbasis kepentingan (*interest-based*) dan *problem solving* yang bertujuan untuk menghindarkan para pihak yang bersengketa dari posisi mereka dan menegosiasikan kebutuhan dan kepentingan para pihak dari hak-hak legal mereka secara kaku.²⁴ Dalam model ini mediator harus ahli dalam proses mediasi dan menguasai teknik-teknik mediasi, meskipun penguasaan materi tentang hal-hal yang dipersengketakan tidak terlalu penting. Dalam hal ini sang mediator harus dapat memimpin proses mediasi dan mengupayakan dialog yang konstruktif di antara para pihak yang bersengketa, serta meningkatkan upaya-upaya negosiasi dan upaya kesepakatan.

Model *facilitative mediation*, mengandung sejumlah prinsip antara lain:²⁵ 1. Prosesnya lebih terstruktur; 2. Penekanannya lebih ditujukan kepada kebutuhan dan kepentingan para pihak yang berselisih; 3. Mediator mengarahkan para pihak dari *positional negotiation* ke *interest based negotiation* yang mengarahkan kepada penyelesaian yang saling menguntungkan; 4. Mediator mengarahkan para pihak untuk lebih kreatif dalam mencari alternatif penyelesaian; 5. Mediator perlu memahami proses dan teknik mediator tanpa harus ahli dalam bidang yang diperselisihan.

Transformative mediation, juga dikenal sebagai mediasi terapi dan rekonsiliasi. Mediasi model ini menekankan untuk mencari penyebab yang mendasari munculnya permasalahan di antara para pihak yang bersengketa, dengan pertimbangan untuk meningkatkan hubungan di antara mereka melalui pengakuan dan pemberdayaan sebagai dasar resolusi konflik dari pertikaian yang ada.²⁶ Dalam model ini sang mediator harus dapat menggunakan terapi dan teknik profesional

²³ *Ibid.*, hlm. 32.

²⁴ Allan J. Stitt, *Op. Cit.*, hlm. 2. Dikutip Syahrizal Abbas, *Ibid.*, hlm. 32.

²⁵ *Ibid.*, hlm. 33.

²⁶ Robert A. Baruch Bush dan Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation: Transformative Approach to Conflict*, (USA: Willey, 2004), hlm. 41. Dikutip Syahrizal Abbas, *Ibid.*, hlm. 33.

sebelum dan selama proses mediasi serta mengangkat isu relasi/hubungan melalui pemberdayaan dan pengakuan.

Model *transformatif* atau lebih dikenal dengan *therapeutic model* mengandung sejumlah prinsip antara lain:²⁷ 1. fokus pada penyelesaian yang lebih komprehensif dan tidak terbatas hanya pada penyelesaian sengketa tetapi juga rekonsiliasi antara para pihak; 2. proses negosiasi yang mengarah kepada pengambilan keputusan tidak akan dimulai, bila masalah hubungan emosional para pihak yang berselisih belum diselesaikan; 3. fungsi mediator adalah untuk mendiagnosis penyebab konflik dan menanganinya berdasarkan aspek psikologis dan emosional, hingga para pihak yang berse-lisih dapat memperbaiki dan meningkatkan kembali hubungan mereka; 4. mediator diharapkan lebih memiliki kecakapan dalam “*counseling*” dan juga proses serta teknik mediasi; 5. penekanannya lebih ke terapi, baik tahapan pramediasi atau kelanjutannya dalam proses mediasi.

Evaluative mediation, yang juga dikenal sebagai mediasi normatif merupakan model mediasi yang bertujuan untuk mencari kesepakatan berdasarkan hak-hak legal dari para pihak yang bersengketa dalam wilayah yang diantisipasi oleh pengadilan.²⁸ Peran yang bisa dijalankan oleh mediator dalam hal ini adalah memberikan informasi dan saran serta persuasi kepada para *disputants* dan memberikan prediksi tentang hasil-hasil yang akan didapat.²⁹

Model evaluasi (*evaluative model*) juga mengandung sejumlah prinsip: 1. Para pihak berharap bahwa mediator akan menggunakan keahlian dan pengalamannya untuk mengarah-kan penyelesaian sengketa ke suatu kisaran yang telah diperkirakan terhadap masalah tersebut; 2. Fokusnya lebih tertuju kepada hak (*rights*) melalui standar penyelesaian atas kasus yang serupa; 3. Mediator harus seorang ahli dalam bidang yang diperselisihkan dan dapat juga terkualifikasi secara legal. Mediator tidak harus memiliki keahlian dalam proses dan teknik mediasi; 4. Kecenderungan mediator memberikan jalan keluar dan informasi legal guna mengarahkan para pihak menuju suatu hasil akhir yang pantas dan dapat diterima oleh keduanya.

²⁷ *Ibid.*, hlm. 34.

²⁸ Allan J. Stitt, *Op. cit.*, hlm. 2. Dikutip Syahrizal Abbas, *Ibid.*

²⁹ David Spencer dan Michael Brogan, *Op. Cit.*, hlm. 101-103. Sebagaimana dikutip oleh Syahrizal Abbas, *Ibid.*, hlm. 35.

Mediasi di Pengadilan Agama Bangkinang

Laju perkembangan dunia dan era globalisasi mengharuskan adanya suatu sistem/lembaga penyelesaian sengketa yang dapat menyesuaikan dengan laju perkembangan permasalahan dalam masyarakat yang semakin kompleks. Hal ini berkaitan langsung dengan munculnya tuntutan untuk menyelesaikan setiap sengketa tidak hanya dalam dunia usaha tetapi juga dalam permasalahan yang bersinggungan dengan penegakan hukum di berbagai bidang secara cepat, efektif, dan efisien. Harus ada lembaga yang dapat diterima sekaligus memiliki kemampuan sistem penyelesaian sengketa yang cepat dan biaya murah serta sejalan dengan tuntutan yang tengah berkembang di masyarakat. Pengintegrasian mediasi ke dalam proses beracara di pengadilan dapat menjadi salah satu instrumen efektif mengatasi masalah penumpukan perkara di pengadilan serta memperkuat dan memaksimalkan fungsi lembaga pengadilan dalam penyelesaian sengketa di samping proses pengadilan yang bersifat memutus (ajudikatif).

Mahkamah Agung mempunyai komitmen yang tinggi untuk meningkatkan keberhasilan perdamaian melalui mediasi di pengadilan sebagai implementasi dari Pasal 130 HIR dan Pasal 158 RBG. Penyelesaian sengketa perdata di pengadilan merupakan fenomena global yang terjadi di seluruh pengadilan di dunia dan mempunyai tingkat keberhasilan yang cukup tinggi di beberapa negara antara lain Jepang, Amerika Serikat, Australia, Philipina dan Singapore.

Dari hasil evaluasi Peraturan Mahkamah Agung (Perma) Nomor 2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, pada 31 Juli 2008 Mahkamah Agung telah mengeluarkan Perma Nomor 1 Tahun 2008 sebagai penyempurnaan peraturan sebelumnya yang diharapkan dapat menjadi pedoman pelaksanaan mediasi di dalam pengadilan maupun di luar pengadilan sambil menunggu lahirnya undang-undang tentang mediasi.³⁰

Dilihat dari sejarahnya pengaturan tentang mediasi ini telah tercermin dari ketentuan HIR Pasal 130 dan Rbg Pasal 154 telah mengatur lembaga perdamaian. Hakim wajib terlebih dahulu mendamaikan para pihak yang berperkara sebelum perkaranya diperiksa. Setelah itu lahir SEMA Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberdayaan Lembaga Perdamaian dalam Pasal 130 HIR/154 Rbg. PERMA Nomor

³⁰ D.S. Dewi, Hakim Mediator (Ketua Pengadilan Negeri Stabat), makalah tentang “Implementasi PERMA Nomor 1 Tahun 2008 Tentang Prosedur Mediasi Pengadilan”, pada Pelatihan Mediator yang diselenggarakan oleh IICT bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Riau pada Tahun 2011.

02 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. PERMA Nomor 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Kemudian dalam Pasal 6 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Di samping peraturan perundang-undangan di atas terdapat beberapa peraturan perundang-undangan yang lain yang mengatur tentang mediasi yaitu: Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Lingkungan Hidup, Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2001 tentang Paten, Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 tentang Merk, Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2004 tentang Pengadilan Hubungan Industrial, Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman RI, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 Pasal 85 ayat (3) tentang Lingkungan Hidup, Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Pasal 29 tentang Kesehatan, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2008 Pasal 40 tentang Keterbukaan Informasi, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik, Peraturan B.I. Nomor 8/5/PBI/2006 tentang Pembentukan Lembaga Mediasi Perbankan.

Dalam PERMA Nomor 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan disebutkan bahwa Mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator (Pasal 1 ayat (7)). Sedangkan yang dimaksud dengan Mediator adalah pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian (Pasal 1 ayat (6)).

Tidak ditempuhnya proses mediasi berdasarkan Perma ini merupakan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 130 HIR/154 RBg yang mengakibatkan putusan batal demi hukum (ayat (3)). Hakim dalam pertimbangan putusannya wajib menyebutkan bahwa perkara yang bersangkutan telah diupayakan perdamaian melalui mediasi dengan menyebutkan nama mediator yang bersangkutan (ayat (4)).

Dilihat jumlah kasus perceraian yang masuk ke Pengadilan Agama³¹ adalah sebagai berikut:

³¹ Wawancara dengan Tommy Andesta Siahaan, Staf Biro Hukum Pengadilan Agama Bangkinang, tanggal 18 November 2013.

Tabel 1
Banyak Perkara Perceraian di Pengadilan Agama Bangkinang

No	Perkara	Tahun
1	Perkara Cerai Talak 225 Perkara; <u>Perkara Cerai Gugat 508 Perkara; +</u> Jumlah Perkara 733 Perkara	2012
2	Perkara Cerai Talak 167 Perkara; <u>Perkara Cerai Gugat 396 Perkara; +</u> Jumlah Perkara 563 Perkara.	(Januari–November) 2013

Sumber Data: Pengadilan Agama Bangkinang 2012-2013

Jika dilihat dari jumlah perkara perceraian di Pengadilan Agama Bangkinang semakin menurun dari 2012 berjumlah 733 perkara, menurun menjadi 563 perkara. Walaupun jumlah kasus perceraian sudah menurun pada tahun 2013 akan tetapi angka perceraian yang terjadi dalam masyarakat tergolong masih cukup tinggi. Oleh sebab itu upaya-upaya penurunan angka perceraian melalui berbagai cara seperti penyuluhan dan mediasi perlu ditingkatkan oleh pemerintah.

Berdasarkan hasil wawancara dengan salah satu hakim mediator bersertifikat,³² menyatakan bahwa tidak semua sengketa diselesaikan dengan mediasi, mediasi hanya dilaksanakan apabila hadir kedua belah pihak yang bersengketa, apabila tidak hadir salah satu pihak langsung diambil keputusan verstek terkait mediasinya, yang menjadi sengketa biasanya terkait sengketa harta bersama, waris dan lain-lain.

Dari hasil wawancara tersebut upaya untuk dilakukannya mediasi selalu diupayakan oleh Hakim Pengadilan Agama Bangkinang, akan tetapi apabila salah satu pihak tidak hadir tentu proses mediasi tidak dapat dilaksanakan. Memang jika dilihat dari penyelesaian perkara perceraian, adakalanya salah satu pihak tidak hadir ke persidangan untuk mengikuti proses pemeriksaan perkara. Hal ini bisa saja diakibatkan oleh keinginan yang kuat dari masing-masing pihak untuk bercerai dan tidak dimungkinkan untuk bersatu kembali. Walaupun demikian supaya keputusan hakim tidak batal demi hukum sesuai dengan PERMA Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, maka haruslah disebutkan dalam keputusannya bahwa telah dilakukan upaya mediasi tetapi upaya tersebut gagal karena ketidakhadiran salah satu pihak.

³² Wawancara dengan Drs. Sulem Ahmad, SH., MA, Hakim Mediator bersertifikat, pada 18 November 2013.

Hal ini diperkuat dari hasil wawancara dengan salah satu hakim di atas dimana beliau menyatakan bahwa semua putusan Pengadilan Agama tentang kasus perceraian menggunakan mediasi sebelum memeriksa perkara. Karena wajib bagi hakim untuk menyampaikan penyelesaian mediasi, dan ini diatur dalam PERMA No. 1 Tahun 2008 tentang Mediasi, dan semua kasus perceraian di Pengadilan Agama yang masuk disampaikan untuk menyelesaikan permasalahan mereka dengan jalur mediasi, hanya saja tidak semua perkara yang kemudian menjalankan proses mediasi, karena pengetahuan para pihak yang berkeinginan keras untuk bercerai, selain itu ketidakhadiran para pihak dalam sidang pertama dalam penyampaian penyelesaian melalui mediasi.

Ketika ditanya tentang apakah dalam putusan dijelaskan tentang proses mediasi, Sulem Ahmad menjawab ada dijelaskan tentang proses mediasi, proses mediasi dimuat di dalam duduk perkara, dan bagian pertimbangan hukum dari putusan Perkara.

Lebih lanjut ditanyakan tentang tanggapan hakim tentang ketentuan PERMA Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi yang menyebutkan bahwa apabila putusan hakim tidak menempuh jalur mediasi maka putusan Batal Demi Hukum, Sulem Ahmad menyatakan bahwa sangat baik adanya penyelesaian secara mediasi guna menyelesaikan perkara perceraian di Pengadilan Agama, hanya saja dalam pelaksanaannya sering dijumpai kegagalan dikarenakan kurangnya pengetahuan masyarakat akan proses dalam Pengadilan yang masih mengupayakan perdamaian melalui mediasi, dan kurang aktifnya para pihak mengikuti proses persidangan perkara di pengadilan.³³

Kemudian Sulem Ahmad menambahkan, bahwa hasil mediasi yang mencapai kata sepakat dituangkan dalam kesepakatan perdamaian.³⁴ Yang dimaksud dengan kesepakatan perdamaian adalah dokumen yang memuat syarat-syarat yang disepakati oleh para pihak guna mengakhiri sengketa yang merupakan hasil dari upaya perdamaian dengan bantuan seorang mediator atau lebih berdasarkan Peraturan ini.³⁵ Kesepakatan perdamaian inilah menjadi dasar untuk pembuatan akta kompromis (perdamaian). Akta perdamaian adalah akta yang memuat isi kesepakatan perdamaian dan putusan hakim yang menguatkan kesepakatan

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Pasal 1 ayat (5) PERMA 01/2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan

perdamaian tersebut yang tidak tunduk pada upaya hukum biasa maupun luar biasa.³⁶

Dari hasil wawancara tersebut dapat kita analisis bahwa keinginan dan upaya yang dilakukan para hakim di Pengadilan Agama untuk mengintegrasikan upaya mediasi di Pengadilan sudah cukup baik, namun tidak sepenuhnya berhasil dengan baik karena kendala-kendala yang terdapat di lapangan seperti ketidakhadiran kedua belah pihak dalam proses persidangan menjadi faktor utama tidak dapat dilakukannya mediasi oleh hakim. Faktor lainnya adalah kesadaran hukum para pihak terhadap arti penting dilakukannya proses mediasi sebelum masuk ke pokok perkara juga masih kurang. Oleh sebab itu perlu terus ditingkatkan upaya-upaya pengenalan cara penyelesaian secara mediasi ini kepada masyarakat secara luas, bisa melalui penyuluhan hukum ataupun mengikutsertakan masyarakat dalam pelatihan-pelatihan mediasi.

Untuk mendukung terlaksananya mediasi di Pengadilan tentu harus didukung oleh adanya sarana dan prasarana yang baik serta ketersediaan mediator yang bersertifikat dalam menyelesaikan kasus tersebut. Berdasarkan hasil wawancara dengan hakim di atas, beliau menjelaskan bahwa mediator yang ada di Pengadilan Agama Bangkinang yaitu semua Hakim yang ada di lingkungan Pengadilan Agama saja. Jumlah Mediator 8 Hakim Mediator, diantaranya 2 Hakim Mediator yang bersertifikat; dan 6 Hakim Mediator yang belum bersertifikat.

Dalam Pasal 8 PERMA Nomor 1 Tahun 2008 disebutkan bahwa yang dapat menjadi mediator di Pengadilan adalah: 1) Hakim bukan pemeriksa perkara; 2) Advokat atau akademisi hukum; 3) Profesi non hukum; 4) Hakim Majelis pemeriksa perkara.

Jadi dapat kita lihat mediator di Pengadilan Agama hanya berasal dari kalangan hakim, belum ada dari kalangan advokat, profesi non hukum dan akademisi. Untuk lancarnya proses mediasi di Pengadilan Agama maka perlu kiranya Pengadilan Agama mensosialisasikan tentang keberadaan mediasi di Pengadilan supaya pihak-pihak yang bukan dari kalangan hakim dapat berpartisipasi untuk menjadi mediator di Pengadilan Agama Bangkinang.

Terkait dengan sarana dan prasarana mediasi di Pengadilan Agama Bangkinang berdasarkan hasil wawancara, Sulem Ahmad menyatakan bahwa sarana dan

³⁶ Pasal 1 ayat (2) PERMA 01/2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan

prasarananya masih belum memadai, karena Kantor Pengadilan Agama Bangkinang masih dibangun ulang, dan seharusnya ada ruang mediasi. Sekarang kantor Pengadilan Agama Bangkinang berada menumpang bangunan di dinas koperasi yang memanfaatkan ruangan yang ada, baik ruangan hakim dan ruang pertemuan biasa.³⁷

Dari keterangan yang telah disampaikan dapat disimpulkan tentang kendala-kendala yang terjadi di lapangan terkait dengan mediasi perceraian di Pengadilan Agama: 1. mediasi tidak berjalan dengan baik karena hadirnya salah satu pihak dalam proses perkara di Pengadilan; 2. pengetahuan para pihak tentang mediasi di pengadilan masih kurang; 3. jumlah mediator hanya dari kalangan hakim; 4. sarana dan prasarana ruang yang tidak memadai; 5. sarana dan prasarana peralatan kantor untuk proses mediasi tidak memadai; 6. masih kurang mediator bersertifikat di Pengadilan Agama Bangkinang.

Kendala-kendala yang terjadi tentu saja menyebabkan tingkat keberhasilan penyelesaian sengketa secara mediasi menjadi belum maksimal, oleh sebab itu Ketua Pengadilan Agama Bangkinang perlu segera menginventaris kendala tersebut, serta melakukan upaya-upaya untuk mengatasi kendala-kendala yang ada melalui program kerja yang akan direncanakan setiap tahunnya.

Sebagai data pendukung berikut terdapat mengenai gambaran umum tentang perkara yang dilakukan dengan mediasi, adalah sebagai berikut:

Tabel 2
Gambaran Umum Sampel Penyelesaian Perkara dengan Mediasi

Periode	Jumlah Perkara terakhir	Perkara masuk	Tidak Bisa Mediasi	Mediasi	Berhasil	Tidak Berhasil
Agustus 2013	62	56	36	12	0	12
September 2013	118	67	56	13	3	10

Sumber Data: Pengadilan Agama Bangkinang 2013

Dari tabel di atas memang tidak semuanya kasus tentang keberhasilan mediasi terkait masalah perceraian. Akan tetapi secara umum proses mediasi yang dilaksanakan dengan kehadiran para pihak tingkat keberhasilannya cukup baik. Hal ini tentu perlu ditingkatkan oleh para mediator di Pengadilan Agama Bangkinang.

³⁷ Wawancara dengan Drs. Sulem Ahmad, SH., MA,..., Loc.Cit.

Model mediasi yang biasa dilakukan di Pengadilan Agama Bangkinang adalah *Evaluative mediation*, hal ini terjadi karena mediator adalah para hakim yang berada di lingkungan Pengadilan Agama Bangkinang. Supaya model mediasi yang digunakan dapat beragam, maka keberadaan mediator bersertifikat dari kalangan lainnya perlu ditingkatkan.

Mediasi di Luar Pengadilan di Kabupaten Kampar

Penelitian ini dilakukan di dua Kecamatan di Kabupaten Kampar, yaitu di Kecamatan Tambang dan Kecamatan Kampar. Proses mediasi dibagi ke dalam tiga tahap, yaitu ta-hap pramediasi, tahap pelaksanaan mediasi, dan tahap akhir implementasi hasil mediasi. Ketiga tahap ini merupakan jalan yang akan ditempuh oleh mediator dan para pihak dalam menyelesaikan sengketa mereka.³⁸

Tahap pramediasi adalah tahap awal di mana mediator menyusun sejumlah langkah dan persiapan sebelum mediasi benar-benar dimulai. Tahap pramediasi merupakan tahap amat penting, karena akan menentukan berjalan tidaknya proses mediasi selanjutnya. Pada tahap ini mediator melakukan beberapa langkah antara lain; membangun kepercayaan diri, menghubungi para pihak, menggali dan memberikan informasi awal mediasi, fokus pada masa depan, mengoordinasikan pihak bertikai, mewaspadai perbedaan budaya, menentukan siapa yang hadir, menentukan tujuan pertemuan, kesepakatan waktu dan tempat, dan menciptakan rasa aman bagi kedua belah pihak untuk bertemu dan membicarakan perselisihan mereka.³⁹

Tahap pelaksanaan mediasi adalah tahap di mana pihak-pihak yang bertikai setelah berhadapan satu sama lain, dan memulai proses mediasi. Dalam tahap ini, terdapat beberapa langkah penting antara lain; sambutan pendahuluan mediator, presentasi dan pemaparan kisah para pihak, mengurutkan dan menjernihkan permasalahan, berdiskusi dan negosiasi masalah yang disepakati, menciptakan opsi-opsi, menemukan butir kesepakatan dan merumuskan keputusan, mencatat dan menuturkan kembali keputusan, dan penutup mediasi.

Terakhir tahap akhir implementasi hasil mediasi yang merupakan tahap di mana para pihak hanyalah menjalankan hasil-hasil kesepakatan, yang telah mereka

³⁸ Sahrizal Abbas, *Op.Cit.*, hlm. 36.

³⁹ Ronal S. Kraybill, Alice Frazer Evans dan Robert A. Evans, *Peace Skills, Panduan Mediator Terampil Membangun Perdamaian*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2006, hlm. 63-67. Sebagaimana dikutip oleh Sahrizal Abbas, *Ibid.*

tuangkan bersama dalam suatu perjanjian tertulis. Para pihak menjalankan hasil kesepakatan berdasarkan komitmen yang telah mereka tunjukan selama dalam proses mediasi. Umumnya, pelaksanaan hasil mediasi dilakukan oleh para pihak sendiri, tetapi tidak tertutup kemungkinan juga ada bantuan pihak lain untuk mewujudkan kesepakatan atau perjanjian tertulis. Keberadaan hak lain disini hanyalah sekadar membantu menjalani hasil kesepakatan tertulis, setelah ia mendapatkan persetujuan dari kedua belah pihak.

Pada Kecamatan Kampar, berdasarkan hasil wawancara dengan Datuk Haji Jasmiran,⁴⁰ menyatakan bahwa pernah melakukan mediasi perceraian pada 2012 sejumlah 2 perkara. Permasalahannya adalah adanya campur tangan mertua dalam rumah tangga yang bersangkutan dan terkait masalah kenakalan anak-anak mereka. Yang terlibat dalam proses mediasi adalah paman dari masing-masing pihak beserta ninik mamak dari suku tersebut. Mediasi dilakukan dengan memanggil para pihak beserta pamannya, kemudian diundang untuk mediasi di rumah ninik mamak atau kepala suku tersebut. Proses mediasi dilakukan dengan: 1. Pada pertemuan pertama kepala suku memanggil mamak atau paman masing-masing pihak karena para pihak sudah menjelaskan kepada pamannya untuk menyelesaikan. Dalam istilah adat “kemenakan yang berbuat, pamanlah harus bertanggung jawab untuk menyelesaiannya”; 2. Pertemuan kedua memanggil para pihak yang bersengketa untuk dinasehati tentang hukum perkawinan dan diminta untuk berdamai. Apabila para pihak sepakat untuk berdamai maka dilanjutkan untuk pertemuan ketiga; 3. Pada pertemuan ketiga acara silaturahmi atau acara duduk bersama antara seluruh keluarga dan ninik mamak untuk mendoa atas kelangsungan dan kebaikan rumah tangga mereka di kemudian hari.

Dalam mediasi memang bersifat rahasia dari masyarakat, namun pihak keluarga, terutama paman dari masing-masing pihak harus mengetahui persoalan kemenakannya supaya bisa diberi nasehat yang baik. Dalam proses mediasi tidak dibuat notulensi secara tertulis. Hasil kesepakatan para pihak adalah perdamaian dan tidak melanjutkan perkara ke pengadilan.

Sedangkan di Kecamatan Tambang pada 2011 sampai dengan akhir 2012, data perkara yang diterima atau di proses oleh ninik mamak Desa Kualu Kecamatan Tambang Kabupaten Kampar, menyebutkan, untuk 2012 periode Januari - November,

⁴⁰ Wawancara dengan Datuk Haji Jasmiran, kepada Persukuan Domo, tanggal 29 Oktober 2013.

gugat cerai yang masuk mencapai 7 perkara, 5 diantaranya di selesaikan secara mediasi oleh ninik mamak sehingga bisa Rujuk kembali, dan 2 diantaranya masuk ke Pengadilan Agama Kampar. Jumlah di 2012 ini jauh meningkat dibandingkan tahun sebelumnya (2011), di mana jumlah gugat cerai yang masuk atau diproses oleh ninik mamak masih berkisar 3 atau 4 perkara. Dari hasil evaluasi oleh ninik mamak Desa Kualu Kecamatan Tambang Kabupaten Kampar, menurut H. Anwar. HS, Datuk Panglimo Rajo, mengatakan dominasi gugat cerai masih berada pada pihak wanita. Sementara untuk kasus rumah tangganya, kebanyakan disebabkan oleh perekonomian keluarga yang lemah serta mentalitas moral yang masih belum begitu siap untuk membentuk rumah tangga.⁴¹

Dari pelaksanaan proses mediasi yang dilakukan oleh ninik mamak di Kecamatan Tambang Kabupaten Kampar berjalan dengan cukup baik. Tahapan proses mediasi dilakukan, pada tahap persiapan mediasi paman dari masing-masing pihak melapor kepada ninik mamak, kemudian ninik mamak menentukan waktu dan tempat mediasi, setelah itu barulah mengundang para pihak untuk hadir dalam proses mediasi.

Dalam tahap pelaksanaan ninik mamak membuka acara mediasi, kemudian para pihak memaparkan persoalan yang terjadi di antara mereka, barulah ninik mamak memberikan nasehat-nasehat perkawinan dan meminta kepada para pihak untuk berdamai. Dalam tahap akhir mediasi ninik mamak membuat notulensi hasil mediasi tetapi dalam bahasa daerah (bahasa Ocu). Dari hasil mediasi yang telah dilakukan biasanya para pihak sepakat untuk melakukan perdamaian, sehingga tidak terjadi perceraian.⁴²

Jika dianalisis model mediasi yang digunakan dalam penyelesaian di luar pengadilan ini adalah model *settlement mediation*. model ini dikenal sebagai mediasi kompromi merupakan mediasi yang tujuannya adalah untuk mendorong terwujudnya kompromi dari tuntutan kedua belah pihak yang sedang bertikai. Dalam mediasi model ini, tipe mediator yang dikehendaki adalah yang berstatus tinggi, sekalipun tidak terlalu ahli dalam proses dan teknik-teknik mediasi. Adapun peran yang dapat dimainkan oleh mediator adalah menentukan “*bottom lines*” dari disputan dan secara persuasif mendorong kedua belah pihak bertikai untuk sama-sama menurunkan posisi mereka ke titik kompromi. Dalam hal ini mediator yang

⁴¹ Abdul Salam, *Op.Cit.*, hlm. 13.

⁴² *Ibid.*, hlm. 56-63.

dimaksud adalah ninik mamak atau kepala suku adat, yang memiliki peran yang sangat besar dalam mengatur kehidupan masyarakat di persukuannya.

Ninik mamak memiliki peran penting dalam menjaga ketertiban dalam masyarakat, dan sebagai pihak yang memiliki kewenangan dalam menyelesaikan perkara di luar pengadilan salah satunya melalui mediasi ini, maka peran ini tentu perlu ditingkatkan. Peningkatan peran ninik mamak ini dapat dilakukan dengan memberikan pendidikan mediasi kepada para ninik mamak. Karena pelatihan mediasi yang dilaksanakan oleh Mahkamah Agung, maka kerja sama pemerintah daerah dalam membina dan mengembangkan peran ninik mamak dalam masyarakat terutama dalam menyelesaikan sengketa yang terjadi dalam masyarakat melalui mediasi perlu dilakukan.

Kelebihan dan Kekurangan Mediasi

Dari hasil penelitian yang dilakukan dalam penyelesaian sengketa secara mediasi untuk kasus perceraian di Kabupaten Kampar baik di Pengadilan Agama maupun di luar pengadilan, responden menjawab bahwa kelebihan mediasi adalah sebagai berikut: 1. bersifat rahasia; tidak diketahui secara luas oleh masyarakat, baik mediasi di Pengadilan maupun di luar pengadilan. Karena kasus perceraian adalah kasus yang sangat dirahasiakan oleh para pihak supaya persoalan rumah tangga mereka tidak diketahui khalayak umum; 2. tidak memakan biaya yang besar; dalam proses mediasi di luar pengadilan, para pihak hanya menyediakan makanan ala kadarnya untuk menjamu ninik mamak dalam proses mediasi. Itupun tidak ada kewajiban untuk menjamu para ninik mamak tersebut, dan ninik mamak sebagai mediator tidak dibayar untuk menyelesaikan masalah tersebut; 3. rasa kekeluargaan dapat tumbuh kembali; karena dalam proses mediasi dengan menghadirkan mamak atau paman masing-masing pihak dan ninik mamak sebagai mediator biasanya para pihak dapat berbaikan kembali karena rasa segan dan menghormati para tetua adat dan untuk menjaga nama baik keluarga besar kedua belah pihak; 4. mediasi memberikan kesempatan pada para pihak untuk berpartisipasi secara langsung dan secara informal dalam menyelesaikan sengketa; dalam mediasi para pihak selalu diminta untuk mengemukakan pendapat dan menjelaskan apa yang menjadi persoalan di antara mereka; 5. mediasi dapat mengubah hasil, dengan suatu kepastian melalui *consensus*; kesepakatan yang dihasilkan biasanya adalah perdamaian, sehingga pihak yang tadinya ingin bercerai dapat mengurungkan

niatnya untuk bercerai; 6. mediasi mampu menghilangkan konflik; dengan nasehat-nasehat perkawinan yang diberikan oleh mediator, membuat para pihak menyadari kesalahan dan kekurangan masing-masing dan berjanji untuk tidak mengulangi lagi.

Sedangkan kekurangan dalam proses mediasi adalah: 1. karena rasa segan ke ninik mamak dan paman, tidak menukik pada akar masalah; 2. lebih dominan ninik mamak dalam mengemukakan pendapat; 3. relatif tidak ada kepastian hari untuk bertemu karena harus menyesuaikan dengan jadwal ninik mamak dan paman masing-masing pihak; 4. notulensi tidak tercatat secara sistematis bahkan bersifat lisan.

Penutup

Penelitian ini menyimpulkan, *pertama*, penyelesaian sengketa perceraian secara mediasi di Pengadilan Agama Bangkinang belum berjalan maksimal dimana dalam setiap perkara yang masuk ke Pengadilan Agama Bangkinang memang diupayakan proses mediasi terlebih dahulu. Akan tetapi masih terdapat kendala-kendala di lapangan seperti: Mediasi tidak dapat berjalan jika tidak hadirnya salah satu pihak dalam proses perkara di Pengadilan, Pengetahuan para pihak tentang mediasi di pengadilan masih kurang, Jumlah mediator hanya dari kalangan hakim, sarana, dan prasarana ruang yang tidak memadai, Sarana dan prasarana peralatan kantor untuk proses mediasi tidak memadai, Masih kurang mediator bersertifikat di Pengadilan Agama bangkinang.

Kedua, penyelesaian sengketa perceraian secara mediasi di luar pengadilan di Kabupaten Kampar sudah cukup baik karena mediatorya adalah ninik mamak dari persukuan para pihak ditambah dengan mamak atau paman dari masing-masing pihak. Secara emosional mereka terikat hubungan yang baik dengan para mediator, dan rasa segan kepada para mediator membuat para pihak dapat menurunkan emosi dan mendengarkan nasehat mediator atas persoalan rumah tangga yang mereka hadapi.

Ketiga, kelebihan dan kekurangan dalam proses mediasi dalam kasus perceraian di Kabupaten kampar adalah sebagai berikut. Untuk kelebihan antara lain: proses mediasi bersifat rahasia, tidak memakan biaya yang besar, rasa kekeluargaan dapat tumbuh kembali, mediasi memberikan kesempatan pada para pihak untuk

berpartisipasi secara langsung dan secara informal dalam menyelesaikan sengketa, Mediasi dapat mengubah hasil, dengan suatu kepastian melalui consensus, mediasi mampu menghilangkan konflik. Sedangkan kekurangan dalam proses mediasi adalah: Karena rasa segan ke ninik mamak dan paman, tidak menuik pada akar masalah. Lebih dominan ninik mamak dalam mengemukakan pendapat, relatif tidak ada kepastian hari untuk bertemu karena harus menyesuaikan dengan jadwal ninik mamak dan paman masing-masing pihak. Notulensi tidak tercatat secara sistematis bahkan ada yang secara lisan.

Oleh sebab itu diharapkan Pengadilan Agama Bangkinang di samping melakukan sosialisasi terhadap proses penyelesaian sengketa secara mediasi di Pengadilan Agama Bangkinang supaya para pihak yang berperkara akan menempuh jalur mediasi terlebih dahulu sebelum masuk pada pemeriksaan pokok perkara, di samping itu diharapkan peran mediator bersertifikat selain dari hakim Pengadilan Agama Bangkinang untuk mendaftarkan diri sebagai mediator di Pengadilan Agama Bangkinang, melengkapi sarana dan prasarana mediasi di Pengadilan Agama Bangkinang.

Proses penyelesaian secara mediasi di luar pengadilan perlu digalakkan karena dengan adanya penyelesaian sengketa perceraian secara mediasi di luar pengadilan tentu saja akan menurunkan tingkat perceraian dalam masyarakat. Mediator di luar Pengadilan diharapkan membuat notulensi secara sistematis dan terjadwal dengan baik, dan apabila memungkinkan para mediator atau ninik mamak dapat mengikuti pelatihan tentang mediasi yang diadakan oleh perguruan tinggi ataupun lembaga-lembaga negara lainnya.

Daftar Pustaka

- Abbas, Syahrizal, "Mediasi dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional", Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009.
- Dewi, D.S., "Implementasi PERMA Nomor 1 Tahun 2008 Tentang Prosedur Mediasi Pengadilan", makalah pada Pelatihan Mediator yang diselenggarakan oleh IICT bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Riau, 2011.
- HS., Salim, "Pengantar Hukum perdata tertulis (BW)", Sinar Grafika, Jakarta, 2005.
- Mertokusumo, Sudikno, Sejarah peradilan dan perundang-undangannya di Indonesia sejak 1942, PT Gunung Agung, 1973.

____ "Sistem Peradilan di Indonesia", 24 Maret 2008, <http://sudiknoartikel.blogspot.com/2008/03/sistem-peradilan-di-indonesia.html>, diakses 29 November 2013.

Mahkamah Agung RI., *Mediasi dan Perdamaian*, MA-RI, Jakarta, 2004, sebagaimana dikutip oleh Nurnaningsih Amriani, 2012, "Mediasi Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdata di Pengadilan", RajaGrafindo Persada, Jakarta.

Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta, 2009.

Prodjohamidjojo, Martiman, "Hukum Perkawinan dalam Tanya Jawab", Cetakan Keenam, Indonesia Legal Center Publishing, Jakarta, 2011.

Sunggono, Bambang, "Metode Penelitian Hukum", RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1996.

Salam, Abdul, "Pelaksanaan Mediasi dalam Perkara Perceraian pada Masyarakat Adat di Desa Kualu Kecamatan Tambang Kabupaten Kampar", Skripsi, Pekanbaru, 2013.

Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, "Kamus Besar Bahasa Indonesia", Departemen Pendidikan dan Ke-budayaan, Jakarta, 1988.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Undang-Undang Nomr 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Kompilasi Hukum Islam.

Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Mediasi di Pengadilan.

Wawancara dengan Datuk Haji Jasmiran, kepala Persukuan Domo.

Wawancara dengan Tommy Andesta Siahaan, Staf Biro Hukum Pengadilan Agama Bangkinang.

Wawancara dengan Drs. Sulem Ahmad, SH., MA, Hakim Mediator bersertifikat.