

Redesain Sistem Pengangkatan dan Pemberhentian Hakim di Indonesia

Idul Rishan
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Jln. Tamansiswa No. 158 Yogyakarta
IdulRizhan@gmail.com

Abstrak

This study reviews the redesign of the appointment and dismissal of judges in Indonesia. This is a prescriptive-normative judicial research conducted using the legislation approach, historical approach, and conceptual approach. The study concluded that the redesign of the judge appointment and dismissal system can be formulated with a variety of formulations. First, it is by organizing a constitutional basis to realign the will of judicial independence and by acknowledging the existence of an independent state organ in the constitution to rearrange the complicated power relations of the Supreme Court, the Judicial Commission and the Constitutional Court. Second, it is by carrying out the merit in the judge appointment system to maintain the constellation of the checks and balances principle. After reforming the mechanism of judge appointment, then the third one is by initiating the course of judge impeachment in an integrative manner as a form of accountability of the judiciary power in the non-judicial realm.

Keywords: Redesign, appointment and dismissal, judge

Abstrak

Penelitian ini mengkaji tentang redesain pengangkatan dan pemberhentian hakim di Indonesia. Jenis penelitian ini yuridis normatif yang bersifat preskriptif. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan peraturan perundang-undangan, pendekatan historis, dan pendekatan konseptual. Hasil penelitian menunjukkan bahwa redesain sistem pengangkatan dan pemberhentian hakim dapat dirumuskan dengan beberapa formulasi. Pertama, menata landasan konstitusional dengan meluruskan kembali kehendak independensi peradilan, mengakui eksistensi organ negara independen di dalam konstitusi, hingga mengatur kembali benang kusut relasi kekuasaan Mahkamah Agung, Komisi Yudisial, dan Mahkamah Konstitusi. Kedua, mengusung merit sistem pengangkatan hakim dengan menjaga konstelasi prinsip checks and balances. Setelah melakukan pembenahan dalam mekanisme pengangkatan hakim, maka yang ketiga adalah menggagas jalur impeachment hakim secara integratif sebagai wujud akuntabilitas kekuasaan yudikatif dalam ranah non yustisi.

Kata Kunci; Redesain, pengangkatan dan pemberhentian, hakim

Pendahuluan

Salah satu aspek fundamental dalam *blueprint* kekuasaan yudikatif di masa reformasi adalah pengaturan pengangkatan dan pemberhentian hakim di Indonesia. Mengapa demikian, tentu terdapat korelasi antara sistem pengangkatan hakim (*judicial recruitment process/judicial appointment*) dengan jaminan independensi peradilan, begitu juga sistem pemberhentian hakim (*judicial dismissal process*) dengan akuntabilitas peradilan. Masing-masing sistem tersebut membawa pengaruh besar terhadap penyelenggaraan kekuasaan yudikatif.

Sistem pengangkatan hakim (*judicial recruitment process*), merupakan instrumen yang dibutuhkan untuk melahirkan sosok hakim yang berintegritas dan kapabilitas. Tidak heran tesis Oddete Buittendam menjadi dasar teori yang tidak terbantahkan. *Good judge are not born but made*. Artinya hakim yang baik itu hanya lahir melalui sistem yang baik. Ibarat menjadi pembenaran catatan historis telah membuktikan di era orde lama dan orde baru sistem rekrutmen hakim sangat beraroma politis.¹ Tidak heran jabatan kehormatan hakim sebagai penjaga keadilan diobral dan harus tunduk terhadap keinginan atau hasrat korup para penguasa.

Sementara itu pada tataran sistem pemberhentian hakim (*judicial dismissal process*), merupakan instrumen pertanggungjawaban politik seorang hakim terhadap warga negara. Artinya sebagai ruh dari nilai-nilai demokrasi, seorang hakim dituntut akuntabel dalam ranah yustisi maupun non yustisi kepada setiap warga negara.

Metode tambal sulam konstitusi yang dirajut pada masa transisi tampaknya mencoba mengakomodir masing-masing instrumen tersebut. Buah manis amandemen konstitusi mendorong lahirnya peran organ negara independen dalam sistem pengangkatan hakim dan pemberhentian hakim. Suatu penerobosan yang cukup memberi warna baru ketika hasil amendemen tersebut mengusung nuansa pencerahan dengan membentuk Komisi Yudisial. Langkah pemikiran yang

¹ Terungkap pada masa setelah kemerdekaan, Soekarno pada saat itu kerap mengintervensi perkara-perkara tertentu dalam proses peradilan. Lebih lanjut pada masa orde baru Soeharto dengan kooptasi politiknya terhadap jabatan ketua Mahkamah Agung. Sebastian Pompe, *Runtuhnya Institusi Mahkamah Agung*, Lembaga Kajian dan Advokasi Untuk Independensi Peradilan, Jakarta, 2012, hlm. 98 dan 165.

sangat maju ketika virus mafia peradilan kian melembaga dalam kekuasaan yudikatif.

Hadirnya Komisi Yudisial seolah menjadi puncak harapan para *justice seeker* dalam mengawal proses peradilan, khususnya wakil tuhan di muka bumi. Komisi Yudisial mempunyai wewenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan wewenang lain dalam rangka menjaga, menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim.² Kewenangan ini secara otomatis berfungsi untuk menjamin perekrutan hakim agung yang kredibel, dan menjaga kontinuitas hakim-hakim yang bertugas di lapangan, untuk tetap berpegang teguh pada nilai-nilai moralitasnya sebagai seorang hakim yang patut memiliki integritas dan kepribadian tidak tercela, jujur, adil, serta menjunjung tinggi nilai-nilai profesionalisme.

Hubungan kausalitas yang timbul, membawa konsekuensi logis agar warga negara maupun para *justice seeker* di luar struktur resmi lembaga peradilan, dapat berpartisipasi mulai dari proses rekrutmen, kinerja, sampai dengan kemungkinan pemberhentian hakim (*impeachment of judge*). Namun setelah hampir melewati fase selama satu dekade lebih, *political will* yang di usung awal-awal reformasi tersebut banyak menuai kebuntuan. Khususnya dalam hal pengangkatan dan pemberhentian hakim di Indonesia. Dalam hal pengangkatan hakim, landasan konstitusional dan level undang-undang seolah-olah mengatur secara terpisah sistem pengangkatan hakim karier, hakim agung, dan hakim konstitusi. Lebih satu dekade ternyata praktik ini menyisakan sejumlah masalah dan berjalan secara tidak linear (*non integrated judiciary system*).

Misalnya dalam hal sistem pengangkatan hakim karier. Belum lama ini, undang-undang paket kekuasaan kehakiman harus berujung uji materi di Mahkamah Konstitusi. Hal ini terkait dengan penolakan jajaran hakim Mahkamah Agung yang resisten terhadap keterlibatan Komisi Yudisial dalam pengangkatan hakim karier. Semakin diperburuk ketika Mahkamah Konstitusi (MK) mengabulkan seluruh permohonan Ikatan Profesi Hakim di Indonesia (IKAHI).

² Lihat Pasal 24B UUDN RI Pasca Amandemen.

MK menyatakan bahwa keterlibatan KY dapat mengganggu tatanan independensi peradilan.

Dalam hal pengangkatan hakim agung pun demikian. Bangunan relasi kekuasaan yang melibatkan Komisi Yudisial (KY), Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), dan Presiden³ harus kembali di luruskan oleh Mahkamah Konstitusi (MK). Melalui putusan MK, relasi antara KY-DPR dan Presiden kembali dirumuskan dengan meminimalisir peran DPR dalam memilih hakim agung. Imbasnya DPR tidak lagi mempunyai peran dalam “memilih” calon hakim agung yang diajukan oleh KY, melainkan hanya dalam hal menyetujui atau tidak (*right to confirm*).⁴

Dalam hal pengangkatan hakim Mahkamah Konstitusi (MK) juga demikian. Kewenangan atributif yang dijamin secara konstitusional dalam UUD perlu ditafsirkan secara detail (atomistik) dalam level undang-undang. Sembilan hakim konstitusi yang diangkat oleh Presiden yang masing-masing tiga orang berasal dari DPR, MA, dan Presiden⁵ perlu kembali disempurnakan. Undang-undang tidak secara jelas mengatur mekanisme seleksi yang transparan dan akuntabel terhadap hakim konstitusi. Tidak heran banyak legalitas pengangkatan hakim Mahkamah Konstitusi berujung di PTUN karena dianggap tidak transparan dan akuntabel. Misalnya saja Akil Mochtar dari DPR, Patrialis Akbar dari Presiden, dan baru-baru ini Suhartoyo dari Mahkamah Agung yang prosesnya dinilai kurang transparan dan akuntabel.

Sengkarut permasalahan dalam pengangkatan hakim di Indonesia, secara otomatis berpengaruh besar terhadap sistem pemberhentiannya. Artinya, jika proses “hulunya” bermasalah sudah dapat dipastikan “hilirnya” pun bermasalah.

Aspek pemberhentian hakim menjadi isu yang patut dibedah kembali pasca amandemen. Merebaknya berbagai skandal yang melibatkan hakim dari berbagai institusi peradilan, telah membuka kembali perdebatan tentang akuntabilitas peradilan. Jika merunut praktik yang terjadi di Indonesia, terdapat proses pemberhentian (*impeachment process*) hakim yang kabur antara hakim karir, hakim agung, dan hakim konstitusi. Masing-masing hakim mempunyai cara serta proses

³ Lihat Pasal 24A ayat (3) UUDN RI Pasca Amandemen.

⁴ Lihat Putusan MK Nomor 27-PUU/XI/2013.

⁵ Lihat Pasal 24C ayat (3) UUDN RI Pasca Amandemen.

pemberhentian yang berbeda. Proses yang tidak berimbang mewarnai kekuasaan yudikatif jika melihat praktik pemberhentian hakim selama ini.

Dengan dalih independensi peradilan seolah tidak ada cabang kekuasaan lain yang bisa mengimbangi proses pemberhentian hakim di Indonesia. Padahal, ketika *Judicial Council* (Komisi Yudisial) di adopsi dalam struktur ketatanegaraan Indonesia, sudah semestinya organ ini bisa menjadi wadah awal dalam merumuskan *judicial impeachment process* dengan melibatkan cabang kekuasaan lain seperti yang sudah dipraktikan di negara-negara lain. Namun momentum tersebut hilang karena berbenturan dengan model *one roof system* pada kekuasaan yudikatif.

One roof system kini perlahan-lahan bergerak sebagai instrumen kekuasaan bergaya hak milik. Sistem pemberhentian hakim seolah menjadi otoritas penuh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, tanpa diikuti perimbangan cabang kekuasaan lain. Proses ini menjadi irasional jika melihat status hakim sebagai pejabat negara (*state aparatur*).

Hasil amandemen konstitusi dan integrasi dalam level undang-undang, belum mengatur secara jelas terkait dengan sistem pemberhentian hakim (*judicial impeachment process*) secara terpadu dan koheren di Indonesia. Perlunya pembenahan dalam *judicial impeachment process* tentunya menjadi indikator akuntabilitas kekuasaan yudikatif terhadap cabang kekuasaan lainnya. Tujuan utama dalam mengusung *judicial impeachment process* bukan hanya sekedar menciptakan akuntabilitas peradilan, tetapi yang lebih penting dan strategis agar terdapat gagasan penyempurnaan terkait mekanisme pemberhentian hakim dalam rumpun kekuasaan yudikatif.

Perlunya desain ulang (*redesign*) sistem pengangkatan dan pemberhentian hakim di Indonesia menjadi kajian penting dalam menggagas penyempurnaan kekuasaan yudikatif di Indonesia. Pembaharuan dibutuhkan mengingat perkembangan masyarakat Indonesia yang semakin demokratis. Para *justice seeker* yang semakin menuntut adanya sistem pengangkatan dan pemberhentian hakim yang efektif, efisien, profesional, transparan, akuntabel dan terpercaya.

Hal ini tentu menjadi topik yang menarik. Mengingat, penelitian-penelitian terdahulu belum mampu menggagas *redesain* sistem pengangkatan dan

pemberhentian hakim di Indonesia. Oleh karena itu, kajian ini perlu direspon dalam ruang lingkup akademik. Kemudian dipandang layak untuk melakukan penelitian lebih lanjut, dan menuangkannya ke dalam bentuk penelitian.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka dirumuskan permasalahan yang akan dikaji yaitu bagaimana redesain sistem pengangkatan dan pemberhentian hakim di Indonesia?

Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan untuk memperoleh formulasi redesain sistem pengangkatan dan pemberhentian hakim. Redesain dilakukan dengan merumuskan ulang desain sistem pengangkatan sampai dengan pemberhentian hakim di Indonesia.

Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penelitian kualitatif. Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif yang merupakan penelitian pustaka tentang kajian hukum positif bersifat preskriptif.⁶ Pendekatan yang dipakai antara lain pendekatan peraturan perundang-undangan, pendekatan historis, dan pendekatan konseptual.⁷ Data yang dipakai adalah data sekunder. Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer berupa hukum tertulis yang mengikat, bahan hukum sekunder berupa risalah undang-undang, buku, jurnal, artikel, dan bahan hukum tersier berupa kamus-kamus.⁸

⁶ F. Sugeng Istanto, *Penelitian Hukum*, Cv Ganda, Yogyakarta, 2007, hlm 29.

⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada, Media Group, Jakarta, 2005, hlm 29.

⁸ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1986, hlm 51.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Redesain Pengangkatan & Pemberhentian Hakim

Dalam merumuskan redesign sistem pengangkatan dan pemberhentian hakim dalam rumpun kekuasaan yudikatif, hasil penelitian menunjukkan terdapat tiga hal yang menjadi dasar reformulasi. *Pertama*, menata landasan konstitusional. *Kedua*, merit sistem pengangkatan hakim. *Ketiga*, menggagas jalur *impeachment* hakim.

Menata Landasan Konstitusional

Gagasan amandemen kelima UUD 1945 bukanlah hal yang tabu untuk diperbincangkan. Refleksi konstitusi selama lebih dari satu dekade memperlihatkan secara jelas begitu banyak kelemahan yang urgen untuk dibenahi. Khususnya dalam rumpun kekuasaan yudikatif, menata kembali landasan konstitusional merupakan hal ihwal untuk mewujudkan stabilitas penyelenggaraan kekuasaan yudikatif.

Terdapat beberapa materi muatan yang wajib direformulasikan agar politik hukum kekuasaan yudikatif memiliki kejelasan konstitusional (*clear constitutional arrangements*). *Pertama*, meluruskan kembali tafsir independensi peradilan. Tentu pertanyaan yang muncul adalah seperti apa kehendak independensi peradilan yang akan dijamin dalam konstitusi?

Secara tekstual, konstitusi terlalu memberikan definisi independensi peradilan yang sangat minimalis namun ditafsirkan secara liberal. Jika menganalisis Pasal 24 ayat (1) UUD Pasca Amandemen yang menyatakan “Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”, definisi kemerdekaan kekuasaan kehakiman (*judicial independence*) menjadi konsep yang sangat minimalis. Sebab kemerdekaan kehakiman menjadi kabur (*vague*) dalam arti yustisi ataukah arti non yustisi. Kekaburan ini kemudian diperumit melalui aturan undang-undang (*further regulation*) yang menyatakan kemerdekaan tersebut mencakup seluruh aspek baik yustisi maupun non yustisi.

Jika mengacu pada deklarasi internasional mengenai penyelenggaraan kekuasaan yudikatif, terdapat beberapa instrumen yang menafsirkan tentang independensi peradilan (*judicial independence*). *Syracuse Principles* 1981 memberi definisi bahwa;

“Setiap hakim bebas untuk memutuskan suatu masalah sesuai dengan fakta yang ditemukannya dan pengertiannya, tanpa pengaruh yang tidak layak, bujukan, atau tekanan-tekanan, langsung atau tidak langsung, pada setiap tingkatan. Kemudian lebih lanjut dinyatakan bahwa badan peradilan independen dari eksekutif dan legislatif.”⁹

IBA Minimum Standards of Judicial Independence 1982 memberi pengertian bahwa independensi dibagi menjadi dua aspek yaitu independensi personal dan independensi substantif.

“Independensi personal merupakan syarat dan kondisi untuk menjamin agar hakim secara individual tidak berada di bawah kontrol eksekutif. Independensi substantif berarti dalam menjalankan fungsinya sebagai hakim, hanya terikat pada hukum dan keyakinannya.”¹⁰

Montreal Universal Declaration on the Independence of Justice 1983 memberi pengertian bahwa;

“Seorang hakim harus bebas, dan menjadi kewajibannya untuk memutuskan perkara yang dihadapi secara imparial, berdasarkan penilaiannya terhadap fakta dan pemahamannya terhadap hukum, tanpa batasan, pengaruh, bujukan, tekanan, ancaman, atau intervensi langsung, dari pihak manapun atau untuk alasan apapun. Kekuasaan kehakiman independen terhadap eksekutif dan legislatif.”¹¹

UN Basic Principles of the Independence of Judiciary 1985 memberi penafsiran mengenai independensi peradilan bahwa;

“Kekuasaan kehakiman harus memutuskan perkara yang dihadapinya secara tidak memihak, berdasarkan fakta dan menurut hukum, tanpa batasan, pengaruh, bujukan, tekanan, ancaman, atau intervensi, langsung atau tidak langsung, dari pihak manapun atau untuk alasan apapun.”¹²

⁹ Lihat *Syracusa Principle* 1981, *Definition Part II*, Art 2 (1),(2).

¹⁰ Lihat *IBA Minimum Standards of Judicial Independences* 1982, Pasal 1 Huruf (a), (b), dan (c).

¹¹ *Montreal Universal Declaration on the Independence of Justice* 1983, Pasal 2.02, dan Pasal 2.04.

¹² *UN Basic Principles of the Independence of Judiciary* 1985, *Independent of Judiciary*, Angka (2).

Beijing Principles 1995, memberi penafsiran mengenai independensi peradilan bahwa;

Kekuasaan kehakiman harus memutuskan perkara yang dihadapinya secara tidak memihak, berdasarkan penilaiannya terhadap fakta dan pemahamannya terhadap hukum, tanpa pengaruh yang tidak seharusnya langsung atau tidak langsung dari pihak manapun.¹³

The Bungalowore Principles of Judicial Conduct 2002, memberi penafsirannya mengenai independensi peradilan bahwa;

“Independensi kekuasaan kehakiman merupakan hal yang diwajibkan untuk tegaknya *rule of law* dan suatu jaminan mendasar terhadap peradilan yang jujur. Seorang hakim harus mempertahankan dan menunjukkan independensi kekuasaan kehakiman baik secara individual maupun aspek institusional”.¹⁴

Beberapa deklarasi internasional di atas, tidak ada yang memberikan definisi yang persis sama antara masing-masing deklarasi. Namun dapat ditarik kesimpulan bahwa independensi peradilan (*judicial independence*) lebih dititik beratkan pada persoalan yang bersifat yustisi atau teknis peradilan. Secara garis besar dapat dirumuskan, indikator independensi peradilan meliputi (1) aspek kelembagaan; sebagaimana posisi teoritiknya tidak menjadi bagian dari kekuasaan eksekutif ataupun legislatif. (2) aspek fungsional; dalam proses fungsinya menjalankan proses peradilan, tidak ada satupun bentuk tekanan atau intervensi dari cabang kekuasaan lain dalam hal yang bersifat teknis peradilan. Dan (3) aspek personal hakim; seorang hakim independen secara individu dalam memutuskan suatu perkara tanpa adanya tekanan dari rekan sejawat ataupun hierarki intitusi internal badan peradilan.

Dari penjelasan di atas dapat disimpulkan ranah non yustisi peradilan tidak mempunyai hubungan kausalitas dengan independensi peradilan. Praktik di beberapa negara pun juga memperlihatkan bahwa urusan non yustisi peradilan (*court administration*) diserahkan pada organ negara independen layaknya *judicial council* yang justru hadir sebagai bentuk akuntabilitas peradilan. Oleh karena itu kekuasaan kehakiman yang merdeka sebagaimana yang tercantum dalam UUD

¹³ Beijing Principles 1995, Pasal 3 Huruf (a).

¹⁴ The Bungalowore Principles of Judicial Conduct 2002, Value 1, Independence.

1945 pasca amandemen, bukanlah tafsir kemerdekaan kekuasaan sebeb-bebasnya, dalam seluruh sendi-sendi penyelenggaraan kekuasaan kehakiman.

Kedua, menjamin eksistensi Komisi Negara Independen (*independent agency*) sebagai cabang kekuasaan baru. Perkembangan ketatanegaraan bangsa Indonesia saat ini, tidak bisa terlepas dari peran organ-organ negara independen. Menjamurnya organ negara independen pasca amandemen konstitusi menuntut adanya porsi tersendiri sebagai cabang kekuasaan keempat (*the fourth branch of government*).

Amerika adalah salah satu negara percontohan yang telah mengakui eksistensi organ negara independen sebagai cabang kekuasaan keempat (*The headless fourth branch of government*). *Checks and balances* tidak lagi dimaknai sebagai perimbangan kekuasaan antara eksekutif, legislatif dan yudikatif, melainkan telah berkembang dan diimbangi oleh fungsi organ negara independen.¹⁵ Apa yang dipraktikkan di Amerika menjadi pintu masuk ketatanegaraan Indonesia untuk mengusung tesis tersebut.

Perlunya kehendak politik untuk memberikan porsi tersendiri di dalam konstitusi bukanlah hal yang mustahil. Komisi Yudisial (KY), Komisi Pemilihan Umum (KPU), Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK), Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) adalah beberapa diantara yang berpeluang mendapatkan *constitutional importance* dalam UUD. Pemberian porsi ini tidak lepas dari fungsinya menjaga stabilitas perimbangan kekuasaan (*checks and balances*).

Kehendak untuk mengakui eksistensi organ independen sebagai cabang kekuasaan baru, tidak lain untuk mengurangi resistensi terhadap relasi kekuasaannya dengan organ negara utama. Pengalaman ketatanegaraan telah membuktikan organ negara independen sangat rentan konflik dengan organ-organ utama yang begitu kuat dan berpola. KPK versus Polri, KY versus MA dan MK, adalah sejumlah kisah yang seharusnya diminimalisir bahkan tidak perlu ada ke depan nanti.

¹⁵ Denny Indrayana, *Negara Antara Ada dan Tiada; Reformasi Hukum Ketatanegaraan*, Kompas, Jakarta, 2008, hlm. 28. Lihat juga Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan & Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 8

Kenyataan ini tidak bisa dipungkiri karena organ negara independen hanya mempunyai legitimasi yuridis yang sangat minimalis. Kelemahan posisi teoritik ini seringkali membuat organ negara independen sangat sulit untuk membangun *corporate culture* dengan mitra kerjanya. Oleh karena itu, untuk menguatkan fungsi KY dalam menjaga independensi dan akuntabilitas peradilan, perlu reposisi kelembagaan. Artinya KY tidak lagi menjadi bagian dalam kekuasaan kehakiman. KY bisa diposisikan secara khusus pada cabang kekuasaan baru yaitu kekuasaan organ negara independen, pada materi muatan konstitusi ke depan. Sebab memberi porsi KY dalam BAB IX Kekuasaan Kehakiman telah memberikan dampak buruk secara sistemik terhadap relasi kekuasaan KY, MA, bahkan MK.

Ketiga, mengurai benang kusut MA-KY dan MK. Ini menjadi materi muatan penting guna meluruskan kembali fungsi KY terhadap MA dan MK. Reformulasi relasi kekuasaan dapat ditempuh dengan cara redistribusi kekuasaan non yustisi terhadap KY. Konstitusi harus memberi kehendak yang jelas terhadap kewenangan yang diberikan KY tanpa mendikotomikan status hakim, hakim agung ataupun hakim konstitusi. Hal ini untuk memberi penegasan yang jelas terhadap subjek kewenangan KY.

Maka konsekuensi logis yang ditimbulkan adalah kekuasaan yudikatif tidak lagi mengadopsi *one roof system* manajerial peradilan. Artinya baik MA maupun MK di desain bergandengan dengan KY dalam menjaga stabilitas independensi dan akuntabilitas peradilan. Kehendak politik harus mendudukan KY sebagai mitra utama MA dan MK dalam melaksanakan penyelenggaraan kekuasaan yudikatif dalam bidang non yustisi.

Pembagian kekuasaan non yustisi bisa diatur secara rinci oleh undang-undang. Misalnya saja mengenai lingkup pengawasan KY terhadap semua hakim baik hakim karir, hakim agung maupun hakim konstitusi. Sistem seleksi hakim yang melibatkan KY, sampai dengan pembinaan hakim melalui promosi dan mutasi di Mahkamah Agung.

Merit Sistem Pengangkatan Hakim

Jika konstitusi telah melakukan purifikasi terhadap independensi peradilan, sampai dengan meluruskan relasi MA, KY, dan MK, tibalah saatnya undang-

undang mengatur tata cara sistem pengangkatan hakim yang lebih merit. Harus diakui merit sistem dalam sistem pengangkatan hakim merupakan pendekatan yang paling populer diadopsi oleh negara-negara eropa kontinental.¹⁶ Bahkan laporan penelitian dari *Global Corruption Report in Judicial System* pada 2007 menyatakan bahwa untuk mencegah politisasi dalam sistem pengangkatan hakim di suatu negara, setidaknya memenuhi tiga indikator yaitu; (1) melibatkan organ negara independen, (2), berdasarkan sistem yang lebih merit (*merit based system*) dan (3) melibatkan partisipasi *civil society*.¹⁷ Oleh karena itu, formulasi merit sistem perlu dilakukan secara komprehensif meliputi hakim karir, hakim agung dan hakim konstitusi.

Pertama, pola pengangkatan hakim karir. Pasca putusan MK Nomor 43/PUU-XIII/2015, sistem seleksi hakim karir menjadi domain tunggal MA.¹⁸ Ini menjadi salah satu sistem yang fundamental harus dirombak. Sebab dalam puseran kekuasaan MA, seleksi hakim karir menjadi tidak transparan. Persoalannya siapa yang mengawasi cara kerja MA dalam sistem seleksi hakim karir? Kepada siapa MA akuntabel? Oleh karena itu, perlu diformulasikan sistem yang jauh lebih merit.

Jika dulunya pengangkatan hakim karier hanya menjadi domain tunggal MA, maka sudah seharusnya KY dilibatkan untuk membuat sistem rekrutmen yang lebih bermutu. Sistem ini merupakan jawaban agar sistem rekrutmen hakim karier dilakukan secara partitsipatif, transparan dan akuntabel. Ketika KY mempunyai wewenang melakukan sistem rekrutmen (*judicial recruitment*) terhadap hakim agung, maka sudah seharusnya hakim karier juga menjadi ranah kewenangan KY. Melibatkan KY dalam seleksi dan pengangkatan hakim karir akan membuat sistem menjadi jauh lebih merit.

Tidak hanya itu, keterlibatan KY dalam sistem seleksi dan pengangkatan hakim karier merupakan cara adopsi perspektif masyarakat sipil. Termasuk di dalamnya *screening* terhadap rekam jejak bakal calon. Artinya melalui keterlibatan KY dalam proses seleksi dan pengangkatan hakim karier, masyarakat benar-benar

¹⁶ Peter Mc Cormick, "Selecting Trial Court Judges; A Comparison of Contemporary Practice" Study Commissioned by the Commission of Inquiry into the Appointment Process for Judges in Quebec, Canada, 1 September 2010.

¹⁷ Global Corruption Report, *Corruption in Judicial System, Transparancy Internasional*; Cambridge University Press, New York, 2007, hlm. xxv

¹⁸ Lihat Putusan MK Nomor 43/PUU-XIII/2015.

dilibatkan mulai dari proses seleksi hakim sampai dengan kemungkinan pemberhentian hakim.

Dalam hal mekanisme perimbangan kekuasaannya, calon hakim karir diusulkan oleh Komisi Yudisial ke parlemen (DPR atau DPD)¹⁹ setelah di seleksi bersama dengan Mahkamah Agung. Dalam hal ini parlemen menyatakan setuju atau tidak setuju (*the right to confirm*) kemudian calon hakim karir diangkat oleh Presiden melalui Keputusan Presiden. Persetujuan di parlemen tidak dalam bentuk *fit and proper test* tersendiri lagi namun dalam bentuk konfirmasi. Model seperti ini memberikan jaminan perimbangan di masing-masing cabang kekuasaan. Lebih dari pada itu, model ini semakin mengukuhkan status hakim karir tidak lagi identik dengan pegawai negeri sipil melainkan pejabat negara (*state aparatur*).

Kedua, dalam hal sistem seleksi dan pengangkatan hakim agung. Setelah adanya putusan MK Nomor 27 PUU/XI/2013²⁰, model pengangkatan hakim agung patut untuk dipertahankan. Sebab Putusan MK telah meluruskan kembali kekeliruan yang terjadi terkait relasi kekuasaan KY-DPR dan Presiden dalam pengangkatan hakim agung. Bahwa dalam sistem pengangkatan hakim agung, parlemen (DPR) hanya melakukan persetujuan atas calon yang diajukan oleh KY. Persetujuan dilakukan sebagai *right to confirm* atau hak mengkonfirmasi tanpa perlu melakukan seleksi lagi. Artinya DPR hanya berhak “meyetujui” atau “tidak menyetujui” calon hakim agung yang diusulkan oleh KY. Hal ini untuk menjauhkan calon hakim agung terhindar dari tangan-tangan politik atau kesepakatan politik “tertentu” dengan calon hakim agung.

Bagaimana dengan fungsi DPR dan Presiden, apakah hanya sebatas *rubber stamp*? Tentu tidak. Dalam konteks *checks and balances*, melibatkan DPR dan Presiden merupakan syarat wajib dalam konstelasi pengangkatan hakim agung sebagaimana yang dipraktikkan di negara-negara lain. Sebab DPR hadir sebagai representasi akuntabilitas publik terhadap sistem pengangkatan hakim agung. Perlu diingat baik DPR ataupun Presiden tetap mempunyai hak veto terhadap

¹⁹ Peneliti berpendapat bahwa DPD perlu dilibatkan dalam sistem pengangkatan hakim karir. Formulasi ini didasarkan mengingat hakim karir bertugas berdasarkan wilayah kerja di daerah. Di samping itu DPD harus dilibatkan untuk mencegah penumpukan tugas di DPR. Mengingat DPR mempunyai tugas melakukan konfirmasi terhadap pengangkatan hakim agung dan hakim konstitusi.

²⁰ Lihat Putusan MK Nomor 27 PUU/XI/Tahun 2013

calon hakim agung yang diusulkan oleh KY. Dalam keadaan tertentu veto tersebut dapat digunakan apabila calon hakim agung yang diusulkan terbukti melakukan perbuatan melanggar hukum.

Ketika terjadi kekeliruan yang mungkin tidak dapat disentuh oleh KY, maka DPR dan atau Presiden dapat melakukan penolakan terhadap calon hakim agung yang diusulkan. Perkembangan ketatanegaraan terakhir memperlihatkan dinamika pengangkatan pejabat negara. Misalnya saja dalam hal pengangkatan Kapolri BG, setelah diusulkan oleh Kompolnas dan diajukan ke DPR, KPK menetapkan calon tersebut sebagai tersangka, sehingga menimbulkan kegaduhan. Dalam hal ini kita bisa melihat Presiden melakukan veto untuk membatalkan pelantikan.

Contoh tersebut membuktikan dalam hal sistem pengangkatan hakim agung tetap diperlukan perimbangan kekuasaan dari parlemen ataupun presiden, jika sewaktu-waktu terdapat kegaduhan yang mendesak untuk diatasi. Model pengangkatan hakim agung seperti ini, memberi kesan adanya gradasi atau mekanisme berjenjang untuk mengangkat seorang hakim agung.

Ketiga, perihal pengangkatan hakim konstitusi. Redesain perlu dilakukan dengan melibatkan Komisi Yudisial (KY) sebagai panel untuk melakukan *screening* dan uji kelayakan (*fit and proper test*) terhadap calon hakim konstitusi yang diajukan oleh Presiden, DPR, dan MA. Mengapa perlu dilakukan oleh KY? KY merupakan organ independen yang cara kerjanya melibatkan rekomendasi dari masyarakat sipil terkait rekam jejak calon hakim. Desakan lapisan masyarakat menuntut adanya mekanisme pengangkatan hakim konstitusi yang lebih transparan, akuntabel dan partisipatif.

Political will mekanisme pengangkatan dapat dirumuskan dengan sistem yang lebih merit. Calon hakim dilakukan *screening* terlebih dahulu setelah diusulkan masing-masing 3 orang oleh Presiden, MA, ataupun DPR. Jika KY telah menyetujui usulan tersebut kemudian dimintakan persetujuan (*right to confirm*) kepada DPR. Setelah mendapatkan persetujuan dari DPR barulah dilantik secara seremonial oleh Presiden. Model seperti ini merupakan gagasan penyempurnaan dari model sebelumnya yang sangat beraroma penunjukan (*political appointee*).

Dari masing-masing sistem pengangkatan hakim di atas, terlihat tata cara dan mekanisme yang berbeda terhadap pengangkatan hakim. Hal demikian bukanlah sebuah masalah. Sebab sistem pengangkatan hakim tidak bisa semata-mata dapat diseragamkan satu sama lain antara hakim karir, hakim agung ataupun hakim konstitusi (*depends on level of court*). Namun terdapat satu bentuk keselarasan dari sistem pengangkatan hakim karir, hakim agung dan hakim konstitusi yaitu melibatkan Komisi Yudisial sebagai organ independen, dan menjaga keseimbangan relasi kekuasaan dari ekstra yudisial.

Mengapa model redesign melibatkan Komisi Yudisial (KY)? Harus diakui KY merupakan organ negara yang pada dasarnya didesain untuk menangani sengkaret permasalahan dalam sistem pengangkatan hakim. Paul Gilligan menyatakan "*the most widely recognised power of a judicial council is its role in the appointment of judges*".²¹ Pendapat di atas telah merumuskan bahwa salah satu karakteristik utama dari KY adalah melakukan seleksi dan pengangkatan hakim. Sebagai pengayaan teoritik berikut beberapa contoh negara yang telah menggunakan institusi sejenis KY dalam sistem rekrutmen hakim.

Tabel 1
(Judicial Council dan Judicial Recruitment Process)²²

No	Negara	Nama Organ	Kewenangan	Dasar Hukum
1	Italia	<i>Consiglio Superiore Della Magistratura</i> (CSM)	Seleksi, pengangkatan hakim sampai dengan promosi dan mutasi.	(Diatur dalam Konstitusi Italia Pasal 105)
2	Thailand	<i>Judicial Commission</i>	Memberikan persetujuan pengangkatan dan pemindahan hakim sebelum diusulkan kepada raja. Serta memberikan persetujuan atas promosi hakim.	(Diatur dalam konstitusi) Pasal 220 Konstitusi Kerajaan Thailand

²¹ Paul Giligan, Dalam ENCJ Project Team, *Council For The Judiciary Report 2010-2011*, With the support of the European Union, 2011, hlm 6.

²² Lihat Penelitian Wim Voermans, 2004, Komisi Yudisial di Negara Uni Eropa, kemudian diformulasikan ulang dengan tinjauan beberapa konstitusi di masing-masing negara. Lihat juga Komisi Yudisial RI, Perbandingan Komisi Yudisial di beberapa Negara, Sekjen KYRI-JPIP-USAID, Jakarta, 2014, hlm. 37.

3	Belanda	<i>Raad Vor de Rechtspraak</i> atau Netherland Council For Judiciary (NCJ)	<i>Support to recruitment and selection procedures</i> (membantu rekrutmen hakim dan prosedur seleksi).	(diatur dalam undang-undang) Netherland Judicil Act Division 2. Duties and Power Section 91.
4	Peru	<i>Del Consejo National De La Magistratura</i> (The National Judicial Council)	Menunjuk hakim dan jaksa pada semua level setelah dilakukan seleksi publik & Melantik hakim dan jaksa pada semua tingkatan setiap 7 tahun.	(Diatur dalam konstitusi) Pasal 154 Konstitusi Peru Ayat (1) dan (2)
5	Perancis	<i>Conseil Superieur De La Magistrature</i>	Memberikan pertimbangan dalam pengangkatan hakim dan melakukan tindakan disipliner untuk para hakim	(Diatur dalam konstitusi) Pasal 65 Konstitusi Perancis Tahun 1958
6	Swedia	<i>Domstolsverket</i>	Kewenangan mengajukan calon dalam pengangkatan hakim, promosi sampai dengan mutasi.	(diatur dalam undang-undang)*
7	Denmark	<i>Domstolsstyrelsen</i>	Mengajukan calon dalam rekrutmen hakim, promosi sampai dengan mutasi.	(diatur dalam undang-undang)*

Beberapa negara di atas membuktikan bahwa peran Komisi Yudisial (*judicial council*) terhadap sistem pengangkatan hakim (*judicial recruitment process*) sangat penting. Beberapa pembenahan sistem pengangkatan hakim karir, hakim agung dan hakim konstitusi pada dasarnya merupakan gagasan penyempurnaan dari sistem yang telah ada. Ke depan redesain ini dapat menjadi kehendak dan *spirit* untuk menciptakan sistem seleksi dan pengangkatan hakim yang lebih baik pada kekuasaan yudikatif.

Menggagas Jalur *Impeachment* Hakim

Jika proses pada “hulunya” telah disempurnakan, maka tiba saatnya untuk mengusung penyempurnaan pada proses “hilirnya”. Untuk menggagas jalur *impeachment* hakim, *pertama*; langkah awal yang perlu dimuat adalah memberi jaminan bahwa tidak ada satupun hakim yang bebas dari pengawasan ekstern. Artinya Komisi Yudisial harus diberikan kewenangan untuk menjaga dan menegakkan keluhuran martabat serta perilaku hakim. Subjek hakim meliputi seluruh hakim di kekuasaan yudikatif baik itu hakim karir, hakim agung, maupun hakim konstitusi. Harus diakui fungsi Komisi Yudisial hadir sebagai pintu masuk laporan pengaduan masyarakat terhadap para hakim.

Kedua; oleh karena *impeachment* hakim merupakan instrumen pertanggungjawaban hakim terhadap warga negara. Maka sudah seyogyanya mekanismenya melibatkan lembaga perwakilan rakyat sebagai representasi publik. Dalam hal ini, mekanisme *impeachment* hakim wajib melibatkan DPR atau DPD sebagai lembaga politik. Mekanisme seperti ini tidak lain untuk menjamin konsistensi model *impeachment* hakim. Artinya jika sistem pengangkatannya melibatkan parlemen maka sudah seharusnya proses pemberhentiannya juga melibatkan parlemen. *Ketiga*, setelah melewati proses di parlemen, hakim diberhentikan secara administratif seremonial oleh Presiden, selaku kepala negara dengan keputusan Presiden.

Misalnya dalam hal *impeachment* hakim karir. Pemberhentian hakim karir dalam masa jabatannya dilakukan jika terbukti melakukan pelanggaran berat di bidang etika ataupun pelanggaran hukum yang dapat menjadi sebab pemberhentiannya. Dalam hal ini, ketika Komisi Yudisial menerima laporan pengaduan masyarakat, maka Komisi Yudisial melakukan investigasi terhadap hakim yang bersangkutan. Jika mempunyai cukup bukti yang kuat, maka terlebih dahulu hakim yang bersangkutan melakukan pembelaan di depan Majelis Kehormatan Hakim yang terdiri dari pihak Komisi Yudisial dan Mahkamah Agung. Artinya proses adjudikasi dihadapan Majelis Kehormatan Hakim. Jika terbukti melakukan pelanggaran berat, maka hakim yang bersangkutan diajukan oleh Dewan Perwakilan Rakyat atau Dewan Perwakilan Daerah untuk dimintakan

persetujuan (*right to confirm*), kemudian diberhentikan oleh surat keputusan Presiden.

Dalam hal *impeachment* hakim agung, Pemberhentian hakim agung dalam masa jabatannya dilakukan jika terbukti melakukan pelanggaran berat di bidang etika ataupun pelanggaran hukum yang dapat menjadi sebab pemberhentiannya. Serupa dengan mekanisme hakim karir. Dalam hal ini, ketika Komisi Yudisial menerima laporan pengaduan masyarakat, maka Komisi Yudisial melakukan investigasi terhadap hakim yang bersangkutan. Jika mempunyai cukup bukti yang kuat, maka terlebih dahulu hakim yang bersangkutan melakukan pembelaan di depan Majelis Kehormatan Hakim yang terdiri dari pihak Komisi Yudisial dan Mahkamah Agung. Artinya proses adjudikasi dihadapan Majelis Kehormatan Hakim. Jika terbukti melakukan pelanggaran berat, maka hakim yang bersangkutan diajukan ke Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) untuk dimintakan persetujuan (*right to confirm*), kemudian diberhentikan oleh Presiden.

Begitu juga dengan *impeachment* hakim konstitusi. Pemberhentian hakim konstitusi dalam masa jabatannya dilakukan jika terbukti melakukan pelanggaran berat di bidang etika ataupun pelanggaran hukum yang dapat menjadi sebab pemberhentiannya. Dalam hal ini, ketika Komisi Yudisial menerima laporan pengaduan masyarakat, maka Komisi Yudisial melakukan investigasi terhadap hakim yang bersangkutan. Jika mempunyai cukup bukti yang kuat, maka terlebih dahulu hakim yang bersangkutan melakukan pembelaan di depan Majelis Kehormatan Hakim yang terdiri dari pihak Komisi Yudisial dan Mahkamah Konstitusi. Artinya proses adjudikasi di hadapan Majelis Kehormatan Hakim. Jika terbukti melakukan pelanggaran berat, maka hakim yang bersangkutan diajukan ke Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) untuk dimintakan persetujuan (*right to confirm*), kemudian diberhentikan oleh Presiden.

Jika melihat mekanisme jalur *impeachment* tersebut, baik hakim karir, hakim agung, dan hakim konstitusi, terdapat mekanisme perimbangan kekuasaan yang jelas. Perimbangan kekuasaan ini dibutuhkan agar mekanisme pemberhentian hakim berbanding lurus dengan proses pengangkatan hakim. Dengan demikian jalur *impeachment* hakim yang sebelumnya kabur, mendapatkan tempatnya sebagai wujud akuntabilitas peradilan terhadap warga negara dalam ranah non yustisi.

Penutup

Redesain sistem pengangkatan dan pemberhentian hakim dapat dirumuskan dengan beberapa formulasi. *Pertama*, menata landasan konstitusional dengan meluruskan kembali kehendak independensi peradilan, mengakui eksistensi organ negara independen di dalam konstitusi hingga mengatur kembali benang kusut relasi kekuasaan Mahkamah Agung, Komisi Yudisial, dan Mahkamah Konstitusi. *Kedua*, mengusung merit sistem pengangkatan hakim dengan menjaga konstelasi prinsip *checks and balances*. *Ketiga*, menggagas jalur *impeachment* hakim secara integratif sebagai wujud akuntabilitas kekuasaan yudikatif dalam ranah non yustisi.

Daftar Pustaka

Buku

- Asshiddiqie, Jimly, *Perkembangan & Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.
- ENCJ Project Team, *Council For The Judiciary Report 2010-2011*, With the support of the European Union, 2011.
- Fajrul Falaakh, Mohammad, *Pertumbuhan dan Model Konstitusi Serta Perubahan UUD 1945 Oleh Presiden, DPR, dan Mahkamah Konstitusi*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2014.
- Indrayana, Denny, *Negara antara Ada dan Tiada; Reformasi Hukum Ketatanegaraan*, Kompas, Jakarta, 2008.
- Komisi Yudisial RI, *Perbandingan Komisi Yudisial di beberapa Negara*, Sekjen KYRI-USAID, Jakarta, 2014.
- Mahmud Marzuki, Peter, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada, Media Group, Jakarta, 2005.
- Naskah Komperhensif, *Perubahan UUDN Republik Indonesia Tahun 1945, 2008, Buku VI Kekuasaan Kehakiman*; Perubahan UUD mengenai Komisi Yudisial, Sekertariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta.
- Pompe, Sebastian, *Runtuhnya Institusi Mahkamah Agung*, Lembaga Kajian dan Advokasi Untuk Independensi Peradilan, Jakarta, 2012.
- Sugeng Istanto, F., *Penelitian Hukum*, Cv Ganda, Yogyakarta, 2007.
- Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 2010.

Voermans, Wim, *Komisi Yudisial di beberapa negara Uni Eropa (Council for the Judiciary in EU Countries)*, Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan (LeIP), Jakarta, 1999.

Peraturan Perundang-Undangan;

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004, Tambahan Lembaran Negara RI Nomor 4415.

Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan kedua Mahkamah Agung, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009, Tambahan Lembaran Negara RI Nomor 3.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009, Tambahan Lembaran Negara RI Nomor, 157.

Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Peradilan Umum, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009, Tambahan Lembaran Negara RI Nomor 5077.

Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009, Tambahan Lembaran Negara RI Nomor 5078.

Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Peradilan TUN, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009, Tambahan Lembaran Negara RI Nomor 5079.

Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial, Lembaran Negara Republik Indonesia, Tahun 2011, Tambahan Lembaran Negara RI Nomor, 106.

Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan MK Nomor 27-PUU/XI/2013.

Putusan MK Nomor 43/PUU-XIII/2015.

Deklarasi Internasional

Siracusa Principle 1981.

IBA Minimum Standards of Judicial Independences 1982.

Montreal Universal Declaration on the Independence of Justice 1983.

UN Basic Principles of the Independence of Judiciary 1985.

Beijing Principles 1995.

The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002.

Jurnal, Makalah, dan Penelitian

Peter Mc Cormick, *"Selecting Trial Court Judges; A Comparison of Contemporary Practice"* Study Commissioned by the Commission of Inquiry into the Appointment Process for Judges in Quebec, Canada, 1 September 2010.

Global Corruption Report, *Corruption in Judicial System*, Transparency Internasional; Cambridge University Press, New York, 2007,

Oce Madril, *"Perbandingan Komisi Yudisial Di Asia"*, Bunga Rampai Komisi Yudisial-Membumikan Tekad Menuju Peradilan Bersih, Jakarta, 2011.

Penerapan Teori Tujuan Pidana dalam Perkara Kekerasan terhadap Perempuan: Studi Putusan Hakim

M. Abdul Kholiq dan Ari Wibowo
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Jl. Tamansiswa No. 158 Yogyakarta
kholiq_ibnufattah@yahoo.com; ari_bowo1986@yahoo.com

Abstract:

This study examines: first, the tendencies in the type and weight of crime in the judge's decision in the criminal case of violence against women. Second, the application of the theory of criminal prosecution. This is a normative-legal research with the legal materials that were analyzed using a descriptive-qualitative analysis. From the results of research and discussion conducted, it can be concluded, first: judges always choose to impose the type of imprisonment. The trend for choosing such type was caused by two factors, namely the pattern of criminal threatening in legislation and the nature of crimes of violence against women that substantively is relatively serious. Meanwhile, regarding the weight of sentence imposed, the judge's decisions tend to be various but on average are quite heavy, that is the punishment of 3 (three) to 4 (four) years in jail. Such tendency showed the alignment towards women as the victims of violence crime. The second conclusion showed that the most dominant theories used are the theory of retribution. With the use of this theory it means that judges tend to pay attention to the interests of women as victims.

Key words: Crimes of violence against women, the types of crime, criminal weights, the purpose of punishment

Abstrak:

Penelitian ini mengkaji, pertama: kecenderungan jenis dan bobot pidana dalam putusan hakim pada perkara tindak pidana kekerasan terhadap perempuan. Kedua, penerapan teori pidanaannya. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif dengan bahan hukum yang dianalisis menggunakan teknik analisis deskriptif-kualitatif. Dari hasil penelitian dan pembahasan yang dilakukan diperoleh kesimpulan: pertama, hakim selalu memilih menjatuhkan jenis pidana penjara. Kecenderungan terhadap pemilihan pidana penjara disebabkan dua faktor, yaitu pola pengancaman pidana dalam perundang-undangan dan sifat tindak pidana kekerasan terhadap perempuan yang secara substantif relatif serius. Sementara terkait bobot pidana yang dijatuhkan, putusan hakim cenderung bervariasi dengan rata-rata sudah cukup berat, yaitu pidana penjara antara 3 (tiga) sampai 4 (empat) tahun. Kecenderungan beratnya putusan pidana yang dijatuhkan hakim menunjukkan keberpihakan hakim terhadap perempuan sebagai korban tindak pidana kekerasan. Adapun kesimpulan kedua menunjukkan bahwa teori yang paling dominan digunakan adalah teori retribusi. Dengan penggunaan teori ini berarti hakim cenderung memperhatikan kepentingan perempuan sebagai korban.

Kata kunci: Tindak pidana kekerasan terhadap perempuan, jenis pidana, bobot pidana, tujuan pidana

Pendahuluan

Norma-norma hukum dalam masyarakat bergantung pada nilai-nilai yang dianut bersama atau penghargaan kolektif (*sinngebungen*) tentang apa yang baik dan benar sehingga patut diraih. Suatu ketentuan pidana dalam undang-undang merupakan pandangan pembuat undang-undang mengenai nilai-nilai yang hendak dilindungi.¹ Dengan demikian dapat dikatakan bahwa pembuat undang-undang ketika menyatakan kekerasan pada perempuan perlu dikriminalisasi² sebetulnya berkehendak melindungi suatu kepentingan tertentu, yaitu kepentingan asasi perempuan berupa hak untuk mendapatkan perlindungan dan keadilan. Pentingnya perlindungan terhadap perempuan bukan hanya dalam ranah umum namun juga dalam lingkup rumah tangga.

Menguatnya dorongan akan perlunya regulasi yang memberikan perlindungan terhadap perempuan tidak lepas dari fenomena maraknya kekerasan dalam rumah tangga dan umumnya menempatkan perempuan sebagai korbannya. Menurut *Committee on the Elimination of Discrimination Against Women* (CEDAW), adanya diskriminasi dapat melanggengkan kekerasan terhadap perempuan, misalnya kepercayaan tradisional yang memposisikan perempuan dalam status subordinat atau di bawah pria.³

Dalam lingkup rumah tangga, kebebasan para suami dalam melakukan kekerasan terhadap istri seolah-olah dilatarbelakangi oleh doktrin bahwa kaum perempuan yang menikah dianggap telah menjadi hak suami dalam perkawinan. Kepentingan istri ditentukan oleh suami, sehingga ketika suami melakukan kekerasan terhadap istri, maka istri dianggap tidak lagi menjadi persona di bawah hukum. Dalam perkembangannya, kekerasan dalam rumah tangga kemudian diatur secara khusus dalam hukum di Indonesia melalui Undang-Undang No. 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga (UU PKDRT).

¹ Jan Rummelink, *Hukum Pidana*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004, hlm. 3.

² Kriminalisasi merupakan suatu kebijakan dalam menetapkan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana (tidak dipidana) menjadi suatu tindak pidana (perbuatan yang dapat dipidana). Lihat Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 240.

³ Elizabeth M. Misiaveg, "Important Steps and Instructive Models in The Fight to Eliminate Violence Against Women", *Washington and Lee Law Review* 1995, hlm. 1118.

Lahirnya UU PKDRT dilatarbelakangi oleh belum cukupnya pengaturan dalam KUHP dalam memberikan perlindungan terhadap perempuan pada lingkup rumah tangga. Sebagai contoh, pengaturan delik perkosaan dalam Pasal 285 KUHP yang dimaknai bahwa korban harus bukan istri sendiri dan harus terjadi dalam bentuk "hubungan seksual" yang dalam keputusan Hoge Raad (Mahkamah Agung Hindia Belanda) 5 Februari 1912 diartikan sebagai "penetrasi penis ke vagina".⁴ Pengaturan delik perkosaan tersebut ternyata tidak dirumuskan dari perspektif kepentingan korban (perempuan), misalnya dengan melihat apakah harga diri atau hak asasi perempuan sudah tercabik-cabik? Bagaimana dengan kemungkinan bentuk perkosaan dalam bentuk yang lain?

Selain undang-undang, perlindungan terhadap perempuan bisa dilihat pula dari putusan hakim dalam perkara kekerasan terhadap perempuan. Dalam pertimbangan putusan hakim dapat diketahui kepentingan yang hendak dilindungi. Sebagai contoh, perkara penganiayaan yang dilakukan oleh suami terhadap istri dalam Putusan No. 88/Pid/S/2000/PN Yk. Dalam fakta perkara terungkap bahwa terdakwa dengan inisial SJW pada November 1999 telah melakukan penganiayaan terhadap istrinya yang berinisial HYT. Penganiayaan terjadi karena terdakwa dan korban saling berebutan kunci mobil. Pada saat terjadi perebutan kunci mobil tersebut korban menggigit tangan terdakwa, maka terdakwa langsung memukul korban dengan tangan yang mengenai kepala dan mendengkul mengenai bagian perut korban. Dengan alasan membela diri, terdakwa melakukan penganiayaan hingga mengakibatkan korban menderita dan tidak dapat melakukan aktivitas sehari-hari dengan normal.

Dalam putusannya, hakim menyatakan bahwa terdakwa terbukti melakukan tindak pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 351 ayat (1) KUHP dan dijatuhi pidana penjara selama 3 bulan dengan masa percobaan selama 6 bulan. Adapun pertimbangan hakim berkaitan dengan bobot pidana yang dijatuhkan terkait hal-hal yang meringankan: a. Terdakwa memberi keterangan tidak berbelit-belit. b. Mengaku terus terang serta menyesali perbuatannya. c. Terdakwa sebagai pegawai di PT KAI

⁴ Harkristuti Harkrisnowo, Hukum Pidana dan Kekerasan terhadap Perempuan, dalam Achie Sudiarta Luhulima (ed.), *Pemahaman Bentuk-Bentuk Tindak Kekerasan terhadap Perempuan dan Alternatif Pemecabannya*, Kelompok Kerja Convention Watch dan Pusat Kajian Wanita dan Jender UI, Jakarta, 2000, hlm. 85.

yang tenaganya sangat dibutuhkan oleh masyarakat. Adapun hal-hal yang memberatkan perbuatan terdakwa dilakukan terhadap istrinya sendiri.

Bandingkan dengan Putusan No. 24/Pid/B/1996/PN Yk tentang perkara pembunuhan yang dilakukan oleh suami terhadap istrinya. Dalam persidangan diperoleh fakta bahwa terdakwa dengan inisial Stn membunuh istrinya sendiri yang berinisial N secara berencana. Peristiwa ini dilatarbelakangi dendam terdakwa karena dikatakan tidak bertanggung jawab dan tidak waras oleh ibu mertuanya, sehingga terdakwa merasa diancam orang kampung akibat perkataan ibu mertuanya tersebut. Pada suatu hari korban diajak oleh terdakwa ke rumah Ibu Adi di Kuncen untuk memijat, namun setelah terdakwa dan istrinya berada di halaman SD, terdakwa mengatakan kepada istrinya untuk buang air kecil dan istrinya disuruh menunggu. Setelah mengambil linggis, terdakwa menggandeng istrinya untuk diajak pergi ke pojok gedung SD dan korban dipukul dari arah belakang menggunakan linggis secara bertubi-tubi.

Dalam putusannya, hakim menyatakan bahwa terdakwa bersalah melakukan pembunuhan berencana sebagaimana diatur dalam Pasal 340 KUHP. Atas perbuatannya, terdakwa dijatuhi pidana penjara selama 10 tahun dengan mempertimbangkan beberapa hal sebagai berikut. Hal-hal yang meringankan, a. Terdakwa belum pernah dihukum. b. Terdakwa menyesali perbuatannya. Adapun hal-hal yang memberatkan, a. perbuatan terdakwa meresahkan masyarakat. b. Terdakwa seharusnya melindungi istrinya bukan sebaliknya.

Pada perkara yang pertama, hakim hanya menjatuhkan pidana penjara selama 3 bulan dengan masa percobaan selama 6 bulan kepada pelaku kekerasan berupa penganiayaan Pasal 351 ayat (1) KUHP terhadap perempuan. Jika dilihat pidana maksimum Pasal 351 ayat (1) yang berupa pidana penjara 2 tahun 8 bulan, maka putusan tersebut cenderung ringan. Adapun pada perkara kedua, hakim menjatuhkan pidana penjara 10 tahun kepada pelaku kekerasan berupa pembunuhan berencana Pasal 340 KUHP terhadap perempuan. Jika dilihat pidana maksimum Pasal 340 yang berupa pidana mati/ penjara seumur hidup/ penjara 20 tahun, maka putusan tersebut juga cenderung ringan.

Kecenderungan ringannya putusan hakim dalam 2 contoh perkara di atas tentu memiliki alasan-alasan sebagaimana tercermin dalam tujuan pemidanaan

yang digunakan. Selain itu, putusan pemidanaan yang cenderung ringan terlihat belum menunjukkan keberpihakannya terhadap kepentingan perempuan sebagai pihak yang rentan mengalami kekerasan. Dengan demikian patut dikaji atas dasar teori tujuan pemidanaan apa hakim dalam menjatuhkan putusan pemidanaan dalam perkara-perkara kekerasan terhadap perempuan, juga kepentingan apa yang sebenarnya ingin dilindungi hakim.

Kekerasan yang dimaksud dalam penelitian ini adalah perbuatan yang mengakibatkan terjadinya cedera mental dan/atau fisik.⁵ Dengan demikian, kekerasan tidak hanya berupa kekerasan fisik yang lukanya tampak secara kasat mata, namun juga meliputi kekerasan yang lukanya tidak tampak tetapi dapat dirasakan oleh korban, misalnya trauma, stres, dan lain sebagainya yang dapat mempengaruhi pola kehidupannya.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang telah diuraikan di atas, permasalahan yang diteliti dapat dirumuskan sebagai berikut: *pertama*, bagaimana kecenderungan jenis dan bobot pidana dalam putusan hakim pada perkara tindak pidana kekerasan terhadap perempuan? *Kedua*, bagaimana penerapan teori tujuan pemidanaan oleh hakim dalam putusan pemidanaan pada perkara tindak pidana kekerasan terhadap perempuan dan faktor-faktor apa saja yang melatarbelakanginya?

Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah: *pertama*, mengetahui kecenderungan jenis dan bobot pidana dalam putusan hakim pada perkara tindak pidana kekerasan terhadap perempuan. *Kedua*, mengetahui penerapan teori pemidanaan oleh hakim dalam putusan pemidanaan pada perkara tindak pidana kekerasan terhadap perempuan, serta faktor-faktor apa saja yang melatarbelakanginya.

⁵ Soerdjono Soekanto, dalam Aroma Elmina Martha, *Perempuan Kekerasan dan Hukum*, Dahlan, Yogyakarta, 2003, hlm. 6.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif⁶ yang mempergunakan dua tahap pengumpulan bahan hukum. Tahap pertama, mempergunakan studi literatur/kepuustakaan berupa studi literatur terkait teori-teori pemidanaan. Kemudian pada tahap kedua mempergunakan studi dokumen berupa putusan-putusan pengadilan terkait perkara kekerasan terhadap perempuan.

Adapun penentuan lokasi Putusan PN didasarkan pada pertimbangan jumlah perkara kekerasan terhadap perempuan serta kesamaan latar belakang sosial budaya yang mirip. Dari beberapa lokasi yang telah dipertimbangkan diputuskan bahwa putusan yang digunakan meliputi PN Yogyakarta, PN Sleman, PN Klaten dan PN Surakarta. Penelitian ini dibatasi pada putusan yang telah dijatuhkan hakim antara 2003-2006 yang keseluruhan berjumlah 24 putusan. Pembatasan tahun ini didasarkan pada tahun-tahun berkembangnya isu perlunya perlindungan khusus terhadap perempuan di Indonesia. Setelah memperoleh bahan hukum selanjutnya dianalisis menggunakan teknik analisis deskriptif-kualitatif.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Kecenderungan Putusan Hakim dalam Perkara Tindak Pidana Kekerasan terhadap Perempuan

Kecenderungan dari Segi Jenis Pidana yang Dijatuhkan

Dari 24 putusan dapat disimpulkan bahwa hakim masih menjadikan jenis pidana penjara sebagai “sanksi primadona” yang selalu dijatuhkan terhadap pelaku tindak pidana kekerasan terhadap perempuan. Kecenderungan penjatuhan pidana yang seperti ini sebenarnya tidak terlalu mengherankan karena secara umum juga terjadi dalam putusan pemidanaan pada perkara-perkara tindak pidana lain. Hal ini sedikit banyak dipengaruhi oleh faktor pola pengancaman pidana dalam perundang-undangan Indonesia yang memang mengkondisikan

⁶ Penelitian hukum normatif adalah penelitian hukum yang mengkaji hukum tertulis dari berbagai aspek antara lain teori dan filosofi. Lihat Abdul Kadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hlm. 101-102.

aparatus penegak hukum (dalam hal ini hakim) untuk selalu menjatuhkan pidana penjara dalam putusannya. Semua perundang-undangan pidana di Indonesia hampir selalu mencantumkan jenis pidana penjara sebagai sanksi hukum terhadap setiap tindak pidana. Pola pengancamannya juga tidak sedikit yang menggunakan pola perumusan tunggal.⁷ Jika tidak berpola perumusan tunggal kebanyakan menggunakan pola perumusan kumulatif⁸ dengan jenis pidana lain seperti denda.

Di samping itu kecenderungan hakim untuk menjatuhkan jenis sanksi pidana penjara juga terkait dengan faktor sifat tindak pidana yang dilakukan terdakwa. Sebagai contoh, pada perkara kejahatan yang relatif cukup serius dan mengkoyak nilai-nilai dan martabat kesetaraan sesama manusia, seperti perkosaan yang menimbulkan trauma panjang pada diri korban, pencabulan terhadap anak di bawah umur yang merusak masa depan korban, persetubuhan tidak sah bersifat *incest*, dan lain sebagainya. Terhadap jenis tindak pidana yang seperti ini dapat dipahami jika hakim cenderung memilih menjatuhkan jenis pidana penjara sepanjang pilihan pidananya tersebut diorientasikan demi memunculkan dan memberi rasa keadilan kepada korban dan masyarakat, serta memberi efek jera atau pencegahan terhadap pelaku (*special prevention*) dan masyarakat luas (*general prevention*).

Dalam perkara kekerasan terhadap perempuan sebagaimana terdapat dalam 24 putusan yang diteliti terlihat bahwa kecenderungan pidana penjara yang dijatuhkan hakim disebabkan perkara yang ditangani merupakan perkara-perkara tindak pidana yang relatif serius, seperti tindak pidana perkosaan (pelanggaran terhadap Pasal 285 KUHP), tindak pidana pencabulan terhadap anak di bawah umur bahkan anak tersebut seharusnya menjadi tanggung jawabnya untuk dilindungi (pelanggaran terhadap Pasal 330 ayat (1) KUHP dan Pasal 294 ayat (1) KUHP), tindak pidana melarikan gadis/ wanita belum dewasa tanpa izin orang tuanya (pelanggaran terhadap Pasal 332 ayat (1) KUHP), tindak pidana penganiyaan (pelanggaran terhadap Pasal 351 KUHP), dan tindak pidana

⁷ Pola perumusan tunggal atau impresif adalah sistem perumusan sanksi pidana sebagai satu-satunya yang diancamkan pada suatu tindak pidana. Lihat Lilik Mulyadi, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi, dan Viktimologi*, Penerbit Djambatan, Jakarta, 2007, hlm. 16.

⁸ Pola perumusan kumulatif merupakan sistem perumusan sanksi pidana dengan lebih dari dua jenis sanksi pidana untuk suatu tindak pidana. Lihat *Ibid.*, hlm. 17.

melakukan persetujuan dengan anak dengan menggunakan kekerasan atau ancaman kekerasan atau dengan menggunakan serangkaian tipu muslihat (pelanggaran terhadap Pasal 81 ayat (1) dan atau Pasal 82 UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak), dan lain-lain. Bahkan dalam beberapa putusan tersebut terlihat juga ada praktik penjatuhan pidana yang mengkumulasikan antara pidana penjara dengan pidana denda sebagai pemberatan pidana karena tindak pidananya dinilai sangat serius. Hal ini terlihat pada 3 putusan di PN Surakarta.

Bertolak dari penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa adanya kecenderungan putusan hakim yang lebih memilih menjatuhkan jenis pidana penjara terhadap para pelaku tindak pidana kekerasan pada perempuan adalah wajar alias dapat dipahami paling tidak disebabkan oleh 2 faktor, yaitu *pertama*, sebab yang bersumber pada sistem pengancaman pidana dalam perundang-undang Indonesia yang memang bersifat mengkondisikan hakim untuk cenderung selalu memilih penjara dalam setiap putusan pemidanaannya. *Kedua*, sebab yang bersumber pada sifat tindak pidana yang diadili (yakni kekerasan terhadap perempuan) yang secara substantif memang merupakan kejahatan relatif serius.

Kecenderungan dari Segi Bobot Pidana yang Dijatuhkan

Dari 24 putusan yang diteliti, rata-rata bobot pidana adalah pidana penjara antara 3 sampai 4 tahun. Hanya beberapa putusan saja yang bobotnya berkisar antara 1 sampai 2 tahun penjara. Cukup beratnya bobot pidana yang dijatuhkan hakim dalam perkara ini terlihat pula dari adanya sejumlah putusan yang meskipun sudah menjatuhkan pidana penjara antara 3 sampai 4 tahun atau bahkan ada juga yang antara 5 sampai 7 tahun, tetapi masih juga mengkumulatifkan dengan pidana denda antara Rp. 60.000.000,- sampai Rp. 100.000.000,- Pada putusan hakim PN Surakarta Nomor: 138/Pid.B/2005/PN.Ska, Nomor: 128/Pid.B/2005/PN.Ska, dan Nomor: 142/Pid.B/2005/ PN.Ska, serta Putusan hakim PN Sleman Nomor: 141/PID.B/2006/PN.Slmn, Nomor: 318/Pid.B/2005/PN.Slmn, dan Nomor: 142/Pid.B/2006/PN.Slmn, pemidanaan secara kumulatif dengan menjatuhkan pidana penjara dan denda secara sekaligus dipilih hakim sebagai pemberatan karena perkaranya memang serius, yakni terkait dengan delik persetujuan

dengan anak yang menggunakan kekerasan atau ancaman kekerasan atau menggunakan serangkaian tipu muslihat yang akibatnya merusak masa depan anak sebagai korban. Terhadap terdakwa dikenakan Pasal 81 ayat (1) dan/atau Pasal 82 UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Penggunaan UU Perlindungan anak dapat dimaknai bahwa hakim sudah memiliki paradigma atau wawasan cukup baik tentang kedudukan anak dan urgensi perlindungan hukumnya demi masa depan anak yang masih panjang.

Untuk perkara pelanggaran terhadap Undang-Undang Perlindungan Anak dimana pelaku melakukan kejahatan menyetubuhi korban dengan menggunakan kekerasan atau ancaman kekerasan, pidana yang dijatuhkan oleh hakim sangat tinggi, yakni 13 tahun penjara dan denda Rp.100.000.000,- Putusan hakim tersebut nyaris mendekati maksimal tuntutan pidana yang diajukan oleh Jaksa Penuntut Umum, yaitu 15 tahun penjara.

Kalaupun ada putusan yang bobotnya relatif ringan, yakni dalam kisaran bulan (kurang dari satu tahun), itu hanya terjadi pada 2 putusan saja, yakni putusan yang dijatuhkan oleh hakim PN Klaten dengan Nomor Putusan: 134/Pid.B/2005/PN.KLT (3 bulan penjara) dan Nomor: 50/Pid.B /2004/PN. Klt (5 bulan penjara dengan masa percobaan 10 bulan). Ringannya bobot pidana yang dijatuhkan dalam 2 putusan tersebut karena perkara kekerasan terhadap perempuan yang terjadi dan diadili memang dapat dikategorikan sebagai delik yang relatif ringan menurut ketentuan undang-undang hukum pidana yang berlaku, yakni delik penganiayaan ringan sebagaimana diatur dalam Pasal 351 ayat (1) KUHP.

Bertolak dari paparan data dan penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa putusan hakim dalam menjatuhkan pidana kepada para pelaku tindak pidana kekerasan terhadap perempuan relatif berat terutama jika diukur dari bobot pidana dalam tuntutan Jaksa Penuntut Umum. Hal ini dapat dimaknai bahwa di antara aparat penegak hukum (khususnya dalam hal ini Jaksa Penuntut Umum dan Hakim) dalam 24 perkara yang diteliti telah menunjukkan keberpihakan terhadap perempuan sebagai korban tindak pidana kekerasan.

Teori Tujuan Pemidanaan Paling Dominan yang Diterapkan Hakim dalam Putusan Perkara Tindak Pidana Kekerasan terhadap Perempuan dan Faktor yang Melatar belakangnya

Teori Tujuan Pemidanaan Paling Dominan yang Diterapkan Hakim dalam Putusan Perkara Tindak Pidana Kekerasan terhadap Perempuan

Dari 24 putusan yang diteliti, jika dilihat dari tujuan pemidanaan yang digunakan terdapat 15 putusan yang mencerminkan penggunaan teori retribusi/ pembalasan/absolut⁹, 1 putusan mencerminkan penggunaan teori rehabilitasi¹⁰, 3 putusan yang mencerminkan penggunaan teori penangkalan/ pencegahan/ tujuan/ relatif¹¹, serta 5 putusan yang tidak jelas karena dalam putusannya tidak terdapat pertimbangan yang mencerminkan teori pemidanaan yang digunakan. Dengan demikian, dari 24 putusan yang terkait perkara tindak pidana kekerasan terhadap perempuan, sebagian besar digunakan teori retribusi/ pembalasan/ absolut, yaitu sebesar 62,5%. Secara rinci, tujuan pemidanaan yang digunakan oleh hakim dalam putusan perkara kekerasan terhadap perempuan sebagaimana tersaji dalam Tabel di bawah ini.

Tabel

No	No. Putusan	Dasar Pertimbangan Putusan	Teori Tujuan Pemidanaan
1.	72/Pid.B/2006/P N.YK.	Tidak ada	-
2.	50/Pid.B/2004/P N. Klt	Terdakwa harus dijatuhi pidana yang sesuai dan setimpal dengan kesalahannya	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
3.	134/Pid.B/2005/P N.KLT	Terdakwa harus dijatuhi pidana yang setimpal dengan perbuatannya	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
4.	100/Pid.B/2004/P N.SLMN.	Terdakwa harus dijatuhi pidana sesuai dengan perbuatannya	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut

⁹ Menurut teori retribusi, tujuan pemidanaan hanyalah untuk pembalasan, tidak ada tujuan-tujuan lain. Lihat Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Nusa Media, Bandung, 2010, hlm. 88.

¹⁰ Menurut teori rehabilitasi, tujuan pemidanaan diorientasikan sebagai sebuah langkah penyembuhan bagi pelakunya agar kembali menjadi orang baik. Lihat Sholehudin, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana*, Cet. Kedua, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 74.

¹¹ Menurut teori penangkalan, tujuan pemidanaan untuk pencegahan yang ditujukan kepada pelaku agar tidak mengulangi perbuatannya (*special prevention*) dan ditujukan pula kepada semua orang agar tidak melakukan pelanggaran (*general prevention*). Lihat Yesmil Anwar dan Adang, *Pembaruan Hukum Pidana; Reformasi Pidana*, PT Gramedia Widia Sarana Indonesia, Jakarta, 2008, hlm. 135-136.

5.	105/Pid.B/2005/ PN.Ska	Terdakwa harus dipidana setimpal dengan perbuatannya	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
6.	43/Pid.B/2005/P N.Ska	Penjatuhan hukuman kepada terdakwa bukanlah nestapa atas perbuatannya, melainkan dimaksudkan untuk melindungi terdakwa dan memberikan kesempatan agar terdakwa dapat merenung dan tidak mengulangi lagi perbuatannya	Teori rehabilitasi dan teori manfaat (teleologis)
7.	138/Pid.B/2005/ PN.Ska	Terdakwa harus dipidana setimpal dengan perbuatannya	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
8.	203/Pid.B/2005/ PN.Ska.	Terdakwa harus dipidana setimpal dengan perbuatannya	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
9.	142/Pid.B/2005/ PN.Ska	1. Terdakwa harus dipidana setimpal dengan kesalahannya; dan 2. Untuk memenuhi rasa keadilan	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
10.	234/Pid.B/2005/ PN.Ska	Tidak ada	-
11.	230/Pid.B/2006/ PN.Ska	Pidana yang dijatuhkan kepada terdakwa telah dianggap pantas dan adil sesuai dengan kesalahan terdakwa	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
12.	141/PID.B/2006/ PN.Slmn	Pidana yang dijatuhkan kepada terdakwa dirasa telah adil sesuai kesalahan terdakwa	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
13.	364/Pid.B/2006/ PN.Ska	Pidana yang dijatuhkan terhadap terdakwa telah dianggap pantas dan adil sesuai dengan kesalahan terdakwa	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
14.	128/Pid.B/2005/ PN.Ska.	Tidak ada	-
15.	236/Pid.B/2005/ PN.Ska	Terdakwa harus dinyatakan bersalah dan dipidana setimpal dengan perbuatannya	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
16.	251/Pid.B/2005/ PN.Slmn.	Majelis Hakim menilai sudah patut dan setimpal beratnya pidana yang dijatuhkan	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut

17.	06/Pid.B/2006/P N.Slmn.	1. Terdakwa harus dijatuhi pidana yang setimpal dengan perbuatannya; 2. Untuk memenuhi rasa keadilan	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
18.	11/Pid.B/2006/P N.Slmn.	Terdakwa harus dijatuhi pidana yang setimpal dengan perbuatannya	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
19.	140/PID.B/2005/ PN.SLM	Terdakwa harus dihukum setimpal dengan kesalahannya	Teori retribusi/ pembalasan/ absolut
20.	174/PID.B/2005/ PN.Slmn	Tidak ada	-
21.	318/Pid.B/2005/ PN.Slmn.	Tidak ada	-
22.	161/Pid.B/2006/ PN.Slmn	Pemidanaan yang dijatuhkan terhadap terdakwa bukan merupakan suatu balas dendam, akan tetapi merupakan suatu pembinaan supaya kelak kemudian hari tidak mengulangi perbuatannya atau dalam cakupan yang lebih luas supaya tidak melakukan perbuatan yang melanggar atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan	Teori penangkalan / pencegahan/ tujuan/relatif
23.	142/Pid.B/2006/ PN.Slmn	Tujuan pembinaan terhadap diri terdakwa bukan sebagai unsur balas dendam akan tetapi bertujuan sebagai sarana pembinaan bagi terdakwa agar dapat memperbaiki sikap tingkah laku dan perbuatannya di kemudian hari sehingga majelis hakim akan menjatuhkan putusan yang dirasa cukup adil bagi hukum	Teori penangkalan / pencegahan/ tujuan/ relatif
24.	28/Pid.B/2006/P N.SLMN	Pemidanaan yang dijatuhkan terhadap terdakwa bukan suatu balas dendam akan tetapi merupakan suatu pembinaan supaya kelak di kemudian hari tidak mengulangi perbuatannya atau dalam cakupan yang lebih luas supaya tidak mengulangi perbuatan yang melanggar atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.	Teori penangkalan / pencegahan/ tujuan/ relatif

Penggunaan teori retribusi/ pembalasan/ absolut terdapat pada 2 putusan PN Klaten, 6 putusan PN Sleman, 7 putusan PN Surakarta, diindikasikan dari pertimbangan putusannya yang menggunakan kalimat sebagai berikut: 1) Terdakwa harus dijatuhi pidana yang sesuai dan setimpal dengan kesalahannya. 2) Terdakwa harus dijatuhi pidana yang setimpal dengan perbuatannya. 3) Terdakwa harus dijatuhi pidana sesuai dengan perbuatannya. 4) Terdakwa harus dipidana setimpal dengan perbuatannya. 5) Terdakwa harus dipidana setimpal dengan kesalahannya dan untuk memenuhi rasa keadilan. 6) Pidana yang dijatuhkan kepada terdakwa telah dianggap pantas dan adil sesuai dengan kesalahan terdakwa. 7) Pidana yang dijatuhkan kepada terdakwa dirasa telah adil sesuai kesalahan terdakwa. 8) Pidana yang dijatuhkan terhadap terdakwa telah dianggap pantas dan adil sesuai dengan kesalahan terdakwa. 9) Terdakwa harus dinyatakan bersalah dan dipidana setimpal dengan perbuatannya. 10) Hakim menilai sudah patut dan setimpal beratnya pidana yang dijatuhkan. 11) Terdakwa harus dihukum setimpal dengan kesalahannya.

Sedangkan teori rehabilitasi dan teori manfaat (teleologis) terdapat pada satu putusan PN Surakarta yang diindikasikan dari pertimbangan putusannya yang menggunakan kalimat: "Penjatuhan hukuman kepada terdakwa bukanlah nestapa atas perbuatannya, melainkan dimaksudkan untuk melindungi terdakwa dan memberikan kesempatan agar terdakwa dapat merenung dan tidak mengulangi lagi perbuatannya." Sementara teori penangkalan/ pencegahan/ tujuan/relatif terdapat pada tiga putusan PN Sleman diindikasikan dari pertimbangan putusannya yang menggunakan kalimat sebagai berikut: 1) Pidana yang dijatuhkan terhadap terdakwa bukan merupakan suatu balas dendam, akan tetapi merupakan suatu pembinaan supaya kelak kemudian hari tidak mengulangi perbuatannya atau dalam cakupan yang lebih luas supaya tidak melakukan perbuatan yang melanggar atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. 2) Tujuan pembinaan terhadap diri terdakwa bukan sebagai unsur balas dendam akan tetapi bertujuan sebagai sarana pembinaan bagi terdakwa agar dapat memperbaiki sikap tingkah laku dan perbuatannya di kemudian hari sehingga hakim akan menjatuhkan putusan yang dirasa cukup adil bagi hukum.

Dari hasil penelitian di atas, teori retribusi/pembalasan/absolut merupakan teori yang paling dominan digunakan dalam putusan pengadilan dalam perkara kekerasan terhadap perempuan. Dengan penggunaan teori tersebut, berarti hakim memperhatikan kepentingan korban (*offender protection oriented*) karena dalam teori retribusi/pembalasan/absolut pemidanaan diharapkan dapat memuaskan perasaan balas dendam si korban, baik dirinya, temannya maupun keluarganya.¹² Perasaan balas dendam tersebut tidak dapat dihindari dan perlu untuk dihilangkan agar tidak terjadi dendam kesumat yang dapat mengganggu kehidupan harmonis di dalam masyarakat.

Dengan pembalasan terhadap pelaku tindak pidana, maka korban akan terbebaskan dari perasaan balas dendam. Sebagaimana yang dikatakan oleh van Bemmelen bahwa tipe retributif ini tetap penting untuk hukum pidana dewasa ini karena pemenuhan keinginan akan pembalasan (*tegemoetkoming aan de vergeldingsbehoefte*) merupakan hal yang sangat penting dalam penerapan hukum pidana agar tidak terjadi "main hakim sendiri".¹³ Jika pelaku tidak mendapatkan balasan berupa pemidanaan, maka potensial akan terjadi main hakim sendiri karena dorongan dari korban, teman atau keluarga korban untuk melakukan pembalasan sendiri kepada pelaku atas kerugian yang ia alami.

Selain memperhatikan kepentingan korban, hakim menggunakan teori retribusi/pembalasan/absolut agar pemidanaan dapat memberikan peringatan kepada pelaku kejahatan dan anggota masyarakat yang lain bahwa setiap ancaman yang merugikan orang lain atau memperoleh keuntungan dari orang lain secara tidak wajar akan menerima pembalasanya. Karena pemidanaan sebagai pembalasan terhadap pelaku atas perbuatannya, maka pemidanaannya harus menunjukkan kesebandingan antara derajat keseriusan perbuatan (*the gravity of the offence*) dengan pidana yang dijatuhkan.¹⁴ Implikasinya bahwa pemidanaan yang dijatuhkan kepada pelaku tetap harus memperhatikan derajat keseriusan dari perbuatan yang dilakukan oleh pelaku, sehingga bobot pidananya tidak boleh

¹² Romli Atmasasmita, *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandar Maju, Bandung, 1995, hlm. 83.

¹³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 15.

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 84.

melebihi kesalahan pelaku sekalipun tujuannya untuk prevensi umum (*general prevention*).

Jika dilihat dari bobot pidananya, teori retribusi/pembalasan/absolut digunakan dalam putusan pengadilan yang bobot pidananya di atas 2 (dua) tahun penjara, kecuali dalam putusan No. 50/Pid.B/2004/PN. Klt (pidana penjara 5 bulan dengan percobaan 10 bulan). Sedangkan teori penangkalan / pencegahan /tujuan/relatif cenderung digunakan dalam putusan pengadilan yang bobot pidananya tidak sampai 2 tahun penjara, yaitu putusan No. 161/Pid.B/2006/PN.Slmm (penjara 1 tahun 6 bulan) dan putusan No. 28/Pid.B/2006/PN.SLMN (pidana penjara selama 7 bulan). Hal ini dikecualikan terhadap putusan No. 142/Pid.B/2006/PN.Slmm yang menjatuhkan pidana penjara 3 tahun dan denda Rp. 60.000.000,- subsidair kurungan 1 bulan kepada pelaku. Sementara teori rehabilitasi dan teori manfaat (teleologis) hanya digunakan dalam satu putusan pengadilan dengan pidana penjara 4 tahun.

Faktor-Faktor yang Melatarbelakangi Dominasi Penggunaan Teori Tujuan Pidanaan

Hasil penelitian dan analisis sebelumnya menunjukkan bahwa teori retribusi / pembalasan/ absolut paling dominan digunakan oleh hakim dalam perkara tindak pidana kekerasan terhadap perempuan. Teori tersebut cenderung digunakan dalam memutus terdakwa dengan bobot pidana yang relatif berat, yaitu pidana penjara di atas 2 tahun. Keadaan yang memberatkan pidana bagi pelaku menjadi pertimbangan hakim terhadap penggunaan teori tujuan pidana ini. Dari 15 putusan yang menggunakan teori retribusi/ pembalasan/absolut, terdapat beberapa kondisi yang memberatkan terdakwa hingga dijatuhi pidana di atas 2 tahun, yaitu:

- “1) Perbuatan terdakwa dilakukan kepada mantan istrinya dan perbuatannya telah menimbulkan rasa sakit dan luka-luka pada diri korban.
- 2) Perbuatan cabul dilakukan pada anak kandungnya sendiri yang seharusnya terdakwalah yang harus melindungi dari perbuatan-perbuatan yang tidak baik terhadap anaknya.
- 3) Perbuatan terdakwa telah merusak masa depan korban.
- 4) Perbuatan terdakwa meresahkan masyarakat, merusak masa depan korban, dan dilakukan secara bersama-sama.
- 5) Perbuatan terdakwa mengakibatkan trauma pada korban yang umurnya masih anak-anak.
- 6) Perbuatan terdakwa sangat merusak masa depan korban.
- 7) Perbuatan terdakwa merusak masa

depan korban, sudah melakukan kurang lebih 10 kali perbuatan pencabulan, bahkan alat kelamin terdakwa sudah pernah dimasukkan ke dalam lubang kemaluan korban. 8) Perbuatan terdakwa merugikan orang lain terutama korban. 9) Perbuatan terdakwa merusak masa depan korban, dan berdasarkan penelitian BAPAS bahwa korban mengalami keterbelakangan mental. 10) Perbuatan terdakwa merusak masa depan korban. 11) Terdakwa merugikan orang lain khususnya dalam hal perkembangan jiwa korban dan perbuatan terdakwa meresahkan masyarakat. 12) Perbuatan terdakwa merusak masa depan korban dan perbuatannya tidak senonoh sebagai orang tua atau wali yang seharusnya memberi perlindungan, bimbingan, pendidikan terhadap saksi korban selaku anak tirinya akan tetapi terdakwa justru mencabulinya. 13) Perbuatan terdakwa meresahkan masyarakat, mencemarkan nama baik keluarga dan menyebabkan trauma terhadap korban. 14) Perbuatan terdakwa dapat meresahkan masyarakat dan perbuatan terdakwa membuat trauma bagi korban.

Keadaan-keadaan yang memberatkan di atas menjadi pertimbangan hakim untuk menilai bahwa perbuatan terdakwa dinilai serius, sehingga hakim menggunakan teori retribusi/pembalasan/absolut dalam pemidanaan. Pemidanaan sendiri ditentukan sesuai dengan derajat keseriusan dari perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa. Berdasarkan keadaan-keadaan yang memberatkan dalam putusan pengadilan, diperoleh beberapa faktor yang melatarbelakangi penilaian hakim terhadap keseriusan perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa sehingga menggunakan teori retribusi/pembalasan/absolut dalam pemidanaannya. Faktor-faktor tersebut terkait dengan beberapa aspek, yaitu kondisi korban langsung (*direct victim*), masyarakat (*indirect victim*), hubungan pelaku dengan korban langsung, pengulangan perbuatan, serta teknis dalam melakukan perbuatan.

Aspek yang terkait dengan kondisi korban langsung dapat berupa fisik maupun non-fisik. Kondisi fisik korban yang menjadi alasan pemberatan, yaitu karena perbuatan terdakwa menimbulkan rasa sakit dan luka-luka pada diri korban sebagaimana yang dipertimbangkan dalam 1 putusan pengadilan. Sementara terkait kondisi non-fisik korban meliputi: *Pertama*, merusak masa depan korban sebagaimana dipertimbangkan dalam 7 putusan pengadilan. *Kedua*, mengakibatkan trauma pada korban sebagaimana dipertimbangkan dalam 3 putusan pengadilan. *Ketiga*, merugikan orang lain khususnya dalam hal

perkembangan jiwa korban sebagaimana dipertimbangkan dalam satu putusan pengadilan. Dalam 1 (satu) putusan pengadilan ada kondisi korban yang bukan merupakan akibat dari perbuatan pidana yang dilakukan terdakwa, namun juga dijadikan sebagai alasan pemberat, yaitu mengalami keterbelakangan mental.

Selain terhadap korban langsung, alasan pemberat pemidanaan juga dikaitkan dengan masyarakat sebagai korban tidak langsung dari perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa. Sebanyak 4 putusan pengadilan yang mempertimbangkan bahwa perbuatan terdakwa meresahkan masyarakat sehingga layak menjadi alasan pemberatan pemidanaan terhadap terdakwa. Terdapat 1 putusan pengadilan yang mempertimbangkan bahwa perbuatan terdakwa yang mencemarkan nama baik keluarga terdakwa juga layak menjadi alasan pemberatan pemidanaan terhadap terdakwa.

Aspek hubungan pelaku dengan korban langsung yang menjadi alasan pemberatan pidana adalah: *Pertama*, korban adalah mantan istri pelaku sebagaimana. *Kedua*, korban adalah anak kandung dari pelaku. *Ketiga*, korban adalah anak tiri dari pelaku. Dalam pertimbangannya, hakim menjelaskan bahwa sebagai orang tua atau wali yang seharusnya memberi perlindungan, bimbingan, pendidikan terhadap anaknya akan tetapi terdakwa justru mencabulinya.

Aspek pengulangan perbuatan sebagaimana yang dipertimbangkan dalam 1 putusan pengadilan, yaitu karena terdakwa telah melakukan kurang lebih 10 kali perbuatan pencabulan. Sementara terkait aspek teknis perbuatan yang menjadi alasan pemberatan pemidanaan, yaitu berupa perbuatan pelaku yang pernah memasukkan kelaminnya ke dalam lubang kemaluan korban. Perbuatan semacam ini oleh hakim dijadikan sebagai alasan memberatkan pemidanaan karena bentuk pelecehan seksualnya dianggap berat.

Secara fisik, perempuan lebih lemah dari laki-laki, sehingga rentan menjadi korban kekerasan. Selain perempuan, kelompok yang rentan terhadap kekerasan adalah anak. Secara fisik anak lebih lemah dari orang dewasa, demikian juga secara psikis yang belum mampu dengan sempurna membedakan yang baik dan buruk, sehingga anak perlu mendapatkan perlindungan secara khusus. Perlindungan tersebut diwujudkan melalui UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Penjelasan Umum UU tersebut menegaskan bahwa pertanggungjawaban orang

tua, keluarga, masyarakat, pemerintah dan negara terhadap anak merupakan rangkaian kegiatan yang dilaksanakan secara terus-menerus demi terlindunginya hak-hak anak. Rangkaian kegiatan tersebut harus berkelanjutan dan terarah guna menjamin pertumbuhan dan perkembangan anak, baik fisik, mental, spiritual maupun sosial. Tujuan kegiatan ini untuk kehidupan terbaik bagi anak sebagai penerus bangsa.

Dari Penjelasan Umum UU Perlindungan Anak di atas, maka beberapa putusan pengadilan yang menggunakan teori retribusi/ pembalasan/ absolut dalam menentukan pidana sudah tepat. Hakim yang mempertimbangkan kondisi anak yang menjadi korban tindak pidana kekerasan sebagai alasan pemberatan pidana sudah sesuai dengan semangat perlindungan terhadap anak. Dari 14 putusan yang menggunakan teori retribusi/ pembalasan/ absolut, sebanyak 7 putusan pengadilan yang mempertimbangkan bahwa terdakwa yang melakukan perbuatan merusak masa depan korban pantas untuk dijatuhi pidana setimpal.

Dengan melihat pada tujuan pidana yang digunakan serta faktor-faktor yang melatarbelakanginya, dapat disimpulkan bahwa dalam beberapa putusan pengadilan terkait perkara tindak pidana kekerasan terhadap perempuan banyak digunakan teori retribusi/pembalasan/absolut, meskipun dalam beberapa perkara juga digunakan teori penangkalan/pencegahan/tujuan/relatif. Dalam perkara-perkara kekerasan terhadap perempuan yang diteliti, ada pemilahan dalam penggunaan teori tujuan pidana, yaitu terhadap tindak pidana yang relatif berat, maka diutamakan pidana yang mengandung unsur pembalasan, sedangkan dalam tindak pidana yang relatif ringan, maka tujuan pidana dapat lebih ditekankan kepada pribadi pelaku untuk di-resosialisasi.¹⁵

Penutup

Berdasarkan pembahasan pada bab sebelumnya, maka dapat diperoleh kesimpulan sebagai berikut: *Pertama*, dalam perkara kekerasan terhadap

¹⁵ Pemilahan yang demikian secara teoritis dapat dibenarkan. Lihat Widodo, *Sistem Pidana dalam Cyber Crime*, Laksbang Mediatama, Yogyakarta, 2009, hlm. 60.

perempuan, hakim selalu memilih menjatuhkan jenis pidana penjara kepada terdakwa dan beberapa di antaranya mengkumulasi dengan pidana denda. Kecenderungan putusan yang demikian ini disebabkan dua faktor, yaitu pola pengancaman pidana dalam perundang-undangan dan perkara yang diadili secara substantif memang merupakan kejahatan yang relatif serius. Adapun terkait bobot pidana yang dijatuhkan, dari 24 putusan hakim cenderung bervariasi dengan rata-rata sudah cukup berat, yaitu pidana penjara antara 3 hingga 4 tahun.

Kedua, teori yang paling dominan digunakan dalam putusan pengadilan pada perkara tindak pidana kekerasan terhadap perempuan adalah teori retribusi/ pembalasan/ absolut, yakni sebesar 62,5% (15 putusan). Dengan penggunaan teori retribusi/ pembalasan/ absolut yang terlihat dominan tersebut, berarti hakim sudah memperhatikan kepentingan korban (*offender protection oriented*). Selain memperhatikan kepentingan korban, tujuan penggunaan teori tersebut agar dapat memberikan peringatan kepada pelaku kejahatan dan anggota masyarakat yang lain bahwa setiap ancaman yang merugikan orang lain atau memperoleh keuntungan dari orang lain secara tidak wajar akan menerima pembalasan yang setimpal. Hakim yang menggunakan teori retribusi/ pembalasan/ absolut cenderung memutuskan dengan pidana yang relatif berat dengan mempertimbangkan keadaan-keadaan tertentu, seperti kondisi korban langsung (*direct victim*), masyarakat (*indirect victim*), hubungan pelaku dengan korban langsung, pengulangan perbuatan, serta teknis dalam melakukan perbuatan.

Daftar Pustaka

- Anwar, Yesmil dan Adang, *Pembaruan Hukum Pidana; Reformasi Pidana*, PT Gramedia Widia Sarana Indonesia, Jakarta, 2008.
- Atmasasmita, Romli, *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandar Maju, Bandung, 1995.
- Elmina Martha, Aroma, *Perempuan Kekerasan dan Hukum*, Dahlan, Yogyakarta, 2003.
- Kadir Muhammad, Abdul, *Hukum dan Penelitian Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004.
- M. Misiaveg, Elizabeth, "Important Steps and Instructive Models in The Fight to Eliminate Violence Against Women", *Washington and Lee Law Review*. 1995.

- Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1992.
- Mulyadi, Lilik, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi, dan Viktimologi*, Penerbit Djambatan, Jakarta, 2007.
- Nawawi Arief, Barda, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- Remmeling, Jan, *Hukum Pidana*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004.
- Sudiarti Luhulima, Achie (ed.), *Pemahaman Bentuk-Bentuk Tindak Kekerasan terhadap Perempuan dan Alternatif Pemecahannya*, Kelompok Kerja Convention Watch dan Pusat Kajian Wanita dan Jender UI, Jakarta, 2000.
- Sholehudin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana*, Cet. Kedua, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003.
- Widodo, *Sistem Pidana dalam Cyber Crime*, Laksbang Mediatama, Yogyakarta, 2009.

Calon Tunggal dalam Pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Perspektif Hukum Progresif

Allan Fatchan Gani Wardhana
Peneliti Pusat Studi Hukum Konstitusi (PSHK) FH UII
Jln. Lawu No. 1 Kotabaru Yogyakarta
allanfatchanganiw@yahoo.com

Abstract

Since its establishment until today, there have been many very progressive verdicts of Constitutional Court that can be used as the legal references for the acceleration of the legal reform in Indonesia. One of the verdicts of Constitutional Court is the one number 100/PUU-XIII/2015. This research is aimed to study the issues regarding first, whether the verdict of Constitutional Court Number 100/PUU-XIII/2015 on the single candidate in the election of the regional head and the deputy is included the progressive verdict? And second, what is the judicial implication of the Constitutional Court towards the nomination of the regional head and deputy? The research method used was the normative judicial method with the case approach. The results of the research concluded that first the verdict of the Constitutional Court Number 100/PUU-XIII/2015 is the progressive verdict. Second, the Verdict of the Constitutional Court has brought a judicial implication towards the nomination of the regional head and deputy that is by accommodating the single candidate in the implementation of the election of the regional head.

Key words: Single candidate, regional head election, progressive law

Abstrak

Selama berdiri hingga sampai saat ini telah banyak putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang sangat progresif dan dapat menjadi acuan hukum bagi percepatan reformasi hukum di Indonesia. Salah satunya adalah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 100/PUU-XIII/2015. Penelitian ini mengkaji permasalahan mengenai, *pertama*, apakah Putusan MK Nomor 100/PUU-XIII/2015 tentang calon tunggal dalam pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah termasuk putusan yang progresif? *Kedua*, apa implikasi yuridis atas putusan MK tersebut terhadap pencalonan kepala daerah dan wakil kepala daerah? Metode penelitian yang digunakan adalah metode yuridis normatif dengan pendekatan kasus. Hasil penelitian menyimpulkan, *pertama* bahwa Putusan MK Nomor 100/PUU-XIII/2015 adalah putusan yang bersifat progresif. *Kedua*, Putusan MK tersebut telah membawa implikasi yuridis terhadap pencalonan kepala daerah dan wakil kepala daerah yaitu dengan mengakomodasi calon tunggal dalam pelaksanaan pilkada.

Kata Kunci : Calon tunggal, pemilihan kepala daerah, hukum progresif

Pendahuluan

Keberadaan Mahkamah Konstitusi (MK) di Indonesia turut mewarnai dinamika ketatanegaraan serta diskursus hukum-hukum kenegaraan. Dalam praktiknya, dinamika ketatanegaraan itu telah, sedang, dan akan terus berkembang seiring dengan hadirnya lembaga MK sebagai pengawal Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945). Dapat dikatakan bahwa gagasan pembentukan MK tidak lain merupakan dorongan dalam penyelenggaraan kekuasaan dan ketatanegaraan Indonesia yang lebih baik. Paling tidak ada empat hal yang melatarbelakangi dan menjadi pijakan dalam pembentukan MK, yaitu: (1) sebagai implikasi dari paham konstitusionalisme; (2) mekanisme *checks and balances*; (3) penyelenggaraan negara yang bersih; dan (4) perlindungan Hak Asasi Manusia.¹ Empat pijakan akademis tersebut berkorelasi dengan dorongan dan ekspektasi publik terhadap penyelenggaraan demokrasi dan penegakan hak asasi manusia sebagai cita-cita reformasi.

Ide pembentukan MK merupakan salah satu perkembangan pemikiran hukum ketatanegaraan modern yang muncul pada abad ke-20. Gagasan ini merupakan pengembangan dari asas-asas demokrasi di mana hak-hak politik rakyat dan hak-hak asasi merupakan tema dasar dalam pemikiran politik ketatanegaraan. Hak dasar tersebut dijamin secara konstitusional dalam sebuah hak-hak konstitusional warga negara dan diwujudkan secara institusional melalui lembaga negara yang melindungi hak konstitusional setiap warga. Lembaga yang dikonstruksi untuk menjamin hak konstitusional setiap warga tersebut, salah satunya adalah MK. Hal ini merupakan sebuah kebutuhan mendasar dari upaya perjuangan reformasi yang mencita-citakan terwujudnya negara demokrasi konstitusional.²

Selama MK berdiri hingga sampai saat ini, diakui sudah banyak kemajuan-kemajuan yang dicapai oleh institusi kehakiman yang lahir pada amendemen ketiga ini. MK sudah membuktikan sebagai institusi hukum yang dapat dipercaya

¹ Soimin & Mashuriyanto, *Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2013, hlm. 59

²*Ibid.*, hlm. 50-51

dan terhormat (*realible and honoured court*) di Indonesia. Hal ini dibuktikan dengan banyaknya putusan-putusan MK yang sangat progresif dan dapat menjadi acuan hukum bagi percepatan reformasi hukum di Indonesia.³

Salah satu contoh Putusan MK yang bersifat progresif itu tersinyalir dalam Putusan MK-RI Nomor 100/PUU-XIII/2015 terkait pemilihan kepala daerah dengan hanya satu pasangan calon (calon tunggal). Pemohon dalam perkara ini ialah Effendi Ghazali (Pemohon I) dan Yayan Sakti Suryandaru (Pemohon II). Pemohon I adalah perseorangan warga Indonesia yang mempunyai hak untuk memilih serta merupakan warga negara Indonesia yang selalu aktif melaksanakan hak pilih dalam Pemilihan Umum dan Pemilihan Kepala Daerah. Adapun Pemohon II adalah perseorangan warga Indonesia yang merasa dirugikan oleh aturan yang menentukan “penundaan pilkada jika dalam suatu daerah terdapat kurang dari dua pasangan calon”. Artinya dengan pilkada di suatu daerah yang hanya diikuti oleh calon tunggal, maka pilkada mengalami penundaan.

Terkait hal ini, Pemohon II merasa dirugikan karena menyebabkan pemilihan Kepala Daerah Kota Surabaya yang pada saat itu berpotensi mengalami penundaan. Penundaan Pemilihan Kepala Daerah mengakibatkan terhambatnya keputusan strategis dan penting dalam pembangunan daerah mengingat daerah tersebut dipimpin oleh seorang Pelaksana Tugas. Dalam permohonannya, Pemohon memohon kepada MK untuk menguji konstitusionalitas Pasal 49 ayat (8)⁴

³ Ni'matul Huda dan R. Nazriyah., *Teori & Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Nusa Media, Bandung, 2011, hlm.146

⁴ Dalam hal hasil penelitian sebagaimana dimaksud pada ayat (7) menghasilkan pasangan calon yang memenuhi persyaratan kurang dari 2 (dua) pasangan calon, tahapan pelaksanaan Pemilihan ditunda paling lama 10 (sepuluh) hari.

dan ayat (9)⁵, Pasal 50 ayat (8)⁶ dan ayat (9)⁷, Pasal 51 ayat (2)⁸, Pasal 52 ayat (2)⁹, serta Pasal 54 ayat (4)¹⁰, ayat (5)¹¹ dan ayat (6)¹² UU No. 8 Tahun 2015 terhadap:

- Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945 Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.
- Pasal 28 I ayat (2) UUD 1945 Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.
- Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.
- Pasal 27 ayat (2) UUD 1945 Tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan;
- Pasal 28 H ayat (1) UUD 1945 Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan;
- Pasal 28 C ayat (1) UUD 1945 Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.

Pasal-pasal yang dimohonkan pengujian di atas, dalam implementasinya menjadi ruh dari UU No. 8 Tahun 2015 yang kemudian diturunkan dalam Peraturan Komisi Pemilihan Umum (PKPU) Nomor 12 Tahun 2015. Apabila diringkas, pokok argumentasi permohonan Pemohon berpusat pada masalah

⁵ KPU Provinsi membuka kembali pendaftaran pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur paling lama 3 hari setelah penundaan tahapan sebagaimana dimaksud pada ayat (8)

⁶ Dalam hal hasil penelitian sebagaimana dimaksud pada ayat (7) menghasilkan pasangan calon yang memenuhi persyaratan kurang dari 2 pasangan calon, tahapan pelaksanaan pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota pemilihan ditunda paling lama 10 hari

⁷ KPU Kabupaten/Kota membuka kembali pendaftaran pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota paling lama 3 hari setelah penundaan tahapan sebagaimana dimaksud pada ayat (8).

⁸ Berdasarkan Berita Acara Penetapan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), KPU Provinsi menetapkan paling sedikit 2 pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur dengan Keputusan KPU Provinsi.

⁹ Berdasarkan Berita Acara Penetapan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), KPU Kabupaten/Kota menetapkan paling sedikit 2 pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota dengan Keputusan KPU Kabupaten/Kota

¹⁰ Dalam hal pasangan berhalangan tetap sejak penetapan pasangan calon sampai pada saat dimulainya hari Kampanye sehingga jumlah pasangan calon kurang dari 2 orang, KPU Provinsi dan KPU Kabupaten/Kota membuka kembali pendaftaran pengajuan pasangan calon paling lama 7 hari

¹¹ Dalam hal pasangan calon berhalangan tetap pada saat dimulainya kampanye sampai hari pemungutan suara dan terdapat 2 pasangan calon atau lebih, tahapan pelaksanaan Pemilihan dilanjutkan dan pasangan calon yang berhalangan tetap tidak dapat diganti serta dinyatakan gugur.

¹² Dalam hal pasangan calon berhalangan tetap pada saat dimulainya Kampanye sampai hari pemungutan suara pasangan calon kurang dari 2 orang, tahapan pelaksanaan Pemilihan ditunda paling lama 14 hari.

terganggunya atau bahkan tidak dapat diselenggarakannya pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah sebagaimana dijadwalkan disebabkan oleh adanya ketentuan dalam norma Undang-Undang yang dimohonkan pengujian yang mempersyaratkan paling sedikit ada dua pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah.¹³ Pemohon dalam alasannya mendalilkan bahwa warga negara yang tinggal di daerah yang pemilihan kepala daerahnya hanya memiliki satu pasangan calon terdaftar di KPUD, mengalami perlakuan diskriminatif dan tidak mendapat kepastian hukum yang adil, dibandingkan dengan warga negara yang tinggal di daerah yang Pemilihan Kepala Daerahnya memiliki lebih dari satu pasangan calon terdaftar di KPUD dan tentunya mengalami kerugian hak memilih, yang tidak hanya dapat tertunda satu kali, namun dapat pula tertunda berkali-kali dalam kondisi tidak menentu.

Terhadap perkara ini, MK memutuskan bahwa jika dalam suatu daerah terdapat Calon kepala daerah dan calon wakil kepala daerah dengan hanya satu pasang (calon tunggal), maka harus tetap dilaksanakan dengan syarat tertentu. Dalam putusan MK tersebut, tersinyalir benih-benih hukum progresif didalamnya. MK memberikan jalan keluar dan terobosan hukum bagi pelaksanaan pilkada dengan hanya satu pasangan calon, padahal sebelumnya UU No. 8 Tahun 2015 tidak mengatur terkait pilkada dengan hanya satu pasangan calon.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, rumusan masalah yang menjadi fokus penelitian ini sebagai berikut. *Pertama*, apakah putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 100/PUU-XIII/2015 tentang calon tunggal dalam pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah termasuk putusan yang progresif? *Kedua*, apa implikasi yuridis atas putusan MK tersebut terhadap pencalonan kepala daerah dan wakil kepala daerah?

¹³ Putusan MK-RI Nomor 100/PUU-XIII/2015 hlm. 37-38

Tujuan Penelitian

Adapun penelitian ini bertujuan untuk mengetahui : *pertama*, untuk mengetahui progresivitas putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 100/PUU-XIII/2015 terkait calon tunggal dalam pemilihan kepala daerah dan wakil kepala; *kedua*, implikasi yuridis atas putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 100/PUU-XIII/2015 terhadap pencalonan kepala daerah dan wakil kepala daerah.

Metode Penelitian

Jenis Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif, karena peneliti melakukan penelitian dengan studi literatur, peraturan perundang-undangan, dan putusan Mahkamah Konstitusi 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. Pendekatan dalam penelitian ini adalah pendekatan kasus (*case approach*). 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

Hukum Progresif dan Indikator Putusan MK yang Progresif

Progresif itu sendiri secara etimologi berasal dari kata *progr* dari bahasa Inggris yang berarti kemajuan. Jika kata 'hukum' digabung dengan kata 'progresif', maka bermakna bahwa hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan

zaman agar mampu melayani kepentingan masyarakat berdasarkan aspek moralitas sumberdaya para penegak hukum.¹⁴ Itulah yang kemudian disebut dengan hukum progresif. Dikaitkan dengan putusan MK yang progresif, tentu tidak bisa langsung dimaknai bahwa putusan MK yang progresif itu ialah putusan yang mampu mengikuti perkembangan zaman dan realitas ketatanegaraan di Indonesia. Putusan MK yang progresif tidak cukup hanya didasarkan asumsi bahwa putusannya mengikuti perkembangan zaman, akan tetapi harus dilengkapi dengan indikator-indikator dari konsep hukum progresif itu sendiri.

Hal penting dalam suatu putusan MK yang progresif ini, bahwa putusan MK yang bersifat progresif bertumpu pada kualitas aparat penegak hukum terutama hakim konstitusi. Hal ini bisa dijadikan sebuah alternatif untuk mengatasi problem ketidakadilan karena melihat sangat sulit untuk menciptakan hukum yang benar-benar mencerminkan keadilan dalam masyarakat. Dalam kenyataannya, pembentukan hukum seringkali tidak lepas dari campur tangan penguasa. Seringkali penguasa mengarahkan hukum untuk tujuan pribadi, seperti mempertahankan kekuasaan, memperkaya diri sendiri, menaikkan pangkat dan lain sebagainya, sehingga hukum tidak lagi mencerminkan manfaat bagi masyarakat.¹⁵ Dalam kondisi yang demikian ini, maka aparat penegak hukum dalam hal ini para hakim konstitusi harus berani untuk tampil dengan keluar dari hukum-hukum yang normatif yang cenderung tidak mencerminkan keadilan bagi masyarakat.

Dalam hukum progresif, perubahan tidak lagi pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasi hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Aksi perubahan pun bisa segera dilakukan tanpa harus menunggu perubahan peraturan (*changing the law*), karena pelaku hukum progresif dapat melakukan pemaknaan progresif terhadap peraturan yang ada. Menghadapi suatu aturan, meskipun aturan itu tidak aspiratif misalnya, aparat penegak hukum yang progresif tidak harus menepis keberadaan aturan itu. Ia bisa setiap kali melakukan interpretasi secara baru terhadap aturan tersebut untuk memberi keadilan dan

¹⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Press, Yogyakarta, 2009, hlm. 128

¹⁵ Mahrus Ali, *Membumikan Hukum Progresif*, Aswaja Pressindo, Yogyakarta, 2013, hlm. 8

kebahagiaan kepada pencari keadilan.¹⁶ Maka, disinilah hakim konstitusi dituntut untuk melakukan kreasi peraturan manakala peraturan yang ada nyata-nyata tidak mampu menjawab tantangan zaman. Penafsiran yang dilakukan oleh hakim menjadi suatu hal yang niscaya.

Berdasarkan kosmologinya, kehadiran hukum progresif bukanlah sesuatu yang kebetulan, bukan sesuatu yang lahir tanpa sebab, dan juga bukan sesuatu yang jatuh dari langit. Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran yang tidak pernah berhenti. Hukum progresif yang dapat dipandang sebagai konsep yang sedang mencari jati diri bertolak dari realitas empiris tentang bekerjanya hukum di masyarakat, berupa ketidakpuasaan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegak hukum di Indonesia. Hukum tidak hanya dianggap selesai setelah tersusun sebagai peraturan perundang-undangan dengan kalimat-kalimat yang sangat rapi dan sistematis, namun hukum harus selalu mengalami proses pemaknaan sebagai sebuah pendewasaan atau pematangan. Dengan proses inilah, maka hukum dapat menampakkan jati dirinya sebagai sebuah ilmu, yaitu selalu berproses untuk mencari kebenaran. Dalam pengertian ini, hukum juga harus dilihat secara utuh menyeluruh yang menekankan pada sifat substantif dan transendental dengan mendasarkan pada fakta sosial yang tidak lepas dari nilai-nilai agama, etik dan moral, bukan hanya dalam wujud norma-norma tertulis.¹⁷

Kehadiran hukum progresif berangkat dari asumsi dasar bahwa “hukum adalah untuk manusia” dan “hukum selalu dalam proses untuk menjadi”. Berkaitan dengan dua asumsi tersebut, Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa :¹⁸

“Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan di sini bisa diverifikasi ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakikat “hukum yang selalu dalam proses menjadi”. Hukum tidak ada untuk hukum itu sendiri, tetapi untuk manusia.”

¹⁶*Ibid.*, hlm. 23

¹⁷ Turiman, “Memahami Hukum Progresif Satjipto Rahardjo dalam Paradigma Thawaf” yang dikutip dalam Mahrus Ali, *Ibid.*, hlm. 7

¹⁸*Ibid.*, hlm. 128

Karena hukum progresif berangkat dari asumsi hukum itu untuk manusia dan hukum selalu dalam proses menjadi, maka penegak hukum seharusnya bukan hanya sekedar memahami hukum positif yang selama ini berlaku saja, tetapi bagaimana seorang penegak hukum itu mampu mengangkat nilai-nilai hukum yang bermuara kepada sebuah keadilan yang sesungguhnya, bukan hanya keadilan yang berdasarkan rentetan kata-kata atau kalimat peraturan perundang-undangan saja, tetapi lebih kepada keadilan yang nyata.¹⁹ Manusia selaku aktor penting dan utama di belakang kehidupan hukum, tidak hanya dituntut mampu menciptakan dan menjalankan hukum (*making the law*), tetapi juga keberanian mematahkan dan merobohkannya (*breaking the law*), manakala hukum tidak sanggup menghadirkan roh dan substansi keberadaannya, yakni menciptakan keharmonisan, kedamaian, ketertiban, dan kesejahteraan masyarakat.²⁰ Kalau boleh diringkas, hukum progresif itu sesungguhnya sederhana, yaitu melakukan pembebasan, baik dalam cara berpikir maupun bertindak dalam hukum, sehingga mampu membiarkan hukum itu mengalir saja untuk menuntaskan tugasnya mengabdikan kepada manusia dan kemanusiaan.²¹

Ide penegakan hukum progresif menghendaki penegakan hukum tidak sekedar menjalankan peraturan perundang-undangan, tetapi menangkap kehendak hukum masyarakat. Oleh karena itu, ketika suatu peraturan dianggap membelenggu penegakan hukum, maka dituntut kreativitas dari penegak hukum itu sendiri agar mampu menciptakan produk hukum yang mengakomodasi kehendak masyarakat yang bertumpu pada nilai-nilai yang hidup di masyarakat. Oleh sebab itu, ide penegakan hukum progresif merupakan letupan dari situasi penegakan hukum yang stagnan atau mengalami kemandekan.²²

Berdasarkan uraian di atas, peneliti merumuskan indikator-indikator bahwa putusan MK yang progresif berangkat dari dua asumsi, yaitu “hukum adalah untuk manusia” dan “hukum dalam proses terus menjadi” dengan indikator :

Pertama, hukum harus peka terhadap perubahan yang terjadi di masyarakat baik lokal, nasional, maupun global sehingga Putusan MK cenderung tidak

¹⁹*Ibid.*, hlm. 91

²⁰ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2010, hlm. vii

²¹*Ibid.*

²²*Ibid.*

positivistik. Berhadapan dengan perubahan-perubahan yang terjadi dalam masyarakat, hukum progresif terpancang untuk tampil melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum. Hukum bekerja dengan cara memancangi perbuatan seseorang atau hubungan antara orang-orang dalam masyarakat. Untuk keperluan pemancangan tersebut, maka hukum menjabarkannya pekerjaannya dalam berbagai fungsinya, yaitu: (1) pembuatan norma-norma, baik yang memberikan peruntukan maupun yang menentukan hubungan antara orang dengan orang; (2) penyelesaian sengketa-sengketa; (3) menjamin kelangsungan kehidupan masyarakat, yaitu dalam hal terjadi perubahan-perubahan. Hukum, dengan demikian, digolongkan sebagai sarana untuk melakukan kontrol sosial, yaitu suatu proses mempengaruhi orang-orang untuk bertingkah laku sesuai dengan harapan masyarakat. Oleh hukum, kontrol sosial tersebut dijalankan dengan menggerakkan berbagai aktivitas, yang melibatkan penggunaan dari kekuasaan negara sebagai suatu lembaga yang diorganisasi secara politik, melalui lembaga-lembaga yang dibentuknya. Hukum sebagai sarana kontrol sosial tidak hanya ditujukan kepada pemecahan masalah yang ada, melainkan berkeinginan untuk menimbulkan perubahan-perubahan dalam tingkah laku anggota masyarakat.²³

Hukum progresif ini sebenarnya merupakan pertentangan dari faham positivistik yang dianut oleh hampir semua aparat penegak hukum, terutama hakim di Indonesia. Paham positivistik ini selalu berpegang teguh kepada hukum tertulis (*law in book*), karena meyakini bahwa keadilan dapat terwujud dengan menerapkan hukum tertulis. Dengan demikian, seolah keadilan didefinisikan dalam hukum tertulis. Pendefinisian apa yang adil dan tidak dalam hukum tertulis merupakan bentuk “kekerasan keadilan” yang mempersempit serta mensubjektifikasi makna keadilan. Hukum progresif bertolak belakang dari faham positivistik yang selalu tunduk pada aturan tertulis. Hukum progresif menjadikan ketulusan dan kejujuran sebagai mahkota penegakan hukum. Keadilan menjadi tujuan akhir dari proses penegakan hukum. Ajaran hukum progresif ini mengutamakan pada sikap empati, kepedulian, dan dedikasi dari para aparat

²³ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial : Suatu Tinjauan Teoretis Serta Pengalaman-Pengalaman Di Indonesia*, Cet ke-3, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm. 112

penegak hukum karena merekalah ujung tombak penegakan hukum.²⁴ Madzab positivistik menempatkan Pengadilan hanya sebagai corong undang-undang atau sebagai tempat dimana penegak hukum menerapkan pasal-pasal tertulis.

Kedua, menolak dan mematahkan status quo, sehingga Putusan MK cenderung menegasikan, mengganti, membebaskan hukum yang mandek karena tidak mampu melayani lingkungan yang berubah. Menolak dan mematahkan *status quo* berarti menolak untuk mempertahankan norma-norma yang telah ada tanpa ada kritik apapun, sehingga norma-norma tersebut selalu diterapkan apa adanya dalam keadaan dan kondisi apapun. Hampir tidak ada usaha untuk melakukan perbaikan, yang ada hanya menjalankan hukum seperti apa adanya dan secara biasa-biasa saja (*business as usual*). Hakim lebih cenderung mengambil posisi aman dengan menjalankan *status quo* tanpa berpikir untuk melakukan perubahan dan pembaruan.²⁵ Indikator yang kedua ini sangat erat kaitannya dengan indikator pertama.

Hukum progresif dan ilmu hukum progresif tidak bisa disebut sebagai suatu tipe hukum yang khas dan selesai (*distinct type and a finite scheme*), melainkan lebih merupakan gagasan yang mengalir, yang tidak mau terjebak ke dalam *status quo*, sehingga mandek (*stagnant*). Hukum progresif selalu ingin setia pada asas besar, "hukum adalah untuk manusia". Hukum progresif bisa diibaratkan sebagai papan penunjuk yang selalu memeringatkan, hukum harus terus-menerus merobohkan, mengganti, membebaskan hukum yang mandek, karena tidak mampu melayani lingkungan yang berubah. Itulah sebabnya hukum selalu mengalir, karena kehidupan manusia memang penuh dengan dinamika dan berubah dari waktu ke waktu. Kehidupan manusia tersebut tidak bisa diwadahi secara ketat ke dalam satu atau lain bagan yang selesai dan tidak boleh diubah (*finite scheme*). Bagan tersebut harus terbuka, karena bukan manusia untuk hukum, melainkan sebaliknya.²⁶

Ketiga, hukum bukan institusi yang mutlak dan final, karena hukum selalu dalam proses menjadi sehingga Putusan MK cenderung terdapat adanya

²⁴ Mahrus Ali, *Membumikan...*, *Op. Cit.*, hlm. 11

²⁵ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Editor I Gede A.B Wiranata, Joni Emirzon, Firman Muntaqo, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2006, hlm. 115

²⁶ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif...*, *Op. Cit.*, hlm. 84

pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan. Tidak mengherankan bila eksistensi hukum progresif bertumpu pada manusia, membawa konsekuensi pentingnya kreativitas. Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain untuk mengatasi ketertinggalan hukum, mengatasi ketimpangan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan hukum. Terobosan hukum inilah yang diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yang menurut Satjipto Rahardjo diistilahkan dengan hukum yang membuat bahagia.²⁷

Terobosan hukum sesungguhnya bukan sesuatu hal yang baru di dunia hukum, apalagi pada saat hukum telah mengalami kebekuan jika dihadapkan dengan realitas persoalan hukum masyarakat. Terobosan oleh institusi peradilan merupakan konsekuensi dari karakteristik norma hukum positif yang bersifat statis dihadapkan dengan kehidupan masyarakat dan praktik ber hukum yang dinamis. Karena itu, terobosan hukum sebenarnya suatu kewajaran. Namun, hal itu menjadi diskursus hangat karena kondisi hukum di Indonesia yang cenderung stagnan. Terobosan hukum justru harus ada jika dilihat dari tiga aspek yaitu, (1) tujuan tertinggi dari hukum adalah untuk mewujudkan keadilan. Meski demikian, hukum dan keadilan memang tidak selalu sama; (2) dalam pembentukan hukum selalu terdapat keterbatasan terutama dalam memperkirakan perkembangan praktik dan peristiwa hukum yang akan terjadi di masa depan. Manifestasi keadilan yang dirumuskan dalam norma hukum juga terbatas pada keadilan yang dipahami dan dirasakan oleh pembentuk hukum saat itu. Penerapannya, ada kemungkinan jika suatu norma hukum diterapkan untuk kasus tertentu justru menimbulkan ketidakadilan. Pada titik ini tidak tepat kiranya jika hakim harus selalu berposisi corong UU, melainkan harus pula bertindak sebagai pembentuk hukum. Hal ini menjadi salah satu faktor yang mendorong konvergensi antar sistem atau tradisi hukum di semua negara, antara *civil law* dan *common law*; (3) peran hakim sebagai pembentuk hukum dengan sendirinya akan menguat pada saat norma hukum positif masih dalam tahap awal perkembangan. Inilah yang menjadi faktor ketiga berbagai terobosan hukum MK.²⁸ Hukum yang diciptakan

²⁷ Mahrus Ali, *Membumikan .., Op. Cit.*, hlm. 24

²⁸ Soimin & Mashuriyanto, *Mahkamah...*, *Op. Cit.*, hlm. 194

oleh MK melalui putusan mengutamakan keadilan substantif (*social justice*) dibanding formal-prosedural (*legal formal*). Paradigma keadilan substantif bisa saja menyimpang dari UU kalau pelaksanaan UU itu menimbulkan ketidakadilan.

Dalam hukum progresif, proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, akan tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan. Peraturan yang buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif untuk menghadirkan keadilan bagi rakyat dan pencari keadilan, karena mereka dapat melakukan interpretasi secara baru setiap kali terhadap suatu peraturan.²⁹

Progresivitas Putusan MK-RI Nomor 100/PUU-XIII/2015

Putusan MK-RI Nomor 100/PUU-XIII/2015 merupakan salah satu putusan yang turut mewarnai dinamika ketatanegaraan di Indonesia. Putusan ini berangkat dari fenomena adanya calon tunggal dalam pilkada yang kemudian berbuntut pada pengujian konstusionalitas UU No. 8 Tahun 2015. Dalam pengujian konstusionalitas itu, Pemohon menilai bahwa ketentuan dalam norma undang-undang yang dimohonkan pengujian yang mempersyaratkan paling sedikit ada dua pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah harus dikaji ulang, terutama jika dibenturkan dengan realitas adanya calon tunggal dalam pilkada.

Jika diperhatikan secara seksama, rumusan norma UU No. 8 Tahun 2015 yang dimohonkan pengujian sebagaimana telah diuraikan atas, secara sistematis tampak nyata kalau pembentuk undang-undang, di satu pihak, bermaksud bahwa dalam kontestasi Pemilihan Kepala Daerah setidaknya harus ada dua pasangan calon, di lain pihak, sama sekali tidak memberikan jalan keluar seandainya syarat paling kurang dua pasangan calon tersebut tidak terpenuhi. Dengan demikian, akan ada kekosongan hukum manakala syarat paling kurang dua pasangan calon tersebut tidak terpenuhi di mana kekosongan hukum

²⁹ M. Syamsudin, "Kecenderungan Paradigma Berfikir Hakim Dalam Memutus Perkara Korupsi", *Jurnal Media Hukum*, Vol. 15, No. 2, Tahun 2008, hlm. 202

demikian akan berakibat pada tidak dapat diselenggarakannya Pemilihan Kepala Daerah.

Dalam mengatasi kebuntuan tersebut, KPU mengeluarkan Peraturan Komisi Pemilihan Umum Nomor 12 Tahun 2015. Dalam Pasal 54 ayat (5) Peraturan KPU Nomor 12/2015 tersebut menyatakan, "*Dalam hal sampai dengan berakhirnya pembukaan kembali masa pendaftaran hanya terdapat 1 (satu) Pasangan Calon atau tidak ada Pasangan Calon yang mendaftar sebagaimana dimaksud pada ayat (1), KPU Provinsi/KIP Aceh atau KPU/KIP Kabupaten/Kota menetapkan keputusan penundaan seluruh tahapan dan Pemilihan diselenggarakan pada Pemilihan serentak berikutnya. Jika ditunda dalam pemilihan serentak berikutnya, maka jika dalam suatu daerah hanya ada satu pasangan calon, pelaksanaan pilkada ditunda dari yang semula dilaksanakan pada tahun 2015 menjadi dilaksanakan pada bulan Februari tahun 2017.*

Terhadap penyelesaian kebuntuan dari KPU itu, MK berpendapat bahwa Peraturan KPU itu tidak menyelesaikan persoalan tidak terlaksananya hak rakyat untuk dipilih dan memilih karena dua alasan. *Pertama*, penundaan ke Pemilihan serentak berikutnya sesungguhnya telah menghilangkan hak rakyat untuk dipilih dan memilih pada Pemilihan serentak saat itu. *Kedua*, andaiatapun penundaan demikian dapat dibenarkan, *quod non*, tetap tidak ada jaminan bahwa pada Pemilihan serentak berikutnya itu, hak rakyat untuk dipilih dan memilih akan dapat dipenuhi. Hal itu dikarenakan penyebab tidak dapat dipenuhinya hak rakyat untuk dipilih dan memilih itu tetap ada, yaitu ketentuan yang mempersyaratkan paling sedikit adanya dua Pasangan Calon dalam kontestasi Pemilihan Kepala Daerah.³⁰

Akhirnya, melalui putusannya, MK memberikan jalan keluar bagi daerah yang hanya ada satu pasangan calon dengan mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian. MK menyatakan bahwa Pemilihan Kepala Daerah yang hanya diikuti oleh satu pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah tetap dilaksanakan dengan catatan bahwa harus diusahakan terlebih dulu dengan sungguh-sungguh untuk terpenuhi syarat paling sedikit dua pasangan calon

³⁰ Putusan MK-RI Nomor 100..., *Op. Cit.*, hlm. 42

kepala daerah dan wakil kepala daerah.³¹ Yang dimaksud dengan “telah diusahakan dengan sungguh-sungguh” adalah telah dilaksanakan ketentuan dalam Pasal 49 ayat (1) sampai dengan ayat (9) UU No. 8 Tahun 2015 (untuk pemilihan Gubernur/Wakil Gubernur) dan ketentuan Pasal 50 ayat (1) sampai dengan ayat (9) UU No. 8 Tahun 2015 (untuk pemilihan Bupati/Wakil Bupati dan Walikota/Wakil Walikota).

Bahwa Pemilihan Kepala Daerah yang hanya diikuti oleh satu pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah dilakukan dengan memberikan kesempatan kepada rakyat (pemilih) untuk menyatakan “Setuju” atau “Tidak Setuju” dalam surat suara yang didesain sedemikian rupa sehingga memungkinkan rakyat (pemilih) untuk menyatakan pilihan “Setuju” atau “Tidak Setuju” dimaksud. Apabila pilihan “Setuju” memperoleh suara terbanyak maka pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah dimaksud ditetapkan sebagai kepala daerah dan wakil kepala daerah terpilih, sedangkan apabila pilihan “Tidak Setuju” memperoleh suara terbanyak maka pemilihan ditunda sampai Pemilihan Kepala Daerah serentak berikutnya.³²

Atas putusan MK tersebut, komisioner KPU, Ida Budhiati, mengatakan bahwa dalam putusan MK disebutkan pemilihan pasangan calon tunggal dapat dilakukan apabila telah melampaui kegiatan sebagaimana dimaksud pada ketentuan Pasal 49 atau Pasal 50 UU Pilkada. Ketentuan tersebut dianggap sudah sesuai dengan fakta hukum penyelenggaraan pilkada di tiga daerah yang hanya memiliki pasangan calon tunggal. Ketiga daerah tersebut, yaitu Blitar, Jawa Timur; Timor Tengah Utara, Nusa Tenggara Timur; dan Tasikmalaya, Jawa Barat, sudah melakukan pendaftaran dan menghasilkan hanya ada satu pasangan calon. KPU sempat memutuskan pelaksanaan pemungutan suara di ketiga kabupaten tersebut ditunda ke pilkada serentak 2017. Akhirnya setelah melalui rapat pleno, diputuskan bahwa putusan MK tersebut akan dilaksanakan pada pilkada serentak 2015.³³ Dalam perkembangannya, ketiga daerah yaitu Blitar, Timor Tengah Utara,

³¹*Ibid.*, hlm. 44

³²*Ibid.*, hlm. 45

³³<http://print.kompas.com/baca/2015/09/30/Kejar-Pilkada-2015%2c-Tiga-Kabupaten-dengan-Calon-Tu> (diakses 28 Maret 2016)

dan Tasikmalaya tetap menggelar pilkada dengan hanya satu pasangan calon. Hasilnya, calon tunggal dalam pilkada di ketiga daerah tersebut justru menang.

Ditinjau dari perspektif hukum progresif, putusan MK ini termasuk putusan yang progresif. Indikasinya ialah, *pertama*, putusan MK tidak positivistik dan sekaligus menunjukkan bahwa hukum harus peka terhadap perubahan yang terjadi di masyarakat. Fenomena calon tunggal yang sempat muncul di beberapa daerah yang menyelenggarakan pilkada tidak terprediksi dalam UU No. 8 Tahun 2015. Politik hukum UU No. 8 Tahun 2015 mengkonstruksikan bahwa dalam pilkada minimal diikuti oleh dua pasangan calon. Jika hanya ada satu pasangan calon, maka berdasarkan PKPU 12/2015, pilkada ditunda dengan jadwal yang semula dilaksanakan pada 2015 menjadi dilaksanakan 2017. Melihat fenomena adanya calon tunggal dalam pilkada, MK kemudian memberikan terobosan hukum yang pada intinya pilkada harus tetap dilaksanakan meskipun dengan hanya satu pasangan calon.

Kedua, MK menolak dan mematahkan *status quo* dengan cara menegasikan Pasal 49, Pasal 50, Pasal 51, dan Pasal 52 UU 8/2015 dan diberi makna baru oleh MK. Sikap MK dalam menolak dan mematahkan *status quo* ini terlihat dalam pertimbangan hukumnya yang menyatakan :³⁴

...telah menjadi pendirian Mahkamah bahwa sebagai pengawal Konstitusi Mahkamah tidak boleh membiarkan terjadinya pelanggaran terhadap hak-hak konstitusional warga negara, sebagaimana salah satunya tercermin dalam pertimbangan hukum Putusan Nomor 1/PUU-VIII/2010 yang menegaskan, antara lain, bahwa "*Mahkamah, sesuai dengan kewenangan konstitusionalnya, tidak akan membiarkan adanya norma dalam Undang-Undang yang tidak konsisten dan tidak sesuai dengan amanat perlindungan konstitusional yang dikonstruksikan oleh Mahkamah*" (vide Putusan Mahkamah Nomor 1/PUU- VIII/2010, bertanggal 24 Februari 2011), lebih-lebih apabila pelanggaran demikian bersangkut-paut dengan pelaksanaan kedaulatan rakyat yang membawa akibat luas sebab berdampak pada terganggunya pelaksanaan pemerintahan, dalam hal ini pemerintahan daerah. Dalam keadaan demikian, Mahkamah dituntut untuk memberikan jalan keluar dari kebuntuan yang ditimbulkan oleh UU 8/2015 yang dimohonkan pengujian ini.

³⁴ Putusan MK-RI Nomor 100..., *Op. Cit.*, hlm. 41

Terjadinya keadaan sebagaimana diuraikan di atas, MK berusaha untuk menemukan cara agar hak konstitusional warga negara yang sekaligus merupakan wujud pelaksanaan kedaulatan rakyat itu, dalam hal ini hak untuk dipilih dan memilih dalam Pemilihan Kepala Daerah, tetap terpenuhi tanpa tersandera oleh syarat paling sedikit adanya dua pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah. Bagaimanapun prinsip kedaulatan rakyat itu harus dijunjung tinggi.

Ketiga, terdapat pemaknaan yang kreatif atas putusan MK tersebut. Dalam putusannya, MK memberikan makna terhadap Pasal 49 ayat (9), Pasal 50 ayat (9), Pasal 51 ayat (2), dan Pasal 52 ayat (2). Adapun bunyi pasalnya menjadi berikut :

Pasal 49 ayat (9) : KPU Provinsi membuka kembali pendaftaran pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur paling lama 3 (tiga) hari setelah penundaan tahapan sebagaimana dimaksud pada ayat (8), *termasuk menetapkan 1 (satu) pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur peserta Pemilihan dalam hal setelah jangka waktu 3 (tiga) hari dimaksud terlampaui namun tetap hanya ada 1 (satu) pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur*"

Pasal 50 ayat (9) : KPU Kabupaten/Kota membuka kembali pendaftaran pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota paling lama 3 (tiga) hari setelah penundaan tahapan sebagaimana dimaksud pada ayat (8), *termasuk menetapkan 1 (satu) pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta 1 (satu) Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota peserta Pemilihan dalam hal setelah jangka waktu 3 (tiga) hari dimaksud terlampaui namun tetap hanya ada 1 (satu) pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta 1 (satu) pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota*"

Pasal 51 ayat (2) : Berdasarkan Berita Acara Penetapan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), KPU Provinsi menetapkan paling sedikit 2 (dua) pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur dengan Keputusan KPU Provinsi, dan *menetapkan 1 (satu) pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur dalam hal hanya terdapat 1 (satu) pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur.*

Pasal 52 ayat (2) : Berdasarkan Berita Acara Penetapan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), KPU Kabupaten/Kota menetapkan paling sedikit 2 (dua) pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota dengan Keputusan KPU Kabupaten/Kota dan *menetapkan 1 (satu) pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta 1 (satu) Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota dalam hal hanya terdapat 1 (satu) pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta 1 (satu) pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota*

Jika dirunut dalam pertimbangan hukum mengapa MK memaknainya seperti itu, ternyata MK berusaha menegakkan prinsip demokrasi dan kedaulatan rakyat. MK menimbang bahwa Pasal 1 angka 1 UU No. 8 Tahun 2015 menyatakan,

“Pemilihan Gubernur dan Wakil Gubernur, Bupati dan Wakil Bupati, serta Walikota dan Wakil Walikota yang selanjutnya disebut Pemilihan adalah pelaksanaan kedaulatan rakyat di wilayah provinsi dan kabupaten/kota untuk memilih Gubernur dan Wakil Gubernur, Bupati dan Wakil Bupati, serta Walikota dan Wakil Walikota secara langsung dan demokratis.” Makna kedaulatan adalah kekuasaan tertinggi. Kedaulatan atau kekuasaan tertinggi tersebut, menurut Pasal 1 ayat (2) UUD 1945, berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Dengan demikian, sebagai pelaksanaan kedaulatan rakyat maka Pemilihan Kepala Daerah haruslah menjamin terwujudnya kekuasaan tertinggi yang berada di tangan rakyat. Oleh karena itu, UU 8/2015, sebagai Undang-Undang yang mengatur Pemilihan Kepala Daerah harus menjamin terlaksana atau terselenggaranya kekuasaan tertinggi yang berada di tangan rakyat sesuai dengan amanat UUD 1945.³⁵

Selain harus ada jaminan bahwa Pemilihan Kepala Daerah sebagai wujud pelaksanaan kedaulatan rakyat dapat diselenggarakan. Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 juga mengamanatkan bahwa kepala daerah harus dipilih secara demokratis. Kata “dipilih” menunjukkan adanya kontestasi dan kontestasi itu harus diselenggarakan secara demokratis. Dalam konteks Pemilihan Kepala Daerah, salah satu ukuran kontestasi yang demokratis itu adalah penyelenggaraannya harus menjamin tersedianya ruang atau peluang bagi rakyat untuk memmanifestasikan kedaulatannya dalam melaksanakan haknya, dalam hal ini baik hak untuk memilih maupun hak untuk dipilih. Dengan kata lain, keharusan terselenggaranya Pemilihan Kepala Daerah sebagai wujud pelaksanaan kedaulatan rakyat itu harus disertai dengan jaminan bahwa pemilihan tersebut diselenggarakan dalam kontestasi yang demokratis dimana hak rakyat selaku pemegang kedaulatan, baik hak untuk dipilih maupun hak untuk memilih, tidak boleh dikesampingkan atau diabaikan, lebih-lebih ditiadakan.³⁶

Pemaknaan kreatif ini berkorelasi dengan dengan ajaran *living constitution*. Bahkan dalam putusan ini bersemayam ajaran *living constitution* itu sendiri. Dalam putusannya pun MK menggarisbawahi bahwa tidaklah tepat jika hanya terpaku

³⁵*Ibid.*, hlm. 38-39

³⁶*Ibid.*, hlm. 39

pada teks konstitusi melainkan juga pada semangat yang berada di balik teks itu. Hal ini senada dengan apa yang dikatakan oleh Saldi Isra, yang menyatakan:³⁷

Konstitusi adalah teks, yaitu benda mati yang berisi rangkaian kalimat. Meskipun demikian, dari sudut filosofi, konstitusi adalah teks yang “hidup”. Karena dari fungsinya, konstitusi harus berisi pasal-pasal yang mampu melewati berbagai zaman. Itulah sebabnya dalam kajian hukum tata negara dikenal istilah “the living constitution”.

Dalam ajaran *the living constitution*, menekankan bahwa dalam menafsirkan konstitusi yang perlu diutamakan adalah perkembangan masyarakat saat ini. Kerancuan makna dari ketentuan yang terkandung dalam konstitusi harus diartikan sesuai dengan keinginan atau kehendak rakyat pada waktu ketentuan konstitusi itu diterapkan. Hal ini juga dikemukakan oleh Keith E. Whittington, bahwa dalam rangka memaknai dokumen dari pendiri bangsa (konstitusi), hakim tidaklah sekadar memaknainya sebagai konstitusi sebuah bangsa saat dokumen itu dibentuk, tetapi juga harus mampu membangun aturan yang baik untuk pemerintahan bangsa tersebut ke depan.³⁸

Hal yang demikian beresonansi dengan apa yang dikemukakan oleh Jimly Ashiddiqie bahwa :³⁹

“Dalam konteks ketatanegaraan, MK dikonstruksikan sebagai pengawal konstitusi yang berfungsi menegakkan keadilan konstitusional di tengah kehidupan masyarakat. MK bertugas mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen negara secara konsisten dan bertanggungjawab. Di tengah kelemahan sistem konstitusi yang ada, MK berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat.”

Dalam konteks putusan MK di atas, MK melakukan terobosan hukum yang mampu mengatasi persoalan masa kini dengan mengikuti perkembangan yang ada di masyarakat, yaitu fenomena calon tunggal. Terobosan hukum yang dilakukan oleh MK itu berbasis pada makna yang terkandung di dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 yang berbunyi “Gubernur, Bupati, dan Walikota dipilih secara

³⁷Feri Amsari, *Perubahan UUD 1945 Perubahan Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi*, Cet2, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, hlm. xvii.

³⁸*Ibid.*, hlm. 93

³⁹*Cetak Biru, Membangun Mahkamah Konstitusi Sebagai Institusi Peradilan Konstitusi yang Modern dan Terpercaya*, Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2004, yang dikutip dalam Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta, Konstitusi Press, 2005, hlm. 12

demokratis” dimana diterjemahkan bahwa salah satu ukuran kontestasi yang demokratis itu adalah penyelenggaraannya harus menjamin tersedianya ruang atau peluang bagi rakyat untuk memmanifestasikan kedaulatannya dalam melaksanakan haknya, dalam hal ini baik hak untuk memilih maupun hak untuk dipilih. Maka, baik terdapat banyak calon ataupun hanya terdapat satu pasangan calon, pilkada harus tetap dilaksanakan untuk memmanifestasikan hak untuk memilih (*right to be vote*) dan hak untuk dipilih (*right to be candidate*) warga negara. Akhirnya, dapat disimpulkan bahwa Putusan MK-RI Nomor 100/PUU-XIII/2015 merupakan putusan MK yang progresif yang juga melindungi prinsip demokrasi dan hak asasi manusia. Adapun, untuk memudahkan dalam memahami, bisa melihat tabel sebagai berikut:

Tabel. 1.
Progresivitas Putusan MK-RI Nomor 100/PUU-XIII/2015

Indikator	Bukti
<p>Hukum harus peka terhadap perubahan yang terjadi di masyarakat baik lokal, nasional, maupun global sehingga Putusan MK cenderung tidak positivistik</p> <p>Menolak dan mematahkan <i>status quo</i>, sehingga Putusan MK cenderung menegasikan, mengganti, membebaskan hukum yang mandek karena tidak mampu melayani lingkungan yang berubah</p> <p>Hukum bukan institusi yang mutlak dan final, karena hukum selalu dalam proses menjadi sehingga dalam Putusan MK terdapat adanya pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan.</p>	<p>Berdasarkan Uraian Pasal 49, Pasal 50, Pasal 51, dan Pasal 52, konstruksinya dalam penyelenggaraan pilkada diikuti minimal 2 pasangan calon. Jika terdapat hanya ada satu pasangan calon, maka pilkada ditunda. Hal ini juga dikuatkan oleh PKPU 12/2015.</p> <p>MK menyatakan bahwa pasal tersebut inkonstitusional bersyarat.</p> <p>MK menolak dan mematahkan <i>status quo</i> dengan cara menegasikan Pasal 49, Pasal 50, Pasal 51, dan Pasal 52 UU 8/2015 dan diberi makna baru oleh MK.</p> <p>Pasal 49 ayat (9), Pasal 50 ayat (9) , Pasal 51 ayat (2), dan Pasal 52 ayat (2) diberikan makna baru yang pada intinya, jika dalam perpanjangan pendaftaran hanya tetap ada satu pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah, maka KPU menetapkan satu pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah tersebut.</p>

Implikasi Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 100/PUU-XIII/2015 Terhadap Pencalonan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah

Putusan MK ini memiliki implikasi yuridis terhadap pencalonan kepala daerah dan wakil kepala daerah. Adapun implikasi yuridisnya adalah sebagai berikut : *pertama*, bahwa jika di suatu daerah terdapat ada calon kepala daerah/wakil kepala daerah dengan hanya satu pasangan calon, maka pilkada tetap di gelar dengan catatan telah diusahakan dengan sungguh-sungguh untuk terpenuhi syarat paling sedikit dua pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala. Yang dimaksud dengan “telah diusahakan dengan sungguh-sungguh” adalah telah dilaksanakan ketentuan dalam Pasal 49 ayat (1) sampai dengan ayat (9) UU 8/2015 untuk pemilihan Gubernur/wakil Gubernur dan ketentuan Pasal 50 ayat (1) sampai dengan ayat (9) UU No. 8 Tahun 2015 untuk pemilihan Bupati dan Wakil Bupati/Walikota dan Wakil Walikota. pasca putusan MK. Selanjutnya, secara *mutatis mutandis*, Pasal 51 ayat (2) UU No. 8 Tahun 2015 dan Pasal 52 ayat (2) UU No. 8 Tahun 2015 maknanya menyesuaikan dengan Putusan MK. *Kedua*, pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah yang hanya diikuti oleh satu pasangan calon dilakukan dengan memberikan kesempatan kepada rakyat (pemilih) untuk menyatakan “Setuju” atau “Tidak Setuju” dalam surat suara yang didesain sedemikian rupa sehingga memungkinkan rakyat (pemilih) untuk menyatakan pilihan “Setuju” atau “Tidak Setuju” dimaksud. Apabila pilihan “Setuju” memperoleh suara terbanyak maka pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah dimaksud ditetapkan sebagai kepala daerah dan wakil kepala daerah terpilih, sedangkan apabila pilihan “Tidak Setuju” memperoleh suara terbanyak maka pemilihan ditunda sampai Pemilihan Kepala Daerah serentak berikutnya. Terhadap poin ini, KPU sudah menindaklanjutinya dengan mengeluarkan peraturan KPU yang mengatur secara teknis penyelenggaraan pilkada dengan daerah yang hanya ada satu pasangan calon (calon tunggal).

Penutup

Berdasarkan analisis dan pembahasan di atas dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut. *Pertama*, bahwa Putusan MK-RI Nomor 100/PUU-XIII/2015

terkait Pemilihan kepala daerah dengan hanya satu pasangan calon termasuk putusan yang progresif. Indikasinya adalah : i) Putusan MK tidak positivistik. Berdasarkan uraian Pasal 49-52 UU Pilkada, konstruksinya dalam penyelenggaraan pilkada diikuti minimal 2 pasangan calon. Jika terdapat hanya ada satu pasangan calon, maka pilkada ditunda. Hal ini juga dikuatkan oleh PKPU 12/2015. Realitas yang terjadi, beberapa daerah hanya terdapat satu pasangan calon, atas dasar hal tersebut MK menyatakan bahwa Pasal 49-52 inkonstitusional bersyarat. ii) Putusan MK menolak dan mematahkan *status quo* dengan cara menegaskan, mengganti, membebaskan hukum yang mandek. Adanya norma Pasal 49-52 menghambat pelaksanaan pilkada dengan hanya satu pasangan calon. iii) berangkat dari asumsi hukum bukan institusi yang mutlak dan final dan hukum selalu dalam proses menjadi sehingga dalam Putusan MK terdapat adanya pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan. Oleh MK, Pasal 49 ayat (9), diberi makna : KPU Provinsi membuka kembali pendaftaran pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur paling lama 3 (tiga) hari setelah penundaan tahapan sebagaimana dimaksud pada ayat (8), *termasuk menetapkan 1 (satu) pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur peserta Pemilihan dalam hal setelah jangka waktu 3 (tiga) hari dimaksud terlampaui namun tetap hanya ada 1 (satu) pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur*". Pasal 50 ayat (9) : KPU Kabupaten/Kota membuka kembali pendaftaran pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota paling lama 3 (tiga) hari setelah penundaan tahapan sebagaimana dimaksud pada ayat (8), *termasuk menetapkan 1 (satu) pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta 1 (satu) Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota peserta Pemilihan dalam hal setelah jangka waktu 3 (tiga) hari dimaksud terlampaui namun tetap hanya ada 1 (satu) pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta 1 (satu) pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota*".

Kedua, implikasi yuridisnya, bahwa jika ke depan di suatu daerah terdapat calon kepala daerah/wakil kepala daerah dengan hanya satu pasangan calon, maka pilkada tetap di gelar dengan catatan telah diusahakan dengan sungguh-sungguh untuk terpenuhi syarat paling sedikit dua pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala. Yang dimaksud dengan "telah diusahakan dengan sungguh-

sebenarnya” adalah telah dilaksanakan ketentuan dalam Pasal 49 ayat (1) sampai dengan ayat (9) UU 8/2015 untuk pemilihan Gubernur/wakil Gubernur, sedangkan di tingkat kabupaten atau kota, berlaku ketentuan Pasal 50 ayat (1) sampai dengan ayat (9). Pemilihan dilakukan dengan cara menyatakan “setuju” atau “tidak setuju” dalam kotak suara. Apabila pilihan “Setuju” memperoleh suara terbanyak maka pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah dimaksud ditetapkan sebagai kepala daerah dan wakil kepala daerah terpilih, sedangkan apabila pilihan “Tidak Setuju” memperoleh suara terbanyak maka pemilihan ditunda sampai Pemilihan Kepala Daerah serentak berikutnya.

Berdasarkan kesimpulan di atas, peneliti memberikan saran: *Pertama*, dalam merumuskan pertimbangan hukum dan penjatuhan putusan, spirit hukum progresif hendaknya dapat dijadikan salah satu paradigma dalam memutus suatu perkara. Hakim-hakim konstitusi harus berani menegakkan hukum berspirit hukum progresif untuk mendobrak aturan yang nyata-nyata bertentangan dengan UUD 1945. *Kedua*, peneliti mengusulkan bahwa tata cara penyelenggaraan pilkada calon tunggal perlu dirumuskan dalam revisi UU 8 Tahun 2015.

Daftar Pustaka

Buku

- Ali, Mahrus, *Membumikan Hukum Progresif*, Aswaja Pressindo, Yogyakarta, 2013.
- Amsari, Feri, *Perubahan UUD 1945 Perubahan Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi*, Cet2, Rajawali Pers, Jakarta, 2011.
- Huda, Ni'matul dan R. Nazriyah, *Teori & Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Nusa Media, Bandung, 2011.
- Rahardjo, Satjipto, *Hukum dan Perubahan Sosial : Suatu Tinjauan Teoretis Serta Pengalaman-Pengalaman Di Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, Cet3, 2009.
- Siahaan, Maruarar, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta, Konstitusi Press, 2005.
- Soimin & Mashuriyanto, *Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2013.
- Syamsudin, M., *Hukum Progresif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Press, Yogyakarta, 2009.

_____, *Membedah Hukum Progresif*, Editor I Gede A.B Wiranata, Joni Emirzon, Firman Muntaqo, Penerbit Kompas, Jakarta, 2006.

_____, *Penegakan Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2010.

Jurnal

Syamsudin, M., Kecenderungan Paradigma Berfikir Hakim Dalam Memutus Perkara Korupsi, *Jurnal Media Hukum*, Vol.15, No.2, Tahun 2008.

Peraturan Peurndang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota

Putusan Pengadilan

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 100/PUU-XIII/2015

Internet

Tiga Kabupaten Dengan Calon Tunggal, <http://print.kompas.com/baca/2015/09/30/Kejar-Pilkada-2015%2c-Tiga-Kabupaten-dengan-Calon-Tu>, diakses 28 Maret 2016

Tanggung Jawab Indonesia sebagai Negara Transit bagi Pengungsi Anak Berdasarkan Hukum Internasional

M. Riadhussyah
Mahasiswa Program Studi Magister Ilmu Hukum
Fakultas Hukum, Universitas Brawijaya
Jln. MT. Haryono No. 169 Malang Jawa Timur Indonesia
mriadhussyah@gmail.com

Abstract

This research examines: first, the responsibility of Indonesia as a transiting country for the child refugees based upon the international law. Second, setting the responsibility of Indonesia for the child refugees according to national law in the future. It is a normative legal research with the method of statute approach, conceptual approach, and comparative approach. The result of the research concluded that: first, Indonesia normatively has a responsibility as a transiting country though not as the party in the Convention of Refugees 1951 and protocol 1967, but bound by the convention of children rights mentioning to be responsible for giving protection to the children as the refugees. It also concluded that the custom of international law and the general law principle that is jus cogens that obliges the state to protect the human rights as a form of protection towards humanity. Second, the form of responsibility of Indonesia for the child refugees in the regulation of national law in future is that Indonesia must ratify the Convention of the Refugee 1951 with its protocol and regulate the derivative regulations of the convention.

Keywords: State responsibility, transiting country, child refugees

Abstrak

Penelitian ini mengkaji: pertama, tanggung jawab Indonesia sebagai negara transit bagi pengungsi anak berdasarkan hukum internasional. Kedua, pengaturan tanggung jawab Indonesia bagi pengungsi anak menurut hukum nasional di masa yang akan datang. Metode penelitian menggunakan penelitian hukum normatif, sedangkan metode pendekatan yaitu pendekatan perundang-undangan (statute approach), pendekatan konseptual (conceptual approach), dan pendekatan perbandingan (comparative approach). Penelitian ini menyimpulkan: pertama, Indonesia mempunyai tanggung jawab secara normatif sebagai negara transit walaupun bukan menjadi negara pihak dalam konvensi Pengungsi 1951 dan protokol 1967, tetapi Indonesia terikat dalam konvensi hak-hak anak yang menyebutkan wajib memberikan perlindungan kepada anak yang menjadi pengungsi. Serta kebiasaan hukum internasional dan prinsip hukum umum yaitu jus cogens mewajibkan negara untuk melindungi hak-hak asasi manusia sebagai bentuk perlindungan terhadap kemanusiaan. Kedua, bentuk tanggung jawab Indonesia bagi pengungsi anak dalam pengaturan hukum nasional di masa yang akan datang adalah Indonesia harus meratifikasi Konvensi pengungsi 1951 beserta protokolnya, dan membuat peraturan perundang-undangan turunan dari konvensi tersebut.

Kata kunci: Tanggung jawab negara, negara transit, pengungsi anak

Pendahuluan

Setelah enam belas tahun Indonesia meratifikasi Konvensi Hak-hak Anak, tepatnya pada 25 Agustus 1990 melalui Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 1990 (Lembaran Negara tahun 1990 Nomor 57), Indonesia telah mempunyai kebijakan dan peraturan perundang-undangan tentang perlindungan anak yang berorientasi pada Konvensi Hak-hak Anak. Pada 22 Oktober 2002, Indonesia menetapkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (Lembaran Negara Tahun 2002 Nomor 109, tambahan Lembaran Negara Nomor 4235, yang selanjutnya disebut undang-undang perlindungan anak) yang berorientasi pada hak-hak anak seperti yang tertuang dalam Konvensi Hak-hak Anak yang selanjutnya diubah menjadi Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297, tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5606).

Segenap komponen yang dimiliki negara harus dijalankan secara maksimal untuk memantapkan tujuan pengembangan calon penerus kehidupan berbangsa dan bernegara di hari kemudian dengan menjalankan fungsi pengaturan dan pelaksanaan dari aturan tersebut. Namun, situasi dan kondisi anak saat ini, mencerminkan adanya penyalahgunaan anak (*abuse*), eksploitatif¹, diskriminatif dan mengalami berbagai tindakan kekerasan yang membahayakan perkembangan jasmani, rohani, dan sosial anak².

Perkembangan perlindungan anak tidak hanya melingkupi anak dari Warga Negara Indonesia, melainkan seluruh anak yang ada di Indonesia. Hal ini mengingat adanya warga negara asing yang datang ke Indonesia membawa anaknya, sehingga hal itu pun menjadi salah satu fokus dalam perlindungan anak.

¹ Eksploitasi terhadap anak yaitu “because child trafficking is lucrative and often linked with criminal activity and corruption, it is hard to estimate how many children suffer, but trafficking and exploitation is an increasing risk to children around the world. Often they are trafficked for commercial sexual exploitation, like prostitution, or for labor such as domestic servitude, agricultural work, factory work, mining, or child soldiering. There are 215 million children engaged in child labor, with 115 million of those children in hazardous work. Sometimes sold by a family member or an acquaintance, sometimes lured by false promises of education and a “better” life — the reality is that these trafficked and exploited children are held in slave-like conditions without enough food, shelter, or clothing and often severely abused and cut off from all contact with their families”. Save the Children, *Protecting Children from Exploitation*, www.savethechildren.org, diakses tanggal 10 April 2016.

²Karnia Septia, “Menteri Yohana: Indonesia Darurat Kekerasan terhadap Anak”, www.kompas.com, diakses tanggal 16 Desember 2015.

Melihat *trend* perkembangan masyarakat internasional mengalami perubahan, pada dewasa ini memiliki ciri baru yaitu pergerakan yang intens dan mobilitas kehidupan yang tinggi³. Mobilitas tersebut mengakibatkan perubahan pada tingkat kejahatan yang ikut berkembang mengikuti perkembangan mobilitas dan intensitas pergerakan masyarakat tersebut, sehingga kejahatan tersebut bersifat transnasional.⁴ Untuk itu, diperlukan upaya-upaya yang akan memberikan perlindungan khusus kepada anak-anak Indonesia yang berada dalam keadaan sulit yaitu dengan adanya eksploitasi anak dan pelanggaran hak-hak anak, ke dalam suatu program nasional bagi anak Indonesia sebagai tindak lanjut Sidang Umum PBB untuk anak yang melahirkan deklarasi “*A World Fit For Children*”.

Selanjutnya dinamika perkembangan masyarakat internasional telah mengalami perkembangan yang pesat, hal ini dapat terlihat dengan berkembangnya ilmu pengetahuan dan teknologi, sehingga mengakibatkan teknologi transportasi menjadi salah satu yang sangat berguna untuk perpindahan (migrasi) penduduk dari satu negara ke negara lain.

Akhir-akhir ini pemberitaan mengenai mobilitas pengungsi kian marak. Kedatangan pengungsi Rohingya yang berasal dari Myanmar merupakan suatu contoh tentang pemahaman keterkaitan hak-hak yang melekat pada pengungsi secara universal tersebut yang secara khusus pada pengungsi anak yang ikut terdampar pada wilayah Indonesia, karena hak-hak yang melekat pada seorang yang dewasa dan anak merupakan hal yang berbeda.⁵

Pengungsi biasanya berasal dari etnis minoritas di negaranya yang tidak selalu mendapatkan perlakuan yang baik di wilayah negara yang didudukinya. Kedatangan pengungsi pada suatu negara biasanya tidak sendiri, mereka membawa sanak keluarga termasuk anak, sehingga pengungsi anak-anak akibat

³ Muhammad Alif Goenawan, 2015 soal Mobilitas, Medsos, Big data dan Cloud, www.detik.com, diakses tanggal 21 Desember 2015.

⁴ Wagiman, *Hukum Pengungsi Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hlm. 48.

⁵ Lihat dalam Makarim Wibisono, “Dilema Rohingya”, *Majalah DETIK edisi 1-7 Juni 2015*, Jakarta, Detik, 2015, “perlakuan sehari-hari yang diskriminatif dari pemerintah Myanmar dan masyarakat Buddha di Rakhine. Partai Nasional Pembangunan Rakhine telah dibentuk di wilayah barat Myanmar, yang senantiasa berkampanye anti-Rohingya. Kebetulan, semua orang Rohingya beragama Islam dan dituduh sebagai imigran gelap asal Bangladesh. Sehingga, tidak mengherankan apabila UU Kewarganegaraan (*Myanmar Citizen Act*) telah diterima parlemen pada tahun 2011, yang menyatakan bahwa bangsa Myanmar terdiri atas 138 suku bangsa dan Rohingya tidak termasuk di dalamnya. Oleh karena itu, terdapat 800.000 penduduk Rohingya di Rakhine yang tidak memiliki kewarganegaraan Myanmar”.

konflik di negara asalnya memerlukan perhatian dan perlindungan yang sama seperti pengungsi dewasa. Hal ini mengingat kebutuhan khusus dan kerentanan mereka sehingga mereka harus pula menerima perlindungan dan bantuan khusus.⁶

Dalam keadaan darurat, pengungsi anak-anak mudah terpisah dari keluarganya. Maka, upaya registrasi dan penelusuran harus segera dilembagakan. Anak-anak yang terpisah menghadapi resiko yang lebih besar, karena mereka bisa saja direkrut untuk menjadi tentara atau dieksploitasi secara seksual.⁷ Pengungsi anak juga rentan menjadi korban dalam tindak kejahatan internasional, seperti *human trafficking*.⁸ Karena kebutuhan perkembangan normal dari anak yang sedang tumbuh, bahkan pengungsi anak yang tetap tinggal dengan keluarganya sangat menderita trauma dan gangguan akibat dari pelarian yang dilakukan.⁹

Adanya perbedaan dan perlakuan khusus yang harus diterima oleh anak dimana pun kondisinya, baik sebagai pengungsi pun ia harus menerima penghargaan hak tersebut.

Jumlah pengungsi anak yang tercatat dalam pada UNHCR tidaklah sedikit, hingga saat ini terdapat 2.507 Pengungsi anak dimana 798 di antaranya merupakan anak-anak tanpa pendamping¹⁰. Akan menjadi sangat miris dan menyedihkan apabila anak-anak tidak mendapatkan pelayanan sesuai dengan kebutuhan dan perkembangannya hanya karena Indonesia bukan merupakan negara pihak dalam konvensi 1951 dan protokol 1976.

Meskipun Indonesia tidak meratifikasi konvensi Pengungsi 1951, akan tetapi Indonesia merupakan negara peserta konvensi hak-hak anak. Maka dalam hal perlindungan terhadap pengungsi anak, Indonesia harus mengacu pada konvensi hak-hak anak dalam memberikan perlindungan hukum terhadap pengungsi anak-anak yang ada di Indonesia. Maka dengan itu perlu diadakan pola pemahaman baru tentang perlindungan anak yang berbasis dari aturan-aturan yang berlaku secara universal, sehingga dapat dijadikan acuan awal dalam

⁶Fita Erdiana, "Perlindungan Hukum Bagi Pengungsi Akibat Konflik Bersenjata Di Republik Demokratik Kongo Menurut Hukum Pengungsi Internasional", Surakarta, *Tesis*, Universitas Sebelas Maret, 2009, hlm 76.

⁷*Ibid*, hlm 77.

⁸Save the Children, *Children Refugee Crisis*, www.savethechildren.org, diakses tanggal 10 April 2016.

⁹Fita Erdiana, *Op. Cit.*, hlm. 75.

¹⁰Suaka, *Refugees and Asylum Seekers in Indonesia*, www.suaka.or.id, diakses pada tanggal 18 Maret 2016.

melaksanakan perlindungan terhadap anak dalam rangka tanggung jawab negara bagi pengungsi anak yang ada di Indonesia.

Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian di atas, permasalahan yang akan dikaji dalam penelitian ini adalah: *pertama*, apakah bentuk tanggung jawab Indonesia terhadap pengungsi anak menurut hukum internasional sebagai negara transit? *Kedua*, bagaimana seharusnya pengaturan tanggung jawab Indonesia bagi pengungsi anak menurut hukum nasional di masa yang akan datang?

Tujuan Penelitian

Adapun penelitian ini bertujuan untuk mengetahui dan menganalisis, *pertama*, bentuk tanggung jawab Indonesia terhadap pengungsi anak menurut hukum internasional sebagai negara transit. *Kedua*, pengaturan tanggung jawab Indonesia bagi pengungsi anak menurut hukum nasional di masa yang akan datang.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, yaitu penelitian yang dilakukan terhadap asas-asas hukum, kaedah-kaedah hukum dalam arti nilai (*norm*), peraturan hukum konkrit dan sistem hukum¹¹, yang berhubungan dengan materi yang diteliti. Pendekatan penelitian yang digunakan meliputi: a. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu dilakukan dengan menelaah undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan masalah yang dibahas, dalam metode pendekatan perundang-undangan perlu memahami hierarki dan asas-asas dalam peraturan perundang-undangan;¹² b. Pendekatan konseptual (*conceptual approach*), dilakukan dengan mengkaji pandangan/konsep

¹¹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 2004, hlm. 29.

¹² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenanda Media Group, Jakarta, 2014, hlm. 136.

para ahli yang berkenaan dengan masalah yang dibahas. Pendekatan ini dilakukan manakala aturan hukum tidak atau belum ada¹³ sehingga pandangan para ahli menjadi salah satu dasar dalam menguatkan pandangan peneliti; c. Pendekatan perbandingan (*Comparative Approach*), dilakukan dengan mengadakan perbandingan hukum. Perbandingan yang dimaksud adalah kegiatan untuk membandingkan hukum suatu negara lain atau hukum dari suatu waktu tertentu dengan hukum dari waktu lain.¹⁴ Perbandingan hukum sangat bermanfaat karena dengan membandingkan dalam terungkap latar belakang adanya ketentuan hukum tersebut sehingga dapat menjadi rekomendasi bagi penyusunan atau perubahan peraturan perundang-undangan yang sesuai dengan pembahasan peneliti. Filipina dipilih sebagai negara perbandingan karena merupakan negara ASEAN yang meratifikasi Konvensi pada 22 Juli 1981. Filipina sangat terbuka terhadap pengungsi, bahkan dalam laman resmi istana negara, Filipina dianggap sebagai tempat bagi pengungsi.¹⁵

Cara atau teknis pengumpulan bahan hukum yang digunakan adalah studi dokumentasi yakni dengan mencatat informasi dari bahan hukum yang berkaitan dengan yang akan diteliti, baik secara normatif maupun berupa ide atau gagasan. Pencatatan ini dilakukan secara selektif untuk mendukung dan melengkapi bahan hukum yang diperoleh dari sumber lain. Seluruh bahan hukum yang diperoleh dari penelitian kepustakaan selanjutnya akan dianalisis secara deskriptif-kualitatif dengan membangun argumen berdasarkan kepada logika berfikir deduktif.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 173

¹⁵ Presidential Museum and Library, *The Philippines as Haven for Refugee*, www.malacanang.gov.ph diakses tanggal 10 April 2016.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Bentuk Tanggung Jawab Indonesia terhadap Pengungsi Anak Menurut Hukum Internasional Sebagai Negara Transit

Pengungsi Internasional dalam Hukum Internasional dan Hukum Hak Asasi Manusia

Perlindungan hukum bagi seluruh masyarakat merupakan suatu tanggung jawab yang wajib dijalankan oleh negara, adapun salah satu hal yang menjadi perhatian utama dalam dengan memberikan jaminan terlindunginya akan Hak Asasi Manusia (HAM)¹⁶. Di dalam negeri, masyarakat yang dilayani terhadap perlindungan HAM tidak hanya terdiri dari warga negara Indonesia, tetapi juga bagi pencari suaka ataupun bagi yang telah menjadi pengungsi.

Hukum hak asasi manusia dalam beberapa hal tertentu memiliki korelasi atau hubungan satu sama lain dengan hukum internasional. HAM memuat beberapa prinsip yang universal dan diakui di seluruh negara-negara dalam ranah hukum internasional mengenai perlindungan terhadap hak-hak individu atau kelompok.¹⁷ Esensi hukum hak asasi manusia internasional mengatur kemusiaan tanpa terikat atribut ruang dan waktu.¹⁸

Hukum internasional telah meletakkan kewajiban dasar bagi tingkah laku negara dalam melaksanakan perlindungan internasionalnya. Tindakan terhadap kewajiban dasar itulah melahirkan sebuah tanggung jawab yang memiliki karakteristik internasional.¹⁹ Tanggung jawab demikian muncul manakala terdapat pelanggaran terhadap hak-hak asasi manusia “termasuk di dalamnya hak asasi pengungsi”²⁰.

Hukum hak asasi manusia secara umumnya dibagi menjadi beberapa keadaan, *pertama*, Hukum HAM umum diberlakukan secara normal bagi semua orang dalam keadaan normal. *Kedua*, hukum HAM diberlakukan dalam situasi

¹⁶Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, The Jimly Court 2003-2008*, CV Mandar Maju, Bandung, 2015, hlm. 142.

¹⁷Wagiman, *Op. Cit.*, hlm. 26.

¹⁸Agus Fadillah, *Pengantar Hukum Internasional dan Hukum Humaniter Internasional*, Elsam, Jakarta, 2007, hlm. vi.

¹⁹*Ibid.*, hlm. 26.

²⁰*Ibid.*

perang, atau lebih dikenal dengan menggunakan istilah "Hukum Humaniter"²¹. Ketiga, hukum HAM yang diterapkan dalam keadaan khusus, seperti diterapkan bagi pengungsi karena berada di luar negaranya serta tidak ada yang melindungi.²²

Pembagian dan batasan bidang, jenis dan macam hak asasi manusia dunia mencakup enam kelompok, diantaranya²³: 1. *Personal Rights*, yang termasuk dalam kelompok ini adalah hak kebebasan untuk bergerak, bepergian, berpindah-pindah tempat, hak kebebasan mengeluarkan atau menyatakan pendapat, hak kebebasan dan aktif di organisasi atau perkumpulan, serta hak kebebasan memeluk, dan menjalankan agama atau keyakinan yang diyakini; 2. *Political Rights*, tercakup kedalam kelompok ini adalah hak untuk memilih dan dipilih dalam suatu pemilihan, hak ikut serta dalam kegiatan pemerintahan, hak membuat dan mendirikan partai politik dan organisasi politik lainnya, serta hak untuk membuat dan mengajukan suatu petisi; 3. *Legal Equality Rights*, terdapat kedalam kelompok hak ini melingkupi hak mendapatkan perlakuan yang sama dalam hukum dan pemerintahan, hak untuk menjadi pegawai negeri sipil, serta hak mendapat pelayanan dan perlindungan hukum; 4. *Property Rights*, hak-hak tersebut seperti hak melakukan kegiatan jual beli, hak kebebasan mengadakan perjanjian kontrak, hak kebebasan menyelenggarakan sewa-menyewa, utang piutang, hak kebebasan memiliki sesuatu, serta hak memiliki dan mendapatkan pekerjaan yang layak; 5. *Procedural Rights*, hak-hak tersebut seperti mendapatkan pembelaan hukum di pengadilan, hak persamaan atas perlakuan penggeladahan, penangkapan, penahanan dan penyelidikan di mata hukum; 6. *Social Culture Rights*, hak tersebut mencakup hak menentukan, memilih dan mendapatkan pendidikan, hak mendapatkan pengajaran, serta hak untuk mengembangkan budaya sesuai dengan bakat dan minat.

Secara substansial yang secara khusus melindungi hak asasi manusia pada pengungsi adalah termuat dalam konvensi 1951 beserta protokolnya 1967. Dengan

²¹ Lihat dalam Rina Rusman, *Hukum Humaniter Internasional dalam Studi Hubungan Internasional*, RajaGrafindo Persada, Depok, 2013, hlm. 22. "Hukum Humaniter Internasional (HHI), merupakan salah satu alat dan cara yang dapat digunakan oleh setiap negara, termasuk oleh negara damai atau negara netral, untuk ikut serta mengurangi penderitaan yang dialami oleh masyarakat akibat perang yang terjadi diberbagai negara. Dalam hal ini HHI merupakan suatu instrument kebijakan dan sekaligus pedoman teknis yang dapat digunakan oleh semua aktor internasional untuk mengatasi isu internasional berkaitan dengan kerugian dan korban perang".

²² Wagiman, *Op. Cit.*, hlm. 32.

²³ *Ibid.*, hlm. 30-31.

demikian konvensi tersebut dikategorikan sebagai jenis-jenis hak asasi manusia yang perlu dilindungi, yang secara khusus bagi hak asasi manusia pengungsi dalam ranah hukum internasional.

Terdapat empat prinsip yang harus dijalankan negara terhadap pengungsi, diantaranya adalah: 1. Larangan memulangkan ke negara asalnya (*prohibition against expulsion or return*) jika terjadi pemulangan, maka negara dianggap melanggar Pasal 32 dan 33 konvensi pengungsi 1951; 2. Negara tujuan atau negara transit harus dapat memberikan perlindungan khusus dapat memberikan perlindungan keamanan (*security of refugees*); 3. Negara tujuan atau negara transit tidak boleh menangkap pengungsi (*prohibition against detention of refugees*). Penangkapan yang pengungsi yang ada dalam kamp oleh negara tujuan atau negara transit melanggar Pasal 31 Konvensi Pengungsi; 4. Pengakuan dan pemberian status (*gainful employment of refugees*). Bahwa pemberian kepada pengungsi hanyalah merupakan tahap awal agar pengungsi mendapatkan hak-haknya.

Perlindungan Pengungsi Anak dalam Hukum Internasional

Perhatian terhadap anak secara umum telah dimulai dengan ditandainya adanya sidang umum perserikatan bangsa-bangsa pada tanggal 20 November 1959 yang mengesahkan "Deklarasi tentang Hak-Hak Anak"²⁴.

Peter Newel mengemukakan beberapa alasan subjektif dari sisi keberadaan anak, sehingga anak membutuhkan perlindungan, antara lain²⁵: 1. Biaya pemulihan (*recovery*) akibat kegagalan dalam memberikan perlindungan anak sangat tinggi. Jauh lebih tinggi daripada biaya yang dikeluarkan jika anak-anak memperoleh perlindungan; 2. Anak-anak sangat berpengaruh langsung dan berjangka panjang atas perbuatan (*action*) ataupun tidak adanya/dilakukannya perbuatan (*unaction*) dari pemerintah dan kelompok lainnya; 3. Anak-anak selalu mengalami pemisahan atau kesenjangan dalam pemberian pelayanan publik; 4. Anak-anak mempunyai hak suara, dan tidak mempunyai kekuatan lobi untuk

²⁴*Declaration of the rights of the child (proclaimed by general assembly resolution 1386(xiv) of 20 November 1959. This was the basis of the basis of the convention of the rights of the child adopted by the un general assembly 30 years later on 20 November 1989.*

²⁵ M. Nasir Djamali, *Anak Bukan Untuk Dibukum (Catatan Pembahasan UU Sistem Peradilan Pidana Anak)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, *Op. Cit.*, hlm. 25-26

memengaruhi agenda kebijakan pemerintah; 5. Anak-anak pada banyak keadaan tidak dapat mengakses perlindungan dan penataan hak-hak anak; dan 6. Anak-anak lebih beresiko dalam eksploitasi dan penyalahgunaan akan suatu hal yang dilarang oleh regulasi.

Apabila merunut ke belakang, salah satu prinsip yang harus menjadi perhatian lebih untuk anak adalah *best interest of the child* ini yang pertama dikemukakan dalam deklarasi diatas yang menurut Lord Mc Dermont, "*paramountcy means more than that child's welfare is to be treated as the top item in a list of terms relevan to be matter in question...*".²⁶ Dengan demikian, kepentingan kesejahteraan anak adalah tujuan dan penikmat utama dalam setiap tindakan, kebijakan, dan atau hukum yang dibuat oleh lembaga yang berwenang.

Kedatangan pengungsi pada suatu wilayah negara tertentu tidak hanya menimbulkan permasalahan bagi pengungsi tersebut secara pribadi, tetapi pengungsi terkadang datang membawa sanak keluarga. Sanak keluarga yang dibawa tidak hanya yang berumur telah dewasa, tetapi juga ada yang berumur masih dalam kategori anak-anak.²⁷

Dalam keadaan darurat pengungsi, anak-anak pengungsi (pengungsi anak) mudah terpisah dari keluarganya. Maka, upaya registrasi dan penelusuran harus segera dilembagakan. Anak-anak yang terpisah menghadapi resiko lebih besar daripada orang dewasa yang terpisah dengan keluarganya. Karena anak mempunyai kebutuhan perkembangan normal dari anak yang sedang tumbuh dalam kehidupannya.²⁸ Anak-anak yang menjadi pengungsi mendapatkan perhatian khusus dalam konvensi hak anak, yaitu dalam Pasal 22²⁹, yang

²⁶ Savitri Goonesekere, *Children, Law and Justice a South Asian Perspective*, UNICEF, New Delhi, 1998, hlm. 114.

²⁷ UNHCR, *Refugee Children: Guidelines on Protection and Care*, UNHCR, Geneva, 1994, hlm. 12

²⁸ UNHCR, *Perlindungan Pengungsi*, Buku Petunjuk Hukum Pengungsi Internasional, UNHCR, Jakarta, 2001, hlm. 77.

²⁹ article (1) "*States Parties shall take appropriate measures to ensure that a child who is seeking refugee status or who is considered a refugee in accordance with applicable international or domestic law and procedures shall, whether unaccompanied or accompanied by his or her parents or by any other person, receive appropriate protection and humanitarian assistance in the enjoyment of applicable rights set forth in the present Convention and in other international human rights or humanitarian instruments to which the said States are Parties*". (Negara-negara Pihak harus mengambil langkah-langkah yang tepat untuk menjamin bahwa seorang anak yang sedang mencari status pengungsi atau yang dianggap sebagai pengungsi, sesuai dengan hukum dan prosedur internasional atau domestik yang berlaku, apakah tidak diikuti atau diikuti oleh orang tuanya atau oleh orang lain mana pun, harus menerima perlindungan yang tepat dan bantuan kemanusiaan dalam perolehan hak-hak yang berlaku yang dinyatakan dalam Konvensi ini dan dalam instrumen-instrumen hak-hak asasi manusia atau kemanusiaan internasional yang lain, di mana Negara-negara tersebut merupakan pesertanya.)

mensyaratkan negara memberlakukan untuk mengambil tindakan guna menjamin bahwa anak tersebut menerima perlindungan yang pantas dan bantuan kemanusiaan. Bahkan negara juga diminta menjamin institusi-institusi pelayanan dan fasilitas yang diberikan tanggung jawab untuk kepedulian pada anak atau perlindungan anak yang sesuai dengan standar yang dibangun oleh lembaga anak yang berkompeten, hal ini termaktub dalam Pasal 3 ayat (3)³⁰ Konvensi hak Anak.

Tanggung Jawab Indonesia terhadap Pengungsi Anak Menurut Hukum Internasional

Sejak 1979 Indonesia telah menerima arus pengungsi, ketika ratusan ribu pencari suaka dari Vietnam tiba dengan perahu dan ditempatkan di Pulau Galang sebelum mereka dipindahkan atau dipulangkan ke negara asal mereka.³¹ Selama sepuluh tahun terakhir, Indonesia telah menjadi titik transit utama bagi para pencari suaka yang mencoba untuk pergi ke Australia, akibatnya Indonesia memandang dirinya sebagai “korban” dalam hal arus ilegal para pencari suaka dan pengungsi yang melalui wilayah Indonesia.

Indonesia belum menjadi Negara Pihak dari Konvensi 1951 tentang Status Pengungsi dan Protokol 1967, dan belum memiliki sebuah sistem penentuan status pengungsi. Dengan demikian, pemerintah memberikan kewenangan kepada UNHCR untuk menjalankan mandat perlindungan pengungsi dan untuk menangani permasalahan pengungsi di Indonesia.

Article (2) “For this purpose, States Parties shall provide, as they consider appropriate, co-operation in any efforts by the United Nations and other competent intergovernmental organizations or non-governmental organizations co-operating with the United Nations to protect and assist such a child and to trace the parents or other members of the family of any refugee child in order to obtain information necessary for reunification with his or her family. In cases where no parents or other members of the family can be found, the child shall be accorded the same protection as any other child permanently or temporarily deprived of his or her family environment for any reason, as set forth in the present Convention”. (Untuk tujuan ini, maka Negara-negara Pihak harus menyediakan, seperti yang mereka anggap tepat, kerja sama dalam usaha apa pun oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa dan organisasi-organisasi antar pemerintah lain yang berwenang, atau organisasi-organisasi non-pemerintah, yang bekerja sama dengan Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk melindungi dan membantu seorang anak semacam itu dan melacak setiap orang tua atau anggota-anggota keluarga yang lain dari pengungsi anak, agar dapat memperoleh informasi yang diperlukan untuk melaksanakan repatriasi dengan keluarganya. Dalam kasus apabila orang tua atau para anggota keluarga lainnya sama sekali tidak dapat ditemukan, maka anak itu harus diberi perlindungan yang sama seperti anak yang lainnya, yang secara tetap atau sementara dicabut dari lingkungan keluarganya, karena alasan apa pun, seperti yang dinyatakan dalam Konvensi ini).

³⁰“States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision”. (Negara-negara Pihak harus menjamin bahwa berbagai lembaga, pelayanan, dan fasilitas yang bertanggung jawab atas perawatan dan perlindungan tentang anak, harus menyesuaikan diri dengan standar-standar yang ditentukan oleh para penguasa yang berwenang, terutama di bidang keselamatan, kesehatan, dalam jumlah dan kesesuaian staf, mereka dan juga pengawasan yang berwenang).

³¹Suaka, *Op. Cit.*

Pengungsi, yang transit atau tinggal sementara di Indonesia, datang dari seluruh penjuru dunia. Sejak 2008, tindakan penganiayaan dan meningkatnya kekerasan yang terus menerus di negara asal mereka, serta keterbatasan ketersediaan negara-negara lain dalam menawarkan solusi permanen, telah mengakibatkan peningkatan jumlah pencari suaka dan pengungsi yang signifikan di Indonesia. Diperkirakan pada 2008 hanya ada 400 pencari suaka dan pengungsi di Indonesia; namun pada bulan Mei 2015, UNHCR melaporkan ada lebih dari 13.000 pencari suaka dan pengungsi yang terdaftar di Indonesia³².

Indonesia mengakui hak-hak anak secara universal sesuai dengan Deklarasi Hak-hak anak dan Konvensi hak anak, karena merupakan bagian integral dalam instrumen internasional tentang hak asasi manusia, sehingga meratifikasi Konvensi hak-hak Anak kedalam Keputusan Presiden Nomor 26 Tahun 1990, Maka secara langsung Indonesia telah menyetujui seluruh isi konvensi dalam segala tindakan terhadap anak yang ada di Indonesia seperti yang dijelaskan dalam Pasal 3 ayat (2)³³ Konvensi hak-hak anak yaitu kewajiban negara untuk melindungi anak yang berada dalam yurisdiksinya.

Indonesia sebagai negara yang berdaulat diberikan wewenang untuk mengatur dirinya tanpa campur tangan negara lain, seperti yang dikatakan oleh Maria Gavounelli bahwa negara dalam perkembangannya mempertahankan *sovereignty* atas segala tindakan dalam negaranya sehingga negara bebas akan bertindak sesuai dengan kaidah hukum internasional yang telah menjadi kesepakatan bersama.

Di dalam Konvensi Hak Anak telah ditentukan secara khusus mengenai hak-hak anak yang harus diusahakan dan dijalankan oleh semua pihak, tak terkecuali untuk negara. Konvensi ini juga mengatur secara khusus mengenai penanganan pengungsi anak apabila terjadi di dalam negara pihak konvensi, tetapi kenyataannya Indonesia tidak menjadi pihak dalam konvensi pengungsi 1951 dan

³²*Ibid.*

³³“States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.” (Negara-negara Pihak berusaha menjamin perlindungan dan perawatan anak-anak seperti yang diperlukan untuk kesejahteraannya, dengan memperhatikan hak-hak dan kewajiban-kewajiban orang tuanya, wali hukumnya atau orang-orang lain yang secara sah atas dia, dan untuk tujuan ini, harus mengambil semua tindakan legislatif dan administratif yang tepat).

protokol 1976, sehingga terjadi kekosongan hukum dalam menjalankan perlindungan hukum terhadap pengungsi Anak.

Sebagai negara transit dan bukan negara pihak dalam konvensi 1951 dan protokol 1976, Indonesia tidak mempunyai dasar agar dapat dimintai tanggung jawab yang bersifat *leterlijk* baik dalam aturan internasional maupun dalam regulasi nasional, sehingga dapat dikatakan “Indonesia relatif tidak banyak terlibat dalam penanganan masalah pengungsi dan menyerahkan penanganan pengungsi pada UNHCR”³⁴.

Walaupun Indonesia hanya sebagai negara transit dan bukan negara pihak dalam konvensi 1951 dan protokol 1967, harus dapat memihak dan memilih posisi dalam menjalankan tanggung jawab sebagai negara yang telah terikat dalam konvensi hak anak, untuk memberikan pelayanan dan perlindungan akan hak-hak anak seperti yang tercantum dalam konvensi tersebut.

Maka pelaksanaan perlindungan pada pengungsi anak dapat dijalankan dengan berdasarkan konvensi hak anak yang memberikan tanggungjawab indonesia sebagai entitas negara dalam internasional yaitu dengan memberikan penjaminan akan tepenuhinya hak-hak anak yang berada dalam yurisdiksi negara dengan cara mengaplikasikan teori oleh Satjipto Rahardjo yang pada intinya negara melindungi dengan cara mengayomi hak-hak seluruh lapisan masyarakat tanpa memandang strata sosial dalam kehidupan bermasyarakat.

Indonesia sebagai negara pihak dalam konvensi hak-hak anak mempunyai tanggung jawab dalam ranah hukum internasional. Karena negara memiliki kedaulatan dalam memberikan perlindungan terhadap pengungsi anak yaitu dengan memberikan jaminan perlindungan hak-hak pengungsi anak sesuai dengan Konvensi hak-hak anak yaitu sesuai dengan Pasal 22 Konvensi Hak Anak secara khusus menyebutkan tentang perlindungan bagi anak yang menjadi pengungsi, walaupun Indonesia belum menjadi pihak Konvensi Pengungsi, tetapi sebagai negara yang menjadi titik transit untuk pengungsi ke tujuan selanjutnya dapat dijalankan agar hak-hak pengungsi anak dapat terpenuhi selama dalam yurisdiksi Indonesia.

³⁴Sri Badini Amidjojo, *Perlindungan Hukum terhadap Pengungsi Berdasarkan Konvensi Jenewa 1951*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI, Jakarta, 2004, hlm. 38.

Adapun Indonesia sebagai subjek dalam hukum internasional mempunyai tanggung jawab terhadap pengungsi anak berdasar pada salah satu *general principles recognized civilized nations* yaitu *jus cogens* yang mana mengisyaratkan bahwa setiap tindakan bangsa dalam menjalankan kewajibannya harus melakukan perlindungan akan kemanusiaan dalam ranah perlindungan hak asasi manusia yang dalam hal ini adalah melakukan perlindungan hak-hak asasi pengungsi anak.

Selanjutnya Indonesia juga mempunyai tanggung jawab terhadap perlindungan pengungsi anak, diantaranya dalam *international customary law* yaitu dengan diakuinya bahwa hukum hak asasi manusia merupakan bagian dari hukum kebiasaan Internasional, maka Indonesia dapat menjadikan salah hal tersebut sebagai satu rujukan untuk memberikan perlindungan kepada pengungsi anak, mengingat negara-negara lain telah menganggap hal tersebut sebagai bentuk perlindungan terhadap nilai-nilai kemanusiaan yang secara khusus diatur dalam konvensi hak-hak anak.

Pengaturan Tanggung Jawab Indonesia bagi Pengungsi Anak Menurut Hukum Nasional di Masa yang akan Datang

Indonesia merupakan salah satu negara yang belum meratifikasi Konvensi 1951 dan Protokol 1967, karena adanya kekhawatiran akan timbulnya kewajiban negara untuk menerima pengungsi bermukim tetap di Indonesia, serta adanya ketakutan bahwa Indonesia akan kebanjiran oleh pengungsi dari berbagai negara.³⁵ Kedua alasan ini perlu ditinjau ulang mengingat pada kenyataannya ada beberapa faktor yang menyebabkan dibanjiri atau tidaknya suatu negara oleh pengungsi antara lain kedekatan geografis dan budaya serta jaminan kehidupan di masa depan.

Beberapa negara yang dapat dijadikan contoh telah meratifikasi Konvensi Pengungsi 1951 adalah Filipina³⁶ dan Timor Leste³⁷, tetapi dalam kenyataannya

³⁵Sri Badini Amidjojo, *Op. Cit.*, hlm. 45.

³⁶Filipina melakukan telah melakukan ratifikasi Konvensi 1951 beserta Protokolnya pada 22 Juli 1981, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en, diakses tanggal 18 Maret 2016.

³⁷Timor Leste melakukan telah melakukan ratifikasi Konvensi 1951 beserta Protokolnya pada tanggal 7 Mei 2003, berdasarkan pada :

https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en , diakses tanggal 18 Maret 2016

tidak ada pengungsi yang menetap di negara tersebut. Indonesia bila dilihat dalam ranah geografis berada pada jalur lintas pengungsi yang akan menuju Australia. Dengan adanya kenyataan ini maka akan tetap banyak pengungsi yang terdapat di Indonesia bukan karena keterkaitan pengungsi dengan Indonesia.³⁸ Dengan demikian posisi Indonesia sebagai penandatanganan atau tidak, akan tetap dianggap sebagai negara transit maupun tempat singgah atau terdamparnya calon pengungsi yang telah melakukan perjalanan menuju negara tujuan.

Dilihat dari substansinya, konvensi pengungsi ini pada dasarnya tidak membebani kewajiban negara untuk meratifikasinya. Tetapi atas dasar pertimbangan nilai-nilai kemanusiaan yang diderita oleh para pengungsi, sehingga hal tersebut yang menjadikan alasan mendominasi agar dapat teratifikasinya konvensi ini. Perlindungan terhadap pengungsi merupakan bagian dari perlindungan terhadap hak asasi manusia, "yang secara khusus terhadap manusia bebas yang terpaksa melarikan diri dari negara karena kondisi yang mengancam pelaksanaan haknya sebagai manusia"³⁹.

Pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia merupakan salah satu kewajiban pemerintah suatu negara terhadap warga negaranya dan penduduk yang berada di wilayah yurisdiksinya dalam rangka mewujudkan suatu masyarakat yang aman, sejahtera dan bebas dari rasa takut dan kekurangan.⁴⁰ Walaupun kewajiban suatu negara sesungguhnya adalah untuk meningkatkan kesejahteraan warga negaranya, namun hal ini tidak berarti bahwa negara yang bersangkutan boleh menutup mata apabila di wilayah tinggalnya tinggal orang-orang asing yang terusir dari negaranya dan menderita karena statusnya sebagai pengungsi.

Perlindungan terhadap hak asasi manusia dalam pengungsi juga merujuk secara langsung kepada penerus generasi masa depan selanjutnya, yaitu perlindungan terhadap hak-hak pengungsi anak. Sebagai negara yang telah meratifikasi konvensi yang secara khusus mengatur tentang Hak Anak yaitu

³⁸Sri Badini Amidjojo, *Op. Cit.*, hlm. 44.

³⁹*Ibid.*, hlm. 46.

⁴⁰Titon Slamet Kurnia, *Op. Cit.*, hlm. 108.

Konvensi Anak-Anak 1990, maka sejak 1990 tersebut Indonesia terikat secara hukum Internasional untuk melaksanakan ketentuan dalam konvensi tersebut.

Menurut Erna Sofyan Syukrie⁴¹, negara-negara pihak yang telah meratifikasi konvensi hak anak menerapkan beberapa hal dalam sistem hukumnya, yaitu: 1. Memeriksa dan menelaah terhadap peraturan perundang-undangan yang telah disahkan dan masih dalam proses perancangan yang dalam hal ini ada kaitannya dengan anak; 2. Mengevaluasi lembaga-lembaga negara yang ada hubungannya dengan pelaksanaan konvensi hak anak; 3. Menyusun langkah-langkah harmonisasi ketentuan dalam konvensi hak anak dengan peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia; 4. Meninjau ulang bagian peraturan perundang-undangan yang masih berlaku tetapi membutuhkan penyempurnaan agar tepat sasaran dan tujuan sesuai dengan yang dijabarkan dalam konvensi hak anak; 5. Memprioritaskan acara pembuatan undang-undang yang diperlukan untuk mengefektifkan pelaksanaan konvensi hak anak, sehingga akan terciptanya penyelarasan antara konvensi hak anak dengan peraturan perundang-undangan di Indonesia; 6. Mencari dan menganalisis perjanjian-perjanjian internasional yang ada kaitannya dengan hak-hak anak, supaya mempermudah perlindungan akan hak-hak anak sesuai dengan kaidah-kaidah internasional yang lebih baru dan dapat diratifikasi oleh Indonesia.

Dalam ranah regional ASEAN, beberapa negara telah meratifikasi Konvensi Pengungsi 1951. Selanjutnya pada 31 Agustus 1987, Filipina telah membuat *Executive Order No 304 on Authorizing The Task Force On Refugee Assistance And Administration And The Department Of Foreign Affairs To Respectively Issue Identity Papers And Travel Documents To Refugees Staying In The Philippines And Prescribing Guidelines Therefor* sebagai bentuk tindak lanjut dari diratifikasinya konvensi pengungsi yang isinya memuat 5 *section* yang secara garis besar berisi: 1. *Section 1* : memberikan identitas resmi yang khusus kepada pengungsi, sebagai upaya perlindungan dan pencatatan identitas dari pemerintah Filipina; 2. *Section 2* : memberikan peluang kepada pengungsi apabila berkebutuhan untuk bepergian keluar wilayah filipina, tetapi sesuai dengan aturan yang di atur oleh *the Task Force*

⁴¹M. Nasir Djamil, *Op. Cit.*, hlm. 13.

on *Refugee Assistance and Administration* (TFRAA); 3. *Section 3* : tidak diperbolehkan adanya dokumen bepergian ke luar wilayah Filipina tanpa rekomendasi dari TFRAA dan melengkapi syarat-syarat sesuai dengan yang ditetapkan oleh *Department of Foreign Affairs* (DFA); 4. *Section 4* : bahwa dokumen bepergian dibuat sama dengan yang ditentukan dalam konvensi pengungsi 1951; 5. *Section 5* : bahwa aturan ini diberlakukan dalam waktu yang sesegera mungkin.

Selanjutnya Filipina telah mempunyai kesepakatan dengan UNHCR dalam melaksanakan program-program dalam melindungi pengungsi yaitu dengan dibuatnya *Country Operations Plan 2014* yang pada substansinya mempromosikan dan memantau pelaksanaan Konvensi Pengungsi 1951. Filipina adalah salah satu negara di Asia Tenggara yang merupakan Konvensi Penandatangan dan memiliki sistem perlindungan pengungsi yang dilembagakan. UNHCR akan terus mempromosikan berlakunya peraturan hukum yang selanjutnya dapat mengubah dan merevisi undang-undang nasional tentang imigrasi, sebagai tindak lanjut mengakui hak-hak pengungsi sebagaimana diatur dalam Konvensi.

Adapun dalam *Country Operations Plan 2014* juga memuat beberapa tujuan diantaranya ⁴²:

“Philippine Immigration law amended to incorporate provisions recognizing rights of refugees and asylum seekers under the 1951 Refugee Convention; 1954 Convention on Statelessness is ratified by the Philippine Senate; Training for DOJ (department of justice)-Refugee Processing Unit and immigration officials provided; RSD (refugee status determination) process supported by UNHCR in observer or advisory capacity; Entitlement of refugees to work permits, regularization of immigration status ensured; Refugees are granted permanent residence or are naturalized; UNHCR promotional and advocacy objectives are included in efforts of various stakeholders; and Government contingency plans describing possible scenarios and identifying resources required for a response are facilitated by support for Emergency Management and Contingency Planning initiatives”

Upaya-upaya perlindungan hak-hak di Indonesia masih sangat terbatas pada ranah anak yang membutuhkan perlindungan khusus seperti yang tertulis dalam Pasal 59⁴³ Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 bahwa negara wajib

⁴²UNHCR, *Country Operations Plan year 2004 on Philippines*, UNHCR : 2004.

⁴³Pasal 59 “Pemerintah dan lembaga negara lainnya berkewajiban dan bertanggung jawab untuk memberikan perlindungan khusus kepada anak dalam situasi darurat, anak yang berhadapan dengan hukum, anak dari kelompok minoritas dan terisolasi, anak tereksplotasi secara ekonomi dan/atau seksual, anak yang diperdagangkan, anak yang menjadi korban penyalahgunaan narkotika, alkohol, psikotropika, dan zat adiktif

memberikan perlindungan khusus kepada anak-anak dengan berbagai kategorinya, salah satunya adalah anak yang berada dalam kondisi darurat. Diperjelas dalam Pasal 60⁴⁴ poin a adalah anak yang menjadi pengungsi, tetapi hingga saat ini Indonesia belum mempunyai instrumen hukum yang sifatnya tertulis dalam melindungi hak-hak anak yang memerlukan perlindungan khusus sebagai pengungsi karena Indonesia tidak menjadi negara pihak dalam konvensi pengungsi 1951.

Adapun dengan merujuk teori Yurisdiksi menurut Imre Anthoni yang mengemukakan bahwa yurisdiksi negara dalam hukum internasional publik berarti hak dari suatu negara untuk mengatur dan memengaruhi dengan langkah-langkah atau tindakan yang bersifat legislatif, eksekutif atau yudikatif atas hak-hak individu, milik atau harta kekayaannya, perilaku-prilaku atau peristiwa-peristiwa yang tidak semata-mata merupakan masalah dalam negeri.⁴⁵ Indonesia mempunyai yurisdiksi untuk mengatur urusan apapun dalam negeri karena yurisdiksi merupakan refleksi dari prinsip dasar kedaulatan negara.

Selanjutnya dengan memperhatikan teori tanggung jawab negara sebagai entitas dalam hukum internasional harus dapat menjalankan dan melaksanakan segala kesepakatan atau persetujuan dalam hukum internasional, sehingga menurut Malcolm N. Shaw, Indonesia tidak dianggap sebagai negara yang tidak bertanggung jawab terhadap hal-hal yang diatur dalam nilai-nilai universal dalam hukum internasional dan prinsip dasar dalam memberikan perlindungan hukum sebagai negara. Menurut Fitzgerald untuk kepentingan hukum, karena kepentingan hukum adalah mengurus hak dan kepentingan manusia, sehingga hukum memiliki otoritas tertinggi untuk menentukan kepentingan manusia agar perlu diatur dan dilindungi.

Hukum bertugas menjamin kepastian hukum di dalam masyarakat dan juga menjaga serta mencegah agar setiap orang tidak menjadi hakim sendiri. adanya potensi terjadinya antara kebutuhan masyarakat dalam melindungi pengungsi dan

lainnya (napza), anak korban penculikan, penjualan dan perdagangan, anak korban kekerasan baik fisik dan/atau mental, anak yang menyandang cacat, dan anak korban perlakuan salah dan penelantaran”.

⁴⁴Pasal 60 “Anak dalam situasi darurat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 59 terdiri atas : a. anak yang menjadi pengungsi; b. anak korban kerusuhan; c. anak korban bencana alam; dan d. anak dalam situasi konflik bersenjata”.

⁴⁵Sefriani, *Hukum Internasional Suatu Pengantar*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm. 233.

tidak adanya aturan yang jelas mengenai pengaturan hal tersebut. Pada dasarnya masyarakat tidak dapat menunggu adanya persesuaian antara kedua hal tersebut.⁴⁶ Hal ini disebabkan adanya kebutuhan untuk memenuhi kekaburan dalam pengaturan untuk pengungsi anak. Dengan demikian munculah tuntutan yang lebih praktis sifatnya, yaitu keharusan adanya aturan sehingga tercipta kepastian hukum dalam melindungi hak-hak anak pada pengungsi anak.

Sebagai negara yang mempunyai tanggung jawab akan perlindungan anak. Maka Indonesia harus membuat prioritas untuk segera meratifikasi konvensi tersebut. Akan ada harmonisasi pemahaman dari beberapa hak yang diberikan secara khusus pada anak dalam konvensi hak anak dengan konvensi pengungsi 1951.

Selanjutnya dengan telah meratifikasi konvensi pengungsi 1951 beserta protokolnya, maka selanjutnya adalah memahami harmonisasi hak-hak yang melingkupi perlindungan khusus bagi pengungsi anak, Indonesia harus membuat peraturan perundang-undangan turunan dari konvensi tersebut, mengingat sifat dari ratifikasi sebuah perjanjian internasional bukan merupakan *applicable regulation*. Sehingga akan ada peraturan perundang-undangan yang secara khusus membahas tentang penanganan dan perlindungan pengungsi anak di Indonesia, dengan merujuk pada konvensi status pengungsi dan konvensi hak-hak anak.

Penutup

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa: *pertama*, Indonesia tidak memiliki tanggung jawab yang bersifat *leterlijk* sebagai negara transit terhadap perlindungan pengungsi anak menurut hukum internasional karena Indonesia hingga saat ini tidak menjadi negara pihak dalam Konvensi Pengungsi 1951 dan Protokolnya 1967, akan tetapi sebagai negara pihak dalam konvensi hak-hak anak Indonesia memiliki tanggung jawab terhadap pengungsi anak sesuai dengan Pasal 22 konvensi hak-hak anak, serta menurut hukum kebiasaan internasional bahwa negara melakukan perlindungan akan prinsip hak asasi

⁴⁶Jazim Hamidi dan Charles Christian, *Hukum Keimigrasian Bagi Orang Asing di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2015, hlm. 30.

manusia yang secara tidak langsung juga mewajibkan untuk melindungi hak-hak pengungsi anak, dan dalam prinsip hukum yaitu *jus cogens* yang pada substansinya melindungi hukum dalam ranah kemanusiaan. Selanjutnya hukum pengungsi dan hak-hak anak merupakan bagian dari hak asasi manusia, sehingga Indonesia secara normatif bertanggung jawab dalam perlindungan pengungsi anak berdasarkan prinsip hak asasi manusia. *Kedua*, dalam rangka mencapai kepastian hukum, maka bentuk tanggung jawab Indonesia bagi pengungsi anak dalam pengaturan hukum nasional di masa yang akan datang adalah dengan meratifikasi konvensi pengungsi 1951 beserta protokol 1967, dan selanjutnya membuat peraturan perundang-undangan. Sehingga akan ada peraturan perundang-undangan yang secara khusus membahas tentang tanggung jawab Indonesia sebagai negara transit dalam memberikan penanganan dan perlindungan pengungsi anak di Indonesia, dengan merujuk pada konvensi status pengungsi dan konvensi hak-hak anak.

Daftar Pustaka

Buku

- Badini Amidjojo, Sri, *Perlindungan Hukum terhadap Pengungsi Berdasarkan Konvensi Jenewa 1951*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI, Jakarta, 2004.
- Djamali, M. Nasir, *Anak Bukan Untuk Dihukum (Catatan Pembahasan UU Sistem Peradilan Pidana Anak)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013.
- Goonesekere, Savitri, *Children, Law and Justice a South Asian Perspective*, UNICEF, New Delhi, 1998.
- Hamidi, Jazim, dan Charles Christian, *Hukum Keimigrasian Bagi Orang Asing di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2015.
- Mahmud Marzuki, Peter, *Penelitian Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta, 2014.
- Mertokusumo, Sudikno, *Penemuan Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 2004.
- Rusman, Rina, *Hukum Humaniter Internasional dalam Studi Hubungan Internasional*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2013.
- Sefriani, *Hukum Internasional Suatu Pengantar*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2014.
- Slamet Kurnia, Titon, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, The Jimly Court 2003-2008*, CV Mandar Maju, Bandung, 2014.

UNHCR, *Refugee Children: Guidelines on Protection and Care*, UNHCR, Geneva, 1994.

UNHCR, *Perlindungan Pengungsi, Buku Petunjuk Hukum Pengungsi Internasional*, UNHCR, Jakarta, 2001.

UNHCR, *Country Operations Plan year 2004 on Philipines*, UNHCR, Geneva, 2004.

Wagiman, *Hukum Pengungsi Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012.

Hasil Penelitian

Erdiana, Fita, *Perlindungan Hukum Bagi Pengungsi Akibat Konflik Bersenjata di Republik Demokratik Kongo Menurut Hukum Pengungsi Internasional*, *Tesis*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 2009.

Majalah / Koran

Save the Children, *Protecting Children from Exploitation*, <http://www.savethechildren.org>.

Septia, Karnia, Menteri Yohana: Indonesia Darurat Kekerasan terhadap Anak, *Kompas*, 8 Oktober 2015.

Wibisono, Makarim, "Dilema Rohingya", *Majalah DETIK* edisi 1-7 Juni 2015.

Internet

Alif Goenawan, Muhammad, soal Mobilitas, Medsos, Big data dan Cloud, *Detik.com*, diakses pada tanggal 21 Desember 2015.

Presidential Museum and Library, *The Philipines as Haven for Refugee*, <http://www.malacanang.gov.ph>.

Suaka, *Refugees and Asylum Seekers in Indonesia*, (<http://www.suaka.or.id>)

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Undang-Undang Republik Indonesia 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Technology Transfer In Indonesia And China: A Comparative Study

Abdul Thalib

Fakultas Hukum Universitas Islam Riau

Jln. Kaharudin Nasution No. 113 Kota Pekanbaru Riau 28284

thalib_abd7164@yahoo.com

Abstract

The problems in this study: first, whether the patent system in Indonesia and China is effective for technology transfer? Second, what are the roles of the Chinese and Indonesia government for technology transfer? This study uses a normative legal research. The results of the research concluded that first, there are no special regulations in Indonesia regulating the transfer of technology. Some policies are contradict to each other and are directed to meet the needs of special parts of industry. While in China, the rules governing the transfer of technology experiences some changes along with China's accession to WTO. Second, the Indonesian government has attempted to use some performance requirements in the regulation of foreign investment for the faster transfer effect from technology. However, the existing legislation is weak or not enforced, and there are no special incentives to encourage FDI to upgrade local technological capabilities.

Key word: Technology Transfer, Indonesia, China

Abstrak

Permasalahan dalam penelitian ini, pertama, apakah sistem paten Indonesia dan China efektif untuk transfer teknologi? Kedua, apa peran pemerintah dan China Indonesia untuk transfer teknologi? Penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif. Hasil penelitian menyimpulkan, pertama, tidak ada peraturan khusus di Indonesia yang mengatur tentang transfer teknologi. Beberapa kebijakan bertentangan satu sama lain dan diarahkan untuk memenuhi kebutuhan bagian khusus industri. Sedangkan di China, peraturan yang mengatur transfer teknologi mengalami perubahan seiring dengan aksesinya China ke WTO. Kedua, Pemerintah Indonesia telah berusaha untuk menggunakan beberapa persyaratan kinerja dalam peraturan investasi asing untuk efek transfer yang lebih cepat dari teknologi. Namun, peraturan yang ada sangat lemah atau tidak ditegakkan, serta tidak ada insentif khusus untuk mendorong FDI yang meng-upgrade kemampuan teknologi lokal.

Key word: Transfer Teknologi, Indonesia, China.

Introduction

The 2011 marked the 50th anniversary of the technology transfer (TT) debates at the international level. TT was first tabled as an international issue in 1961, with a request to the United Nations Secretary General by some developing countries that studies be commissioned to ascertain the role of international treaties in promoting intellectual property rights (IPRs) protection in developing countries (DCs). With time, the debate has grown in proportion and permeated different processes and institutions. Looking back, the subject has increasingly gained prominence because developing countries felt both the need to revise international treaties dealing with intellectual property (IP), and to ensure that there is a specific framework on TT that promoted their access to existing technologies. Targeted efforts to achieve these ends failed to materialize by the mid-1980s. Despite the failure of those efforts, the fundamental issues raised fifty years ago still remain relevant today and continue to influence and polarize international debates.¹

In the span of these fifty years, many development occurred in the international political economy of TT negotiations. At the same time, our understanding of the processes and institutions that influence technological change has evolved. From a situation where we had little understanding of technological change and how it occurs,² immense progress has been made over the past five decades to highlight its determinants within and amongst countries at different stages of development. Not only do we have a better understanding of technology and its sources of origin, but we have also moved towards deciphering the critical relationship between technology, innovation and development, both in terms of empirical evidence and policy making.

What we know up until now can be summarised as a set of stylized facts. *First*, technology – particularly access to existing technology – plays a central role in catch-up growth: a process of closing the gap between those countries that

¹See P. Gehl Sampath, P. Roffe (2012) – Unpacking the International Technology Transfer Debate: Fifty Years and Beyond, *International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)*, Issue Paper No. 36, International Environment House 2, 7 Chemin de Balexert, 1219 Geneva, Switzerland, p. 1.

²Rosenberg N, *Inside the Black Box: Technology and Economics* (Cambridge Univ Press, Cambridge), 1983, p 320.

produce new knowledge (industrial countries) and others that are learning to create products and processes that are new to their contexts but not necessarily to the world at large.³ *Second*, technological change of this kind is often not about innovating at the frontier, but rather about how the structure of production can be changed to achieve higher levels of productivity. This makes technological change a fundamental component of capital accumulation and structural change within countries. *Third*, despite the fact that a large amount of technology is already available in the public domain, accessing these technologies and channelling them into processes of knowledge accumulation and innovation within countries is neither automatic nor costless.⁴ Using already available technology in the public domain requires the existence of technological capacity amongst actors.

Despite these insights on the important role of technological change for development, the world has been witnessing the emergence of a widening technological divide not only between the technologically developed and the developing world, but also among the developing countries themselves. Technological divergence among developing countries is increasing with time, especially now that several developing countries are well on their way to catching up.⁵ While some countries have been relatively successful, there are still many developing countries for whom technological marginalization is a recurrent reality.⁶

³Ocampo, J.A., Sundaram, J.K. & Khan, S., *Policy matters: economic and social policies to sustain equitable development*, Zed Books, 2007, pp. 1-24.

⁴Gerschenkron, A., 1962. *Economic backwardness in historical perspective: a book of essays*, Belknap Press of Harvard University Press, pp. 360-362. Gerschenkron notes that for the “latecomers”, there exist untapped opportunities offered by globalization through which they can access unprecedented degrees of information and knowledge.

⁵United Nations Conference on Trade and Development, 2012. *Innovation, Technology and Innovation Report: Technology and South-South Collaboration*, UNCTAD New York and Geneva. Here UNCTAD views that Economic catch up is commonly understood as the process of closing the gap between DCs and their industrial counterparts.

⁶Ocampo, J.A. & Vos, R., *Uneven economic development*, United Nations Publications, 2009, pp. 58-74. Ocampo & Vos in this context note that already as of 2000, DCs accounted for 50% of all global low value manufactures. While participation in medium technology manufactures increased, this was concentrated in the South East Asian and Latin American DCs and high technology manufacturing was accounted for mostly by the South East Asian DCs (including China).

Statements of Problems

Based on the background which is mentioned previously, the following questions are closely examined. *Firstly*, whether the Indonesian Patents system and China is effective for the technology transfer? *Secondly*, how is the role of Indonesian government and China for the technology transfer?

Objective of the Research

The objective of the research, as followed: *firstly*, to analyze the effectiveness of the Indonesian Patents system and China for the technology transfer. *Secondly* to analyze the role of Indonesian government and China for the technology transfer.

Research Method

The research method employed in this study is predominantly normative legal research, focusing on library research, using two approaches, namely statutory approach and comparative approach. Relevant articles, books, local and international law reports, reviews, conference and seminar papers constituted the main source of information for this study. Among many factors to assists in providing an appropriate level of (TT), there are in general two ways of getting foreign technology transferred to developing countries: its sale to local enterprises by licensing (patented and unpatented know-how) and its transfer by means of direct investment. This study assesses the adequacy of TT in Indonesia and China, not only under the statutory Patent Laws, provided by the Indonesian Patents Act 2001, Patent Law of the People's Republic of China 2008-12-27, the rules governing TT in China: (i) *Regulation on Technology Import and Export Administration of the People's Republic of China*, promulgated by the State Council and come into force January 1, 2002; (ii) *Administrative Measures on Registration of Technology Import and Export Contracts*, promulgated by the 'ex' MOFTEC now MOFCOM, December 30, 2001 in force January 1, 2002; (iii) *Administrative Measures on Import of Prohibited or Restricted Technology*, promulgated by MOFCOM, as well as (iv) *Administrative*

Measures for Export-Prohibited Technology or Export Restricted Technology), but also from both the government policies. Throughout this study, internationally reported patent agreements will be resorted to wherever possible, to explain the various aspects and the roles of TT under discussion.

Discussion and Result

Indonesian Regulations

Patents Law No. 14 of 2001

In Indonesia, a patent is a temporary monopoly granted by the State in respect of an invention. The owner of a patent, the patentee, shall have exclusive rights and monopoly to exploit or use commercially his patent individually or by giving his consent to other persons to make, sell, lease, deliver, use, supply for sale or lease or delivery of the products for which patent has been granted.⁷ He may transfer any one or more of these rights either wholly or partly to any other person.⁸ He can also licence its use on his freedom to deal with the patent completely as he wishes.⁹ It is different with some fields of property however, there are certain limitations on his freedom to deal with the patent completely as he wishes.

Among many factors to assist in providing an appropriate level of TT as indicated above, there are in general two ways of getting foreign technology transferred to DCs: its sale to local enterprises by licensing (patented and unpatented know-how) and its transfer by means of direct investment.

Licences of Rights

With regard to licence the patentee shall be entitled to give it to another person pursuant to a licence agreement.¹⁰ The conditions of the licence including the amount of remuneration payable to the patentee (sometimes it is called royalties), is determined in the absence of agreement, by an authority designated

⁷See Article 16 of the Indonesian Patents Law, No. 14 of 2001.

⁸See Article 66 of the Patents Law, 2001.

⁹See Article 69 of the Patents Law, 2001.

¹⁰See Article 70 of the Patents Law, 2001.

by the law for this purpose. Moreover, unless otherwise agreed, a patent holder may continue to perform by himself or give a licence to any other third parties to perform the acts referred to in Article 16, which shall be effective during the term of the licence.

This system may be specially attractive to DCs because once a patent is thrown open to licence of right, it will no longer depend on the will of the owner of the patent whether the patent will be exploited in the country, anybody can obtain a licence and on the basis of that licence work the patented invention in the country. But this system has also been criticised that, “the disadvantages of this system is that prospective licensees hesitate to obtain such a non-exclusive licence since competitors can obtain the same at any time.”¹¹

A licence may be expressed, implied or statutory, it may exclusive, non-exclusive or limited. An exclusive licence is defined under Article 70. Such a licence excludes all other persons including the patentee from the right to use the invention. In regard to a limited licence the limitation may arise as to persons, place, time, use, manufacture and sale. An express licence is one in which the permission to use the patent is given in explicit terms. Certain presumptions as to term are provided in Article 69 (2). The licence must presumably be in writing and to be effective must be registered.¹²

The agreement between the parties concerned must be reduced to the form of a document embodying all the terms and conditions governing their rights and obligations. An application for registration of such document must be registered to the Directorate General of IPRs which shall be recorded and published, with the payment of a fee. Where a licensing agreement is not recorded, said licensing agreement will not have legal effects on a third party.¹³

Furthermore, under Article 71 however, excludes certain clauses from such licences, declaring them to be invalid. The two sorts of clauses are: (i) provision which are directly or indirectly detrimental to the Indonesian economy, and (ii) certain limitations obstructing the capability of the Indonesian people to master and

¹¹See Stephen P. Ladas, *“Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection”*, Harvard University Press, Cambridge, 1975, p. 429.

¹²See Article 72 of the Patents Law, 2001.

¹³*Ibid.*

develop the technology generally connected with the patented invention, and particularly the invention for which the patent has been granted.

As far as regulations system on the TT in Indonesia is concerned, apart from Patents Law, 2001 as indicated above, under Articles 11 and 12 Investment Law, No. 25 of 2007 mentioned that: "*Enterprises with foreign capital are obliged to arrange and/or to provide facilities for training and education at home or abroad for Indonesian nationals in an organised way and with a set purpose in order that the alien employees may gradually be substituted by Indonesian ones*". In addition, the activity program may be organised by the employers or third-party services may be utilized.¹⁴ The non performance of this obligation results in employers employing foreign worker(s) to pay a compulsory educational and training contribution. Such contributions will be used to fund the Government's manpower education and training.¹⁵ Beside it, in the oil and gas sector, contractors of oil and gas production sharing contracts are required to provide an educational and training program for all Indonesian employees.¹⁶ On this subject the Elucidation of the Oil and Gas Law No. 22 of 2001 does not give further explanation.

It should be noted however, that the General Policy towards the skill problem of Indonesian national manpower is, that efforts should be made to enhance knowledge, improve skill, augment the ability to organise and manage. In pursuance of this General Policy we may emphasize that within the framework of mineral oil and gas mining, the above mentioned efforts should also be made by the Government, i.e., the State Oil Enterprise.

On the one hand, these laws were intended to invite private foreign capital to be invested in projects which will contribute to the healthy development of Indonesia's economy. Pursuant to the law on industrial affairs, selection and transfer of foreign industrial technology which is strategic in nature and needed for the development of domestic industry. On the other hand, as indicated above that the licence agreement between the parties concerned must be reduced to the form

¹⁴See Article 8 of the Presidential Decree No. 75 of 1955.

¹⁵See Minister of Manpower Regulation No. 143 A/MEN/1991 on Educational and Training Obligatory Payments.

¹⁶See Article 12 of the Government Regulation No. 35 of 1994 regarding the Requirements and Guidelines of the Cooperation of Oil and Gas Production Sharing Contract.

of a document embodying all the terms and conditions governing their rights and obligations, hence such document must be registered to the Directorate General of IPRs which shall be recorded and announced, with the payment of a fee. Where a licensing agreement is not recorded, said licensing agreement will not have legal effects on a third party. Otherwise, further provisions concerning licensing agreements shall be regulated by a Government Regulation.¹⁷ Unfortunately, at present, such Government Regulation is not enacted yet. It is mean, in this regard that the basic philosophy of the contractual arrangements i.e., TT from foreign companies to Indonesian nationals do not effective.¹⁸

The Role of Indonesian Government for Technology Transfer

The primary objective of a licensee in entering into a technology licence agreement includes the acquisition of a developed and tested industrial process without having to bear the risks, delay and expense of its development. For licensees in DCs, the unavailability of facilities or resources for research and development (R&D) often renders the licensing of foreign technology rights the only means of obtaining them. Even if the licensee were to embark upon the necessary research, the risk of failure is compounded by the risk that a rival enterprise may be able to obtain industrial property protection in relation to the relevant technology. 'Licensing in' may assist a licensee after a profitable exploitation period, under the name or mark of the licensor, to aggregate the financial, technical and commercial means necessary to initiate its own research programme.

In Indonesia a major 'unpackaged' (non-equity) mode of TT from advanced country firms to Indonesian firms has been technical licensing agreements (TLAs). Although no quantitative data are available on the number of these TLAs¹⁹,

¹⁷See Article 73 of the Patents Law, 2001.

¹⁸Interview's result with the Directorate General of IPRs (Dirjen HAKI), Jakarta, 02 March 2006, viz: "In so far , all parts of the IP legislation promise more detailed guidelines to be issued as part of Government Regulations or Presidential Decrees. The problem here is that *'none of these guidelines has so far been issued'*. Implementing provisions for licensing registration are not among those provisions that the government is currently working on. As a consequence, practitioners in Indonesia have had to experience that the Directorate General of IPRs rejected the registration of patent licensing agreements because the applications could not be processed without those guidelines. Under these circumstances, licensing agreements can be concluded, but not be registered and as a consequence, they have no legal effect vis-à-vis third parties.

¹⁹In so far, all parts of the IP legislation promise more detailed guidelines to be issued as part of Government Regulations or Presidential Decrees. The problem here is that *'none of these guidelines has so far been*

circumstantial evidence indicates that these TLAs often involve the transfer of older and mature technologies that do not offer the recipient country a long-term competitive advantage in the global market.²⁰ However, for a late-industrialising economy like Indonesia, acquiring and mastering these older technologies first is a good way to develop the important basic industrial technological capabilities (ITCs), namely the production, investment and adaptive capabilities. In this regard Marks, viewed as follows:

“Unlike the other three ASEAN countries, Malaysia, the Philippines, and Thailand, Indonesia does not have data on the number of technology licensing agreements signed by Indonesian firms (including both domestic firms without foreign equity ownership and joint ventures with foreign investors) with their foreign licensors. Nor is there a single satisfactory definition of technology inflows, especially concerning the transfer of human capital resources. But as an approximation one can use data on royalty and licensing payments to the major technology suppliers in the Asia-Pacific region, namely the U.S. and Japan²¹. For instance, in a publication of Japan's Agency of Industrial Science and Technology published in 1992 it was mentioned that out of Japan's total technology exports of yen 339.4 billion during fiscal 1990, 5.8 per cent of this total amount (yen 19.7 billion) went to Indonesia”.²²

Imports of capital goods provide another way of acquiring the means of production without the transactional costs involved in FDI or TLAs. Capital goods imports are actually embodied technology flows entering a country. They introduce into the production processes new machinery, other capital equipment and

issued. For detailed see note 18 above, as well as for more comprehensive, see Abd Thalib's Ph. D. Thesis, “PEMINDAHAN TEKNOLOGI DI INDONESIA: KAJIAN PERUNDANGAN” (non-publication), Fakultas Undang Undang University of Malaya, 2012. In this context, see Indonesian Patents Act, 2001 such as: Article 70: “Unless agreed otherwise, a patent holder shall continue to be able to personally exploit the invention or to grant a license to any other third party to perform acts as referred to in Article 16”; Article 71: “(1) A licensing agreement shall be prohibited to contain provisions that may directly or indirectly give rise to effects which damage the Indonesian economy, or to contain restrictions which obstruct the ability of the Indonesian people to master and develop technology in general and in connection with the patented invention in particular. (2) The Directorate General shall refuse any request for registration of a licensing agreement containing provisions as referred to in paragraph (1)”; Article 72: “A licensing agreement shall be recorded and announced, with the payment of a fee. (2) Where a licensing agreement is not recorded at the Directorate General as referred to in paragraph (1), said licensing agreement will not have legal effects on a third party”; Article 73: “Further provisions concerning licensing agreements shall be regulated by a Government Regulation”.

²⁰Marks, Stephen, 1999, *Foreign Direct Investment in Indonesia and its Management through Governmental Policy*, Partnership for Economic Growth, Department for Industry and Trade, Jakarta, March, p. 6.

²¹See Hill, Hal & Johns, Brian (1983), “The transfer of industrial technology to Western Pacific developing countries”, *Prometheus*, Vol. 1, no. 1, June, p. 62.

²²See, Agency of Industrial Science and Technology (1992), “*Trends in Principal Indicators on Research and Development Activities in Japan*”, Technology Research and Information Division, General Coordination Department, Tokyo, p. 34.

components that incorporate technologies which do not necessarily incorporate high or frontier technologies, but are nevertheless new to the recipient firm²³.

These imported capital goods can be affordable way of developing local ITCs if they can be used as models for reverse engineering to produce the machines locally. However, Indonesian firms have in general not engaged in 'reverse engineering' on a large scale to develop their ITCs. However, capital goods imports also contain a significant disembodied element, as the foreign suppliers of these capital goods, specifically machinery, often send technical experts to Indonesian firms to train the workers of these firms how to operate, maintain and repair the imported machinery. This kind of technology and skill transfer by technical experts from foreign firms to Indonesian employees has been quite significant for most foreign machinery suppliers. This training is crucial as the mere imports of capital goods do not automatically lead to an enhancement of local ITCs, if local employees do not know how to operate, maintain or repair the imported machinery. However, if the imports of capital goods is accompanied by the effective training of local workers on how to operate, maintain and repair the imported machinery, these imports will lead to the development of the basic production (operational) capabilities of the firms and over time also to the development of adaptive capabilities, specifically to carry out minor process adaptations.²⁴

In this regard, as far as TT in Indonesia is concerned Kuroda²⁵ pointed out:

"A thorough examination of the extent to which technology transfers actually take place presupposes a clarification of terminology. In the most general sense of the word, 'technology' is a system of production in which inputs are transformed into outputs. It includes specifications of inputs, outputs and organizational arrangements. Productive activities may be of three types: operations, improvement and innovation. The latter two can refer to both processes and products. Taken together they convey technical change and an especially important form of improvement is adaptation to local conditions. Not all imported technologies are equally suited for implementation in a developing country such as Indonesia. This study therefore implicitly also addresses the question whether technologies transferred through Japanese investment are indeed the most appropriate ones for Indonesia. Transfers of

²³See, Soesastro, Hadi, "Emerging Patterns of Technology Flows in the Asia-Pacific Region; The Relevance to Indonesia", in: Hill & Thee (editors), 1998, p. 304.

²⁴See, Thee Kian Wie, "The Major Channels of International Technology Transfer to Indonesia: An Assessment", in: *Journal of the Asia-Pacific Economy*, Vol. 10, no. 2, 2005, pp. 214-36.

²⁵See, Kuroda Akira, "Technology Transfer in Asia. A Case Study of Auto Parts and Electrical Parts Industries in Thailand". Tokyo: Maruzen Planet, 2001, pp. 38-39, 186.

technology may prove ineffective precisely because not the right kind of technology was chosen in the first place or because local absorptive capacities were inadequate”.

The success of an international TT is measured by the extent to which Indonesian nationals have achieved technological capability so that they can use imported or transferred technology efficiently. It is useful to distinguish between four types of industrial technological mastery:²⁶ (1) *Acquisitive* capability, i.e. knowledge and skills required to search, assess, negotiate and procure relevant foreign technologies as well as to install and start up the newly set-up production facilities. (2) *Operational* capability, i.e. knowledge and skills required for an efficient operation of the production process, including maintenance and repair of the machinery. (3) *Adaptive* capability, i.e. knowledge and skills required to carry out minor modifications of processes and/or products. (4) *Innovative* capability, i.e. knowledge and skills needed to carry out research and development (R&D) in order to make major changes in process and/or product technologies”.

The effectiveness of technology transfers is measured by scores on the development of each of these capabilities. Much of the literature applies a rather narrow conception of TT stressing the actual transmission of skills from one individual to another. This is accomplished through training, both formal and non-formal, as well as through participation and observation while working in a foreign-controlled firm. Chief channels for such transfers are foreign direct investment and technical assistance programs under the auspices of official aid. Such a narrow conception of TT has an important shortcoming as it leaves out the absorption of foreign technologies through technical licensing or use of imported machinery and equipment. In either case, there need not be any foreign equity participation or direct foreign involvement with the firm in question. A broader conception of TT should incorporate also the absorption on the level of the individual firm and the diffusion of imported technology throughout industries.

²⁶See, Sripaipan Chatr (1990)i, ‘*The Acquisition of Technological Capabilities by Thai Manufacturing Firms*’, *TDRI Newsletter* [Bangkok: Thailand Development Research Institute] 5 (3), pp. 6-11. For a slightly different formulation (acquisition – development – utilization – maintenance) see Prayoon Shiowattana, ‘Technology Transfer in Thailand’s Electronics Industry’, in: Yamashita Shoichi (ed.), *Transfer of Japanese Technology and Management to the ASEAN Countries*,: University of Tokyo Press, Tokyo, 1991, pp. 169-193.

Both in turn are highly dependent on conditions in the receiving country, especially with regard to economic incentives and human resource development.

Chinese Regulations

Patent Law of the People's Republic of China 2008-12-27

To make the Patent Law in compliance with the TRIPS Agreement, the Patent Law was revised to grant patentee the right to prevent others from "offering for sale" patented products or products obtained directly by patented processes. In the revised Patent Law, Article 11 reads:

"after the grant of the patent right for an invention or utility model, except as otherwise provided for in the law, no entity or individual may, without the authorization of the patentee, implement the patent, namely make, use, offer for sale, sell or import the patented product; or use the patented process, or use, offer for sale, sell or import the product directly obtained by the patented process, for production or business purposes."

The patent owner is granted the exclusive right to prevent others from making, using, offering for sale, or selling the patented invention. Prior to the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS) accompanying the Uruguay Round GATT, patents were issued for a non-renewable period of seventeen years, measured from the date of issuance. Under current statutory provisions, the term of protection for utility patents is twenty years measured from the date of filing,²⁷ with extensions of up to five years permitted for drugs, medical devices, and additives. The current term of protection for design patents is fourteen years from the date of filing.

A long-established doctrine of patent law, the exhaustion doctrine, entitles a patentee to a single royalty per patented device. This rule aims to prevent patentees from collecting a series of royalty payments for a single invention. The Supreme Court affirmed this rule in its 1942 decision, *United States v. Univis Lens Co.*, 316 U.S. 241. In 2008, the U.S. Supreme Court reconsidered the contemporary relevance of the doctrine in *Quanta Computers v. LG Electronics* (06-937). In a unanimous decision, the Court reaffirmed the doctrine, holding that the exhaustion doctrine prevents a

²⁷See Article 42.

patentee from bringing an action against a third party purchaser after having already received a royalty payment from the initial sale.²⁸

Regulations for Technology Transfer

Today this entry is dedicated to TT, and Import of IPRs. This theme is of paramount importance especially today if a foreign enterprise decide to make use of its intangible assets like IPR to do business in China. The TT or intellectual and industrial property rights (e.g., trademarks, patents, know-how) represent the most frequent contribution when setting-up a new business in conjunction with a Chinese counterpart or when forming others type of investments (e.g., FIE). Having analyzed in the precedent paragraphs the main characteristics of the IPRs directly involved in the realization of an investment in China, it is now necessary to spend a few words with regard to TT or “import of IPRs into China.”

(The rules governing the TT has changed with the accession of China into the WTO. The regulatory instrument currently in force and to consider on this question are: (i) *Regulation on Technology Import and Export Administration of the People’s Republic of China*, promulgated by the State Council and come into force January 1, 2002; (ii) *Administrative Measures on Registration of Technology Import and Export Contracts*, promulgated by the ‘ex’ MOFTEC now MOFCOM, December 30, 2001 in force January 1, 2002; (iii) *Administrative Measures on Import of Prohibited or Restricted Technology*, promulgated by MOFCOM, as well as (iv) *Administrative Measures for Export-Prohibited Technology or Export Restricted Technology*).

The technology import and export as referred to in the *Regulations on Technology Import and Export* (2002) as “acts of transferring technology from outside the territory of the People’s Republic of China into the territory of the People’s Republic of China or vice-versa by way of trade, investment, or economic and technical cooperation.” It seems appropriate to specify that the Regulations 2002 have a rather broad concept of “technology,” and in particular refers to “TT” as the assignment or use of patents or models in China by a third party helping the foreign owner of these rights to achieve certain goals; or also refers to the supply of know-

²⁸See Legal Information Institute (LII), is available at: <https://www.law.cornell.edu/wex/patent>, accessed on, 12 December 2015.

how in the form of technical information, drawings or other material containing information on manufacturing processes, formulas, designs of products; or even as the supply of facilities or production lines, when it involves the sale or the right to use patents. In other words, the “technology” essentially refers to the complex technical knowledge, experiences, formulas, designs, of which the company owns and uses in a given production process or other industrial process. In general these are intangible assets protected as industrial property rights (a category of IPRs) which naturally belong to the company’s assets.

The Role of Chinese Government for Technology Transfer

Under the TT Regulations 2002, technology is divided into three categories: (i) freely transferable, (ii) restricted and (iii) prohibited technology. The category under which a particular technology falls, depends on whether it is for import or export; therefore a technology that might be prohibited from import might at the same time be free for export.

Technology classified as prohibited from import may not be imported; restricted technologies require approval from the Ministry of Commerce (MofCOM) and the Ministry of Science and Technology before the TT contract is enforceable; and freely transferable TT contracts require registration (rather than approval) with MofCOM (or its local branch) but are still effective upon proper execution. However, certain restrictions are prohibited as a matter of public policy and certain unreasonable restrictions on the transferee’s use of the technology in cross-border transfer contracts can be held invalid.

Contracts involving “TT,” when the transfer is seen and considered as a “capital contribution” in the case of the creation of an FIE, must always be approved in accordance with the procedure for authorizing the investment made regardless of the type or category of technology involved. The registration authority (the MofCOM) may require an agreement to be amended before registration, if certain restrictive clauses are included. The Contract Law stipulates that a technology-related contract which illegally monopolizes technology, impedes technological advancement or infringes another’s technology is invalid.

Terms that restrict one party from obtaining from other origins technology similar to or in competition with the technology transferred is prohibited. Terms must not require the transferee to accept conditions that are dispensable to the technology import, such as purchasing unnecessary technology, raw materials, products, equipment or services. Requiring the transferee to pay royalties or assume certain obligations for using technologies of expired or invalid patents is prohibited.

In addition, the “transfer” can take place according to different types of contract, often through licensing agreements, with which the owner of these intangible assets (e.g., patents, know-how) grants the right to use them. The registration of the contract or of the license of technology is a common practice and is used not only to carry out a formal control on the content of the contracts, but also in order to “standardize” the administration of contracts for import and export of technologies.

If during the audit, authority finds that the technology to be transferred is obsolete, or that it is already available in China, or considers that the fees are excessive, or that some clauses penalize a party, it can refuse to register the contract. In such a case, the parties are required to change their agreement and re-submit the contract to the MofCOM; in fact, registration is usually a necessary condition for the licensee to make use of the rights as stipulated in the contract, and to pay the royalties due, or to take advantage of any tax relief.

The dispositions for the registration of the contracts, and the limits concerning the content, are contained in both the *Administrative Measures on Registration of Technology Import and Export Contracts* and in the *Administrative Measures on Import of Prohibited or Restricted Technology*; reference must also be done to the *Administrative Measures for Export-Prohibited Technology or Export Restricted Technology*. All these regulations have a role to play in this context, and they have to be considered together.

In licensing core technology in inter-company transfers, the licensor would unlikely restrict the subsidiary from making improvements. However, headquarters may require that it exclusively own, jointly own, obtain an assignment, or use for free the improvements made by the licensee based on the

licensed technology. These restrictions raise monopoly concerns and are considered to impede technological advancement. Restrictive clauses such as these are prohibited if there is no reasonable consideration given in return. That is, there must be reciprocity.

Conclusion

As we have seen above, nor Indonesian patents system, neither the role of government effective for the TT in Indonesia. At present, as far as TT is concerned, no specific regulations on the TT have been issued. Some policies conflict with each other. Some are geared to meeting the needs of special sections of industry, while others are deficient in addressing the needs they are supposed to meet. Responsibility for policies is spread over different agencies, with little effective coordination, and sometimes active rivalry. "The pattern of inward technology flows for Indonesia seems to be dominated by the use of FDI as the main channel for technology acquisition. In some sense this has been the country's implicit 'technology policy', and the favourable attitude of the government towards FDI has been based to a large extent on the promise of technology that will be brought in as part of the investment package. The government has attempted to use some performance requirements in its foreign investment regulations to effect more rapid transfers of technology. The regulations have been weak or have not enforced, and no specific incentives have been given to encourage FDI that will upgrade local technological capabilities". Further, as far as TT is concern, any technology transfers involving PRC patents (including contracts transferring an inventor's right to apply for a patent registration in China) must in addition be registered with the State Bureau of IP or its local counterparts within three months of the contract's effective date. Proper registration of a patent license is also a prerequisite for foreign exchange remittance (along with any technology import contract approval).

Legally speaking, TT contracts involving restricted technology will not take legal effect until approved by the competent authority. In other words, if the transferee in an unapproved contract chooses to stop paying the transferor after having already received confidential know-how, IPRs and other useful materials,

the transferor could face a lengthy and uphill legal proceedings to enforce its IPRs. Practically speaking, perhaps the most powerful enforcement tool for the TT administration regime, at least for technology import contracts, is China's strict foreign exchange control policy. Under the regulations, evidence that a technology import contract has been properly approved or registered is strictly required to facilitate the remittance overseas of royalties and other payments under technology import contracts. In other words, if the requisite formalities have not been completed, the foreign transferor cannot receive its payments. Other violations of the import or export restrictions under the new regime may expose the contracting parties to broad-ranging legal consequences, ranging from a warning for technical violations to possible criminal penalties for exportation of prohibited technologies. However, as the relevant penalties provisions are quite vague, it is unclear how the new regime will be effectively enforced for contracts, which requires neither approval for effectiveness nor payments overseas.

There have been calls for government regulation of TT agreements on the grounds that foreign licensors (technology suppliers) may impose 'unfair' restrictions and conditions in such agreements. Hence, government intervention could increase the bargaining power of the local recipients (the Indonesian firms) in their negotiations with the prospective technology suppliers (the foreign firms), like Chinese government has succeeded.

Despite these suggestions, successive Indonesian governments have thus far not indicated any interest in changing the country's liberal technology import regime. There are strong arguments for continuing this stance, as government intervention in negotiations between prospective foreign technology suppliers and Indonesian technology buyers, particularly by attempting to eliminate or reduce what it perceives to be unduly restrictive conditions in technology licensing agreements, might very well slow down the inflow of new FDI, and the accompanying important inflow of technology imports, particularly now that new FDI inflows and the related technology inflows are needed more than ever to revive the Indonesian economy.

Bibliography

Books

- Agency of Industrial Science and Technology, *"Trends in Principal Indicators on Research and Development Activities in Japan"*, Technology Research and Information Division, General Coordination Department, Tokyo, 1992.
- Gerschenkron, A., *Economic backwardness in historical perspective: a book of essays*, Belknap Press of Harvard University Press, 1962.
- Kuroda Akira, *"Technology Transfer in Asia. A Case Study of Auto Parts and Electrical Parts Industries in Thailand"*. Tokyo: Maruzen Planet, 2001.
- Marks, Stephen, *Foreign Direct Investment in Indonesia and its Management through Governmental Policy*, Partnership for Economic Growth, Department for Industry and Trade, Jakarta, March, 1999.
- Nakamura Keisuke and Padang Wicaksono, *"Toyota in Indonesia. A Case Study on the Transfer of the TPS"*, Jakarta: Center for Japanese Studies, University of Indonesia, 1999.
- Ocampo, J.A. & Vos, R., *Uneven economic development*, United Nations Publications, 2009.
- Ocampo, J.A., Sundaram, J.K. & Khan, S, *Policy matters: economic and social policies to sustain equitable development*, Zed Books, 2007.
- P. Gehl Sampath, P. Roffe– Unpacking the International Technology Transfer Debate: Fifty Years and Beyond, *International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)*, Issue Paper No. 36, International Environment House 2, 7 Chemin de Ballexert, 1219 Geneva, Switzerland, 2012.
- Rosenberg, N, *Inside The Black Box, Technology and economics*, Cambridge University Press, 1983.
- S. Gautama and R. Winata, *"Hak Atas Kekayaan Intelektual (HAKI): Peraturan Baru Desain Industri"* (Intellectual Property Rights (HAKI): New Regulations on Industrial Designs), Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.
- Sjöholm, Fredrik, 'Joint Ventures, Technology Transfer and Spillovers: Evidence from Indonesian Establishment Data', paper presented at the Second International Symposium on Foreign Direct Investment in East Asia, Tokyo, 1998.
- Soesastro, Hadi, *"Emerging Patterns of Technology Flows in the Asia-Pacific Region; The Relevance to Indonesia"*, in: Hill & Thee (editors), 1998.
- Sripaipan Chatr, *'The Acquisition of Technological Capabilities by Thai Manufacturing Firms'*, *TDRI Newsletter* [Bangkok: Thailand Development Research Institute] 5 (3), 1990.

Stephen P. Ladas, *“Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection”*, Harvard University Press, Cambridge, 1975.

_____, ‘Technology Transfer from Japan to Indonesia’, in: Yamada Keiji (ed.), *The Transfer of Science and Technology between Europe and Asia, 1780-1880* (Kyoto: International Research Center for Japanese Studies), 1994.

_____, ‘Indonesia: Technology Transfer in the Manufacturing Industry’, in: Hadi Soesastro and Mari Pangestu (eds), *Technological Challenge in the Asia-Pacific Economy* (Sydney: Allen & Unwin), 1990.

Thee Kian Wie and Mari Pangestu, ‘Technological Capabilities and Indonesia’s Manufactured Exports’, in: D. Ernst, L. Ganiatsos and T. Mytelka (eds), *Technological Capabilities and Export Success in Asia* (London/New York: Routledge), 1998.

World Bank, *The East Asian Miracle: Economic Growth and Public Policy*. Washington, DC, November, 1993.

Yamashita Shoichi (ed.), *Transfer of Japanese Technology and Management to the ASEAN Countries* (Tokyo: University of Tokyo Press), 1993.

Journals/News Paper

Hill, Hal & Johns, Brian (1983), “The transfer of industrial technology to Western Pacific developing countries”, *Prometheus*, Vol. 1, no. 1, June.

Jakarta Post, 11 June 1997.

Thee KianWie (2005), “The Major Channels of International Technology Transfer to Indonesia: An Assessment”, in: *Journal of the Asia-Pacific Economy*, Vol. 10, no. 2.

Legal Information Institute (LII), is available at: <https://www.law.cornell.edu/wex/patent>, accessed on, 12 December 2015.

Statutes / Government Regulations

Indonesian Patents Law, No. 14 of 2001.

Indonesian Investment Law, No. 25 of 2007.

Indonesian Oil and Gas Law, No. 22 of 2001.

Patent Law of the People's Republic of China 2008-12-27.

Government Regulation No. 35 of 1994 regarding the Requirements and Guidelines of the Cooperation of Oil and Gas Production Sharing Contract.

Regulation on Technology Import and Export Administration of the People’s Republic of China, promulgated by the State Council and come into force January 1, 2002

Administrative Measures on Registration of Technology Import and Export Contracts, promulgated by the 'ex' MOFTEC now MOFCOM, December 30, 2001 in force January 1, 2002.

Administrative Measures on Import of Prohibited or Restricted Technology, promulgated by MOFCOM.

Administrative Measures for Export-Prohibited Technology or Export Restricted Technology).

Minister of Manpower Regulation No. 143 A/MEN/1991 on Educational and Training Obligatory Payments.

Unsur Menyalahgunakan Kewenangan dalam Tindak Pidana Korupsi sebagai Kompetensi Absolut Peradilan Administrasi

Mohammad Sahlan

**Biro Hukum dan Organisasi, Kementerian Kelautan dan Perikanan
Gedung Mina Bahari IV Lt. 3B**

**Jl. Medan Merdeka Timur No. 16 Jakarta Pusat 10110,
con9.sahlan@gmail.com / cong.sahlan@kkp.go.id**

Abstract

The main issue in this research is whether the power abuse in Corruption is still an absolute competence of Corruption Justice or is shifted into the administrative justice in post-regulation of Government Administration Act. This is a research on normative law that is analytical prescriptive through conceptual approach, statute approach, and case approach. The results of the research showed that the concept of the power abuse in the Government Administration Act theoretically and practically is equal with the concept of power abuse in Corruption Eradication Law. Therefore, those two justices attributively have the absolute competence to examine and determine the elements of power abuse in corruption. However, based on the principle of "lex posteriori derogate legi priori", the authority to examine and determine the element of power abuse in corruption comes to be the absolute competence of Justice Administrative.

Keywords: Authority, justice, power abuse

Abstrak

Inti permasalahan dalam penelitian ini apakah pasca diundangkannya UU Administrasi Pemerintahan, unsur "menyalahgunakan kewenangan" dalam Tipikor masih merupakan kompetensi absolut Peradilan Tipikor atau beralih ke Peradilan Administrasi. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang bersifat preskriptif analitis, melalui conceptual approach, statute approach, dan case approach. Hasil penelitian menyimpulkan, secara teoritis dan praktis konsep "penyalahgunaan wewenang" dalam UU Administrasi Pemerintahan sama dengan konsep "menyalahgunakan kewenangan" dalam UU Pemberantasan Tipikor. Oleh karena itu, kedua peradilan tersebut secara atributif sama-sama memiliki kompetensi absolut untuk memeriksa dan memutus unsur menyalahgunakan kewenangan dalam Tipikor. Namun demikian, berdasarkan asas "lex posteriori derogate legi priori", kewenangan untuk memeriksa dan memutus unsur "menyalahgunakan kewenangan" dalam Tipikor menjadi kompetensi absolut Peradilan Administrasi.

Kata Kunci: Kewenangan, peradilan, penyalahgunaan wewenang.

Pendahuluan

Penelitian ini berangkat dari adanya *conflict norm* pasca diundangkannya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU Administrasi Pemerintahan), yaitu Pasal 17 sampai dengan Pasal 21 yang mengatur tentang larangan penyalahgunaan wewenang oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan serta pemberian kewenangan kepada Aparat Pengawasan Intern Pemerintah (APIP) dan Peradilan TUN (Peradilan Administrasi) untuk melakukan pengawasan dan pengujian mengenai ada atau tidak ada unsur penyalahgunaan Wewenang yang dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan.¹ Sementara, sebelumnya telah ada ketentuan Pasal 3 UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 20 Tahun 2001 (UU Pemberantasan Tipikor)² jo. Pasal 5 dan Pasal 6 UU Nomor 46 Tahun 2009 tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi (UU Pengadilan Tipikor),³ yang salah satu unsurnya mengatur Tipikor karena menyalahgunakan kewenangan, dimana kompetensi absolut untuk memeriksa masalah tersebut diberikan kepada Pengadilan Tipikor.

Ketentuan dalam UU Administrasi Pemerintahan tersebut telah menimbulkan pro kontra diantara para ahli hukum, khususnya ahli Hukum Pidana dan ahli Hukum Administrasi Negara berkenaan dengan keberlakuan ketentuan dimaksud dan pengaruhnya terhadap kewenangan Peradilan Tipikor. Guntur Hamzah,⁴ Guru Besar Hukum Administrasi Universitas Hasanuddin, menyatakan keberadaan UU Administrasi Pemerintahan akan memperkuat dan menambah daya dobrak upaya pemberantasan korupsi karena dengan adanya APIP, adanya dugaan penyalahgunaan wewenang dapat dideteksi sejak dini sebagai upaya preventif (pencegahan).

¹ UU Administrasi Pemerintahan diundangkan tanggal 17 Oktober 2014 (LNRI Tahun 2014 Nomor 292, TLNRI Nomor 5601).

² UU Pemberantasan Tipikor diundangkan tanggal 16 Agustus 1999 (LNRI Tahun 1999 Nomor 140, TLNRI Nomor 3874). Sedangkan UU Nomor 20 Tahun 2001 diundangkan tanggal 21 Nopember 2001 (LNRI Tahun 2001 Nomor 134, TLNRI Nomor 4150).

³ UU Pengadilan Tipikor diundangkan tanggal 29 Oktober 2009 (LNRI Tahun 2009 Nomor 155, TLNRI Nomor 5074).

⁴ Lihat <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5514fdcf7f91b/uu-administrasi-pemerintahan-trigger-berantas-korupsi>, diakses tanggal 28 Februari 2016.

Namun pendapat berbeda disampaikan oleh Krisna Harahap, Hakim Agung pada Mahkamah Agung yang secara tegas menyatakan UU Administrasi Pemerintahan menghambat upaya pemberantasan Tipikor karena ketentuan-ketentuan yang tertuang dalam UU Administrasi Pemerintahan nyata-nyata tidak selaras dengan UU Pemberantasan Tipikor, khususnya Pasal 3.⁵ Lebih parah lagi, ketentuan dalam UU Administrasi Pemerintahan tersebut bahkan bisa mereduksi kewenangan Peradilan Tipikor dalam menilai unsur “menyalahgunakan kewenangan” dalam Tipikor. Hal ini nampak dari kebijakan Presiden Jokowi yang menginstruksikan kepada Jaksa Agung dan Kapolri agar mendahulukan proses administrasi pemerintahan sesuai ketentuan UU Administrasi Pemerintahan sebelum melakukan penyidikan atas laporan masyarakat berkenaan dengan dugaan penyalahgunaan wewenang, khususnya dalam pelaksanaan Proyek Strategis Nasional.⁶

Permasalahan timbul karena konsep “penyalahgunaan wewenang” dalam UU Administrasi Pemerintahan oleh beberapa ahli hukum dipandang sama dengan konsep “menyalahgunakan kewenangan” karena jabatan dalam UU Pemberantasan Tipikor. Ketentuan tersebut berpotensi menimbulkan sengketa kewenangan absolut antara Peradilan Tipikor dan Peradilan Administrasi. Untuk itu, unsur menyalahgunakan kewenangan dalam Tipikor sebagai kompetensi absolut Peradilan Administrasi menarik untuk dikaji.

Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian di atas, permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini ialah apakah unsur “menyalahgunakan kewenangan” dalam Tipikor merupakan kompetensi absolut Peradilan Tipikor atau kompetensi absolut Peradilan Administrasi?

⁵ Lihat <http://news.detik.com/berita/2873765/uu-administrasi-pemerintahan-dinilai-mengudeta-pemberantasan-korupsi>, diakses tanggal 28 Februari 2016.

⁶ Lihat Bagian Keenam angka 1 Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 2016 tentang Percepatan Pelaksanaan Proyek Strategis Nasional.

Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan untuk mengkaji dan menganalisis siapa yang berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus unsur menyalahgunakan kewenangan dalam Tipikor antara Peradilan Tipikor dan Peradilan Administrasi pasca diundangkannya UU Administrasi Pemerintahan.

Metode Penelitian

Kajian ini merupakan kajian hukum normatif yang bersifat preskriptif analitis, melalui *conceptual approach*, *statute approach*, dan *case approach*. Untuk menentukan siapa yang berwenang untuk memeriksa dan memutus unsur menyalahgunakan kewenangan dalam Tipikor, maka terlebih dahulu perlu ada kejelasan konsep mengenai istilah “penyalahgunaan wewenang” sebagai terminologi yang digunakan dalam UU Administrasi Pemerintahan dan istilah “menyalahgunakan kewenangan” sebagai terminologi yang digunakan dalam UU Pemberantasan Tipikor. Perlu dikaji apakah istilah “penyalahgunaan wewenang” merupakan konsep yang sama dengan istilah “menyalahgunakan kewenangan” atau sebaliknya. *Conceptual approach* digunakan untuk membandingkan dan menganalisis konsep penyalahgunaan wewenang dan konsep menyalahgunakan kewenangan yang disampaikan oleh para ahli bahasa dan para sarjana hukum. *Statute approach* diperlukan untuk mengkaji pengaturan masalah penyalahgunaan wewenang dan menyalahgunakan kewenangan dalam hukum positif Indonesia. Kemudian *case approach* untuk melihat penggunaan istilah penyalahgunaan wewenang dan menyalahgunakan kewenangan dalam praktek penegakan hukum di Indonesia, khususnya penegakan hukum pidana. Sumber data dalam penelitian ini terdiri dari data sekunder, yang berupa bahan hukum primer, sekunder, dan tersier. Data yang terkumpul dianalisis secara deskriptif kualitatif.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Konsep Penyalahgunaan Wewenang dan Konsep Menyalahgunakan Kewenangan

“Penyalahgunaan wewenang” dan “menyalahgunakan kewenangan” merupakan istilah yang lahir dari doktrin Hukum Administrasi Negara dan lazim digunakan dalam ranah hukum tersebut. Secara etimologis, istilah “penyalahgunaan” dan “menyalahgunakan” berasal dari dua suku kata “salah-guna”. Penyalahgunaan yang berbentuk *noun* berarti proses, cara, perbuatan menyalahgunakan; penyelewengan, sedangkan “menyalahgunakan” yang berbentuk *verb* dimaknai melakukan sesuatu tidak sebagaimana mestinya; menyelewengkan.⁷ Istilah penyalahgunaan/menyalahgunakan dalam istilah Belanda dikenal dengan *misbruik* yang memiliki kemiripan dengan istilah *missbrauch* dalam bahasa Jerman atau *misuse* dan *abuse* dalam istilah bahasa Inggris yang maknanya selalu diasosiasikan dengan hal yang bersifat negatif yaitu penyelewengan.⁸ Jadi antara istilah “penyalahgunaan” dan “menyalahgunakan” tidak ada perbedaan, “penyalahgunaan” menunjuk pada proses, cara, perbuatannya, sedangkan “menyalahgunakan” menunjuk pada tindakan atau pelaksanaannya.

Sementara itu, istilah “wewenang” dan “kewenangan” berasal dari kata “wenang” keduanya berbentuk *noun*.⁹ Wewenang dimaknai Hak dan kekuasaan untuk bertindak; kewenangan. Sedangkan kewenangan berarti 1. Hal berwenang; 2. Hak dan kekuasaan yang dipunyai untuk melakukan sesuatu. Yang dalam istilah bahasa Inggris dikenal dengan “*authority*” dan tidak ada perbedaan antara keduanya, sama halnya dengan istilah dalam bahasa Belanda, yang tidak membedakan keduanya. Istilah yang sering digunakan adalah *bevoegdheid*, meskipun ada istilah lain yang terjemahannya adalah kewenangan atau kompetensi yaitu *bekwaamheid*.¹⁰ Jadi secara terminologis, antara istilah

⁷ Badan Pengembangan dan Pembinaan Bahasa Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan (BP2B, Kemendikbud), *Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), Kamus Versi Online/Daring (Dalam Jaringan)*, kbbi.web.id/salah%20guna.menyalahgunakan, diunduh pada hari Rabu, 8 Maret 2016.

⁸ Budi Parmono, *Penyalahgunaan Wewenang Dalam Tindak Pidana Korupsi di Indonesia: Disertasi*, Fakultas Hukum UB, Malang, 2011, hlm. 137. Lihat juga Victoria Bull, *Oxford Learner's Pocket Dictionary: Fourth Edition*, Oxford University Press, Oxford, 2012, hlm. 2 dan 282.

⁹ BP2B, Kemendikbud, *KBBI, Daring*, kbbi.web.id/wenang, diunduh pada hari Minggu, 6 Desember 2015.

¹⁰ Susi Moeimam dan Hein Steinhauer, *Kamus Belanda-Indonesia*, Gramedia Pustaka, Jakarta, 2005, hlm. 100.

“wewenang” dengan “kewenangan” tidak ada perbedaan substansial/prinsipil.¹¹ Istilah wewenang dan kewenangan selalu di kaitkan dengan “hak dan kekuasaan untuk bertindak atau melakukan sesuatu”. Jadi pembedaan yang dilakukan terhadap konsepsi “menyalahgunakan kewenangan” dan “penyalahgunaan wewenang” dengan argumentasi adanya perbedaan pengertian atau definisi yuridis antara “kewenangan” dan “wewenang” menjadi tidak lagi relevan.¹²

Konsep Penyalahgunaan Wewenang

Penyalahgunaan wewenang dalam konsep Hukum Administrasi Negara selalu diparalelkan dengan konsep *détournement de pouvoir* dalam sistem hukum Prancis atau *abuse of power/misuse of power* dalam istilah bahasa Inggris.¹³ Secara historis, konsep “*détournement de pouvoir*” pertama kali muncul di Prancis dan merupakan dasar pengujian lembaga Peradilan Administrasi Negara terhadap tindakan pemerintahan dan dianggap sebagai asas hukum yang merupakan bagian dari “*de principes generaux du droit*”. *Conseil d’Etat* adalah lembaga peradilan pertama yang menggunakannya sebagai alat uji, yang kemudian diikuti oleh negara-negara lain. Pejabat pemerintahan dinyatakan melanggar prinsip *détournement de pouvoir*, manakala tujuan dari keputusan yang dikeluarkan atau tindakan yang dilakukan bukan untuk kepentingan atau ketertiban umum tetapi untuk kepentingan pribadi si pejabat (termasuk keluarga atau rekannya).¹⁴

Konsep “*détournement de pouvoir*” oleh *Conseil d’Etat* Prancis telah dikembangkan menjadi tiga kategori,¹⁵ yaitu: a. *when the administrative act is completely taken without the public interest in mind*; b. *when the administrative act is*

¹¹ Pimpinan Pusat Ikatan Hakim Indonesia (PP IKAHI), *Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Dalam Upaya Pemberantasan Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta Timur, 2016, hlm. 93.

¹² Lihat D. Andhi Nirwanto, “*Arah Pemberantasan Korupsi Ke Depan (Pasca Undang-Undang Administrasi Pemerintahan)*”, Makalah, disampaikan dalam Seminar Nasional dalam rangka H.U.T. IKAHI Ke-62 dengan tema “Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, Menguatkan atau Melemahkan Upaya Pemberantasan Korupsi”, Hotel Mercure, Jakarta, tanggal 26 Maret 2015, hlm. 16-19.

¹³ Philipphus M. Hadjon, dkk., *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi: Cetakan Kedua*, Gajahmada University Press, Yogyakarta, 2012, hlm. 21-22.

¹⁴ Yulius, “Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Penyalahgunaan Wewenang di Indonesia (Tinjauan Singkat Dari Perspektif Hukum Administrasi Negara Pasca Berlakunya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014)”, artikel dalam *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI, Volume 04 Nomor 3 November 2015, hlm. 364.

¹⁵ Yulius, “*Perkembangan Pemikiran ...*, *Ibid.*”, hlm. 365. Lihat juga Putusan MARI Nomor 977K/PID/2004, tanggal 10 Juni 2005, hlm. 196-197. Lihat juga Putusan MARI Nomor 979K/PID/2004, tanggal 10 Juni 2005, hlm. 86-88.

taken on the basis of the public interest but the discretion which the administration exercises in doing so was not conferred by law for that purpose; c. in cases of détournement de procedure where the administration, concealing the real content of the act under a false appearance, follows a procedure reserved by law for other purposes.

Konsep “*détournement de pouvoir*” yang lahir dan berkembang di Prancis ini kemudian membawa pengaruh pada penegakan hukum di Negara lain seperti di Belanda sebagai salah satu Negara jajahan Prancis dan Indonesia sebagai Negara jajahan Belanda. Penyalahgunaan wewenang oleh *Hoge Raad* dijadikan sebagai dasar pertimbangan hukum dalam membuat Putusan. Sementara di Indonesia, penyalahgunaan wewenang dijadikan alasan (dasar) gugatan bagi seseorang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu Keputusan TUN (pihak Penggugat).¹⁶

Verklarend Woordenboek Openbaar Bestuur merumuskan “penyalahgunaan wewenang” sebagai penggunaan wewenang tidak sebagaimana mestinya. Dalam hal ini, pejabat dianggap melanggar asas spesialisitas (asas tujuan) karena yang bersangkutan menggunakan wewenangnya untuk tujuan yang menyimpang dari tujuan yang telah diberikan kepada wewenang tersebut.¹⁷

Asas spesialisitas ini dahulu pernah diterapkan dalam hukum positif Indonesia, yaitu dalam Pasal 53 ayat (2) huruf b UU Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Administrasi, berkenaan dengan alasan-alasan untuk mengajukan gugatan ke Peradilan Administrasi. Pada bagian penjelasannya, ketentuan ini dinyatakan secara tegas sebagai “penyalahgunaan wewenang”, walaupun kemudian ketentuan ini dihapus dan diganti dengan AUPB pada saat dilakukan perubahan terhadap undang-undang dimaksud.¹⁸ Ketentuan ini dalam praktek hukum pidana, khususnya pada Peradilan Tipikor seringkali digunakan untuk

¹⁶ Lihat Pasal 53 ayat (2) huruf b UU Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan TUN. Lihat juga Yulius, “*Perkembangan Pemikiran ...*, *Ibid.*”

¹⁷ Philipus M. Hadjon, dkk., *Hukum Administrasi dan ...*, *Op.Cit.*, hlm. 21-22. Lihat juga Arfan Faiz Muhlizi, “Reformulasi Diskresi Dalam Penataan Hukum Administrasi”, Artikel dalam *Jurnal RechtsVinding*, Volume 1 Nomor 1 Januari-April 2012., hlm. 94.

¹⁸ Istilah “penyalahgunaan wewenang” dalam UU Peradilan TUN setelah perubahan tidak lagi dikenal, bahkan tidak termasuk dalam AUPB. Istilah tersebut baru muncul kembali pada saat UU Administrasi Pemerintahan diundangkan sebagai salah satu AUPB, namun dengan istilah berbeda yaitu “tidak menyalahgunakan kewenangan” dengan makna diperluas. Lihat Tri Cahya Indra Permana, *Hak Permohonan Pejabat/Badan Atas Dugaan Penyalahgunaan Wewenang: Bunga Rampai Peradilan Administrasi Kontemporer*, Editor Subur, dkk., Genta Press, Yogyakarta, 2014, hlm. 51-52.

menjelaskan unsur “menyalahgunakan kewenangan” yang terdapat dalam ketentuan Pasal 3 UU Pemberantasan Tipikor melalui penafsiran ekstensif dengan pendekatan doktrin otonomi hukum pidana.¹⁹

Terjadinya penyalahgunaan wewenang perlu diukur dengan membuktikan secara faktual bahwa seorang pejabat telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain atau tidak. Harus dapat dibuktikan juga bahwa terjadinya penyalahgunaan wewenang dilakukan secara sadar dengan mengalihkan tujuan yang telah diberikan kepada wewenang itu (bukan karena kealpaan). Pengalihan tujuan tersebut didasarkan atas *interest* pribadi, baik untuk kepentingan dirinya sendiri ataupun untuk orang lain.²⁰

Secara yuridis, penyalahgunaan wewenang dalam UU Administrasi Pemerintahan dinyatakan terjadi ketika “badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam membuat keputusan dan/atau melakukan tindakan melampaui wewenang, mencampuradukkan wewenang, dan/atau bertindak sewenang-wenang.”²¹ Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan melampaui wewenang ketika keputusan dan/atau tindakan yang dilakukan dengan a). melampaui masa jabatan atau batas waktu berlakunya wewenang; b). melampaui batas wilayah berlakunya wewenang; dan/atau c). bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.”²² Sedangkan keputusan dan/atau tindakan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dikategorikan mencampuradukkan wewenang apabila dilakukan di luar cakupan bidang atau materi wewenang yang diberikan dan/atau bertentangan dengan tujuan wewenang yang diberikan.”²³ Terakhir Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dinyatakan sewenang-wenang manakala keputusan dan/atau tindakannya dilakukan tanpa dasar kewenangan dan/atau bertentangan dengan Putusan Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.”²⁴

¹⁹ Lihat Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MARI) Nomor: 14/Pid.Sus /2012/PN.AB. dengan Terdakwa Edi Tri Sukmono, SH. Alias Edi dan Putusan MARI Nomor: 03/PID.SUS/TPK/2013/PN.PBR. dengan Terdakwa Amril Daud.

²⁰ Philipus M. Hadjon, dkk., *Hukum Administrasi dan...*, *Op.Cit.*, hlm. 22. Lihat juga Abdul Latif, *Hukum Administrasi Dalam Tindak Pidana Korupsi*, Prenada Media Group, Jakarta, 2014, hlm. 35.

²¹ Lihat ketentuan Pasal 17 UU Administrasi Pemerintahan.

²² Lihat ketentuan Pasal 18 ayat (1) UU Administrasi Pemerintahan.

²³ Lihat ketentuan Pasal 18 ayat (2) UU Administrasi Pemerintahan.

²⁴ Lihat ketentuan Pasal 18 ayat (3) UU Administrasi Pemerintahan.

UU Administrasi Pemerintahan tidak menjelaskan definisi, pengertian, maupun konsep penyalahgunaan wewenang. Pasal 17 UU Administrasi Pemerintahan hanya mengatur tentang larangan penyalahgunaan wewenang dan tiga *spesies* larangan penyalahgunaan wewenang, yang meliputi larangan melampaui wewenang, larangan mencampuradukkan wewenang dan larangan bertindak sewenang-wenang, yang secara konseptual dan teoritis menurut ahli Hukum Administrasi Negara dan praktisi Hukum Administrasi Negara (hakim PTUN) tidak tepat dan cenderung menyesatkan.²⁵ Namun demikian, perluasan makna penyalahgunaan wewenang dalam UU Administrasi Pemerintahan dan perdebatan yang menyertainya tidak boleh menghalangi keberlakuan norma penyalahgunaan wewenang dalam undang-undang dimaksud, karena sebagai undang-undang yang dibentuk oleh lembaga yang berwenang yaitu legislatif, maka sesuai dengan asas legalitas undang-undang tersebut mengikat secara umum dan harus dilaksanakan serta tidak dapat disimpangi sebelum di cabut atau dibatalkan oleh lembaga Negara yang berwenang.²⁶

Konsep Menyalahgunakan Kewenangan

Istilah “menyalahgunakan kewenangan” merupakan istilah yang digunakan dan populer dalam hukum pidana, khususnya dalam praktek peradilan pidana ketika berbicara tentang Tipikor yang berkaitan dengan jabatan publik atau jabatan pemerintahan. Hal ini tidak mengherankan karena “menyalahgunakan kewenangan” merupakan salah satu unsur penting dalam Tipikor yang berkaitan dengan jabatan bahkan merupakan *bestanddeel delict*.²⁷ Menyalahgunakan kewenangan sebagai salah satu unsur dalam Tipikor menurut Abdul Latif,²⁸

²⁵ Lihat Tri Cahya Indra Permana, *Hak Permohonan ...*, *Op. Cit.*, hlm. 53. Lihat juga Philipus M. Hadjon, “Peradilan Tata Usaha Negara Dalam Konteks Undang-Undang No. 30 Th. 2014 tentang Administrasi Pemerintahan”, Artikel dalam *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI, Volume 04 Nomor 1 Maret 2015, hlm. 58-60. Lihat juga Philipus M. Hadjon, “Peradilan Tata Usaha Negara Dalam Konteks Undang-Undang Nomer 30 Th. 2014”, Makalah, disampaikan dalam Colloquium Membedah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, 5 Juni 2015, Garden Palace Surabaya., hlm. 11..

²⁶ Yulius, “Perkembangan Pemikiran ...”, *Ibid.*, hlm. 377.

²⁷ Lihat ketentuan Pasal 3 UU Pemberantasan Tipikor. Menurut yurisprudensi Mahkamah Agung RI, unsur “menyalahgunakan kewenangan” dalam ketentuan Pasal 3 UU Pemberantasan Tipikor merupakan inti delik dari pasal tersebut, sehingga dalam penerapannya untuk melakukan pemidanaan terhadap terdakwa korupsi berdasarkan ketentuan Pasal 3 ini, unsur “menyalahgunakan kewenangan” harus terpenuhi. Lihat Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 1485K/Pid.Sus/2013, tanggal 2 Oktober 2013, hlm. 132.

²⁸ Abdul Latif, *Hukum Administrasi Dalam ...*, *Op. Cit.*, hlm. 41.

merupakan *species delict* dari unsur melawan hukum sebagai *genus delict*. Menyalahgunakan kewenangan dalam konteks ini akan selalu berkaitan dengan jabatan pejabat publik, bukan dalam kaitan dan pemahaman jabatan dalam ranah struktur keperdataan. Namun demikian, istilah “menyalahgunakan kewenangan” seperti halnya “penyalahgunaan wewenang” sebenarnya merupakan istilah yang lahir dalam rumpun Hukum Administrasi Negara, bahkan istilah tersebut merupakan salah satu asas dalam AUPB, yaitu asas tidak menyalahgunakan kewenangan.²⁹

Unsur “menyalahgunakan kewenangan” dalam Tipikor dapat ditemukan dalam rumusan Pasal 3 UU Pemberantasan Tipikor, yang selalu dikaitkan dengan jabatan yang dimiliki seseorang pejabat publik (menyalahgunakan kewenangan karena jabatan), yang rumusannya sebagai berikut:

“Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan ... rupiah).”

Subjek hukum dalam tindak pidana ini adalah setiap orang yang berarti orang perseorangan atau termasuk korporasi.³⁰ Akan tetapi karena korporasi sebagai *rechtsperson* tidak mungkin memiliki jabatan atau kedudukan seperti *natuurlijke person*, maka Tipikor yang terdapat dalam ketentuan Pasal 3 tersebut hanya dapat dilakukan oleh orang perseorangan yaitu aparatur Negara atau pejabat publik.³¹

Kewenangan yang dimaksud dalam Pasal 3 UU Pemberantasan Tipikor merupakan kewenangan dari Pegawai Negeri sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 1 angka 2 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU Pemberantasan Tipikor, yang pengertiannya lebih luas dari pengertian kewenangan menurut konsep Hukum Tata Negara atau Hukum Tata Usaha

²⁹ Lihat ketentuan Pasal 10 ayat (1) huruf e UU Administrasi Pemerintahan.

³⁰ Lihat ketentuan Pasal 1 angka 3 UU Pemberantasan Tipikor.

³¹ R. Wiyono, *Pembahasan Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Edisi Kedua*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hlm. 45. Lihat juga Adami Chazawi, *Hukum Pidana Materil dan Formil Korupsi di Indonesia*, Bayumedia, Malang, 2005, hlm. 49. Lihat juga Abdul Latif, *Hukum Administrasi Dalam...*, *Op.Cit.*, hlm. 41.

Negara yang hanya terbatas pada ketentuan Pasal 1 angka 2 huruf a, huruf b, huruf c, dan huruf e UU Pemberantasan Tipikor.³²

Secara yuridis, mengenai menyalahgunakan kewenangan karena jabatan, UU Pemberantasan Tipikor tidak memberikan definisi atau pengertian tersendiri. Istilah “menyalahgunakan kewenangan” justru ditemukan dalam UU Administrasi Pemerintahan yaitu sebagai bagian dari Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB), yang diantara berupa “asas tidak menyalahgunakan kewenangan”.³³

Tabel 1. Bentuk Penyalahgunaan Wewenang dan Asas Tidak Menyalahgunakan Kewenangan

UU Administrasi Pemerintahan	
Penyalahgunaan Wewenang (Pasal 17 s.d. Pasal 18)	Asas Tidak Menyalahgunakan Kewenangan (Pasal 10 ayat (1) huruf e)
Larangan melampaui Wewenang: a. Keputusan dan/atau Tindakan yang dilakukan melampaui masa jabatan atau batas waktu berlakunya Wewenang b. Keputusan dan/atau Tindakan yang dilakukan melampaui batas wilayah berlakunya Wewenang c. Keputusan dan/atau Tindakan yang dilakukan bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan	Tidak melampaui kewenangan

³² Pegawai Negeri menurut ketentuan Pasal 1 angka 2 UU Pemberantasan Tipikor adalah meliputi: a) pegawai negeri sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang tentang Kepegawaian; b) pegawai negeri sebagaimana dimaksud dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana; c) orang yang menerima gaji atau upah dari keuangan negara atau daerah; d) orang yang menerima gaji atau upah dari suatu korporasi yang menerima bantuan dari keuangan negara atau daerah; atau e) orang yang menerima gaji atau upah dari korporasi lain yang mempergunakan modal atau fasilitas dari negara atau masyarakat. Lihat R. Wiyono, *Pembahasan Undang-Undang Pemberantasan ...*, Op.Cit., hlm. 35. Lihat juga Abdul Latif, *Hukum Administrasi Dalam...*, Op.Cit., hlm. 45. Lihat juga Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 2357K/Pid.Sus/2015, tanggal 4 November 2015, hlm. 62-62.

³³ Asas tidak menyalahgunakan kewenangan adalah “asas yang mewajibkan setiap Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan untuk tidak menggunakan kewenangannya bagi kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut, tidak melampaui, tidak menyalahgunakan, dan/atau tidak mencampuradukkan kewenangan.” Lihat ketentuan Pasal 10 ayat (1) huruf e UU Administrasi Pemerintahan beserta penjelasannya.

UU Administrasi Pemerintahan	
Penyalahgunaan Wewenang (Pasal 17 s.d. Pasal 18)	Asas Tidak Menyalahgunakan Kewenangan (Pasal 10 ayat (1) huruf e)
Larangan mencampuradukkan Wewenang:	Tidak mencampuradukkan kewenangan
a. Keputusan dan/atau Tindakan yang dilakukan di luar cakupan bidang atau materi Wewenang yang diberikan	
b. Keputusan dan/atau Tindakan yang dilakukan bertentangan dengan tujuan Wewenang yang diberikan	Tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut
Larangan bertindak sewenang-wenang:	-
a. Keputusan dan/atau Tindakan yang dilakukan tanpa dasar Kewenangan	
b. Keputusan dan/atau Tindakan yang dilakukan bertentangan dengan Putusan Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap	

Sumber: Bahan Hukum Primer, diolah, 2016.

Apabila dicermati, bentuk-bentuk atau jenis perbuatan yang dikategorikan sebagai tindakan menyalahgunakan kewenangan sebagaimana disebutkan dalam penjelasan asas “tidak menyalahgunakan kewenangan”, maka bentuk-bentuk atau jenis perbuatan tersebut sama dengan bentuk dan jenis keputusan dan/atau tindakan yang dikategorikan sebagai larangan penyalahgunaan wewenang, bahkan rincian dalam larangan penyalahgunaan wewenang lebih lengkap dan ada yang tidak tercakup dalam penjelasan asas “tidak menyalahgunakan kewenangan”. Namun yang pasti dalam penjelasan asas tersebut, unsur penyimpangan tujuan (asas spesialisitas) yang dalam Hukum Administrasi Negara selama ini selalu diidentikkan dengan pengertian “penyalahgunaan wewenang”, juga dimasukkan dalam penjelasan asas “tidak menyalahgunakan kewenangan”.

Larangan bagi Pejabat Administrasi Pemerintahan untuk “tidak menyalahgunakan kewenangan” dalam menetapkan dan/atau melakukan

keputusan dan/atau tindakan juga terdapat dalam Pasal 8 ayat (3) UU Administrasi Pemerintahan. Sayangnya, dalam undang-undang ini tidak diatur mengenai sanksi apabila terjadi pelanggaran atas ketentuan tersebut.

Adami Chazawi mendefinisikan “menyalahgunakan kewenangan” sebagai perbuatan yang dilakukan oleh orang yang sebenarnya berhak untuk melakukannya, tetapi dilakukan secara salah atau diarahkan pada hal yang salah dan bertentangan dengan hukum atau kebiasaan. Perbuatan “menyalahgunakan kewenangan” hanya mungkin terjadi apabila terpenuhi dua syarat, yaitu: a) si pembuat yang menyalahgunakan kewenangan berdasarkan kedudukan atau jabatan tertentu memang mempunyai kewenangan yang dimaksudkan; b) kedudukan atau jabatan yang mempunyai kewenangan tersebut masih (sedang) dipangku atau dimilikinya.³⁴

Badan Pemeriksa Keuangan, mengartikan “menyalahgunakan kewenangan” sebagai perbuatan yang dilakukan dengan cara bertentangan dengan tatalaksana yang semestinya sebagaimana yang diatur dalam peraturan, petunjuk tata kerja, instruksi dinas, dan lain-lain, dan berlawanan atau menyimpang dari maksud tujuan sebenarnya dari pemberian kewenangan, kesempatan atau sarana tersebut.³⁵

Sementara Indriyanto Seno Adji,³⁶ menyatakan “menyalahgunakan kewenangan” dalam hukum pidana, khususnya dalam Tipikor tidak memiliki pengertian yang eksplisitas sifatnya. Oleh karena itu, dipergunakan pengertian dan kata yang sama yang terdapat atau berasal dari cabang hukum lainnya (Hukum Administrasi Negara) melalui pendekatan ektensif berdasarkan doktrin “*De Autonomie van het Materiele Strafrecht*” dari H.A. Demeersemen dengan menggunakan pengertian “penyalahgunaan wewenang” dalam Pasal 52 ayat (2) huruf b UU Peradilan TUN, yaitu telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut atau yang dikenal dengan “*detournement de poivoir*”.

³⁴ Adami Chazawi, *Hukum Pidana ...*, *Op. Cit.*, hlm. 66-68.

³⁵ Adami Chazawi, *Hukum Pidana ...*, *Ibid.*, hlm. 66.

³⁶ Lihat Putusan MARI Nomor 977K/PID/2004, tanggal 10 Juni 2005, hlm. 196-197. Lihat juga Putusan MARI Nomor 979K/PID/2004, tanggal 10 Juni 2005, hlm. 86-88.

Pengertian-pengertian “menyalahgunakan kewenangan” yang disampaikan oleh para ahli hukum tersebut (khususnya ahli Hukum Pidana), termasuk pengertian yang disampaikan Badan Pemeriksa Keuangan, ketika dicermati ternyata tidak jauh berbeda dengan pengertian “penyalahgunaan wewenang” yang ada dalam konsep Hukum Administrasi Negara. Pengertian “menyalahgunakan kewenangan” ditekankan pada penyimpangan tujuan dari pemberian kewenangan tersebut (penyimpangan asas spesialisasi), walaupun pada beberapa pengertian ditambahkan dengan unsur lain seperti penyalahgunaan prosedur dan perbuatan yang dilakukan tanpa wewenang/kewenangan. Tetapi unsur penyimpangan tujuan yang selama ini identik dengan pengertian “penyalahgunaan wewenang” dalam Hukum Administrasi Negara selalu disematkan terhadap pengertian “menyalahgunakan kewenangan”.

Absorpsi pengertian “penyalahgunaan wewenang” kedalam pengertian “menyalahgunakan kewenangan” selain dalam ranah akademis, juga dilakukan dalam tataran praktis. Praktik peradilan pidana, khususnya Peradilan Tipikor melalui pendekatan ekstensif dengan menggunakan doktrin otonomi hukum pidana telah menggunakan pengertian “penyalahgunaan wewenang” dalam Hukum Administrasi Negara untuk menjelaskan unsur “menyalahgunakan kewenangan” dalam Tipikor dan telah menjadi yurisprudensi.

Doktrin otonomi hukum pidana pertama kali diterima oleh Pengadilan Negeri Jakarta Utara dan dikuatkan oleh Mahkamah Agung RI melalui Putusan Nomor: 1340K/Pid/1992, tanggal 17 Februari 1992, dalam perkara Tipikor yang dikenal dengan perkara "Sertifikat Ekspor", dimana Kabid Ekspor Kanwil IV, Ditjen Bea Cukai Tanjung Priok, Jakarta didakwa melanggar Pasal 1 ayat (1) sub b UU No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tipikor.³⁷ Melalui putusan tersebut Mahkamah Agung RI melakukan penghalusan hukum (*rechtsverwijning*) terhadap pengertian “menyalahgunakan kewenangan” dalam pasal tersebut, dengan cara

³⁷ Pasal 1 ayat (1) sub b Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971, selengkapnya berbunyi “Dihukum karena tindak pidana korupsi ialah barang siapa dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu Badan, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan, yang secara langsung atau tidak langsung dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”.

mengambil alih pengertian "penyalahgunaan wewenang" yang ada dalam UU Peradilan TUN (Pasal 53 ayat (2) huruf b).³⁸

Putusan tersebut kemudian menjadi yurisprudensi dan dijadikan rujukan oleh Hakim Peradilan Pidana dalam pemeriksaan dan pembuktian unsur "menyalahgunakan kewenangan" dalam Tipikor, bahkan setelah Pasal 53 ayat (2) huruf b dirubah dan tidak lagi dicantumkan dalam perubahan pertama UU Peradilan TUN.³⁹ Misalnya saja dalam Putusan Mahkamah Agung RI Nomor: 1485K/Pid.Sus/2013, tanggal 2 Oktober 2013, dengan terdakwa M. Riza Kurniawan, S.E. bin Sutikno.⁴⁰

Pendekatan ekstensif melalui Doktrin Otonomi Hukum Pidana dalam memberikan pengertian unsur "menyalahgunakan kewenangan" dalam pembuktian Tipikor juga masih digunakan setelah lahirnya UU Administrasi Pemerintahan, yaitu dalam Putusan Hakim Pengadilan Tanjung Pinang Nomor: 3/Pid.Sus-TPK/2015/PN.Tpg, tanggal 11 Juni 2015, ketika memutus terdakwa korupsi Yusrizal, A.Ptnh. bin Muhammad Yusuf Bhawan.⁴¹

Absorpsi pengertian "penyalahgunaan wewenang" kedalam pengertian "menyalahgunakan kewenangan" juga dapat dilihat dalam kesimpulan penelitian disertasi yang di lakukan oleh Budi Parmono dengan judul "Penyalahgunaan Wewenang Dalam Tindak Pidana Korupsi di Indonesia", dimana pada bagian kesimpulan pertama huruf c dinyatakan:

"... sebenarnya kriteria penyalahgunaan wewenang yang berkembang dalam Hukum Administrasi Negara diadopsi kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi melalui doktrin otonomi hukum pidana yang meliputi (1) tindakan-tindakan pejabat tersebut adalah benar ditujukan untuk kepentingan umum, tetapi telah menyimpang dari tujuan apa kewenangan tersebut diberikan oleh undang-undang atau peraturan yang lain; (2) kecermatan; dan (3) kepatutan."⁴²

³⁸ Lihat Putusan MARI Nomor 977K/PID/2004, tanggal 10 Juni 2005, hlm. 196-197. Lihat juga Putusan MARI Nomor 979K/PID/2004, tanggal 10 Juni 2005, hlm. 86-88.

³⁹ Perubahan pertama UU Peradilan TUN dilakukan melalui UU Nomor 9 Tahun 2004, yang diundangkan pada tanggal 29 Maret 2004.

⁴⁰ Lihat Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 1485K/Pid.Sus/2013, tanggal 2 Oktober 2013, hlm. 129-132.

⁴¹ Lihat Putusan Hakim Pengadilan Tanjung Pinang Nomor 3/Pid.Sus-TPK/2015/PN.Tpg, tanggal 11 Juni 2015, hlm. 94-95. Substansi serupa juga dapat ditemukan dalam Putusan Hakim Pengadilan Tanjung Pinang Nomor 2/Pid.Sus-TPK/2015/PN.Tpg, tanggal 11 Juni 2015, hlm. 105-106, Putusan Nomor 2/Pid.Sus-TPK/2015/PN.Tpg oleh Mahkamah Agung RI juga dinyatakan sebagai yurisprudensi, namun belum memiliki kekuatan hukum tetap karena masih dilakukan upaya hukum.

⁴² Budi Parmono, *Penyalahgunaan Wewenang ...*, *Op. Cit.*, hlm. 382.

Bahkan dalam disertasinya tersebut, Budi Darmono tidak menggunakan istilah “menyalahgunakan kewenangan” untuk menyebut unsur Tipikor, tetapi menggunakan istilah “penyalahgunaan wewenang”.

Berdasarkan uraian tersebut di atas bisa disimpulkan bahwa secara teoritis dan praktis, konsep “menyalahgunakan kewenangan” dengan konsep “penyalahgunaan wewenang” merupakan hal yang sama, sehingga unsur “menyalahgunakan kewenangan” dalam Tipikor selain berada dalam kewenangan absolut Peradilan Tipikor, juga merupakan kewenangan absolut Peradilan Administrasi. Kewenangan absolut Peradilan Tipikor secara atributif diberikan UU Pengadilan Tipikor yang lebih dahulu diundangkan (pada tanggal 29 Oktober 2009) sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 5 dan Pasal 6 undang-undang dimaksud jo. Pasal 3 UU Pemberantasan Tipikor dan sudah berjalan dalam praktik peradilan pidana, khususnya Tipikor.

Sementara itu, kewenangan absolut Peradilan Administrasi secara atributif diberikan oleh UU Administrasi Pemerintahan dengan mengacu pada ketentuan Pasal 21 ayat (1) jo. Pasal 1 angka 18 Jo. Pasal 17 undang-undang tersebut. UU Administrasi Pemerintahan yang diundangkan kemudian (pada 17 Oktober 2014), secara hierarki memiliki kedudukan yang setara dengan UU Pengadilan Tipikor dan secara substansi mengatur aspek yang sama, namun UU Administrasi Pemerintahan tidak menyinggung apalagi mencabut kewenangan absolut Peradilan Tipikor dalam memeriksa unsur menyalahgunakan kewenangan dalam Tipikor. Padahal, kedua undang-undang tersebut dibentuk dalam rangka pemberantasan Tipikor.⁴³

Unsur Menyalahgunakan Kewenangan dalam Tipikor sebagai Kompetensi Absolut Peradilan Administrasi

Secara teori, ketika terjadi antinomi hukum karena adanya *conflict of norm*, maka dapat diselesaikan dengan asas preferensi hukum, yang terdiri dari 3 (tiga)

⁴³ UU Pengadilan Tipikor dibentuk dalam rangka peningkatan kapasitas kelembagaan serta peningkatan penegakan hukum sebagai upaya pencegahan dan pemberantasan tindak pidana korupsi (Lihat alinea pertama Penjelasan UU Pengadilan Tipikor). Sedangkan UU Administrasi Pemerintahan merupakan dasar hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan di dalam upaya meningkatkan *good governance* sebagai upaya untuk mencegah praktik korupsi, kolusi, dan nepotisme (Lihat alinea sepuluh Penjelasan UU Administrasi Pemerintahan. Lihat juga Naskah Akademik UU Administrasi Pemerintahan, hlm. 26).

asas, yaitu: *lex superior derogat legi inferiori*; *lex specialis derogat legi generalis*; dan *lex posteriori derogate legi priori*.⁴⁴ Asas hukum *lex superior derogat legi inferiori*, dapat diterapkan ketika terjadi pertentangan antara peraturan perundang-undangan yang secara hierarki tingkatannya lebih rendah dengan peraturan perundang-undangan di atasnya yang lebih tinggi. Menurut asas ini peraturan perundang-undangan dengan tingkatan lebih rendah, keberlakuannya dikesampingkan oleh peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih tinggi, kecuali substansi yang diatur oleh peraturan perundang-undangan lebih tinggi oleh undang-undang ditetapkan sebagai wewenang peraturan perundang-undangan tingkat lebih rendah.

Berikutnya, asas hukum *lex specialis derogat legi generalis*, asas ini dapat diaplikasikan ketika terjadi pertentangan antara peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus dengan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum. Berdasarkan asas ini, aturan hukum yang umum dapat dikesampingkan oleh aturan hukum yang khusus ketika memenuhi beberapa prinsip yaitu: *a*) aturan-aturan hukum tersebut harus berada dalam lingkungan hukum (rezim) yang sama, misalnya UU Pemberantasan Tipikor dengan KUHP yang sama-sama termasuk rumpun hukum pidana; *b*) aturan-aturan hukum tersebut levelnya harus sederajat (undang-undang dengan undang-undang); dan *c*) ketentuan-ketentuan lain yang terdapat dalam aturan hukum umum tetap berlaku, kecuali yang diatur khusus dalam aturan hukum khusus tersebut.

Terakhir, asas hukum "*lex posteriori derogate legi priori*", yang dapat diimplementasikan ketika terjadi pertentangan antara hukum yang dibuat terdahulu dengan hukum yang dibentuk kemudian. Keberlakuan asas ini harus didasarkan pada terpenuhinya beberapa prinsip berikut: *a*) aturan hukum yang baru levelnya harus sederajat atau lebih tinggi dari aturan hukum yang lama; dan *b*) aspek yang diatur dalam hukum baru dan hukum lama sama.

Apabila melihat penjelasan dari masing-masing asas tersebut, maka asas preferensi hukum yang dapat diterapkan terhadap *conflict of norm* dalam ketentuan UU Pengadilan Tipikor jo. UU Pemberantasan Tipikor dengan ketentuan dalam

⁴⁴ Wasis Susetio, "Disharmoni Peraturan Perundang-Undangannya di Bidang Agraria", Artikel dalam *Jurnal Lex Jurnalica*, Volume 10 Nomor 3, Desember 2013, hlm. 145.

UU Administrasi Pemerintahan adalah asas hukum "*lex posteriori derogate legi priori*", karena pertentangan terjadi antara norma yang termuat dalam undang-undang yang telah ada sebelumnya, dengan ketentuan yang terdapat dalam undang-undang yang baru dibentuk.⁴⁵ Selain itu, ketiga undang-undang tersebut kedudukannya dalam hierarki perundang-undangan setara yaitu selevel undang-undang dan substansi norma yang dipertentangkan aspeknya sama, yaitu mengenai penanganan masalah penyalahgunaan wewenang/menyalahgunakan kewenangan.

Ketika ditelusuri *ratio legis* pembentukan ketiga peraturan perundang-undangan tersebut, terdapat keterkaitan yang sangat erat antara ketiganya, yaitu sama-sama dibentuk dalam rangka upaya pemberantasan Tipikor. UU Pengadilan Tipikor jo. UU Pemberantasan Tipikor yang berada dalam rumpun Hukum Pidana diniatkan untuk memberantas Tipikor melalui sarana penindakan (tindakan represif), sedangkan UU Administrasi Pemerintahan, walaupun berada dalam rumpun Hukum Administrasi Negara dimaksudkan sebagai sarana pemberantasan Tipikor melalui tindakan pencegahan (preventif) dengan pendekatan reformasi birokrasi. Benang merahnya dapat dilihat juga dalam substansi pengaturan penyelenggaraan Negara oleh Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme, yang di dalamnya kental mengatur hubungan antara HAN dan hukum pidana (korupsi).⁴⁶

Berdasarkan asas hukum "*lex posteriori derogate legi priori*" ini, maka kewenangan untuk memeriksa dan memutus penyalahgunaan kewenangan dalam Tipikor merupakan kompetensi absolut Peradilan Administrasi, karena kompetensi absolut yang dimiliki Peradilan Administrasi diberikan oleh UU Administrasi Pemerintahan yang dibentuk kemudian (*post*) setelah lahirnya UU Pemberantasan Tipikor dan UU Peradilan Tipikor yang telah ada lebih dulu (*prior*).⁴⁷

⁴⁵ Sidharta, "*Penemuan Hukum Melalui Putusan Hakim*", Makalah, disampaikan dalam Seminar Nasional Penguatan Pemahaman Hak Asasi Manusia Untuk Hakim Seluruh Indonesia, yang diselenggarakan oleh Komisi Yudisial RI, PUSHAM UII, dan *Norsk Senter For Menneskerettigheter Norwegian Centre For Human Rights*, Hotel Grand Angkasa Medan, tanggal 2-5 Mei 2011, hlm 10.

⁴⁶ Yulius, "*Perkembangan Pemikiran ...*", *Op.Cit.*, hlm. 375.

⁴⁷ UU Pengadilan Tipikor diundangkan pada tanggal 29 Oktober 2009, sedangkan UU Administrasi Pemerintahan diundangkan pada tanggal 17 Oktober 2014.

Selain itu, apabila merujuk pada arah politik hukum pemerintah dalam upaya pemberantasan korupsi, terjadi pergeseran politik hukum pemerintah dalam upaya pemberantasan Tipikor yang dilakukan oleh penyelenggara Negara. Saat ini, pemerintah cenderung melakukan penyeimbangan antara upaya pencegahan (preentif) dengan upaya penindakan (represif). Romli Atmasasmita,⁴⁸ menyatakan terdapat perubahan arah politik hukum terkait penegakan hukum dalam pemberantasan korupsi di Indonesia, dimana upaya pencegahan korupsi didudukkan sama pentingnya dengan penindakan korupsi. Oleh karena itu, pendekatan yang selama ini digunakan dalam UU Pemberantasan Tipikor, yang menjadikan tindakan represif sebagai "*primum remedium*" harus ditinjau ulang. Hukum pidana harus dikembalikan kepada khittahnya sebagai senjata pamungkas atau sebagai upaya terakhir yang harus dipergunakan dalam upaya penegakan hukum sesuai dengan asas "*ultimum remedium*".⁴⁹

Apalagi dalam konteks Hukum Administrasi, keberadaan sanksi pidana menurut Barda Nawawi Arief,⁵⁰ pada hakikatnya merupakan perwujudan dari kebijakan menggunakan hukum pidana sebagai sarana untuk menegakkan/ melaksanakan hukum administrasi atau dengan kata lain merupakan bentuk "*fungionalisasi/operasionalisasi/instrumentalisasi hukum pidana di bidang hukum administrasi*", sehingga berada pada tahapan terakhir. Hal ini seperti yang dikemukakan oleh W.F Prins yang dikutip Philipus M. Hadjon,⁵¹ bahwa hampir setiap peraturan berdasarkan hukum administrasi diakhiri dengan ketentuan pidana sebagai "*in cauda venenum*" (secara harfiah berarti: ada racun di ekor/buntut).

⁴⁸ Romli Atmasasmita, "*Penyalahgunaan Wewenang Oleh Penyelenggara Negara: Suatu Catatan Kritis Atas UU RI Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan Diburungkan Dengan UU RI Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas UU RI Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*", Makalah, disampaikan dalam Seminar Nasional dalam rangka H.U.T. IKAHI Ke-62 dengan tema "Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, Menguatkan atau Melemahkan Upaya Pemberantasan Korupsi", Hotel Mercure, Jakarta, tanggal 26 Maret 2015, hlm. 6-7.

⁴⁹ Suhariyono AR, "*Perumusan Sanksi Pidana Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*", Artikel dalam Jurnal Perspektif, Volume XVII No. 1 Tahun 2012 Edisi Januari, hlm. 21.

⁵⁰ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya, Bandung, 2005, hlm. 139.

⁵¹ Philipus, M. Hadjon, dkk., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2005, hlm. 245.

Penutup

Berdasarkan kajian atas permasalahan di atas, dapat disimpulkan bahwa kewenangan untuk memeriksa dan memutus unsur “menyalahgunakan kewenangan” karena jabatan dalam Tipikor merupakan kompetensi absolut Peradilan Administrasi, karena konsep “penyalahgunaan wewenang” dalam UU Administrasi Pemerintahan dan konsep “menyalahgunakan kewenangan” dalam UU Pemberantasan Tipikor secara teoritis dan praktis merupakan konsep yang sama. Ketika ada dua hukum (kebijakan legislasi) dengan level sederajat mengatur aspek yang sama, maka berdasarkan asas “*lex posteriori derogate legi priori*”, hukum yang dibentuk kemudian yang berlaku.

Akar permasalahan timbulnya potensi sengketa kewenangan mengadili antara Peradilan Tipikor dengan Peradilan Administrasi dalam penanganan penyalahgunaan kewenangan dalam Tipikor karena adanya perbedaan konsep, teori, dan pengaturan tentang “wewenang” dan “kewenangan” dalam hukum Indonesia. Sementara itu, secara terminologi kedua kata tersebut berasal dari kata yang sama yaitu “wenang” dengan makna yang tidak jauh berbeda, karena keduanya selalu dikonotasikan dengan “hak dan kekuasaan” pejabat publik. Agar tidak terjadi kerancuan pemahaman dan pengaturan mengenai “wewenang” dan “kewenangan”, para akademisi hukum, legislatif, dan penegak hukum kiranya perlu melakukan penegasan dan penyamaan persepsi mengenai istilah yang akan digunakan dalam hukum Indonesia dengan memilih salah satu istilah tersebut.

Daftar Pustaka

Buku

- Arief, Barda Nawawi, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya, Bandung, 2005.
- Bull, Victoria, *Oxford Learner's Pocket Dictionary: Fourth Edition*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Chazawi, Adami, *Hukum Pidana Materiil dan Formil Korupsi di Indonesia*, Bayumedia, Malang, 2005.
- Hadjon, Philipus M., dkk., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2005.

- _____, dkk., *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi: Cetakan Kedua*, Gajhmada University Press, Yogyakarta, 2012.
- Latif, Abdul, *Hukum Administrasi Dalam Tindak Pidana Korupsi*, Prenada Media Group, Jakarta, 2014.
- Moeimam, Susi dan Steinhauer, Hein, *Kamus Belanda-Indonesia*, Gramedia Pustaka, Jakarta, 2005.
- Parmono, Budi, *Penyalahgunaan Wewenang Dalam Tindak Pidana Korupsi di Indonesia: Disertasi*, Fakultas Hukum UB, Malang, 2011.
- Permana, Tri Cahya Indra, *Hak Permohonan Pejabat/Badan Atas Dugaan Penyalahgunaan Wewenang: Bunga Rampai Peradilan Administrasi Kontemporer*, Editor Subur, dkk., Genta Press, Yogyakarta, 2014.
- Pimpinan Pusat Ikatan Hakim Indonesia (PP IKAHI), *Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Dalam Upaya Pemberantasan Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta Timur, 2016.
- Wiyono, R., *Pembahasan Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Edisi Kedua*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012.

Jurnal dan Makalah

- Atmasasmita, Romli, *“Penyalahgunaan Wewenang Oleh Penyelenggara Negara: Suatu Catatan Kristis Atas UU RI Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan Dihubungkan Dengan UU RI Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas UU RI Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi”*, Makalah, disampaikan dalam Seminar Nasional dalam rangka H.U.T. IKAHI Ke-62 dengan tema “Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, Menguatkan atau Melemahkan Upaya Pemberantasan Korupsi”, Hotel Mercure, Ancol Jakarta, tanggal 26 Maret 2015.
- Hadjon, Philipus M., *“Peradilan Tata Usaha Negara Dalam Konteks Undang-Undang Nomer 30 Th. 2014”*, Makalah, disampaikan dalam Colloquium Membedah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, 5 Juni 2015, Garden Palace Surabaya.
- _____, *“Peradilan Tata Usaha Negara Dalam Konteks Undang-Undang No. 30 Th. 2014 tentang Administrasi Pemerintahan”*, Artikel dalam *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI, Volume 04 Nomor 1 Maret 2015.
- Muhlizi, Arfan Faiz, *“Reformulasi Diskresi Dalam Penataan Hukum Administrasi”*, Artikel dalam *Jurnal RechtsVinding*, Volume 1 Nomor 1 Januari-April 2012.
- Nirwanto, D. Andhi, *“Arah Pemberantasan Korupsi Ke Depan (Pasca Undang-Undang Administrasi Pemerintahan)”*, Makalah, disampaikan dalam Seminar Nasional dalam rangka H.U.T. IKAHI Ke-62 dengan tema “Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, Menguatkan atau Melemahkan

Upaya Pemberantasan Korupsi”, Hotel Mercure, Jakarta, tanggal 26 Maret 2015.

Sidharta, *“Penemuan Hukum Melalui Putusan Hakim”*, Makalah, disampaikan dalam Seminar Nasional Penguatan Pemahaman Hak Asasi Manusia Untuk Hakim Seluruh Indonesia, yang diselenggarakan oleh Komisi Yudisial RI, PUSHAM UII, dan *Norsk Senter For Menneskerettigheter Norwegian Centre For Human Rights*, Hotel Grand Angkasa Medan, tanggal 2-5 Mei 2011.

Suhariyono AR., *“Perumusan Sanksi Pidana Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan”*, Artikel dalam Jurnal Perspektif, Volume XVII No. 1 Tahun 2012 Edisi Januari.

Susetio, Wasis, *“Disharmoni Peraturan Perundang-Undangan Di Bidang Agraria”*, Artikel dalam Jurnal Lex Jurnalica, Volume 10 Nomor 3, Desember 2013.

Yulius, *“Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Penyalahgunaan Wewenang di Indonesia (Tinjauan Singkat Dari Perspektif Hukum Administrasi Negara Pasca Berlakunya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014)”*, Artikel dalam Jurnal Hukum dan Peradilan, Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI, Volume 04 Nomor 3 November 2015.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2009.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2001.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 46 Tahun 2009 tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 2016 tentang Percepatan Pelaksanaan Proyek Strategis Nasional.

Putusan Pengadilan

Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MARI) Nomor 977K/PID/2004, tanggal 10 Juni 2005.

Putusan MARI Nomor 979K/PID/2004, tanggal 10 Juni 2005.

Putusan MARI Nomor 14/Pid.Sus /2012/PN.AB, tanggal 4 September 2012.

Putusan MARI Nomor 03/PID.SUS/ TIPIKOR/2013/PN.PBR., tanggal 1 Mei 2013.

Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 1485K/Pid.Sus/2013, tanggal 2 Oktober 2013.

Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 2357K/Pid.Sus/2015, tanggal 4 November 2015.

Putusan Hakim Pengadilan Tanjung Pinang Nomor 2/Pid.Sus-TPK/2015/PN.Tpg, tanggal 11 Juni 2015.

Putusan Hakim Pengadilan Tanjung Pinang Nomor 3/Pid.Sus-TPK/2015/PN.Tpg, tanggal 11 Juni 2015.

Internet

Badan Pengembangan dan Pembinaan Bahasa Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan (BP2B, Kemendikbud), *Kamus Besar Bahasa Indonesia (KKBI), Kamus Versi Online/Daring (Dalam Jaringan), kbbi.web.id/salah%20guna.menyalahgunakan*, diunduh pada hari Rabu, 8 Maret 2016.

BP2B, Kemendikbud, KKBI, *Daring, kbbi.web.id/wenang*, diakses tanggal 6 Desember 2015.

<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5514fdcf7f91b/uu-administrasi-pemerintahan-trigger-berantas-korupsi>, diakses tanggal 28 Februari 2016.

<http://news.detik.com/berita/2873765/uu-administrasi-pemerintahan-dinilai-mengudeta-pem-berantasan-korupsi>, diakses tanggal 28 Februari 2016.

Penjaminan Hak Cipta Melalui Skema Gadai dan Fidusia

Iswi Hariyani

Fakultas Hukum Universitas Jember
Jln. Kalimantan 37 Jember, Jawa Timur
ayahbundacita@gmail.com

Abstract

This study focuses on the issues of firstly whether the Intellectual Property Rights (IPR) particularly copyrights can be used as collateral debt/credit? Second, whether the copyright can be used as collateral debt/credit through a scheme of pawn guarantee? and third, whether copyright can be used as collateral debt/credit through a scheme of fiduciary guarantee? This is a normative research with legislation and conceptual approach. The result of the study concluded that first; Intellectual Property Rights (IPR) in particular copyright has been legalized as the collateral object through fiduciary scheme under Article 16 of Law No. 28, 2014. IPR in the form of tangible material can be bound with the pawn and/or fiduciary guarantee. While the Intellectual Property Rights in the intangible or non-material form can only be bound by fiduciary guarantee. Second, the Copyright in the form of material or tangible objects in the perspective of the Guarantees Law can be used as collateral guarantee through the pawn scheme. However, Law No. 28 of 2014 regulates completely about this matter. Third, the Copyright in the form of intangible or immaterial objects in the perspective of the Guarantee Law can be used as the collateral guarantee through fiduciary scheme as stipulated in Article 16 of Law No. 28, 2014. However, the implementation of these rules in the banking sector is still constrained as there has been no revision of the Bank Indonesia Regulation (PBI) No. 9/6 / PBI / 2007 in terms of the bank credit collateral.

Key words: Copyright, guarantee, debt, pawn and fiduciary

Abstrak

Penelitian ini mengangkat permasalahan, pertama, apakah Hak Atas Kekayaan Intelektual (HAKI) khususnya Hak Cipta dapat dijadikan jaminan utang/kredit? Kedua, apakah Hak Cipta dapat dijadikan jaminan utang/kredit melalui skema jaminan Gadai? Ketiga, apakah Hak Cipta dapat dijadikan jaminan utang/kredit melalui skema jaminan Fidusia? Penelitian ini merupakan penelitian normatif, menggunakan pendekatan perundang-undangan dan konseptual. Hasil penelitian menyimpulkan, pertama, Hak Atas Kekayaan Intelektual (HAKI) khususnya Hak Cipta sudah dilegalkan sebagai obyek jaminan utang melalui skema Fidusia berdasarkan Pasal 16 UU No. 28 Tahun 2014. HAKI yang berwujud nyata (material) dan bersifat benda (tangible) dapat diikat dengan jaminan Gadai dan/atau Fidusia. Sedangkan HAKI yang tidak nyata (immaterial) atau tak-benda (intangible) hanya bisa diikat dengan jaminan Fidusia. Kedua, obyek Hak Cipta yang berwujud nyata (material) atau benda (tangible) dalam perspektif Hukum Jaminan dapat dijadikan jaminan utang melalui skema Gadai. Namun, UU No. 28 Tahun 2014 belum mengatur secara lengkap mengenai hal ini. Ketiga, obyek Hak Cipta yang berwujud tidak nyata (immaterial) dan tak-benda (intangible) dalam perspektif Hukum Jaminan dapat dijadikan jaminan utang melalui skema Fidusia sebagaimana diatur dalam Pasal 16 UU No. 28 Tahun 2014. Namun, implementasi aturan ini di perbankan masih terkendala karena belum ada revisi terhadap Peraturan Bank Indonesia (PBI) Nomor 9/6/PBI/2007 yang mengatur tentang agunan kredit bank.

Kata kunci : Hak cipta, jaminan, utang, gadai, fidusia.

Pendahuluan

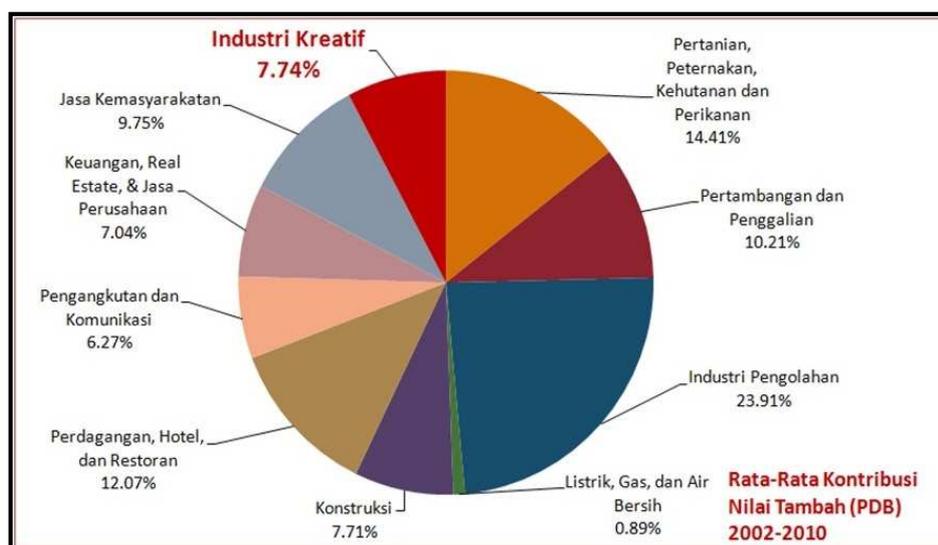
Ekonomi kreatif diyakini akan menjadi sektor andalan ekonomi dunia di masa depan, setelah era ekonomi pertanian, ekonomi industri dan ekonomi informasi. Negara industri maju sudah menyadari pentingnya pengembangan ekonomi kreatif sehingga mereka memiliki komitmen kuat untuk meningkatkan kualitas Sumber Daya Manusia (SDM) dan membuat regulasi perlindungan Hak Atas Kekayaan Intelektual (HAKI). Sejumlah insentif dan dukungan anggaran negara pun diberikan kepada para pelaku ekonomi kreatif agar mampu bersaing di pasar global.

Di masa kini, kekuatan ide lebih menonjol dibandingkan kekuatan materi dan kekuasaan. Ide cerdas yang mewujud dalam bentuk ciptaan baru, inovasi baru dan desain baru, dalam banyak kasus justru lebih efektif mengubah peradaban umat manusia. Sejarah dunia membuktikan betapa dahsyat peran individu-individu yang kreatif dan inovatif dalam mengubah arah peradaban. Hal inilah yang mendorong negara-negara maju sangat peduli terhadap HAKI dan ekonomi kreatif. Presiden Joko Widodo telah membentuk lembaga negara setingkat menteri bernama Badan Ekonomi Kreatif (BEKRAF) yang khusus menangani ekonomi kreatif, sebab ke-16 sub-sektor ekonomi kreatif tersebar di banyak kementerian dan lembaga pemerintah/ swasta. Pembentukan badan khusus ini dinilai lebih tepat dibandingkan memasukkan ekonomi kreatif ke dalam Kementerian Pariwisata.

Saat ini ekonomi kreatif menjadi sektor strategis dalam pembangunan nasional karena sektor ini berkontribusi secara signifikan terhadap perekonomian nasional. Ekonomi kreatif berhasil menyumbang 7% PDB Indonesia. Ekonomi kreatif berhasil menyerap 11,8 juta orang tenaga kerja atau setara dengan 10,72% dari total tenaga kerja nasional. Sektor unggulan baru ini juga sukses mendulang devisa negara hingga Rp. 119.000.000.000.000,00 atau setara 5,72% dari total ekspor nasional.¹

¹ <http://economy.okezone.com/read/2014/10/21/320/1054971/ekonomi-kreatif-berkontribusi-7-ke-pdb-indonesia>, diakses pada tanggal 12 Februari 2016.

Gambar 1: Kontribusi Industri Kreatif terhadap PDB Indonesia



Sumber: www.indonesiakreatif.net diakses 12 Februari 2016

Pada 2013, sektor ekonomi kreatif Indonesia berhasil tumbuh 5,76%, sementara pertumbuhan ekonomi nasional berada di angka 5,74%. Kini ada 5.420 perusahaan yang bergerak di sektor ekonomi kreatif atau 9,48% dari total perusahaan di Indonesia.² Dalam setahun terakhir (2015-2016), ekonomi kreatif telah menyumbang Rp. 642.000.000.000.000,00 atau 7,05 persen dari total PDB Indonesia. Saat ini baru tiga subsektor yang memberikan kontribusi besar dalam pertumbuhan ekonomi kreatif yaitu kuliner sebesar 32,4%, fesyen 27,9 % dan kerajinan 14,88 %. Pada 2019, pemerintah menargetkan kontribusi ekonomi kreatif bisa mencapai 12%.³

Meskipun menggembirakan namun perkembangan ekonomi kreatif nasional masih kalah dibandingkan negara tetangga Malaysia dan Singapura. Kontribusi ekonomi kreatif Indonesia terhadap ekonomi kreatif global baru mencapai 0,68%, sementara Malaysia 0,98% dan Singapura 1,69%. Pemerintah menargetkan dalam kurun waktu 5 – 10 tahun ke depan ekonomi kreatif Indonesia dapat menyumbang 7,5 – 8% terhadap PDB nasional dan menumbuhkan lapangan

² “Data Statistik Ekonomi Kreatif - Kementerian Pariwisata”, www.kemenpar.go.id diakses pada tanggal 12 Februari 2016.

³ <https://m.tempo.co/read/news/2016/03/15/090753840/dari-16-subsektor-ekonomi-kreatif-baru-3-yang-berkembang>, diakses pada tanggal 15 Maret 2016.

kerja 1 – 2 % per tahun. Target ini sebenarnya masih jauh dibandingkan kontribusi ekonomi kreatif di negara-negara maju yang saat ini mencapai 30 % dari PDB.⁴

Ekonomi kreatif tidak dapat dilepaskan dari investasi HAKI. Ekonomi kreatif adalah sektor ekonomi yang sangat mengandalkan SDM yang kreatif dan inovatif. Kreatif artinya memiliki daya cipta, sedangkan inovatif artinya mampu menemukan inovasi teknologi atau desain baru. Kreatifitas manusia di bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra dilindungi HAKI berbentuk Hak Cipta. Sedangkan inovasi dilindungi HAKI berbentuk Hak Paten, Merek, Desain Industri, Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu (DTLST), Rahasia Dagang, dan Perlindungan Varietas Tanaman (PVT).

Ekonomi kreatif dan HAKI juga berkaitan dengan waralaba (*franchise*). Para pelaku ekonomi kreatif adalah pemilik HAKI yang dapat mengembangkan usaha melalui format bisnis waralaba. Pemilik HAKI (pencipta, penemu, pendesain) memiliki hak eksklusif untuk memanfaatkan sendiri HAKI-nya atau mengajak pihak lain bekerjasama dalam bentuk perjanjian lisensi atau perjanjian waralaba. Pemilihan format bisnis waralaba saat ini sudah jamak dilakukan di berbagai subsektor ekonomi kreatif seperti kuliner, musik, film, fotografi, seni pertunjukan, acara televisi, gim (*games*), jasa komputer, percetakan, hingga litbang (penelitian dan pengembangan).⁵

Investasi HAKI dapat berwujud tiga macam, yaitu: a) HAKI milik privat (Hak Cipta, Paten, Merek, Desain Industri, Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu/DTLST, Rahasia Dagang, Perlindungan Varietas Tanaman/PVT); b) HAKI milik publik yaitu Warisan Budaya (Cagar Budaya, Pengetahuan Tradisional, Ekspresi Budaya Lokal, Sumberdaya Genetika); c) HAKI milik komunitas (Indikasi Geografis dan Indikasi Asal).

Investasi ekonomi kreatif saat ini dibagi dalam 16 subsektor yaitu: aplikasi dan pengembangan *game*, arsitektur dan desain interior, desain komunikasi visual, desain produk, fesyen, film, animasi video, fotografi, kriya (kerajinan tangan), kuliner, musik, penerbitan, periklanan, seni pertunjukan, seni rupa, televisi dan radio.

⁴ Mari Elka Pangestu, *et al.*, *Rencana Pengembangan Ekonomi Kreatif Indonesia 2009-2025*, Departemen Perdagangan Republik Indonesia, Jakarta, 2008, hlm. 1.

⁵ Cita Yustisia Serfiyani, *et al.*, *Franchise Top Secret: Ramuan Sukses Bisnis Waralaba Sepanjang Masa*, Penerbit Andi, Yogyakarta, 2016, hlm.1.

Investasi HAKI, warisan budaya, waralaba dan ekonomi kreatif dapat dilakukan oleh perorangan, komunitas (kelompok masyarakat), perusahaan swasta, BUMN, BUMD, pemerintah pusat/daerah, lembaga negara, lembaga swasta (yayasan, perkumpulan, koperasi), media massa, sekolah/universitas, dan lembaga penelitian. Sedangkan investasi bisnis waralaba pada umumnya dilakukan oleh perorangan dan perusahaan swasta.⁶

Pelaku ekonomi kreatif adalah pemilik HAKI yang dalam pengembangan usahanya membutuhkan dana untuk investasi dan modal usaha. Mereka dapat mendirikan usaha rintisan (*start-up*) dan memperoleh dana via *online* melalui skema *crowdfunding*. *Crowdfunding* bertujuan mengumpulkan dana yang dilakukan dengan menggunakan jaringan media sosial (Twitter, Facebook, LinkedIn dan situs-situs blogging). Tujuan utama *crowdfunding* adalah memberikan alternatif bagi pengusaha untuk memperoleh pendanaan.⁷ Di samping itu, para pelaku ekonomi kreatif juga dapat memperoleh sumber dana via *offline* dari lembaga bank dan non-bank.

HAKI khususnya Hak Cipta saat ini sudah dapat dijadikan jaminan utang melalui skema jaminan Fidusia berdasarkan Pasal 16 UU Hak Cipta terbaru (UU No. 28 Tahun 2014). Namun demikian berdasarkan kajian hukum, Hak Cipta sejatinya juga dapat dijadikan jaminan utang melalui skema jaminan Gadai. Isu hukum inilah yang hendak dibahas dalam tulisan ini, sehingga diharapkan dapat memberikan usulan perbaikan UU Hak Cipta maupun Peraturan Bank Indonesia tentang agunan kredit.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas, maka rumusan masalah yang hendak dibahas dalam penelitian ini meliputi tiga hal pokok yaitu: *pertama*, apakah Hak Atas Kekayaan Intelektual (HAKI) khususnya Hak Cipta dapat dijadikan

⁶ Iswi Hariyani dan Cita Yustisia S., "Peran HKI dalam Pengembangan Waralaba dan Ekonomi Kreatif", *Media HKI*, Vol. XII, No. 6, November 2015, Ditjen HKI, Kemenkumham, Jakarta, hlm.2.

⁷ Paul Belleflame, *et al.*, "Crowdfunding : An Industrial Perspective", dalam Iswi Hariyani dan Cita Yustisia Serfiyani, 2015, "Perlindungan Hukum Sistem Donation Crowdfunding pada Pendanaan Industri Kreatif di Indonesia", *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol.12, No.4, Desember 2015, Ditjen Peraturan Perundang-undangan, Kemenkumham, Jakarta, hlm. 354.

jaminan utang/kredit? *Kedua*, apakah Hak Cipta dapat dijadikan jaminan utang/kredit melalui skema jaminan Gadai? *Ketiga*, apakah Hak Cipta dapat dijadikan jaminan utang/kredit melalui skema jaminan Fidusia?

Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan: *pertama*, mengkaji pemanfaatan HAKI sebagai jaminan utang atau jaminan kredit. *Kedua*, mengkaji pemanfaatan Hak Cipta sebagai jaminan utang melalui skema Gadai. *Ketiga*, mengkaji pemanfaatan Hak Cipta sebagai jaminan utang melalui skema Fidusia.

Metode Penelitian

Metode penelitian ini bersifat normatif dengan cara mengkaji norma-norma atau aturan-aturan hukum yang terkait dengan pemanfaatan Hak Cipta sebagai Jaminan Utang/Kredit. Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statue approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pengumpulan bahan hukum dilakukan melalui studi pustaka. Data yang sudah terkumpul dianalisis secara deskriptif kualitatif.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Pemanfaatan HAKI Khususnya Hak Cipta Sebagai Jaminan Utang/ Kredit

Perlindungan hukum terhadap HAKI saat ini telah menjadi perhatian utama banyak negara di dunia, khususnya negara industri maju seperti Amerika Serikat dan Jepang. Mereka memiliki kepentingan melindungi hasil ekspor negaranya khususnya produk-produk industri kreatif berbasis HAKI. Menurut Ignatius Haryanto dari data ekspor Amerika Serikat 1997 tampak industri berbasis Hak Cipta telah berhasil menduduki peringkat pertama, mengalahkan ekspor produk kimia, otomotif, pertanian, peralatan dan komponen elektronik, manufaktur

pesawat udara, komputer, dan lain-lain.⁸ Berdasarkan data tersebut maka wajar jika Amerika Serikat termasuk negara yang paling gencar mendorong perlindungan HAKI di dunia internasional.

Banyak negara di dunia kini mulai menyadari peran penting pengembangan industri kreatif berbasis HAKI karena : (a) industri kreatif tidak bergantung kepada sumber daya alam, (b) industri kreatif bersifat terbarukan, (c) industri kreatif dapat menjadi sumber devisa utama, (d) industri kreatif dapat memberi nilai tambah terhadap produk barang dan jasa (e) industri kreatif dapat mengangkat citra dan harga diri bangsa, (f) industri kreatif tergolong industri yang bersih karena tidak mengotori lingkungan, (g) industri kreatif mampu menyerap banyak tenaga kerja, (h) industri kreatif dapat mendorong semangat kreatifitas anak bangsa, dan (i) industri kreatif dapat digunakan untuk menanamkan nilai-nilai moral bangsa.⁹

Guna mengantisipasi hal-hal tersebut di atas, diperlukan terobosan hukum guna menjadikan obyek HAKI sebagai jaminan kredit, sehingga para Pemilik HAKI dapat semakin mudah mengakses kredit untuk memajukan usahanya. Industri kreatif di Indonesia sejak era Reformasi mulai berkembang pesat. Contoh, novel dan film tetralogi "Laskar Pelangi" mampu menghasilkan royalti besar bagi penciptanya (Andrea Hirata) hingga miliaran rupiah. Begitu pula dalam industri hiburan di tanah air (musik, film, televisi), kita pun kini semakin jamak menemukan "orang-orang kaya baru" dengan aset puluhan miliar rupiah berkat karya kreatifnya. Lukisan karya pelukis muda I Nyoman Masriadi berjudul "*The Man from Bantul – Final Round*" bahkan mampu terjual hingga Rp. 10.000.000.000,00 di Hong Kong pada 2008.

HAKI yang terdiri dari Hak Cipta, Paten, Merek, Desain Industri, Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu (DTLST), Rahasia Dagang dan Perlindungan Varietas Tanaman (PVT) adalah tergolong benda-benda bergerak yang dapat dijadikan jaminan utang melalui skema Gadai dan/atau Fidusia. HAKI yang berwujud nyata (*material*) dan bersifat benda (*tangible*) dapat diikat dengan jaminan Gadai dan/atau

⁸ Ignatius Haryanto, *Penghisapan Rezim HAKI*, Penerbit debt-Watch Indonesia dan Kreasi Wacana, Yogyakarta, 2002, hlm. 22-23.

⁹ Iswi Hariyani, *Prosedur Mengurus HAKI*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2010, hlm.13.

Fidusia. Sedangkan HAKI yang berwujud tak-nyata (*immaterial*) dan bersifat tak-benda (*intangible*) hanya dapat diikat dengan jaminan Fidusia.

HAKI, khususnya Hak Cipta, kini telah dapat dijadikan jaminan utang. Dalam Pasal 16 ayat (3) dan (4) UU No. 28 Tahun 2014 disebutkan bahwa, “Hak Cipta dapat dijadikan sebagai obyek Jaminan Fidusia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Berdasarkan aturan tersebut maka obyek Hak Cipta saat ini sudah dapat dijadikan jaminan utang melalui skema Fidusia sesuai UU No. 42 Tahun 1999. Ketentuan tersebut masih perlu direvisi sebab Hak Cipta sebenarnya juga bisa dijadikan jaminan utang melalui skema Gadai. Di sisi lain, pemanfaatan Hak Cipta sebagai jaminan kredit bank masih harus menunggu revisi Peraturan Bank Indonesia tentang agunan kredit.

Hingga saat ini, bentuk-bentuk Agunan Kredit yang sudah diakui oleh Bank Indonesia (BI) berdasarkan ketentuan Pasal 46 Peraturan Bank Indonesia (PBI) Nomor 9/6/PBI/2007 tentang Perubahan Kedua Atas PBI 7/2/PBI/2005 tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bank Umum, meliputi : (a) Surat Berharga dan Saham yang aktif diperdagangkan di bursa efek di Indonesia atau memiliki peringkat investasi dan diikat secara Gadai; (b) Tanah, Gedung, dan Rumah Tinggal yang diikat dengan Hak Tanggungan; (c) Mesin yang merupakan satu kesatuan dengan Tanah dan diikat dengan Hak Tanggungan; (d) Pesawat Udara atau Kapal Laut dengan ukuran di atas 20 meter kubik yang diikat dengan Hipotek; (e) Kendaraan Bermotor dan Persediaan yang diikat secara Fidusia; dan/atau (f) Resi Gudang yang diikat dengan Hak Jaminan Atas Resi Gudang.¹⁰

Tabel 1 : Jenis Agunan Kredit yang Diakui BI Sesuai Pasal 46 PBI 9/2007

No.	Jenis Agunan	Pengikatan	Dasar Hukum
1	Surat Berharga dan Saham yang aktif diperdagangkan di Bursa Efek Indonesia atau yang memiliki peringkat investasi	Gadai	KUH Perdata Pasal 1150 - 1160
2	Tanah, Gedung, Rumah Tinggal	Hak Tanggungan	UU No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan

¹⁰ Iswi Hariyani, “Hak Kekayaan Intelektual Sebagai Jaminan Kredit” dalam *Media HKI*, Vol. VII, No. 03, Juni 2010, Ditjen HKI, Kemenkumham, hlm. 12-13.

3	Mesin yang merupakan satu kesatuan dengan Tanah	Hak Tanggungan	UU No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan
4	Pesawat Udara/ Kapal Laut ukuran di atas 20 meter kubik	Hipotek	UU No. 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran dan UU No. 1 Tahun 2009 tentang Penerbangan
5	Kendaraan Bermotor dan Persediaan (<i>Inventory</i>)	Fudisia	UU No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia
6	Resi Gudang (<i>Warehouse Receipt</i>)	Hak Jaminan atas Resi Gudang	UU No. 9 Tahun 2006 jo UU No. 9 Tahun 2011 tentang Sistem Resi Gudang

Pengikatan Agunan melalui Hak Tanggungan berdasarkan UU No. 4 Tahun 1996, hanya ditujukan untuk obyek tidak bergerak yaitu agunan berbentuk Tanah, Gedung, dan Rumah Tinggal. Pengikatan Jaminan Gadai diatur dalam KUH Perdata Pasal 1150 hingga Pasal 1160, dan dipakai untuk obyek agunan berbentuk Surat Berharga dan Saham yang aktif diperdagangkan di Bursa Efek Indonesia atau memiliki peringkat investasi. Pengikatan Jaminan Fidusia diatur berdasarkan UU No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, dan dipakai untuk obyek bergerak yaitu agunan berbentuk Kendaraan Bermotor dan Barang Persediaan (*Inventory*). Sementara pengikatan Hak Jaminan Atas Resi Gudang diatur berdasarkan UU No. 9 Tahun 2006 jo UU No. 9 Tahun 2011 tentang Sistem Resi Gudang. Barang bergerak yang dapat dijadikan obyek jaminan Resi Gudang meliputi hasil pertanian, perkebunan, dan perikanan.¹¹ Sedangkan pengikatan Hipotek diatur berdasarkan UU No. 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran dan UU No. 1 Tahun 2009 tentang Penerbangan, serta hanya diperuntukkan bagi obyek agunan berupa Kapal Laut dan atau Pesawat Udara dengan ukuran di atas 20 meter kubik.

Pemberian kredit bank di samping harus didasarkan Perjanjian Kredit sebagai perjanjian pokok, juga harus diikuti Perjanjian Jaminan sebagai perjanjian tambahan (*accessoir*). Pemberlakuan Perjanjian Jaminan mengikuti perjanjian pokok yang mendasarinya. Perjanjian Jaminan berkaitan dengan pengikatan

¹¹ Iswi Hariyani, *Resi Gudang Sebagai Jaminan Kredit dan Alat Perdagangan*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm.14.

Jaminan Kredit atau Agunan Kredit yang pada umumnya diikat dengan akta notaris yang bersifat baku dan bersifat eksekutorial. Sifat eksekutorial dari Perjanjian Jaminan mengandung konsekuensi jika debitur wanprestasi maka bank langsung dapat mengajukan permohonan eksekusi agunan melalui Pengadilan Negeri, tanpa harus melalui proses peradilan biasa yang panjang dan berbelit-belit. Perjanjian Jaminan dibuat pihak bank sebagai salah satu upaya untuk melaksanakan Prinsip Kehati-hatian dalam penyaluran kredit sehingga kelak ada jaminan pengembalian kredit secara utuh.¹²

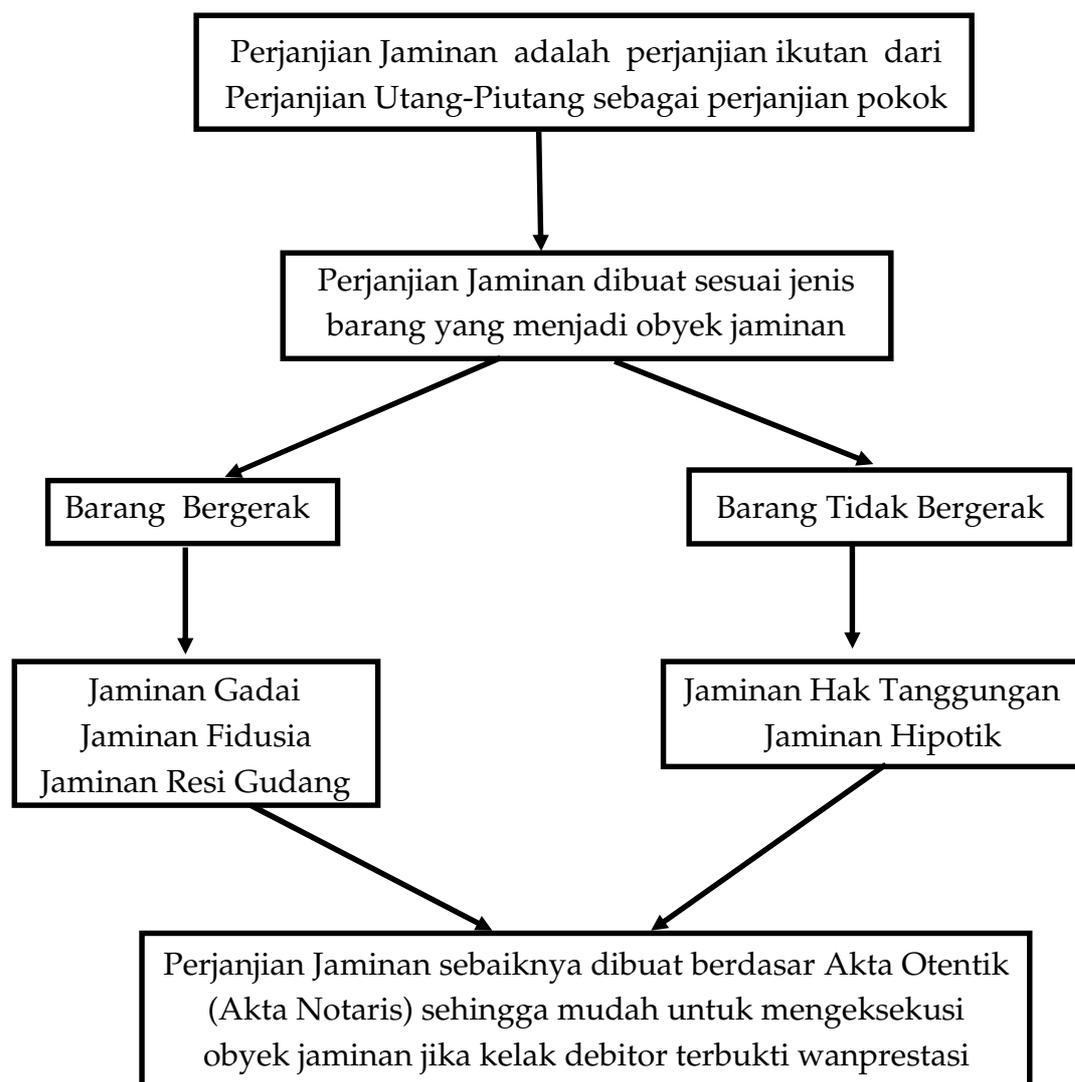
Pengertian "Jaminan Kredit", menurut SK Direksi BI Nomor 23/69/KEP/DIR 28 Februari 1991 tentang Jaminan Pemberian Kredit, Pasal 2 ayat (1), adalah "keyakinan bank atas kesanggupan debitur untuk melunasi kredit sesuai dengan yang diperjanjikan". Sedangkan guna memperoleh keyakinan tersebut maka bank sebelum memberikan kredit harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari debitur.¹³

Pengertian "Agunan" menurut UU No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, Pasal 1 angka 23, adalah "jaminan tambahan" yang diserahkan nasabah debitur kepada bank dalam rangka pemberian fasilitas kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah. Dalam praktek perbankan, Agunan atau "jaminan tambahan" lebih diutamakan dibandingkan "jaminan pokok" yaitu "keyakinan bank" atas kemampuan debitur untuk melunasi utang sesuai perjanjian.

Bentuk Agunan, sesuai Penjelasan Pasal 8 UU No. 10 Tahun 1998, dapat hanya berupa barang, proyek, atau hak tagih yang dibiayai dengan kredit bersangkutan. Tanah yang kepemilikannya didasarkan pada hukum adat, yaitu tanah yang bukti kepemilikannya berupa girik, petuk dan lain-lain yang sejenis dapat juga digunakan sebagai agunan. Bank tidak wajib meminta Agunan Tambahan berupa barang yang tidak berkaitan langsung dengan obyek yang dibiayai.

¹² Iswi Hariyani, *Restrukturisasi dan Penghapusan Kredit Macet*, Penerbit PT Elex Media Komputindo, Jakarta, 2010, hlm. 24.

¹³ Muhamad Djumhana, *Hukum Perbankan di Indonesia*, Cetakan Ketiga, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 393-394.

Bagan 1 : Perjanjian Jaminan dan Jenis-Jenis Jaminan¹⁴

Pengikatan Hak Cipta melalui Skema Jaminan Gadai

Hukum Jaminan secara sederhana dapat diartikan sebagai hukum yang mengatur tentang jaminan utang (jaminan kredit), baik yang berbentuk jaminan kebendaan maupun jaminan perorangan. Menurut Subekti, jaminan dapat dibedakan dalam jaminan kebendaan dan jaminan perorangan. Jaminan perorangan adalah suatu perjanjian antara seorang kreditor dengan orang ketiga yang menjamin dipenuhinya kewajiban-kewajiban debitur. Perjanjian jaminan

¹⁴ Iswi Hariyani dan R Serfianto D.P., *Bebas Jeratan Utang Piutang*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2010, hlm. 95.

perorangan bahkan dapat diadakan tanpa sepengetahuan debitor tersebut. Jaminan kebendaan dapat diadakan antara kreditor dengan debitor, atau antara kreditor dengan orang ketiga yang menjamin dipenuhinya kewajiban-kewajiban debitor.¹⁵

Hak Jaminan kebendaan mencakup hak jaminan benda tak bergerak dan hak jaminan benda bergerak. Lembaga jaminan benda tak bergerak dikenal dengan Hak Tanggungan, sedangkan hak jaminan benda bergerak adalah Gadai dan Fidusia. Fungsi utama Jaminan adalah untuk meyakinkan bank atau kreditor bahwa debitor mempunyai kemampuan mengembalikan atau melunasi kredit yang diberikan kepadanya sesuai persyaratan dan perjanjian kredit yang telah disepakati bersama.¹⁶

Jaminan kebendaan, jika ditinjau dari kewenangan kreditor menguasai benda jaminan dapat dibedakan menjadi dua kelompok yaitu: (a) Jaminan dimana kreditor menguasai bendanya, dan (b) Jaminan dimana kreditor tanpa menguasai bendanya. Contoh Jaminan jenis pertama adalah Gadai dan Hak Retensi, sedangkan contoh Jaminan jenis kedua adalah Fidusia, Hak Tanggungan, Sewa-Beli, Hipotik.¹⁷

Ketentuan tentang Jaminan Gadai diatur dalam KUH Perdata, Buku Kedua, Bab XX, Pasal 1150 hingga Pasal 1160. Pengertian Gadai sesuai Pasal 1150 KUH Perdata adalah suatu hak yang diperoleh kreditor atas suatu barang bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh kreditor atau oleh kuasanya, sebagai jaminan atas utangnya, dan yang memberi wewenang kepada kreditor untuk mengambil pelunasan piutangnya dari barang itu dengan mendahului kreditor-kreditor lain; dengan pengecualian biaya penjualan sebagai pelaksanaan putusan atas tuntutan mengenai pemilikan atau penguasaan, dan biaya penyelamatan barang itu, yang dikeluarkan setelah barang itu sebagai gadai dan yang harus didahulukan.

Jaminan Gadai dalam pelaksanaannya dilakukan oleh lembaga Pegadaian. Pegadaian adalah lembaga keuangan bukan bank yang memberikan kredit kepada

¹⁵ R. Subekti, *Jaminan-Jaminan untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Cetakan 10, Penerbit PT. Alumni, Bandung, 1982, hlm. 25.

¹⁶ Abdul R. Saliman, Hermansyah, dan Ahmad Jalis, *Hukum Bisnis untuk Perusahaan: Teori dan Contoh Kasus*, Cetakan 1, Penerbit Prenada Media, Jakarta, 2005, hlm. 16-17.

¹⁷ Thomas Soebroto, *Tanya Jawab Hukum Jaminan: Hipotik, Fidusia, Penanggungan, dll*, Cetakan 1, Penerbit Effhar & Dahara Prize, Semarang, 1995, hlm. 34-35.

masyarakat dengan corak khusus yang telah dikenal di Indonesia sejak 1901. Gadai diatur dalam Pasal 1150 sampai dengan Pasal 1161 KUH Perdata, dan secara kelembagaan diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1990 tentang Pegadaian. Lembaga Pegadaian saat ini berbentuk Perusahaan Umum (Perum) dan berada di bawah naungan Kantor Menteri Negara BUMN.¹⁸

Saat terjadinya Gadai meliputi dua tahap yaitu: (a) Tahap Pertama ; tahap pertama terjadinya hak Gadai adalah perjanjian pinjam uang dengan janji sanggup memberikan benda bergerak sebagai jaminan, dimana perjanjian ini bersifat konsensual dan *obligatoir*, (b) Tahap Kedua ; terjadi penyerahan benda Gadai dalam kekuasaan penerima Gadai (kreditor). Karena benda Gadai adalah benda bergerak, maka benda itu harus dilepaskan dari kekuasaan debitor.¹⁹

Jika melihat definisi Pasal 1150 KUH Perdata jelas terlihat bahwa barang Gadai adalah benda bergerak. Hal ini juga disyaratkan Surat Edaran BI Nomor 4/248/UPPK/PK tanggal 16 Maret 1972. Selain benda bergerak tersebut, maka benda yang dapat diterima sebagai barang Gadai adalah benda bergerak tidak bertubuh sebagaimana diatur Pasal 1152, Pasal 1152 bis, dan Pasal 1153 KUH Perdata, yaitu : tagihan/ piutang, surat-surat atas unjuk (*aan toonder*) dan atas bawa (*aan order*).

Menurut H.R. Daeng Naja, syarat-syarat terjadinya Gadai meliputi: a) Harus lebih dulu ada perjanjian hutang piutang sebagai perjanjian pokok; b) Harus ada perjanjian Gadai sebagai perjanjian ikutan atau perjanjian *accessoir*; c) Harus ada penyerahan barang yang akan digadaikan sebagai jaminan hutang; d) Barang Gadai hanya berpindah kekuasaan, bukan berpindah kepemilikan dari debitor kepada kreditor; e) Barang Gadai dapat berada di bawah kekuasaan pihak ketiga atas persetujuan debitor dan kreditor; f) Barang Gadai tidak boleh di bawah kekuasaan debitor (pemberi Gadai).²⁰

Pemegang gadai baik kreditor maupun pihak ketiga, berkewajiban merawat benda gadai yang ada di tangannya dan bertanggung jawab atas kehilangan atau kemerosotan benda gadai kalau hal itu terjadi karena kesalahannya (kelalaiannya).

¹⁸ Abdul R. Saliman, *et al.*, *Op. Cit.*, hlm. 32

¹⁹ *Ibid.*, hlm.33

²⁰ H.R. Daeng Naja, *Hukum Kredit dan Bank Garansi (The Bankers Hand Book)*, Cetakan 1, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 271-272.

Sebagai imbalan terhadap kewajiban tersebut maka ia berhak memperhitungkan ongkos terhadap pemilik benda. Hak milik benda gadai masih tetap pada pemberi gadai (debitor), dan pemegang gadai berkedudukan sebagai pemegang benda gadai sebagai jaminan saja. Pemegang gadai juga berhak memperhitungkan bunga.²¹

Obyek Hak Cipta adalah benda-benda bergerak berupa karya cipta atau ciptaan yang berwujud nyata (*material*) dan bersifat benda (*tangible*) maupun ciptaan yang berwujud tak-nyata (*immaterial*) dan bersifat tak-benda (*intangible*). Contoh karya cipta atau ciptaan berbentuk nyata/benda (*material/tangible*) misalnya : lukisan, patung, potret, dan kolase. Sedangkan contoh karya cipta atau ciptaan berbentuk tak-nyata (*immaterial*) dan tak-benda (*intangible*) misalnya: film, video, foto, musik, tarian, buku, gim (*games*), desain grafis, gambar arsitektur, desain batik, dll.

Berdasarkan perspektif Hukum Jaminan, karya cipta yang berbentuk nyata (*material*) dan bersifat benda (*tangible*) dapat diikat dengan jaminan Gadai dan/atau Fidusia. Di sisi lain, karya cipta yang berbentuk tak-nyata (*immaterial*) dan bersifat tak-benda (*intangible*) hanya bisa diikat dengan jaminan Fidusia. Contoh, jika kita memiliki karya cipta *material/ tangible* berupa lukisan maka kita dapat menjaminkan lukisan tersebut melalui skema Gadai atau Fidusia. Sedangkan karya cipta yang bersifat *immaterial/ intangible* (contoh : film, musik, buku) hanya bisa dijaminkan melalui skema Fidusia. UU Hak Cipta terbaru (UU No. 28 Tahun 2014) hanya mengatur penjaminan Hak Cipta melalui skema Fidusia, sehingga diperlukan revisi UU tersebut agar penjaminan Hak Cipta juga bisa dilakukan melalui skema Gadai.

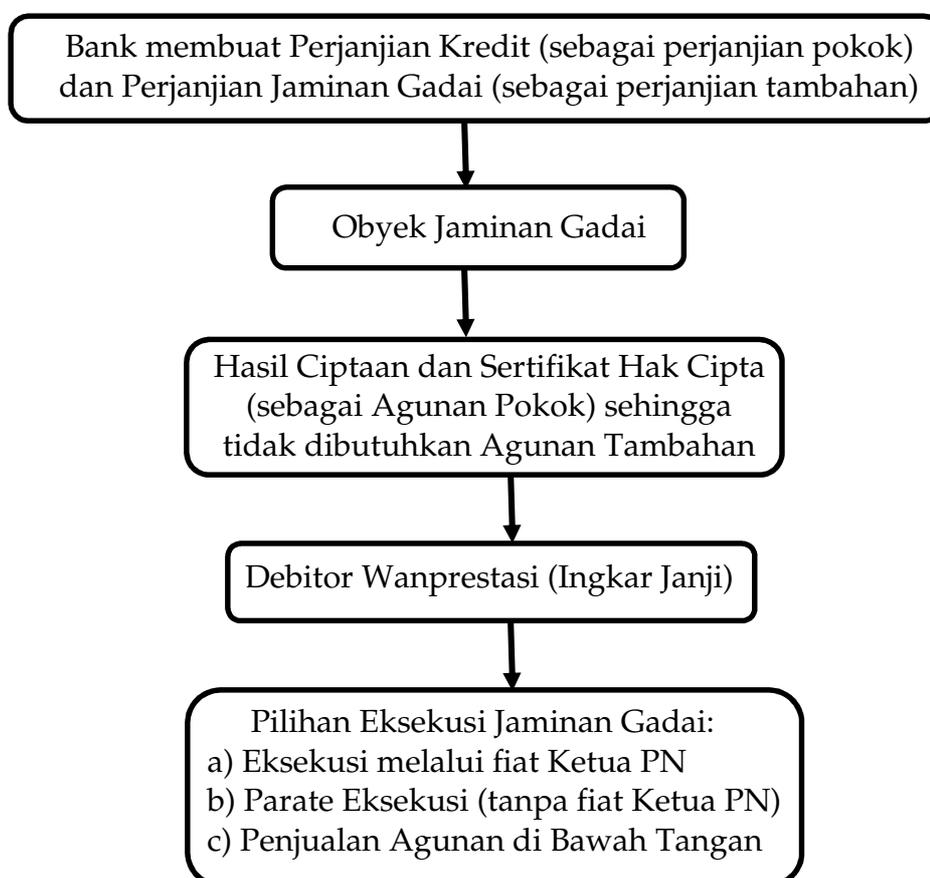
Perjanjian jaminan Gadai tidak wajib menggunakan akta notaris sebab obyek jaminannya berada di tangan pihak kreditor. Hal ini berbeda dengan perjanjian jaminan Fidusia yang harus dibuat menggunakan akta notaris dan harus didaftarkan ke Kantor Pendaftaran Fidusia pada Kementerian Hukum dan HAM. Pengaturan Fidusia dibuat lebih ketat dibandingkan Gadai, sebab obyek jaminan Fidusia berada di tangan debitor dengan status hak pakai. Jika kelak pihak debitor

²¹ J. Satrio, *Hukum Jaminan - Hak Jaminan Kebendaan*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm. 128

pemberi Gadai ingkar janji (wanprestasi), maka pihak kreditor (perusahaan Pegadaian) dapat langsung mengeksekusi obyek jaminan melalui mekanisme Parate Eksekusi atau tanpa harus minta ijin Ketua Pengadilan Negeri setempat.

Pengalihan Hak Cipta tidak berdampak pada hak moral yang dimiliki pencipta. Meskipun karya cipta yang digadaikan telah berpindah tangan berkali-kali, namun nama pencipta tetap harus dicantumkan sebab pencipta memiliki hak moral yang berlaku selamanya. Di sisi lain, pengalihan Hak Cipta bisa berdampak pada hilangnya hak ekonomi yang dimiliki pencipta. Pencipta yang telah menjual karya ciptanya ke pihak lain tidak dapat membuat perjanjian lisensi/ waralaba.

Bagan 2 : Penjaminan Hak Cipta Melalui Skema Jaminan Gadai



Pengikatan Hak Cipta melalui Skema Jaminan Fidusia

Fidusia berasal dari kata fides yang berarti "kepercayaan". Hubungan hukum antara debitor (Pemberi Fidusia) dengan kreditor (Penerima Fidusia) merupakan suatu hubungan hukum yang berdasarkan kepercayaan. Pemberi

Fidusia percaya bahwa kreditor mau mengembalikan hak milik yang telah diserahkan kepadanya setelah debitor melunasi hutangnya. Kreditor juga percaya bahwa debitor tidak akan menyalahgunakan barang jaminan yang berada dalam kekuasaannya dan mau memelihara barang tersebut selaku “bapak rumah yang baik”.²²

Fidusia merupakan perkembangan lebih lanjut dari jaminan Gadai. Dunia usaha membutuhkan jenis jaminan baru yang memungkinkan diberikannya benda bergerak sebagai jaminan tetapi benda tersebut tetap berada di tangan pengusaha sehingga tetap bisa dipakai untuk kegiatan usaha pemberi jaminan.²³

Menurut Subekti, “Fiducia” dapat diartikan “pemindahan milik secara kepercayaan” atau *fiduciaire eigendomsoverdracht* atau sering disingkat F.E.O. Perkataan “Fiduciair” yang berarti “secara kepercayaan” ditujukan kepada kepercayaan yang diberikan secara timbal-balik oleh satu pihak kepada yang lain, bahwa apa yang “keluar ditampakkan sebagai pemindahan milik”, sebenarnya (ke dalam) hanya suatu “jaminan” atas suatu hutang. Jaminan Fidusia mula-mula ditujukan kepada jaminan yang berupa barang bergerak, namun lama kelamaan juga sudah dipakai terhadap benda tetap. Untuk barang-barang tetap yang tidak bisa diberikan dalam Hipotik, maka Sri Soedewi Maschun Sofwan, dalam disertasinya menganjurkan pemakaian lembaga Fidusia.²⁴

Pada umumnya yang dapat menjadi objek Jaminan Fidusia adalah benda-benda bergerak, baik yang sudah ada maupun yang akan ada. Barang-barang bergerak yang dapat digunakan sebagai Jaminan Fidusia misalnya: perkakas rumah tangga (mebel, radio, lemari es, mesin jahit), kendaraan bermotor (sepeda motor, mobil, truk), alat-alat pertanian, alat-alat inventaris perusahaan, timbunan tembakau dalam gudang, barang-barang persediaan dalam perusahaan, barang-barang persediaan di toko-toko, dan barang-barang persediaan pada pengecer.²⁵

²² Oey Hoey Tiong, *Fidusia Sebagai Jaminan Unsur-Unsur Perikatan*, Penerbit Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984, hlm. 55.

²³ J. Satrio, *Hukum Jaminan – Hak Jaminan Kebendaan Fidusia*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm.10.

²⁴ R. Subekti, *Op. Cit.*, hlm. 75-76.

²⁵ Sri Soedewi Maschun Sofwan, *Beberapa Masalah Pelaksanaan Lembaga Jaminan Khususnya Fiducia di dalam Praktek dan pelaksanaannya di Indoensia*, Penerbit Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 1977, hlm. 31.

Barang yang masih akan ada yang dapat menjadi objek Jaminan Fidusia adalah barang yang pada saat terjadinya fidusia masih belum ada, akan tetapi barang tersebut akan diperoleh kemudian. Fidusia atas barang-barang yang masih akan ada, sering dipakai sebagai jaminan atas kredit dalam rekening yang berjalan, atau digunakan untuk membiayai barang-barang persediaan perdagangan dan tagihan-tagihan. Debitor yang belum menjadi pemilik benda-benda tersebut, pada saat membuat akta Jaminan Fidusia harus menyatakan bahwa benda-benda yang telah ada dan yang akan diperolehnya akan ditambahkan sebagai jaminan atas hutangnya.²⁶

Menurut H.R. Daeng Naja, syarat-syarat terjadinya Fidusia meliputi: a) harus ada lebih dulu Perjanjian Utang Piutang sebagai perjanjian pokok; b) harus ada Perjanjian Fidusia sebagai perjanjian ikutan (*accessoir*); c) harus ada Perjanjian Konsensuil, artinya debitor meminjam sejumlah uang; d) dan berjanji akan menyerahkan hak miliknya secara Fidusia sebagai jaminan kepada kreditor; e) harus ada Perjanjian Kebendaan secara *constitutum possessorium*, artinya barang jaminan tetap berada dalam kekuasaan debitor; f) harus ada Perjanjian Pinjam Pakai.²⁷

Sebelum berlaku UU No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, pada umumnya benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia adalah benda bergerak yang terdiri dari benda dalam persediaan (*inventory*), barang dagangan, piutang, peralatan mesin, dan kendaraan bermotor. Setelah berlakunya UU No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, maka pengertian obyek Jaminan Fidusia menjadi lebih luas, yaitu meliputi benda yang berwujud maupun benda tidak berwujud, dan benda tidak bergerak yang tidak dapat dibebani dengan Hak Tanggungan.²⁸

Ketentuan mengenai benda yang dapat menjadi obyek Jaminan Fidusia terdapat antara lain dalam Pasal 1 ayat (4), Pasal 9, Pasal 10, dan Pasal 20 UU No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia. Benda-benda yang dapat menjadi obyek Jaminan Fidusia adalah sebagai berikut: a) benda tersebut harus dapat dimiliki dan dialihkan secara hukum; b) benda berwujud; c) benda tidak berwujud,

²⁶ *Ibid.*, hlm. 31-32.

²⁷ H.R. Daeng Naja, *Op. Cit.*, hlm. 280-283

²⁸ *Ibid.*

termasuk piutang; d) benda bergerak; e) benda tidak bergerak yang tidak dapat diikat dengan Hak Tanggungan; f) benda tidak bergerak yang tidak dapat diikat dengan Hipotik; g) benda yang sudah ada, maupun benda yang akan diperoleh kemudian; h) satu satuan benda, atau satu jenis benda; i) lebih dari satu satuan benda, atau lebih dari satu jenis benda; j) hasil dari benda yang telah menjadi obyek Jaminan Fidusia; k) hasil klaim asuransi dari benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia; l) benda persediaan (*inventory*, stok perdagangan).²⁹

Berdasarkan ketentuan Pasal 16 UU No. 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta dapat disimpulkan bahwa Hak Cipta kini telah dapat dijadikan jaminan utang dengan menggunakan skema Jaminan Fidusia. Namun sayang ketentuan semacam ini hingga kini belum diberlakukan terhadap HAKI selain Hak Cipta, meskipun semua jenis HAKI pada prinsipnya bisa dijadikan jaminan utang dengan skema Jaminan Fidusia.

Berdasarkan UU No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, "Fidusia" diartikan sebagai pengalihan hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tersebut tetap dalam penguasaan pemilik benda. "Jaminan Fidusia" adalah hak jaminan atas benda bergerak yang berwujud maupun tidak berwujud dan benda tidak bergerak khususnya Bangunan yang tidak dapat dibebani Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud UU No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan yang tetap berada dalam penguasaan Pemberi Fidusia, sebagai agunan bagi pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada Penerima Fidusia terhadap kreditor lainnya.³⁰

Berdasarkan definisi tersebut, dapat disimpulkan Hak Cipta dapat dijadikan obyek Jaminan Fidusia karena Hak Cipta tergolong benda bergerak yang berwujud tak-nyata (*immaterial*) dan bersifat tak-benda (*intangible*). Di samping itu, Hak Cipta juga dapat dialihkan, baik seluruhnya atau sebagian, karena sebab: Pewarisan, Hibah, Wakaf, Wasiat, Perjanjian Tertulis, atau sebab-sebab lain yang dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan (contohnya: kepailitan).

²⁹ Munir Fuady, *Jaminan Fidusia*, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 155

³⁰ Lihat Pasal 1 angka 1 dan 2 UU No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

Meskipun Sertifikat Hak Cipta dipegang oleh kreditor (bank), tetapi obyek jaminan Fidusia (yaitu Hak Cipta yang berwujud *immaterial* dan *intangible*) tetap berada di tangan debitor (Pencipta atau Pemegang Hak Cipta), sehingga debitor masih bisa melaksanakan hak eksklusif (misalkan: membuat Perjanjian Lisensi atau Perjanjian Waralaba) asalkan dengan seijin pihak kreditor (bank).

Salah satu sebab pengalihan Hak Cipta adalah karena “sebab-sebab lain yang dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan”. Sebab-sebab lain tersebut, misalnya, adanya pengalihan Hak Cipta karena terjadinya kepailitan yang menimpa Pemegang Hak Cipta. Sesuai UU No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU, semua harta milik Debitor Pailit dapat dialihkan kepada kreditor, khususnya kreditor yang memiliki hak preferen. Sebab-sebab lain tersebut juga bisa terjadi berkaitan dengan adanya penjaminan Hak Cipta melalui Jaminan Fidusia. Artinya, jika debitor (Pemegang Hak Cipta) wanprestasi maka pihak kreditor (bank) dapat mengeksekusi dan mengalihkan hak atas obyek jaminan Hak Cipta tersebut.

Karena Hak Cipta dapat berbentuk tak-nyata (*immaterial*), dan tak-benda (*intangible*), maka diperlukan pengakuan negara dalam bentuk Sertifikat Hak Cipta. Sertifikat inilah yang dapat dijadikan obyek Jaminan Fidusia. Meskipun demikian, karena Sertifikat Hak Cipta belum memiliki “nilai ekonomi”, maka kreditor (bank) juga dapat meminta pengikatan Perjanjian Lisensi/ Waralaba yang dibuat oleh Pemilik Hak Cipta. Melalui perjanjian itulah, Pemilik Hak Cipta mendapatkan penghasilan nyata berupa royalti. Dari sudut pandang UU Perbankan (UU No. 10 Tahun 1998), Sertifikat Hak Cipta dapat digolongkan sebagai Agunan Pokok, sedangkan Perjanjian Lisensi/Waralaba dapat digolongkan sebagai Agunan Tambahan.

Kecuali diperjanjikan lain, Jaminan Fidusia dapat meliputi hasil dari benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia. Jaminan Fidusia juga dapat meliputi klaim asuransi, dalam hal benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia diasuransikan.³¹ Berdasarkan ketentuan ini, maka Hak Cipta yang dijadikan obyek Jaminan Fidusia dapat juga termasuk Perjanjian Lisensi dan penghasilan Royalti yang diterima

³¹ Lihat Pasal 10 UU No. 42 Tahun 1999 beserta Penjelasan.

Pemilik Hak Cipta. Tentu saja hal ini harus disebutkan secara jelas dalam Perjanjian Jaminan Fidusia yang ditandatangani pihak debitor dan kreditor.

Sebelum ada UU No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, benda yang dapat dijadikan obyek Jaminan Fidusia pada umumnya adalah benda bergerak yang terdiri dari benda dalam persediaan (*inventory*), benda dagangan, piutang, peralatan mesin, dan kendaraan bermotor. Jaminan Fidusia telah digunakan di Indonesia sejak zaman penjajahan Belanda sebagai suatu bentuk jaminan yang lahir dari yurisprudensi. Bentuk Jaminan Fidusia digunakan secara luas dalam transaksi pinjam-meminjam karena proses pembebanannya dianggap sederhana, mudah, dan cepat, meskipun pada masa itu belum didukung kepastian hukum yang kuat.

Lembaga Jaminan Fidusia memungkinkan para Pemberi Fidusia (debitor) untuk menguasai benda yang dijamin, dan melakukan kegiatan usaha yang dibiayai dari pinjaman dengan menggunakan Jaminan Fidusia. Pada awalnya, obyek Jaminan Fidusia terbatas pada kekayaan berupa benda bergerak yang berwujud peralatan. Dalam perkembangan lebih lanjut, obyek Jaminan Fidusia juga termasuk kekayaan berupa benda bergerak yang tidak berwujud maupun benda tidak bergerak.

UU No. 42 Tahun 1999 juga mengatur Pendaftaran Jaminan Fidusia untuk memberikan jaminan dan kepastian hukum kepada pihak yang berkepentingan, serta memberikan hak preferen kepada Penerima Fidusia terhadap kreditor lain. Selanjutnya, sesuai Pasal 29 UU No. 42 Tahun 1999, jika debitor wanprestasi maka pihak kreditor (bank) dapat mengeksekusi obyek Jaminan Fidusia tanpa meminta fiat Ketua Pengadilan Negeri atau yang lazim dikenal sebagai "Parate Eksekusi". Obyek jaminan Fidusia selanjutnya bisa dijual melalui pelelangan umum atau penjualan di bawah tangan.

Hak Cipta meliputi bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra. Obyek Hak Cipta umumnya berwujud tak-nyata (*immaterial*) dan bersifat tak-benda (*intangible*) seperti karya musik, film, novel, tari, permainan (*games*), program komputer, desain arsitektur, desain grafis, dll. Untuk obyek Hak Cipta seperti ini hanya dapat diikat dengan Jaminan Fidusia yang meliputi dua macam pengikatan agunan yaitu (a) Sertifikat Hak Cipta (sebagai Agunan Pokok), dan (b) Perjanjian Lisensi atau Perjanjian Waralaba yang dapat menghasilkan royalti (sebagai Agunan Tambahan).

Hak Cipta memang tidak wajib didaftarkan, sebab pengakuan dari negara timbul secara otomatis tatkala karya cipta tersebut dipublikasikan ke masyarakat. Namun demikian, pendaftaran Hak Cipta ke Ditjen HKI menjadi wajib jika hak tersebut akan dijamin, dialihkan, atau disewakan (dilisensikan).

Khusus obyek Hak Cipta yang berwujud nyata (*material*) dan bersifat benda (*tangible*) seperti lukisan atau patung, dapat dijadikan obyek jaminan Fidusia tanpa harus disertai dengan agunan tambahan. Lukisan atau patung juga dapat diikat dengan jaminan Gadai, jika obyek jaminannya disimpan pihak kreditor. Hak Cipta atas lukisan atau patung pada umumnya dialihkan melalui cara jual-beli putus, sehingga proses penjaminannya jauh lebih mudah.

Pengikatan Jaminan Fidusia atas Hak Cipta harus dibuat berdasarkan akta notaris dan didaftarkan ke Kantor Pendaftaran Fidusia di bawah Kemenkumham. Karena Sertifikat Hak Cipta dipegang oleh kreditor, jika debitor (Pemegang Hak Cipta) hendak melaksanakan hak eksklusifnya (seperti membuat Perjanjian Lisensi/Waralaba) maka debitor harus terlebih dahulu mendapatkan ijin dari pihak kreditor.

Akta jaminan Fidusia sekurang-kurangnya harus memuat: a) identitas pihak pemberi dan penerima Fidusia; b) data perjanjian pokok yang dijamin Fidusia yaitu mengenai macam perjanjian dan utang yang dijamin dengan Fidusia; c) uraian mengenai benda yang menjadi obyek jaminan Fidusia; d) nilai penjaminan, dan e) nilai benda yang menjadi obyek jaminan Fidusia.³²

Menurut Mariam Darus Badruzaman, pemilik hak Fidusia mempunyai hak melakukan parate eksekusi yaitu hak menagih piutangnya dari hasil penjualan obyek jaminan tanpa titel eksekutorial. Pemilik hak Fidusia juga mempunyai hak preferen, sehingga jika pemberi Jaminan Fidusia pailit, maka benda Fidusia tidak jatuh kedalam *boedel* pailit, dan pemilik hak Fidusia yang berstatus sebagai kreditor separatis berhak menjual benda Fidusia untuk pelunasan piutangnya.³³

Jika kemudian debitor (Pemilik Hak Cipta) melakukan wanprestasi/ ingkar janji, maka kreditor (bank) dapat melakukan eksekusi agunan berdasarkan ketentuan Pasal 29 UU No. 42 Tahun 1999. Dalam Sertifikat Jaminan Fidusia

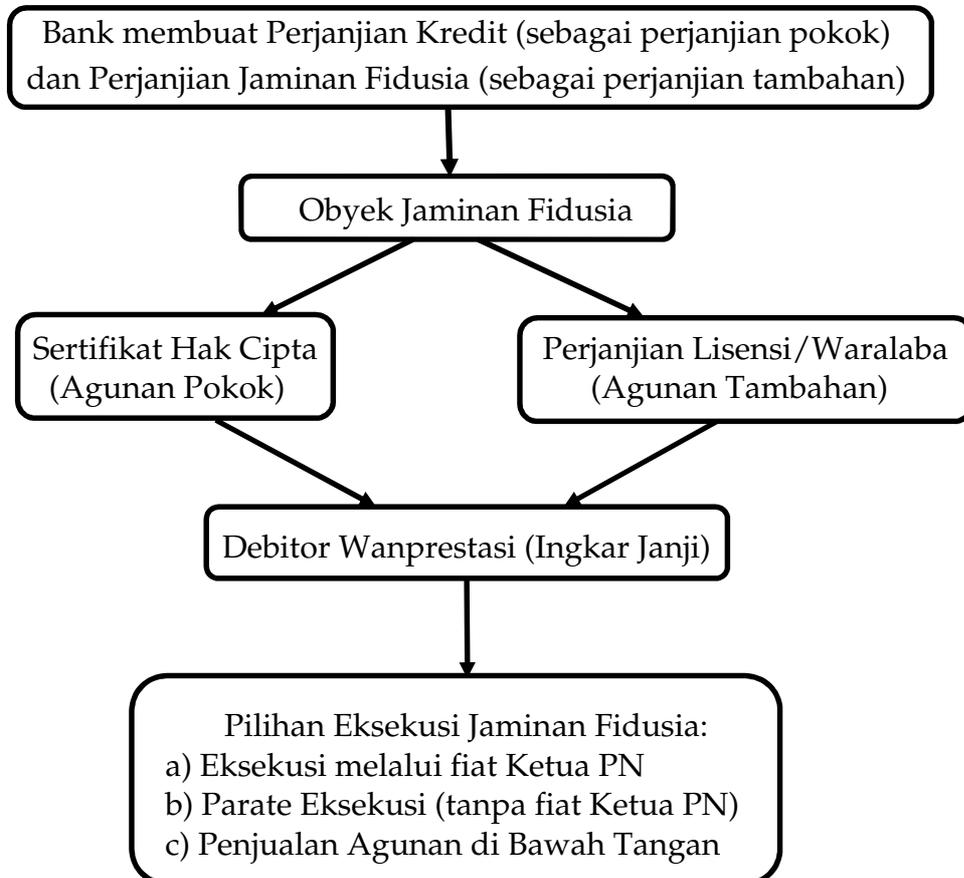
³² Gunawan Widjaja dan Ahmad Yani, *Jaminan Fidusia*, Penerbit PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2000, hlm. 142.

³³ Mariam Darus Badruzaman, *Bab-Bab Tentang Creditverband, Gadai & Fidusia*, Cetakan 4, Penerbit Alumni, Bandung, 1987, hlm. 98.

dicantumkan kata-kata "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA" sehingga mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Apabila debitur cidera janji, Penerima Fidusia mempunyai hak menjual benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia atas kekuasaannya sendiri tanpa meminta fiat Ketua Pengadilan Negeri. Penjualan benda tersebut dapat dilakukan melalui pelelangan umum maupun penjualan di bawah tangan.

Pengalihan Hak Cipta akibat eksekusi agunan tidak dapat menghapus hak moral dari pencipta untuk tetap dicantumkan namanya sebagai pencipta. Hak moral yang dimiliki oleh setiap pencipta berlaku selamanya, meskipun penciptanya sudah meninggal dunia. Hal ini berbeda dengan hak ekonomi dari pencipta yang dibatasi masa perlindungan. Hak ekonomi juga bisa hilang manakala pencipta telah menjual karya ciptanya ke pihak lain dengan cara jual-putus. Pencipta yang telah menjual karyanya tidak boleh lagi membuat perjanjian lisensi dengan pihak lain.

Bagan 3 : Penjaminan Hak Cipta Melalui Skema Jaminan Fidusia



Penutup

Adapun hasil penelitian menyimpulkan tiga hal pokok yaitu: *pertama*, Hak Atas Kekayaan Intelektual (HAKI) adalah tergolong benda-benda bergerak yang dapat dijadikan jaminan utang melalui skema Gadai dan/atau Fidusia. Namun demikian hingga saat ini baru Hak Cipta yang sudah dilegalkan sebagai obyek jaminan utang melalui skema Fidusia berdasarkan Pasal 16 UU Hak Cipta terbaru (UU No. 28 Tahun 2014). HAKI yang berwujud nyata (*material*) dan bersifat benda (*tangible*) dapat diikat dengan jaminan Gadai dan/atau Fidusia. Sedangkan HAKI yang tidak nyata (*immaterial*) atau tak-benda (*intangibile*) hanya bisa diikat dengan jaminan Fidusia. *Kedua*, obyek Hak Cipta yang berwujud nyata (*material*) atau benda (*tangible*) dalam perspektif Hukum Jaminan dapat dijadikan jaminan utang melalui skema Gadai. Namun sayang UU Hak Cipta terbaru (UU No. 28 Tahun 2014) belum mengatur hal ini, padahal obyek Hak Cipta jenis ini (seperti lukisan atau patung) memiliki nilai ekonomi yang relatif besar bahkan hingga miliaran rupiah per obyek. *Ketiga*, obyek Hak Cipta yang berwujud tidak nyata (*immaterial*) dan tak-benda (*intangibile*) dalam perspektif Hukum Jaminan dapat dijadikan jaminan utang melalui skema Fidusia. Hal ini juga sudah diatur dalam Pasal 16 UU Hak Cipta terbaru (UU No. 28 Tahun 2014). Namun sayang implementasi aturan ini di perbankan masih terkendala karena belum ada revisi terhadap Peraturan Bank Indonesia (PBI) Nomor 9/6/PBI/2007 yang mengatur tentang agunan kredit bank.

Adapun saran-saran yang terkait dengan hasil penelitian ini meliputi: i) Pemerintah dan DPR diharapkan juga merevisi UU HAKI selain Hak Cipta dengan memasukkan pasal tentang penjaminan HAKI melalui skema Gadai dan/atau Fidusia.; ii) Pemerintah dan DPR diharapkan merevisi kembali UU Hak Cipta sehingga Hak Cipta dapat dijadikan jaminan utang melalui skema Gadai dan/atau Fidusia; iii) Bank Indonesia diharapkan melakukan revisi Peraturan Bank Indonesia (PBI) tentang agunan kredit dengan cara memasukkan Hak Cipta sebagai obyek jaminan kredit bank melalui skema jaminan Gadai dan/atau Fidusia; iv) Otoritas Jasa Keuangan (OJK) diharapkan membuat regulasi untuk mengadopsi penggunaan Hak Cipta sebagai obyek jaminan Gadai dan/atau Fidusia pada lembaga keuangan bank dan non-bank.

Daftar Pustaka

Buku

- Badruzaman, Mariam Darus, *Bab-Bab Tentang Creditverband, Gadai & Fidusia*, Cetakan ke-4, Penerbit Alumni, Bandung, 1987.
- Daeng Naja, H.R., *Hukum Kredit dan Bank Garansi (The Bankers Hand Book)*, Cetakan 1, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.
- Djumhana, Muhammad, *Hukum Perbankan di Indonesia*, Cetakan Ketiga, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.
- Fuady, Munir, *Jaminan Fidusia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.
- Haryanto, Ignatius, *Penghisapan Rezim HAKI*, Penerbit debt-Watch Indonesia dan Kreasi Wacana, Yogyakarta, 2002.
- Hariyani, Iswi, *Resi Gudang: Sebagai Jaminan Kredit dan Alat Perdagangan*, Penerbit Sinar Grafika (Bumi Aksara Group), Jakarta, 2010.
- _____, *Prosedur Mengurus HAKI yang Benar*, Penerbit Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2010.
- _____, *Restrukturisasi dan Penghapusan Kredit Macet*, Penerbit PT Elex Media Komputindo, Jakarta, 2010.
- _____, *Bebas Jeratan Utang Piutang*, Penerbit Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2010.
- Masjchun Sofwan, Sri Soedewi, *Beberapa Masalah Pelaksanaan Lembaga Jaminan khususnya Fiducia di dalam Praktek dan pelaksanaannya di Indoensia*, Penerbit Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 1977.
- Oey Hoey Tiong, *Fidusia Sebagai Jaminan Unsur-Unsur Perikatan*, Cetakan Pertama, Penerbit Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984.
- Pangestu, Mari Elka dan Kelompok Kerja Design Power Departemen Perdagangan, *Rencana Pengembangan Ekonomi Kreatif Indonesia 2009-2025*, Departemen Perdagangan Republik Indonesia, Jakarta, 2008.
- R. Subekti, *Jaminan-Jaminan untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Cetakan 10, Penerbit PT. Alumni, Bandung, 1982.
- Saliman, Abdul R., Hermansyah, dan Ahmad Jalis, *Hukum Bisnis untuk Perusahaan : Teori dan Contoh Kasus*, Cetakan 1, Penerbit Prenada Media, Jakarta, 2005.
- Satrio, J., *Hukum Jaminan – Hak Jaminan Kebendaan*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002.
- Satro, J., *Hukum Jaminan – Hak Jaminan Kebendaan Fidusia*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.
- Serfiyani, Cita Yustisia, R. Serfianto Dibyo Purnomo, dan Iswi Hariyani, *Franchise Top Seret: Ramuan Sukses Bisnis Waralaba Sepanjang Masa*, Penerbit Andi, Yogyakarta, 2016.

Soebroto, Thomas, *Tanya Jawab Hukum Jaminan : Hipotik, Fidusia, Penanggungan, dll*, Cetakan 1, Penerbit Effhar & Dahara Prize, Semarang, 1995.

Widjaja, Gunawan, dan Ahmad Yani, *Jaminan Fidusia*, Penerbit PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2000.

Jurnal

Hariyani, Iswi, "Hapus Tagih Kredit Macet Debitor UMKM di Bank BUMN Sesuai Mekanisme Korporasi" dalam *Buletin Hukum Perbankan dan Kebank-sentralan*, Volume 7, Nomor 3, September 2009, Bank Indonesia, Jakarta.

Hariyani, Iswi, "Hari Kekayaan Intelektual Sedunia Ke-10 (26 April 2010) : Menemukan Kembali Jati Diri Bangsa", dalam *Media HKI*, Vol.VII, No.02, April 2010, Ditjen HKI, Kemenkumham RI, Jakarta.

Hariyani, Iswi, "Hak Kekayaan Intelektual Sebagai Jaminan Kredit", dalam *Media HKI*, Vol. VII, No. 03, Juni 2010, Ditjen HKI, Kemenkumham RI, Jakarta.

Hariyani, Iswi dan Cita Yustisia Serfiyani, "Peran HKI dalam Pengembangan Waralaba dan Ekonomi Kreatif", *Media HKI*, Vol. XII, No.6, November 2015, Ditjen HKI, Kemenkumham RI, Jakarta.

Hariyani, Iswi dan Cita Yustisia Serfiyani, "Perlindungan Hukum Sistem Donation Based Crowdfunding pada Pendanaan Industri Kreatif di Indonesia", *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol.12 No.4, Desember 2015, Ditjen Peraturan Perundang-undangan, Kemenkumham RI, Jakarta.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1996 Nomor 42, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3632)

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1998 Nomor 182, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3790)

Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 168, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3889)

Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 131, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4443)

Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2006 Tentang Sistem Resi Gudang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4630)

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2008 Tentang Pelayaran (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 64, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4849)

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2009 Tentang Penerbangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4956)

Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2006 Tentang Sistem Resi Gudang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 78, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5231)

Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 Tentang Hak Cipta (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 266, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5599)

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata)

Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/ 6/ PBI/ 2007 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/ 2/ PBI/ 2005 tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bank Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 54, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4716)

Internet

Data Statistik Ekonomi Kreatif - Kementerian Pariwisata", www.kemenpar.go.id.

<https://m.tempo.co/read/news/2016/03/15/090753840/dari-16-subsektor-ekonomi-kreatif-baru-3-yang-berkembang>

Kearifan Lokal Tambang Rakyat sebagai Wujud *Ecoliteracy* di Kabupaten Bangka

Derita Prapti Rahayu
Fakultas Hukum Universitas Bangka Belitung
Kampus Terpadu Universitas Bangka Belitung, Desa Balunijuk,
Kec. Merawang, Kab. Bangka
deritapraptir@yahoo.com

Abstract

The issues studied in this research included, first: how to build ecoliteracy for a sustainable environment? Second, how the local wisdom in people mining as a form of ecoliteracy in Bangka is. This research used a socio-legal approach with the techniques of data collection through documentation, participative observation and interviews. The result of the research concluded that first: ecoliteracy development for a sustainable environment can be done by reviewing the local wisdom of local communities. The participation of community in protecting and preserving local wisdom is in line with Article 70 paragraph (3) letter (e) of Law No. 32 Year 2009. Second, the local wisdom of people mining in the form of ampak tin is an essential element to build ecoliteracy in Bangka. The local wisdom in people mining in the form of ampak tin needs to be strengthened in the form of regulations of local governments to prevent Bangka Regency from the threat of environmental damages. In addition, the ampak tin must be preserved and used as a form ecoliteracy in Bangka for a sustainable environment.

Key words: Local wisdom, people mining, ecoliteracy

Abstrak

Permasalahan dalam penelitian ini, *pertama*: bagaimanakah membangun *ecoliteracy* untuk lingkungan berkelanjutan? *Kedua*, bagaimanakah kearifan lokal tambang rakyat sebagai wujud *ecoliteracy* di Kabupaten Bangka. Penelitian ini menggunakan pendekatan sosio-legal dengan teknik pengambilan data melalui dokumentasi, observasi partisipatif dan wawancara. Hasil penelitian menyimpulkan bahwa, *pertama*: pembangunan *ecoliteracy* untuk lingkungan berkelanjutan dapat dilakukan dengan cara meninjau kearifan lokal masyarakat setempat. Partisipasi masyarakat dalam melindungi dan melestarikan kearifan lokal sejalan dengan Pasal 70 ayat (3) huruf (e) UU No. 32 Tahun 2009. *Kedua*, kearifan lokal tambang rakyat berupa timah *ampak* merupakan unsur penting untuk membangun *ecoliteracy* di Kabupaten Bangka. Kearifan lokal tambang rakyat berupa timah *ampak* ini perlu diperkuat dalam bentuk regulasi dari pemerintah daerah untuk mencegah Kabupaten Bangka dari ancaman kerusakan lingkungan. Selain itu, timah *ampak* harus dilestarikan dan dipergunakan sebagai wujud *ecoliteracy* di Kabupaten Bangka untuk lingkungan berkelanjutan.

Kata kunci; Kearifan lokal, tambang rakyat, *ecoliteracy*.

Pendahuluan

Penelitian ini dilakukan di Wilayah Kabupaten Bangka, salah satu penghasil timah di Indonesia¹. Bangka merupakan kabupaten di Propinsi Kepulauan Bangka Belitung² dengan luas Wilayah 3.028,794 km² atau 3.028.794,693 Ha. Wilayah Kabupaten Bangka terletak di Pulau Bangka. Kabupaten ini memiliki luas wilayah lebih kurang 2.950,68 km² atau 295.068 Ha. Secara administratif wilayah Kabupaten Bangka berbatasan langsung dengan daratan wilayah kabupaten/kota lainnya di Propinsi Kepulauan Bangka Belitung, yaitu dengan wilayah Kota Pangkalpinang, Kabupaten Bangka Tengah dan Kabupaten Bangka Barat serta Laut Natuna.

Kabupaten Bangka terdiri dari 8 Kecamatan yaitu Kecamatan Sungailiat dengan luas wilayah 146,38 km², Kecamatan Pemali dengan luas wilayahnya 127,87 km², Kecamatan Bakam dengan luas wilayah 488,10 km², Kecamatan Belinyu dengan luas wilayah 546,50 km², Kecamatan Mendo Barat dengan luas wilayah 570,46 km², Kecamatan Merawang dengan luas wilayahnya 164,40 km², Kecamatan Puding Besar dengan luas wilayah 383,29 km², Kecamatan Riau Silip dengan luas wilayah 533,68 km².³

Pertambangan rakyat di Bangka adalah pertambangan mineral logam timah yang mulai ada sejak 1998,⁴ karena sebelumnya rakyat dilarang untuk melakukan penambangan. Istilah yang berkembang dan dikenal oleh masyarakat Kabupaten Bangka adalah Tambang Timah Inkonvensional (TI).

Aktivitas penambangan, apapun bentuknya pasti tidak lepas dari persoalan lingkungan hidup, karena pada hakekatnya melakukan penambangan berarti mengubah tatanan alam. Kapan dan dimanapun kegiatan penambangan itu

¹Erwiza Erman, *Mengungkap Sejarah Timah Bangka Belitung*, Penerbit Ombak, Yogyakarta, 2009, hlm. 74, periksa juga Siti Maimunah, *Negara Tambang Dan Masyarakat Adat, Perspektif HAM Dalam Pengelolaan Pertambangan Yang Berbasis Lingkungan Dan Kearifan Lokal*, Intrans Publising, Malang, hlm. 146

² Tepatnya pada tahun 2000 Propinsi Kepulauan Bangka Belitung berdiri lepas dari Sumatera Selatan sekaligus merupakan propinsi yang ke-31 di Indonesia, berdasar Undang-Undang No. 27 Tahun 2000 tentang Pembentukan Propinsi Kepulauan Bangka Belitung.

³Geografis Dan Wilayah Pemerintah Daerah Kabupaten Bangka, http://www.bangka.go.id/content.php?id_content=kondisi_geografis, diakses 05 Maret 2015.

⁴Iskandar Zulkarnain, *Konflik di Kawasan Pertambangan Timah di Bangka Belitung*, Penerbit LIPI Press, 2005, Jakarta, hlm.73. Dikutip juga oleh Tri Hayati, , *Perizinan Pertambangan Di Era Reformasi Pemerintahan Daerah Studi Tentang Perizinan Pertambangan Timah di Pulau Bangka*, Disertasi UI, 2011, <http://lib.ui.ac.id/file?file=digital/20305841-D%201270-Perizinan%20pertambangan-full%20text.pdf>, diakses tanggal 07 Oktober 2014.

dilakukan, akan bersentuhan langsung dengan perusakan lingkungan.⁵ Walaupun demikian tetap harus diperhatikan dalam pengusahaan pertambangan mengenai aspek kelestarian lingkungan,⁶ sehingga terwujud masyarakat berkelanjutan yang oleh Capra disebut dengan *ecoliteracy*, sebagai keadaan dimana orang telah memahami prinsip-prinsip ekologi dan hidup sesuai dengan prinsip-prinsip lingkungan dalam menata kehidupan bersama umat manusia di bumi.⁷ Pada dasarnya *ecoliteracy* mengajak kita untuk memafaatkan alam lingkungan sesuai dengan kebijaksanaan lingkungan yaitu kearifan lokal berkaitan dengan pengelolaan lingkungan.

Di negara Indonesia, diakui adanya kearifan lokal dalam mengelola lingkungan hidup, yaitu termuat dalam Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (selanjutnya menggunakan istilah UUPPLH). Pasal 1 angka 30 UUPPLH menjelaskan kearifan lokal adalah nilai-nilai luhur yang berlaku dalam tata kehidupan masyarakat untuk antara lain melindungi dan mengelola lingkungan hidup secara lestari. Kearifan lokal juga menjadi salah satu asas dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup yang dimuat dalam Pasal 2 huruf (l) UUPPLH dan diperjelas dalam penjelasannya, yang dimaksud dengan asas kearifan lokal adalah bahwa dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup harus memperhatikan nilai-nilai luhur yang berlaku dalam tata kehidupan masyarakat.

Ketentuan mengenai kearifan lokal ini juga menjadi dasar dalam penyusunan Rencana Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (RPPLH) yang harus memperhatikan kearifan lokal (Pasal 9 ayat (2) huruf (d) UUPPLH). Undang-Undang ini juga memberikan pengaturan mengenai peran masyarakat dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup yang dilakukan untuk

⁵Perusakan lingkungan hidup adalah tindakan oranyang menimbulkan perubahan langsung atau tidak langsung terhadap sifat fisik, kimia, dan/atau hayati lingkungan hidup sehingga melampaui kriteria baku kerusakan lingkungan hidup, Kerusakan lingkungan hidup adalah perubahan langsung dan/atau tidak langsung terhadap sifat fisik, kimia, dan/atau hayati lingkungan hidup yang melampaui kriteria baku kerusakan lingkungan hidup (Pasal 1 angka 16 dan 17 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup).

⁶Pelestarian fungsi lingkungan hidup adalah rangkaian upaya untuk memelihara kelangsungan daya dukung dan daya tampung lingkungan hidup. Pasal 1 (1) Nomor 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

⁷Sonny Keraf, *Filsafat Lingkungan Hidup Alam Sebagai Sebuah Sistem Kehidupan*, Kanisius, Yogyakarta, 2014, hlm. 127.

mengembangkan dan menjaga budaya dan kearifan lokal dalam rangka pelestarian fungsi lingkungan hidup (Pasal 70 ayat (3) huruf (e) UUPPLH).

Sikap terhadap alam dan lingkungan tentu saja tidak dapat dilepaskan dari latar belakang kebudayaan sebelumnya. Sastrosupeno menjelaskan bahwa hubungan antara manusia dengan alam dan lingkungan sangat dekat dan erat sehingga tumbuh suatu kepercayaan, nilai lokal, atau tradisi, hal itu berkaitan dengan aturan-aturan moral lokal yang diketahui oleh masyarakat dan merupakan wujud dari kearifan lokal.⁸

Sesuai dengan pendapat Gadgil dan Barkes, bahwa kearifan lokal tidak dapat dipisahkan dari unsur-unsur aturan lokal, tradisi lokal, adat istiadat atau nilai-nilai budaya⁹ yang merupakan bukti harmonisnya hubungan antara masyarakat dan lingkungan. Pengertian kebahasaan kearifan lokal, berarti kearifan setempat (*local wisdom*) yang dapat dipahami sebagai gagasan-gagasan lokal yang bersifat bijaksana, penuh kearifan, bernilai, tertanam dan diikuti oleh warga masyarakatnya.¹⁰

Pentingnya kearifan lokal sebagai dasar dalam pengambilan keputusan pertambangan dalam menekan potensi kerusakan lingkungan ditunjukkan pula oleh hasil penelitian *Research Center for Politics an Government* Departemen Politik Gajah Mada di Banyuwangi, Jawa Timur tahun 2015 yang menemukan tambang emas di Gunung Tumpang Pitu, Desa Sumberagung, Kecamatan Pesanggaran sebagai benteng alam yang melindungi masyarakat Tumpang Pitu dari bencana. Oleh karena itu, terlalu beresiko jika kondisi alam itu diubah oleh kegiatan pertambangan sehingga kerugian yang ditimbulkan akan lebih besar dibandingkan manfaat tambang yang dinikmati.¹¹ Uraian di atas menegaskan bahwa kelestarian lingkungan tetap menjadi prioritas dalam pertambangan berdasar pada kearifan lokal masyarakat.

⁸ Sastrosupeno, S, *Manusia, Alam dan Lingkungan*.Proyek Penulisan dan Penerbitan Buku/Majalah Pengetahuan Umum dan Profesi.Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1984, hlm. 12

⁹B.B.Mitchell Setiawan dan Dwita Hadi Rahmi, *Pengelolaan Sumber Daya dan Lingkungan*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2007, hlm. 25.

¹⁰Kementerian Kebudayaan Dan Pariwisata Republik Indonesia, *Kearifan Lokal Di Tengah Modernisasi*, Pusat Penelitian Dan Pengembangan Kebudayaan Badan Pengembangan Sumber Daya Kebudayaan dan Pariwisata Kementerian Kebudayaan Dan Pariwisata Republik Indonesia, 2011, hlm. IX.

¹¹“Pertambangan, Pengetahuan Lokal Terabaikan”, *Kompas*, Rabu, 27 Januari 2016, hlm. 23

Rumusan Masalah

Permasalahan dalam penelitian ini antara lain, *pertama*: bagaimanakah membangun *ecoliteracy* untuk lingkungan berkelanjutan? *Kedua*, bagaimanakah kearifan lokal tambang rakyat sebagai wujud *ecoliteracy* di Kabupaten Bangka?

Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah untuk mengetahui: *pertama*, cara membangun *ecoliteracy* untuk lingkungan berkelanjutan. *Kedua*, kearifan lokal tambang rakyat sebagai wujud *ecoliteracy* di Kabupaten Bangka.

Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan pendekatan *socio-legal*,¹² yaitu objek penelitian tetap berupa hukum yaitu peraturan perundangan-undangan terkait tambang rakyat dan lingkungan dengan digunakannya metode dan teori ilmu-ilmu sosial untuk membantu peneliti dalam melakukan analisis. Penelitian ini merupakan penelitian kualitatif¹³ dengan teknik pengambilan data melalui dokumentasi, observasi partisipatif, dan wawancara yang mendalam dengan para *key informan*.

Jenis data dalam penelitian ini adalah data primer dan data sekunder yang berasal dari bahan hukum primer dan bahan hukum tersier. Data primer diperoleh dari penelitian di lapangan, dengan mewawancarai sejumlah *key informan*¹⁴, yaitu: 1. Penambang rakyat/ penambang timah inkonvensional (TI) yakni: Darso dari Kampung Kimak, Mang Toha dan Mang Bahan dari Belinyu, Amad dari Mabet. 2.

¹² Esmi Warassih, *Bahan Kuliah Metodologi Penelitian Hukum*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2007, hlm.5.

¹³Dimaksudkan agar peneliti dapat mengungkapkan secara lebih mendalam fenomena sosial dan hukum karena akan mempermudah peneliti untuk menyesuaikan dengan keadaan atau berhadapan dengan kenyataan ganda. Esensinya adalah sebagai sebuah metode pemahaman atas keunikan, dinamika dan hakikat holistik dari kehadiran manusia dan interaksinya dengan lingkungan. Penelitian kualitatif bersifat kompleks dan luas, yang bermaksud memberikan makna atas fenomena secara holistik dan peneliti merupakan instrumen kunci sehingga harus berperan aktif dalam keseluruhan proses penelitian. Lebih jelas lihat Sudarwan Danim, *Menjadi Peneliti Kualitatif*, Pustaka Setia, Bandung, 2002, hlm.35.

¹⁴ Informan kunci ditentukan berdasarkan pengetahuan dan pengalaman informan, lihat Purnawan D. Negara, *Dekonstruksi kebijakan Pengelolaan Kawasan Tenggur Berbasis Nilai Komunal Ekologios Dalam Perspektif Sosio Legal*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum, Undip, 2014, hlm. 54

penyelenggara pemerintah daerah Kabupaten Bangka terkait kelembagaan WPR, yakni Staf ahli Badan Lingkungan Hidup Kabupaten Bangka yaitu Pak Sanusi dan Pak Endang Supriyadi, Staf ahli Dinas Pertambangan dan Energi Kabupaten Bangka yaitu Pak Amir, Staf ahli Dinas Pariwisata dan Budaya Kabupaten Bangka yaitu Pak Ali Usman, Staf ahli Badan Perencanaan Pembangunan Daerah Bangka Staf ahli Biro Hukum Kabupaten Bangka, Biro Hukum DPRD Kabupaten Bangka;

3. Beberapa tokoh masyarakat khususnya *Dukon timah* (istilah lokal) yakni Pak Fauzi Kampung Kace, Yuk Tutik Belinyu, Mang Bahan, Aji Sop, Ahmad Darli dan Zarkasi Kampung Dalil, Amang Kelurahan Sungailiat, Ramli Ngadjum Kampung Kelapa Melayu Jering, Pak Hanafi Kampung Mengkubung Belinyu; 4. Masyarakat biasa yang bukan penambang dan bukan dari Pemda yakni Ustadz Aan kampung Dalil, Pak Ferhad dari Mentok, Pak Deki dari Pangkalpinang, Pak Darmawan dari Sungailiat dari masyarakat, pelaku tambang rakyat dan para pengambil kebijakan.

Data sekunder dilakukan melalui studi pustaka maupun dokumen-dokumen berasal dari bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer yaitu UUDNRI 1945, Undang-Undang No. 23 Tahun 1997 tentang Ketentuan Ketentuan Pokok Pengelolaan Lingkungan Hidup (UUPPLH) dan beberapa undang-undangan terkait dengan kearifan lokal yaitu Undang-Undang No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir Dan Pulau-Pulau Kecil', Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2012 tentang Keistimewaan Daerah Istimewa Yogyakarta, Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, Undang-Undang No. 18 Tahun 2012 tentang Pangan, Undang-Undang 32 Tahun 2014 tentang Kelautan, Matriks I, Pembagian Urusan Pemerintahan Konkuren Antara Pemerintah Pusat Dan Daerah Provinsi Dan Daerah Kabupaten/Kota, Lampiran Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah Pembagian Urusan Pemerintahan Konkuren Antara Pemerintah Pusat Dan Daerah Provinsi Dan Daerah Kabupaten/Kota.

Bahan hukum sekunder diperoleh dengan menggunakan studi kepustakaan buku-buku literatur dan dokumen-dokumen resmi yang berkaitan dengan penelitian ini. Bahan hukum tersier, atau bahan hukum penunjang yaitu bahan hukum yang akan memberikan petunjuk informasi/penjelasan terhadap bahan

hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus hukum, indeks majalah hukum, jurnal hukum dan lain-lain.

Lokasi penelitian dilakukan di wilayah Kabupaten Bangka karena merupakan salah satu penghasil timah terbesar di Propinsi Kepulauan Bangka Belitung sehingga representasi kabupaten lainnya propinsi ini. Wilayah yang dipilih dengan pertimbangan daerah yang banyak terdapat TI yaitu daerah Kecamatan Sungailiat, Belinyu, Bakam dan wilayah yang tidak terdapat TI yaitu Kecamatan Bakam dan sebagian Wilayah Kecamatan Sungailiat. Kabupaten ini memiliki luas wilayah lebih kurang 2.950,68 Km² atau 295.068 Ha. Secara administratif wilayah Kabupaten Bangka berbatasan langsung dengan daratan wilayah kabupaten/kota lainnya di Propinsi Kepulauan Bangka Belitung, yaitu dengan wilayah Kota Pangkalpinang, Kabupaten Bangka Tengah dan Kabupaten Bangka Barat serta Laut Natuna, dengan jumlah penduduk pada akhir tahun 2007 memiliki jumlah penduduk 242.010 jiwa.¹⁵

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Membangun *Ecoliteracy* untuk Lingkungan Berkelanjutan

Apabila direnungkan dan dikaji secara mendalam makna slogan; “bumi ini adalah pinjaman generasi sekarang dari generasi yang akan datang” sesungguhnya merupakan peringatan (*warning*) bagi semua pihak yang terkait dengan pengelolaan sumber daya nasional. Khusus bagi pengusaha bahan galian, perlu diingat bahwa pengusaha bahan galian secara berlebihan di masa sekarang tanpa mematuhi kaidah-kaidah hukum lingkungan, akan menjadi beban berat bagi generasi yang akan datang. Generasi penerus bangsa Indonesia akan menjadi generasi penanggung beban saja. Hal seperti ini tentu tidak berlaku secara khusus di negara tertentu saja, melainkan akan terjadi di semua negara yang melakukan langkah penanganan serupa, terutama sekali dalam pengusaha bahan mineral untuk tujuan dan kepentingan yang bersifat sesaat.¹⁶

¹⁵Bagian Pemerintahan Setda Kabupaten Bangka.

¹⁶*Ibid*, hlm. 120-121

Lingkungan hidup merupakan anugerah Tuhan Yang Maha Esa yang wajib dilestarikan dan dikembangkan kemampuannya agar tetap dapat menjadi sumber penunjang hidup bagi manusia dan makhluk hidup lainnya demi kelangsungan dan peningkatan kualitas hidup itu sendiri.¹⁷ Secara ekologis, manusia adalah bagian dari lingkungan hidup. Komponen yang ada di sekitar manusia yang sekaligus sebagai sumber mutlak kehidupannya merupakan lingkungan hidup manusia. Lingkungan hidup inilah yang menyediakan berbagai sumber daya alam yang menjadi daya dukung bagi kehidupan manusia dan komponen lainnya. Sumber daya alam adalah segala sesuatu yang terdapat di alam yang berguna bagi manusia, untuk memenuhi kebutuhan hidupnya baik untuk masa kini maupun masa mendatang. Kelangsungan hidup manusia tergantung dari keutuhan lingkungannya, sebaliknya keutuhan lingkungan tergantung bagaimana kearifan manusia dalam mengelolanya.¹⁸

Saat ini mulai banyak muncul gerakan atau kelompok yang memandang dan memperlakukan alam semesta ini secara keseluruhan dan bukan parsial. Selama tigapuluh tahun terakhir, krisis lingkungan mendorong berlangsungnya proses “penghijauan pemikiran religius ketika para pemikir religius dari berbagai tradisi mulai memberikan tanggapan secara bermakna pada semakin besarnya kesadaran tentang makhluk yang begitu rapuh, mudah rusak, dan saling bergantung.¹⁹ Meskipun banyak tradisi religius memiliki cukup banyak sumber, namun belum banyak yang telah mengembangkan sepenuhnya etika lingkungan yang sistematis yang relevan dengan masalah-masalah kontemporer. Banyak hal yang muncul dan krisis yang luar biasa besar dari hal yang disebutkan di atas, oleh karena itu menjelang 1970-an muncul sebuah gerakan eko-keadilan yang berupaya mengintegrasikan ekologi, keadilan.²⁰

Terdapat banyak konsensus tentang pentingnya aspek religius dalam bertindak menghadapi masalah-masalah lingkungan, dan tampak jelas bahwa

¹⁷ Penjelasan Umum dalam Undang-Undang No. 23 Tahun 1997 tentang Ketentuan Ketentuan Pokok Pengelolaan Lingkungan Hidup.

¹⁸ Kementerian Negara Lingkungan Hidup, *Majalah Serasi*, Deputi Bidang Komunikasi Lingkungan dan Pemberdayaan Masyarakat, Jakarta, Januari, 2006, hlm. 35

¹⁹ Audrey R. Chapman, Rodney L. Petersen, Barbara Smith Moran, *Bumi yang Terdesak; Perspektif Ilmu dan Agama Mengenai Konsumsi, Populasi, dan Keberlanjutan*, Mizan, Bandung, 2007, hlm. 153

²⁰ *Ibid.*

perjuangan untuk mengintegrasikan ekologi, keadilan (masyarakat) dan keimanan menjadi pemikiran yang permanen pada masa-masa yang mendatang. Meminjam pemikiran ekologis Fritjof Capra tentang jaring-jaring kehidupan di alam semesta ini bahwa sesungguhnya ada relasi timbal balik antara manusia dengan alam. Manusia bukanlah penguasa alam semesta melainkan manusia hanyalah bagian dari jaring-jaring kehidupan yang ada di alam semesta ini. Apapun yang manusia lakukan terhadap jaring-jaring kehidupan ini pada akhirnya akan berimbas pada manusia itu sendiri sebagai bagian dari jaring-jaring kehidupan tersebut.²¹

Konsep Capra sebenarnya banyak terinspirasi oleh gaya pemikiran keseimbangan dan keharmonian antara dualitas *yin* dan *yang*. Capra mengambil contoh jaring-jaring kehidupan ini dalam kasus rantai makanan, ada ketergantungan satu organisme terhadap organisme lain yang mengarah pada kondisi mutualisme. Capra kemudian menuangkan gagasannya tentang pengelolaan lingkungan ini ke dalam konsep besar, yaitu *ecoliteracy*.²²

Ecoliteracy lebih mengarahkan pada upaya membentuk kesadaran akan pentingnya lingkungan hidup bagi keberlanjutan jaring-jaring kehidupan. *Ecoliteracy*, bisa diartikan sebagai situasi melek huruf, paham, atau memiliki pengertian terhadap bekerjanya prinsip-prinsip ekologi dalam kehidupan bersama di bumi. Jadi apa yang perlu dipahami dari *ecoliteracy* adalah *wisdom of nature* (kebijaksanaan alam) yang digambarkan oleh Fritjof Capra sebagai kemampuan sistem-sistem ekologis planet bumi mengorganisir dirinya sendiri melalui cara-cara

²¹ Fritjof Capra, *Jaring-Jaring Kehidupan: Visi Baru Epistemologi dan Kehidupan*, Fajar Pustaka Baru, Yogyakarta, 2002, hlm. vii.

²² Antroposentrisme adalah teori etika lingkungan yang memandang manusia sebagai pusat dari sistem alam semesta. Manusia dan kepentingannya dianggap yang paling menentukan dalam tatanan ekosistem dan dalam kebijakan yang diambil dalam kaitan dengan alam, baik secara langsung atau tidak langsung. Nilai tertinggi adalah manusia dan kepentingannya. Hanya manusia yang mempunyai nilai dan mendapat perhatian. Segala sesuatu yang lain di alam semesta ini hanya akan mendapat nilai dan perhatian sejauh menunjang dan demi kepentingan manusia. Oleh karena itu, alam pun dilihat hanya sebagai objek, alat dan sarana bagi pemenuhan kebutuhan dan kepentingan manusia. Alam hanya alat bagi pencapaian tujuan manusia. Alam tidak mempunyai nilai pada dirinya sendiri. Biosentrisme menolak argumen antroposentrisme. Bagi biosentrisme, tidak benar bahwa hanya manusia yang mempunyai nilai. Alam juga mempunyai nilai pada dirinya sendiri lepas dari kepentingan manusia. Menurut Susilo bahwa biosentrisme mengajarkan tentang hidup dengan menghargai banyak spesies, mengajari bagaimana memandang lingkungan dengan cara berfikir fundamental. Ekosentrisme merupakan kelanjutan dari teori etika lingkungan biosentrisme. Sebagai kelanjutan dari biosentrisme, ekosentrisme sering disamakan begitu saja dengan biosentrisme karena ada banyak kesamaan di antara kedua teori ini. Kedua teori ini mendobrak cara pandang antroposentrisme yang membatasi keberlakuan etika hanya pada komunitas manusia. Salah satu versi teori ekosentrisme adalah teori etika lingkungan yang sekarang ini populer dikenal sebagai *Deep Ecology*. Sebagai sebuah istilah, *Deep Ecology* diperkenalkan oleh Arne Naess. Menurut Naess dalam Keraf bahwa *Deep Ecology* menuntut suatu etika baru yang tidak berpusat pada manusia, tetapi berpusat pada makhluk hidup seluruhnya dalam kaitan dengan upaya mengatasi persoalan lingkungan hidup.

halus dan kompleks. Cara sistem-sistem ekologis ini mengorganisir diri sendiri telah teruji sangat handal untuk melestarikan kehidupan di planet bumi.²³

Atas dasar kesadaran inilah manusia menata pola dan gaya hidupnya menjadi pola dan gaya hidup yang selaras dengan lingkungan hidup. Manusia lalu menggunakan kesadaran tersebut untuk menuntun hidupnya dalam segala dimensinya sampai menjadi sebuah budaya yang merasuki semua anggota masyarakat untuk akhirnya terciptalah sebuah masyarakat yang berkelanjutan. Secara khusus, Capra juga memaksudkan *ecoliteracy* sebagai keadaan di mana orang telah memahami prinsip-prinsip ekologi dan hidup sesuai dengan prinsip-prinsip ekologi itu dalam menata dan membangun kehidupan bersama umat manusia di bumi ini dalam dan untuk mewujudkan masyarakat berkelanjutan.²⁴

Masa depan Indonesia dan Pembangunan Berkelanjutan akan sangat bergantung pada melek ekologis yaitu paham akan prinsip ekologis dan menata hidup serta perilakunya sesuai dengan prinsip ini. Kesadaran harus menjadi suatu sistem yang bisa dimulai dari perilaku individu sampai dengan penataan struktural sistem politik, ekonomi, pendidikan, dan birokrasi. Secara lebih praktis bisa dimulai dari konsumsi kebutuhan pokok, konsumsi energi, penggunaan teknologi dan peralatan rumah tangga, perawatan rumah, rancangan bangun rumah dan kantor, pertanian, pengembangan mata pencaharian, pengembangan industri dan bisnis, pengelolaan kantor.²⁵ Dengan demikian, masyarakat diajak untuk meninggalkan sikap antroposentrisme, untuk berprinsip pada *ecoliteracy* sesuai dengan etika biosentrisme dan *deep ecology*. Sesungguhnya masyarakat juga diajak untuk kembali pada kearifan lokal²⁶ dalam memperlakukan alam. Kearifan lokal dalam mengelola lingkungan hidup, termuat dalam Undang-

²³ Agus Purwadianto, dkk, *Jalan Paradoks; Visi Baru Fritjof Capra tentang Kearifan dan kehidupan Modern*, Teraju, Mizan, Bandung, 2004 hlm. 42-45.

²⁴ Sonny Keraf, *Filsafat Lingkungan Hidup, Alam sebagai Sebuah Sistem Kehidupan*, Kanisius, Yogyakarta, 2014, hlm. 83

²⁵ <http://www.menlh.go.id/melek-ekologis/> diakses tanggal 25 Mei 2015.

²⁶ Sesuai dengan pendapat yang disampaikan oleh I Ketut Gobyah, kearifan lokal (*local genius*) adalah kebenaran yang telah mentradisi atau ajeg dalam suatu daerah. Kearifan lokal merupakan perpaduan antara nilai-nilai suci firman Tuhan dan berbagai nilai yang ada. Lihat I Ketut Gobyah, *Berpijak Pada Kearifan Lokal*, <http://www.balipos.co.id>, diakses tanggal 3 September 2013. Nyoman Sirtha menjelaskan bahwa kearifan lokal dalam masyarakat dapat berbentuk nilai, norma, etika, kepercayaan, adat istiadat, hukum adat dan aturan-aturan khusus yang mempunyai fungsi bermacam-macam, antara lain memberikan informasi tentang beberapa fungsi dan makna kearifan lokal yang berfungsi untuk konservasi dan pelestarian lingkungan Irene Mariene, *Kearifan Lokal Pengelolaan Hutan Adat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm. 112-113.

Undang No. 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan Dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (selanjutnya menggunakan istilah UUPPLH). Pasal 1 angka 30 UUPPLH menjelaskan kearifan lokal adalah nilai-nilai luhur yang berlaku dalam tata kehidupan masyarakat untuk antara lain melindungi dan mengelola lingkungan hidup secara lestari, yang selanjutnya kearifan lokal juga menjadi salah satu asas dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup yang dimuat dalam Pasal 2 huruf (l) UUPPLH dan diperjelas dalam penjelasannya, yang dimaksud dengan asas kearifan lokal adalah bahwa dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup harus memperhatikan nilai-nilai luhur yang berlaku dalam tata kehidupan masyarakat.

Istilah kearifan lokal di beberapa undang-undang disebutkan tersendiri dengan Masyarakat Hukum Adat (MHA), hukum adat ataupun budaya, menunjukkan bahwa berdasarkan hal itu kearifan lokal lebih luas dari MHA ataupun hukum adat karena tidak hanya terikat dengan adanya suatu masyarakat khusus yang berhubungan dengan otoritas adat tertentu. Sesuai dengan pendapat Ter Haar, masyarakat hukum adat merupakan kesatuan manusia yang teratur dan menetap di daerah tertentu, mempunyai pengurus-pengurus yang para anggotanya tidak mempunyai pikiran atau kecenderungan untuk melepaskan diri dari ikatan itu untuk selamanya.²⁷

Misalnya Nagari dalam masyarakat Minangkabau, dusun dan marga dalam masyarakat Palembang yang mempunyai struktur tersendiri di luar negara.²⁸ Kearifan lokal dapat ditemui dalam nyanyian, pepatah, sesanti, petuah, semboyan dan lainnya. Lebih menggambarkan fenomena spesifik yang biasanya menjadi ciri khas komunitas kelompok tertentu, misalnya *alon-alon asalkelakon*, *nyulet* makanan pada masyarakat Bangka agar tidak *kepon* yang merupakan istilah lokal masyarakat Bangka yaitu terjadi kecelakaan pada orang yang menolak makanan atau minumannyang ditawarkan karena dianggap menolak rejeki. *Kepon* juga bisa terjadi karena tidak terlaksana keinginan pada makanan, *nabat di tengah hutan kekekak*

²⁷*Ibid*, hlm. 83.

²⁸Ade Saptomo, *Hukum dan Kearifan Lokal, Revitalisasi Hukum Adat Nusantara*, Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta, 2010, hlm. 13-15.

merupakan salah satu kearifan lokal masyarakat Bangka yang bermula etika bagi kelestarian dan keberlanjutan lingkungan, khususnya akan keberadaan hutan.

Tabel
Kearifan Lokal Dalam Undang-Undang

NO	UNDANG-UNDANG	PASAL
1.	Undang-Undang No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir Dan Pulau-Pulau Kecil'	<p>Pasal 1 angka 36 Kearifan Lokal adalah nilai-nilai luhur yang masih berlaku dalam tata kehidupan masyarakat.</p> <p>Pasal 61(1) Pemerintah mengakui, menghormati, dan melindungi hak-hak Masyarakat Adat, Masyarakat Tradisional, dan Kearifan Lokal atas Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil yang telah dimanfaatkan secara turun-temurun.</p> <p>Pasal 61 (2) Pengakuan hak-hak Masyarakat Adat, Masyarakat Tradisional, dan Kearifan Lokal sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dijadikan acuan dalam Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil yang berkelanjutan.</p> <p>Penjelasan Pasal 64 (2) Penyelesaian sengketa di luar pengadilan dilakukan para pihak dengan cara konsultasi, penilaian ahli, negosiasi, mediasi, konsiliasi, arbitrase atau melalui adat istiadat/kebiasaan/kearifan</p>
2.	Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2012 tentang Keistimewaan Daerah Istimewa Yogyakarta	<p>Pasal 4 huruf g, Pengaturan Keistimewaan DIY dilaksanakan berdasarkan asas: pendayagunaan kearifan lokal</p> <p>Pasal 7 (3) Penyelenggaraan kewenangan dalam urusan Keistimewaan didasarkan pada nilai-nilai kearifan lokal dan keberpihakan kepada rakyat.</p>
3.	Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa	<p>Pasal 24 huruf i, Penyelenggaraan Pemerintahan Desa berdasarkan asas kearifan lokal.</p> <p>Pasal 81 (3) Pelaksanaan Pembangunan Desa dilakukan dengan memanfaatkan kearifan lokal dan sumber daya alam Desa.</p> <p>Penjelasan umum angka 10 UU desa Pembangunan Desa dilaksanakan oleh Pemerintah Desa dan masyarakat Desa dengan semangat gotong royong serta memanfaatkan kearifan lokal dan sumber daya alam Desa.</p>

4.	Undang-Undang No. 18 Tahun 2012 tentang Pangan	<p>Penjelasan Pasal 24 Huruf i yang dimaksud dengan “kearifan lokal” adalah asas yang menegaskan bahwa di dalam penetapan kebijakan harus memperhatikan kebutuhan dan kepentingan masyarakat Desa.</p> <p>Pasal 1 angka 3 Kemandirian Pangan adalah kemampuan negara dan bangsa dalam memproduksi Pangan yang beraneka ragam dari dalam negeri yang dapat menjamin pemenuhan kebutuhan Pangan yang cukup sampai di tingkat perseorangan dengan memanfaatkan potensi sumber daya alam, manusia, sosial, ekonomi, dan kearifan lokal secara bermartabat.</p> <p>Pasal 1 Angka 15. Pangan Pokok adalah Pangan yang diperuntukkan sebagai makanan utama sehari-hari sesuai dengan potensi sumber daya dan kearifan lokal.</p> <p>Pasal 1 angka 17. Pangan Lokal adalah makanan yang dikonsumsi oleh masyarakat setempat sesuai dengan potensi dan kearifan lokal.</p> <p>Pasal 33 (2) Pemerintah dan Pemerintah Daerah memfasilitasi pengembangan Cadangan Pangan Masyarakat sesuai dengan kearifan lokal.</p> <p>Pasal 58 (2) Bantuan Pangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dengan mengutamakan produksi dalam negeri dan kearifan lokal.</p> <p>Pasal 60 (2) Penganekaragaman konsumsi Pangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diarahkan untuk meningkatkan kesadaran masyarakat dan membudayakan pola konsumsi Pangan yang beragam, bergizi seimbang, dan aman serta sesuai dengan potensi dan kearifan lokal.</p> <p>Penjelasan umum angka I, Pemenuhan konsumsi Pangan tersebut harus mengutamakan produksi dalam negeri dengan memanfaatkan sumber daya dan kearifan lokal secara optimal.</p>
5.	Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup	<p>Pasal 1 angka 30. Kearifan lokal adalah nilai-nilai luhur yang berlaku dalam tata kehidupan masyarakat untuk antara lain melindungi dan mengelola lingkungan hidup secara lestari.</p>

	<p>Pasal 2 Perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup dilaksanakan berdasarkan asas: huruf l kearifan lokal</p> <p>Pasal 10 huruf d (2) Penyusunan RPPLH sebagaimana dimaksud pada ayat (1) memperhatikan: kearifan lokal.</p> <p>Pasal 63 (1) huruf t Dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup, Pemerintah bertugas dan berwenang: menetapkan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup;</p> <p>Pasal 63 (3) huruf k, Dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup, pemerintah kabupaten/kota bertugas dan berwenang: melaksanakan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup pada tingkat kabupaten/kota;</p> <p>Pasal 69 (2) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf h memperhatikan dengan sungguh-sungguh kearifan lokal di daerah masing-masing.</p> <p>Pasal 70 (3) Peran masyarakat dilakukan untuk: e. mengembangkan dan menjaga budaya dan kearifan lokal dalam rangka pelestarian fungsi lingkungan hidup.</p> <p>Penjelasan umum angka 2 pengelolaan lingkungan hidup harus dapat memberikan kemanfaatan ekonomi, sosial, dan budaya yang dilakukan berdasarkan prinsip kehati-hatian, demokrasi lingkungan, desentralisasi, serta pengakuan dan penghargaan terhadap kearifan lokal dan kearifan lingkungan.</p> <p>Penjelasan pasal 2 Huruf h Yang dimaksud dengan “asas ekoregion” adalah bahwa perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup harus memperhatikan karakteristik sumber daya alam, ekosistem, kondisi geografis, budaya masyarakat setempat, dan kearifan lokal.</p> <p>Penjelasan pasal 2 Huruf l Yang dimaksud dengan “asas kearifan lokal” adalah bahwa dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup harus memperhatikan nilai-nilai luhur yang berlaku dalam tata kehidupan masyarakat.</p>
--	---

		<p>Penjelasan pasal 10 (2) Huruf d Kearifan lokal dalam ayat ini termasuk hak ulayat yang diakui oleh DPRD.</p> <p>Penjelasan Pasal 62 Ayat (1) Sistem informasi lingkungan hidup memuat, antara lain, keragaman karakter ekologis, sebaran penduduk, sebaran potensi sumber daya alam, dan kearifan lokal.</p> <p>Penjelasan Pasal 69 Ayat (2) Kearifan lokal yang dimaksud dalam ketentuan ini adalah melakukan pembakaran lahan dengan luas lahan maksimal 2 hektare per kepala keluarga untuk ditanami tanaman jenis varietas lokal dan dikelilingi oleh sekat bakar sebagai pencegah penjaralan api ke wilayah sekelilingnya.</p> <p>Pasal 28 (3) Pengembangan wisata bahari dilaksanakan dengan mempertimbangkan aspek kepentingan masyarakat lokal dan kearifan lokal serta harus memperhatikan kawasan konservasi perairan.</p> <p>Pasal 36 (3) huruf c, Kebijakan budaya bahari dilakukan melalui pengembangan teknologi dengan tetap mempertimbangkan kearifan lokal.</p> <p>Pasal 70 (4) huruf a, Peran serta masyarakat dapat dilakukan melalui partisipasi dalam melestarikan nilai budaya dan wawasan bahari serta merevitalisasi hukum adat dan kearifan lokal di bidang Kelautan</p>
6.	Undang-Undang 32 Tahun 2014 tentang Kelautan	<p>huruf K Pembagian Urusan Pemerintahan Bidang Lingkungan Hidup angka 7, Pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat (MHA), kearifan lokal dan hak MHA yang terkait dengan PPLH Kewenangan Pemerintah Pusat;</p> <p>a. Penetapan pengakuan MHA, kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak MHA terkait dengan PPLH yang berada di 2 (dua) atau lebih Daerah provinsi. b. Peningkatan kapasitas MHA, kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak MHA terkait dengan PPLH yang berada di 2 (dua) atau lebih Daerah provinsi.</p> <p>Kewenangan Pemerintah Daerah Provinsi :</p> <p>a. Penetapan pengakuan MHA, kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak MHA terkait dengan PPLH yang berada di dua atau lebih Daerah kabupaten/kota dalam 1 (satu) Daerah provinsi.</p>
7.	Matriks I, Pembagian Urusan Pemerintahan Konkuren Antara Pemerintah Pusat Dan Daerah Provinsi Dan Daerah Kabupaten/Kota, Lampiran Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Pembagian Urusan Pemerintahan Konkuren Antara Pemerintah Pusat Dan Daerah Provinsi Dan Daerah Kabupaten/Kota	<p>huruf K Pembagian Urusan Pemerintahan Bidang Lingkungan Hidup angka 7, Pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat (MHA), kearifan lokal dan hak MHA yang terkait dengan PPLH Kewenangan Pemerintah Pusat;</p> <p>a. Penetapan pengakuan MHA, kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak MHA terkait dengan PPLH yang berada di 2 (dua) atau lebih Daerah provinsi. b. Peningkatan kapasitas MHA, kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak MHA terkait dengan PPLH yang berada di 2 (dua) atau lebih Daerah provinsi.</p> <p>Kewenangan Pemerintah Daerah Provinsi :</p> <p>a. Penetapan pengakuan MHA, kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak MHA terkait dengan PPLH yang berada di dua atau lebih Daerah kabupaten/kota dalam 1 (satu) Daerah provinsi.</p>

		<p>b. Peningkatan kapasitas MHA, kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak MHA terkait dengan PPLH yang berada di dua atau lebih Daerah kabupaten/kota dalam 1 (satu) Daerah provinsi.</p> <p>Kewenangan Pemerintah Kabupaten/Kota</p> <p>a. Penetapan pengakuan MHA, kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak MHA terkait dengan PPLH yang berada di Daerah kabupaten/kota.</p> <p>b. Peningkatan kapasitas MHA, kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak kearifan lokal atau pengetahuan tradisional dan hak MHA terkait dengan PPLH yang berada di Daerah kabupaten/kota.</p>
--	--	--

Sumber: bahan diolah sendiri oleh Peneliti.

Kearifan Lokal Tambang Rakyat sebagai Wujud Ecoliteracy di Kabupaten Bangka

Ketentuan dalam konstitusi Pasal 32 ayat (2) UUDNRI Tahun 1945 telah memberikan penegasan bahwa negara mengakui dan menghormati kearifan lokal masyarakat Indonesia, yang berarti menghormati, mengakui dan menaati keberadaan kearifan lokal masyarakat.²⁹ Kearifan lokal yang merupakan nilai, tumbuh dan berkembang pada masyarakat lokal Indonesia yang menurut Esmi Warassih nilai itu bagi masyarakat telah tertanam dalam jiwa / spirit yang dibangun oleh masyarakat itu dan tidak menjadikan dia hilang atau punah.³⁰

Kearifan lokal di Indonesia sangat beragam, menyebar keseluruh wilayah Indonesia. Kearifan lokal ini salah satunya dapat dijumpai di Kabupaten Bangka, terkait dengan aktivitas tambang rakyat. Karena kearifan lokal mencakup pengetahuan masyarakat yang unik berbasis pada pengetahuan tertentu termasuk pertambangan demi mempertahankan kesinambungan kehidupan mereka. Di Kabupaten Bangka ada kearifan lokal timah *ampak* atau timah yang di *asal* atau

²⁹Baca juga Akhmad Elvian, *Memarung, Panggung, Bubung, Kampung & Nganggung*, Dinas Kebudayaan, Pariwisata, Pemuda Dan Olahraga Kota Pangkalpinang, 2015, hlm. v-vi.

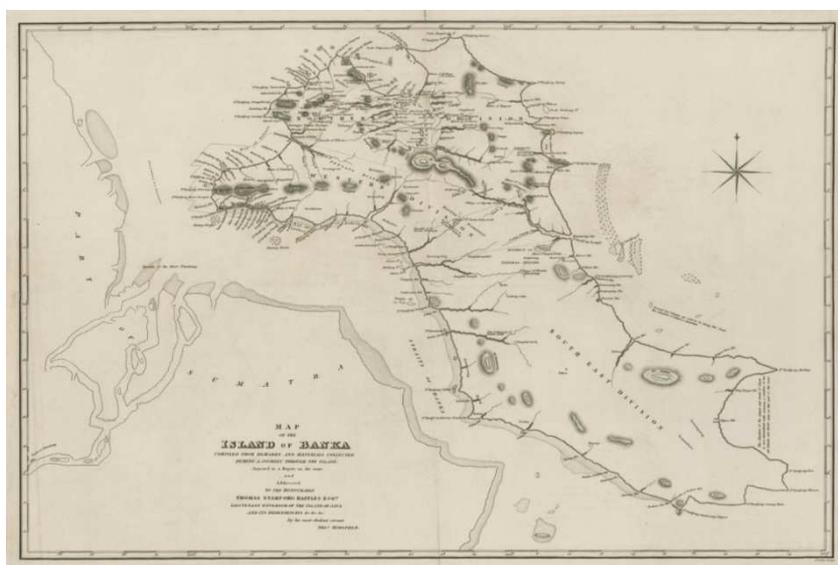
³⁰Esmi Warassih Pujirahayu, "Keberagaman Bukan Keseragaman: Hukum Haruskah Memihak", *Makalah dalam Seminar Nasional dan Bedah Buku "Biarkan Hukum Mengalir"*, FH-Undip Semarang, 25 Mei 2008, hlm. 2.

timah *kopong*. Suatu kondisi dimana timah yang ada sangat ringan kalau ditimbang sehingga tidak berharga atau tidak bisa dijual, sama halnya dengan pasir biasa. Timah *ampak* diyakini dan diakui masyarakat akibat dari tindakan atau perbuatan yang menjadi pantangan (istilah lokal)/ larangan dalam menambang telah dilanggar oleh penambang.³¹

Ada sebuah kearifan lokal demi menyelamatkan lingkungan Kabupaten Bangka khususnya dan pada umumnya lingkungan Propinsi Kepulauan Bangka Belitung yaitu timah yang ada sudah dihampakan, dalam arti kualitas dan kuantitas timahnya sudah tidak baik lagi, atau dalam istilah masyarakat desa setempat disebut dengan *diasal*.

Sejarahnya, pada zaman penjajahan Belanda di Bangka dan zaman masuknya etnis Cina dari Tiongkok ke Bangka telah terjadi eksploitasi pasir timah di Bangka. untuk wilayah yang diasal, yang belum pernah dieksploitasi. Zaman penjajahan Belanda di Bangka dan zaman masuknya etnis China dari Tiongkok ke Bangka telah terjadi eksploitasi pasir timah di Bangka.³²

Gambar³³
Peta Potensi Timah Bangka Tahun 1813



³¹Hasil Penelitian di Lokasi Penelitian

³²Hasil wawancara dengan beberapa tokoh masyarakat dan ahli sejarah di Kabupaten Bangka, 11 November 2015 di Kecamatan Sungailiat dan Kecamatan Bakam, Kabupaten Bangka.

³³ Akhmad Elvian, Perang *Bangka Tahun 1812-1851 Masehi*, Dinas Kebudayaan, Pariwisata, Pemuda dan Olahraga Kota Pangkalpinang, 2012, hlm. 65.

Peta tersebut dibuat pada masa kekuasaan Inggris, Pulau Bangka dijadikan atas tiga divisi yang didasarkan pada pembagian wilayah eksplorasi atau penambangan timah, dibandingkan pada pembagian wilayah berdasarkan kepentingan pemerintahan. Pembagian tersebut yaitu pada bagian utara meliputi wilayah Jebus, Belinyu, Sungailiat, Merawang, (merupakan wilayah Kabupaten Bangka), kemudian wilayah Barat Pulau Bangka meliputi wilayah Mentok, Belo, Kotawaringin, dan terakhir wilayah Bagian Timur pulau Bangka yang meliputi hampir separuh Pulau Bangka yaitu Pangkalpinang, Sungaiselan, Bangkakota, Paku, Permis, Olim dan Toboali.³⁴ Peta tersebut memberikan penjelasan bahwa seluruh Pulau Bangka termasuk Kabupaten Bangka mengandung kekayaan alam berupa timah, namun dengan pertimbangan keberlanjutan lingkungan untuk masa mendatang, maka oleh orang terdahulu ada beberapa wilayah yang *diampak* sedang ada juga yang tidak *diampak* dengan pertimbangan sebagai lahan pertanian dan bercocok tanam.

Berdasarkan hasil penelitian, tidak ada ketentuan dari pemerintah daerah untuk mengadopsi kearifan lokal yang ada sebagaimana yang telah diidentifikasi dalam latar belakang pada penelitian ini dimana ada beberapa wilayah antara lain Desa Balunujuk dan Desa Jade Kecamatan Merawang, Desa Mabet dan Desa Dalil Kecamatan Bakam, Desa Petaling Kecamatan Mendo Barat, yang sama sekali tidak tersentuh oleh aktivitas pertambangan timah khususnya TI, karena timah di wilayah tersebut sudah di *ampak*.

Di beberapa wilayah tersebut tidak ada aktivitas pertambangan, karena menurut masyarakat setempat, timahnya *ampak*.³⁵ Jika di wilayah yang tidak tersentuh oleh aktivitas tambang rakyat, timah menjadi *ampak* tersebut karena memang sengaja *diampak* atau *diasal* oleh orang terdahulu untuk kelangsungan lingkungan hidup sehingga anak keturunan mereka tetap bisa memanfaatkan lingkungan hidup untuk berladang yang menjadi sumber mata pencaharian masa itu.³⁶ Tidak adanya aktivitas pertambangan di beberapa wilayah di atas, karena

³⁴ Hasil Wawancara dengan Akhmad Elvian, tanggal 08 April 2016, Ahli Sejarah Kepulauan Bangka Belitung yang saat wawancara menjabat sebagai Kepala Dinas Kebudayaan, Pariwisata, Pemuda dan Olahraga Kota Pangkalpinang. *Ibid.*, hlm. 66.

³⁵ Hasil wawancara dan observasi partisipatoris di lokasi penelitian.

³⁶ *Ibid.*

timahnya sudah *ampak* menyebabkan lingkungan disana tetap terjaga kelestariannya. Sesuai dengan pendapat Sonny Keraf, bahwa kearifan lokal adalah semua bentuk pengetahuan, keyakinan, pemahaman, wawasan atau etika yang menuntun perilaku manusia dalam kehidupan di dalam komunitas ekologis,³⁷ timah *ampak* sejalan dengan maksud untuk melestarikan lingkungan.

Hal itu senada dengan konsep "*ecoliteracy*", sebuah strategi untuk menggerakkan masyarakat luas agar bisa memahami pola pandang baru atas realitas kehidupan bersama mereka di planet bumi dan melakukan pembaruan-pembaruan yang diperlukan. Hal tersebut didasarkan pada pemahaman bahwa kehidupan bersama di planet bumi harus dipandang bukan lagi secara mekanistik melainkan secara ekologis serta sistemik. Jadi apa yang perlu dipahami dari *ecoliteracy* adalah *wisdom of nature* (kebijaksanaan alam) yang digambarkan oleh Fritjof Capra sebagai kemampuan sistem-sistem ekologis planet bumi mengorganisir dirinya sendiri melalui cara-cara halus dan kompleks. Cara sistem-sistem ekologis ini mengorganisir diri sendiri telah teruji sangat handal untuk melestarikan kehidupan di planet bumi.³⁸ Jadi ada pembagian wilayah mana yang boleh ditambang dan mana yang tidak, bermaksud dengan mengadopsi sistem pengelolaan dari alam agar tetap seimbang.

Jika ditinjau di wilayah yang timahnya tidak *ampak*, lingkungan Kabupaten Bangka tersebut cenderung rusak akibat aktivitas tambang rakyat yang ditinggalkan begitu saja. Adanya keinginan ekonomis untuk mendapatkan penghasilan cepat dan sifat konsumtif penambang, ditambah dengan ketidakpedulian dari pemerintah dan masyarakat terhadap lingkungan merupakan salah satu alasan dibalik rusaknya kawasan tersebut.³⁹ Hal itu terkait dengan cara pandang masyarakat Kabupaten Bangka dimana dijelaskan oleh Sony Keraf bahwa cara pandang tersebut memperkuat dominasi manusia atas alam. Karena alam hanya dilihat sebagai obyek untuk dikaji, dianalisis, dimanipulasi, direayasa dan dieksploitasi masyarakat Kabupaten Bangka.

³⁷Sony Keraf, *Etika Lingkungan*, Kompas, Jakarta, 2006, hlm. 289

³⁸ Agus Purwadianto, dkk, *Jalan Paradoks; Visi Baru Fritjof Capra tentang Kearifan dan kehidupan Modern*, Teraju, Mizan, Bandung, 2004, hlm. 42-45.

³⁹Hasil wawancara dan observasi partisipatoris di lokasi penelitian.

Atas dasar dan digerakkan oleh kesadaran inilah manusia menata pola dan gaya hidupnya menjadi pola dan gaya hidup yang selaras dengan lingkungan hidup. Manusia lalu menggunakan kesadaran tersebut untuk menuntun hidupnya dalam segala dimensinya sampai menjadi sebuah budaya yang merasuki semua anggota masyarakat untuk akhirnya terciptalah sebuah masyarakat yang berkelanjutan.

Penutup

Berdasarkan pemaparan di atas dapat disimpulkan bahwa: *pertama*, membangun *ecoliteracy* untuk lingkungan berkelanjutan dengan cara meninjau kearifan lokal mengelola lingkungan hidup pada masyarakat lokal atau setempat. *Kedua*, kearifan lokal tambang rakyat berupa timah *ampak* harus dilestarikan dan dipergunakan sebagai wujud *ecoliteracy* di Kabupaten Bangka untuk lingkungan berkelanjutan.

Daftar Pustaka

Buku

- Ade, Saptomo, *Hukum Dan Kearifan Lokal, Revitalisasi Hukum Adat Nusantara*, Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta, 2010.
- Agus, Purwadianto, dkk, *Jalan Paradoks; Visi Baru Fritjof Capra tentang Kearifan dan kehidupan Modern*, Teraju, Mizan, Bandung, 2004.
- Akhmad, Elivan, *Perang Bangka Tahun 1812-1851 Masehi*, Dinas Kebudayaan, Pariwisata, Pemuda dan Olahraga Kota Pangkalpinang, 2012.
- _____, *Memarung, Panggung, Bubung, Kampung & Nganggung*, Dinas Kebudayaan, Pariwisata, Pemuda Dan Olahraga Kota Pangkalpinang, 2015
- B.B. Mitchel, Setiawan dan Dwita Hadi Rahmi, *Pengelolaan Sumber Daya dan Lingkungan*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2007.
- Chapman Audrey, R., Rodney L. Petersen, Barbara Smith Moran, *Bumi yang terdesak; Perspektif Ilmu dan Agama mengenai Konsumsi, Populasi, dan Keberlanjutan*, Mizan Bandung. 2007.
- D. Negara, Purnawan, *Dekonstruksi kebijakan Pengelolaan Kawasan Tengger Berbasis Nilai Komunal Ekologis Dalam Perspektif Sosio Legal*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum, Undip, 2014.

- Erman, Erwiza, *Menguak Sejarah Timah Bangka Belitung*, Penerbit Ombak, Yogyakarta, 2009.
- Esmi Pujirahayu, Warassih, "Keberagaman Bukan Keseragaman: Hukum Haruskah Memihak", *Makalah dalam Seminar Nasional dan Bedah Buku "Biarkan Hukum Mengalir"*, FH-Undip Semarang, 25 Mei 2008.
- Fritjof, Capra, *Jaring-Jaring Kehidupan : Visi Baru Epistemologi dan Kehidupan*, Fajar Pustaka Baru, Yogyakarta, 2002.
- Irene, Mariene, *Kearifan Lokal Pengelolaan Hutan Adat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014.
- Iskandar, Zulkarnain, *Konflik di Kawasan Pertambangan Timah di Bangka Belitung*, Penerbit LIPI Press, 2005.
- Keraf, Sonny, *Etika Lingkungan*, Kompas, Jakarta, 2006.
- _____, *Filsafat Lingkungan Hidup Alam Sebagai Sebuah Sistem Kehidupan*, Kanisius, Yogyakarta, 2014
- Maimunah, Siti, *Negara Tambang Dan Masyarakat Adat, Perspektif HAM Dalam Pengelolaan Pertambangan Yang Berbasis Lingkungan Dan Kearifan Lokal*, Intrans Publising, Malang.
- Sastrosupeno, S, *Manusia, Alam dan Lingkungan*. Proyek Penulisan dan Penerbitan Buku/Majalah Pengetahuan Umum dan Profesi, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1984

Perundang-Undangan.

UUDNRI 1945

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

Undang-Undang No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir Dan Pulau-Pulau Kecil.

Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2012 tentang Keistimewaan Daerah Istimewa Yogyakarta

Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa.

Undang-Undang No. 18 Tahun 2012 tentang Pangan.

Undang-Undang 32 Tahun 2014 tentang Kelautan.

Matriks I, Pembagian Urusan Pemerintahan Konkuren Antara Pemerintah Pusat dan Daerah Provinsi Dan Daerah Kabupaten/Kota, Lampiran Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Pembagian Urusan Pemerintahan Konkuren Antara Pemerintah Pusat Dan Daerah Provinsi Dan Daerah Kabupaten/Kota.

Internet

Hayati Tri, *Perizinan Pertambangan Di Era Reformasi Pemerintahan Daerah Studi Tentang Perizinan Pertambangan Timah di Pulau Bangka*, Disertasi UI, 2011, <http://lib.ui.ac.id/file?file=digital/20305841-D%201270-Perizinan%20pertambangan-full%20text.pdf>, diakses tanggal 07 Oktober 2014.

Gobyah I Ketut, *Berpijak Pada Kearifan Lokal*, <http://www.balipos.co.id>, diakses tanggal 3 September 2013.

http://www.bangka.go.id/content.php?id_content=kondisi_geografis, diakses 05 Maret 2015.

<http://www.menlh.go.id/melek-ekologis/> diakses tanggal 25 Mei 2015.

Surat Kabar

Kementerian Negara Lingkungan Hidup, *Majalah Serasi*, Deputi Bidang Komunikasi Lingkungan dan Pemberdayaan Masyarakat, Jakarta, Januari, 2006

Kompas, Rabu, 27 Januari 2016.