



P - ISSN : 0126 – 0227

E - ISSN : 2722 – 0664

MAJALAH HUKUM NASIONAL

Volume 48 Nomor 1 Tahun 2018



BPHN



- **INDONESIA DAN ICSID: PENGECUALIAN YURISDIKSI ICSID OLEH KEPUTUSAN PRESIDEN**
(Oleh: Prita Amalia, Garry Gumelar Pratama)

- **PENGATURAN HUKUM CAMBUK SEBAGAI BENTUK PIDANA DALAM QANUN JINAYAT**
(Oleh: Dian Agung Wicaksono, Ola Anisa Ayutama)

- **PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM DAN IMPLIKASI TERHADAP PERKEMBANGAN PRAPERADILAN**
(Oleh: Wahyu Iswantoro)

- **TANTANGAN PENEGAKAN HAM KORPORASI**
(Oleh: Markus H Simarmata)

- **PENYEDIAAN DATABASE HUKUM NASIONAL
MENDUKUNG REFORMASI HUKUM JILID II: PERAN JDIHN**
(Oleh: Theodrik Simorangkir)

- **PENERAPAN PRINSIP KEADILAN RESTORATIF DALAM SISTEM PERADILAN PIDANA TERPADU**
(Oleh: M. Alvi Syahrin)

- **CELAH HUKUM EKSEKUSI JAMINAN FIDUSIA OLEH KURATOR PADA MASA INSOLVENSII**
(Oleh: Fransiska Adelina)

**BADAN PEMBINAAN HUKUM NASIONAL
KEMENTERIAN HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA RI**

**INDONESIA DAN ICSID: PENGECEUALIAN YURISDIKSI ICSID OLEH KEPUTUSAN PRESIDEN
(INDONESIA AND ICSID: EXCLUSION OF ICSID JURISDICTION BY PRESIDENTIAL DECISION)**

**Oleh: Prita Amalia* dan
Garry Gumelar Pratama**

Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran
Jalan Dipati Ukur No. 35 Kota Bandung 40132
prita.amalia@unpad.ac.id
garry.gumelar@unpad.ac.id

ABSTRAK

Indonesia telah meratifikasi *Washington Convention 1965* melalui Undang-Undang No. 5 Tahun 1968. Pasal 25 dari konvensi yang diratifikasi mengatur tentang yurisdiksi lembaga arbitrase *International Centre for The Settlement of Investment Dispute* (ICSID), di antaranya adalah untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal antara para negara peserta (dan warga negara dari negara peserta). Beberapa *Bilateral Investment Treaties* (BIT) yang disepakati menunjuk lembaga arbitrase ICSID sebagai lembaga penyelesaian sengketa apabila terjadi permasalahan. Namun demikian, pada tahun 2012, pemerintah mengeluarkan Keputusan Presiden No. 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan yang dikecualikan dari yurisdiksi ICSID. Keputusan tersebut mengecualikan beberapa sengketa dari kewenangan ICSID. Sebagai hasil penelitian menggunakan metode yuridis-normatif, artikel ini berusaha untuk menjawab pertanyaan mengenai apakah tindakan hukum yang dilakukan oleh Indonesia untuk mengecualikan yurisdiksi ICSID sah berdasarkan hukum internasional yang berlaku. Dalam menjawab pertanyaan tersebut, selain harus dilakukan penelusuran hukum yang utuh menyeluruh, juga diperlukan pembahasan berbagai kasus yang relevan.

Kata Kunci: Hukum Nasional Indonesia, ICSID, Keputusan Presiden, Pengecualian Yurisdiksi.

ABSTRACT

Indonesia has ratified the Washington Convention 1965 by Law No. 5/ 1968. Article 25 of the convention regulates the jurisdiction of International Centre for The Settlement of Investment Dispute (ICSID). The Jurisdiction of the centre is to settle a dispute arising directly out of investment, between contracting states and national of another contracting states, which the parties consent in writing and cannot withdraw unilaterally. A Number of Indonesia's BIT with other states use ICSID as dispute settlement on their treaties. However, the Government of Indonesia issued Presidential Decision No. 31/ 2012 regarding notification to exception of ICSID jurisdiction. This article as a result of Juridical-Normative research, would explain the legality of the Indonesian exception for ICSID Jurisdiction, under international law. As a result of juridical-normative research, this article seeks to answer the question of whether Indonesian exclusion of the ICSID Jurisdiction is valid under international law. A thorough legal search and relevant cases review are needed in addressing the issue.

Keywords: Exclusion of Jurisdiction, ICSID, Indonesian Municipal Law, Presidential Decision.

* Proses penelitian hasil yang dipaparkan dalam artikel ini melibatkan Resa Roshana Putri, alumni Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran.

A. Pendahuluan

Pada bulan Juni 2012, Indonesia digugat oleh sebuah perusahaan Inggris yaitu Churchill Mining Plc. di ICSID yang berpusat di London Inggris. Gugatan berawal dari adanya pencabutan izin usaha pertambangan oleh Bupati Kutai terhadap empat perusahaan milik Ridlatama Group. Ridlatama Group sahamnya telah diakuisisi oleh Churchill Mining Plc. sebanyak 75% sejak tahun 2008. Churchill Mining Plc. menggugat Indonesia dengan dasar BIT antara Indonesia dan Inggris.¹ Sejak kasus ini mencuat, Pemerintah sangat hati-hati dalam menghadapi kasus yang melibatkan Indonesia di badan arbitrase internasional ini. Pemerintah menilai bahwa seharusnya permasalahan yang ada di tingkat kabupaten tidak melibatkan Presiden dan Negara Republik Indonesia sampai badan arbitrase internasional. Bahkan Pemerintah pun sangat berhati-hati agar tidak ada lagi kasus yang muncul senada dengan kasus Churchill.²

Setelah Pemerintah Republik Indonesia menandatangani *Washington Convention 1965* dan meratifikasinya dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968, Indonesia relatif sering berperkara di ICSID. Setidaknya Indonesia pernah menjadi tergugat dalam enam kasus yang diselesaikan di ICSID. Berikut daftar kasus-kasus tersebut:

¹ Majalah Detik, Edisi 33, 16 Juli 2012, hlm. 64.

² J. Chaisse, *International Investment Law and Taxation: From Coexistence to Cooperation*, (Canada: ITSD, 2016), hlm. 8.

Tabel 1
Beberapa Kasus yang Melibatkan Republik Indonesia di ICSID

Nomor Kasus	Tahun Pendaftaran	Penggugat
ARB/16/26	2016	Oleovest Pte.Ltd
ARB/14/15	2014	Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara (diwakili Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr, London, U.K. and Washington, D.C., U.S.A)
ARB/12/40 and 12/14	2012	Churcill Mining Plc. dan Planet Mining Pty. Ltd., (sebelumnya masing-masing penggugat mengajukan kasus berbeda, namun proses arbitrase digabungkan)
ARB/12/14 and 12/40	2012	Churcill Mining Plc. dan Planet Mining Pty. Ltd.
ARB/11/13	2011	Rafat Ali Rizvi
ARB/04/3	2004	Cemex Asia Holdings Ltd
ARB/81/1	1981	Amco Asia Corporation and others

Sumber: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>, pada tanggal 27 November 2018

Pemerintah Indonesia menyadari bahwa terdapat kecenderungan para investor untuk membawa seluruh sengketa yang melibatkan investasi antar negara selalu ke ICSID. Padahal, beberapa sengketa investasi yang dibawa ke hadapan ICSID tersebut sering kali berkenaan dengan sengketa perizinan, hukum, dan lainnya yang seharusnya masih bisa dilakukan penyelesaiannya di pengadilan nasional di dalam suatu negara, yang dalam hal ini adalah Indonesia. Berkenaan dengan hal tersebut, keluarlah Keputusan Presiden No. 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan yang dikecualikan dari Yurisdiksi ICSID. Keppres ini berisi tiga pasal yang mengatur beberapa hal, di antaranya: menetapkan perselisihan yang timbul dari keputusan Tata Usaha Negara yang dikeluarkan oleh pemerintah Kabupaten dalam wilayah Republik Indonesia sebagai perselisihan yang tidak

diserahkan pada yurisdiksi ICSID.³ Beberapa hal yang dapat disoroti adalah bahwa keputusan presiden ini merupakan suatu peraturan yang mengecualikan undang-undang yang meratifikasi *Washington convention 1965* yang menjadi dasar keterikatan Indonesia. Selain itu, ketentuan ini juga merupakan suatu ketentuan subjektif yang hanya berkaca pada kasus Churchill saja.

Memang telah menjadi pengetahuan khalayak umum bahwa, hubungan Internasional yang terjadi di antara para subjek hukum internasional, baik negara dengan negara atau negara dengan subjek hukum internasional lainnya tidak selamanya dapat berjalan dengan baik.⁴ Dalam permasalahan Keputusan Presiden yang mengecualikan Yurisdiksi ICSID tersebut terdapat perbedaan pandangan

³ Pasal 1 Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 31 Tahun 2012.

⁴ Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika, 2004), hlm. 1.

dari Indonesia sebagai salah satu subjek hukum yang wajib tunduk pada hukum internasional.

Keputusan presiden tersebut dapat menjadi sumber sengketa internasional atau dikenal juga dengan istilah "konflik".⁵ Pada umumnya yang dimaksud dengan sengketa hukum internasional adalah sengketa yang dapat diselesaikan berdasarkan hukum internasional. Dengan demikian terhadap permasalahan ini akan ditelaah menggunakan sumber-sumber hukum internasional yang berlaku.

Apabila ditelaah berdasarkan hukum internasional, ICSID merupakan lembaga yang masuk ke dalam kategori Arbitrase Komersial Internasional.⁶ Arbitrase tersebut memiliki berbagai kelebihan dan kelemahan untuk dapat dijadikan penyelesaian sengketa khususnya dalam bidang komersial internasional. ICSID adalah salah satu lembaga arbitrase komersial internasional yang bersifat terlembaga (*institutionalized*) yang ada dan berdiri berdasarkan *Washington Convention 1965*. ICSID adalah badan arbitrase komersial internasional yang dibentuk oleh Bank Dunia dengan maksud untuk menyelesaikan sengketa khususnya mengenai sengketa penanaman modal di antara negara anggota. Hal ini berarti tidak semua negara dapat menyelesaikan sengketa penanaman modalnya di ICSID, kecuali negara tersebut telah meratifikasi *Washington Convention 1965*.

Indonesia sebagai salah satu negara berkembang yang cukup aktif dalam penanaman modal asing, dan telah meratifikasi konvensi *Washington*

Convention 1965 melalui Undang-undang No. 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal. Namun, dibalik keterikatan Indonesia, pertanyaan mengenai apakah tindakan hukum yang dilakukan oleh Indonesia untuk mengecualikan yurisdiksi ICSID sah berdasarkan hukum internasional yang berlaku, menarik untuk diteliti. Dalam menelaah permasalahan tersebut, selain harus dilakukan penelusuran hukum yang utuh menyeluruh, juga diperlukan pembahasan berbagai kasus yang relevan.

B. Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis normatif yaitu penelitian hukum yang meletakkan hukum sebagai sebuah bangunan sistem norma.⁷ Pada penelitian hukum jenis ini sering kali hukum dikonsepsikan sebagai apa yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan (*law in books*) atau hukum dikonsepsikan sebagai kaidah atau norma yang merupakan patokan berperilaku manusia yang dianggap pantas,⁸ sehingga penelitian hukum normatif menjadikan sistem norma sebagai pusat kajiannya. Penelitian dilakukan dengan mendasarkan kepada bahan kepustakaan atau data sekunder.⁹ Data

⁵ John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, (London: Oxford University Press, 1999), hlm. 1.

⁶ Lihat Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, (Jakarta: Penerbit Raja Grafindo Jakarta), 2002, hlm. 10.

⁷ Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), hlm. 34.

⁸ Amirudin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: Rajawali Press, 2010), hlm. 118.

⁹ Pada penelitian hukum normatif yang diteliti hanya bahan pustaka atau data sekunder. Lihat Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI-Press, 2008), hlm. 52. Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1990), hlm. 11.

sekunder yang digunakan terdiri dari bahan hukum primer, yaitu konvensi-konvensi internasional, peraturan perundang-undangan nasional, putusan-putusan hakim, dan perangkat hukum lainnya yang berkaitan dengan topik penelitian ini. Bahan hukum sekunder yang digunakan adalah berbagai literatur dan pendapat pakar hukum yang berkaitan dan relevan dengan topik penelitian ini, baik berbentuk buku, jurnal, rancangan undang-undang, maupun hasil penelitian. Selanjutnya bahan hukum tersier yang digunakan adalah surat kabar, kamus hukum, kamus bahasa dan ensiklopedia yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.

C. Pembahasan

1. Pengecualian Yurisdiksi ICSID berdasarkan *Hukum Internasional*

Pada awalnya kegiatan ekonomi negara atau penanaman modal diawali dengan dibentuknya perjanjian FCN (*Friendship, Commerce and Navigation*) antar negara. Namun sejak tahun 1960-an keberadaan FCN diganti dengan keberadaan BIT.¹⁰ Berikut adalah aturan-aturan dasar yang terdapat dalam BIT, di antaranya¹¹ Prinsip *Fair and Equitable Treatment*, *National Treatment*, *Most Favoured Nation Treatment* (MFN), dan kombinasi antara *National Treatment* dan MFN. Prinsip yang pertama adalah bahwa investor harus diperlakukan oleh negara secara transparan dan konsisten sehingga tidak dianggap bertentangan dengan penilaian adil dan seimbang.¹²

Sedangkan, prinsip MFN dapat dicarikan tindakan yang tidak membedakan perlakuan terhadap negara satu dengan negara lainnya yang merupakan mitra dagang negara tersebut. Kemudian, prinsip *national treatment* berarti memberi investor perlakuan yang sama seperti warga negara sendiri.

Biasanya BIT menjadi dasar gugatan oleh suatu negara kepada negara lainnya di badan arbitrase ICSID. Sebagai contoh dalam kasus Churchill yang menggugat Indonesia di badan arbitrase ICSID berdasarkan BIT antara Indonesia dengan Inggris. Oleh karena itu, melihat tujuan dan maksud dari dibentuknya badan arbitrase ICSID, merupakan suatu kemungkinan beberapa BIT yang melibatkan Indonesia didalamnya mengandung klausul penyelesaian sengketa yang merujuk pada Badan Arbitrase ICSID. Hal ini tentu saja didukung dengan adanya kelebihan yang dimiliki oleh ICSID sebagai salah satu badan arbitrase komersial internasional dan khusus untuk menyelesaikan sengketa investasi atau penanaman modal. Broche membagi yurisdiksi arbitrase yang diatur dalam BIT sebagai berikut. *Pertama*, Klausul BIT hanya menyebutkan bahwa berdasarkan kesepakatan para pihak maka sengketa yang timbul akan diselesaikan melalui lembaga arbitrase. *Kedua*, Klausul kedua, mensyaratkan adanya “...*sympathetic consideration to a request (for) conciliation or arbitration by the Centre...*” tetapi tidak mewajibkan adanya kesepakatan dari para pihak. *Ketiga*, tipe klausul ketiga, yaitu mensyaratkan negara penerima “...*to assent to any demand on the part of the national to submit for conciliation or arbitration any dispute arising from the investment.*” Tipe klausul keempat, yaitu, klausul yang

¹⁰ Huala Adolf, *Hukum Ekonomi Internasional*, (Bandung: Penerbit Keni Media, 2010), hlm. 131.

¹¹ *Ibid.* hlm. 137-138.

¹² OECD, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD

Working Papers on International Investment, 2004/03 (OECD Publishing, 2004), hlm. 38.

memberikan kewenangan dari ICSID sebagai media penyelesaian sengketa apabila dikemudian hari timbul sengketa di antara para pihak.

Kasus *Asian Agricultural Products Ltd v. Sri Lanka* dapat menggambarkan bahwa kewenangan mengadili yang dimiliki oleh ICSID lahir dari klausul BIT yang dibuat oleh para pihak. Kedua pihak dari sengketa tersebut tidak berkeberatan atas kewenangan ICSID. Hal ini menjawab pertanyaan apakah kewajiban penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase sebagaimana diatur oleh *New York Convention 1958* dapat berlaku efektif, dikarenakan banyak perdebatan bahwa apakah hasil keputusan pengadilan arbitrase memiliki kekuatan mengikat.¹³

Indonesia merupakan negara pihak dari *Washington Convention 1965* berdasarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1968. Kasus Churcill Mining Plc. Di ICSID mendorong Pemerintah Indonesia mengeluarkan Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 31 Tahun 2012 yang mengecualikan yurisdiksi ICSID. *Washington Convention 1965 Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of other States* atau disebut juga Konvensi Bank Dunia, ditandatangani di Washington DC 18 Maret 1965. Badan arbitrase ini berkedudukan di Washington dan berafiliasi dengan Bank Dunia.¹⁴ Maksud dan tujuan dibentuknya konvensi ini adalah untuk melindungi investor asing dari tindakan sepihak negara penerima modal, yang berpotensi menimbulkan sengketa. Sengketa ini bahkan bisa berkembang menjadi konflik atau perang.¹⁵ Tindakan-tindakan sepihak negara penerima modal yang biasanya

dilakukan negara berkembang adalah tindakan ekspropriasi.¹⁶ Salah satu kasus yang menjadi pendorong dibentuknya konvensi ini adalah tindakan nasionalisasi perusahaan-perusahaan Prancis di Tunisia.¹⁷

Dua tujuan utama dibentuknya *Washington Convention 1965*, adalah pertama menjembatani jurang atau mengisi kekosongan upaya hukum di dalam menyelesaikan kasus-kasus penanaman modal yakni dengan memberikan mekanisme khusus berupa fasilitas arbitrase atau konsiliasi. Kedua, mendorong dan melindungi arus modal dari negara maju ke negara ketiga (*developing countries*).¹⁸ Indonesia telah meratifikasi konvensi ini melalui Undang-Undang No. 5 Tahun 1968, tentang Persetujuan atas Konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan antar Negara dengan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal. Konsekuensinya adalah ketika negara memiliki sengketa investasi dengan warga negara dari negara penandatanganan akan dapat mengajukan sengketa ke ICSID. Warga negara di sini dapat diartikan sebagai individu atau perusahaan.

Yurisdiksi badan arbitrase ICSID diatur dalam Pasal 25 *Washington Convention 1965*, khususnya ayat (1).¹⁹ Dalam pasal dimaksud terdapat beberapa unsur terkait yurisdiksi badan arbitrase ICSID, di antaranya:²⁰ (1) Objek sengketa terkait penanaman modal; (2) Melibatkan negara peserta dan warga negara dari negara peserta; (3) Telah memiliki

¹³ *Ibid.* hlm. 253.

¹⁴ Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, *Op. Cit.* hlm. 36.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Secara umum, expropriasi adalah pengambilan properti pribadi oleh pemerintah. Lihat Malcolm N. Shaw, *International Law – Fifth Edition*, (United Kingdom: Cambridge University Press, 2004), hlm. 740.

¹⁷ Lihat Huala Adolf, *Op cit.*, hlm. 36-37.

¹⁸ *Ibid.* hlm. 38.

¹⁹ Pasal 25 *Washington Convention 1965*.

²⁰ Lihat John Collier and Vaughan Lowe, *Op.Cit.* hlm. 61.

kesepakatan dalam bentuk tertulis; dan (4) Tidak dapat menarik diri secara sepihak.

Salah satu unsur yang terdapat dalam Pasal 25 *Washington Convention 1965*, yaitu unsur kesepakatan dalam bentuk tertulis, tidak hanya mencakup kesepakatan dalam bentuk kontrak yang dibuat antar entitas yang terlibat transaksi investasi, namun juga mencakup juga kesepakatan tertulis yang dibuat dalam kerangka *Bilateral Investment Treaty (BIT)*. Dengan demikian, penyelesaian Kasus Churchill Mining yang didasarkan pada Izin Usaha Pertambangan pun dapat masuk ke dalam yurisdiksi ICSID, apabila sesuai dengan prinsip-prinsip yang diatur dalam BIT antara Indonesia dan Inggris.

Pengertian warga negara dari negara peserta dapat juga diartikan sebagai perusahaan atau badan hukum.²¹ Biasanya perusahaan atau badan hukum ini dalam bentuk *Transnational Corporations (TNC)* atau *Multinational Corporations (MNC)*.²² Indonesia telah memiliki beberapa kasus yang diselesaikan di badan arbitrase ICSID di antaranya, kasus AMCO vs Kartika Plaza pada tahun 1980. Kasus ini berjalan cukup panjang kurang lebih 12 tahun.²³ Selain itu, saat ini Indonesia tengah beperkara di badan arbitrase ICSID, yang melibatkan perusahaan Inggris, Churchill Mining Plc. Terkait dengan yurisdiksi badan arbitrase ICSID, Pasal 25 juga mengatur bahwa sewaktu-waktu negara

dapat mengajukan pengecualian untuk tidak memasukkan sengketa tertentu ke badan arbitrase ICSID.

Namun demikian ketentuan pasal ini tentu saja dibatasi oleh pasal-pasal sebelumnya dalam rangka untuk mencapai maksud dan tujuan dibuatnya konvensi. Pengecualian ini dilakukan dengan melakukan notifikasi ke badan arbitrase ICSID. Dalam hal ini terdapat hubungan interaksi antara ICSID dan hukum nasional Indonesia. Hubungan ini dimungkinkan berdasarkan Pasal 25 *Washington Convention* itu sendiri yang mengatur bahwa pembatasan yurisdiksi dapat diterapkan dengan catatan tidak menimbulkan penarikan diri secara tidak langsung.

2. Penelusuran hukum dan pembahasan kasus yang relevan

Negara berkembang cenderung mengajukan sengketa penanaman modal melalui pengadilan nasional, dengan dasar sebagai tempat dilaksanakannya kontrak yang menjadi kontrak di bawah BIT di antara investor dan *host state*. Namun di lain pihak negara maju, merasa arbitrase internasional ICSID merupakan forum yang paling tepat, selain pengadilan nasional, dengan alasan netralitas dan yurisdiksi yang dianggap paling nyaman untuk investor asing.

Bentuk penyelesaian sengketa yang dikenal dengan *Investor State Dispute Settlement (ISDS)* digunakan dalam BIT. Prosedur penyelesaian sengketa ini memungkinkan negara mengajukan gugatan secara langsung terhadap penanam modal asing.²⁴ Untuk kasus demikian, berlaku Pasal 32 Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang

²¹ Dijelaskan lebih lanjut dalam Pasal 25 ayat (2) *Washington Convention 1965*.

²² Pembahasan khusus mengenai MNC sebagai subjek dalam penanaman modal asing dapat dilihat di M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, (United Kingdom: Cambridge University Press, 2010), hlm 61.

²³ Lihat Ida Bagus Wyasa Putra, *Aspek-aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional*, Bandung: Penerbit Refika, 1997), hlm. 105.

²⁴ Stephen Bouwhuis, *Investor-State Dispute Settlement Some Concerns, The Future of ICSID and The Place of Investment Treaties in International Law*, (London: British Institute of International and Comparative Law, 2013), hlm. 325.

Penanaman Modal yang di antaranya mengatur bahwa: apabila penyelesaian sengketa melalui musyawarah dan mufakat tidak tercapai maka para pihak dapat menempuh arbitrase. Ketentuan ini menjadi penghubung keterikatan Indonesia dengan *Washington Convention 1965* sebagai dasar keberlakuan atau berjalannya Arbitrase ICSID.

Berdasarkan Pasal 32 ayat (4) Undang-Undang Penanaman Modal, sejatinya ICSID bukan merupakan satu-satunya forum penyelesaian sengketa investasi. Hal ini diperkuat oleh Pasal 26 Konvensi ICSID sendiri.²⁵ Konvensi ICSID mengakui adanya *exhaustion of local administrative* yang memiliki makna yang sama dengan prinsip *exhaustion of local remedy* dalam hukum internasional pada umumnya.²⁶ Beberapa pasal dalam Konvensi ICSID juga mengakui adanya prinsip ini dan telah mengaplikasikannya dalam beberapa kasus, seperti *Anonim Sirketi v Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/10/1)*.

Sengketa terkait dengan perizinan, birokrasi investasi, dan lain sebagainya, yang sejatinya dapat diselesaikan melalui Pengadilan Nasional, bahkan dapat melalui musyawarah seperti yang diatur dalam Pasal 32 ayat (1) Undang-Undang Penanaman Modal. Hal yang terpenting dalam penyelesaian sengketa pada umumnya (yang dalam hal ini dalam bidang investasi asing) adalah konsensus para pihak.²⁷ Sehingga, tidak boleh serta

merta sengketa investasi langsung diasumsikan harus diselesaikan melalui yurisdiksi ICSID.

Dalam hal ini, kasus yang menarik untuk dibahas adalah kasus Churchill Mining Plc. Sengketa arbitrase antara Churchill dan Negara Republik Indonesia diadili di ICSID berdasarkan *Washington Convention 1965* dan *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Indonesia for the Promotion and Protection of Investments (Bilateral Investment Treaty/BIT Kerajaan Inggris-Indonesia)* tanggal 27 April 1976.²⁸ Sengketa ini diadili secara paralel dengan kasus melawan Planet Mining Pty. Ltd (sebuah perusahaan pertambangan di Australia) karena memiliki kesamaan fakta-fakta hukum dengan kasus Churchill Mining Plc. vs Indonesia.

Kasus Planet Mining Pty. Ltd didasarkan pada *Agreement concerning the Promotion and Protection of Investments 17 November 1992* atau yang lebih dikenal sebagai *Bilateral Investment Treaty* antara Negara Republik Indonesia dengan Australia. Seperti halnya kasus Churchill mining, Kasus Planet Mining Pty. Ltd juga masuk terkait dengan penanaman modal yang sama-sama melibatkan tindakan Pemerintah Indonesia.

Pada 22 Mei 2012, Churchill Mining Plc mengajukan sengketa ke ICSID sesuai dengan Pasal 36 *Washington Convention 1965* dan *Bilateral Investment Treaty*

²⁵ Deborah Ruff, "Local remedy first-ICSID and the Kilic decision", Notrhon Rose Ful Ibright, <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/108987/local-remedy-first-icsid-and-the-kilic-decision>, (diakses 14 Mei 2018).

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Ignatio D. Alession, *A comment on ICSID's jurisdictional issues: Problems, solutions and recommendations for a better understanding in international commercial relations*,

(Netherland: University of Amsterdam, 2008), hlm. 14.

²⁸ *Paragraph 48 Decision on Jurisdiction 24 February 2014*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC4194_En&caseId=C2261, (diakses 24 November 2014).

Kerajaan Inggris-Indonesia. Pada intinya Churchill Mining Plc. meminta ganti rugi kepada Indonesia karena Pemerintah Negara Republik Indonesia melanggar norma perjanjian internasional,²⁹ yaitu norma-norma hukum internasional yang tercantum dalam BIT Kerajaan Inggris-Indonesia. Satu bulan setelah permintaan penyelesaian sengketa diajukan, ICSID secara resmi melalui *Secretary-General* mencatatkan sengketa Churchill melawan Indonesia berdasarkan Pasal 36 ayat (3) *Washington Convention*, 1965.³⁰ Dengan demikian *Secretary-General* ICSID menganggap bahwa sengketa antara Churchill Mining Plc. melawan Negara Republik Indonesia masuk ke dalam Yurisdiksi ICSID.

Dalam proses arbitrase, Indonesia mengajukan keberatan terhadap yurisdiksi ICSID dengan tiga alasan.³¹ Pertama, Pasal 7 ayat (1) BIT Kerajaan Inggris-Indonesia tidak menunjukkan persetujuan Negara Republik Indonesia untuk menyelesaikan sengketa di ICSID. Kedua, Persetujuan Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) pada PT. Indonesian Coal Development juga tidak menunjukkan persetujuan Negara Republik Indonesia untuk menyelesaikan sengketa dengan Churchill Mining Plc. di ICSID. Ketiga, bahwa investasi Churchill Mining Plc. tidak tercakup di dalam Pasal 2 ayat (1) BIT Kerajaan Inggris-

Indonesia.³² Dengan demikian Pemerintah Republik Indonesia beranggapan bahwa kasus Churchill Mining tidak dapat diselesaikan di ICSID.

Namun demikian, terhadap keberatan tersebut di atas, ICSID tetap menyatakan memiliki yurisdiksi untuk mengadili kasus Churchill Mining Plc. melawan Republik Indonesia.³³ ICSID menganggap dasar pengajuan penyelesaian sengketa berdasarkan *Washington Convention 1965* dan BIT Kerajaan Inggris-Indonesia tanggal 27 April 1976 sudah kuat.

Namun, Pasal 25 ayat (4) *Washington Convention 1965* sebetulnya memberi hak kepada negara penandatanganan untuk melakukan pemberitahuan (*notification*) ke ICSID tentang jenis perselisihan yang akan atau tidak akan diserahkan penyelesaiannya pada yurisdiksi ICSID.³⁴ Untuk mencegah sengketa yang sama seperti kasus Churchill Mining Plc di atas diadili kembali oleh ICSID, Pemerintah Republik Indonesia mengeluarkan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Keppres No. 31 Tahun 2012). Terdapat tiga hal utama dalam Keppres No. 31

²⁹ *Ibid.*, paragraph 50.

³⁰ Article 36 subsection (3) *Washington Convention*, 1965 menyatakan: "The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register."

³¹ Paragraph 77 *Decision on Jurisdiction* 24 February 2014, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia.

³² Article 2 Subsection (1) *Bilateral Investment Treaty* Kerajaan Inggris-Indonesia menyatakan: "This Agreement shall only apply to investments by nationals or companies of the United Kingdom is in territory of the Republic of Indonesia which have been granted admission in accordance with the Foreign Capital Investment Law No. 1 of 1967 or any law amending or replacing it."

³³ Paragraph 319 *Decision on Jurisdiction* 24 February 2014, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia.

³⁴ Bagian menimbang Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes*.

Tahun 2012. *Pertama*, Presiden menetapkan perselisihan yang timbul dari keputusan tata usaha negara yang dikeluarkan oleh pemerintah kabupaten dalam wilayah Republik Indonesia sebagai perselisihan yang tidak diserahkan penyelesaiannya pada yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).³⁵ *Kedua*, Presiden memerintahkan melakukan pemberitahuan ke ICSID tentang penetapan sebagaimana dimaksud dalam angka 1 di atas sebagai perselisihan yang tidak diserahkan penyelesaiannya pada yurisdiksi ICSID. *Ketiga*, Presiden menugaskan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia untuk melakukan tindakan yang diperlukan agar penetapan sebagaimana dimaksud dalam angka 1 di atas dicatatkan dan diumumkan oleh ICSID sesuai dengan konvensi (*convention*), peraturan (*regulations*), dan aturan (*rules*) ICSID.

Setelah adanya Keppres No. 31 Tahun 2012 dan Republik Indonesia melakukan pemberitahuan ke ICSID, perselisihan yang timbul dari keputusan tata usaha negara yang dikeluarkan oleh pemerintah kabupaten dalam wilayah Republik Indonesia bukan lagi yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).

Pemerintah mengambil hikmah dari materi Kasus Churcill Mining Plc. yang sempat diadili di Pengadilan Tata Usaha Negara, Samarinda pada 25 Agustus 2010,³⁶ sebelum akhirnya kasus tersebut melebar hingga diadili di ICSID. Proses

peradilan di Pengadilan Tata Usaha Negara, Samarinda merupakan bagian dari rentetan fakta hukum yang disampaikan ke ICSID pada kasus Churcill Mining Plc melawan Republik Indonesia.

Pada mulanya, Churcill Mining Plc. bersama dengan berbagai perusahaan di Indonesia melaksanakan *East Kutai Coal Project* (EKCP) di Kalimantan. Proyek tersebut menemukan bahwa di area eksplorasi EKCP terdapat 2,7 miliar metrik ton potensi batu bara dengan kualitas tinggi.³⁷

Pada tahun 2006, Ridlatama Group, sebuah grup perusahaan di Indonesia menawarkan EKCP ke Churcill Mining Plc. dan Planet Mining Pty. Ltd. Karena dianggap potensial maka Churcill Mining Plc. bersama sama dengan Planet Mining Pty. Ltd mengambil alih kepemilikan saham di PT. Indonesian Coal Development (PT. ICD), perusahaan penanaman modal asing yang bergerak di bidang jasa umum pertambangan. Churcill Mining Plc. kemudian memiliki 95% saham dan Planet Mining Pty. Ltd memiliki 5% saham PT ICD.³⁸

PT. ICD kemudian bekerja sama dengan beberapa perusahaan Ridlatama Group yang telah memiliki izin dari Bupati Kutai Timur untuk melaksanakan seluruh operasi penambangan di area EKCP. PT. ICD dalam hal tersebut mendapatkan imbalan 75% dari seluruh keuntungan penambangan. Setelah Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara disahkan, rezim Kuasa Penambangan diganti dengan Izin Usaha Penambangan (IUP). Perusahaan-perusahaan Ridlatama Grup kemudian meningkatkan izin mereka dan mendapatkan IUP Eksplorasi dari Bupati Kutai Timur untuk jangka waktu 20 tahun.³⁹

³⁵ Pasal 1 Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes*.

³⁶ *Paragraph 40 Decision on Jurisdiction 24 February 2014, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia.*

³⁷ *Paragraph 7-8, Ibid.*

³⁸ *Paragraph 11-14, Ibid.*

³⁹ *Paragraph 31-33, Ibid.*

Namun demikian, Bupati Kutai Timur mencabut IUP Eksplorasi perusahaan-perusahaan Ridlatama Group pada 4 Mei 2010, dengan alasan terdapat surat dari Kementerian Kehutanan Republik Indonesia bahwa perusahaan-perusahaan Ridlatama Group beroperasi tanpa izin dari Kementerian Kehutanan Republik Indonesia, perizinan perusahaan-perusahaan Ridlatama diduga dipalsukan, dan IUP milik perusahaan-perusahaan Ridlatama Group overlap dengan izin lainnya. Ridlatama Grup kemudian menggugat pembatalan keputusan pembatalan IUP oleh Bupati Kutai Timur ke Pengadilan Tata Usaha Negara di Samarinda. Pengadilan Tata Usaha Negara Samarinda kemudian menyatakan penarikan IUP sah. Tak puas dengan putusan tersebut, Perusahaan dalam Ridlatama Group kemudian mengajukan banding ke Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Jakarta. Akan tetapi, Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Jakarta memperkuat putusan pengadilan Tata Usaha Negara Samarinda. Perusahaan-perusahaan Ridlatama Group kemudian melakukan upaya kasasi, namun kembali menemukan jalan buntu karena ditolak oleh Mahkamah Agung.⁴⁰

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, kasus tersebut di atas kemudian berkembang karena Churcill Mining Plc. menuntut Pemerintah Republik Indonesia di ICSID. Setelah adanya Keppres Nomor 31 Tahun 2012 dan Republik Indonesia melakukan pemberitahuan ke ICSID, kasus serupa dengan kasus Churcill Mining Plc. melawan Pemerintah Republik Indonesia tidak dapat lagi dibawa ke ICSID karena perselisihan yang timbul dari keputusan tata usaha negara pemerintah kabupaten, seperti halnya pencabutan IUP Bupati Kutai Timur bukan lagi

yurisdiksi ICSID, sesuai dengan *Pasal 25 Washington Convention 1965*.

Salah satu pasal dalam *Washington Convention 1965* tersebut menjadi parameter pelaksanaan aktivitas ICSID karena mengatur masalah yurisdiksi. Pasal 25 ayat (1) *Washington Convention 1965* menyatakan bahwa yurisdiksi ICSID adalah sengketa hukum yang muncul secara langsung dari aktivitas investasi, antara negara pihak/*contracting state* (atau subdivisi, konstituen atau agensi dari negara tersebut yang ditunjuk negara untuk beperkara ke ICSID) dan warga negara dari negara pihak lainnya (*national of another contracting state*), di mana para pihak sepakat secara tertulis untuk menyelesaikan sengketa di ICSID. Pihak yang telah memberikan persetujuan untuk menyelesaikan sengketa di ICSID tidak dapat menarik kembali secara sepihak persetujuannya tersebut. Selengkapny Pasal 25 ayat (1) *Washington Convention 1965* menyatakan:

“The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”

Kata “Jurisdiction” dalam pasal di atas merupakan sebuah konsep yang dapat diartikan sebagai: *“the power of a court or judge to entertain an action, petition or other proceeding”*⁴¹ Pasal 25

⁴⁰ Paragraph 39-42, *Ibid*.

⁴¹ Jowitt’s Dictionary of English Law, Vol. 1 dalam H. Schreurer, Christoph, et. al., *The ICSID Convention, A Commentary Second Edition*, Cambridge University Press, UK, 2009, hlm. 85

Washington Convention 1965 tidak membedakan yurisdiksi untuk melakukan konsiliasi atau arbitrase. Kedua alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan tersebut dapat digunakan sesuai klausa untuk menyerahkan penyelesaian sengketa ke ICSID.

Kemudian, kata-kata "*shall extend to any legal Disputes..*" mensyaratkan bahwa terdapat sengketa yang memiliki konsekuensi hukum terhadap hubungan para pihak. Masalah yang diajukan ke ICSID haruslah sebuah masalah yang konkret, bukan masalah dalam tatanan akademis.⁴² Kemudian kata tersebut diikuti oleh kata "*..arising directly out of an investment..*" berarti bahwa hanya sengketa yang muncul secara langsung dari aktivitas investasi yang masuk ke dalam yurisdiksi ICSID. Investasi sendiri menurut draf awal *Washington Convention 1965* yang bertujuan untuk membentuk ICSID sendiri, berarti:

"acquisition of (i) property rights or contractual rights (including rights under a concession) for the establishment or in the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise; (ii) participations or shares in any such enterprise; or (iii) financial obligations of a public or private entity other than obligations arising out of short-term banking or credit facilities".⁴³

Hal tersebut di atas diadakan untuk membatasi yurisdiksi ICSID agar tidak memiliki kewenangan mengadili seluruh sengketa yang berhubungan dengan investasi.⁴⁴

Unsur lainnya dalam Pasal 25 ayat (1) adalah kata-kata:

"... between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, ..."

Berdasarkan kata-kata tersebut, sengketa yang diajukan ke ICSID haruslah sengketa antara salah satu negara pihak dalam perjanjian, yaitu negara yang telah mendepositkan instrumen ratifikasi, penerimaan atau persetujuan, sesuai dengan Pasal 68 *Washington Convention 1965*, dengan investor dari negara pihak lainnya. Di banyak negara, perjanjian investasi diadakan tidak hanya oleh pemerintah tetapi juga oleh perusahaan-perusahaan berbadan hukum, agensi atau perusahaan milik negara.⁴⁵ Selain itu beberapa negara seperti Indonesia, tidak hanya pemerintah pusat yang berhubungan dengan investor asing, tetapi juga pemerintah daerah. Kata-kata dalam kurung yang terdapat dalam Pasal 25 ayat (1) *Washington Convention 1965* memberi peluang bagi pihak-pihak tersebut untuk menjadi pihak dalam penyelesaian sengketa di ICSID.⁴⁶

Selanjutnya, bagian kalimat "*...which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre...*" dalam Pasal 25 ayat (1) *Washington Convention 1965* menunjukkan bahwa pihak yang terlibat sengketa harus memberikan persetujuan untuk membawa perkara tersebut ke ICSID. Persetujuan antar pihak tersebut merupakan syarat mutlak yang harus ada bagi ICSID untuk

⁴² Christoph H. Schreuer, *et. al., The ICSID Convention, A Commentary* Second Edition, (UK: Cambridge University Press, 2009), hlm. 94.

⁴³ *Ibid.*, hlm. 115.

⁴⁴ *Ibid.*, hlm 106.

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 144-149 & 160.

⁴⁶ Selanjutnya pada tahun 1978 *Additional Facility Rules* untuk merubah ketentuan mengenai yurisdiksi di *Washington Convention 1965*. Sengketa yang masuk ke dalam Yurisdiksi ICSID termasuk sengketa antara negara pihak dan negara lain yang bukan pihak. Selain itu sengketa juga tidak harus muncul langsung dari aktivitas investasi .

mengadili suatu sengketa. Fakta bahwa negara tuan rumah dan negara asal investor telah meratifikasi *Washington Convention 1965* tidak cukup memberikan ICSID yurisdiksi untuk mengadili sengketa.

Persetujuan untuk menyelesaikan sengketa di ICSID dapat dinyatakan dengan beberapa cara. Negara tuan rumah dan investor dapat secara langsung menunjuk ICSID dalam perjanjian investasi antar mereka. Persetujuan juga dapat dinyatakan dengan penawaran unilateral oleh negara tuan rumah melalui legislasi atau perjanjian internasional, yang disetujui kemudian oleh investor.⁴⁷ Cara persetujuan tidak langsung demikian dipraktikkan oleh Indonesia yang secara eksplisit menunjuk ICSID sebagai lembaga penyelesaian sengketa dalam BIT dengan berbagai negara. Cara demikian disebut oleh Paulsson dengan istilah "*arbitration without privity.*"⁴⁸ *Washington Convention 1965*, memberikan pengecualian terhadap yurisdiksi ICSID di atas. Aturan tersebut memberikan kemungkinan bagi negara-negara untuk mengecualikan kelas sengketa yang tidak dapat dimasukkan ke dalam Yurisdiksi ICSID. Para pihak dalam *Washington Convention 1965* sepenuhnya bebas untuk menyatakan persetujuan menyelesaikan sengketa di ICSID. Dengan demikian, para pihak pun berhak tidak memberikan persetujuan untuk mengadili hal-hal yang dianggap tidak layak diadili oleh ICSID. Walaupun mengecualikan yurisdiksi pengadilan, pasal ini bukan merupakan reservasi yang dikenal dalam hukum perjanjian internasional karena tidak memiliki dampak hukum yang berpengaruh

terhadap keberlakuan kaidah-kaidah dalam *Washington Convention 1965*.

Kesempatan untuk melakukan pengecualian yurisdiksi ICSID tersebut di atas telah dipraktikkan oleh berbagai negara.⁴⁹ Jamaika melalui notifikasi tahun 1974 memberitahukan ICSID untuk tidak mengadili sengketa hukum yang berasal langsung dari investasi yang berhubungan dengan mineral dan sumber daya alam lainnya di Jamaika. Selain itu, Papua New Guinea pada 1978 mengirimkan notifikasi yang berisi pernyataan untuk memberikan yurisdiksi pada ICSID hanya untuk sengketa yang fundamental terhadap investasi. Selanjutnya, Saudi Arabia melalui notifikasi tahun 1980 menyatakan tidak memberikan persetujuan bagi ICSID untuk mengadili kasus yang berkaitan dengan perminyakan dan pelaksanaan kedaulatan. Sementara, Turki pada 1989 mengirimkan notifikasi yang menjadikan ICSID hanya berwenang mengadili sengketa yang muncul secara langsung dari kegiatan investasi yang telah mendapat izin yang diperlukan, sesuai dengan legislasi Turki mengenai permodalan. Dalam kesempatan yang sama Turki juga mengecualikan sengketa yang berhubungan dengan bidang properti dan hak atas real estat. Turki menyatakan bahwa sengketa demikian tetap berada di bawah yurisdiksi Pengadilan Nasional Turki. Terakhir, Cina pada 1993 menyatakan bahwa hanya memberikan persetujuan yurisdiksi ICSID untuk sengketa atas kompensasi dari ekpropriasi dan nasionalisasi.

Penulis menilai bahwa pelaksanaan Pasal 25 ayat (4) memang merupakan suatu upaya yang dapat dilakukan suatu negara dalam membatasi yurisdiksi ICSID. Namun demikian, hemat peneliti bahwa penerapan pasal ini seharusnya dibatasi

⁴⁷ *Ibid*, hlm. 191.

⁴⁸ Jan Paulsson, "Arbitration Without Privity", *Foreign Investment Law Journal* 232, No. 10, (1995) dalam *Ibid*.

⁴⁹ Christoph H. Schreurer, *et. al.*, *Op. Cit.*, hlm. 344.

pada penerapan Pasal 25 ayat (1), bahwa para pihak dilarang untuk menarik yurisdiksi ICSID atau kesepakatan mengajukan ke arbitrase secara sepihak (*unilaterally*). Penerapan Pasal 25 ayat (4) harus dibatasi untuk tidak menimbulkan suatu tindakan yang termasuk dalam klasifikasi larangan untuk menarik kesepakatan secara sepihak secara tidak langsung (*prohibition of indirect withdrawal of consent*). Pemberitahuan atau pengecualian yurisdiksi tersebut tidak dapat berlaku terhadap suatu perjanjian yang sudah ada sebelumnya.⁵⁰

Praktik ini terlihat jelas dalam kasus yang melibatkan Jamaika. Terdapat tiga kasus terkait hal ini. Terhadap tiga kasus ini, Jamaika terikat dalam suatu perjanjian dengan investor asing yang mengandung klausula “*no further tax*” dan klausula yang mengatur mengenai keterikatan terhadap yurisdiksi ICSID. Pada tanggal 8 Mei 1974, Jamaika mengirimkan notifikasi kepada ICSID untuk mengecualikan semua sengketa yang timbul di luar penanaman modal yang terkait mineral dan sumber daya alamnya, untuk tidak diselesaikan melalui yurisdiksi ICSID.⁵¹ Pemberitahuan ini sekaligus dianggap sebagai membatalkan kesepakatan dengan tiga investornya. Terhadap hal ini tiga badan peradilan memiliki argumentasi bahwa pemberitahuan tersebut tidak dapat berfungsi untuk membatasi yurisdiksi dari lembaga peradilan tersebut.⁵²

Keputusan Presiden yang dikeluarkan oleh Pemerintah Indonesia, dapat dinilai sebagai suatu upaya preventif untuk menghindari dari dibawanya sengketa yang melibatkan perusahaan Indonesia

atau Pemerintah Indonesia dengan investor asing ke ICSID. Indonesia termasuk negara yang menjadi tujuan para investor, dan beberapa kasus yang terkait dengan penanaman modal, beberapa kasus diawali dengan adanya pencabutan izin oleh Pemerintah Indonesia. Dalam hal ini kasus AMCO v. Kartika Plaza yang melibatkan Pemerintah Indonesia, dan diselesaikan di forum ICSID.

Pembatasan yurisdiksi ICSID dalam kerangka Keputusan Presiden merupakan langkah yang kurang tepat. Adapun dalam Pasal 4 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 dinyatakan bahwa aturan yang tidak termaktub dalam Undang-Undang yang merupakan hasil ratifikasi Konvensi ICSID tersebut akan diatur di dalam peraturan perundang-undangan lainnya. Menurut penulis, peraturan perundang-undangan yang dimaksud dalam UU Hasil Ratifikasi Konvensi ICSID tersebut menunjuk pada Undang-Undang. Hal ini berarti peraturan perundang-undangan yang sifatnya umum karena investasi merupakan kegiatan ekonomi yang termasuk ke dalam refleksi dari Pasal 33 UUD 1945. Berbeda dengan sifat dan karakter yang melekat pada suatu Keputusan Presiden yang berbentuk *beschikking*, sehingga sifatnya yang pribadi dan tidak berlaku umum.

BIT merupakan suatu perjanjian internasional yang juga sekaligus sebagai sumber hukum ekonomi internasional. Perjanjian internasional bilateral tersebut merupakan salah satu metode untuk meningkatkan hubungan-hubungan ekonomi antarnegara. BIT mulai muncul pada periode tahun 1960-an. Kala itu BIT banyak diadakan Negara-Negara Eropa untuk mengatur penanaman-penanaman modal suatu warga negara di dalam wilayah negara lainnya. Sejak BIT pertama kali muncul, semakin banyak

⁵⁰ Christoph H. Schreuer, *et.al.*, *The ICSID Convention, A Commentary Second Edition*, (UK: Cambridge University Press), 2009, hlm. 256.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

negara-negara yang mengadakan BIT karena adanya dorongan kuat dari warga-warga negara juga perusahaan-perusahaan tertentu untuk mengadakan pengadaan modal langsung di negara-negara lain. BIT dianggap diperlukan untuk mendorong dan melindungi penanam-penanam modal dari perubahan hukum nasional di wilayah negara tempat investasi mereka. BIT juga dapat memberikan rasa aman bagi para investor dari tindakan-tindakan tidak adil para pejabat pemerintahan di tempat investasi mereka.⁵³

Hukum internasional sebelum adanya BIT memberikan perlindungan hukum yang kurang memadai kepada investor asing. Hukum kebiasaan internasional tidak mengatur masalah perlindungan investor asing. Hukum internasional juga tidak memiliki mekanisme yang mengikat untuk menyelesaikan sengketa penanam-an modal.⁵⁴ Kemampuan untuk mengatur masalah hubungan-hubungan ekonomi secara keseluruhan, terutama pengaturan masalah penanaman modal asing belum dimiliki hukum internasional saat itu.

BIT berkembang menjadi sumber hukum ekonomi internasional yang dipraktikkan secara terus menerus. Tak heran apabila sampai saat ini setidaknya Indonesia memiliki 67 BIT dengan negara-negara seperti Cina, Perancis, Singapura dan Kerajaan Inggris. Namun demikian Indonesia berencana untuk mengakhiri lebih dari 60 BIT yang memperbolehkan investor asing melewati prosedur penyelesaian sengketa di Pengadilan Nasional.⁵⁵ Saat ini berkembang asumsi

bahwa beberapa perusahaan multinasional menggunakan BIT untuk menyimpangi hukum nasional dan menguasai negara berkembang. Tak heran apabila Indonesia bukan negara pertama yang berkeinginan untuk menghentikan BIT. Sebelumnya, Afrika Selatan pun menyatakan rencana yang sama.⁵⁶

Perjanjian internasional antar negara diatur dalam *Vienna Convention on the Law of Treaties* 1969. Kaidah dan norma yang ada di dalam *Vienna Convention on the Law of Treaties* 1969 mengikat Indonesia, walaupun Indonesia tidak meratifikasi *Vienna Convention* 1969.⁵⁷ Perjanjian internasional adalah sumber formal hukum internasional selain hukum kebiasaan internasional, prinsip umum hukum internasional, doktrin dan yurisprudensi, sebagaimana tercantum dalam Pasal 38 ayat (1) *Statute of The International Court of Justice* 1945.

Perjanjian internasional memiliki kekuatan mengikat bagi negara yang menjadi pihak dalam perjanjian tersebut. Hal ini sejalan dengan apa yang diatur dalam Pasal 26 *Vienna Convention on The Law of Treaties* 1969⁵⁸ yang memuat asas *pacta sunt servanda*.⁵⁹ Negara-negara pihak dalam suatu perjanjian internasional juga diwajibkan untuk

⁵³ Huala Adolf, *Hukum Ekonomi Internasional Suatu Pengantar*, (Jakarta Penerbit Raja Grafindo Persada, 2005), hlm. 149, 157-164.

⁵⁴ Jeswald W. Salacuse, dalam *Ibid*.

⁵⁵ Financial Times, "Indonesia to terminate more than 60 bilateral investment treaties", [http://www.ft.com/cms/s/0/3755c1b2-b4e2-](http://www.ft.com/cms/s/0/3755c1b2-b4e2-11e3-af92-00144feabdc0.html#axzz3K0NQsgbL)

11e3-af92-00144feabdc0.html#axzz3K0NQsgbL, diakses 24 November 2014).

⁵⁶ *Ibid*.

⁵⁷ Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional, Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, (Bandung: Refika Aditama, 2010), hlm. 17.

⁵⁸ Article 26 *Vienna Convention on The Law of Treaties* 1969 menyatakan: "Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith."

⁵⁹ Asas *Pacta Sunt Servanda* dikenal dalam hukum kontrak atau hukum perjanjian, asas ini diatur dalam Article 26 *Vienna Convention on The Law of Treaties* 1969.

melaksanakan perjanjian dengan itikad baik (*good faith*).

Sebagai perjanjian internasional, biasanya mekanisme pengikatan diri terhadap BIT dilakukan dengan mekanisme ratifikasi. Pengesahan (Ratifikasi) eksternal Perjanjian Internasional oleh Sebuah Negara didasarkan pada Pasal 16 *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*⁶⁰ mengatur hal tersebut di atas dengan menyatakan bahwa kecuali perjanjian internasional menyatakan lain, *instruments of ratification, acceptance, approval or accession* mengakibatkan negara terikat dengan suatu perjanjian internasional pada saat pertukaran instrumen tersebut di antara negara pihak, pada saat penyerahan kepada lembaga *depository* atau pemberitahuan kepada negara pihak atau lembaga *depository* jika disetujui.

Secara internal, prosedur ratifikasi perjanjian internasional di Indonesia diatur dalam Pasal 9 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional yang menyatakan "*pengesahan perjanjian internasional sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan undang-undang atau keputusan presiden*".⁶¹

Materi muatan BIT sebagai perjanjian internasional tidak termasuk ke dalam hal-hal di atas sehingga, BIT disahkan secara internal dengan menggunakan Keputusan Presiden (saat ini Peraturan Presiden). Dengan demikian BIT Kerajaan Indonesia dengan Qatar (*Agreement Between the Government of The Republic of Indonesia and The Government of The State of Qatar for The Promotion and*

Protection of Investments 2000) disahkan dengan Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 84 Tahun 2007 tentang Pengesahan Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Negara Qatar Mengenai Peningkatan dan Perlindungan atas Penanaman Modal. Selain dengan Qatar, BIT Indonesia-Singapura yang ditandatangani pada tahun 2005 di Singapura disahkan dengan peraturan presiden, yaitu Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2006 tentang Pengesahan Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Singapura mengenai Peningkatan dan Perlindungan atas Penanaman Modal.

Indonesia terikat secara internal dengan *Washington Convention 1965* melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 dan terikat secara eksternal sejak 30 hari setelah instrumen ratifikasi didepositkan sesuai Pasal 68 *Washington Convention 1965*. Pemerintah Republik Indonesia mengesahkan berbagai BIT melalui Peraturan Presiden. Indonesia juga melakukan pengecualian yurisdiksi ICSID melalui produk hukum yaitu Keppres Nomor 31 Tahun 2012. Hal tersebut sudah sesuai dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Tata Cara Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, khususnya Pasal 7 tentang hierarki peraturan perundang-undangan.

Keppres Nomor 31 Tahun 2012 yang dibuat dengan berdasarkan Pasal 25 ayat (4) *Washington Convention 1965*, yang merupakan suatu ketentuan yang berisi pemberitahuan pengecualian yurisdiksi Arbitrase ICSID. Pengecualian tersebut tidak sama dengan reservasi yang dikenal dalam lapangan hukum perjanjian internasional. Pengecualian melalui notifikasi tersebut tidak merubah dampak hukum apa pun dari norma-

⁶⁰ Article 16 *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*.

⁶¹ Damos Dumoli Agusman, *et. al., Pedoman Teknis dan Referensi Pembuatan Perjanjian Internasional (untuk kalangan sendiri)*, Jakarta: Departemen Luar Negeri 2010), hlm. 30.

norma yang terkandung dalam *Washington Convention 1965*, khususnya dalam hal yurisdiksi ICSID. Hal ini sebagaimana yang diatur dalam Pasal 25 ayat (4), bahwa penerapan ketentuan ini dibatasi oleh Pasal 25 ayat (1). Pengecualian yang dibuat dikemudian hari hanya memiliki akibat hukum terhadap perjanjian yang dibuat di kemudian hari antara Indonesia dan negara mitra.

Keberadaan Keputusan Presiden ini apabila dimaksudkan untuk menghindari sengketa yang melibatkan Indonesia ke forum ICSID, terhadap BIT yang sudah menunjuk ICSID sebagai badan penyelesaian sengketa dalam ISDS nya, maka keberadaan Keputusan Presiden ini menjadi tidak berfungsi. Kecuali, apabila Keputusan Presiden ini berlaku untuk di kemudian hari terhadap BIT yang akan datang yang akan dibuat oleh Indonesia dengan negara mitra. Hal ini mengingat ketentuan Pasal 25 ayat (4) dibuat bukan untuk penarikan diri dari kesepakatan secara sepihak dan penerapan pasal ini tidak dimaksudkan untuk melakukan penarikan diri terhadap kesepakatan secara tidak langsung.

Pada prinsipnya para pihak dalam *Washington Convention 1965* sepenuhnya bebas untuk menyatakan persetujuan menyelesaikan sengketa di ICSID. Dengan demikian, para pihak pun berhak tidak memberikan persetujuan untuk mengadili hal-hal yang dianggap tidak layak diadili oleh ICSID. Keppres Nomor 31 Tahun 2012 merupakan manifestasi dari hak tersebut. Namun penerapannya, tetap dibatasi oleh ketentuan yurisdiksi ICSID yang diatur dalam Pasal 25 ayat (1).

Substansi dari Keppres Nomor 31 Tahun 2012 sangat jelas menunjukkan bahwa latar belakang politis dibentuknya Peraturan Presiden tersebut sedikit banyak dipengaruhi oleh Kasus Indonesia

melawan Churchill Plc. di ICSID. Kasus Churchill berawal dari perizinan yang dikeluarkan Bupati sebagai aparaturnegara.

Indonesia sangat kerap dituduh melakukan *Indirect Expropriation*, khususnya terkait dengan pencabutan izin dan kerap kali Indonesia diajukan ke Arbitrase Internasional dengan adanya tindakan negara ini. Bisa atau tidaknya suatu *indirect expropriation* menjadi salah satu alasan klaim ke arbitrase internasional, merupakan sesuatu yang seharusnya dibatasi dalam BIT dengan negara mitra. Salah satu cara yang bisa dilakukan adalah perubahan klausul dalam BIT yang memungkinkan investor mengajukan klaim secara langsung terhadap negara tuan rumah (penyelesaian sengketa semacam ini dikenal dengan istilah *Investor State Dispute Settlement/ISDS*).⁶² Klausul tersebut dalam beberapa BIT yang menggunakan metode *domestic jurisdiction* sebagai salah satu metode penyelesaian sengketa dan membatasi penggunaan arbitrase internasional hanya untuk *direct expropriation*. Bahkan suatu langkah berani adalah apabila dalam BIT Indonesia tidak menggunakan arbitrase sebagai metode penyelesaian sengketa.

Klausula ISDS atau klausula metode penyelesaian sengketa yang selama ini terdapat dalam BIT Indonesia dengan negara lain perlu untuk disempurnakan. Setidaknya harus terdapat tiga syarat sebelum sengketa dapat diajukan ke ICSID. Pertama adalah adanya "*notice and cooling off periods*", dalam hal ini BIT mewajibkan investor menunggu selama waktu tertentu setelah mengirimkan

⁶² Lihat Calamita, N. Jansen *et. al.*, *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, (London: British Institute of International and Comparative Law, 2013), hlm. 325.

pemberitahuan adanya sengketa. Setelah jangka waktu tersebut terlewati maka investor baru dapat mengajukan sengketa ke arbitrase.⁶³ Kedua, klausula ISDS dapat memuat apa yang disebut dengan “*fork and the road provisions*”. Klausul semacam ini mewajibkan investor memilih hanya satu lembaga untuk menyelesaikan sengketa. Dengan demikian, investor tidak dapat berpindah forum penyelesaian sengketa setelah mengajukan sengketa ke arbitrase atau menggugat di pengadilan nasional.⁶⁴

Terakhir, BIT dapat memiliki “*exhaustion requirement*” yaitu ketentuan yang mensyaratkan investor untuk mencari ganti rugi di pengadilan nasional negara tuan rumah sebelum mengajukan sengketa ke arbitrase. Sebagai contoh, BIT Argentina-Kerajaan Inggris mensyaratkan investor untuk mengajukan klaim gugatan ke pengadilan nasional selama 18 bulan sebelum mengajukan sengketa ke arbitrase. Aturan ini bertentangan dengan “*fork and the road provisions*” yang melarang investor mengajukan klaim ke arbitrase apabila sebelumnya ia telah memperkarakan sengketa ke pengadilan nasional.⁶⁵ Bagi negara yang mendorong pertumbuhan investasi, “*exhaustion requirement*” lebih atraktif daripada “*fork and the road provisions*”. Hal ini karena investor cenderung khawatir bahwa pengadilan nasional negara tuan rumah akan tidak adil dalam memperlakukan mereka. Intervensi dari lembaga eksekutif atau rasa loyalitas kepada negara tuan rumah dapat mempengaruhi putusan hakim di pengadilan nasional negara tuan rumah. Tak jarang pengadilan nasional terikat

untuk menerapkan legislasi nasional walaupun legislasi tersebut cenderung bertentangan dengan aturan hukum internasional. Padahal, hukum nasional sering kali mengakibatkan para investor mengajukan komplain.⁶⁶ Pengadilan nasional dengan demikian tentu saja dihindari oleh para investor.

Kondisi yang telah dijelaskan di atas bertolak belakang apabila dilihat dari sudut pandang negara tuan rumah. Negara tuan rumah cenderung lebih memilih peradilan nasional untuk menyelesaikan sengketa dengan para investor. Kekalahan-kekalahan Indonesia di ICSID juga sedikit banyak mempengaruhi hal tersebut, misalnya kekalahan Indonesia dalam Kasus Kartika yang diselesaikan di ICSID. Indonesia dinyatakan bersalah karena melakukan pencabutan izin secara bertentangan dengan hukum. Indonesia dalam kasus tersebut harus membayar 4,2 juta dolar Amerika Serikat.⁶⁷

D. Penutup

Indonesia merupakan negara pihak dari *Washington Convention* 1965 berdasarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1968. Kasus Churcill Mining Plc. Di ICSID mendorong Pemerintah Indonesia mengeluarkan Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 31 Tahun 2012 yang mengecualikan yurisdiksi ICSID. Dalam hal ini terdapat hubungan interaksi antara ICSID dan hukum nasional Indonesia. Hubungan ini dimungkinkan berdasarkan Pasal 25 *Washington Convention* itu sendiri yang mengatur bahwa pembatasan yurisdiksi

⁶³ B. Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, (Netherlands: Wolters Kluwer, 2012), hlm. 426-427.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law* Second Edition, (United Kingdom Oxford: University Press, 2012), hlm. 235.

⁶⁷ Ida Bagus Wyasa Putra, *Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional*, (Bandung: Refika Aditama, 2000), hlm. 109.

dapat diterapkan dengan catatan tidak menimbulkan penarikan diri secara tidak langsung. Pembatasan semacam ini telah diterapkan oleh Jamaika, Papua New Guinea, Saudi Arabia, Turki, dan Cina.

BIT pada hakikatnya adalah Perjanjian Internasional, sehingga prinsip-prinsip yang berlaku dalam hukum perjanjian internasional juga berlaku bagi BIT. Setelah melakukan pengecualian yurisdiksi ICSID melalui Keppres Nomor 31 Tahun 2012., tinggi. Substansi pengecualian yang diatur dalam Keputusan Presiden tersebut, dengan adanya batasan penerapan Pasal 25 ayat (4) oleh Pasal 25 ayat (1) *Washington Convention 1965*, maka Keputusan Presiden tidak merubah dampak hukum apa pun dari norma-norma yang terkandung dalam *Washington Convention 1965*, khususnya dalam hal yurisdiksi ICSID.

Tindakan hukum yang melakukan pengecualian yurisdiksi ICSID pada saat Kasus Churchill Mining dan Planet Mining adalah sah berdasarkan hukum

internasional, karena pengecualian yurisdiksi tersebut dimungkinkan dan diatur oleh Konvensi yang mendirikan ICSID, yaitu Pasal 25 ayat (4) *Washington Convention 1965*. Konvensi ini memberi hak kepada Indonesia sebagai negara penandatanganan untuk melakukan pemberitahuan (*notification*) ke ICSID tentang jenis perselisihan yang akan atau tidak akan diserahkan penyelesaiannya pada yurisdiksi ICSID. Hal ini tidak hanya dilakukan oleh Indonesia, namun juga dilekaskan negara lain seperti Jamaika, Papua New Guinea, Saudi Arabia, Turki, yang juga membuat kebijakan pengecualian terhadap objek sengketa ICSID (membatasi yurisdiksi ICSID). Namun demikian, dalam melakukan tindakan hukum pengecualian yurisdiksi tersebut tetap harus memperhatikan tata urutan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang No. 12 Tahun 2011 tentang Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Adolf, Huala , *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional* (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika, 2004).

-----, *Arbitrase Komersial Internasional* (Jakarta: Penerbit Raja Grafindo, 2000).

-----, *Hukum Ekonomi Internasional*, (Penerbit Keni Media, 2010).

-----, *Hukum Ekonomi Internasional Suatu Pengantar* (Jakarta: Penerbit Raja Grafindo Persada, 2005).

Agusman , Damos Dumoli, *Hukum Perjanjian Internasional, Kajian Teori dan Praktik Indonesia* (Bandung: Refika Aditama, 2010).

Agusman, Damos Dumoli, et. al., *Pedoman Teknis dan Referensi Pembuatan Perjanjian Internasional (untuk kalangan sendiri)*, Departemen Luar Negeri.

B. Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice* (Nedherland: Wolters Kluwer, 2012).

Calamita, N. Jansen et. al., *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law* (London: British Institute of International and Comparative Law, 2013).

Collier, John and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law* (Inggris: Oxford University Press , 1999).

Dolzer, Rudolf dan Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law Second Edition* (United Kingdom: Oxford University Press ,2012).

H. Schreuer, Christoph, et. al., *The ICSID Convention, A Commentary Second Edition* (UK: Cambridge University Press ,2009).

Moses, Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration Second Edition* (New York: Cambridge University Press, 2012).

Putra , Ida Bagus Wyasa, *Aspek-aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional* (Bandung: Penerbit Refika, 1997).

Shaw, Malcolm N., *International Law – Fifth Edition* (UK: Cambridge University Press , 2004).

Soekanto, Soerjono, *Pengantar Penelitian Hukum Edisi Kedua* (Jakarta: UI Press, 1982).

Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Penerbit Rajawali, 1985).

Soemitro, Ronny Hanitjo, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri* (Jakarta: Penerbit Ghalia , 1990).

Sornarajah , M, *The International Law on Foreign Investment*, (Cambridge, 2010).

B. Sumber Lain

Decision on Jurisdiction 24 February 2014, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia.

<https://icsid.worldbank.org/ICSID>.

Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 31 tahun 2012 tentang Perselisihan yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi International Centre for Settlement of Investment Disputes.

J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", 10 ICSID Review – FILJ 232 (1995).

Financial Times, "Indonesia to terminate more than 60 bilateral investment treaties".

Majalah Detik, Edisi 33, 16 Juli 2012.

C. Konvensi dan Peraturan Perundang-undangan

Washington Convention 1965.

Vienna Convention on The Law of Treaties 1969.

Undang-Undang No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional.

Keputusan Presiden No. 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan Yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya Pada Yuridiksi *International Centre For Settlement of Investment Disputes*

PENGATURAN HUKUM CAMBUK SEBAGAI BENTUK PIDANA DALAM QANUN JINAYAT*
(REGULATING CANNING AS CRIMINAL SENTENCING IN QANUN JINAYAT)

**Oleh: Dian Agung Wicaksono
dan Ola Anisa Ayutama**

Departemen Hukum Tata Negara dan Program Studi Magister Ilmu Hukum Pidana
Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada
Jalan Sosio Yustisia, Bulaksumur No. 1, Yogyakarta

ABSTRAK

Penelitian ini bertujuan mengetahui pengaturan hukum cambuk sebagai bentuk pidana dan menganalisis implikasi pengaturan tersebut. Metode penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum normatif namun dilengkapi dengan data primer berupa *in depth interview*. Kesimpulan dari penelitian ini pertama, pengaturan hukum cambuk sebagai bentuk pidana merupakan salah satu bentuk pembaharuan hukum pidana dengan mengadopsi khazanah hukum Islam ke dalam hukum positif di Indonesia. Konteks Indonesia, pengaturan mengenai cambuk sebagai *'uqubat hudud* dan *'uqubat ta'zir* tercantum dalam Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat yang di dalamnya memuat secara detail subjek hukum yang dapat dikenakan *'uqubat* cambuk dan tata cara pelaksanaan hukuman cambuk. Kedua, pengaturan hukum cambuk dalam Qanun Jinayat bukan semata membawa pembaharuan dalam konteks bentuk pidana, namun lebih jauh Pengaturan hukum cambuk juga membawa implikasi terhadap politik hukum pidana, hak asasi manusia, dan legislasi daerah.

Kata Kunci: cambuk, bentuk pidana, *jinayat*, *qanun*.

ABSTRACT

This research aimed to know about the regulation of canning as criminal sentencing and analysis implications of the regulation. Researcher use normative legal research but primary data presented to support the arguments. The conclusions of the research are first, Canning as criminal sentencing in Indonesia is one of renewal of criminal law adopting Islamic sharia. In Indonesia cambuk is enacted in Aceh through Qanun Aceh No. 6 of 2014 concerning Qanun Jinayat which contains the regulation about the legal subject and the procedures. Second, there are three implications in regulating canning as criminal sentencing in Qanun Jinayat. That implications are criminal law politic, human right politic and region legislation.
Keywords: *canning, criminal, sentencing, jinayat, qanun.*

* Artikel ini merupakan bagian dari penelitian yang berjudul "Hukum Cambuk sebagai Implementasi Syariat Islam pada *Qanun* Aceh dalam Perspektif Konstitusi dan *Convention Against Torture*", didanai Unit Penelitian dan Pengabdian Masyarakat (UPPM) Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Tahun 2016.

Pendahuluan

Pasal 18B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) menyatakan bahwa “Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang”.¹ Berdasarkan Pasal *a quo*, terdapat beberapa daerah yang berstatus sebagai daerah khusus atau istimewa, yaitu Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta,² Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta,³ Provinsi Aceh,⁴ Provinsi Papua,⁵ dan Provinsi Papua Barat.⁶

¹ Pasal 18B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

² Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2012 tentang Keistimewaan Daerah Istimewa Yogyakarta (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 170, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5539).

³ Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2007 tentang Pemerintahan Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta sebagai Ibukota Negara Kesatuan Republik Indonesia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 93, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4744).

⁴ Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893) dan Pasal 272 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

⁵ Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 112, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4884).

⁶ Konsiderans Menimbang huruf b Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2008 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun

Pada awalnya, Provinsi Aceh merupakan satu-satunya daerah yang mendapatkan status daerah istimewa melalui Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (UU Keistimewaan Aceh)⁷ sekaligus daerah dengan otonomi khusus melalui Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (UU Otsus NAD).⁸ Namun demikian, UU Otsus NAD kemudian dicabut dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (UU Pemerintahan Aceh),⁹ sehingga Aceh saat ini hanya berstatus sebagai daerah istimewa.

UU Keistimewaan Aceh menegaskan bahwa, “Keistimewaan merupakan pengakuan bangsa Indonesia yang diberikan kepada Daerah karena perjuangan dan nilai-nilai hakiki masyarakat yang tetap dipelihara secara turun-temurun sebagai landasan spiritual, moral, dan kemanusiaan”.¹⁰ Adapun penyelenggaraan keistimewaan

2008 Nomor 112, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4884).

⁷ Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893).

⁸ Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 114, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4134).

⁹ Pasal 272 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

¹⁰ Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893).

meliputi: (a) penyelenggaraan kehidupan beragama; (b) penyelenggara kehidupan adat; (c) penyelenggara pendidikan; dan (d) peran ulama dalam penetapan kebijakan daerah.¹¹ Lebih lanjut dalam UU Pemerintahan Aceh, syariat Islam yang dilaksanakan di Aceh meliputi bidang ibadah, *ahwal alsyakhshiyah* (hukum keluarga), *muamalah* (hukum perdata), *jinayat* (hukum pidana), *qadha'* (peradilan), *tarbiyah* (pendidikan), dakwah, syiar, dan pembelaan Islam, yang semuanya diatur dengan Qanun Aceh.¹² Kemudian, Pemerintah Aceh mengeluarkan Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Qanun Jinayat), yang mana *jinayat* atau hukum pidana Islam secara istilah berarti setiap perbuatan yang dilarang oleh *syara'*, baik perbuatan itu mengenai jiwa, harta benda atau lain-lainnya.¹³

Problematika muncul ketika membahas mengenai *'uqubat cambuk* sebagai salah bentuk pidana yang dikenalkan dalam Qanun Jinayat, yang diancamkan untuk semua jenis *jarimah* dengan jumlah *'uqubat* bervariasi tergantung *jarimah* yang diperbuat. Jumlah *'uqubat* tersebut dapat lebih banyak apabila terjadi hal-hal yang memberatkan *jarimah* misalnya pengulangan maupun penyertaan dengan anak-anak.¹⁴ Bagi masyarakat Aceh, *'uqubat cambuk* telah lama dirasakan dan telah

menjadi hal yang biasa.¹⁵ Bahkan, apabila terjadi eksekusi *'uqubat cambuk* masyarakat Aceh berbondong-bondong menyaksikan dengan antusias.¹⁶ Namun demikian, bagi kalangan tertentu penggunaan dan penerapan *'uqubat cambuk* dipandang sebagai suatu bentuk kekejaman, penyiksaan, bertentangan dengan rasa keadilan hukum dan merupakan pelanggaran hak asasi manusia di bumi Aceh.¹⁷ Oleh karena itu, penelitian ini dilakukan untuk menjawab dua rumusan masalah, yaitu: **Pertama**, bagaimana pengaturan hukum cambuk sebagai bentuk pidana dalam Qanun Jinayat? **Kedua**, bagaimana implikasi pengaturan hukum cambuk sebagai bentuk pidana dalam Qanun Jinayat?

Metode Penelitian

Berdasarkan sumber data, penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif.¹⁸ Penelitian hukum normatif dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder.¹⁹ Data sekunder yang dikaji dalam penelitian ini meliputi buku, artikel, hasil penelitian, dan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan hukum cambuk. Namun demikian, penelitian hukum normatif juga dapat menggunakan data primer dengan catatan bahwa data primer hanya digunakan sebagai pelengkap dari data sekunder yang telah didapatkan. Dalam penelitian ini, metode *in depth interview* sebagai data primer dilakukan

¹¹ Pasal 3 ayat (2) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893).

¹² Pasal 125 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

¹³ Achmad Wardi Muslih, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayat* (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hlm. 13.

¹⁴ Lihat Pasal 15 ayat (2) dan Pasal 17 Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7).

¹⁵ Adi Warsidi, "Eksekusi Cambuk di Aceh: Ada Terhukum Bergaya Selfie", *Harian Tempo*, 14 Juni 2015.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Cut Feroza, *HAM dan Penerapan Sanksi Hukum Pidana Islam* (Jakarta: Tesis, Program Pascasarjana Ketahanan Nasional, Universitas Indonesia, 2007), hlm. 9.

¹⁸ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UI Press, 2007), hlm. 9.

¹⁹ *Ibid.*

terhadap ahli fiqih dan pelaksana hukum cambuk.²⁰

Berkaitan dengan analisis data, data yang terkait dengan penelitian ini dianalisis secara deskriptif-kualitatif, yaitu dengan melakukan analisis yang pada dasarnya dikembalikan pada tiga aspek, yaitu mengklasifikasi, membandingkan, dan menghubungkan. Dengan perkataan lain, seorang peneliti yang mempergunakan metode kualitatif, tidaklah semata-mata bertujuan mengungkapkan kebenaran belaka, namun untuk memahami kebenaran tersebut. Data yang telah terkumpul dari penelitian lapangan dan juga penelitian kepustakaan, selanjutnya dianalisis secara kualitatif untuk menjawab permasalahan penelitian yang diajukan.

Pembahasan

1. Pengaturan Hukum Cambuk sebagai Bentuk Pidana dalam Qanun Jinayat

Pembahasan mengenai hukum pidana tidak dapat dilepaskan dari 3 (tiga) hal pokok yang sering disebut trias hukum pidana yaitu adanya rumusan tindak pidana, bentuk pidana (sanksi) dan kesalahan.²¹ Terkait dengan penentuan bentuk pidana, hal ini mendapatkan perhatian khusus dari Sudarto karena berkaitan dengan penjatuhan nestapa atau penderitaan.²² Pendapat Sudarto tersebut juga dipertegas oleh pendapat Barda Nawawi Arief yang menyatakan bahwa 2 (dua) masalah sentral dalam kebijakan pidana adalah penentuan

perbuatan apa yang dikriminalisasi dan apa bentuk pidana (bentuk sanksi)nya.²³

Hukum cambuk sebagai bentuk pidana sejatinya bukanlah hukuman yang baru dalam khazanah politik hukum pidana. Di berbagai negara seperti Arab Saudi, Singapura, dan Malaysia hukuman ini sudah dipraktikkan sebagai salah satu bentuk pidana.²⁴ Konteks Indonesia, hukum cambuk sampai saat ini hanya dipraktikkan di Aceh melalui Qanun Jinayat. Hukuman tersebut eksis dalam hukum positif Indonesia tidak dapat dilepaskan dari proses penorma-an hukum cambuk itu sendiri. Hukum cambuk sebagai hukum yang berasal dari khazanah hukum Islam diakui atau tidak tentu mengalami kontekstualisasi ketika diserap menjadi hukum positif di Indonesia.²⁵ Awal mula pengaturan mengenai hukum cambuk adalah melalui UU Keistimewaan Aceh dan UU Pemerintahan Aceh. Namun demikian, kedua undang-undang tersebut memberikan perspektif yang berbeda dalam pengaturannya.

UU Keistimewaan Aceh hanya memberikan dimensi pemberlakuan syariat Islam pada penyelenggaraan keistimewaan pada bidang: (a) penyelenggaraan kehidupan beragama; (b) penyelenggaraan kehidupan adat; (c) penyelenggaraan pendidikan; dan (d) peran ulama dalam penetapan kebijakan Daerah.²⁶ UU Pemerintahan Aceh

²⁰ Data primer didapatkan dari penelitian sebelumnya yang dapat dilihat selengkapnya pada Fajri Matahati Muhammadin dan Dian Agung Wicaksono, *Hukum Cambuk sebagai Implementasi Syariat Islam pada Qanun Aceh dalam Perspektif Konstitusi dan Convention Against Torture* (Yogyakarta: Unit Penelitian dan Pengabdian Masyarakat (UPPM) Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2016).

²¹ Sudarto, *Hukum Pidana I* (Semarang: Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 1990), hlm. 81.

²² *Ibid.*

²³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2002), hlm. 32.

²⁴ Muslim Zainuddin, *Problematika Hukum Cambuk di Aceh* (Banda Aceh: Dinas Syariat Islam, 2012), hlm. 84.

²⁵ Pierre Legrand, "The Impossibility of Legal Transplants", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 4, No. 2 (1997), hlm. 121.

²⁶ Pasal 3 ayat (2) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan

kemudian memperluas dimensi penerapan syariat Islam pada dimensi penyelenggaraan Pemerintahan Aceh yang berpedoman pada asas ke-Islam-an sebagai asas umum penyelenggaraan pemerintahan dan bahkan pelaksanaan dari syariat Islam di Aceh meliputi *aqidah*, *syar'iyah*, dan *akhlak*.²⁷ Lebih lanjut lingkup penerapan syariat Islam meliputi *ibadah*, *ahwal alsyakhshiyah* (hukum keluarga), *muamalah* (hukum perdata), *jinayat* (hukum pidana), *qadha'* (peradilan), *tarbiyah* (pendidikan), *dakwah*, *syiar*, dan pembelaan Islam.²⁸ Bahkan UU Pemerintahan Aceh menegaskan bahwa Pemerintahan Aceh dan pemerintahan kabupaten/kota bertanggung jawab atas penyelenggaraan pelaksanaan syariat Islam.²⁹ Hal ini menunjukkan syariat Islam dalam konteks keistimewaan Aceh bukan semata menjadi *topping* dari desain umum distribusi urusan pemerintahan antara pemerintah pusat dan pemerintahan daerah, namun lebih jauh merupakan jiwa dari pelaksanaan urusan pemerintahan di Aceh.

Lebih spesifik, menurut Al Yasa Abubakar, Tim Penyusun Naskah Akademik Qanun Jinayat, penerapan hukum pidana Islam memang tidak langsung *kaffah* menyentuh segala aspek kehidupan. Hal ini sejalan dengan kaidah

fiqh Islam dikenal prinsip "*al-muhafadah 'ala al qadimi al-shalih wa al-akhzu bi al-jadid al-ashlah*", yang artinya sementara memelihara dan memakai ketentuan-ketentuan lama yang masih baik dan relevan sembari terus mencari dan merumuskan ketentuan baru yang lebih baik dan unggul.³⁰ Pada tahap awal, menurut Al Yasa Abubakar Qanun Jinayat masih difokuskan kepada kejahatan terhadap moral, namun akan perlahan ditingkatkan ancaman untuk kejahatan terhadap nyawa dan harta. Bahkan, tidak menutup kemungkinan juga akan memasukkan bentuk pidana lain seperti *rajam* dan *qisash*. Secara lebih spesifik, Al Yasa Abubakar juga menjelaskan bahwa penyusunan Qanun dalam bidang pidana akan dilakukan bertahap sebagai berikut:³¹

Tahap pertama, peraturan yang berkaitan dengan perlindungan moral yang meliputi larangan meminum *khamar*, perjudian, zina, perbuatan mesum, sampai kepada pemerkosaan serta pencemaran nama baik. **Tahap kedua**, peraturan yang berkaitan dengan perlindungan harta kekayaan yang meliputi pencurian, penggelapan, penipuan, perampokan atau perampasan. Perusakan barang milik orang lain dan penadahan. **Tahap ketiga**, peraturan yang berkaitan dengan perlindungan nyawa manusia yaitu tentang larangan pembunuhan dan penganiayaan atau perlukaan. **Tahap keempat**, peraturan yang berkaitan dengan hukum acara pidana. Di tahap keempat ini dibagi lagi dalam dua tahap yaitu tahap pertama akan menggunakan hukum

Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893).

²⁷ Pasal 125 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

²⁸ Pasal 125 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

²⁹ Pasal 127 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

³⁰ Syahril Abas, *Maqashid Al-Syariah dalam Hukum Jinayah Aceh* (Banda Aceh: Dinas Syariat Islam, 2015), hlm. 109.

³¹ Al Yasa Abubakar, *Penerapan Syariat Islam di Aceh: Upaya Penyusunan Fiqih dalam Negara Bangsa* (Banda Aceh: Dinas Syariat Islam, 2013), hlm. 268.

acara pidana yang berlaku secara nasional sebagai pedoman tetapi membuat beberapa pengecualian dengan cara menuliskan dalam Qanun Aceh aturan yang tidak sama dengan hukum nasional sehingga hukum nasional dianggap tidak berlaku di Aceh atau dengan cara kedua yaitu menambahkan ke dalam Qanun Aceh ketentuan-ketentuan baru yang diperlukan untuk pelaksanaan syariat Islam di Aceh sekiranya tidak diatur dalam hukum acara nasional. Sedangkan langkah kedua adalah menulis ulang seluruh hukum acara pidana dalam sebuah kitab kodifikasi sesuai kebutuhan Aceh.

Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat mengadopsi ketentuan pidana Islam yang membagi *'uqubat* menjadi *'uqubat hudud* dan *'uqubat ta'zir*. Dalam pendekatan fiqh Islam, *'uqubat hudud* merupakan jenis hukuman yang sudah ditetapkan secara pasti oleh Allah melalui Al Qur'an dan Sunnah,³² misalnya dalam Al Qur'an Surat An-Nur ayat (2) dinyatakan bahwa *'uqubat hudud* berupa hukum cambuk terhadap pelaku zina *ghairu muhsan* dijatuhkan sebanyak 100 kali. Adapun *'uqubat ta'zir* merupakan jenis hukuman yang ditentukan berdasarkan pertimbangan tertentu oleh pemerintah sebagai penyusun kebijakan dan hakim sebagai pemutus,³³ contohnya *'uqubat ta'zir* dalam Qanun Jinayat adalah pembinaan oleh negara, restitusi oleh orang tua atau wali, pengembalian kepada orang tua atau wali, pemutusan perkawinan, pencabutan izin dan

pencabutan hak, perampasan barang tertentu, dan kerja sosial.

Pada Qanun Jinayat disebutkan bahwa *'uqubat* cambuk termasuk jenis hukuman yang paling banyak diancamkan baik secara definitif, alternatif, maupun kumulatif alternatif dengan jenis hukuman lainnya.³⁴ Subjek hukum yang dapat dikenakan *'uqubat* cambuk bahkan tidak hanya manusia, namun juga badan hukum melalui organ-organ pada badan hukum tersebut. *'Uqubat* cambuk juga diperberat untuk pengulangan *jarimah* dan menyertakan anak-anak dalam *jarimah*.

Adapun dalam Qanun Jinayat disebutkan bahwa ruang lingkup *'uqubat* cambuk, berlaku untuk:³⁵

- a. Setiap orang beragama Islam yang melakukan *jarimah* di Aceh;
- b. Setiap orang beragama bukan Islam yang melakukan *jarimah* di Aceh bersama-sama dengan orang Islam dan memilih serta menundukkan diri secara sukarela pada hukum Jinayat;
- c. Setiap orang beragama bukan Islam yang melakukan perbuatan *jarimah* di Aceh yang tidak diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) atau ketentuan pidana di luar KUHP tapi diatur dalam Qanun ini;
- d. Badan usaha yang menjalankan kegiatan usahanya di Aceh.

Dalam hal pelaku adalah anak yang belum mencapai umur delapan belas

³² Ibrahim O. Uthman, *Al Hudud: Penal Law of Shariah* (Lagos: National Open University of Nigeria, 2014), hlm. 100.

³³ Philip Ostien, *Sharia Implementation in Northern Nigeria, 1999-2006: A Sourcebook* (Lagos: Spectrum Books Limited, 2007), hlm. 15.

³⁴ Internasional Crisis Group, "Indonesian Islamic Law Criminal Justice in Indonesian", http://old.crisisgroup.org/_/media/Files/asia/south-east-asia/indonesia/Indonesian%20translations/17_indonesian_s_islamic_law_criminal_justice_indonesian_version.pdf (diakses 19 Maret 2018).

³⁵ Pasal 5 Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7).

tahun, maka terhadap anak tersebut tidak diberlakukan hukum cambuk, namun diberlakukan pemeriksaan berpedoman pada peraturan perundang-undangan mengenai peradilan pidana anak.³⁶

Pelaksanaan hukum cambuk dilakukan oleh jaksa dengan menyiapkan tempat pencambukan, menentukan waktu, dan menunjuk pencambuk.³⁷ Jaksa dapat meminta kepada instansi yang membawahi Wilayahul Hisbah Kabupaten/ Kota setempat untuk menyiapkan pencambukan.³⁸ Cambuk yang dipakai untuk melakukan pencambukan terbuat dari rotan yang berdiameter 0,75 sampai 1 sentimeter dengan panjang 1 meter dan tidak mempunyai ujung ganda dan pada pangkalnya terdapat tempat pegangannya.³⁹ Jaksa juga dapat meminta, Kepala Dinas Kesehatan Kabupaten/Kota menyiapkan dokter yang akan memeriksa kesehatan terhukum sebelum dan sesudah pencambukan.⁴⁰

Sebelum pelaksanaan pencambukan, terhukum diperiksa kesehatannya oleh dokter yang ditunjuk.⁴¹ Apabila kondisi

kesehatan terhukum menurut dokter dari hasil pemeriksaan tidak dapat menjalani hukuman, maka pelaksanaan pencambukan ditunda sampai yang bersangkutan dinyatakan sehat untuk menjalani hukuman tersebut.⁴² Sebelum pelaksanaan, juga disediakan bimbingan rohani singkat oleh seorang ulama apabila diminta oleh jaksa atau terhukum.⁴³

Saat pelaksanaan pencambukan dilaksanakan di suatu tempat terbuka dan dapat dilihat oleh orang yang hadir, namun pelaksanaan hukuman tersebut tidak boleh dihadiri oleh anak-anak di bawah umur 18 (delapan belas) tahun.⁴⁴ Pelaksanaan hukum cambuk dilaksanakan di atas alas berukuran minimal 3x3 meter.⁴⁵ Jarak antara tempat berdiri terhukum dengan masyarakat penyaksi paling dekat 12 (dua belas) meter.⁴⁶

Saat dihadirkan ke lokasi pencambukan, pencambuk memakai penutup muka dari kain. Pencambukan dilakukan pada punggung (bahu sampai pinggul) terhukum.⁴⁷ Jarak antara terhukum dengan pencambuk antara 0,7

³⁶ Pasal 66 Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7).

³⁷ Pasal 252 ayat (1) Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 66).

³⁸ Pasal 253 ayat (1) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

³⁹ Pasal 6 Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Uqubat Cambuk.

⁴⁰ Pasal 254 ayat (1) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁴¹ Pasal 259 ayat (1) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁴² Pasal 259 ayat (2) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁴³ Pasal 260 Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁴⁴ Pasal 262 ayat (2) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁴⁵ Pasal 262 ayat (3) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁴⁶ Pasal 262 ayat (4) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁴⁷ Pasal 264 ayat (1) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

meter sampai 1 meter dengan posisi pencambuk berdiri di sebelah kiri atau kanan terhukum.⁴⁸ Pencambuk dapat membuat kuda-kuda dengan jarak antara kaki kiri dan kanan paling jauh 50 cm.⁴⁹ Pencambuk dapat menekuk tangan serta mengayun cambuk ke samping atau ke belakang dan posisi ujung tangannya tidak lebih dari bahu.⁵⁰ Apabila pencambuk tidak sanggup menyelesaikan pekerjaannya, maka pencambukan akan dilanjutkan oleh pencambuk lainnya.⁵¹ Jaksa akan menegur, memperbaiki posisi, dan atau menukar pencambuk apabila ada ketentuan yang tidak dipenuhi pencambuk.⁵² Tata cara pelaksanaan hukum cambuk tersebut secara mendetail diatur dalam Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat.

Pada saat dicambuk, terhukum menggunakan baju yang telah disediakan oleh jaksa dan berada dalam posisi bebas berdiri tanpa penyangga.⁵³ Atas permintaan terhukum atau dokter, terhukum dapat dicambuk sambil duduk bersimpuh atau berdiri dengan

penyangga, namun tetap harus dalam keadaan bebas.⁵⁴ Pencambukan dapat dihentikan sementara apabila diperintahkan oleh dokter yang bertugas berdasar pertimbangan medis dan terhukum melarikan diri dari tempat pencambukan sebelum pelaksanaan hukuman selesai dilaksanakan.⁵⁵

Lebih spesifik, tata letak tersebut digambarkan dalam bagan berikut ini:⁵⁶

⁴⁸ Pasal 264 ayat (2) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁴⁹ Pasal 264 ayat (3) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁵⁰ Pasal 264 ayat (4) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁵¹ Pasal 264 ayat (5) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁵² Pasal 264 ayat (8) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

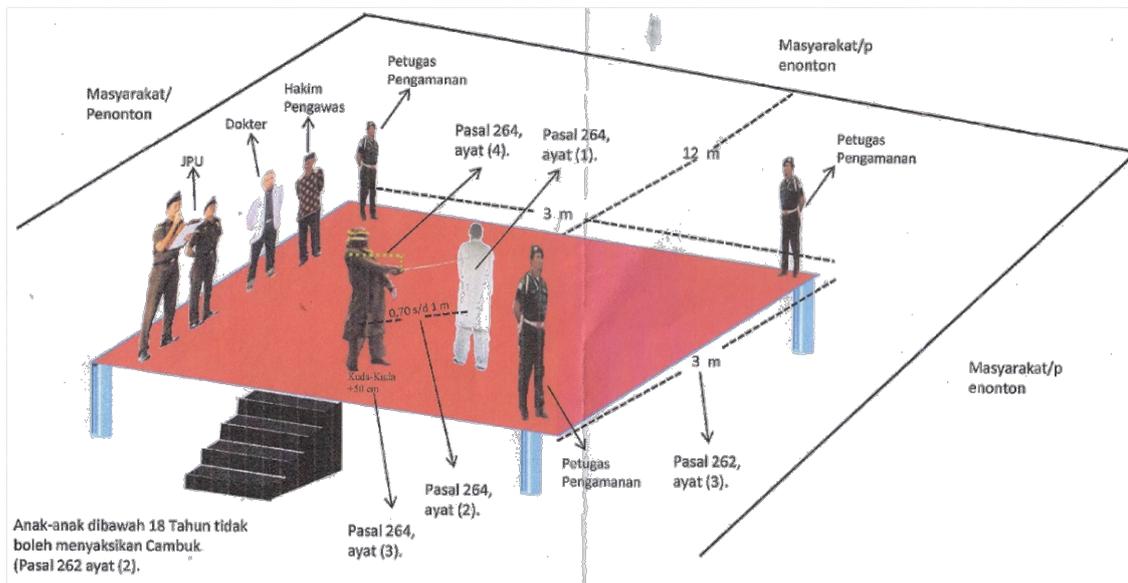
⁵³ Pasal 265 ayat (1) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁵⁴ Pasal 265 ayat (2) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁵⁵ Pasal 266 ayat (3) Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

⁵⁶ Hasil wawancara dengan Marzuki M. Ali, S.Ag., M.H. selaku Kepala Seksi Penyidikan dan Penindakan Satuan Polisi Pamong Praja dan Wilayahul Hisbah Provinsi Aceh, di Kota Banda Aceh, pada 12 Agustus 2016.

Bagan 1. Tata Letak Pelaksanaan Hukum Cambuk



Sumber: Wilayahuh Hisbah Provinsi Aceh, 2016.

Dengan pengaturan sebagaimana telah diuraikan di atas, sejatinya pengaturan hukum cambuk dalam Qanun Aceh relatif sudah detail dalam mengatur mengenai hukum materiil dan hukum formil terkait hukum cambuk. Hal ini dirasa penting karena dalam hukum cambuk merupakan bentuk pidana yang baru hukum positif di Indonesia, sehingga dalam rangka mendukung pelaksanaan hukum cambuk memang diperlukan pengaturan yang rinci dan mendetail.

Ditinjau dari sisi historis, hukum cambuk dalam Qanun Jinayat tidak dapat dilepaskan dari peribahasa adat masyarakat Aceh, yaitu "*Hukum ngoen adat lage dzat ngoen sifeut*", yang artinya hubungan syariat dengan adat ibarat hubungan suatu zat (benda) dengan sifatnya, melekat dan tidak dapat dipisahkan.⁵⁷ Terbukti pada masa kepemimpinan raja-raja Aceh, hukum Islam dijalankan termasuk hukum jinayatnya, misalnya pada masa

kepemimpinan Sultan Iskandar Muda (1607-1636), yang menghukum putra satu-satunya, *Meurah Pupok*, dengan hukuman rajam (mati) karena telah melanggar hukum Islam dan adat Aceh, yaitu telah melakukan zina dengan salah seorang istri pengawal istana, sehingga akhirnya Sultan Iskandar Muda memutuskan untuk melaksanakan sendiri rajam terhadap putranya.⁵⁸

Sejatinya, dari sisi politik hukum pidana Indonesia, diadopsinya nilai-nilai agama dalam formulasi peraturan perundang-undangan bukanlah ide baru. Beberapa pendapat terkait hal ini diantaranya dari Mantan Menteri Kehakiman, Mochtar Kusumatmadja dalam sambutan pengarahannya di depan peserta *Simposium Pengaruh Kebudayaan/Agama terhadap Hukum Pidana* di Denpasar pada tahun 1975, atas kerja sama Badan Pembinaan Hukum Nasional dengan Fakultas Hukum Universitas Udayana, yang mengatakan:⁵⁹

⁵⁷ A. Hasjmy, *59 Tahun Aceh Merdeka di Bawah Pemerintahan Ratu* (Jakarta: Bulan Bintang, 1977), hlm. 44.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Pendapat Mochtar Kusumatmadja yang dikutip oleh Jimly Asshidique dalam Adi Hermansyah,

Ada yang beranggapan bahwa unsur agama tidak perlu diperhatikan [...], namun mengingat kondisi masyarakat yang terdiri dari berbagai sub-kebudayaan dengan pola serta tingkat perkembangannya yang berbeda-beda, pengaruh agama dan kebudayaan di lapangan hukum perlu mendapat perhatian juga, dalam rangka memperhatikan kesadaran kaidah dan nilai yang hidup dalam masyarakat.

Selain pendapat Mochtar Kusumatmadja, Moh. Mahfud MD juga menyatakan bahwa, "Hukum Islam dapat digolongkan sebagai sumber hukum yang bergabung dengan sumber-sumber hukum lain di dalamnya, termasuk hukum adat sebagai hukum yang hidup (*living law*) di dalam masyarakat Indonesia."⁶⁰ Hukum agama yang banyak mempengaruhi perkembangan hukum di Indonesia misalnya tampak dalam Undang-Undang Penyelenggaraan Ibadah Haji, Undang-Undang Pengelolaan Zakat, dan Undang-Undang tentang Wakaf. Dalam konteks hukum pidana, hukuman bernuansa agama yaitu berupa pemenuhan kewajiban agama juga pernah muncul dalam Rancangan KUHP pada Tahun 1981 sebagai pidana tambahan.⁶¹

Menurut Barda Nawawi Arief, nilai-nilai hukum agama dapat dijadikan salah satu substansi dalam pembaharuan hukum pidana. Namun demikian, menurutnya penggalian nilai-nilai hukum agama untuk dimasukkan dalam sistem

hukum pidana perlu memperhatikan beberapa hal, yaitu:⁶²

- 1) Karena sasaran penggalian hukum dimaksudkan untuk mengisi dan mewujudkan sistem hukum nasional maka penggalian hukum itu harus bertujuan memantapkan sistem hukum nasional. Ini berarti pertamanya harus ada pemahaman yang sama mengenai apa yang dimaksud dengan sistem hukum nasional.
- 2) Karena hukum nasional harus mengayomi seluruh bangsa dan negara dalam aspek kehidupannya maka penggalian hukum harus didasarkan pada suatu wawasan nasional yang sama dalam bidang pembangunan hukum nasional yaitu wawasan nusantara, wawasan kebangsaan, dan wawasan Bhinneka Tunggal Ika.
- 3) Karena penggalian hukum bermaksud mencari dan menemukan nilai yang dijadikan sebagai nilai hukum nasional maka penggalian hendaknya ditujukan pada ide dasar yang merupakan pokok pemikiran strategis dalam memecahkan masalah sentral pembangunan nasional.
- 4) Khususnya dalam rangka mengisi upaya pembaharuan hukum pidana nasional maka penggalian hukum yang bersumber dari nilai-nilai hukum agama khususnya agama Islam sebaiknya diarahkan pada prinsip dan pokok bidang hukum pidana seperti tindak pidana, pidana, dan pemidanaan serta pertanggungjawaban pidana.

Berdasarkan pada uraian sebagaimana dimaksud di atas, maka pengaturan hukum cambuk sebagai bentuk pidana dalam Qanun Jinayat terlihat mengadopsi syariat Islam. Hal ini dapat dikatakan

Kebijakan Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Badan (Corporal Punishment) di Indonesia (Kajian Khusus di Nanggroe Aceh Darussalam) (Semarang: Tesis, Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2008), hlm. 98.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, hlm. 318.

⁶² Barda Nawawi Arief, *Op.cit.*, hlm. 320.

merupakan salah satu bentuk pembaharuan hukum pidana nasional yang bersumber dari nilai-nilai agama sebagaimana dinyatakan Barda Nawawi Arief.

2. Implikasi Pengaturan Hukum Cambuk sebagai Bentuk Pidana dalam Qanun Jinayat

Pengaturan hukum cambuk dalam Qanun Jinayat bukan semata membawa pembaharuan dalam konteks bentuk pidana, namun lebih jauh Pengaturan hukum cambuk juga membawa implikasi terhadap politik hukum pidana, hak asasi manusia, dan legislasi daerah.

Implikasi terhadap Politik Hukum Pidana

Politik hukum dalam makna yang lebih spesifik yakni politik hukum pidana menurut Sudarto memiliki arti sebagai suatu pemilihan alternatif untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna.⁶³ Ruang lingkup politik hukum pidana mencakup formulasi atau kebijakan legislatif, aplikasi atau kebijakan yudikatif dan eksekusi atau kebijakan administratif.⁶⁴ Dalam pembahasan sub bab ini, ruang lingkup politik hukum pidana yang dibahas hanya sebatas pada tahap formulasi.

Berdasarkan Pasal 10 KUHP, bentuk pidana hanya terdiri dari pidana pokok berupa pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan, pidana denda, dan pidana tutupan, serta pidana tambahan berupa pencabutan hak-hak tertentu, perampasan barang-barang tertentu, serta pengumuman putusan hakim. Ketentuan dalam KUHP memang

dimungkinkan untuk disimpangi sebagaimana bunyi Pasal 103 KUHP yang menyatakan bahwa “Ketentuan-ketentuan dalam Bab I sampai Bab VII buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan perundang-undangan lainnya diancam dengan pidana, kecuali jika oleh undang-undang ditentukan lain.”⁶⁵ Dengan demikian, maka Pasal 103 KUHP membuka peluang pengaturan yang berbeda dengan KUHP, hanya apabila dirumuskan dalam bentuk undang-undang.

Lebih spesifik dalam menganalisis implikasi pengaturan hukum cambuk pada Qanun Jinayat Aceh dalam konteks politik hukum pidana, perlu pula dibandingkan bentuk pidana yang eksis sebagai hukum positif di Indonesia dan bagaimana bentuk pidana dalam Qanun tersebut. Berikut adalah perbandingan bentuk pidana yang dikenal dalam hukum positif Indonesia (dalam KUHP) dan bentuk pidana yang dikenalkan oleh Qanun Jinayat.⁶⁶

⁶³ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana* (Bandung: Alumni, 1983), hlm. 159.

⁶⁴ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 79.

⁶⁵ Pasal 103 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

⁶⁶ Dian Agung Wicaksono, “Penormaan Hukuman Cambuk sebagai Ekstensifikasi Pembatasan Hak Asasi Manusia dalam Legislasi”, dalam Al Khanif, *et al.*, (Eds.), *Hak Asasi Manusia: Dialektika Universalisme vs Relativisme di Indonesia* (Yogyakarta: LKiS, 2017), hlm. 162-163.

Tabel 1. Perbandingan Bentuk Pidana

Bentuk Pidana dalam KUHP	Bentuk Pidana dalam Qanun Jinayat	
Pidana Pokok:	'Uqubat	'Uqubat Ta'zir Utama:
- pidana mati	Hudud:	- cambuk
- pidana penjara	cambuk	- denda
- pidana kurungan		- penjara
- pidana denda		- restitusi
- pidana tutupan		
Pidana Tambahan, berupa:		'Uqubat Ta'zir Tambahan:
- pencabutan hak-hak tertentu		- pembinaan oleh negara
- perampasan barang-barang tertentu		- restitusi oleh orang tua/wali
- pengumuman putusan hakim		- pengembalian kepada orang tua/wali
		- pemutusan perkawinan
		- pencabutan izin dan pencabutan hak
		- perampasan barang-barang tertentu
		- kerja sosial.

Sumber: Dian Agung Wicaksono, 2017.

Mencermati tabel di atas, dapat terlihat Qanun Jinayat telah memperluas bentuk pidana yang ada dalam hukum positif Indonesia. Qanun Jinayat setidaknya telah merumuskan bentuk pidana yang lebih variatif, baik pada level pidana pokok/'uqubat ta'zir utama, maupun pada level pidana tambahan/'uqubat ta'zir tambahan. Sebagaimana telah diuraikan pada tinjauan pustaka, bahwa hukum Islam memang secara definitif telah menentukan 'uqubat hudud dalam Al-Qur'an berupa cambuk 100 kali, sehingga ketentuan ini kemudian serta merta dituangkan dalam Qanun Jinayat tanpa ada perubahan. Adapun yang menarik adalah 'uqubat ta'zir, yang notabene merupakan jenis hukuman yang ditentukan berdasarkan pertimbangan tertentu oleh pemerintah sebagai penyusun kebijakan dan hakim sebagai pemutus.⁶⁷ Dengan kata lain, 'uqubat ta'zir merupakan bentuk *ijtihad* penyusun kebijakan, yang dalam konteks ini adalah Pemerintahan Aceh. Bila memang Pemerintahan Aceh diberikan tanggung jawab dalam pelaksanaan syariat Islam, maka sampai pada lingkup

mana kemudian perumusan dan penguatan syariat Islam dalam hukum positif diperkenankan? Terlebih dalam UU Pemerintahan Aceh sama sekali tidak pernah menyebut adanya hukum cambuk sebagai salah satu alternatif bentuk pidana.

Argumentasi yang mendasarkan pengaturan hukum cambuk pada level 'uqubat ta'zir adalah implementasi dari syariat Islam perlu untuk dikaji lebih lanjut. Hal ini sekali lagi berbeda dengan 'uqubat hudud yang memang secara definitif tertulis dalam Al-Qur'an. UU Pemerintahan Aceh memang memberikan keleluasaan pengaturan mengenai hukum pidana Islam dalam Qanun dengan pengaturan sebagai berikut:⁶⁸

- (1) Qanun dapat memuat ketentuan pembebanan biaya paksaan penegakan hukum, seluruhnya atau sebagian, kepada pelanggar sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

⁶⁸ Pasal 241 ayat (1)-(4) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

⁶⁷ Philip Ostien, *Op.cit.*, hlm. 15.

- (2) Qanun dapat memuat ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan dan/atau denda paling banyak Rp50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
- (3) Qanun dapat memuat ancaman pidana atau denda selain sebagaimana dimaksud pada ayat (2) sesuai dengan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan lain.
- (4) **Qanun mengenai jinayah (hukum pidana) dikecualikan dari ketentuan ayat (1), ayat (2), dan ayat (3).**

Mencermati rumusan ayat di atas, apakah Pasal 241 ayat (4) UU Pemerintahan Aceh dapat dijadikan dasar hukum untuk mengatur hukum cambuk? Apakah Pasal *a quo* dapat menegaskan ketentuan Pasal 103 KUHP?

Bukankah salah satu prinsip mendasar dalam perumusan norma dalam hukum pidana harus memegang asas *lex scripta*, yaitu ketentuan perundang-undangan pidana harus dirumuskan terlebih dahulu. Marjanne Termorshuizen, sebagaimana dikutip oleh Flora Dianti, lebih lengkap menegaskan bahwa:⁶⁹

Ketentuan perundang-undangan pidana harus dirumuskan terlebih dahulu (*lex scripta*) selain dapat memberikan kepastian hukum kepada para warga negara, akan juga memberikan kepastian serupa bagi pejabat pemerintah yang harus menegakkan hukum pidana seperti polisi, jaksa dan hakim. Apa yang diperlukan demi pencapaian kepastian hukum tersebut ialah dirumuskannya ketentuan perundangan pidana secara

jas dan terang (*lex certa*), juga harus cukup ketat dan terbatas jangkauannya (*lex stricta*).

Mendasarkan pada asas tersebut, seharusnya bila memang hendak menormatiskan hukum cambuk dalam hukum positif Indonesia, maka setidaknya hukum cambuk disebutkan terlebih dahulu dalam pengaturan UU Pemerintahan Aceh. Hal ini menjadi penting agar pengaturan UU Pemerintahan Aceh tidak memberikan cek kosong kepada daerah untuk dapat mengatur terkait bentuk pidana pada level Peraturan Daerah tanpa sebelumnya disebutkan dalam level Undang-Undang apa saja yang diperkenankan untuk diatur. Bila UU Pemerintahan Aceh menyebutkan apa saja bentuk pidana yang dimungkinkan diatur dalam Qanun, maka tidak akan ada implikasi pengaturan hukum cambuk dalam Qanun karena secara *mutatis mutandis* telah berlaku asas *lex specialis derogat legi generali* pada pengaturan di level Undang-Undang, yang mana UU Pemerintahan Aceh men-*derogasi* KUHP, UU Pemerintahan Daerah, dan UU Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Implikasi terhadap Politik Hukum Hak Asasi Manusia

Implikasi dalam konteks politik hukum hak asasi manusia tidak dapat dilepaskan dari adanya ketentuan Pasal 28J ayat (2) dalam UUD NRI Tahun 1945 yang secara definitif menyebutkan bahwa:

Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan

⁶⁹ Marjanne Termorshuizen sebagaimana dikutip oleh Flora Dianti, "Jika Mahkamah Konstitusi Menafsir Tindak Pidana Korupsi: Analisis Putusan Judicial Review UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi", *Jurnal Konstitusi* Vol. 3, No. 2, Mei (2006), hlm. 2.

orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Frasa “pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang”, memberikan makna yang tegas terkait 3 (tiga) poin: **Poin Pertama**, HAM tidak bersifat mutlak dan dapat dibatasi. Setidaknya itulah yang tersirat dalam rumusan Pasal *a quo*, walaupun dalam konteks kajian hukum HAM mengenal adanya *non-derogable rights* atau hak yang tidak dapat disimpangi atau dikurangi dalam keadaan apapun, namun dalam konteks hukum positif, konstitusi Indonesia telah memilih ketidakmutlakan HAM dalam kehidupan bernegara Indonesia.

Hal ini memang seringkali menimbulkan perdebatan mengingat Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 juga secara simultan mengenalkan adanya konsep *non-derogable rights* dalam konstitusi Indonesia, dengan rumusan, “Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun.”

Mengapa kontradiktif ini disebut secara simultan? Hal ini dikarenakan kedua konsep yang bertentangan antara kemutlakan dan ketidakmutlakan HAM dirumuskan dalam periodisasi amendemen yang bersamaan, yaitu amendemen kedua pada tahun 2000. Secara logis, menjadi tidak masuk akal bila memang para perumus amendemen konstitusi menghendaki kemutlakan HAM, mengapa dirumuskan pula ketidakmutlakan HAM pada periode

pembahasan yang sama dan diletakkan dalam sistematika yang berurutan.

Hal tersebut ditegaskan dalam Naskah Komprehensif Perubahan UUD NRI Tahun 1945, “Peletakan tentang kewajiban dalam satu pasal penutup dari semua hak yang disebutkan dari Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I dimaksud, dimaknai bahwa pembatasan terhadap hak asasi manusia dalam Pasal 28J adalah untuk melindungi hak orang lain, termasuk pembatasan terhadap *non-derogable rights* itu sendiri.”⁷⁰ Dengan demikian, sulit untuk mengatakan bahwa HAM di Indonesia memang dikehendaki sebagai hak yang mutlak, mengingatkan apapun bentuk HAM tersebut tetap harus tunduk pada pembatasan-pembatasan yang dimungkinkan terjadi dengan adanya pengaturan pada level undang-undang.

Poin Kedua, instrumen pembatasan merupakan undang-undang secara materiil. Pemahaman ini berangkat dari penggunaan huruf kecil pada frasa “undang-undang” dalam rumusan pasal *a quo*, yang bermakna apa yang dimaksud dalam rumusan Pasal *a quo* bukanlah Undang-Undang (dalam huruf besar sebagai nomenklatur) yang melekat di dalamnya secara kumulatif sifat *wet in materiele zin* dan *wet in formele zin*.⁷¹ Maknanya pembatasan HAM dapat

⁷⁰ Tim Penyusun Revisi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), hlm. 602.

⁷¹ *Wet in materiele zin* adalah pengertian undang-undang yang didasarkan pada isi atau substansinya yang mengikat masyarakat sedangkan *Wet in formele zin* adalah pengertian undang-undang yang didasarkan pada bentuk dan cara terbentuknya. Lebih lengkap lihat pada Amiroeddin Syarif, *Perundang-undangan (Dasar, Jenis dan Teknik Membuatnya)* (Jakarta: Rhineka Cipta, 1997), hlm. 4-6.

dilakukan baik oleh: (a) undang-undang sebagai *wet in materiele zin* saja; (b) undang-undang sebagai *wet in formele zin* saja; atau (c) Undang-Undang sebagai kumulatif sifat *wet in materiele zin* dan *wet in formele zin*.

Lantas produk hukum apa yang dapat membatasi HAM dengan adanya rumusan norma sebagaimana tertuang dalam Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945? Merujuk pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka yang berpotensi bersesuaian dengan ketiga alternatif tersebut hanyalah Undang-Undang (UU) dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu). Hal tersebut dikarenakan UU secara utuh melekat sifat *wet in materiele zin* dan *wet in formele zin*, sedangkan Perppu karena memiliki sifat *wet in materiele zin*, namun tidak memiliki sifat *wet in formele zin* karena dibentuk secara mandiri oleh Presiden.

Spesifik terkait pengaturan hukum cambuk dalam Qanun Jinayat, hal yang harus dipahami sejak awal adalah hukum cambuk sebagai bentuk pidana sejatinya adalah bentuk pembatasan terhadap hak asasi manusia. Semua bentuk pidana adalah wujud pembatasan terhadap hak asasi manusia, maka dari itu pengaturan terkait bentuk pidana sejatinya hanya dapat diatur pada level Undang-Undang sebagaimana diatur oleh Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945. Pun, kemudian Peraturan Daerah dapat mengatur bentuk pidana, hal itu semata dikarenakan terdapat delegasi eksplisit dan definitif oleh UU Pemerintahan Daerah dan UU Pembentukan Peraturan

Perundang-undangan untuk mengatur bentuk pidana. Hal ini semakin memperkuat bahwa pengaturan bentuk pidana sudah sejatinya memiliki pijakan hukum delegasi yang definitif dan eksplisit pada level Undang-Undang.

Dalam konteks hukum cambuk, sekali lagi sebagaimana telah diuraikan pada pembahasan sebelumnya, ketiadaan delegasi yang definitif dan eksplisit pada pengaturan UU Pemerintahan Aceh merupakan celah hukum dalam pengaturan hukum cambuk pada Qanun Jinayat. Hal ini menjadi celah kelemahan penerapan syariat Islam di Aceh karena pengaturan hukum cambuk pada Qanun Jinayat dapat dinilai sebagai bentuk pelanggaran terhadap hak asasi manusia yang secara definitif dijamin perlindungan dan pemenuhannya oleh UUD NRI Tahun 1945.

Poin Ketiga, pembatasan HAM dilakukan dengan pengaturan *sui generis*. Pemaknaan ini muncul dari rumusan “dengan undang-undang” yang dalam kaidah ilmu perundang-undangan dimaknai sebagai *bij de wet geregeld* atau spesifik dengan 1 (satu) peraturan. Hal ini seharusnya dimaknai bahwa pembatasan terhadap HAM seharusnya dituangkan dalam sebuah undang-undang khusus (*sui generis*) untuk memenuhi rumusan Pasal *a quo*. Namun, dalam praktik pembatasan HAM tertuang dan tersebar dalam berbagai undang-undang yang menyesuaikan pada pengaturan induknya, misalnya pembatasan hak hidup diatur pada undang-undang yang mendudukkan hukuman mati sebagai bentuk pidananya. Bila tunduk pada rumusan Pasal *a quo*, bukankah seharusnya dibalik pengaturannya bahwa hak dapat dibatasi bila pemegang hak melakukan perbuatan tertentu.

Implikasi terhadap Politik Hukum Legislasi Daerah

Dalam konteks politik hukum legislasi daerah, khususnya pada Peraturan Daerah Provinsi, telah diekstensifkan dengan adanya penormaan hukum cambuk pada Qanun Jinayat. Lebih lanjut untuk memahami ekstensifikasi yang ditimbulkan oleh penormaan hukum cambuk, dapat dilihat pada table pengaturan mengenai ketentuan sanksi yang dapat diatur pada Peraturan Daerah:⁷²

Tabel 2. Pengaturan Mengenai Ketentuan Sanksi pada Peraturan Daerah

UU Nomor 12 Tahun 2011⁷³	UU Nomor 23 Tahun 2014⁷⁴
Pasal 15	Pasal 238
(1) Materi muatan mengenai ketentuan pidana hanya dapat dimuat dalam: a. Undang-Undang; b. Peraturan Daerah Provinsi; atau c. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.	(1) Perda dapat memuat ketentuan tentang pembebanan biaya paksaan penegakan/ pelaksanaan Perda seluruhnya atau sebagian kepada pelanggar sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
(2) Ketentuan pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b dan huruf c berupa ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau pidana denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).	(2) Perda dapat memuat ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau pidana denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).
(3) Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota dapat memuat ancaman pidana kurungan atau pidana denda selain sebagaimana dimaksud pada ayat (2) sesuai dengan yang diatur dalam Peraturan Perundang-undangan lainnya.	(3) Perda dapat memuat ancaman pidana kurungan atau pidana denda selain sebagaimana dimaksud pada ayat (2) sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
	(4) Selain sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Perda dapat memuat ancaman sanksi yang bersifat mengembalikan pada keadaan semula dan sanksi administratif.
	(5) Sanksi administratif sebagaimana dimaksud pada ayat (4) berupa: a. teguran lisan; b. teguran tertulis; c. penghentian sementara kegiatan; d. penghentian tetap kegiatan; e. pencabutan sementara izin; f. pencabutan tetap izin; g. denda administratif; dan/atau h. sanksi administratif lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Sumber: Dian Agung Wicaksono, 2017.

⁷² Dian Agung Wicaksono, *Op.cit.*, hlm. 161.

⁷³ Pasal 15 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234).

⁷⁴ Pasal 238 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5587).

Dengan memperhatikan ketentuan pengaturan pada level Peraturan Daerah di atas, terlihat bahwa memang dimungkinkan untuk mengatur ketentuan pidana selain yang ditentukan pada UU Pemerintahan Daerah dan UU Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sepanjang: (a) memuat ancaman pidana kurungan atau pidana denda semata; dan (b) sesuai dengan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan lainnya.

Penafsiran Pertama, memuat ancaman pidana kurungan atau pidana denda semata. Hal tersebut secara tegas dituliskan dalam kedua pengaturan di atas dalam frasa “[...] **memuat ancaman pidana kurungan atau pidana denda selain** [...]”, yang mana hal ini memberikan pembatasan bentuk pidana yang dapat diatur pada Peraturan Daerah, yaitu pidana kurungan dan pidana denda.

Penafsiran Kedua, sesuai dengan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan lainnya. Penormaan tersebut membuka tafsir yang meluas karena tidak definitifnya produk hukum yang dirujuk karena hanya menyebut “[...] **peraturan perundang-undangan lainnya**”, sedangkan jenis peraturan perundang-undangan ada yang secara definitif disebutkan dalam UU Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dan ada pula yang tidak disebutkan namun berdasarkan kewenangan yang dimiliki. Namun, bila secara spesifik merujuk pada pengaturan yang dapat memuat ketentuan pidana, maka frasa “peraturan perundang-undangan lainnya” hanya merujuk pada: (a) Undang-Undang; (b) Peraturan Daerah Provinsi; atau (c) Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Menjadi pertanyaan selanjutnya, apakah mungkin pengecualian pada UU Pemerintahan Daerah dan UU Pembentukan Peraturan Perundang-

undangan merujuk pada penormaan yang dimuat dalam Peraturan Daerah Provinsi atau Peraturan Daerah Kabupaten/Kota? Mendasarkan pada asas *lex superiori derogat legi inferiori*, maka dapat dijawab bahwa UU tidak diperkenankan merujuk pada Peraturan Daerah yang notabene didudukkan berada di bawah UU. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa peraturan perundang-undangan lainnya yang dimaksud sebagai dasar pengecualian adalah ketentuan pidana yang diatur dalam UU yang setara dengan UU Pemerintahan Daerah dan UU Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Lebih lanjut, Marcus Priyo Gunarto menegaskan bahwa penting untuk melihat pada dasar kewenangan yang dimiliki dalam membuat pengaturan pada Peraturan Daerah, khususnya dalam konteks perumusan bentuk pidana, dengan menyatakan:⁷⁵

Kesalahan dalam penerapan hukum pidana akan berdampak sosial yang cukup luas, karena hukum pidana berkaitan erat dengan kebebasan dan hak asasi manusia. Pembentuk Perda harus memahami benar substansi yang akan diatur, beserta dengan kewenangan yang dimilikinya.

Dalam hal ini, Qanun Aceh, khususnya Qanun Hukum Jinayat memang mempunyai dasar hukum dari Pasal 241 ayat (4) UU Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, yang menyatakan bahwa, “Qanun mengenai jinayah (hukum pidana) dikecualikan dari ketentuan peraturan perundang-undangan lain”. Hal ini menjadi dasar bagi Pemerintahan Aceh untuk mengatur

⁷⁵ Marcus Priyo Gunarto, *Kriminalisasi dan Penalisisasi dalam Rangka Fungsionalisasi Perda Pajak dan Retribusi* (Semarang: Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2008), hlm. 194.

secara khusus mengenai bentuk pidana yang berbeda dari hukum positif pada level nasional. Namun demikian, dengan mencermati analisis di atas, Qanun Jinayat sebagai bagian dari legislasi daerah seharusnya tidak dapat mengatur bentuk pidana yang tidak ditentukan sebelumnya pada level hukum nasional, terlebih Qanun tersebut membawa banyak implikasi. Seharusnya jika ingin mencantumkan cambuk sebagai bentuk pidana dalam Qanun Jinayat Aceh maka bentuk pidana tersebut ditentukan secara eksplisit dalam Undang-Undang sebagai bentuk pembatasan HAM.

Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan yang telah ditulis di atas, terdapat dua kesimpulan, yakni: **Pertama**, pengaturan hukum cambuk sebagai bentuk pidana merupakan salah satu bentuk pembaharuan hukum pidana dengan mengadopsi khazanah hukum Islam ke dalam hukum positif di Indonesia. Konteks Indonesia, pengaturan mengenai cambuk sebagai *'uqubat hudud* dan *'uqubat ta'zir* tercantum dalam Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat yang di dalamnya memuat

secara detail subjek hukum yang dapat dikenakan *'uqubat cambuk* dan tata cara pelaksanaan hukuman cambuk.

Kedua, Pengaturan hukum cambuk dalam Qanun Jinayat bukan semata membawa pembaharuan dalam konteks bentuk pidana, namun lebih jauh pengaturan hukum cambuk juga membawa implikasi terhadap politik hukum pidana, hak asasi manusia, dan legislasi daerah. Implikasi terhadap politik hukum pidana yang dimaksud berupa pelanggaran terhadap asas *lex scripta* karena tidak disebutkan terlebih dahulu dalam pengaturan UU Pemerintahan Aceh. Implikasi terhadap politik hukum HAM, yakni Peraturan Daerah tidak dapat mengatur bentuk pidana sebagai wujud pembatasan HAM jika tidak terdapat delegasi eksplisit dan definitif oleh Undang-Undang. Sedangkan Implikasi terhadap politik hukum legislasi daerah, Qanun Jinayat sebagai bagian dari legislasi daerah seharusnya tidak dapat mengatur bentuk pidana yang tidak ditentukan sebelumnya pada level hukum nasional, terlebih Qanun tersebut membawa banyak implikasi khususnya sebagai pembatasan HAM.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Abas, Syahrial, *Maqashid Al-Syariah dalam Hukum Jinayah Aceh* (Banda Aceh: Dinas Syariat Islam, 2015).

Abubakar, Al Yasa, *Penerapan Syariat Islam di Aceh: Upaya Penyusunan Fiqih dalam Negara Bangsa* (Banda Aceh: Dinas Syariat Islam, 2013).

Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2004).

Arief, Barda Nawawi, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001).

_____, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2002).

Hasjmy, A., *59 Tahun Aceh Merdeka di Bawah Pemerintahan Ratu* (Jakarta: Bulan Bintang, 1977).

Muslih, Achmad Wardi, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayat* (Jakarta: Sinar Grafika, 2004).

Ostien, Philip, *Sharia Implementation in Northern Nigeria, 1999–2006: A Sourcebook* (Lagos: Spectrum Books Limited, 2007).

Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Umum* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007).

Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana* (Bandung: Alumni, 1983).

_____, *Hukum Pidana I* (Semarang: Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 1990).

Syarif, Amiroeddin, *Perundang-undangan (Dasar, Jenis dan Teknik Membuatnya)* (Jakarta: Rhineka Cipta, 1997).

Tim Penyusun Revisi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010).

Uthman, Ibrahim O., *Al Hudud: Penal Law of Shariah* (Lagos: National Open University of Nigeria, 2014).

Zainuddin, Muslim, *Problematika Hukum Cambuk di Aceh* (Banda Aceh: Dinas Syariat Islam, 2012).

B. Antologi

Wicaksono, Dian Agung, "Penormaan Hukuman Cambuk sebagai Ekstensifikasi Pembatasan Hak Asasi Manusia dalam Legislasi", dalam Al Khanif, *et al.*, (Eds.), *Hak Asasi Manusia: Dialektika Universalime vs Relativisme di Indonesia* (Yogyakarta: LKiS, 2017).

C. Artikel dalam Jurnal

Dianti, Flora, "Jika Mahkamah Konstitusi Menafsir Tindak Pidana Korupsi: Analisis Putusan Judicial Review UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi", *Jurnal Konstitusi* Vol. 3, No. 2, Mei (2006).

Legrand, Pierre, "The Impossibility of Legal Transplants", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 4, No. 2 (1997).

D. Hasil Penelitian

Feroza, Cut, *HAM dan Penerapan Sanksi Hukum Pidana Islam* (Jakarta: Tesis, Program Pascasarjana Ketahanan Nasional, Universitas Indonesia, 2007).

Gunarto, Marcus Priyo, *Kriminalisasi dan Penalisasi dalam Rangka Fungsionalisasi Perda Pajak dan Retribusi* (Semarang: Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2008).

Hermansyah, Adi, *Kebijakan Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Badan (Corporal Punishment) di Indonesia (Kajian Khusus di Nanggroe Aceh Darussalam)* (Semarang: Tesis, Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2008).

Muhammadin, Fajri Matahati dan Dian Agung Wicaksono, *Hukum Cambuk sebagai Implementasi Syariat Islam pada Qanun Aceh dalam Perspektif Konstitusi dan Convention Against Torture* (Yogyakarta: Unit Penelitian dan Pengabdian Masyarakat (UPPM) Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2016).

E. Artikel Koran

Warsidi, Adi, "Eksekusi Cambuk di Aceh: Ada Terhukum Bergaya Selfie", *Harian Tempo*, 14 Juni 2015.

F. Artikel Internet

Internasional Crisis Group, "Indonesian Islamic Law Criminal Justice in Indonesian", http://old.crisisgroup.org/_/media/Files/asia/south-east-asia/indonesia/Indonesian%20translations/17_indonesian_s_islamic_law___criminal_justice___indonesian_version.pdf (diakses 19 Maret 2018).

G. Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 172, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3893).

Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 114, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4134).

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 112, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4884).

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 62, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4633).

Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2007 tentang Pemerintahan Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta sebagai Ibukota Negara Kesatuan Republik Indonesia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 93, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4744).

Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2008 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 112, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4884).

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234).

Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2012 tentang Keistimewaan Daerah Istimewa Yogyakarta (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 170, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5539).

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5587).

Peraturan Gubernur Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2005 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Uqubat Cambuk.

Qanun Aceh Nomor 7 Tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2013 Nomor 7, Tambahan Lembaran Aceh Nomor 51).

Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat (Lembaran Aceh Tahun 2014 Nomor 7).

PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM DAN IMPLIKASI TERHADAP PERKEMBANGAN PRAPERADILAN

Oleh: Wahyu Iswantoro

Calon Hakim pada Pengadilan Negeri Ende,
Jalan Raya El Tari Kabupaten Ende, Flores Provinsi Nusa Tenggara Timur

ABSTRAK

Hakim sebagai aktor penegak hukum dan keadilan harus mampu mengikuti perkembangan hukum yang berkembang di dalam masyarakat. Dengan kewenangannya seorang Hakim harus mampu menetapkan hukum yang semula hukumnya tidak ada menjadi ada, hal itu dilakukan dengan menggunakan metode penemuan hukum (*Rechtsvinding*) yang secara yuridis harus dapat dipertanggungjawabkan. Penemuan hukum oleh Hakim dalam kaitan dengan perluasan objek serta ruang lingkup Praperadilan semakin hari semakin luas dan bertambah. Pada awalnya muncul dari penemuan hukum oleh Hakim Praperadilan melalui pertimbangan hukum dalam putusannya, dan bahkan hingga saat ini telah ada 4 (empat) Putusan yang dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi yang memperluas ruang lingkup dan objek praperadilan. Hal tersebut tentu menimbulkan implikasi dan permasalahan, apakah sebenarnya penemuan hukum tersebut benar-benar sesuai dengan kebutuhan dan tuntutan perkembangan hukum dimasyarakat. Penelitian ini menggunakan metode penelitian yuridis normatif.

Kata Kunci: Penemuan Hukum, Hakim, Praperadilan.

ABSTRACT

Judges as law enforcement and justice actors must be able to keep abreast of the growing laws in society. The judge with his or her authority must be able to enact a law that was originally no law to exist, it is done by using the method of legal discovery (Rechtsvinding) which juridically must be accountable. The discovery of the law by the Judge in relation to the expansion of the object and the scope of Pretrial Justice increasingly widespread and growing. At first emerged from the discovery of the law by the Judge of Pretrial through the legal considerations in its verdict, and even until now there have been 4 (four) Decisions granted by the Constitutional Court which extends the scope and object of pre-trial. It's certainly raises the implications and problems, whether the actual discovery of the law is really in accordance with the needs and demands of legal development in the society. This research use normative law research.

Keywords: Discovery of Law, Judge, Pretrial.

A. Pendahuluan

Dari sudut pandang sebagian kalangan hakim, mungkin hakim praperadilan dalam Putusan Nomor 38/Pid.Prap/2012/PN.Jkt.Sel dapat dikatakan sebagai sosok yang sangat berani dan progresif, sebab melalui penemuan hukumnya, ia telah mencipta-

kan norma hukum baru di luar ketentuan Pasal 1 angka 10 Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHP) dengan menyatakan penetapan tersangka sebagai bagian dari objek praperadilan. Namun berbeda dari sudut pandang sebagian besar tersangka yang menganggap sosok hakim praperadilan

tersebut sebagai sosok pahlawan keadilan, karena melalui ketukan palunya tercipta sarana dan upaya untuk lepas dari labelisasi status tersangka oleh penyidik dengan menguji keabsahannya melalui permohonan praperadilan pada pengadilan negeri.

Hakim sebagai aktor penegak hukum dan keadilan harus mampu mengikuti perkembangan hukum yang berkembang di dalam masyarakat, sebab seringkali dinamika yang muncul dimasyarakat jauh lebih cepat berkembang dari tatanan hukumnya sendiri. Beberapa perkara yang diajukan ke Pengadilan di antaranya terdapat perkara yang aturan hukumnya sendiri tidak ada atau belum dibuat, dan oleh karena Hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan tidak ada dasar hukumnya, dengan demikian seorang Hakim dengan kewenangannya harus mampu menetapkan hukum yang semula hukumnya tidak ada menjadi ada. Sebagai perwujudan pilar yudikatif, hakim dibekali dengan kewenangan istimewa untuk dapat menciptakan norma hukum (*judge made law*) melalui mekanisme penemuan hukum (*Rechtsvinding*) dengan dasar sebagaimana tersirat dalam Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU Kekuasaan Kehakiman). Kewenangan untuk dapat menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat tentu harus disertai dengan pola berpikir yang progresif, kecerdasan spiritual, serta intuisi hakim dalam menyelesaikan setiap perkara yang diadilinya.

Hakim dalam melakukan penemuan hukum harus benar-benar mempertimbangkan berbagai aspek, sebab penemuan hukum dalam putusan pengadilan tidak menutup kemungkinan menjadi yurisprudensi dijadikan preseden oleh hakim-hakim selanjutnya.

Penemuan hukum oleh hakim harus berdasarkan pada tuntutan kenyataan bahwa telah benar-benar terjadi kekosongan hukum, dan masyarakat membutuhkan keadilan dengan mempercayakan penyelesaian permasalahannya melalui sarana pengadilan dan hakim. Hal tersebut sejalan dengan pendapat Soejono Koesoemo Sisworo: "Bahwa hakikat penemuan hukum, yaitu selalu berkaitan dengan situasi dan kondisi masyarakat dan tetap dalam lingkungan sistem hukumnya."¹

Penemuan hukum oleh Hakim dalam kaitan dengan perluasan objek serta ruang lingkup Praperadilan semakin hari semakin luas dan bertambah, hal tersebut pada awalnya muncul dari penemuan hukum oleh Hakim Praperadilan melalui pertimbangan hukum dalam putusannya, dan juga telah terdapat 4 (empat) Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) terkait Praperadilan sebagai objek *judicial review* nya dan amar putusannya pun memperluas ruang lingkup dan objek praperadilan itu sendiri. Dewasa ini, objek praperadilan telah mengalami perluasan dari yang telah diatur dalam Pasal 1 butir 10 KUHP, perluasan tersebut di antaranya dikarenakan oleh beberapa Putusan MK sebagai berikut: 1). Putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014 (Penetapan Tersangka sebagai obyek Praperadilan);² 2). Putusan MK Nomor 102/PUU-XIII/2015 (Ketentuan Gugurnya Permohonan Praperadilan);³ 3). Putusan MK Nomor 109/PUU-XIII/2015 (Pembatasan Ruang

¹ Otje Salman, *Filsafat Hukum Perkembangan dan Dinamika Masalah*, (Bandung: PT Refika Aditama, 2012), hlm 61.

² Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 21/PUU-XII/2014.

³ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 102/PUU-XIII/2015.

Lingkup Hukum Materil Praperadilan);⁴ 4). Putusan MK Nomor 130/PUU-XIII/2015 (Ketentuan Penyerahan SPDP);⁵ dan juga penemuan hukum oleh hakim praperadilan melalui putusan-putusan sebagai berikut: 1). Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dalam Putusan Nomor 38/Pid.Prap/2012/PN.Jkt.Sel. (Penetapan Tersangka sebagai obyek Praperadilan);⁶ 2). Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dalam Putusan Nomor 04/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel. (Penetapan Tersangka sebagai obyek Praperadilan);⁷ 3). Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dalam Putusan Nomor 97/Pid.Prap/2017/PN.Jkt.Sel. (Penetapan Tersangka sebagai obyek Praperadilan);⁸ 4). Hakim Pengadilan Negeri Ende, Kelas II, Flores NTT dalam Putusan Nomor 02/Pid.Prap/2018/PN.End (Pengehentian Penyelidikan sebagai obyek dari Praperadilan);⁹ 5). Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dalam Putusan Nomor 24/Pid.Prap/2018/PN.Jkt.Sel. (Pengehentian Penyelidikan sebagai obyek Praperadilan).¹⁰

Dengan demikian, dari penemuan hukum dalam beberapa putusan praperadilan sebagaimana diuraikan tersebut telah menyebabkan perluasan ruang lingkup dan objek praperadilan, hal

⁴ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 109/PUU-XIII/2015.

⁵ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 130/PUU-XIII/2015.

⁶ Lihat Putusan Hakim Praperadilan pada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 38/Pid.Prap/2012/PN. Jkt.Sel.

⁷ Lihat Putusan Hakim Praperadilan pada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 04/Pid.Prap/2015/PN. Jkt.Sel.

⁸ Lihat Putusan Hakim Praperadilan pada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 97/Pid.Prap/2017/PN. Jkt.Sel.

⁹ Lihat Putusan Hakim Praperadilan pada Pengadilan Negeri Ende Nomor 02/Pid.Prap/2018/PN.End.

¹⁰ Lihat Putusan Hakim Praperadilan pada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 24/Pid.Prap/2018/PN. Jkt.Sel.

tersebut tentu menimbulkan implikasi dan permasalahan, apakah sebenarnya penemuan hukum tersebut benar-benar sesuai dengan kebutuhan dan tuntutan perkembangan hukum di masyarakat, ataukah ada tujuan lain yang justru dapat menguntungkan pihak-pihak yang berhadapan dengan hukum agar dapat lepas/bebas dari ancaman pidana. Dari latar belakang sebagaimana diuraikan di atas, maka Penulis dapat memotret dua permasalahan penting untuk dikaji dan dianalisa lebih mendalam, yakni terkait: 1. Apakah penemuan hukum oleh hakim dalam perkara praperadilan telah tepat? 2. Bagaimana implikasi dari penemuan hukum oleh hakim dalam perkara praperadilan?

B. Metode Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah *normative law reserach*. Dengan pendekatan undang-undang dan pendekatan kasus (*case approach*) Penelitian hukum normatif berfokus pada inventarisasi hukum positif, asas-asas dan doktrin hukum, penemuan hukum dalam perkara *inkonkreto*, sistematika hukum, taraf sinkronisasi, perbandingan hukum dan sejarah hukum.¹¹ Menurut Peter Mahmud Marzuki: “penelitian hukum terdapat beberapa pendekatan, yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan komparatif (*comparative approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).”¹² Sesuai dengan permasalahan yang diteliti, maka akan digunakan pendekatan perundang-

¹¹ Abdulkadir Muhammad, 2004, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Jakarta, Citra Aditya Bakti, hlm. 52.

¹² Peter Mahmud Marzuki, 2014, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana, hlm. 133.

undangan (*statute approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Dengan pendekatan pendekatan *statute approach*, maka akan dikaji hierarki peraturan perundang-undangan dan asas-asas hukum. Sedangkan, pendekatan kasus (*case approach*) untuk mengetahui *ratio legis* dan dasar ontologism lahirnya suatu peraturan perundang-undangan.¹³

Penelitian ini menitikberatkan pada data sekunder. Data sekunder merupakan data yang diperoleh secara tidak langsung dari sumber aslinya, diperoleh dari bahan kepustakaan. Bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari perundang-undangan, catatan-catatan resmi, atau risalah di dalam pembuatan peraturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim. Sedangkan, bahan hukum sekunder yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari buku, makalah, jurnal hukum, pendapat para ahli, media massa dan internet.

Teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah studi kepustakaan, yaitu teknik pengumpulan data dengan cara mengumpulkan bahan-bahan yang berupa buku-buku dan bahan kepustakaan lain yang dibutuhkan. Studi kepustakaan digunakan untuk mendapatkan landasan teori dan informasi melalui bahan yang dijadikan sumber data. Penelitian ini melakukan pengumpulan bahan hukum dengan cara mencari peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan masalah hukum dalam penelitian ini, yakni terkait praperadilan. Selain itu juga dilakukan penelusuran-penelusuran buku-buku hukum yang di dalamnya terdapat teori-teori hukum yang berkaitan dengan masalah yang diteliti. Analisis data merupakan upaya

untuk menjelaskan dan memaknai data, dengan menggunakan alat bantu berupa teori. Pada dasarnya analisis data adalah: *Pertama*, kegiatan melakukan klasifikasi/kategorisasi data berdasarkan tema-tema yang muncul dari catatan lapangan dan temuan penelitian. *Kedua*, kegiatan melakukan konfirmasi antara teori dan data.¹⁴ Penarikan kesimpulan dari hasil analisis pembahasan yang sudah terkumpul dilakukan dengan metode analisis kualitatif-normatif, yaitu dengan cara melakukan penafsiran, kolerasi, dan perbandingan terhadap bahan-bahan hukum dan perbandingan konstruksi hukum yang relevan dengan kajian penelitian ini.¹⁵

C. Pembahasan

1. Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) oleh Hakim dalam Perkara Praperadilan

Hakim harus mampu mengikuti perkembangan nilai-nilai hukum yang berkembang di dalam masyarakat, sebab seringkali dinamika yang muncul di masyarakat jauh lebih cepat berkembang dari tatanan hukumnya sendiri. Beberapa perkara yang diajukan ke pengadilan di antaranya terdapat perkara yang aturan hukumnya sendiri tidak ada atau telah *out of date*. Dalam kondisi mendesak, apabila terdapat suatu perkara yang diajukan ke muka pengadilan dan hukum positif belum mengatur tentang dasar hukum untuk mengadili perkara tersebut, maka hakim sebagai perwujudan pilar yudikatif yang dianggap tahu hukum dapat mencari dan menemukan hukum

¹³ Ibid. hlm 93.

¹⁴ Sulistyowati Irianto, 2011, *Praktek Penelitian Hukum: Perspektif Sosiolegal* dalam Bettina Yahya, dkk, 2017, *Urgensi dan Mekanisme Pengembalian Aset Hasil Tindak Pidana Korupsi*, Puslitbang Hukum dan Peradilan Badan Diklat Kumdil Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta, Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI, hlm. 35.

¹⁵ Ibid.

(*rechtsvinding*) serta menciptakan norma hukum (*judge made law*).

Istilah hakim dianggap tahu hukum atau lebih dikenal dengan adegium "*Ius Curia Novit*" yang dalam terminologi bahasa Inggris juga disebut "*court knows the law*", pertama kali ditemukan oleh para ahli hukum abad pertengahan (*legal glossators*) dalam tulisan-tulisan tentang hukum Romawi kuno, yang hal tersebut diartikan sebagai kewenangan hakim untuk mencari dan menetapkan suatu hukum, karena hukum tertulis yang dikodifikasikan pada dasarnya tidak akan pernah lengkap, atau dengan kata lain hukum pasti berubah mengikuti perkembangan zaman.

Penemuan hukum oleh hakim seringkali memang dikaitkan dengan aturan bahwa hakim tidak boleh menolak perkara dengan dalih hukumnya tidak ada, sehingga hakim harus mampu menemukan hukum dan menciptakan norma hukum. Karena hakim dianggap tahu hukum, maka hakim dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara dengan dalih bahwa hukumnya tidak ada atau kurang jelas.¹⁶ Sejarah hukum di Indonesia mencatat bahwa dalam Pasal 22 *Algemene Bepalingen Van Wetgeving Voor Indonesie* atau Peraturan Umum Mengenai Perundang-undangan untuk Indonesia, yang menyatakan bahwa "*hakim yang menolak mengadili suatu perkara dapat dipidana*".¹⁷ Lebih lanjut, dalam Pasal 859 Rv menyatakan bahwa "*hakim yang menolak untuk memberikan penetapan atas suatu permohonan atau putusan atas suatu perkara, maka pihak*

yang berkepentingan dapat mengajukan aduan".¹⁸

Hakim dengan kewenangannya harus mampu menetapkan hukum yang semula hukumnya tidak ada menjadi ada, hal itu dilakukan dengan menggunakan metode penemuan hukum yang jika dikaji secara ilmiah (keilmuan) dan secara yuridis maupun teoretis harus dapat dipertanggungjawabkan. Pada dasarnya penemuan hukum (*rechtsvinding*) itu sendiri dibagi dalam tiga kategori pendekatan, yakni 1) Interpretasi; 2) Konstruksi Hukum; dan 3) Hermeneutika. Dengan demikian menjadi suatu keharusan bagi hakim dalam menemukan hukum untuk menggunakan pendekatan penemuan hukum seperti apa.

Walaupun hakim dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara, akan tetapi bukan berarti seorang hakim dapat dengan mudah melakukan penemuan hukum tanpa mempertimbangkan keseimbangan antara unsur kepastian, keadilan, dan kemanfaatan hukum. Hakim harus benar-benar yakin bahwa penemuan hukum tersebut benar-benar dibutuhkan untuk menegakkan keadilan di masyarakat. *Ratio Decidendi* atau alasan-alasan hukum hakim dalam melakukan penemuan hukum harus sangat tepat. Idealnya dalam mengambil putusan terhadap suatu perkara, hakim mempertimbangkan 4 (empat) elemen, yaitu aspek filosofis, asas-asas hukum, aturan hukum positif, dan budaya masyarakat hukum. Keempat elemen tersebut dimasukan secara proporsional dalam proses pengambilan putusan hukum.¹⁹

Dalam kaitannya dengan perkara praperadilan, hakim dituntut dapat

¹⁶Lihat Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

¹⁷ Lihat Pasal 22 *Algemene Bepalingen Van Wetgeving Voor Indonesie*

¹⁸ Lihat Pasal 859 Rv (*Rechtsvordering*)

¹⁹ Dedy Muchti Nugroho, *Dandapala Vol. IV Edisi 1, 2018*, hlm 65

berpikir kritis untuk menerapkan ketiga unsur penting dalam penegakan hukum dan keadilan, yakni mengenai kepastian hukum (pendekatan legalistik), keadilan (pendekatan *rechtsvinding*), dan kemanfaatan (pendekatan antropologi). Sebab ketiga unsur tersebut sebenarnya menjadi dasar berpikir serta menentukan *top of mind* seorang hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara praperadilan yang diajukan ke muka pengadilan yang ternyata belum ada aturan hukumnya.

Sejalan dengan hal tersebut, Menurut Ade Saptomo, prinsip-prinsip bagi hakim dalam mengadili perkara-perkara hukum konkret mencakup tiga pendekatan sebagai berikut:²⁰

- a. Pendekatan Legalistik (Formal)
Pendekatan legalistik dimaksud merupakan model yang digunakan oleh hakim dalam menyelesaikan kasus hukum konkret yang telah mengatur secara jelas sehingga hakim mencari, memilah, dan memilih unsur-unsur hukum dalam kasus hukum konkret dimaksud dan kemudian dipertemukan dengan pasal-pasal relevan dalam undang-undang dimaksud.
- b. Pendekatan Interpretatif Hukum dalam kenyataannya dimungkinkan aturan normatif itu tidak lengkap atau samar-samar. Dalam upaya menegakkan hukum dengan keadilan dan kebenaran, hakim harus dapat melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).
- c. Pendekatan Antropologis Terhadap kasus hukum konkret yang belum diatur undang-udangng maka hakim harus menemukan hukum dengan cara menggali, mengikuti, dan

menghayati nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dalam hal hakim memilih menggunakan pendekatan interpretasi hukum dengan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara permohonan praperadilan yang diajukan ke muka pengadilan yang tidak ternyata belum ada aturan hukumnya, hal tersebut tentu akan berdampak kepada aspek kepastian hukum (*legal certainty*) dan memicu adanya peluang penyalahgunaan wewenang oleh hakim yang justru menguntungkan kepentingan hukum para tersangka/terdakwa, seperti dalam kasus perluasan ruang lingkup praperadilan yang mengakomodir sah atau tidaknya penetapan tersangka, sah atau tidaknya penyitaan dan sah atau tidaknya penggeledahan yang kesemuanya menjadi angin segar bagi para tersangka/terdakwa untuk berbondong-bondong mengajukan permohonan praperadilan.

Penemuan hukum oleh hakim yang berdampak langsung pada perluasan objek serta ruang lingkup praperadilan juga menjadi pemicu bagi hakim-hakim lain untuk melakukan penemuan hukum serupa dalam materi norma hukum yang lain. Padahal yang perlu dipahami adalah tujuan hakiki dari penemuan hukum itu sendiri, yakni guna memenuhi tuntutan rasa keadilan masyarakat yang tidak terakomodir oleh hukum positif. Dengan demikian, seorang hakim harus sangat jeli dan teliti dalam memutuskan untuk melakukan suatu interpretasi hukum dengan melakukan suatu penemuan hukum.

Dengan demikian, penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim harus mampu menangkap keadilan hukum (*legal justice*) dan keadilan masyarakat (*social justice*), sebab apabila penemuan hukum dilakukan dengan dalih bahwa hukum

²⁰ Ade Saptomo, 2009, Hukum & Kearifan Lokal, Grasindo, Jakarta, hlm. 54-55.

normatif telah gagal menciptakan rasa keadilan, maka penemuan hukum tersebut harus bebas dari unsur kepentingan-kepentingan non hukum. Di sisi lain, perdebatan mengenai penemuan hukum yang dianggap sebagai upaya *rule breaking* atau keluar dari aturan normatif dan diasumsikan sebagai aliran hukum progresif dan *sociological jurisprudence* yang mendegradasi aspek kepastian hukum (*legal certainty*), hal tersebut merupakan suatu hal biasa terjadi sebab bagi para ahli hukum, berbeda dalam pandangan, aliran, pendekatan hukum merupakan suatu keniscayaan untuk memahami hukum secara utuh dan universal.

2. Implikasi Perkembangan Praperadilan

Keberadaan pranata praperadilan adalah sebagai bentuk pengawasan dan mekanisme keberatan terhadap proses penegakan hukum yang terkait erat dengan jaminan perlindungan hak asasi manusia, sehingga pada zamanya aturan tentang praperadilan dianggap sebagai bagian dari mahakarya KUHAP. Namun demikian, dalam perjalanannya ternyata lembaga praperadilan tidak dapat berfungsi secara maksimal karena tidak mampu menjawab permasalahan yang ada dalam proses *pra-ajudikasi*. Fungsi pengawasan yang diperankan pranata praperadilan hanya bersifat *post facto* sehingga tidak sampai pada penyidikan dan pengujiannya hanya bersifat formal yang mengedepankan unsur objektif, sedangkan unsur subjektif tidak dapat diawasi pengadilan. Hal itu justru menyebabkan praperadilan terjebak hanya pada hal-hal yang bersifat formal dan sebatas masalah, sehingga jauh dari hakikat keberadaan pranata praperadilan.²¹

²¹ Lihat Putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014, paragraph 3.16 angka 1 huruf a, hlm. 104.

Berkaca pada tuntutan perkembangan hukum, saat ini objek praperadilan telah mengalami perkembangan dari sebagaimana yang telah diatur dalam Pasal 1 angka 10 jo. Pasal 77 KUHAP. Mulai dari penemuan hukum oleh hakim praperadilan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dalam Putusan Nomor 38/Pid.Prap/2012/PN.Jkt.Sel (Penetapan Tersangka sebagai obyek Praperadilan), kemudian ternyata menjadi preseden bagi beberapa putusan praperadilan berikutnya, bahkan dalam ranah uji materi ke Mahkamah Konstitusi (MK), telah ada beberapa Putusan MK yang menciptakan norma hukum baru yang memperluas objek serta ruang lingkup praperadilan, antara lain sebagai berikut:

1. Putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014 (Penetapan Tersangka, sah atau tidaknya penggeledahan dan penyitaan sebagai obyek Praperadilan);
2. Putusan MK Nomor 102/PUU-XIII/2015 (Ketentuan Gugurnya Permohonan Praperadilan);
3. Putusan MK Nomor 109/PUU-XIII/2015 (Pembatasan Ruang Lingkup Hukum Materil Praperadilan);
4. Putusan MK Nomor 130/PUU-XIII/2015 (Ketentuan Penyerahan SPDP);

Lebih lanjut, selain karena adanya putusan-putusan MK di atas, penemuan hukum oleh hakim praperadilan yang sebelumnya ternyata dijadikan preseden dan yurisprudensi oleh hakim pada Pengadilan Negeri Ende, dalam Putusan Nomor 02/Pid.Prap/2018/PN.End yang pada intinya menyatakan bahwa "Pengehentian Penyelidikan sebagai objek dari Praperadilan, karena penyelidikan merupakan kesatuan rangkaian dengan tindakan Penyidikan". Dengan demikian telah terjadi lagi perluasan ruang lingkup dan objek praperadilan karena penemuan hukum

oleh hakim dalam putusannya.

Apabila dianalisis lebih lanjut, penemuan hukum dalam Putusan Nomor 38/Pid.Prap/2012/PN.Jkt.Sel. maupun Putusan Nomor 02/Pid.Prap/2018/PN.End terlihat bahwa telah terjadi pergeseran aliran hukum yang dianut oleh hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara. Meskipun Indonesia menganut sistem hukum tertulis (*civil law system*), akan tetapi fakta menunjukkan bahwa *Doctrine of Precedent* atau dalam bahasa latinnya disebut *Stare Decicis* telah masuk dalam pertimbangan dan *ratio decidenci* hakim dalam melakukan penemuan hukumnya, padahal aliran doktrin hukum tersebut adalah manifestasi metodologis dari lahirnya yurisprudensi, yang merupakan sumber hukum dalam sistem hukum *Common Law*.

Putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014, yang dalam amar putusannya menyatakan bahwa "*Pasal 77 huruf A KUHAP tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai termasuk penetapan tersangka, penggeledahan dan penyitaan*". Dari norma hukum baru yang diciptakan oleh MK, maka timbul permasalahan terkait bagaimanakah kedudukan putusan MK tersebut dalam hierarki sumber hukum formil, mengingat pada hakikatnya, MK tidak memiliki kewenangan untuk menciptakan norma hukum baru. Begitupun dengan norma hukum baru yang diciptakan oleh MK dari putusan ini, nantinya akan menjadi sebuah pertanyaan besar mengenai dimanakan posisi putusan MK dalam hierarki sumber hukum formil di Indonesia, sebab penciptaan norma baru oleh MK di luar proses legislasi seperti yang dilakukan oleh DPR RI masih menjadi perdebatan mengenai kekuatan mengikatnya, sebab hukum positif yang berlaku sebagai sumber hukum formil utama adalah

peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh DPR selaku legislator. Dengan demikian, beberapa ahli hukum beranggapan bahwa putusan MK hanya menjadi sumber hukum formil yang berupa doktrin ahli hukum atau ada juga yang menyebutnya yurisprudensi, walaupun anggapan itu juga dirasa kurang begitu tepat.

Sejalan dengan hal tersebut di atas, Saldi Isra dalam artikelnya yang berjudul "*Negative Legislator*" yang pada intinya menyebutkan bahwa MK sebagai *negative legislator* yakni lembaga peradilan yang berwenang membatalkan suatu undang-undang atau menyatakan suatu undang-undang tidak mengikat secara hukum.²² Dengan demikian, seharusnya MK tidak menciptakan suatu norma hukum baru dengan menyatakan penetapan tersangka sebagai bagian dari objek praperadilan, karena hal tersebut di luar wewenang yang dimiliki MK. Apa yang dilakukan MK tersebut justru menjadikan MK berfungsi sebagai "*Positive Legislator*" seperti halnya fungsi yang dimiliki oleh Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI). Di sisi lain, Hakim Konstitusi dalam pertimbangan hukum putusannya bisa dikatakan telah melakukan penemuan hukum (*Rechtsvinding*), akan tetapi penemuan hukum yang dilakukan oleh Hakim Konstitusi tersebut tidak pada tempatnya, karena hal tersebut berbeda dengan penemuan hukum yang dilakukan oleh Hakim Tingkat Pertama (*Judex Factie*) yang karena wewenang yang dimilikinya dapat melakukan penemuan hukum dan menciptakan norma hukum baru (*judge made law*).

Dampak sosilogis dari munculnya norma hukum baru dalam Putusan MK

²² Lihat Saldi Israa, *Negative Legislator*, artikel diakses pada 8 Mei 2018 dari situs www.saldiisraa.co.id.

Nomor 21/PUU-XII/2014 tentang penetapan status tersangka sebagai objek gugatan praperadilan adalah menjadikan hal tersebut sebagai kesempatan emas dan meningkatkan animo para tersangka untuk mengajukan praperadilan guna menguji tindakan penyidik dalam menetapkan status tersangka telah sesuai dengan prinsip *due process of law* atau belum. Sejalan dengan hal tersebut, Zaqu Rahman, dalam Jurnal *Rechtsvinding edisi Juli Tahun 2015 menyatakan bahwa* pasca Putusan MK tercatat beberapa tersangka korupsi telah mengajukan permohonan praperadilan atas penetapan dirinya sebagai tersangka. Adapun kasus yang cukup mengundang perhatian masyarakat adalah permohonan praperadilan mantan Walikota Makassar Ilham Arief Sirajuddin di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan atas perkara kasus dugaan korupsi terkait kerja sama kelola dan transfer untuk instalasi PDAM Kota Makassar. Dalam putusannya, Hakim Upiek menyatakan, penetapan Ilham Arief sebagai tersangka tidak sah karena KPK tidak bisa menunjukkan alat bukti yang cukup.²³

Dengan demikian, hal yang perlu segera dilakukan oleh pemerintah dan juga Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI) selaku legislator adalah dengan segera mengesahkan Revisi KUHP dan KUHP untuk meredam gejolak hukum di masyarakat serta agar seluruh masyarakat yang merasa bahwa aturan hukum positif yang saat ini belum mengakomodir rasa keadilan hukum dan keadilan masyarakat dapat segera dipenuhi dengan KUHP dan KUHP baru yang lebih lengkap. Dengan begitu, masyarakat tidak harus selalu mengajukan permohonan praperadilan

yang norma hukumnya tidak ada aturannya yang hal tersebut memicu hakim untuk melakukan penemuan hukum.

D. Penutup

Disadari atau tidak, penemuan hukum oleh hakim tentu menimbulkan implikasi dan pengaruh terhadap tatanan hukum yang telah ada (*ius contuitutum*). Begitupula hasil penemuan hukum oleh hakim yang memperluas objek dan ruang lingkup praperadilan, yang kemudian dalam praktiknya telah menjadi yurisprudensi serta *Doctrine of Precedent* bagi hakim-hakim selanjutnya dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara. Upaya progresif hakim dalam melakukan penemuan hukum harus diimbangi dengan pendidikan kesadaran hukum dimasyarakat. Sebab sering kali *judex factie* melakukan penemuan hukum dan menciptakan norma hukum baru di luar ketentuan undang-undang yang hal tersebut justru dapat memicu perdebatan dalam masyarakat umum maupun di dalam kalangan ahli hukum dan para praktisi hukum.

Aspek kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan harus mampu diwujudkan secara berimbang oleh hakim dalam penemuan hukumnya. Terlepas dari perdebatan dalam menyikapi implikasi dari penemuan hukum oleh hakim, Pemerintah harus mengambil sisi positifnya sebagai bahan pembaharuan hukum dalam *Ius Constituendum*. Perkembangan praperadilan yang membawa dampak terhadap perluasan objek dan ruang lingkup, baik karena penemuan hukum (*rechtsvinding*) maupun yang lahir dari norma hukum atas Putusan MK, dapat dirangkum kedalam sebuah tabel sebagai berikut:

²³ Zaqu Rahman, Jurnal *Rechtsvinding*, BPHN, Edisi Juli, 2015, hlm. 1.

JENIS	KUHAP	PUTUSAN MK	PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM
RUANG LINGKUP & OBJEK	<p>Pasal 77 KUHAP:</p> <ol style="list-style-type: none"> sah atau tidaknya suatu penangkapan dan/atau penahanan atas permintaan tersangka atau keluarganya atau pihak lain atas kuasa tersangka; sah atau tidaknya penghentian penyidikan atau penghentian penuntutan atas permintaan demi tegaknya hukum dan keadilan; permintaan ganti kerugian atau rehabilitasi oleh tersangka atau keluarganya atau pihak lain atas kuasanya yang perkaranya tidak diajukan ke pengadilan. 	<ol style="list-style-type: none"> Putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014 “Penetapan Tersangka, sah atau tidaknya penggeledahan dan penyitaan sebagai obyek Praperadilan”. Putusan MK Nomor 102/PUU-XIII/2015 “Ketentuan Gugurnya Permohonan Praperadilan”. Putusan MK Nomor 109/PUU-XIII/2015 “Pembatasan Ruang Lingkup Hukum Materil Praperadilan (Diakuinya Penyidik Independen KPK)”. Putusan MK Nomor 130/PUU-XIII/2015 “Ketentuan Penyerahan SPDP”. 	<ol style="list-style-type: none"> Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dalam Putusan Nomor 38/Pid.Prap/2012/PN.Jkt.Sel. “Penetapan Tersangka sebagai obyek Praperadilan”. Hakim Pengadilan Negeri Ende, Kelas II, Flores NTT dalam Putusan Nomor 02/Pid.Prap/2018/PN.End “Pengehentian Penyelidikan sebagai obyek dari Praperadilan”.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Marzuki, Mahmud Peter, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2014).

Muhammad, Abdulkadir, *Hukum dan Penelitian Hukum* (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 2004).

Nugroho, Muchti Dedy, *Majalah Dandapala Vol. IV Edisi 1* (Jakarta: Dirjen Badilum, 2018).

Salman, Otje, *Filsafat Hukum Perkembangan dan Dinamika Masalah* (Bandung: PT Refika Aditama, 2012).

Saptomo, Ade, *Hukum & Kearifan Lokal* (Jakarta: Grasindo, 2009).

Yahya, Bettina, dkk, *Urgensi dan Mekanisme Pengembalian Aset Hasil Tindak Pidana Korupsi*, Puslitbang Hukum dan Peradilan Badan Diklat Kumdil Mahkamah Agung Republik Indonesia (Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI, 2017).

Yanto, *Hakim Komisararis dalam Sistem Peradilan Pidana* (Yogyakarta: Kepel Press, 2013).

B. Artikel Dalam Jurnal

Rahman, Zaquiu, *Jurnal Rechtsvinding*, Edisi Juli, 2015, Hlm 1, BPHN, Jakarta.

C. Artikel Internet

Isra Saldi, *Negative Legislator*, www.saldiisraa.co.id, diakses pada 8 Mei 2018.

D. Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Algemene Bepalingen Van Wetgeving Voor Indonesie.

Rv (Rechtsvordering).

E. Putusan Pengadilan

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 21/PUU-XII/2014.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 102/PUU-XIII/2015.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 109/PUU-XIII/2015.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 130/PUU-XIII/2015.

Putusan Hakim Praperadilan pada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 38/Pid.Prap/2012/PN.Jkt.Sel.

Putusan Hakim Praperadilan pada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 04/Pid.Prap/2015/PN.Jkt.Sel.

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor Putusan 71/Pid.Pra/2017/PN JKT.SEL.

Putusan Hakim Praperadilan pada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 97/Pid.Prap/2017/PN.Jkt.Sel.

Putusan Hakim Praperadilan pada Pengadilan Negeri Ende Nomor 02/Pid.Prap/2018/PN.End.

Putusan Hakim Praperadilan pada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 24/Pid.Prap/2018/PN.Jkt.Sel.

TANTANGAN PENEGAKAN HAM KORPORASI

Oleh: Markus H Simarmata

Aparat Penegak Hukum

ilbesuccess@yahoo.com

ABSTRAK

Komnas HAM menyatakan bahwa korporasi sering dilaporkan melanggar HAM. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1999 tentang Pengelolaan dan Perlindungan Lingkungan Hidup juga mengamanatkan agar penegakan hukum pidana lingkungan dapat diterapkan terhadap korporasi yang melakukan pelanggaran terhadap kegiatan pengelolaan lingkungan hidup. Namun dalam peraturan perundang-undangan mengenai hak asasi manusia dan penegakan hak asasi manusia belum diatur tentang pertanggungjawaban HAM Korporasi. Dalam penelitian ini metode yang digunakan adalah metode penelitian hukum normatif yang meneliti tentang pertanggungjawaban HAM korporasi yang melanggar hak atas lingkungan hidup berdasarkan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM dan peraturan perundang-undangan yang terkait lainnya. Peraturan perundang-undangan mengenai HAM yang belum mengatur tentang pertanggungjawaban HAM korporasi di antaranya yaitu Banyaknya peraturan perundang-undangan mengenai pertanggungjawaban HAM korporasi yang dibuat setelah Undang-Undang HAM pada tahun 1999 menyebabkan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tidak sesuai lagi dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang baru. Di samping itu instrumen HAM internasional merupakan sarana “*soft law*” yang berisi himbauan sehingga tidak mengatur sanksi administratif, pidana, dan perdata bagi korporasi yang melanggar hak atas lingkungan hidup. Sedangkan penegakan HAM yang belum melaksanakan pertanggungjawaban HAM Korporasi yaitu tidak terdapatnya Putusan-Putusan Pengadilan yang mengungkapkan secara eksplisit pertanggungjawaban HAM korporasi. Untuk mengatasi hal tersebut seharusnya pemerintah segera merevisi Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 dengan mengharmonisasikan ketentuan dalam UU HAM tersebut dengan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan pertanggungjaaban HAM Korporasi. Selanjutnya mendorong negara-negara di dunia untuk merevisi instrumen HAM internasional yang mengatur sanksi administratif, pidana dan perdata bagi korporasi yang melanggar hak atas lingkungan hidup. Kemudian perlu melakukan bimbingan teknis bagi Hakim agar memiliki pengetahuan yang luas tentang pertanggungjawaban HAM korporasi sehingga dapat membuat Putusan Pengadilan yang mengungkapkan secara eksplisit pertanggungjawaban HAM korporasi.

Kata Kunci: Instrumen HAM Nasional; Instrumen HAM Internasional, Putusan Pengadilan.

ABSTRACT

Komnas HAM stated that corporations often reported violating human rights. Law No. 32 of 1999 concerning Management and Protection of the Environment also mandates that the enforcement of environmental criminal law be applied to corporations that violate environmental management activities. However, legislation regarding human rights and enforcement of human rights has not been regulated regarding corporate human rights liability. In this study the method used is a normative legal research method that examines corporate human rights liability that violates the rights to the environment based on Law Number 39 of 1999 concerning Human Rights and other related laws and regulations. Laws

and regulations concerning human rights that have not regulated corporate human rights liability include the number of laws and regulations concerning corporate human rights liability made after the Human Rights Law in 1999 led to Law No. 39 of 1999 not in accordance with the provisions of the new legislation. In addition, international human rights instruments are a means of "soft law" which contains an appeal that does not regulate administrative, criminal and civil sanctions for corporations that violate the right to the environment. Then, there are no Court Decisions that explicitly disclose corporate human rights accountability. To solve this problem, the government should immediately revise Law No. 39 of 1999 by harmonizing the provisions in the Human Rights Law with the laws and regulations related to the Corporate Human Rights liability. Furthermore, encouraging countries in the world to revise international human rights instruments that regulate administrative, criminal and civil sanctions for corporations that violate environmental rights. Then, it is necessary to carry out technical guidance for judges to have extensive knowledge about corporate human rights accountability so that they can make Court Decisions that explicitly disclose corporate human rights accountability.

Keywords: *National Human Rights Instruments; International Human Rights Instruments, Court Decisions.*

A. Pendahuluan

Dalam Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 28 ayat (1) mengatur agar setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan. Amanat UUD 1945 tersebut dengan tegas mengatur bahwa kebutuhan mendapatkan lingkungan yang sehat merupakan salah satu hak asasi manusia. Untuk itu negara berkewajiban memenuhi dan melindungi masyarakat untuk memperoleh lingkungan yang sehat. Dasar konstitusional ini menghendaki pengaturan yang tegas terhadap pertanggungjawaban HAM termasuk korporasi Dalam pembakaran hutan dan lahan di Indonesia.¹

Mahkamah Agung Republik Indonesia (MARI) pada kasus pembakaran lahan telah memvonis pertanggungjawaban pidana korporasi terhadap pembakaran lahan tersebut, yaitu PT KA dihukum dengan pidana denda sebesar Rp 366.000.000.000,00 dengan uraian ganti

ruginya sebagai berikut membayar ganti rugi material tunai kepada negara Rp 114.333.419.000,00 dan biaya pemulihan lingkungan atas lahan yang dibakar Rp 251.765.250.000,00 karena terbukti membakar 1.000 hektar lahan gambut ketika membuka perkebunan kelapa sawit di Suaq Bahong, Kecamatan Darul Makmur, Nagan Raya Aceh pada 2009-2012.² Kemudian PT MPL dihukum dengan denda sebesar 16.244.574.805.000,00³ karena melakukan penebangan hutan di luar lokasi Izin Usaha Pemanfaatan Hasil Hutan Kayu Hutan Tanaman (IUPHHK-HT) dan melakukan penebangan hutan di dalam lokasi IUPHHK-HT yang tidak sesuai jenis kayu yang seharusnya ditebang.⁴

Korporasi telah memberikan kontribusinya yang besar terhadap perekonomian Indonesia dengan menyediakan lapangan pekerjaan, meningkatkan penerimaan negara di sektor pajak dan menggalakkan program

¹ Indonesia, Undang-Undang Dasar 1945, Pasal 28 H ayat (1).

² MARI, Putusan Tertanggal 5 April 2010 Nomor 1554 K/Pid.Sus/2015.

³ Ibid.

⁴ MARI, Putusan Tertanggal 18 Agustus 2016, Nomor 460 K/Pdt/2016.

CSR. Namun korporasi juga telah berperan terhadap peristiwa pelanggaran HAM di Indonesia.

Komite Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) telah merelease Laporan Tahunan Tahun 2015 yang menyatakan bahwa korporasi menempati urutan kedua setelah kepolisian sebagai pihak/institusi yang paling sering dilaporkan oleh masyarakat ke Komnas HAM terkait pelanggaran HAM.⁵ Pada tahun yang sama Komnas HAM menerima 8.249 kasus pelanggaran HAM yang diajukan oleh masyarakat, tercatat bahwa institusi kepolisian menduduki urutan pertama yang paling sering diajukan, selanjutnya disusul oleh korporasi, pemerintah daerah, Tentara Nasional Indonesia (TNI), dan lembaga peradilan.⁶

Hal tersebut bertentangan dengan Pasal 28A UUD 1945 dan pasal 4 jo. Pasal 9 ayat (1) UU HAM Nomor 39 Tahun 1999 yang melanggar hak hidup, bertentangan dengan Pasal 28H ayat (1) UUD 1945 yang melanggar hak atas kesehatan, dan bertentangan dengan Pasal 9 ayat (3) UU HAM Nomor 39 Tahun 1999 yang melanggar hak atas lingkungan yang baik dan sehat.⁷

Berdasarkan penilaian Komnas HAM negara bertanggung jawab atas pembakaran lahan dan hutan pada tahun 2015⁸ namun Komnas HAM tidak menyebutkan korporasi sebagai pelaku pembakaran lahan dan hutan pada tahun 2015 di Indonesia.

Secara tegas Pasal 69 ayat (1) huruf h UU PPLH Nomor 32 Tahun 2009 melarang setiap orang melakukan pembukaan lahan dengan cara membakar, selanjutnya Pasal 69 ayat (1) huruf a UU PPLH Nomor 32 Tahun 2009 juga melarang setiap orang

melakukan pengrusakan dan atau pencemaran lingkungan hidup. Kemudian Pasal 108 UU PPLH Nomor 32 Tahun 2009 mengatur bahwa sanksi pidana paling singkat 3 tahun dan paling lama 10 tahun, dan denda paling sedikit 3 miliar Rupiah dan paling banyak 10 miliar Rupiah terhadap setiap orang yang melanggar Pasal 69 ayat (1) huruf h UU PPLH Nomor 32 Tahun 1999.

Penjelasan UU Nomor 32 Tahun 1999 mengamanatkan agar penegakan hukum pidana lingkungan dapat diterapkan sebagai pilihan utama terhadap setiap korporasi yang melakukan kegiatan usaha dalam pengelolaan lingkungan hidup selain pemidanaan terhadap pelanggaran baku mutu air limbah, emisi dan gangguan.⁹

Coleman menyatakan bahwa dalam *strict liability*, penggugat memiliki beban untuk membuktikan bahwa: a) tergugat telah melakukan sebuah kegiatan, b). Penggugat telah mengalami kerugian; dan c) bahwa bahwa kerugian tersebut disebabkan oleh kegiatan tergugat.¹⁰

Berdasarkan pendapat tersebut tidak tepat dikatakan bahwa *strict liability* adalah pertanggungjawaban tanpa pembuktian mengenai kausalitas perbuatan tergugat yang telah menyebabkan kerugian penggugat dan tidak tepat juga dikatakan bahwa *strict liability* adalah pembuktian terbalik. *Strict*

⁵ Komnas HAM, Laporan Tahunan Komnas HAM 2015, (Jakarta; Komnas HAM, 2016), hlm. 3.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid

⁸ Ibid.

⁹ Maret Priyanta, Penerapan Tindak Pidana Lingkungan Bagi Korporasi dalam Penegakan Hukum Lingkungan di Indonesia, Jurnal Law Review Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan (UPH) Vol. XI Nomor 3 Maret 2012.

¹⁰ Coleman juga menyatakan bahwa berbeda dengan pembuktian pada *strict liability*, pembuktian dalam *negligence* mensyaratkan penggugat untuk membuktikan bahwa: a) Tergugat telah melakukan kegiatan; b) Tergugat telah melakukan kesalahan (melawan hukum) dalam menjalankan perbuatannya, c) penggugat mengalami kerugian; dan d) Kerugian tergugat disebabkan oleh perbuatan tergugat yang salah tersebut, Jules L Coleman, Risks and Wrongs (Cambridge University Press, 1992), hlm.212.

liability juga mewajibkan penggugat untuk membuktikan beberapa hal. Dalam *strict liability*, tergugat dapat menghindari pertanggungjawaban jika tergugat tersebut dapat membuktikan beberapa hal. Alasan untuk menghindari inilah yang membedakan antara *strict liability* dengan *absolute liability*. *Strict liability* tidak penuh absolut, karena dalam *strict liability* masih harus memberikan beberapa alasan pembelaan atau *defense* yang dapat dijadikan sarana untuk menghindari pertanggungjawaban.

Pendapat ini dikemukakan oleh Palmer, yang mengatakan bahwa pembeda utama *absolute liability* dari *strict liability* adalah bahwa dalam *absolute liability* terdapat "total (or virtually total) rejection of defenses of any kind, wheter we speak of defenses that negate causation, defenses that inculcate the plaintiff, or defenses that exonerate the defendant."¹¹

Dalam hukum pidana di Australia yaitu *Criminal Code Act of 1995* juga menggunakan *strict liability* dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidannya.¹² Agar *strict liability* dalam perkara pidana tidak disalahgunakan maka menurut *Parliament of New South Wales* terdapat beberapa kriteria yang harus dipenuhi, yaitu:

- a. Penerapan *strict liability* dalam kasus pidana harus mempunyai alasan-alasan/justifikasi untuk kepentingan-kepentingan umum (*the public interests*);
- b. Penerapan *strict liability* ditujukan untuk kepentingan perlindungan

lingkungan hidup atau keselamatan publik;

- c. *Strict liability* harus fokus terhadap tindakan atau tindakan yang seharusnya dilakukan oleh pihak yang bertanggung jawab untuk itu.¹³

Berdasarkan pendapat Coleman dan *Parliament of New South Wales Australia* tersebut, maka *strict liability* dapat digunakan dalam kasus pidana untuk kepentingan perlindungan lingkungan hidup. Kemudian *abnormally dangerous activity* itu sesungguhnya merupakan *in tort law, an activity that (1) is not a common usage, and (2) creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors. A person who is found by a court to have carried on an abnormally dangerous activity will be subject to strict liability for physical harm resulting from that activity.*¹⁴ Setelah melakukan analisis terhadap definisi tersebut penulis berkesimpulan makna dari *abnormally dangerous activity* itu adalah usaha/kegiatan yang tidak umum, dapat diperkirakan aktivitas/usaha tersebut sangat berisiko terhadap fisik manusia dan/atau kerusakan serius terhadap lingkungan hidup.

Asas *strict liability* jarang digunakan oleh pengadilan dalam kasus pidana atau perdata lingkungan. Terdapat beberapa kasus gugatan perdata lingkungan pembakaran hutan dan lahan yang telah diputus oleh pengadilan negeri yang menerapkan asas *strict liability*. PN Jakarta Selatan mengabulkan gugatan KKLH dan menyatakan PT WAJ bertanggung jawab atas pembakaran lahan seluas 1.626,23 hektar di Kabupaten Ogan Komering ilir Provinsi Sumatera Selatan pada 2015, dan

¹¹ Vernnn Palmer, "A General Theory of The Inner Structure of Strict Liability: Common Law, Civil Law, and Comparative Law", *Tulane Law Review*, Vol.62, 1988, hlm. 1329.

¹² Parliament of New South Wales, Legislation Review Committee: *Strict and Absolute Liability Discussion Paper*, (NSW: Parliament of New South Wales, 2006), hlm. 3-4.

¹³ Ibid.

¹⁴ *Abnormally Dangerous Activity*, Legal Information Institute, (7 Mei 2017), https://www.law.cornell.edu/wex/abnormally_dangerous_activity.

menyatakan pula PT NSP bertanggung jawab atas pembakaran lahan.¹⁵

PN Jakarta Selatan menerapkan asas *strict liability* dalam memvonis dua kasus kebakaran hutan tersebut, dan walaupun putusan-putusan tersebut belum memiliki kekuatan hukum tetap. Namun terlihat ada keinginan dari hakim untuk menggunakan asas *strict liability* di dalam kasus-kasus lingkungan hidup terutama pembakaran hutan dan lahan. Dengan jelas dan tegas Putusan Pengadilan tersebut menunjukkan bahwa pembakaran lahan dan hutan merupakan kejahatan lingkungan.

Tidak disebutkan dan dijelaskan dengan tegas dalam Undang-Undang HAM Nomor 39 Tahun 1999 bahwa korporasi sebagai pelaku pelanggaran HAM.

Pelanggaran HAM menurut Pasal 1 angka ke 6 UU HAM Nomor 39 Tahun 1999 adalah setiap perbuatan seseorang atau sekelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut HAM seseorang atau sekelompok orang yang dijamin di dalam undang-undang ini, dan tidak mendapatkan atau dikhawatirkan tidak akan menyelesaikan permasalahan hukum secara adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku. Selanjutnya undang-undang tersebut tidak menyebutkan atau menjelaskan tanggung jawab korporasi dalam HAM namun Pasal 71 UU HAM Nomor 39 Tahun 1999 hanya menjelaskan kewajiban dan tanggung jawab negara dalam menghormati, melindungi, menegakkan dan memajukan HAM.

Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) mengakui kesulitan untuk

mengkategorikan korporasi sebagai subjek hukum yang bertanggung jawab atas pelanggaran HAM karena sulit membuktikan unsur kesalahan yang disengaja atau mental state dari korporasi tersebut.¹⁶ Selanjutnya terdapat perbedaan pendapat di kalangan sarjana hukum tentang dapatkah korporasi diminta pertanggungjawaban HAM apabila melanggar HAM. Dengan demikian belum terdapat kejelasan secara hukum apakah korporasi yang melakukan pembakaran hutan dapat diminta pertanggungjawaban HAMnya. keadaan tersebut menunjukkan terdapat kekosongan hukum dan berbagai penafsiran tentang dapatkah korporasi diminta pertanggungjawaban HAM terutama dalam kasus pembakaran hutan dan lahan di Indonesia.

Berdasarkan uraian tersebut maka penulis tertarik untuk menganalisis artikel ini dengan judul “Pertanggungjawaban HAM Korporasi Yang Melanggar Hak Atas Lingkungan hidup”.

Untuk memahami lebih dalam tentang pertanggungjawaban HAM korporasi tersebut maka penulis merumuskan permasalahan mengenai Bagaimanakah pertanggungjawaban korporasi terhadap perusakan lingkungan menurut instrumen HAM Nasional? Bagaimanakah pertanggungjawaban korporasi terhadap perusakan lingkungan menurut instrumen HAM internasional? dan Bagaimanakah pertanggungjawaban korporasi terhadap perusakan lingkungan menurut Putusan-Putusan Pengadilan?

B. Metode Penelitian

Berdasarkan pendapat Morris L.Cohen penelitian hukum merupakan proses penemuan hukum yang mengatur

¹⁵ Strict Liability di dalam Kasus Pembakaran Hutan, (10 Februari 2017), Harian Kompas.

¹⁶ Adoniati Meyria, Pertanggungjawaban Pidana Korporasi Dalam Pelanggaran HAM Berat, Majalah Wacana HAM Komnas HAM (Edisi 1 tahun XI 2013), hlm. 9.

kegiatan dalam masyarakat manusia.¹⁷ Sedangkan menurut Nexis Lexis, penelitian hukum merupakan proses pengidentifikasian dan memperoleh informasi yang dibutuhkan untuk mendukung pengambilan keputusan hukum.¹⁸ Dari kedua pendapat tersebut maka dapat disimpulkan penelitian hukum merupakan proses penemuan hukum yang mengidentifikasi dan memberikan informasi yang penting untuk mendukung pengambilan keputusan hukum yang mengatur kegiatan dalam masyarakat manusia.

Sedangkan tujuan dari penelitian hukum adalah untuk mencari kebenaran normatif.¹⁹ Selanjutnya terdapat pula pendekatan-pendekatan di dalam penelitian hukum yaitu pendekatan perundang-undangan, pendekatan kasus, pendekatan historis, pendekatan komparatif, dan pendekatan konseptual.²⁰

Dalam penelitian ini penulis akan menggunakan metode penelitian hukum normatif yang meneliti tentang pertanggungjawaban HAM korporasi yang melanggar hak atas lingkungan hidup yang bersumber dari Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM dan peraturan perundang-undangan yang terkait lainnya sebagai sumber hukum primer dan buku-buku, jurnal, majalah, koran, dan internet yang memuat pendapat para ahli HAM, hukum pidana, perdata dan lingkungan hidup sebagai sumber hukum sekunder.

Analisis yang dilakukan penulis yaitu menggunakan pendekatan perundang-undangan terhadap UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM, UU Nomor 32 tahun

2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, Putusan-Putusan MARI tentang tanggung jawab korporasi dalam kasus pembakaran hutan, selain itu juga menggunakan pendekatan kajian putusan-putusan pengadilan baik dalam kasus pertanggungjawaban pidana maupun perdata pembakaran maupun penebangan hutan, dan juga menggunakan pendekatan komparatif yang membandingkan ketentuan hukum pidana, perdata, dan HAM tentang pertanggungjawaban korporasi terhadap pelanggar lingkungan hidup untuk menjawab isu hukum tersebut.

Pendekatan perundang-undangan berdasarkan pendapat Johny Ibrahim yaitu pendekatan yang memiliki sifat:

- a. *Comprehensive*, yaitu melihat norma dalam peraturan perundang-undangan berkait satu dengan yang lain;
- b. *All-inclusive* yaitu memandang sekumpulan norma hukum tersebut mampu menampung permasalahan hukum yang ada, sehingga tidak ada kekurangan hukum;
- c. *Systematic*, yaitu selain norma hukum itu berhubungan satu dengan yang lainnya, norma hukum tersebut tersusun secara sistematis.²¹

Berikutnya, pendekatan kasus merupakan penelaahan putusan-putusan pengadilan yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap, dengan tujuan untuk mengetahui pertimbangan-pertimbangan hukum dalam memutus kasus-kasus tersebut.²² Kemudian, pendekatan komparasi dilakukan dengan cara membandingkan UU atau putusan pengadilan dalam kasus yang sama dari satu atau lebih negara, dengan tujuan untuk mendapatkan pemahaman konsistensi antara filosofi dan UU atau

¹⁷ Morrish L. Cohen & Kent C Olson, *Legal Research In A Nutshell*, (St. Paul: West Publishing Co, 1992), hlm. 1.

¹⁸ Lexis-Nexis, *An Introduction to legal Research*, hlm. 3.

¹⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2014), hlm. 47.

²⁰ *Ibid*, hlm. 133.

²¹ Johny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif* (Malang : Bayumedia, 2005), hlm. 303.

²² Marzuki, *Op.Cit*, hlm. 134.

putusan pengadilan di antara negara-negara tersebut.²³

C. Pembahasan

1. Pertanggungjawaban Korporasi Terhadap Perusakan Lingkungan Menurut Instrumen HAM Nasional

Dalam konstitusi Indonesia pada Pasal 28I ayat (4) disebutkan tanggung jawab negara, khususnya pemerintah terhadap HAM dengan menyatakan bahwa perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan HAM adalah tanggung jawab negara terutama pemerintah. Ketentuan ini dipertegas dalam Pasal 71 UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM yang menyatakan bahwa pemerintah wajib dan bertanggung jawab menghormati, melindungi, menegakkan dan memajukan hak asasi manusia yang diterima oleh negara Republik Indonesia.

Menurut Komnas HAM makna menghormati HAM sebagaimana yang diamanatkan dalam Pasal 71 UU HAM tersebut yaitu bahwa negara tidak boleh ikut campur yang dapat mengganggu penikmatan HAM; sedangkan makna melindungi HAM yang juga diamanatkan dalam Pasal 71 UU HAM tersebut yaitu bahwa negara harus melindungi HAM setiap orang atas pelanggaran HAM yang dilakukan oleh pihak ketiga, dengan melalui pembentukan dan penegakan peraturan perundang-undangan.²⁴

Menurut Pasal 1 angka 1 UU Nomor 39 Tahun 1999 Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

²³ Ibid, hlm. 135.

²⁴ Komnas HAM, Komentar Umum atas Kovenan Hak-Hak Sipil dan Ekosob (Jakarta: Komnas HAM, 2009), hlm. 3.

Besarnya kepedulian Negara terutama pemerintah terhadap kesejahteraan masyarakat melalui pengelolaan lingkungan hidup yang melindungi dan melestarikan lingkungan hidup yang baik dan sehat telah diamanatkan dalam Konstitusi Indonesia yang tercantum dalam Pasal 28 H ayat (1), dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945. Oleh karena itu UUD 1945 merupakan konstitusi hijau (*green constitution*) karena berdasarkan Pasal 28 H ayat (1), Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 yang secara eksplisit mengakui hak atas lingkungan hidup dan kesehatan.²⁵

Banyaknya peraturan perundang-undangan yang dibuat setelah Undang-Undang HAM pada tahun 1999 menyebabkan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tidak sesuai lagi dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang baru. Hal ini sesuai dengan asas hukum perundang-undangan yang menyatakan peraturan perundang-undangan yang baru mengesampingkan peraturan perundang-undangan lama atau *Lex Posterior Derogat Legi Priori*.²⁶ Banyaknya peraturan perundang-undangan yang diubah atau direvisi tersebut bertujuan untuk mengatur hal-hal atau kegiatan-kegiatan tentang pengelolaan dan perlindungan lingkungan hidup yang mengalami perkembangan dari ketentuan peraturan perundang-undangan sebelumnya atau untuk mengatur hal-hal atau kegiatan-kegiatan tentang pengelolaan dan perlindungan lingkungan hidup yang belum pernah diatur dari ketentuan peraturan perundang-undangan sebelumnya dalam

²⁵ Jimly Assididqie, *Green Constitution: Nuansa Hijau UUD Republik Indonesia Tahun 1945*, (Jakarta: Rajawali Press, 2009), hlm. 179.

²⁶ Ferry Irawan Febriansyah, *Konsep Pembentukan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia*, Perspektif, Volume XXI No. 3 Tahun 2016 Edisi September, <<http://oaji.net/articles/2017/4674-1495161502.pdf>> hlm. 223.

rangka melaksanakan amanat Konstitusi Republik Indonesia yaitu memenuhi hak setiap orang untuk memperoleh lingkungan hidup yang baik dan sehat. Terdapatnya kesenjangan peraturan lingkungan hidup dengan UU HAM tersebut mengakibatkan perlunya merevisi pasal-pasal yang terkait dengan hak atas lingkungan hidup yang sehat sesuai dengan ketentuan Undang-Undang yang lebih baru tersebut. Kemudian norma lingkungan hidup telah mengalami konstitusionalisasi menjadi materi muatan konstitusi sebagai hukum tertinggi, sehingga segala kebijakan dan tindakan pemerintah dan pembangunan haruslah tunduk kepada ketentuan mengenai HAM atas lingkungan hidup yang baik dan sehat, dan tidak boleh ada kebijakan yang tertuang dalam bentuk UU atau peraturan di bawah UU yang bertentangan dengan ketentuan konstitusi yang pro lingkungan.²⁷

Penjelasan UU Nomor 32 Tahun 1999 telah mengamanatkan agar penegakan hukum pidana lingkungan dapat diterapkan sebagai pilihan utama terhadap setiap korporasi yang melakukan kegiatan usaha dalam pengelolaan lingkungan hidup selain pemidanaan terhadap pelanggaran baku mutu air limbah, emisi dan gangguan. Dari ketentuan tersebut sangat tegas diatur tentang pertanggungjawaban pidana korporasi melanggar UU Pengelolaan Lingkungan Hidup. Namun ketentuan ini tidak terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang terkait seperti UU HAM, UU Perseroan Terbatas (PT), UU Perbankan, dan UU Penanaman Modal (PM).²⁸ Walaupun Undang-Undang tersebut telah mengatur aktivitas atau

kegiatan bisnis korporasi yang memperhatikan kelestarian lingkungan hidup, tetapi jika dianalisis lebih mendalam ternyata belum terdapat ketentuan mengenai pertanggungjawaban HAM Korporasi yang merusak atau mencemari lingkungan hidup.

Pada Pasal 1 angka 6 UU Nomor 39 tahun 1999 disebutkan bahwa pelanggaran HAM adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan/atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku. Dari pengertian ini sangat jelas bahwa UU HAM tidak mengatur perbuatan atau aktivitas korporasi baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan/atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh undang-undang, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

Secara etimologis, pengertian korporasi yang dalam istilah lain dikenal dengan *corporatie* (Belanda), *corporation* (Inggris), *Korporation* (Jerman), berasal dari bahasa Latin yaitu "corporation". Dengan demikian, maka akhirnya "corporation" itu berarti hasil pekerjaan membadankan, dengan perkataan lain, korporasi merupakan badan yang dijadikan orang, badan yang diperoleh dengan perbuatan manusia sebagai lawan terhadap badan manusia, yang terjadi

²⁷ Ibid, hlm. 180.

²⁸ Muhamad Insa Ansari, Implikasi Pengaturan Lingkungan Hidup terhadap Peraturan Perundang-undangan Dalam Kegiatan Bisnis (Perspektif Konstitusi), Jurnal Konstitusi (MK) Volume 11 Nomor 2, 2014.

menurut alam. Dalam arti luas korporasi meliputi baik badan hukum maupun bukan badan hukum, bukan saja badan-badan hukum seperti perseroan terbatas, yayasan, koperasi atau perkumpulan yang telah disahkan sebagai badan hukum yang digolongkan sebagai korporasi, tetapi juga firma, persekutuan komanditer atau CV, dan persekutuan atau *maatschap*, yaitu badan-badan usaha yang menurut hukum perdata bukan suatu badan hukum.²⁹ Secara terminologi korporasi mempunyai pengertian yang sudah banyak dirumuskan oleh beberapa tokoh hukum. Semisal menurut Subekti dan Tjitrosudibyo yang dimaksud dengan *corporatie* atau korporasi adalah suatu perseorangan yang merupakan badan hukum. Sedangkan Yan Pramadya Puspa menyatakan yang dimaksud dengan korporasi adalah suatu perseorangan yang merupakan badan hukum; korporasi atau perseroan di sini yang dimaksud adalah suatu perkumpulan atau organisasi yang oleh hukum diperlukan seperti seorang manusia (*persona*) ialah sebagai peggemban (atau pemilik) hak dan kewajiban memiliki hak menggugat ataupun digugat di muka pengadilan.³⁰ Selanjutnya definisi korporasi menurut Pasal 1 Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 13 Tahun 2016 tentang Tata Cara Penanganan Perkara Tindak Pidana oleh Korporasi yaitu kumpulan orang dan/atau kekayaan yang terorganisir, baik merupakan badan hukum maupun bukan badan hukum.

Berdasarkan pendapat ahli maupun Perma Nomor 13 Tahun 2016 maka dapat

disimpulkan bahwa korporasi adalah kumpulan orang dan/atau kekayaan yang terorganisir, baik merupakan badan hukum yang meliputi perseroan terbatas, yayasan, koperasi atau perkumpulan yang telah disahkan sebagai badan hukum maupun bukan badan hukum yang meliputi firma, persekutuan komanditer atau CV, dan persekutuan atau *maatschap*. Definisi korporasi tersebut sebaiknya dicantumkan dalam UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM sehingga definisi pelanggaran HAM juga mencakup pelanggaran yang dilakukan oleh korporasi.

Di samping itu terdapat ketentuan yang baru mengenai penegakan hukum yang diatur dalam UU Nomor 23 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup. Ketentuan penegakan hukum yang baru tersebut layak untuk diselaraskan dengan UU Nomor 39 Tahun 1999, yang mencakup antara lain: penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan, gugatan perwakilan kelompok, hak gugat organisasi lingkungan sebagai bentuk partisipasi masyarakat terhadap hak atas lingkungan hidup. Melalui cara tersebut diharapkan selain akan menimbulkan efek jera juga akan meningkatkan kesadaran seluruh pemangku kepentingan tentang betapa pentingnya perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup demi kehidupan generasi masa kini dan masa depan.

Ketentuan penegakan hukum pidana yang baru yang terdapat dalam UU Perlindungan dan pengelolaan Lingkungan Hidup tersebut juga perlu dimuat dalam UU Hak Asasi Manusia. Ketentuan tersebut mencakup ancaman hukuman minimum di samping maksimum, perluasan alat bukti, keterpaduan penegakan hukum pidana, dan pengaturan tindak pidana korporasi. Di samping itu penerapan asas *ultimum remedium* juga hanya berlaku bagi tindak

²⁹ Muladi dan Dwidja Prayitno dalam Kristian, Urgensi Pertanggungjawaban Pidana Korporasi, Jurnal Hukum dan Pembangunan Tahun Ke-44 No.4 Oktober-Desember, 2013, hlm. 579.

³⁰ A.Ritonga, Korporasi Yang Melakukan Tindak Pidana Korporasi Pada Pasal 20 UU No. 31 Tahun 1999 jo. UU No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Menurut Perspektif Fiqih Jinayah, UIN Sultan Syarif Kasim Riau, Pekanbaru, 2015, hlm. 15.

pidana formil tertentu, yaitu pemidanaan terhadap pelanggaran baku mutu air limbah, emisi, dan gangguan.

Ketentuan tentang pertanggungjawaban korporasi dalam UU No.32 Tahun 2009 terdapat dalam Pasal 116. Menurut penulis ketentuan ini dapat dipertimbangkan untuk diselaraskan dalam ketentuan HAM yang dapat dalam UU Nomor 39 Tahun 1999. Pasal 116 UU No.32 Tahun 2009 mengamanatkan:

- (1) Apabila tindak pidana lingkungan hidup dilakukan oleh, untuk, atau atas nama badan usaha, tuntutan pidana dan sanksi pidana dijatuhkan kepada:
 - a. Badan usaha; dan/atau
 - b. Orang yang memberi perintah untuk melakukan tindak pidana tersebut atau orang yang bertindak sebagai pemimpin kegiatan dalam tindak pidana tersebut.
- (2) Apabila tindak pidana lingkungan hidup sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan oleh orang yang berdasarkan hubungan kerja atau berdasarkan hubungan lain yang bertindak dalam lingkup kerja badan usaha, sanksi pidana dijatuhkan terhadap pemberi perintah atau pemimpin dalam tindak pidana tersebut tanpa memperhatikan tindak pidana tersebut dilakukan secara sendiri atau bersama-sama.

Selain itu, Jaksa Agung juga mengeluarkan Peraturan Jaksa Agung RI Nomor Per-028/A/JA/10/2014 tentang Pedoman Penanganan Perkara Pidana dengan Subjek Hukum Korporasi (selanjutnya disebut PerJA Tahun 2014). Hal-hal yang terkait dengan pertanggungjawaban HAM Korporasi dalam lampiran PerJA Tahun 2014 yaitu diuraikannya dengan jelas kegiatan korporasi yang dapat dimintakan pertanggungjawaban, yang mencakup: a) semua perbuatan yang didasarkan pada keputusan pengurus, b) berbuat atau tidak membuatnya seseorang untuk kepentingan

korporasi, c) perbuatan yang menggunakan sumber daya manusia, dana, atau dukungan/fasilitas korporasi, d) perbuatan yang dilakukan oleh pihak ketiga atas permintaan atau perintah dari korporasi atau pengurus korporasi, e) perbuatan dalam rangka menjalankan kegiatan sehari-hari korporasi, f) perbuatan yang menguntungkan korporasi, g) tindakan yang biasanya diterima oleh korporasi, h) korporasi yang secara nyata menampung hasil tindak pidana.

Pengaturan pertanggungjawaban korporasi yang juga dapat diselaraskan dengan UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM yaitu UU Nomor 39 Tahun 2014 tentang Perkebunan. Ketentuan Pasal 113 ayat (1) UU Nomor 39 Tahun 2014 mengatur:

- (1) Dalam hal perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 103, Pasal 104, Pasal 105, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 108, dan 109 dilakukan oleh korporasi, selain pengurusnya dipidana berdasarkan Pasal 103, Pasal 104, Pasal 105, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 108, dan Pasal 109, korporasinya dipidana dengan pidana denda maksimum ditambah 1/3 (sepertiga) dari pidana denda dari masing-masing tersebut.

Jika dianalisis secara mendalam maka UU Nomor 39 Tahun 2014 menganut *individual vicarious liability* karena terdapat pemidanaan terhadap pengurus atas tindak pidana yang dilakukan untuk korporasi. Tindak pidana ini tidak saja dapat dilakukan oleh pengurus namun juga dapat dilakukan oleh pegawai bawahan atau oleh korporasi tersebut.

Ketentuan UU Nomor 39 Tahun 2014 juga memberikan kemungkinan diterapkannya sanksi denda kepada korporasi. Teori pertanggungjawaban korporasi yang digunakan dalam undang-undang ini yaitu teori *corporate vicarious*

liability, teori agregasi, teori identifikasi, dan teori budaya korporasi.

2. Pertanggungjawaban Korporasi Terhadap Perusakan Lingkungan Menurut Instrumen HAM Internasional

Pada tahun 1990-an permasalahan bisnis dan HAM telah diakui oleh seluruh dunia masuk ke dalam agenda kebijakan global yang secara dramatis menunjukkan pengembangan internasional dari sektor swasta pada masa itu, seiring dengan peningkatan aktivitas ekonomi antar negara.³¹ Berikutnya perkembangan ini meningkatkan kesadaran sosial terhadap akibat dari aktivitas bisnis dan HAM dan juga menjadi sorotan PBB.³² Kesadaran masyarakat internasional untuk meminta pertanggungjawaban HAM korporasi telah digerakkan oleh banyaknya kasus-kasus pelanggaran HAM.

Pada saat pembahasan Statuta Roma berkembang gagasan terhadap pertanggungjawaban korporasi dalam kasus pelanggaran HAM. Perwakilan dari Perancis pernah mengusulkan proposal pertanggungjawaban korporasi yang memicu pro dan kontra saat melakukan negosiasi Statuta Roma. Pembahasan pembentukan Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court (ICC)*).³³ Proposisi negara-negara yang mendukung pertanggungjawaban korporasi yaitu bahwa aspek penghukuman ini masih dibutuhkan untuk memberikan keadilan bagi setiap korporasi yang melakukan pelanggaran terhadap *international customary law* dan *ius cogens* dan atau korban.³⁴ Negara-negara yang menentang

pertanggungjawaban korporasi memiliki proposisi bahwa praktik pertanggungjawaban pidana korporasi tidak selaras dengan prinsip pelengkap (*complementary*).³⁵ Asas pelengkap itu sendiri yaitu kehadiran Mahkamah Pidana Internasional tidak didirikan untuk menggantikan fungsi sistem nasional, tetapi menjadi alternatif apabila pengadilan nasional tidak efektif.³⁶

Meskipun Statuta Roma telah mengatur agar penentuan *unwilling* dan *unable* merupakan kewenangan dari Mahkamah, namun tetap terdapat keraguan tentang apa yang menjadikan suatu keadaan *unwilling* atau *unable* bagi suatu negara. Untuk itu dibutuhkan suatu cara yang lebih objektif dalam menilai pelaksanaan sistem hukum dan yudisial suatu negara. Jika ingin dianggap mampu melaksanakan proses peradilan maka sistem peradilan negara tersebut harus bersifat independen. Indikator dari independensi peradilan adalah sistem yudisial yang imparial, dengan keputusan yang dihormati dan diimplementasikan tanpa campur tangan pemerintah.³⁷

Hal ini menghendaki perbaikan pada dua sisi yaitu baik dari ketentuan *Statute Roma* itu sendiri yang memberikan definisi dan mekanisme yang menjamin suatu cara yang lebih objektif dalam menilai pelaksanaan sistem hukum dan yudisial suatu negara maupun perbaikan dari implementasi sistem hukum dan lembaga peradilan secara nasional di negara Indonesia sendiri. Lembaga peradilan harus dilaksanakan secara mandiri tanpa intervensi atau campur tangan dari pihak manapun dan putusan

³¹ Elsam, Kerangka Perserikatan Bangsa-Bangsa "Perlindungan, Penghormatan, dan Pemulihan, (Jakarta: Elsam, 2014), hlm. 1.

³² Ibid.

³³ Patricia Rinwigati, Menjangkau Tanggung Jawab Pidana Korporasi: Alternatif Penyelesaian Pelanggaran HAM, (Jakarta: Elsam, 2016), hlm. 173.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Mathem Stephenson, Judicial Independence: What is it , How It Can Be Measured, Why It Occurs, <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/judicialindependence.htm>, diakses pada 1 Oktober 2011.

hakim harus tidak boleh memihak selain memihak kebenaran berdasarkan fakta-fakta yang diperoleh dari proses persidangan.

Sejarah pertanggungjawaban korporasi dalam pelanggaran HAM ditunjukkan pula oleh usul dari PBB. Dewan HAM dan Ekonomi Sosial PBB pada tahun 1970-an pernah meminta Sekretaris Jenderal untuk membentuk *eminent person* yang bertugas mempelajari akibat korporasi multinasional pada proses pembangunan, khususnya di negara berkembang dan bertujuan mewujudkan terjalannya hubungan internasional.³⁸

Di samping itu, terdapat pula negara yang telah mengakui korporasi bertanggung jawab terhadap pelanggaran HAM. Diberlakukannya *The Alien Tort Claims Act* atau dikenal pula dengan istilah *Alien Tort Statute* di Amerika Serikat telah disahkan sejak 1789, orang asing yang berada di luar Amerika Serikat juga dapat menggunakan *The Alien Tort Statute (ATS)* tersebut untuk menuntut pejabat pemerintah dan atau swasta, dan korporasi karena pelanggaran HAM atau karena penyiksaan.³⁹

ATS menekankan bahwa "The term of ATS confer upon the federal district court original jurisdiction over "any civil action" by an alien for a tort only, committed in the violation of the law of the nations".⁴⁰ Berdasarkan ketentuan ATS tersebut, menurut pengkajian penulis ATS menekankan pengadilan-pengadilan

federal di AS memiliki wewenang untuk mengadili pada *original jurisdiction* setiap gugatan yang diajukan oleh warga negara asing karena pelanggaran HAM yaitu penyiksaan/perbuatan yang tidak manusiawi (*tort*) yang melanggar hukum nasional. Korporasi yang melanggar hukum pidana internasional baik genosida, perdagangan budak, kejahatan perang, perbudakan, dan kerja paksa dapat diminta pertanggungjawabannya.⁴¹

Meskipun ATS atau ATCA sangat berguna untuk menegakkan norma HAM, namun cakupannya masih sangat terbatas dan sebaiknya tidak dijadikan jalur penyelesaian masalah terbaik dalam pertanggungjawaban korporasi. Kasus yang disidang di ATCA hanya dapat digugat di pengadilan Federal AS yang jauh dari tempat kejadian sengketa sehingga harus memerlukan bantuan pihak ketiga yang sudah ahli dengan proses peradilan ATCA.

Di samping itu konsep "hukum internasional (*law of nations*)" cukup sempit karena belum dapat memastikan bahwa hak ekonomi, sosial dan budaya termasuk "hukum internasional".

Kemudian pemerintah dari negara "tuan rumah" juga kurang mengimplementasikan hak asasi manusia, dan sulit untuk mengumpulkan barang bukti dan mewawancarai para saksi di tempat terjadinya sengketa. Berikutnya ongkos dan waktu yang terpakai untuk menggugat kasus pelanggaran ATCA cukup besar. Contohnya kasus Exxon Mobil telah berlangsung selama 6 tahun, kasus Unocal telah berproses selama kurun waktu 9 tahun dan menelan biaya 2 juta Dollar Amerika Serikat.

Organisasi Kerja sama Ekonomi dan Pembangunan (*OECD/The Organizational for Economic Co-operation and Development*) pada tahun 1976, menerbitkan *Guideline for Multinational*

³⁸ Wahyu Wagiman, Upaya Menjangkau Tanggung jawab Korporasi Sebagai Aktor Pengemban HAM: Konstruksi Teoritik Relasi Bisnis dengan HAM di Indonesia dari Perspektif Para Akademisi, (Jakarta: Elsam, 2016), hlm. vi.

³⁹ The Alien Tort Statute: Protecting The Law That Protects Human Rights, Center for Constitutional Rights, (1 Maret 2017), <https://ccrjustice.org/home/get-involved/tools-resources/fact-sheets-and-faqs/alien-tort-statute-protecting-law-protects>.

⁴⁰ Clapham, Op.Cit, hlm. 252.

⁴¹ Ibid, hlm. 253.

Enterprises, terdapatnya kasus-kasus kegiatan korporasi multinasional yang ilegal dan tidak beretika telah melatarbelakangi diterbitkan *guidelines*/pedoman ini.⁴² Kasus-kasus tersebut yaitu suap *Lockheed* kepada pejabat-pejabat Jepang untuk memenangkan kontrak-kontrak pengadaan alat-alat pertahanan dan keamanan (alutsista), juga keterlibatan ITT dan korporasi-korporasi Amerika Serikat dalam kudeta di Chile pada 1973.⁴³

Prinsip-prinsip dan standar-standar praktik yang baik untuk korporasi telah tercantum dalam pedoman tersebut, tetapi panduan tersebut bersifat sukarela (voluntary).⁴⁴

Bab ke IV dari pedoman tersebut, memaparkan korporasi dalam lingkup hukum HAM Internasional dan kewajiban-kewajiban HAM Internasional di negara di mana korporasi tersebut beraktivitas harus:

1. Menghormati HAM, yang mengandung arti korporasi tidak boleh melakukan pelanggaran HAM, dan harus menyelesaikan pelanggaran HAM yang berdampak buruk di mana korporasi tersebut terlibat;
2. Dalam konteks di mana korporasi tersebut beroperasi, harus mencegah penyebab atau berkontribusi terjadinya pelanggaran HAM yang berdampak buruk;
3. Mencari jalan atau mencegah atau mengurangi terjadinya pelanggaran HAM yang berdampak buruk sebagai akibat langsung dari kegiatan-kegiatan bisnis, produk, dan pelayanan dari korporasi tersebut. Bahkan jika korporasi tersebut tidak berkontribusi adanya pelanggaran HAM tersebut;
4. Mempunyai komitmen kebijakan yang menghormati HAM;

5. Melaksanakan uji tuntas HAM (*Human Rights due diligence*) sesuai dengan cakupan kegiatannya, sifat dan kontekstual kegiatannya, dan berat ringannya risiko dari dampak pelanggaran HAM tersebut;

6. Menyediakan kerja sama melalui proses yang sah untuk memulihkan dampak buruk dari pelanggaran HAM tersebut di mana korporasi mengidentifikasi hal-hal yang menyebabkan atau berkontribusi terhadap pelanggaran HAM tersebut.⁴⁵

OECD memiliki mekanisme komplain atas pelaksanaan dari panduan tersebut melalui NCP (*National Contact Point*), tetapi tidak seperti badan peradilan atau quasi peradilan, karena prosedur pengaduan tersebut hanyalah untuk konsultasi, konsiliasi atau mediasi saja.⁴⁶

Telah terdapat 35 negara hingga saat ini yang telah meratifikasi OECD, dan Indonesia belum meratifikasi ketentuan OECD tersebut.⁴⁷ Walaupun negara yang belum meratifikasi ketentuan OECD tetapi apabila ada korporasi antar bangsa yang berasal dari anggota OECD, maka masyarakat/organisasi non pemerintah dapat melakukan pengaduan terhadap implementasi pedoman tersebut kepada *National Contact Point (NCP)*. Setiap anggota berdasarkan pedoman OECD tersebut diwajibkan untuk membentuk NCP untuk memberikan mekanisme pengaduan atas pedoman OECD

⁴² Ibid, hlm. 201.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid, hlm. 202.

⁴⁵ OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprise 2011 Edition*, (Sekretaris Jenderal OECD, 2011), hlm. 31.

⁴⁶ Clapham, Op.Cit, hlm. 207

⁴⁷ OECD Membership, Organization For Economic Cooperation and Development (OECD), (6 Mei 2017), <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/#d.en.194378>.

tersebut.⁴⁸ Beberapa hal bantuan yang disediakan NCP, yaitu:⁴⁹

Memberikan penilaian apakah komplain atas implementasi Panduan OECD itu layak untuk diperiksa lebih jauh, dan jika komplain itu layak diperiksa lebih jauh maka NCP akan berkonsultasi dengan pihak-pihak “bersengketa” dan jika relevan akan meminta nasihat kepada badan-badan relevan, dan atau perwakilan komunitas bisnis, dll., juga menawarkan konsiliasi atau mediasi kepada para pihak.

Penjelasan yang baik tentang tanggung jawab HAM Korporasi lebih spesifik lagi korporasi multinasional yang dapat diminta pertanggungjawabannya apabila melaksanakan pelanggaran HAM telah dimuat oleh panduan OECD untuk korporasi Multinasional. Tetapi mekanisme pengaduan itu sendiri memperoleh kritik dari organisasi masyarakat sipil, masyarakat sipil mengkritik keterbukaan dari NCP pada saat proses mediasi/konsiliasi tersebut.⁵⁰

United Nations (UN) Global Compact adalah gerakan secara sukarela dari pemimpin korporasi, institusi akademik atau organisasi masyarakat sipil yang memiliki komitmen untuk melaksanakan sepuluh prinsip PBB tentang *Global Compact*.⁵¹ Sesuai dengan ketentuan UN *Global Compact* maka terdapat 10 prinsip yaitu:⁵²

1. Bisnis harus mendukung dan menghormati perlindungan HAM yang diakui secara internasional;
2. Bisnis tidak terlibat dalam pelanggaran HAM;

3. Bisnis harus mendukung kebebasan untuk berserikat dan pengakuan efektif atas hak atas *collective bargaining*;
4. Penghapusan segala bentuk perbudakan dan kerja paksa;
5. Penghapusan segala bentuk buruh anak;
6. Penghapusan diskriminasi di tempat kerja;
7. Bisnis harus mendukung pendekatan kehati-hatian atas tantangan-tantangan di isu lingkungan hidup;
8. Melakukan inisiatif untuk mempromosikan tanggung jawab atas lingkungan secara maksimal;
9. Mendorong pengembangan dan penggunaan teknologi yang ramah lingkungan;
10. Bisnis harus melawan segala bentuk korupsi termasuk pungutan liar.

Dalam perkembangannya, *Global compact* ini diikuti dengan lahirnya Panduan perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Bisnis dan HAM (*UN Guidelines on Business and Human Rights/UNGPs*) pada 2011. Pedoman ini terbit berdasarkan gagasan dari John Ruggie, yang ditunjuk oleh Sekjen PBB sebagai Perwakilan Khusus PBB untuk HAM, Korporasi Multinasional dan korporasi lainnya, yang memberikan 3 pilar utama yaitu:

1. Tanggung jawab Negara untuk melindungi HAM dari pelanggaran oleh pihak ketiga, termasuk korporasi, melalui kebijakan, pengaturan, dan keputusan yang layak;
2. Tanggung jawab korporasi untuk menghormati HAM yang dibuktikan dengan tindakan yang serius untuk menghindari pelanggaran HAM oleh pihak lain dan menyelesaikan dampak negatif dari operasi korporasi tersebut. Untuk itu korporasi harus mempunyai komitmen untuk menghormati HAM, melakukan penilaian atas dampak HAM, serta mengintegrasikan prinsip-

⁴⁸ OECD dan Elsam, Panduan OECD Bagi Perusahaan-Perusahaan Multinasional Edisi 2011, (Jakarta: OECD & Elsam, 2015), hlm. 92.

⁴⁹ Ibid, hlm. 96-97.

⁵⁰ Clapham, Op.Cit, hlm. 207.

⁵¹ Gblal Compact, United Nations Global Compact, (6 Mei 2017), http://www.indoneiagen.org/about_us/ungc.

⁵² Ibid.

- prinsip penghormatan HAM dalam proses, fungsi dan kebijakan internal;
3. Akses yang luas untuk korban pelanggaran HAM untuk memperoleh skema pemulihan efektif melalui cara yudisial, administratif, atau cara lainnya.⁵³

Semua upaya internasional untuk mewujudkan peraturan dan mekanisme pertanggungjawaban korporasi yang baik dan aplikatif bagi seluruh negara di dunia belum dapat terwujud dengan baik. Hal ini disebabkan Indonesia bukanlah negara peserta yang menandatangani Panduan OECD untuk korporasi Multinasional sehingga Panduan OECD tersebut tidak dapat diaplikasikan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.

Demikian pula dengan sepuluh prinsip PBB tentang *Global Compact* dan Panduan perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Bisnis dan HAM hanyalah merupakan instrumen hukum internasional yang bersifat "soft law" sehingga tidak tersedia sanksi atau hukuman bagi pemerintah maupun korporasi yang melanggar ketentuan tersebut. Namun peraturan internasional tersebut dapat dijadikan pedoman bagi Indonesia untuk menyelaraskan semua peraturan perundang-undangan yang terkait dengan pertanggungjawaban korporasi sehingga seluruh korporasi dapat mentaati ketentuan tersebut dalam rangka melindungi hak asasi manusia.

3. Pertanggungjawaban Korporasi Terhadap Perusakan Lingkungan Menurut Putusan-Putusan Pengadilan

Berikut adalah putusan-putusan pengadilan yang mengadili kasus

⁵³ Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), UNPG's, Desentralisasi dan UMKM: Laporan Penelitian Relevansi Prinsip-Prinsip Panduan PBB Untuk Bisnis dan HAM dalam konteks Indonesia (Jakarta, ELSAM, 2016), hlm. 1-2.

pembakaran hutan dan lahan oleh korporasi yang mengakibatkan menurunnya kualitas lingkungan hidup, dan kesehatan manusia yaitu:

1. PT KA

Majelis Hakim di MARI dalam kasus pidana pembakaran lahan di Kab. Nagan Raya Prov. NAD di dalam pertimbangan hukumnya menjelaskan korporasi mempunyai kebiasaan buruk membuka lahan dengan cara pembakaran lahan dengan maksud untuk menghindari ongkos produksi biaya tinggi yang merusak lingkungan hidup.⁵⁴

Dampak pembakaran lahan untuk membersihkan lahan perkebunan kelapa sawit oleh korporasi tersebut mengakibatkan kerusakan serius terhadap lingkungan hidup, kerusakan lahan gambut, dan menimbulkan gas efek rumah kaca. Dampak pembakaran lahan tersebut telah menyebabkan pencemaran lingkungan yang merupakan pelanggaran hak setiap orang atas lingkungan hidup yang baik dan sehat.

2. IL (PT. KHS)

JPU mendakwa dan menuntut IL selaku *manager estate* PT. KHS, tetapi majelis hakim di MARI memutuskan perbuatan pidana *manager estate* dapat diatribusikan kepada korporasi berdasarkan teori pertanggungjawaban pidana fungsional.⁵⁵ Kemudian majelis hakim di dalam pertimbangan hukumnya secara jelas menyebutkan pembakaran lahan oleh korporasi itu telah berkontribusi terjadinya asap selama dua minggu yang mengakibatkan polusi udara.⁵⁶

3. PT. AP&I

⁵⁴ MARI Putusan Tertanggal 5 April 2016 Nomor 1554 K/Pid.Sus/2015, hlm.57.

⁵⁵ MARI, Putusan Tertanggal 10 Oktober 2012 No. 1363 K/PID SUS/2012, hlm. 63.

⁵⁶ Ibid.

Majelis hakim di dalam pertimbangan hukumnya juga menjelaskan adanya hubungan antara pembakaran lahan dengan kerusakan lingkungan sebagai akibat pembakaran lahan oleh korporasi tersebut. PN Pelalawan menilai ada fakta-fakta hukum sebagai berikut:

PT AP&I dengan sengaja membakar dan membiarkan pembakaran di lahan yang ditimbun sehingga telah pula menghasilkan gas rumah kaca selama pembakaran berlangsung dan tentu saja telah membakar lapisan permukaan tanah yang ditimbun tersebut, kedua hal tersebut tentu saja tidak dibenarkan.

Setelah menganalisis berbagai putusan pengadilan tersebut penulis berkesimpulan bahwa putusan-putusan MARI dalam kasus pidana pembakaran lahan oleh PT KA, IL (PT. KHS), dan PT. AP&I tidak mengungkapkan secara langsung terjadinya pelanggaran HAM secara spesifik lagi hak atas lingkungan hidup yang sehat dan baik oleh korporasi-korporasi tersebut tetapi putusan-putusan tersebut memuat terjadinya pencemaran lingkungan dan kerusakan ekosistem lingkungan yang disebabkan oleh pembakaran hutan dan lahan oleh korporasi yaitu timbulnya asap akibat pembakaran hutan yang mengakibatkan pencemaran lingkungan serta menurunnya kualitas lingkungan dan kesehatan masyarakat di sekitar terjadinya pembakaran lahan.

Pencemaran dan kerusakan lingkungan hidup merupakan pelanggaran terhadap hak setiap orang atas lingkungan hidup yang baik dan sehat termasuk kualitas lingkungan yang baik dan terbebas dari asap yang dapat mengganggu kesehatan setiap orang.

D. Penutup

Berdasarkan pembahasan di atas maka disimpulkan bahwa banyaknya

peraturan perundang-undangan mengenai pertanggungjawaban korporasi yang dibuat setelah Undang-Undang HAM pada tahun 1999 menyebabkan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tidak sesuai lagi dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang baru sebagaimana ketentuan asas hukum perundang-undangan yang menyatakan peraturan perundang-undangan yang baru mengesampingkan perundang-undangan lama atau *Lex Posterior Derogat Legi Priori*. Pertanggungjawaban korporasi yang belum diatur dalam UU Nomor 39 Tahun 1999 mencakup: definisi pelanggaran HAM yang belum memuat pelanggaran HAM oleh Korporasi, definisi korporasi, penerapan asas *primum remedium* dalam hukum pidana lingkungan hidup selain pemidanaan terhadap pelanggaran baku mutu air limbah, emisi dan gangguan, penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan, gugatan perwakilan kelompok, hak gugat organisasi lingkungan sebagai bentuk partisipasi masyarakat terhadap hak atas lingkungan hidup yang baik, ancaman hukuman minimum di samping maksimum, perluasan alat bukti, keterpaduan penegakan hukum pidana, pengaturan tindak pidana korporasi. dan kegiatan korporasi yang dapat dimintakan pertanggungjawaban.

Kemudian pada tataran hukum internasional, Statuta Roma telah mengatur agar penentuan *unwilling* dan *unable* merupakan kewenangan dari Mahkamah Internasional, namun tetap saja terdapat keraguan tentang apa yang menjadikan suatu keadaan *unwilling* atau *unable* bagi suatu negara khususnya untuk mengadili pelanggaran HAM yang dilakukan oleh korporasi. Selain itu *The Alien Tort Claims Act (ATCA)* atau dikenal pula dengan istilah *Alien Tort Statute (ATS)* di Amerika Serikat yang digunakan orang asing yang berada di luar Amerika

Serikat untuk menuntut pejabat pemerintah dan atau swasta, dan korporasi karena pelanggaran HAM atau karena penyiksaan, letaknya yang jauh dari negara-negara lain termasuk Indonesia sehingga harus membutuhkan bantuan pihak ketiga yang sudah ahli dengan proses peradilan ATCA. Di samping itu konsep hukum internasional yang ditangani cukup sempit sehingga belum dapat memastikan penyelesaian pelanggaran HAM di bidang hak ekonomi, sosial, dan budaya. Pemerintah yang menyelenggarakan ATCA juga kurang mengimplementasikan HAM sehingga sulit untuk mengumpulkan barang bukti dan mewawancarai para saksi di tempat terjadinya sengketa. Kemudian ongkos dan waktu yang terpakai untuk menggugat pelanggaran HAM juga cukup besar. Selain itu beberapa instrumen HAM Internasional seperti panduan OECD Untuk Korporasi Multinasional, Sepuluh Prinsip PBB tentang *Global Compact*, dan Panduan PBB tentang Bisnis dan HAM hanyalah merupakan instrumen hukum internasional yang bersifat *soft law* sehingga tidak tersedia sanksi atau hukuman bagi pemerintah maupun korporasi yang melanggar HAM sesuai dengan ketentuan internasional tersebut.

Selanjutnya tidak adanya peraturan perundang-undangan di bidang HAM yang mengatur pertanggungjawaban HAM Korporasi terhadap perusakan lingkungan menyebabkan tidak terdapat Putusan-Putusan Pengadilan yang mengungkapkan secara eksplisit pertanggungjawaban HAM korporasi terhadap pelanggaran HAM khususnya hak atas lingkungan hidup yang sehat dan baik yang dilakukan oleh korporasi tersebut.

Berdasarkan simpulan di atas, maka disarankan agar pemerintah segera merevisi UU Nomor 39 Tahun 1999 dengan mengharmonisasikan ketentuan dalam UU HAM tersebut dengan peraturan perundang-undangan yang

terkait dengan pertanggungjaaban HAM Korporasi. Ketentuan yang seharusnya diatur dalam UU Nomor 39 Tahun 1999 mencakup: definisi pelanggaran HAM yang belum memuat pelanggaran HAM oleh Korporasi, definisi korporasi, penerapan asas *primum remedium* dalam hukum pidana lingkungan hidup selain pidana terhadap pelanggaran baku mutu air limbah, emisi dan gangguan, penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan, gugatan perwakilan kelompok, hak gugat organisasi lingkungan sebagai bentuk partisipasi masyarakat terhadap hak atas lingkungan hidup yang baik, ancaman hukuman minimum di samping maksimum, perluasan alat bukti, keterpaduan penegakan hukum pidana, pengaturan tindak pidana korporasi. dan kegiatan korporasi yang dapat dimintakan pertanggungjawaban.

Kemudian pemerintah melalui perwakilannya di PBB mengajak negara-negara anggota PBB lainnya untuk merevisi ketentuan Statuta Roma dengan memberikan ketentuan yang tegas dan rasional tentang apa yang menjadikan suatu keadaan *unwilling* atau *unable* bagi suatu negara khususnya untuk mengadili pelanggaran HAM yang dilakukan oleh korporasi. Sebelum mendirikan pabrik atau perusahaannya di Indonesia maka pihak pemerintah dan pihak korporasi sebaiknya membuat perjanjian yang mencantumkan klausul apabila terjadi wan prestasi atau perbuatan yang melanggar HAM maka sengketa HAM tersebut akan diselesaikan oleh lembaga litigasi atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa Indonesia sehingga menggunakan jasa praktisi hukum dari Indonesia, dapat menyelesaikan seluruh pelanggaran HAM termasuk pelanggaran HAM korporasi di bidang ekonomi, sosial dan budaya, mengutamakan kepentingan nasional, dan menggunakan ongkos dan waktu

yang efisien untuk menyelesaikan pelanggaran HAM yang dilakukan oleh korporasi. Pemerintah dapat menjadikan Panduan OECD untuk Korporasi Multinasional, Sepuluh Prinsip PBB tentang *Global Compact*, dan Panduan Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Bisnis dan HAM dapat dijadikan pedoman bagi Indonesia untuk menyelaraskan semua peraturan perundang-undangan yang terkait dengan pertanggungjawaban korporasi dan pemerintah Indonesia dapat mengatur pemberian sanksi administrasi, pidana, dan perdata terhadap korporasi yang melanggar HAM sehingga dalam melaksanakan seluruh kegiatan atau aktivitas bisnisnya korporasi tersebut senantiasa sangat memperhatikan hak asasi manusia.

Selanjutnya pemerintah segera merevisi seluruh peraturan perundang-undangan yang mengatur pelanggaran HAM khususnya pelanggaran hak atas lingkungan hidup yang sehat dan baik yang dilakukan oleh korporasi beserta

penanganan terhadap pelanggaran HAM tersebut oleh institusi yang berwenang dan terkait, dan juga mengatur sanksi administrasi, pidana dan perdata untuk mempertanggungjawabkan pelanggaran HAM oleh korporasi tersebut. Hal ini sangat penting agar menjadi pedoman bagi seluruh institusi yang berwenang dan terkait untuk menangani pelanggaran HAM khususnya pelanggaran hak atas lingkungan hidup yang sehat dan baik dengan memperhatikan seluruh aspek-aspek hak asasi manusia mulai dari proses penyelidikan, penyidikan, penuntutan, peradilan bahkan pada saat menggunakan *alternative dispute resolution*, dan dalam memberikan ganti kerugian terhadap masyarakat yang menderita akibat kegiatan korporasi dan terhadap pemulihan lingkungan hidup serta dalam upaya pengawasan kegiatan korporasi dan upaya peningkatan hubungan yang baik antara korporasi dengan masyarakat di sekitar korporasi tersebut beraktivitas.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Assiddiqie, Jimly, *Green Constitution: Nuansa Hijau UUD Republik Indonesia Tahun 1945* (Jakarta: Rajawali Press, 2009).
- Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actor* (Oxford: Oxford University Press).
- Cragg, *Business and Human Rights: Principle and Value-Based Analysed*, artikel di dalam buku *Bussiness and Human Rights* (Massachusset: Edward Elgar Publishing Inc, 2012).
- Elsam, *Kerangka Perserikatan Bangsa-Bangsa "Perlindungan, Penghormatan, dan Pemulihan* (Jakarta: Elsam, 2014).
- H Knox, John, *Report of the Independent Expert On The Issue of Human Rights Obligations Relating to The Enjoyment od A Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment* (Geneva: Human Rights Council, 2013).
- Ibrahim, Johny, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif* (Malang: Bayumedia, 2005).
- Komnas HAM, *Laporan Tahunan Komnas HAM 2015* (Jakarta: Komnas HAM, 2016).
- L. Cohen, Morrish and Kent C Olson, *Legal Research In A Nutshell* (St.Paul Minn: West Publishing Co, 1992).
- L Coleman, Jules, *Risks and Wrongs* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992).
- Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), *UNPG's, Desentralisasi dan UMKM: Laporan Penelitian Relevansi Prinsip-Prinsip Panduan PBB Unrtuk Bisnis dan HAM dalam konteks Indonesia* (Jakarta, Elsam, 2016).
- Marzuki, Mahmud Peter, *Penelitian Hukum Edisi Revisi* (Jakarta: Prenada Media Group, 2014).
- OECD dan Elsam, *Panduan OECD Bagi Perusahaan-Perusahaan Multinasional Edisi 2011* (Jakarta: OECD & Elsam, 2015).
- OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprise 2011 Edition* (Sekretaris Jenderal OECD, 2011).
- Parliament of New South Wales, *Legislation Review Committee: Strict and Absolute Liability Discussion Paper* (NSW: Parliament of New South Wales, 2006).

Rinwigati, Patricia, *Menjangkau Tanggung Jawab Pidana Korporasi: Alternatif Penyelesaian Pelanggaran HAM* (Jakarta: Elsam, 2016).

Ritonga, A, *Korporasi Yang Melakukan Tindak Pidana Korporasi Pada Pasal 20 UU No. 31 Tahun 1999 jo. UU No. 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Menurut Perspektif Fiqih Jinayah* (Pekanbaru: UIN Sultan Syarif Kasim Riau, 2015).

T Jackson, Kevin, *The Normative Logic of Global Economic Governance: In Pursuit of Non-Instrumental Justification for The Rule of Law and Human Rights*.

Wagiman, Wahyu, *Upaya Menjangkau Tanggung jawab Korporasi Sebagai Aktor Pengemban HAM: Konstruksi Teoritik Relasi Bisnis dengan HAM di Indonesia dari Perspektif Para Akademisi* (Jakarta: Elsam, 2016).

Wibisono, Makarim, *Perlindungan HAM dan Pelanggaran HAM oleh Korporasi dalam Sistem Hubungan Internasional* di dalam buku *Relasi Bisnis dan HAM Konteks dan Perspektif Hukum di Indonesia* (Jakarta: Elsam, 2017).

B. Artikel Dalam Jurnal

De Brabandere, Eric, "Non State Actors, State Centrism and Human Rights Obligations", *Leiden Journal of International Law*, 22 (2009).

Insa Ansari, Muhamad, *Implikasi Pengaturan Lingkungan Hidup terhadap Peraturan Perundang-undangan Dalam Kegiatan Bisnis (Perspektif Konstitusi)*, *Jurnal Konstitusi (MK) Volume 11 Nomor 2*, 2014.

Irawan Febriansyah, Ferry, *Konsep Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Di Indonesia*, *Perspektif*, Volume XXI No. 3 Tahun 2016 Edisi September.

Komnas HAM, *Komentar Umum atas Kovenan Hak-Hak Sipil dan Ekosob*, Jakarta: Komnas HAM, 2009.

Kristian, *Urgensi Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, *Jurnal Hukum dan Pembangunan Tahun Ke-44 No. 4 Oktober-Desember*, 2013.

Lexis-Nexis, "An Introduction to legal Research".

Palmer, Vernon, "A General Theory of The Inner Structure of Strict Liability: Common Law, Civil Law, and Comparative Law", *Tulane Law Review*, Vol. 62, (1988).

Priyanta, Maret, "Penerapan Tindak Pidana Lingkungan Bagi Korporasi dalam Penegakan Hukum Lingkungan di Indonesia", *Jurnal Law Review Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan (UPH) Vol. XI Nomor (3 Maret 2012)*.

C. Koran/ Majalah

Strict Liability di dalam Kasus Pembakaran Hutan, *Harian Kompas*, (10 Februari 2017).

Adoniati Meyria, "Pertanggungjawaban Pidana Korporasi Dalam Pelanggaran HAM Berat", Majalah Wacana HAM Komnas HAM (Edisi 1 tahun XI 2013).

D. Internet

Legal Information Institute, "Abnormally Dangerous Activity", https://www.law.cornell.edu/wex/abnormally_dangerous_activity (diakses 7 Mei 2017).

OECD Membership, "Organization For Economic Cooperation and Development (OECD)", <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/#d.en.194378> (diakses 6 Mei 2017).

Stephenson, Mathem, "Judicial Independence: What is it , How It Can Be Measured, Why It Occurs", <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/judicialindependence.htm>, (diakses 1 Oktober 2011).

The Alien Tort Statute: "Protecting The Law That Protects Human Rights, Center for Constitutional Rights", <https://ccrjustice.org/home/get-involved/tools-resources/fact-sheets-and-faqs/alien-tort-statute-protecting-law-protects> (diakses 1 Maret 2017).

United Nations Global Compact, Global Compact, http://www.indoneiagen.org/about_us/ungc (diakses 6 Mei 2017).

E. Peraturan Perundang-undangan dan Putusan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

MARI, Putusan Tertanggal 18 Agustus 2016, Nomor 460 K/Pdt/2016.

MARI, Putusan Tertanggal 5 April 2016 Nomor 1554 K/Pid.Sus/2015.

PENYEDIAAN DATABASE HUKUM NASIONAL MENDUKUNG REFORMASI HUKUM JILID II: PERAN JDIHN

Oleh: **Theodrik Simorangkir**^{*)}

Pusat Dokumentasi dan Jaringan Informasi Hukum Nasional
Jalan Mayjen. Sutoyo No. 10 Cililitan Jakarta Timur Indonesia
Email: theodriksimorangkir@gmail.com

ABSTRAK

Pembangunan hukum nasional melalui Agenda Reformasi Hukum Jilid II membutuhkan akses informasi hukum yang efektif. Dalam hal ini, penyediaan Database Hukum Nasional dengan konten informasi hukum terintegrasi menjadi penting, karena dengan tersedianya database ini maka semua bahan baku pembangunan hukum dapat diakses atau disediakan dengan mudah, cepat, tepat, dan komprehensif. Teknologi Informasi dan komunikasi (TIK) yang tersedia saat ini sangat memungkinkan penyediaan database tersebut. Penyediaan database ini merupakan tugas dokumentasi hukum Pusat dan Anggota Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional (JDIHN). Namun dalam kenyataannya Pusat dan Anggota JDIHN masih perlu dikuatkan. Artikel ini mengidentifikasi masalah yang dihadapi oleh Pusat dan Anggota JDIHN dalam penyediaan Database Hukum Nasional. Masalah dijawab menggunakan metode penelitian kepustakaan dengan analisis deskriptif-kualitatif dan pendekatan fungsi-fungsi dokumentasi. Hasil penelitian menunjukkan bahwa masalah yang dihadapi masih sangat mendasar meliputi konsep dan teknis dokumentasi serta bagaimana memanfaatkan TIK. Kemudian merekomendasikan agar semua pokok-pokok pikiran hasil penelitian disosialisasikan kepada semua anggota JDIHN melalui berbagai kegiatan pembinaan dan pengembangan.

Kata kunci: pembangunan hukum, dokumentasi hukum, database hukum, akses informasi hukum, jaringan dokumentasi dan informasi hukum.

ABSTRACT

Development of national law through Law Reform Agenda Volume II requires effective access to law information. In this case, the provision of the National Law Database with integrated legal information content being important, because of the availability of this database then all law development raw materials can be accessed or prepared easily, quickly, precisely, and comprehensively. Information and communication technology (ICT) currently available is very possible to provide the database. The provision of this database is the task of law documentation Center and Member of the National Law Documentation and Information Network (JDIHN). But in reality the center and members JDIHN still needs to be strengthened. This article identifies problems faced by the Center and Member of JDIHN in the provision of the National Law Database. Problems are answered using the method of literature research with qualitative descriptive analysis and documentation functions approach. The results of the study show that the problems faced are still very basic includes concepts and technical documentation as well as how to utilize ICT. Then recommends that all the basic thoughts of the research results be socialized to all JDIHN members through various development and strengthening activities.

^{*)} Ahli Pustakawan Utama. Koordinator Pustakawan di Pusat Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional.

Keywords: law development, law documentation, law database, law information access, documentation and information law network

A. Pendahuluan

Berbicara tentang Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional (JDIHN), tidak mungkin terlepas dari pembangunan hukum nasional, karena tujuan utama dari pembentukan JDIHN adalah untuk mendukung percepatan pembangunan hukum nasional. Ide membentuk JDIHN muncul dalam Seminar Hukum Nasional ke III pada tahun 1974 di Surabaya. Dalam seminar tersebut diketahui bahwa salah satu masalah yang mengakibatkan pembangunan hukum tidak dapat berjalan sebagaimana yang diharapkan adalah lemahnya dukungan dokumentasi hukum. Jelasnya, dokumentasi hukum belum mampu menyediakan bahan baku¹ pembangunan hukum berupa dokumen-dokumen hukum dengan cepat, tepat, dan komprehensif. Faktor penyebab lemahnya dukungan dokumentasi hukum terhadap pembangunan hukum nasional antara lain:

- ”1. Dokumen hukum potensial, tersebar luas di instansi pemerintah di pusat sampai daerah dengan wilayah kepulauan yang sangat luas;
2. Dokumen-dokumen hukum tersebut belum semuanya dikelola dengan baik dalam suatu sistem;
3. Tenaga pengelola yang ada sangat kurang;

4. Perhatian terhadap keberadaan dokumentasi dan perpustakaan hukum masih sangat kurang.”²

Melihat kompleksitas masalah dokumentasi hukum yang sedemikian besar pengaruhnya terhadap pelaksanaan pembangunan hukum, peserta seminar sepakat merekomendasikan kepada pemerintah:

- ”1. Perlu adanya suatu kebijakan nasional untuk menyusun sistem jaringan dokumentasi dan informasi hukum dan agar segera dapat berfungsi.
2. Dalam tahap permulaan, perlu dilakukan dua hal:
 - a. Untuk mempermudah pencarian dan penemuan kembali informasi dan dokumen hukum perlu dilakukan perbaikan cara pengundangan dan penerbitan peraturan perundang-undangan. Serta membuat sarana temu kembali (katalog) dan diterbitkan secara teratur;
 - b. Untuk dapat secepatnya mendayagunakan semua informasi yang ada Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum (JDI-Hukum) perlu disusun dan dikembangkan. Ditentukan Pusat dan Anggota Jaringan serta sediakan sarana yang diperlukan agar mulai berfungsi dalam Pelita II.”³

¹ M. Budiarto (Ses. BPHN). Peranan Dokumentasi dan Informasi Hukum Dalam Rangka Menunjang Para Pejabat Pengambil Keputusan. Makalah disampaikan dalam Pengarahan Pada Latihan Tenaga Teknis Dokumentasi dan Informasi Hukum Tingkat Dasar Departemen Kehakiman, 11 Pebruari 1991 s.d. 12 Maret 1991 di Jakarta.

² Himpunan Hasil Seminar Hukum Nasional I-VII dan Seminar Akbar 50 Tahun Pembinaan Hukum. Jakarta: PNRI, 2003, hlm. 64.

³ Ibid, lihat juga Harjito Notopuro. Tugas dan Peranan Pusat Dokumentasi Hukum Badan Pembinaan Hukum Nasional dalam rangka pengembangan sistem jaringan dokumentasi dan informasi hukum. Jakarta, BPHN, 1980, hlm. 7.

Rekomendasi Seminar Hukum tersebut di atas direspon oleh pemerintah pada era permulaan reformasi dengan mengundang Keputusan Presiden Nomor 91 Tahun 1999 tentang Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional dalam Lembaran Negara No. 135. Kemudian dalam rangka melaksanakan Rencana Aksi Presiden dalam pencegahan dan pemberantasan korupsi⁴ Keputusan Presiden tersebut direvitalisasi dan diganti dengan Peraturan Pemerintah Nomor 33 Tahun 2012 tentang Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional, Lembaran Negara No 82.

Sebagai kebijakan pemerintah, Peraturan Presiden Nomor 33 Tahun 2012 mengatur kerja sama pengelolaan dokumen dan informasi hukum. Berdasarkan kebijakan presiden ini diharapkan semua permasalahan dokumentasi hukum yang ada dapat diselesaikan dengan baik, dan dengan demikian kerja sama pengelolaan dokumen dan informasi hukum mampu menyediakan akses informasi hukum yang efektif mendukung pembangunan hukum nasional dengan agenda Reformasi Hukum Jilid II. Dalam era TIK (teknologi informasi dan komunikasi) media akses informasi hukum yang paling efektif adalah tersedianya Database Hukum Nasional yang kontennya informasi hukum terintegrasi. Penyediaan Database Hukum Nasional ini merupakan tugas pokok dari dokumentasi hukum Pusat dan Anggota JDIHN.

Melalui pengamatan dan pengalaman sebagai pengelola dokumen dan informasi hukum, ternyata sampai saat ini, faktor-faktor yang menyebabkan lemahnya dokumentasi hukum di atas

masih eksis. Berkaitan dengan hal ini, Kepala Pusat JDIHN tahun 2011 mengatakan:

"Jika diamati secara cermat, akar permasalahannya terletak pada lemahnya pemahaman tentang tugas pokok dan fungsi dokumentasi hukum. Hal ini mengakibatkan perhatian terhadap penyediaan sumber daya dokumentasi sering luput dari perhatian. Walaupun mendapat perhatian, hanya secara partial belum sistemik."⁵

Selain itu akibat kurangnya perhatian terhadap dokumentasi, di benak berbagai kalangan, dokumentasi masih dicitrakan sebagai pekerjaan sepele (mudah) yang dapat dilakukan oleh siapa saja, tidak perlu dikerjakan secara profesional. Akibatnya informasi dan dokumen hukum masih sulit dicari (*searching*) dan ditemukan kembali (*retrieval*). Bahkan untuk menentukan berapa jumlah peraturan, berapa jumlah hasil penelitian hukum, masih sulit diberikan jawaban yang pasti.

Dalam kondisi seperti ini disinyalir peraturan perundang-undangan mengandung banyak permasalahan-permasalahan regulasi, antara lain: 1) Terlalu banyak regulasi (*hyper-regulation*); 2) Saling bertentangan; 3) Tumpang tindih (*Overlapping*); 4) Multitafsir; 5) Tidak taat asas (*inconsistency*); 6) Tidak efektif; 7) Menciptakan beban yang tidak perlu; dan 8) Menciptakan Ekonomi Biaya Tinggi (*Hight Cost Economy*).⁶

⁴ Indonesia. Instruksi Presiden Nomor 9 Tahun 2011 tentang Rencana Aksi Pencegahan dan Pemberantasan Korupsi Tahun 2011. Lampiran point 72.

⁵ Wicipto Setiadi. kebijakan badan pembinaan hukum nasional dalam pembinaan dan pengembangan Jaringan Dokumentasi Dan Informasi Hukum Nasional. Makalah disampaikan dalam Pertemuan Berkala Ke XX Anggota JDI-Hukum Nasional Wilayah Barat tanggal 24 s.d. 26 Mei 2011 di Palembang, hlm. 6.

⁶ *Keynote Speech* Menteri Hukum dan HAM RI disampaikan dalam Rapat Koordinasi Penataan

Mengatasi berbagai permasalahan regulasi di atas, Presiden Jokowi mengatakan penataan regulasi harus menjadi prioritas reformasi hukum.⁷ Reformasi Hukum Jilid II mencanangkan Agenda Penataan Regulasi mencakup 3 (tiga) hal, yaitu: 1) Penguatan pembentukan peraturan perundang-undangan; 2) Evaluasi seluruh peraturan perundang-undangan; 3) Pembuatan database peraturan perundang-undangan.⁸

Agenda penataan regulasi ini merupakan tugas besar dan tanggung jawab dari semua Kementerian, Lembaga Non Kementerian dan Pemerintah Daerah. Untuk mempercepat penyelesaiannya, semua pihak terkait harus terlibat dan bekerja dengan serius. Menurut Menteri Hukum dan HAM, para pihak terkait harus mengupayakan agar penataan regulasi didukung dengan dokumen hukum yang lengkap.⁹ Selanjutnya menjelaskan bahwa dokumen hukum yang dimaksud tidak hanya peraturan perundang-undangan termasuk juga putusan pengadilan, yurisprudensi, monografi hukum, artikel hukum, hasil penelitian, naskah akademik, dan rancangan peraturan perundang-undangan beserta *memory van toelichting*-nya.¹⁰

Pernyataan-pernyataan di sekitar masalah regulasi di atas patut diduga ada kaitannya dengan kinerja dokumentasi hukum yang belum mampu menyediakan data dukung (dokumen hukum) pembangunan hukum yang lengkap untuk pembentukan peraturan perundang-undangan. Akibatnya muncul regulasi yang tumpang tindih, peraturan

yang multitafsir, tidak taat asas dan tidak efektif. Memang tidak dapat dipungkiri bahwa pencarian (*searching*) informasi dan temu kembali (*retrieval*) dokumen hukum masih sulit dilakukan sampai saat ini karena akses informasi hukum belum tersedia dengan baik.

Lembaga yang bertanggung jawab menyediakan akses informasi hukum di instansi pemerintah maupun instansi lain adalah dokumentasi hukum. Pada umumnya di instansi pemerintah, dokumentasi hukum berada Biro Hukum dan Bagian Hukum. Dalam Peraturan Presiden Nomor 33 Tahun 2013 tentang Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional (Perpres 33/2013 tentang JDIHN) instansi tersebut telah ditetapkan sebagai Anggota JDIHN.¹¹ Dokumentasi hukum Anggota JDIHN inilah yang bertugas menyediakan dokumen hukum (data dukung) untuk semua aktivitas reformasi pembangunan hukum, khususnya reformasi hukum Jilid II.

Dalam era TIK (Teknologi Informasi dan Komunikasi) dewasa ini tata kelola dokumen hukum berbasis database website sudah menjadi suatu keharusan. Pemanfaatan TIK dalam tata kelola dokumentasi, di samping mampu

Regulasi diselenggarakan oleh BPHN. Jakarta, 7 Februari 2018, hlm. 2.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid., hlm. 3.

⁹ Ibid., hlm. 4 dan 5.

¹⁰ Ibid., hlm. 6.

¹¹ Indonesia. Peraturan Presiden Nomor 33 Tahun 2012 Pasal 4 (3): Anggota JDIHN ... terdiri atas:

- a. Biro Hukum dan/atau unit kerja yang tugas dan fungsinya menyelenggarakan kegiatan yang berkaitan dengan dokumen hukum pada:
 1. Kementerian Negara;
 2. Sekretariat Lembaga Negara;
 3. Lembaga Pemerintah Non Kementerian;
 4. Pemerintah Provinsi;
 5. Pemerintah Kabupaten/Kota; dan
 6. Sekretariat Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Tingkat Provinsi dan Kabupaten/Kota;
- b. Perpustakaan pada perguruan tinggi negeri dan perguruan tinggi swasta;
- c. Lembaga Lain yang bergerak di bidang pengembangan dokumentasi dan informasi hukum yang ditetapkan oleh Menteri.

meningkatkan kinerja, juga mampu membentuk database hukum nasional dengan *content* informasi hukum terintegrasi. Bermuara pada tersedianya akses informasi hukum terintegrasi yang memudahkan pencarian informasi dan dokumen hukum dengan cepat, tepat dan komprehensif.

Dengan tersedianya akses informasi hukum terintegrasi dalam satu database hukum nasional, maka penataan regulasi dapat dilakukan dengan cepat dan berkualitas, karena pencarian (*searching*) informasi dan temu kembali (*retrieval*) dokumen hukum dapat dilakukan dengan secepat-cepatnya, setepat-tepatnya dan selengkap-lengkapnyanya (*comprehensive*).

Dalam rangka menyamakan persepsi dan sekaligus memahami peran JDIHN dalam penyediaan database hukum nasional untuk mendukung pembangunan hukum nasional termasuk Reformasi Hukum Jilid II, makalah ini menjelaskan beberapa hal penting yang perlu mendapat perhatian serius, antara lain:

1. Apa hubungan dokumentasi hukum dengan pembangunan hukum?
2. Apa dokumentasi hukum, tupoksi dan sumber dayanya?
3. Mengapa JDIHN dibentuk?
4. Apa objek kerja sama JDIHN?
5. Bagaimana bentuk dan prinsip kerja sama JDIHN?
6. Apa yang dimaksud dengan informasi hukum terintegrasi?
7. Bagaimana cara memanfaatkan TIK dalam pembentukan database hukum nasional?

B. Metode Penelitian

Pendekatan yang digunakan untuk mengkaji dan menganalisis permasalahan dalam tulisan ini menggunakan pendekatan fungsi dokumentasi hukum dalam konteks pembangunan hukum nasional. Pendekatan ini digunakan

karena dokumentasi hukum merupakan salah satu unsur pembangunan hukum nasional yang sangat strategis namun sering terlupakan. Dokumentasi hukum sebagai suatu unsur pembangunan hukum ditugasi menyediakan bahan baku atau data dukung dengan cepat, tepat, dan lengkap. Sebagai suatu kegiatan dokumentasi hukum bertujuan menyedia-kan akses informasi hukum yang efektif. Oleh karena itu metode penelitian yang digunakan merupakan penelitian literatur dengan meneliti bahan primer, sekunder maupun bahan tertier. Argumentasi dan hasil analisis dilakukan secara kualitatif berdasarkan fungsi-fungsi dan teknik dokumentasi hukum dan kesimpulan ditarik dari argumentasi dan hasil hasil analisis.

C. Pembahasan

1. Dokumentasi Hukum dan Pembangunan Hukum

Dalam sistem pembangunan hukum nasional, dokumentasi hukum merupakan salah satu sub-sistem yang penting dan tidak terpisahkan dalam kegiatan pembinaan hukum nasional.¹² Sebagai sub sistem pembangunan hukum, dokumentasi hukum¹³ ditugasi untuk menyediakan bahan baku atau data dukung berupa dokumen hukum untuk mendukung semua aktivitas pembangunan hukum. Dalam istilah dokumentasi hukum itu terkandung dua pengertian: 1) dokumentasi hukum dalam pengertian kegiatan yaitu

¹² Enny Nurbaningsih, Penataan Regulasi Melalui Analisis dan Evaluasi Hukum dan Peran Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional. Disampaikan pada Rapat Koordinasi Penataan Regulasi Diselenggarakan oleh BPHN, Jakarta, 7 Februari 2018, hlm. 18.

¹³ Dalam istilah dokumentasi hukum tercapuk 2 (dua) pengertian, yaitu dokumentasi hukum sebagai lembaga atau unit kerja dan dokumentasi hukum sebagai kegiatan yang dilakukan oleh dokumentasi hukum sebagai lembaga.

pengumpulan, pemilihan, pengolahan dan penyimpanan informasi dalam bidang pengetahuan¹⁴ hukum. Secara teknis di lapangan sering disebut pengelolaan dokumen hukum dalam upaya menyediakan akses informasi hukum; 2) dokumentasi hukum dalam pengertian lembaga yang melakukan pengelolaan dokumen hukum. Di instansi pemerintah nomenklatur unit pengelola ini disebut dokumentasi hukum.

Agar dokumentasi hukum mampu melakukan tugasnya menyediakan bahan baku pembangunan dengan cepat, tepat, dan lengkap maka lembaga dokumentasi hukum harus mampu terlebih dahulu menyediakan akses informasi hukum yang efektif. Akses informasi hukum termaksud disediakan melalui pelaksanaan fungsi- fungsi dokumentasi hukum. Apabila dokumentasi hukum tidak mampu menyediakan akses informasi hukum, maka penyediaan dokumen hukum pun akan sulit dilakukan yang berakibat pada terganggunya semua aktivitas pem-bangunan hukum mulai dari perencanaan hukum, penelitian hukum, analisis dan evaluasi hukum, penyusunan naskah akademis, perancangan peraturan dan pembuatan kebijakan oleh para pimpinan.

Dalam era TIK dewasa ini pembangunan hukum nasional khususnya reformasi hukum jilid II, dokumentasi hukum seyogianya memiliki database hukum sebagai media canggih untuk menempatkan konten informasi hukum terintegrasi yang dapat diakses dengan cepat, tepat, dan lengkap melalui internet. Sebagai sub-sistem pembangunan hukum nasional dokumentasi hukum yang ditugasi menyediakan bahan baku harus mampu menyediakan informasi dan dokumen

hukum dengan secepat-cepatnya, setepat-tepatnya dan selengkap-lengkapnya mendukung aktivitas pembangunan hukum. Database yang dibutuhkan untuk mendukung pembangunan hukum dalam rangka penataan regulasi saat ini adalah Database Hukum Nasional yang berisi informasi hukum terintegrasi.

Uraian di atas menunjukkan betapa strategis dan eratnya hubungan antara dokumentasi hukum dengan pembangunan hukum atau reformasi hukum. Dokumentasi hukum merupakan lembaga penyedia bahan baku pembangunan hukum yang saat ini difokuskan pada penataan regulasi. Untuk memperkuat dukungan dokumentasi hukum terhadap pembangunan hukum tersedianya Data Base Hukum Nasional menjadi sangat penting. Berkenaan dengan hal ini pemanfaatan TIK harus menghasilkan Database berbasis Website dengan informasi hukum terintegrasi. Dengan demikian, selain mampu mempercepat akselerasi pengelolaan dokumen hukum juga mampu mepercepat *searching* informasi dan *retrieval* dokumen hukum mendukung pembangunan hukum dan pemenuhan hak asasi publik atas informasi hukum.

2. Dokumentasi Hukum, Tupoksi dan Sumber Daya

Dilihat dari cara kerja dan tujuannya, sebenarnya dokumentasi hukum sama dengan perpustakaan khusus, yang secara spesifik mengelola dokumen hukum dengan tujuan khusus yaitu mendukung aktivitas pembangunan hukum. Dalam uraian di atas telah dijelaskan bahwa dalam suatu negara hukum sebenarnya posisi lembaga dokumentasi hukum itu sangat strategis, karena dokumentasi hukum inilah yang bekerja menyediakan akses informasi

¹⁴ Kamus Besar Bahasa Indonesia, Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa, Jakarta: Balai Pustaka, 2002, hlm. 272.

hukum. Di samping penyedia bahan baku bagi semua aktivitas pembangunan hukum, tersedianya akses informasi hukum merupakan salah satu *condition sine quanon* (syarat yang harus dipenuhi) untuk mewujudkan supremasi hukum.¹⁵

Akses informasi hukum disediakan melalui pelaksanaan tugas dan fungsi dokumentasi hukum, yang sudah diformat sedemikian rupa dan berlaku secara universal.¹⁶ Tugasnya adalah menyedia-kan informasi dan dokumen hukum sebagai bahan baku pembangunan. Dalam pelaksanaan tugasnya dokumentasi hukum menyelenggarakan fungsi, antara lain: (1) *Pengumpulan dokumen hukum*. Fungsi ini dilakukan karena secara alamiah dokumen hukum itu selalu tersebar di berbagai tempat. Untuk keperluan pengolahan harus dikumpulkan terlebih dahulu. (2) *Pengolahan Dokumen Hukum*. Pengolahan dokumen dilakukan dalam rangka penyediaan akses informasi hukum dalam suatu sistem temu kembali informasi dan dokumen hukum (*retrieval information and document law system*). Penyediaan akses informasi dilakukan dengan cara mengidentifikasi konten informasi penting dari setiap dokumen dan menuangkannya di atas katalog. Katalog inilah yang berfungsi sebagai alat telusur informasi. (3) *Pelayanan Informasi Hukum*. Dengan tersedianya “sistem temu kembali informasi dan dokumen hukum” pelayanan informasi dapat dilakukan dengan mudah, cepat dan tepat. (4) *Kerja sama (berjaringan)*. Kerja sama antar dokumentasi hukum dilakukan untuk meningkatkan mutu

pelayanan dengan pendayagunaan bersama informasi dan dokumen hukum (*sharing information*). Kerja sama dokumentasi hukum disebut JDHN (Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional).

Dalam pelaksanaan tugas pokok dan fungsi dokumentasi hukum yang sering dilupakan adalah penyediaan sumber daya dokumentasi hukum secara memadai. Sumber daya dokumentasi hukum itu terdiri dari: 1) Sumber daya Organisasi; 2) Sumber Daya Manusia; 3) Sumber Daya Koleksi; 4) Sumber Daya Teknis dan Sarana/Prasarana; dan 5) Sumber Daya Dana.¹⁷

Yang dimaksud dengan organisasi adalah unit kerja atau lembaga dokumentasi hukum. Sebagai sumber daya yang punya daya ungkit, tingkat eselon harus sesuai dengan beban kerja yang ada. Struktur organisasi disusun berdasarkan fungsi dokumentasi dan membagi habis pekerjaan dalam *job descriptions*, dilengkapi dengan SOP (standar operasi prosedur) untuk setiap kegiatan. Dalam kenyataan di lapangan organisasi dokumentasi hukum ini belum dikembangkan sebagai mana mestinya.

Yang dimaksud dengan Sumber Daya Manusia adalah pimpinan dan staf. Mantapnya organisasi, tidak akan banyak faedahnya tanpa dukungan sumber daya manusia yang memadai dari segi jumlah dan kualitas. Pimpinan seyogianya di samping kompeten di bidang hukum juga harus mengetahui konsep dasar pengelolaan dokumentasi hukum dan bagaimana memanfaatkan TIK. Dalam era informasi, fungsional pustakawan dan staf yang terampil melakukan teknis

¹⁵ C.G.F. Sunaryati Hartono, Memberdayakan Pusat Dokumentasi Hukum BPHN sebagai pusat informasi hukum nasional. *Majalah Hukum Nasional* No. 2 Tahun 2001, Jakarta: BPHN, 2001. hlm. 13-14.

¹⁶ Sutarno NS. *Manajemen Perpustakaan: suatu pendekatan praktik*. Samitra Media Utama: Jakarta, 2004, hlm. 11.

¹⁷ Zulfikar Zen. *Peran perpustakaan dalam pembinaan sistem JDI Hukum*. Jakarta: Departemen Ilmu Perpustakaan Universitas Indonesia, 2006, hlm. 2. Disampaikan dalam Pertemuan Nasional JDI Hukum, Padang, 24-27 Juli 2006.

dokumentasi dan mengoperasikan komputer sudah menjadi keharusan. Dalam kenyataannya pimpinan dokumentasi hukum sangat jarang yang memiliki kompetensi dokumentasi hukum demikian juga para staf.

Koleksi merupakan sumber informasi, sedapat mungkin harus selalu lengkap. Semua dokumen hukum hasil kegiatan instansi induk, harus dikumpulkan termasuk dokumen kelabu. Kemudian di tambah dengan dokumen hukum dari luar instansi. Pengadaan sumber informasi hukum ini sering terganggu oleh penyediaan dana yang tidak memadai.

Sumber daya teknis berupa modul-modul atau pedoman-pedoman teknis pengelolaan dokumen hukum harus tersedia dengan lengkap. Standardisasi atau pembakuan pedoman teknis memberi bebarapa keuntungan, antara lain:¹⁸

1. Memberikan keseragaman dan konsistensi dalam pengolahan dokumen hukum (keterpaduan sistem);
2. Memberikan kejelasan tugas bagi unsur-unsur yang terlibat;
3. Mengurangi kesalahan dalam pelaksanaan kegiatan;
4. Menciptakan efisiensi waktu dan biaya.

Sumber Daya Sarana/prasarana adalah segala peralatan dan perlengkapan yang dibutuhkan untuk mendukung pelaksanaan tupoksi dokumentasi hukum. Antara lain: ruangan kerja, ruangan pelayanan dan meja/kursi baca, ruangan dan rak untuk menyimpan koleksi. Fasilitas TIK untuk

mempercepat akselerasi kegiatan dokumentasi hukum berbasis database website harus disediakan secara memadai. Penyediaan sumber daya teknis khususnya dalam era TIK sering terganggu karena pembuatan aplikasi tidak berdasarkan *core* bisnis dokumentasi hukum.

Sumber daya dana adalah alokasi uang siap pakai yang diperlukan untuk pemeliharaan dan perawatan sistem temu kembali informasi. Misalnya, perbaikan server dan pengadaan sumber informasi tidak mungkin menunggu terlalu lama.

Dalam kenyataannya, tata kelola dokumen hukum masih dipahami banyak pihak sebagai urusan catat mencatat dan menata dokumen, tidak membutuhkan profesionalitas sehingga tupoksi dokumentasi hukum dan penyediaan sumber dayanya sering terlupakan. Pembinaan dan pengembangan tupoksi dan sumber daya dokumentasi ini merupakan tugas dari Pusat JDIHN yang belum dapat diselenggarakan dengan baik.

3. Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional

Pada hakikatnya JDIHN adalah kerja sama antar unit dokumentasi hukum dalam pengelolaan dokumen hukum agar semua dokumen hukum yang ada dapat didayagunakan bersama. Kemudian secara yuridis dirumuskan dengan "wadah pendayagunaan bersama atas dokumen hukum secara tertib, terpadu, dan berkesinambungan, serta merupakan sarana pemberian pelayanan informasi hukum secara lengkap, akurat, mudah, dan cepat."¹⁹

¹⁸ Lihat Burhanuddin DR, Arti penting pedoman dalam pengelolaan arsip. Makalah disampaikan pada Apresiasi dalam rangka Penyusunan Pedoman Tata Kearsipan Pemerintah Kabupaten Gunung Kidul tanggal 29 Desember 2009 di Wonosari, hlm. 3

¹⁹ Indonesia. Peraturan Presiden Nomor 33 Tahun 2012 tentang Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional (LN Tahun 2012 No. 82) Pasal 1 angka 1.

Istilah “jaringan” dalam frase “JDIHN” tidak sama dengan jaringan internet, seperti yang dipahami oleh beberapa orang. JDIHN adalah wadah kerja sama pengelolaan dokumen hukum yang sifatnya nasional. Sementara internet adalah jaringan antar komputer (*internetworking of computer networks*) dan hanya merupakan jalan tol (*superhighway*) menuju *Website* lintas dunia.

Pasal 3 Perpres No. 33/2012 tentang JDIHN menetapkan bahwa tujuan pembentukannya adalah untuk:

- a. menjamin terciptanya Pengelolaan Dokumentasi dan Informasi Hukum yang terpadu dan terintegrasi di berbagai instansi pemerintah dan institusi lainnya;
- b. menjamin ketersediaan dokumentasi dan informasi hukum yang lengkap dan akurat, serta dapat diakses secara cepat dan mudah;
- c. mengembangkan kerja sama yang efektif antara Pusat jaringan dan Anggota jaringan serta antar sesama Anggota jaringan dalam rangka penyediaan dokumentasi dan informasi hukum; dan
- d. meningkatkan kualitas pembangunan hukum nasional dan pelayanan kepada publik sebagai salah satu wujud ketata-pemerintahan yang baik, transparan, efektif, efisien, dan bertanggung jawab.

4. Objek Kerja Sama.JDIHN

Sebagai wadah kerja sama pendayagunaan dokumen dan informasi hukum, objek yang ditata kelola adalah dokumen dan informasi hukum. Menurut Peraturan Presiden Nomor 33 Tahun 2012 dokumen hukum yang dimaksud meliputi:

“produk hukum berupa peraturan perundang-undangan atau produk selain peraturan perundang-

undangan yang meliputi namun tidak terbatas putusan pengadilan, yurisprudensi, monografi hukum, artikel majalah hukum, buku hukum, penelitian hukum, pengkajian ukum, naskah akademik, dan rancangan peraturan perundang-undangan”.²⁰

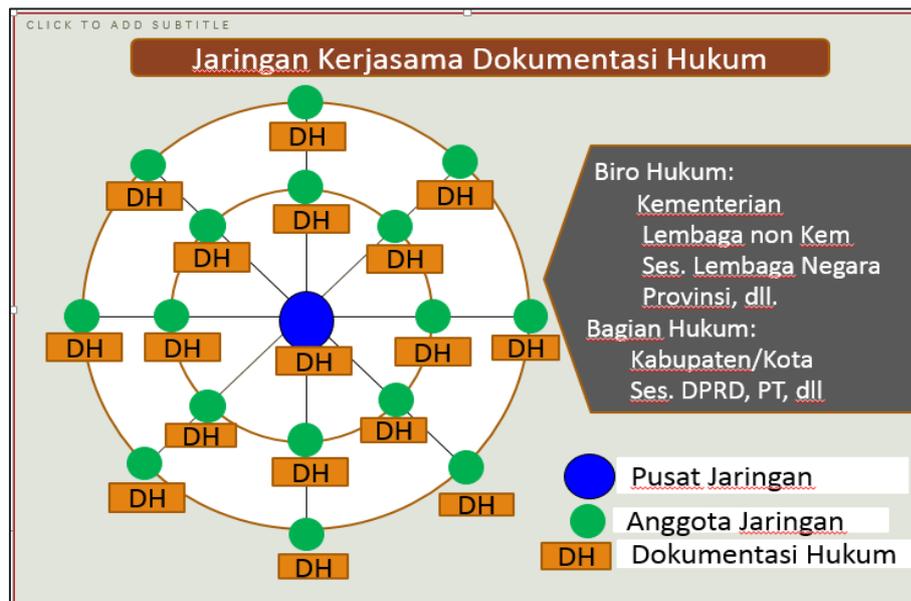
Sementara informasi hukum yang dimaksud adalah informasi penting yang terkandung dalam setiap jenis dokumen hukum tersebut di atas. Informasi hukum penting inilah yang dikeluarkan dari setiap dokumen hukumnya pada saat dilakukan pengolahan dokumen hukum.

5. Bentuk dan Prinsip Kerja Sama

Bentuk kerja sama JDIHN berupa jaring laba-laba yang terdiri dari Pusat dan Anggota. BPHN (Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan HAM) ditetapkan sebagai Pusat Jaringan dengan Anggota Jaringan²¹ yang terdiri dari: Biro hukum dan/atau unit kerja yang tugas dan fungsinya menyelenggarakan kegiatan yang berkaitan dengan dokumen hukum. Semua Anggota Jaringan seyogianya mempunyai unit kerja dokumentasi hukum untuk melaksanakan kerja sama pengelolaan dokumen dan informasi hukum. Secara teknis dokumentasi hukum inilah yang melaksanakan kerja sama JDIHN.

²⁰ Ibid., Pasal 1 angka 3.

²¹ Ibid.



Bentuk Kerja Sama JDIHN

Dalam upaya meningkatkan efisiensi dan efektivitas, kerja sama JDIHN dilaksanakan dengan 3 (tiga) prinsip:

a. Patungan Kerja

Dokumen hukum yang tersebar luas di instansi pemerintah dalam wilayah nusantara adalah milik bangsa Indonesia. Untuk meningkatkan efisiensi dan efektivitas kerja dalam pengelolaan dokumen hukum tersebut. Pengelolaan dokumen dilakukan dengan prinsip "patungan kerja". Yang dimaksud dengan "Patungan Kerja" adalah masing-masing Anggota JDIHN wajib mengumpulkan dan mengelola dokumen hukum yang diproduksi atau dikeluarkan di wilayah kewenangan masing-masing. Misalnya: Biro Hukum Kementerian mengumpulkan dan mengolah dokumen hukum yang dihasilkan/diproduksi di wilayah kementeriannya. Biro Hukum Provinsi mengumpulkan dokumen hukum yang dihasilkan/diproduksi di

wilayah Provinsinya. Bagian Hukum Kabupaten/Kota mengumpulkan dokumen hukum yang dihasilkan/diproduksi di wilayah kewenangannya. Hal yang sama juga berlaku untuk anggota JDIHN yang lain.

Dengan menerapkan prinsip patungan kerja tidak ada lagi duplikasi pekerjaan yang memboroskan uang, waktu dan tenaga yang terjadi selama ini. Duplikasi kerja yang mengakibatkan terjadinya pemborosan terlihat jelas dalam Website Anggota JDIHN dimana hampir semuanya mengelola Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden dan yang lainnya.

b. *Sharing Information*

Dalam upaya meningkatkan pelayanan dan pendayagunaan dari dokumen hukum yang ada prinsip "sharing information" perlu dilakukan. Yang dimaksud dengan *sharing information* adalah saling berbagi informasi dalam pelayanan informasi hukum. Dalam rangka meningkatkan pendayagunaan dokumen dan

informasi hukum semua Anggota JDIHN wajib melakukan "sharing information" atau saling berbagi dokumen dan informasi hukum.

c. Taat Secara Teknis

Untuk menjamin keseragaman format metadata informasi pengelolaan dokumen menerapkan, prinsip Taat Secara Teknis. Yang dimaksud dengan Taat Secara Teknis adalah pengelolaan dokumen dan informasi hukum wajib menggunakan pedoman/standar teknis pengolahan dokumen dan informasi hukum yang sudah disepakati. Prinsip Taat Secara Teknis merupakan "*conditio sine quanon*" untuk menciptakan akses informasi hukum yang efektif dan prasyarat untuk penyediaan akses informasi hukum terintegrasi.

Pedoman teknis pengolahan dokumen dan informasi hukum yang digunakan dalam kerja sama JDIHN terdapat di dalam lampiran Peraturan Menteri Hukum dan HAM Nomor 2 Tahun 2013 tentang Standardisasi Pengelolaan Teknis Dokumentasi dan Informasi Hukum.

6. Informasi Hukum Terintegrasi

Dalam dunia dokumentasi, pengintegrasian informasi bukan merupakan hal baru. Pengintegrasian informasi sudah dilakukan sejak dokumentasi mengenal kerja sama berjaringan. Pada awalnya informasi hukum terintegrasi dikemas secara hastawi dalam Katalog Induk (*Union Catalog*). Kemudian di era TIK (Teknologi Informasi dan Komunikasi) informasi hukum terintegrasi dapat dikemas dalam Database Hukum Nasional yang bisa di akses melalui internet.

Dalam katalog induk (*Union Catalog*) yang dapat diintegrasikan hanya sebatas

informasi katalog²² yang dikumpulkan dari Anggota Jaringan. Penyusunannya sangat rumit dan membutuhkan waktu yang lama. Pemanfaatannya masih terbatas di perpustakaan, artinya pencari informasi yang mau menggunakannya pun harus berkunjung ke unit Dokumentasi Hukum.

Sementara informasi hukum terintegrasi berbasis Database Website, semua metadata (informasi hukum) dapat diintegrasikan dalam satu database. Selain itu, setiap metadata juga dapat diintegrasikan dengan dokumen hukum yang terkait. Misalnya, mengintegrasikan metadata dengan *fullteksnya*, risalahnya, abstraknya dan dokumen lain dengan memanfaatkan fasilitas *hypertexs-link*. Konsep Informasi Hukum Terintegrasi berbasis Database Website mengandung tiga pengertian, yaitu:

1. Informasi katalog (metadata) dari semua dokumen hukum²³ terintegrasi dalam satu database. Sehingga pencarian informasi cukup dilakukan pada satu database (*one stop searching*). Misalnya untuk mencari informasi tentang "hukum pajak", cukup dengan mengetikkannya dalam *query* maka semua informasi mengenai "hukum pajak" dari semua dokumen hukum (peraturan buku, artikel, dll.) dapat ditemukan sekaligus;
2. Semua informasi katalog (metadata) terintegrasi dengan abstrak, anotasi, *fullteks*, gambar atau audiovisual dalam bentuk doc., pdf, html, dan jpg dengan menggunakan fasilitas *hypertexs-link* dan dapat di *download*.

²² Yang dimaksud dengan informasi katalog adalah informasi penting yang diidentifikasi (diambil) dari dokumennya, yang dalam era TIK disebut metadata.

²³ Indonesia. Peraturan Presiden Nomor 33 Tahun 2012 Pasal 1 angka 2:

Misalnya, metadata peraturan diintergrasikan (link) dengan: abstraknya; *fullteksnya*; risalahnya; peraturan yang mengubahnya, dan/atau peraturan yang mencabutnya.

3. Semua informasi katalog (metadata) yang ada dalam *Database Website* Anggota JDIHN mudah dipertukarkan (*sharing*) dengan menggunakan protokol komunikasi OAI-PMH (*Open Access Information – Protokol Metadata Harvester*).²⁴ Dengan demikian semua informasi hukum yang ada terintegrasi dalam Website Anggota JDIHN dapat diakses atau ditelusur melalui Portal JDIHN. Artinya semua metadata dan dokumen hukum terkait yang ada dalam database Anggota JDIHN dapat di download dan dijadikan Database Hukum Nasional.

7. Pemanfaatan TIK Membentuk Database Hukum Nasional

Untuk mewujudkan informasi hukum terintegrasi, pemanfaatan TIK merupakan suatu keharusan. Untuk memahami pemanfaatannya bagi kerja sama JDIHN perlu diketahui bahwa menurut Putu Laaxman Pendit:

“TIK merupakan kolaborasi dari 3C (*Computer, Communication, Content*). Dalam hal ini internet hanya terfokus pada jaringan fisik yaitu *Computer* (komputer) dan *Communication* (telekomunikasi), sementara *Content* (informasi) diletakkan dalam jaringan fisik tersebut agar bisa diakses melalui internet”.²⁵

Sementara untuk *Content* istilah yang digunakan adalah *WWW* atau *Website*, yakni berupa sebuah sistem komputer yang berindak sebagai server bagi sistem informasi dan dilengkapi dengan sistem database pengelolaan data.²⁶ Database pengelola data inilah yang disebut Database Website dengan *Content* informasi. Dalam kerja sama JDIHN database inilah yang disebut Database Hukum Nasional dengan konten informasi hukum terintegrasi.

Apabila seseorang berselancar melalui internet, pasti akan menemukan banyak instansi telah siap dengan internet untuk menyebarkan informasi, tetapi penyediaan *Content* belum ditangani dengan baik. Akibatnya, tersedianya internet tidak begitu banyak faedahnya. Penyediaan *Content* ini harus dilakukan secara profesional, agar informasi dalam beragam bentuk dan isi menjadi suatu informasi yang dapat digunakan oleh pencari informasi secara mudah, tepat, cepat.²⁷

Dalam tata kelola dokumentasi hukum konten (isi) database seharusnya informasi hukum terintegrasi agar efektif digunakan dalam pencarian informasi (*searching information*) dan temu kembali dokumen (*retrieval documentation*). Dalam kerja sama JDIHN, penyediaan *Content* (informasi hukum terintegrasi) inilah yang menjadi tanggung jawab utama dari Pusat dan Anggota JDIHN.

Namun perlu diperhatikan bahwa dalam pengelolaan dokumen dan informasi hukum, TIK hanya suatu alat. Alat canggih yang mampu mempercepat

²⁴ Ari Nugraha. Interoperabilitas Metadata Dalam membangun kerja sama JDIHN baik di Pusat maupun di Daerah. Paper Disiapkan Anggota Tim Pembina dan Pengembangan JDIHN Untuk Badan Pembinaan Hukum Nasional Tahun 2016 hlm. 6

²⁵ Putu Laxman Pendit, Teknologi informasi untuk Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum: aspek organisasi dan SDM. Makalah lepas, hlm. 1.

²⁶ Andrari Grahitandaru. Teknologi informasi dan komunikasi untuk meningkatkan kreativitas dan Kesadaran Hukum. Makalah lepas. 2009, hlm. 4.

²⁷ B. Mustofa. Intenet dan layanan informasi hukum. Makalah disampaikan dalam Pelatihan staf Perpustakaan dan Dokumentasi BPHN, tanggal 6-7 Oktober 1998, hlm. 1.

segala macam proses. Termasuk mempercepat proses pengelolaan dokumen hukum dan mempercepat penyebaran informasi hukum melalui internet. Sebagai alat canggih, pemanfaatan TIK harus disesuaikan dengan kebutuhan penggunaannya. Jika penggunaannya pengelola dokumen dan informasi hukum, maka TIK dimanfaatkan untuk membentuk Database Hukum Nasional yang diperlukan oleh pengelola dokumen untuk mempercepat akselerasi pengolahan dan penyebaran informasi hukum. Artinya pengelolaan dokumen membutuhkan satu media canggih berupa Database Hukum Nasional yang dirancang secara khusus untuk mempercepat proses bisnis dokumentasi hukum dan sekaligus mengintegrasikan semua informasi hukum.

Perlu juga diketahui bahwa pembangunan hukum nasional tidak hanya membutuhkan dokumen hukum berupa peraturan-perundang-undangan saja. Pembangunan hukum membutuhkan semua jenis dokumen hukum sebagai bahan baku. Oleh karena itu Database Hukum Nasional tidak hanya berisi informasi peraturan perundang-undangan tetapi juga berisi informasi hukum non peraturan perundang-undangan. Agenda pembentukan database peraturan perundang-undangan sebaiknya dimaknai pembentukan Database Hukum Nasional. Karena dalam persepsi banyak orang di luar kalangan hukum, hukum adalah sama dengan peraturan perundang-undangan atau sebaliknya peraturan perundang-undangan adalah hukum.

Perkembangan TIK sudah sedemikian jauh, telah mampu menyediakan database yang mampu mengklaster

(*mapping*) tipe dan sub-tipe dari semua jenis dokumen dan sekaligus menunjukkan berapa jumlahnya. Sehingga jika ada yang bertanya mana database peraturan perundang-undangan atau mana database hasil penelitian atau mana database artikel hukum dan dokumen hukum yang lain bisa langsung menunjuk ke *mapping* database. Bahkan TIK sudah menyediakan fasilitas untuk mengambil semua metadata dan dokumen hukum yang ada dalam database, dan disatukan menjadi Database Hukum Nasional.

Untuk mendorong sekaligus memudahkan Anggota JDIHN melakukan tugasnya menyediakan akses informasi hukum terintegrasi, Pusat JDIHN sudah mengembangkan Aplikasi Pengelolaan Dokumen dan Informasi Hukum yang disebut Aplikasi Website JDIHN dan di launching di Jakarta, tanggal 29 Agustus 2016. Uji coba telah dilakukan di Kantor Wilayah Kementerian Hukum dan HAM. Hasilnya kinerja pengelolaan dokumen hukum menunjukkan kenaikan dan pengintegrasian informasi hukum berhasil dengan baik.

Anggota JDIHN yang belum mempunyai database untuk pengelolaan dokumen hukum, dapat mengunduh (*download*) Aplikasi Website JDIHN dari Website BPHN dan menggunakannya. Apabila ada kendala dalam penggunaannya dapat menghubungi Pusat JDIHN untuk mendapat bimbingan langsung melalui telepon dan alat komunikasi lainnya. Bagi Anggota JDIHN yang sudah punya database untuk pengolahan dokumen hukum dianjurkan untuk menyesuaikan dengan Aplikasi Website JDIHN. Penyesuaian cukup dilakukan dengan memenuhi standar metadata minimal di bawah ini:

UNSUR SEMANTIK	DOKUMEN HUKUM
Type/Sub type Dokumen	Peraturan, Monografi hukum, Artikel hukum

UNSUR SEMANTIK	DOKUMEN HUKUM
Judul	Peraturan, Monografi hukum, Artikel hukum
Pencipta (Creator)	Peraturan, Monografi hukum, Artikel hukum
Subjek	Peraturan, Monografi hukum, Artikel hukum
Bentuk Peraturan	Peraturan
Singkatan Bentuk	Peraturan
Nomor Peraturan	Peraturan
Status	Peraturan
Tahun	Peraturan, Monografi hukum, Artikel hukum
Lampiran berkas	Fulteks, Abstrak, Gambar, dll
Bahasa	Peraturan, Monografi hukum, Artikel hukum
Sumber	Peraturan, Artikel

Hal ini perlu dilakukan untuk mempercepat pengolahan dokumen yang selama ini terbengkalai sekaligus memperkuat dukungan terhadap pembangunan hukum khususnya program prioritas Reformasi Hukum Jilid II, yaitu penataan regulasi. Penataan regulasi membutuhkan akses informasi hukum terintegrasi berbasis database yang dapat diakses melalui internet.

Satu hal yang sangat penting dalam Aplikasi Website JDIHN berkenaan dengan Integrasi Informasi Hukum secara nasional adalah *interopabilitas informasi* dengan menggunakan *OAI-PMH (Open Archives Initiative for Metadata Harvesting)*. sehingga pertukaran informasi dapat dilaksanakan secara *real time*. OAI-PMH adalah sebuah protokol dengan konsep *client-server* yang sangat penting untuk keseragaman dalam melakukan sharing metadata. Sementara untuk memudahkan pemasangan (*isntall*) telah disediakan paket senayan yang berisi program Senayan, apache, PHP, dan, MySQL. Pengguna tinggal mengopi, mengekstrak dan langsung menggunakan-nya pada komputer atau server masing-masing.

Untuk menginstal Aplikasi Pengelolaan Website JDIHN, perlu disediakan *computer personal* (Personal Computer/PC), laptop atau yang sejenisnya dengan spesifikasi minimum sebagai berikut:

1. Perangkat keras yang dibutuhkan:
 - a. Processor kelas Pentium III
 - b. RAM 256MB
 - c. Standard VGA dengan dukungan warna 16-Bit
 - d. Harddisk \pm 1GB
 - e. CDROM / DVDROM
 - f. Keyboard dan Mouse
2. Perangkat lunak yang akan dibutuhkan:
 - a. Engine scripting PHP dengan dukungan ekstension mysql, dukungan XML dan GD untuk dapat mendukung format file .PNG, .JPG, .GIF dan Freetype;
 - b. Web Server, dalam hal ini direkomendasikan Apache 2.2;
 - c. Server Database MySQL dan direkomendasikan lebih atau sama dengan versi 5.0;
 - d. Utility mysqldump untuk backup database;

- e. Sistem Operasi GNU/Linux atau Windows;
 - f. Browser dengan kapasitas javascript 1.5 AJAX dan CSS 2, sebagai contoh Mozilla Firefox 2;
 - g. Pembaca dokumen PDF seperti Adobe Reader untuk melihat dokumen PDF yang di generate.
3. Kelebihan yang dimiliki oleh Aplikasi Website JDIHN antara lain:
- a. Dapat diperoleh dan digunakan secara gratis;
 - b. Mampu memenuhi kebutuhan otomatis pengelolaan dokumen dan informasi hukum;
 - c. Aplikasi dibangun dengan menggunakan bahasa pemrograman interpreter yang memungkinkan untuk dimodifikasi;
 - d. Instalasi mudah dilakukan;
 - e. Memiliki prospek pengembangan yang jelas;
 - f. Memiliki forum komunikasi antara pengguna dan pengembangan.

C. Penutup

Dari uraian di atas dapat diketahui bahwa penyediaan Database Hukum Nasional untuk mendukung pembangunan hukum nasional membutuhkan peranan JDIHN sangat strategis. Namun pengetahuan mengenai konsep-konsep pengelolaan dokumen hukum, kemampuan teknisnya pengelolaan dokumen hukum dan pengetahuan tentang pemanfaatan TIK masih belum memadai. Untuk mempercepat penyediaan Database Hukum Nasional, peran Pusat dan Anggota JDIHN perlu ditingkatkan dengan mengetahui dan memahami beberapa hal di bawah ini:

Dokumentasi hukum dan pembangunan hukum mempunyai hubungan yang sangat erat, karena dalam sistem pembangunan hukum nasional, dokumentasi hukum merupakan salah

satu sub-sistem yang tugasnya menyediakan bahan baku berupa dokumen hukum untuk menunjang semua kegiatan pembangunan hukum.

Dokumentasi hukum merupakan salah satu jenis perpustakaan yang secara khusus mengelola dokumen hukum dengan tujuan khusus yaitu mendukung pembangunan hukum nasional. Tugasnya melakukan pengelolaan dokumen hukum Dalam rangka menyediakan akses informasi hukum terintegrasi dalam satu database. Dalam melaksanakan tugasnya membutuhkan sumber daya: organisasi, manusia, dokumen hukum, teknis, sarana/prasarana dan dana.

JDIHN dibentuk karena dokumentasi hukum belum mampu melaksanakan tugasnya dengan baik, karena menghadapi berbagai faktor penghambat yang kompleks. Melalui pembentukan JDIHN diharapkan kerja sama antara Pusat dan Anggotanya dapat mengatasi berbagai masalah pengelolaan dokumen hukum sehingga mampu menyediakan akses informasi hukum yang efektif mendukung pembangunan hukum yang difokuskan pada penataan regulasi.

Objek kerja sama JDIHN adalah pengelolaan dari dokumen hukum yang tersebar di seluruh wilayah nusantara. Semua dokumen hukum tersebut harus ditata kelola dengan baik agar dapat didayagunakan secara bersama-sama.

Untuk meningkatkan efisiensi dan efektivitas kerja, pengumpulan dan pengolahan dokumen hukum dilakukan dengan "patungan kerja". Sementara untuk meningkatkan layanan informasi hukum dan pendayagunaan dari dokumen hukum yang ada, semua Anggota JDIHN melakukan *sharing information* atau saling berbagi informasi. Menyediakan Informasi hukum terintegrasi merupakan salah satu tujuan dari pembentukan JDIHN. Dalam konsep informasi hukum terkandung tiga

pengertian, *pertama*: semua metadata informasi hukum terintegrasi dalam satu database; *kedua*: setiap metadata terintegrasi dengan dokumen hukum terkait; *ketiga*: semua informasi dan dokumen hukum yang ada dalam database Anggota JDIHN terintegrasi dalam suatu sistem dan dapat diakses melalui satu portal. Artinya semua metadata dan dokumen hukum terkait bisa diambil dan disatukan dalam satu database nasional (Database Hukum Nasional).

Untuk mewujudkan informasi hukum terintegrasi, pemanfaatan TIK merupakan suatu keharusan untuk membentuk

media canggih berupa database yang dirancang secara khusus untuk mempercepat proses bisnis dokumentasi, dan *content* informasi hukum terintegrasi untuk mempercepat pencarian informasi hukum dan temu kembali dokumen hukum.

Untuk meningkatkan peran JDIHN dalam mempercepat penyediaan Database Hukum Nasional, disarankan agar semua pokok-pokok pikiran di atas disosialisasikan kepada semua Anggota JDIHN melalui berbagai kegiatan yang dilakukan dalam pembinaan dan pengembangan JDIHN.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Notopuro, Harjito, *Tugas dan Peranan Pusat Dokumentasi Hukum Badan Pembinaan Hukum Nasional dalam rangka pengembangan sistem jaringan dokumentasi dan informasi hukum* (Jakarta: BPHN, 1980).

NS, Sutarno, *Manajemen Perpustakaan: suatu pendekatan praktik* (Jakarta: Samitra Media Utama, 2004).

B. Makalah/Artikel/Prosiding/Hasil Penelitian

Budiarto, M (Ses. BPHN). Peranan Dokumentasi dan Informasi Hukum Dlam Rangka Menunjang Para Pejabat Pengambil Keputusan. Makalah disampaikan dalam Pengarahan Pada Latihan Tenaga Teknis Dokumentasi dan Informasi Hukum Tingkat Dasar Departemen Kehakiman, 11 Peburari 1991 s.d. 12 Maret 1991 di Jakarta.

DR, Burhanuddin, *Arti penting pedoman dalam pengelolaan arsip*. Makalah disampaikan pada Apresiasi dalam rangka Penyusunan Pedoman Tata Kearsipan Pemerintah Kabupten Gunung Kidul tanggal 29 Desember 2009 di Wonosari.

Grahitandaru, Andrari, *Teknologi informasi dan komunikasi untuk meningkatkan kreativitas dan Kesadaran Hukum*. Makalah lepas. 2009.

Hartono, C.G.F. Sunaryati, *Memberdayakan Pusat Dokumentasi Hukum BPHN sebagai pusat informasi hukum nasional*. Majalah Hukum Nasional No. 2 Tahun 2001 (Jakarta: BPHN, 2001).

Himpunan Hasil Seminar Hukum Nasional I-VII dan Seminar Akbar 50 Tahun Pembinaan Hukum (Jakarta: PNRI, 2003).

Kamus Besar Bahasa Indonesia, Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa (Jakarta: Balai Pustaka, 2002).

Menteri Hukum dan Ham RI, Keynote Speech disampaikan dalam Rapat Koordinasi Penataan Regulasi diselenggarakan oleh BPHN. Jakarta, 7 Pebruari 2018.

Mustofa, B, *Intenet dan layanan informasi hukum*. Makalah disampaikan dalam Pelatihan staf Perpustakaan dan Dokumentasi BPHN, tanggal 6-7 Oktober 1998.

Nugraha, Ari, *Interoperabilitas Metadata Dalam membangun kerja sama JDIHN baik di Pusat maupun di Daerah*. Paper Disiapkan Anggota Tim Pembina dan Pengembangan JDIHN Untuk Badan Pembinaan Hukum Nasional Tahun 2016.

Nurbaningsih, Enny, *Penataan Regulasi Melalui Analisis dan Evaluasi Hukum dan Peran Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional*. Disampaikan pada Rapat Koordinasi Penataan Regulasi Diselenggarakan oleh BPHN, Jakarta, 7 Februari 2018.

Pendit, Putu Laxman, *Teknologi informasi untuk Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum: aspek organisasi dan SDM*. Makalah lepas.

Setiadi, Wicipto, *kebijakan badan pembinaan hukum nasional dalam pembinaan dan pengembangan Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional*. Makalah disampaikan dalam Pertemuan Berkala Ke XX Anggota JDI-Hukum Nasional Wilayah Barat tanggal 24 s.d. 26 Mei 2011 di Palembang.

Zen, Zulfikar, *Peran perpustakaan dalam pembinaan sistem JDI Hukum*. Jakarta: Departemen Ilmu Perpustakaan Universitas Indonesia, 2006. Disampaikan dalam Pertemuan Nasional JDI Hukum, Padang, 24-27 Juli 2006.

C. Peraturan Perundang-undangan

Peraturan Presiden Nomor 33 Tahun 2012 tentang Jaringan Dokumentasi dan Informasi Hukum Nasional (LN Tahun 2012 No. 82) Pasal 1 angka 1.

Instruksi Presiden Nomor 9 Tahun 2011 tentang Rencana Aksi Pencegahan dan Pemerantasan Korupsi Tahun 2011. Lampiran point 72.

**PENERAPAN PRINSIP KEADILAN RESTORATIF
DALAM SISTEM PERADILAN PIDANA TERPADU
(THE IMPLEMENTATION OF RESTORATIVE JUSTICE PRINCIPLES
IN INTEGRATED CRIMINAL JUSTICE SYSTEM)**

Oleh: M. Alvi Syahrin¹

Politeknik Imigrasi

Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia RI

Jalan Raya Gandul No. 4, Cinere, Depok, Jawa Barat

Email: ma.syahrin@gmail.com

ABSTRAK

Hukuman yang dijatuhkan pengadilan kepada pelaku bertujuan untuk semaksimal mungkin mengembalikan keadaan korban tindak pidana sebelum terjadinya peristiwa pidana. Dalam sistem peradilan pidana sebaiknya diterapkan prinsip keadilan restoratif. Selama ini pidana penjara dijadikan sebagai sanksi utama pada pelaku kejahatan yang terbukti bersalah di pengadilan. Padahal yang diperlukan masyarakat adalah keadaan yang semaksimal mungkin seperti sebelum terjadinya tindak pidana. Metode penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum normatif. Permasalahan yang dibahas dalam artikel ini adalah: Bagaimana penerapan prinsip keadilan restoratif dalam sistem peradilan pidana di Indonesia. Berdasarkan hasil penelitian didapatkan pembahasan sebagai berikut. Prinsip keadilan restoratif merupakan pemulihan hubungan baik antara pelaku kejahatan dengan korban kejahatan, sehingga hubungan antara pelaku kejahatan dengan korban kejahatan sudah tidak ada dendam lagi. Hal ini terlepas dari pelaku kejahatan sudah memberikan restitusi atau ganti kerugian kepada korban kejahatan, sehingga penderitaan korban kejahatan sangat merasa terbantu. Hal ini dikarenakan korban bisa saja telah menderita kerugian materiil atau menderita psikis akibat kejahatan yang dilakukan oleh pelaku kejahatan. Apabila pelaku tidak mampu memberikan restitusi atau ganti kerugian kepada korban kejahatan, maka kewajiban bagi negara untuk membayar apa yang telah menjadi hak korban kejahatan, walaupun masih harus melalui penetapan hakim.

Kata Kunci: Pidana, Keadilan Restoratif, Sistem Peradilan Pidana.

ABSTRACT

In the criminal justice system should be applied restorative justice principle. At this time imprisonment serve as a major sanction on the perpetrators of crimes found guilty in court. Whereas what is needed by the community is the maximum possible condition such as before the crime. The research method used is normative legal research. The issues discussed in this article are: How to apply restorative justice principles in the criminal justice system in Indonesia. Based on the results of the study found the following discussion. Restorative justice is a restoration of good relations between perpetrators and crime victims, so the relationship between the perpetrators of crimes with victims of crime is no longer grudge.

¹ M. Alvi Syahrin adalah Pejabat Imigrasi pada Direktorat Jenderal Imigrasi, Kementerian Hukum dan HAM RI. Lulusan terbaik dari Pendidikan Pejabat Imigrasi (DIKPIM) pada Akademi Imigrasi. Mendapatkan gelar Sarjana Hukum dan Magister Hukum pada Universitas Sriwijaya. Melanjutkan pendidikan pada Program Studi Doktor Ilmu Hukum dengan konsentrasi Hukum Keimigrasian. Saat ini menjabat sebagai Kepala Pusat Penelitian dan Pengabdian Masyarakat pada Politeknik Imigrasi.

This is despite the criminals already giving restitution or compensation to the victims of crime. The victim could have suffered material loss or suffered psychic due to crimes committed by the perpetrators of crime. If the perpetrator is unable to provide restitution or compensation to the victim of the crime, then the obligation for the state to pay what has become the right of the victim of the crime, even though it must still go through the determination of the judge.

Keywords: Punishment, Restorative Justice, Criminal Justice System.

A. Pendahuluan

Keadilan restoratif adalah model penghukuman yang dijatuhkan oleh pengadilan berdasarkan pemulihan hak korban. Hukuman yang dijatuhkan pengadilan kepada pelaku bertujuan untuk semaksimal mungkin mengembalikan keadaan korban tindak pidana sebelum terjadinya peristiwa pidana. Dalam sistem peradilan pidana sebaiknya diterapkan prinsip keadilan restoratif, karena selama ini pidana penjara dijadikan sebagai sanksi utama pada pelaku kejahatan yang terbukti bersalah di pengadilan.² Padahal yang diperlukan masyarakat adalah keadaan yang semaksimal mungkin seperti sebelum terjadinya tindak pidana.

Seseorang yang melakukan suatu perbuatan dapat dikenakan pidana apabila telah melakukan suatu perbuatan yang memenuhi empat anasir pidana, yaitu:

1. Adanya *criminal art*;
2. Adanya *criminal responsibility/criminal liability*;
3. Merupakan *should/culpa*;
4. Tiada alasan pemaaf atau alasan pembenar.

Sebuah tindak pidana menyebabkan dua pihak berada dalam posisi berseberangan secara diametral. Pelaku kejahatan pada satu pihak berhadapan

dengan korban kejahatan di pihak lain dengan latar belakangnya masing-masing. Mempertemukan kedua belah pihak tanpa pemerataan (*mediation*) akan mengakibatkan munculnya konflik baru yang memicu terjadinya masalah hukum yang baru antara kedua belah pihak.

Ciri-Ciri Peradilan Restoratif menurut Muladi:

1. Kejahatan dirumuskan sebagai pelanggaran seseorang terhadap orang lain dan dipandang sebagai konflik;
2. Fokus perhatian pada pemecahan masalah pertanggungjawaban dan kewajiban untuk masa datang;
3. Sifat normatif dibangun atas dasar dialog dan negosiasi;
4. Restitusi sebagai sarana perbaikan para pihak, rekonsiliasi, dan restorasi merupakan tujuan utama;
5. Keadilan dirumuskan sebagai hubungan antar hak, dinilai atas dasar hasil;
6. Fokus perhatian terarah pada perbaikan luka sosial akibat kejahatan;
7. Masyarakat merupakan fasilitator di dalam proses restoratif;
8. Peran korban dan pelaku diakui, baik dalam penentuan masalah maupun penyelesaian hak-hak dan kebutuhan korban pelaku didorong untuk bertanggung jawab;
9. Pertanggungjawaban pelaku dirumuskan sebagai dampak pemahaman

² Syahrin, M.A., 2017. Penerapan Hukum Deteni Tanpa Kewarganegaraan (*Stateless*) yang Ditahan Lebih Dari 10 (Sepuluh) Tahun di Rumah Detensi Imigrasi Jakarta. *Fiat Justicia*, 3 (2).

- atas perbuatannya dan diarahkan untuk ikut memutuskan yang terbaik;
10. Tindak pidana dipahami dalam konteks menyeluruh, moral, sosial, dan ekonomi; dan
 11. Stigma dapat dihapus melalui tindakan restoratif.³

Perlu tidaknya memasukkan prinsip keadilan restoratif sudah menjadi perdebatan baik dalam kalangan akademisi, penegak hukum, maupun masyarakat sekalipun. Upaya tersebut harus segera dilakukan mengingat praktik peradilan saat ini, seringkali tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat.⁴ Oleh karenanya, diperlukan langkah strategis untuk mengatasi hal tersebut. Berdasarkan uraian di atas, maka permasalahan yang dibahas dalam tulisan adalah bagaimana penerapan pengaturan prinsip keadilan restoratif dalam sistem peradilan pidana di Indonesia?

B. Metode Penelitian

Jenis pendekatan yang digunakan adalah penelitian hukum normatif yang bersifat kualitatif. Maksudnya adalah penelitian yang menggambarkan, menjelaskan, menganalisis, serta mengembangkan konstruksi hukum penerapan prinsip keadilan restoratif dalam sistem peradilan pidana di Indonesia.⁵ Pengumpulan bahan-bahan hukum dilakukan dengan mengidentifikasi dan menginventarisasi peraturan perundang-undangan, meneliti bahan pustaka (tulisan dan hasil karya ilmiah),

dan sumber-sumber bahan hukum lainnya yang ada relevansinya dengan isu hukum dalam penelitian ini. Teknik analisa isu hukum (*legal issue*) dalam penelitian ini menggunakan logika berpikir campuran. Maksudnya penalaran (hukum) yang merupakan gabungan dari pola berpikir induktif (*inductive*) dan deduktif (*deductive*) dalam persoalan hukum faktual yang konkret. Proses yang terjadi dalam logika berpikir campuran adalah abstraksi (hukum), nilai-nilai hukum, asas-asas hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum yang dirumuskan secara umum dalam aturan-aturan hukum positif, kemudian dikritisasi (dijabarkan) dan diterapkan guna penyelesaian persoalan hukum konkret yang dihadapi, begitu juga seterusnya secara bolak-balik dalam proses campuran.⁶

C. Pembahasan

Untuk membahas penerapan prinsip keadilan restoratif dalam sistem peradilan pidana di Indonesia, maka penulisan penelitian ini akan dibagi dalam empat bagian.

1. Menilai Keadilan Restoratif dalam Pendekatan Ontologi

Keadilan restoratif adalah konsep pemidanaan, tetapi sebagai konsep pemidanaan tidak hanya terbatas pada ketentuan hukum pidana (formil dan materiil). Keadilan restoratif harus juga diamati dari segi kriminologi dan sistem pemasyarakatan.⁷ Dari

³ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, (Semarang: BP Universitas Diponegoro, 2015), hlm. 127-129.

⁴ Syahrin, M.A., 2017. The Implementation of Non-Refoulement Principle to the Asylum Seekers and Refugees in Indonesia. *Sriwijaya Law Review*, 1, pp.168-178.

⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2015), hlm. 35.

⁶ Yudha Bhakti Ardhiswastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, (Bandung: Alumni, 2018), hlm. 9; Saut P. Panjaitan, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum: Asas, Pengertian, dan Sistematis*, (Palembang, Penerbit Universitas Sriwijaya, 2014), hlm. 158-159.

⁷ Fahroy, C.A. and Syahrin, M.A., 2016. Antara Batas Imajiner dan Kedaulatan Negara. *Imigrasi di Batas Imajiner, Jakarta: Kantor Imigrasi Kelas I Khusus Soekarno Hatta*.

kenyataan yang ada, sistem pemidanaan yang berlaku belum sepenuhnya menjamin keadilan terpadu (*integrated justice*), yaitu keadilan bagi pelaku, keadilan bagi korban, dan keadilan bagi masyarakat. Hal inilah yang mendorong ke depan konsep keadilan restoratif.⁸

Berkaitan dengan keadilan restoratif, Jim Consedine mengatakan:

"We need to discover a philosophy that move punishment to reconciliation, from vengeance against offenders to healing for victims, from alienation and harshness to community and wholeness, from negativity and destructive justice. ... A positive philosophy that embrace as wide range of human emotions including healing, forgiveness, mercy and reconciliations, as well as sanction where appropriate, has much to offer." ... its aim is to restore the wellbeing of community by having the offenders face up to their responsibility for their crime. Victims, who are normally shut out of the process, are offered an opportunity of being involved in the follow-up. As Australian criminologist Jhone Brathwaite point out, this reforming has the effect of bringing shame and personal and family accountability for wrongdoing back into the justice process".⁹

(Kita harus mengetahui sebuah filosofi yang mengubah sebuah hukuman menjadi perdamaian, kesungguhan melawan pelanggar

untuk menyembuhkan korban, dari perebutan hak dan kekerasan bagi sebuah Komunitas dan keseluruhan, tindakan negatif dan keadilan atas perusakan. ... sebuah filosofi positif mencakup jangkauan luas atas emosi manusia termasuk penyembuhan, pemberian maaf, kemurahan hati dan perebutan-perebutan hak, sejauh sanksi yang diberikan sesuai yang ditawarkan).

Tujuannya untuk memulihkan kehidupan komunitas yang ada di dalamnya pelaku kejahatan yang dihadapkan pada tanggung jawab mereka pada tindak kriminal yang mereka lakukan. Korban yang normalnya tidak diperhitungkan dalam proses yang ditawarkan dan kesempatan yang berhubungan dengan hal tersebut. Ketika ahli kriminal Australia Jhone Brathwaite menunjuk bahwa hal ini punya pengaruh bagi personal akuntabilitas keluarga kesalahan tindakan kembali pada proses pengadilan).

Lebih lanjut lagi, Jim Consedine berpendapat:

The most important implications of the theory of reintegrative shaming are community participation in public life ... in the form of the idea of community accountability conference, juvenile offences to be dealt with through 'family group conference'. Theoretical rationale the principle with conference invitations is designed to structure reintegration into the conference.¹⁰

(Implikasi terpenting dari teori reintegrasi adalah partisipasi komunitas dalam kehidupan umum ... dalam bentuk ide dari musyawarah komunitas yang

⁸ Mudzakir, *Analisis Restorative Justice: Sejarah, Ruang Lingkup, dan Penerapannya*, (Jakarta, 2013), hlm. 28.

⁹ Jim Consedine, *Restorative Justice, Healing the Effects of Crime*, (Lyttelton: Ploughshares Publications, 2015), hlm. 11, 99.

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 767-771.

akuntabel, kenakalan remaja dikaitkan dengan musyawarah keluarga. Secara teoretis yang rasional, prinsip undangan musyawarah dirancang untuk membentuk struktur reintegrasi dalam musyawarah tersebut).

Ciri-ciri serta karakteristik paradigma peradilan restoratif yang tidak saja berdimensi tunggal pengendalian pelaku, melainkan berdimensi tiga sekaligus, yaitu korban, pelaku dan masyarakat, sementara kepentingan negara diwakili oleh peran dari lembaga peradilannya sendiri.¹¹

Bagir Manan menjelaskan substansi keadilan restoratif berisi prinsip-prinsip, antara lain: membangun partisipasi bersama antara pelaku, korban, dan kelompok masyarakat menyelesaikan suatu peristiwa atau tindak pidana. Menempatkan pelaku, korban, dan masyarakat yang bekerja bersama dan langsung berusaha menemukan penyelesaian yang dipandang adil bagi semua pihak (*win-win solutions*).¹²

Berbicara sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi masalah kejahatan. Menanggulangi berarti di sini usaha untuk mengendalikan kejahatan agar berada dalam batas-batas toleransi

masyarakat. Sistem peradilan pidana dianggap berhasil apabila sebagian besar dari laporan maupun keluhan masyarakat yang menjadi korban kejahatan dan diputuskan bersalah serta mendapat pidana. Menurut Remington dan Ohlin, *criminal justice system* dapat diartikan sebagai pemakaian pendekatan sistem terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana, dan peradilan pidana sebagai suatu sistem merupakan hasil interaksi antara peraturan perundang-undangan, praktik administrasi dan sikap atau tingkah laku sosial.¹³ Pengertian sistem ini sendiri mengandung implikasi suatu proses interaksi yang dipersiapkan secara rasional dan dengan cara efisien untuk memberikan hasil tertentu dengan segala keterbatasannya.

Hagan membedakan *criminal justice system* dengan *criminal justice process*. Menurutnya, *criminal justice process* diartikan sebagai setiap tahap dari suatu putusan yang menghadapkan seorang tersangka ke dalam proses yang membawanya kepada penentuan pidana baginya.¹⁴ Sedangkan *criminal justice system* adalah interkoneksi antara keputusan dari setiap instansi yang terlibat dalam proses peradilan pidana. Menurut Mardjono Reksodiputro, tujuan dari sistem peradilan pidana adalah:

- a. mencegah masyarakat menjadi korban kejahatan;
- b. menyelesaikan kasus kejahatan yang terjadi sehingga masyarakat

¹¹ Syahrin, M.A., 2018. PENENTUAN FORUM YANG BERWENANG DAN MODEL PENYELESAIAN SENGKETA TRANSAKSI BISNIS INTERNASIONAL MENGGUNAKAN E-COMMERCE: STUDI KEPASTIAN HUKUM DALAM PEMBANGUNAN EKONOMI NASIONAL. *Jurnal Rechts Vinding: Media Pembinaan Hukum Nasional*, 7 (2), pp. 207-228.

¹² Bagir Manan, *Restorative Justice (Suatu Perkenalan): Refleksi Dinamika Hukum Rangkaian dalam Dekade Terakhir*, (Jakarta: Perum Percetakan Negara RI, 2015), hlm. 10.

¹³ Syahrin, M.A., 2017. Refleksi Teoretik E-Contract: Hukum yang Berlaku dalam Sengketa Transaksi Bisnis Internasional yang Menggunakan E-Commerce. *Lex Librum: Jurnal Ilmu Hukum*, 3 (2).

¹⁴ Syahrin, M.A., et al. 2018. Legal Impacts of The Existence of Refugees and Asylum Seekers in Indonesia. *IJCIET*, 9 (5).

puas bahwa keadilan telah ditegakan dan yang bersalah dipidana; dan

- c. mengusahakan agar mereka yang pernah melakukan kejahatan tidak mengulangi lagi perbuatannya.

Komponen-komponen yang bekerja sama dalam sistem peradilan pidana adalah kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan lembaga pemasyarakatan. Keempat komponen ini diharapkan bekerja sama membentuk apa yang dikenal dengan *intergrated criminal justice system*. Muladi menegaskan bahwa makna *integrated criminal justice system* merupakan suatu sinkronisasi atau keserampakan dan keselarasan, yang dapat dibedakan dalam:

- a. Sinkronisasi Struktural (*structural synchronization*) adalah keserampakan atau keselarasan dalam rangka hubungan antara lembaga penegak hukum;
- b. Sinkronisasi Substansi (*substance synchronization*) adalah keserampakan atau keselarasan yang bersifat vertikal dan horizontal dalam kaitannya dengan hukum positif; dan
- c. Sinkronisasi Budaya (*cultural synchronization*) adalah keserampakan dan keselarasan dalam menghayati pandangan-pandangan, sikap-sikap dan falsafah yang secara menyeluruh mendasari jalannya sistem peradilan pidana.

Dalam sistem peradilan pidana dikenal 3 (tiga) bentuk pendekatan, antara lain:

- a. Pendekatan normatif memandang keempat aparat penegak hukum sebagai institusi pelaksana peraturan perundang-undangan yang berlaku sehingga keempat aparat tersebut merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari

sistem penegakan hukum sematamata;

- b. Pendekatan administrative memandang keempat aparat penegak hukum sebagai suatu organisasi manajemen yang memiliki mekanisme kerja, baik hubungan yang bersifat horizontal maupun yang bersifat vertikal sesuai dengan struktur organisasi yang berlaku dalam organisasi tersebut. Sistem yang digunakan adalah sistem administrasi.
- c. Pendekatan sosial memandang keempat aparat penegak hukum merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari suatu sistem sosial sehingga masyarakat ikut bertanggung jawab atas keberhasilan atau ketidakberhasilan dari keempat aparat penegak hukum tersebut dalam melaksanakan tugasnya. Sistem yang digunakan adalah sistem sosial.

Menurut Muladi sistem peradilan pidana merupakan suatu jaringan peradilan yang menggunakan hukum pidana materiil, hukum pidana formil, maupun hukum pelaksanaan pidana. Namun kelembagaan ini harus dilihat dalam konteks sosial. Sifat yang terlalu formal jika dilandasi hanya untuk kepentingan kepastian hukum saja akan membawa bencana berupa ketidakadilan. Sehingga sistem peradilan pidana tidak hanya mengejar kebenaran formal tetapi juga kebenaran materiil atau nilai-nilai yang hidup dan diakui dalam masyarakat.

2. Prinsip Keadilan Restoratif sebagai Pembaharuan Hukum Pidana (Studi Komperatif)

Prinsip keadilan restoratif adalah merupakan bagian dari inheren dalam sistem peradilan pidana pada negara-

negara maju. Di Indonesia prinsip ini masih dimaknai dalam penjatuhan pidana, dan belum sampai pada tataran pemulihan hubungan antara pelaku kejahatan dan korban tindak pidana, baik selama ppidanaan maupun sesudah ppidanaan.

Studi dilakukan oleh Marije van Barlingen di Belanda pada Tahun 2000 yang menyangkut *restorative mediation* mengungkapkan sebagai berikut:

*“A meeting between two people can turn into a conflict. And a conflict can turn into an offence against the legal system. Much as they might like to, the two parties involved cannot simply eradicate or gloss over such a meeting: the victim will no longer want to be reminded of a painful situation, and the offender may want to repress feelings of guilt. To ensure that the traumatic meeting does not have negative consequences for the two in the future, offender and victim will somehow have to arrive at a different type of meeting, a meeting the aim of which is dissoaciation between them, so that they are no longer appressed by their earlier meeting, so that they can let go of each other, or come to reciprocal understanding on a higher plane”.*¹⁵

(Pertemuan antara dua orang dapat berubah menjadi sebuah konflik. Dan konflik dapat berubah menjadi sebuah tindakan melanggar sistem hukum. Seperti kebanyakan peristiwa, bagi kedua belah pihak yang terlibat, tidak mudah menghapus atau menutupi sebuah

pertemuan yang dimaksud: Korban tidak lagi menghendaki diingatkan kembali situasi yang menyakitkan, sementara pelaku kejahatan ingin melupakan perasaan bersalah. Untuk menjamin pertemuan yang traumatis tidak membawa konsekuensi negatif bagi masa depan keduanya, baik pelaku kejahatan maupun korban, mesti diatur agar melakukan beberapa pertemuan yang berbeda yang dimaksudkan mempertemukan mereka sedemikian rupa, sehingga mereka tidak lagi terbebani dengan pertemuan sebelumnya, memungkinkan mereka memasuki perasaan saling memahami yang baik.)

Dengan gambaran yang diberikan oleh Marije van Barlingen tersebut maka dapatlah dipahami bahwa perlu ada pihak ketiga yang mengambil inisiatif guna memperbaiki hubungan antara pelaku kejahatan dengan korban tindak pidana. Inisiatif tersebut perlu dilakukan, karena baik pelaku kejahatan maupun korban tindak pidana masing-masing memiliki alasan untuk menutup diri dari pihak ketiga.

Office of Victims of crime yang berada di bawah Departemen Kehakiman Amerika Serikat, mencatat bahwa terjadi peningkatan yang signifikan jumlah korban perkosaan yang ingin dipertemukan secara langsung muka dengan muka dengan orang yang mencelakai mereka. Dalam jenis pertemuan tersebut, korban perkosaan memperoleh kesempatan menunjukkan kepada pelaku kejahatan, betapa perbuatan mereka memengaruhi kehidupan dan masa

¹⁵ Marije van Barligen, *et.al.*, *Interim Evaluation Restorative Mediation*, (Amsterdam, 2015), hlm. 65.

depan korban tindak pidana.¹⁶ Menerima respon langsung dari pelaku kejahatan terhadap fakta yang dihadapi sebagai akibat perbuatannya. Atas dasar pengalaman tersebut maka di seluruh Amerika Serikat, telah ada sekitar 300 komunitas yang tergabung dalam apa yang dinamakan *Victim-Offender Mediation (VOM)*.¹⁷

Victim Offender Mediation (VOM) di Amerika Serikat, Pada awalnya dimulai pada tahun 1978 dari sebuah kota yang bernama Elkart di negara bagian Indiana, mengambil model yang sama dengan apa yang awalnya dimulai dari kota Kitchener, Ontario, Canada pada Tahun 1974. Program yang dilakukan di kota kitchener dinamakan *Victim-Offender Reconciliation Programs (VORPs)*.¹⁸ Tujuan yang disusun dalam program ini adalah menyediakan tempat yang aman bagi sebuah dialog, negosiasi, dan pemecahan masalah yang menunjukkan kepedulian terhadap masa depan dan pemberdayaan korban tindak pidana, bukannya menyalahkannya akibat perilaku sebelumnya. Penekanan yang diberikan oleh VOM adalah melakukan pertemuan-pertemuan pendahuluan dengan kedua belah pihak, agar para pihak tersebut siap dipertemukan.¹⁹

Jepang dan Korea menurut J.O. Halley adalah dua negara yang sukses

menurunkan angka kejahatan yaitu dengan cara melakukan pendekatan-pendekatan melalui instrumen *restorative justice*. Negara-negara maju lain seperti Amerika Serikat, Inggris, dan Belanda, juga memiliki instrumen hukum melalui *restorative justice*. Dalam banyak perkara pidana stigma akibat penjatuhan pidana pada dasarnya dapat dihapus melalui tindakan restoratif, karena selain kompensasi dalam restitusi, restorasi dan rekonsiliasi memegang peranan penting menyembuhkan luka sosial akibat kejahatan.

Ekklusifitas dan keunikan peradilan restoratif Jepang diungkapkan oleh J.O. Halley Sebagai berikut:

Japan is the only industrialized country, other than korea, in which crime rates during the past half century have declined. This may be because Japanese officials and culture reinforce values of confession, repentance, forgiveness and leniency. When japanese offenders confess, offender or the families typically approach victims to make redress and seek forgiveness, and victims typically accept the offerings of redress and offer pardon, which is often communicated formally to prosecutors and courts. Japanese criminal justice officials are primarily concerned with controlling criminal behavior though the process of confessions, repentance and forgiveness, built on community mechanisms of social control. In the presence of confession and forgiveness, some prosecutors tend to divert most cases and those

¹⁶ Syahrin, M.A., 2018. Jus Cogens dalam Protokol Penyelundupan Migran Tahun 2000. *Bhumi Pura*, 2(1), pp.13-16.

¹⁷ OVC (Office Of Victim Of Crime) Bulletin, *New Direction from the field Victims Rights and Services for the 21st Century: The Restorative justice and mediation Collection*, US Department of Justice, Office Of Justice Programs, (2018), hlm. 1.

¹⁸ Syahrin, M.A., 2017. Actio Pauliana: Konsep Hukum dan Problematikanya. *Lex Librum: Jurnal Ilmu Hukum*, 4(1).

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 2.

*that reach court are treated with leniency.*²⁰

(Jepang adalah satu-satunya negara industri, selain Korea di mana tingkat kriminal selama satu setengah abad menurun. Hal ini mungkin disebabkan peraturan di Jepang dan pengakuan nilai budaya, tobat dan pemaafan dan kelonggaran-kelonggaran. Ketika para pelanggar di Jepang mengakui, pelanggaran atau jenis-jenis pendekatan keluarga korban yang menjadikan bahaya dan meminta permintaan maaf dan umumnya korban menerima tawaran risiko dan ampunan yang mana sering kali diberikan secara formal oleh hakim dan pengadilan. Pengadilan kriminal di Jepang secara umum berhubungan dengan kontrol pengajaran tingkah laku kriminal dalam proses pengakuan, tobat dan permintaan maaf, membangun komunitas yang merupakan mekanisme sosial kontrol. Ditinjau tentang pertobatan dan permintaan maaf, beberapa penentu kebijakan bermaksud untuk mendeversivikasi kasus dan semuanya dibawa ke pengadilan adalah kelonggaran dan hukuman).

Penegakan hukum yang berdasarkan undang-undang akan memberikan kekuasaan kehakiman yang bebas dan bertanggung jawab. Semua itu akan terwujud apabila orientasi penegakan hukum dilandaskan pada pendekatan sistem, yaitu mempergunakan segenap unsur yang terlibat di dalamnya sebagai suatu kesatuan dan

²⁰ J.O. Halley, *Crime Prevention Through Restorative Justice: A Lesson From Japan, Restorative Justice: International Peerspective*, Edited by Burt Gallaway & John Hudson, *Criminal Justice Press*, (Amsterdam: Kuger Publications, 2016), hlm. 348.

saling interelasi dan saling memengaruhi satu sama lain.

Peradilan pidana dalam pelaksanaannya terdapat satu istilah hukum yang dapat merangkum cita-cita peradilan pidana, yaitu "*due process of law*" yang merupakan proses hukum yang adil dan layak.²¹ Proses hukum adil dan layak adalah sistem peradilan pidana, selain harus dilaksanakan penerapan hukum acara pidana sesuai dengan asas-asasnya, juga harus didukung oleh sikap batin penegak hukum yang menghormati hak-hak warga masyarakat.

Model peradilan yang sesuai dengan peradilan pidana di Indonesia ke depan adalah model peradilan restoratif. Model ini berusaha memperbaiki insan manusia anggota masyarakat dengan cara menghadapkan pelaku tanggung jawabnya pada korban di dalam paradigma peradilan pidana Indonesia ke depan.²² Ada beberapa indikator-indikator kearah suatu model peradilan pidana yang berupa model keseimbangan kepentingan (kepentingan negara, masyarakat, dan korban perkosaan) dipandang model yang mencerminkan nilai-nilai ideologi dan nilai sosio-kultural masyarakat Indonesia yang bercirikan serasi, selaras, dan seimbang seperti terkandung dalam Pancasila.²³

Made Sadhi Astute menjelaskan bahwa dalam teori pidana

²¹ Syahrin, M.A., 2018. Menakar Kedaulatan Negara dalam Perspektif Keimigrasian. *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, 18 (1), pp. 43-57.

²² Syahrin, M.A., 2014. Perkembangan Konsep Nasionalisme di Dunia. *Bhumi Pura*, 11(1), pp.23-24.

²³ Paulus Hadusuprpto, *Pemberian Malu Reintegratif Sebagai Sarana Nonpenal Penanggulangan Perilaku Delinkuen Anak*, (Semarang: Universitas Diponegoro, 2013), hlm. 314.

kebijaksanaan berdasarkan Pancasila. Hal ini berarti Pancasila harus menggaransi, sebagai penyedap arti, sifat, bentuk, dan tujuan pidana atau pembedaan.²⁴ Upaya untuk menjalankan hukum yang hidup dalam masyarakat di bidang hukum pidana adalah merupakan cita-cita para pakar hukum pidana Indonesia.²⁵ Karena pengaturan dalam hukum pidana adalah merupakan pencerminan ideologi politik dari suatu bangsa dimana hukum itu berkembang dan merupakan hal penting bahwa seluruh bangunan hukum bertumpu pada pandangan politik yang didasarkan pada semangat yang terkandung dalam Pancasila sebagai perwujudan cita hukum (*rechtsidee*)²⁶ yang telah dicantumkan dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Tahun 1945.

Dalam rangka pembaruan hukum pidana, tentunya harus dilakukan reorientasi terhadap berbagai aturan warisan Belanda yang sering dikatakan telah usang dan tidak adil (*absolute and unjust*) serta sudah ketinggalan zaman dan tidak lagi sesuai kenyataan (*outmoded and unreal*) karena tidak berakar pada nilai-nilai budaya serta tidak lagi responsif terhadap kebutuhan sosial dewasa ini.²⁷ Sehubungan dengan hal itu, dalam laporan Kongres VI (*Fifth UN Congress on the Prevention of crime and the treatment of offender*) telah ditegaskan bahwa: “*the important of*

foreign cultural patterns which did not harmonize with indigenous culture had had a criminogenic effect”. (Penting di sini bahwa hukum yang mengandung model-model asing yang tidak cocok dengan budaya lokal, pada dasarnya mengandung efek kriminogen).

Lebih lanjut Kongres VI juga menegaskan bahwa:

“Often, lack of consistency between laws and reality was criminogenic; the further the law was removed from the feeling and the values shared by the community, the greater was the lack of confidence and trust in the efficacy of the legal system”

(“Acapkali, ketidakkonsistenan antara undang-undang dengan kenyataan adalah merupakan faktor kriminogen: semakin jauh undang-undang bergeser dari perasaan dan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, akan semakin besar ketidakpercayaan akan keefektifan sistem hukum itu).

Usaha pembaruan hukum pidana yang bertumpu pada nilai-nilai yang dalam masyarakat adalah merupakan upaya yang terus-menerus, karena merupakan kegiatan yang berkesinambungan dan berlanjut. Hal ini menegaskan apa yang pernah disampaikan oleh Jerome Hall:

“Improvement of the criminal law should be a permanent ongoing enterprise and detailed records should be kept”.²⁸

(Perbaikan atau pembaruan dan pengembangan hukum pidana harus merupakan satu usaha permanen yang terus-menerus dari

²⁴ Made Sadhi Astuti, *Pemidanaan Terhadap Anak Sebagai Pelaku Tindak Pidana*, (IKIP Malang, 2017), hlm. 89.

²⁵ Barda Nawawi Arief dalam Pidato Pengukuhan Penerimaan Jabatan Sebagai Guru Besar dalam Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro: *Beberapa Aspek Pengembangan Hukum pidana*, Semarang, 25 Juni 1994, hlm. 15.

²⁶ Syahrin, M.A., 2015. Hak Asasi Bermigrasi. *Bhumi Pura*, 11(1), pp.45-48.

²⁷ *Ibid.*, hlm., 8-9.

²⁸ Jay A. Stigler, *Understanding Criminal law*, (Boston: Little Brown & Company, 2017), hlm. 269.

berbagai catatan atau dokumen rinci mengenai hal itu yang seharusnya disimpan dan dipelihara).

Herbert Packer memperkenalkan apa yang dinamakan *Crime Control Model* (CCM), dan *Due Process Model* (DPM). Sedangkan John Griffiths mengemukakan apa yang dinamakannya *The third model of the criminal process*, atau yang lebih dikenal sebagai *Family Model of criminal process* (FM).

Pada dasarnya CCM adalah suatu model yang didasarkan pada sebuah proposisi bahwa fungsi terpenting proses peradilan pidana adalah penghukuman terhadap pelaku tindak pidana. Dengan alasan tersebut maka perilaku kriminal mesti dikendalikan secara ketat demi kepentingan umum. Untuk tujuan tersebut, maka tujuan CCM titik beratnya adalah pada efisiensi, sehingga dalam CCM proses peradilan pidana harus memberikan kelauran (*output*) berupa angka penahanan dan pembedaan yang secara kuantitatif haruslah tinggi. Dengan dasar ini, maka CCM lebih mengutamakan kecepatan pada penyelesaian perkara. Perkara tindak pidana yang tidak memenuhi syarat penahanan secepatnya diselesaikan, sedangkan perkara-perkara pidana yang memenuhi syarat pelakunya ditahan dan dijatuhi hukuman, dijamin untuk ditangani secara cepat dan efisien melalui proses peradilan pidana. Kinerja komponen peradilan pidana yang menyangkut prosedur administratif yang dilaksanakan oleh pihak kepolisian dan kejaksaan haruslah cepat, akurat, dan efisien. Karena itu maka prosedur administratif pendukung keberlangsungan proses peradilan

yang bertentangan dengan prinsip ini seperti proses peradilan lamban, tidak efisien dan tidak akurat, haruslah dihindari, dan campur tangan proses administratif harus dijaga seminimal mungkin, sejauh tidak bertentangan dengan tujuan utama proses peradilan pidana yang berupa penekanan terjadinya kejahatan.

Due Process Model dasarnya berada dalam praktis yang sangat berlawanan dengan CCM. Hal ini disebabkan karena secara inheren, ia dibatasi oleh sistem nilai yang mengutamakan individu dan limitasi kekuasaan negara. Pengutamaan hak-hak individu berhadapan dengan kekuasaan yang dimiliki negara mensyaratkan terselenggaranya peradilan pidana secara terkendali meski harus mengeluarkan biaya. Hal ini tentu bertentangan dengan prinsip efisiensi waktu dan biaya. Paradigma dalam DPM didasarkan pada fakta adanya kecenderungan dan potensi penyalahgunaan kekuasaan, dan sikap skeptis yang bertumpu pada pengamatan kegagalan prosedur administratif untuk menghadirkan keadilan substantif yang merugikan kepentingan individu dan yang merupakan pokok perhatian DPM terletak pada pembatasan kekuasaan negara dan perlindungan individu dan penyalahgunaan proses peradilan pidana. Karena itulah DPM berangkat dari konsep *Legal Guilty*. Di sini dikonsepsikan bahwa peradilan pidana berfungsi sebagai forum koreksi terhadap penyalahgunaan kekuasaan negara pada satu pihak, sementara pada pihak lain peradilan pidana hak-hak hukumnya tidak dirampas begitu saja, melainkan memperoleh perlindungan hukum dari tindakan sewenang-wenang dari aparat penegak hukum.

The Family Model adalah sistem peradilan pidana yang diperkenalkan oleh John Griffiths pada tahun 1970, jadi muncul setelah Herbert Packer memperkenalkan CCM dan DPM, Griffiths mempelajari kedua model yang dikemukakan oleh Packer dan ia berpendapat bahwa sebenarnya CCM dan DPM jika disintesis sesungguhnya hanyalah merupakan suatu model saja, dan untuk ini Griffiths menggabungkan DPM dan CCM serta memberikan nama baru yang disebutnya sebagai *Battle Model* (BM).

Berangkat dari asumsi dasar yang berbeda secara fundamental dengan Packer, maka Griffiths membangun model yang berbeda yang dinamakannya "*The Family Model*" (FM). Di sini makna pembedaan mengalami modifikasi di mana pembedaan terselenggara dalam suasana kekeluargaan. Pembedaan dalam lingkup keluarga adalah merupakan suatu hal yang biasa dan bertujuan untuk membangun sebuah kontrol diri (*self control*). Bahwa FM yang dilandasi dengan nilai-nilai *rekonsiliabilitas* dalam tindak pidana, sehingga kita sebaiknya perlu mempertimbangkan untuk menggunakan model FM dari John Griffiths apabila dibandingkan apa yang dimaksudkan *Battle Model* Versi Packer.²⁹

3. Penerapan Prinsip Keadilan Restoratif dalam Perlindungan Saksi dan Korban

Peradilan restoratif merupakan model peradilan yang sangat ideal bagi penegakan hukum di Indonesia, karena adanya keseimbangan dalam

memperoleh perlindungan hukum, yaitu selain melindungi kepentingan negara juga memberikan perlindungan hukum terhadap pelaku perkosaan dan korban perkosaan. Hukum yang menciptakan keseimbangan dan keselarasan seperti ini lebih cocok dengan cita hukum (*rechtsidee*) Pancasila, karena mengandung model yang mencerminkan nilai-nilai ideologi dan nilai sosio kultural masyarakat Indonesia yang bercirikan serasi, selaras, dan seimbang seperti terkandung dalam Pancasila.

Perlindungan hukum terhadap korban tindak hendaknya merupakan bagian integral dari perlindungan hukum bagi masyarakat. Hal ini yang demikian sudah diatur dalam Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, yaitu tersedianya hak hukum bagi pemberian restitusi dan kompensasi, pelayanan medis dan bantuan hukum. Aturan dalam hukum positif sangatlah diperlukan adanya, karena dapat mengakhiri ketidakpastian dan keseimbangan perlakuan antara pelaku kejahatan dengan korban tindak pidana.

Perlindungan hak-hak korban diatur dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006, yaitu:

- a. memperoleh perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga, dan harta bendanya, serta bebas dari ancaman yang berkenaan dengan kesaksian yang akan, sedang atau telah diberikannya;
- b. ikut serta dalam proses memilih dan menentukan bentuk perlindungan dan dukungan keamanan;
- c. memberikan keterangan tanpa tekanan;
- d. mendapat penerjemah;
- e. bebas dari pernyataan menjerat;

²⁹ Paulus Hadusuprpto, *Peradilan Restoratif: Model Pradilan Anak Indonesia Masa Datang*, (Semarang: Fakultas Hukum UNDIP, 2016), hlm. 21.

- f. mendapatkan informasi mengenai perkembangan kasus;
- g. mendapatkan informasi mengenai putusan pengadilan;
- h. mengetahui dalam hal terpidana dibebaskan;
- i. mendapatkan identitas baru;
- j. mendapatkan tempat kediaman baru;
- k. memperoleh penggantian biaya transportasi sesuai dengan kebutuhan;
- l. mendapatkan nasihat hukum; dan/atau
- m. memperoleh bantuan biaya hidup sementara sampai batas waktu perlindungan berakhir.

Menurut ketentuan Pasal 6 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 menentukan bahwa korban dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat, selain berhak atas hak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5, juga berhak untuk mendapatkan:

- a. bantuan medis
- b. bantuan rehabilitasi psikososial.

Demikian juga ketentuan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 menentukan:

- (1) Korban melalui LPSK berhak mengajukan ke pengadilan berupa:
 - a. hak atas kompensasi dalam kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat;
 - b. hak atas restitusi atau ganti kerugian yang menjadi tanggung jawab pelaku tindak pidana.
- (2) Keputusan mengenai kompensasi dan restitusi diberikan oleh pengadilan.
- (3) Ketentuan lebih lanjut mengenai pemberian kompensasi dan restitusi diatur dengan peraturan pemerintah.
Perlindungan hukum terhadap

hak-hak saksi dan korban tindak pidana dalam peradilan pidana di Indonesia, yaitu segala upaya pemenuhan hak dan pemberian bantuan untuk memberikan rasa aman kepada korban tindak pidana wajib diberikan oleh negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan di Indonesia, yaitu antara lain:

- a. hak untuk didengar pendapatnya dalam setiap tahap pemeriksaan, baik tahap penyelidikan, penyidikan, penuntutan maupun tahap pemeriksaan di pengadilan;
- b. hak atas restitusi oleh pelaku kejahatan;
- c. hak untuk tidak didekati oleh pelaku atau kelompoknya dalam jarak tertentu, dalam tindak pidana tertentu;
- d. hak untuk mendapatkan bantuan medis, bantuan konsultasi psikologis; dan
- e. hak atas kompensasi dari negara bagi saksi dan korban yang mengalami penderitaan fisik atau psikologis yang berat.

Hak asasi manusia yang melekat pada setiap orang harus mendapatkan perlindungan hukum. Apabila dikaitkan dengan hak-hak korban tindak pidana, maka hak-hak yang perlu mendapatkan perlindungan hukum, yaitu antara lain:

- a. mendapatkan bantuan medis;
- b. mendapatkan bantuan rehabilitasi psiko-sosial;
- c. mendapatkan hak kompensasi dalam perkara pelanggaran HAM berat;
- d. mendapatkan hak restitusi atau ganti kerugian yang menjadi tanggung jawab pelaku pidana.

Tata cara pengaturan pembayaran ganti kerugian kepada korban tindak pidana dalam keadaan biasa di

Indonesia dapat digabung dengan perkara pokoknya dan pengaturannya berdasarkan pada ketentuan Pasal 98 KUHP, di mana tuntutan ganti rugi harus diajukan oleh korban tindak pidana di persidangan, dan paling lambat diajukan oleh korban tindak pidana sebelum tuntutan perkara pokoknya dibacakan oleh jaksa penuntut umum yang besarnya ditetapkan oleh majelis hakim yang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara tersebut.

Peradilan restoratif adalah peradilan sebagaimana dikemukakan oleh Muladi, yaitu peran korban tindak pidana dan pelaku kejahatan diakui, baik dalam menentukan masalah maupun penyelesaian hak-hak dan kebutuhan korban, di mana pelaku didorong untuk bertanggung jawab atas perbuatannya. Restitusi dan kompensasi sebagaimana sarana perbaikan para pihak, sedangkan rekonsiliasi dan restorasi merupakan tujuan utama dari peradilan restoratif.

4. Penerapan Prinsip Keadilan Restoratif dalam Sistem Peradilan Pidana Anak

Eksistensi proses keadilan restoratif sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana sangat ditentukan oleh budaya hukum baik dari masyarakat termasuk aparat penegak hukumnya. Pemahaman peradilan yang hanya mengedepankan penerapan aturan membuktikan kesalahan pelaku dan lalu menghukumnya tidak bisa menerima konsep ini. Baginya peradilan adalah hak negara untuk mengenakan sanksi kepada warganya yang telah melanggar aturan. Penjeraan dan atau rehabilitasi menjadi faktor yang sangat populis di dalamnya, perhatian peradilan didominasi oleh kepentingan pelaku, masyarakat dan

negara. Keadilan restoratif lebih pada penyelesaian masalah antara para pihak dalam hubungan sosial dari pada menghadapkan pelaku dengan aparat pemerintah. Filsafat *just peace principle* diintegrasikan dengan *the process of meeting, discussing and actively participating in the resolution of the criminal matter*. Integrasi pelaku di satu sisi dan kesatuan untuk mencari solusi serta kembali pada pola hubungan baik dalam masyarakat.

Di Indonesia, proses sistem peradilan anak yang terdapat pada Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 diperbaharui melalui Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, terdapat perubahan fundamental sebagai upaya mengatasi kelemahan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997. Perubahan fundamental yang ada antara lain digunakannya pendekatan keadilan restoratif melalui sistem diversifikasi. Dalam peraturan ini diatur mengenai kewajiban para penegak hukum dalam mengupayakan diversifikasi (penyelesaian melalui jalur non-formal) pada seluruh tahapan proses hukum.

Dalam Pasal 1 butir (6) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak menyatakan, keadilan restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.

Sistem Peradilan Pidana Anak wajib mengutamakan pendekatan keadilan restoratif. Sistem Peradilan Pidana Anak meliputi:

- a. penyidikan dan penuntutan pidana anak yang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, kecuali ditentukan lain dalam undang-undang ini;
- b. persidangan anak yang dilakukan oleh pengadilan di lingkungan peradilan umum; dan
- c. pembinaan, pembimbingan, pengawasan, dan/atau pendampingan selama proses pelaksanaan pidana atau tindakan dan setelah menjalani pidana atau tindakan.

Dalam sistem peradilan pidana anak sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf a dan huruf b wajib diupayakan Diversi. Diversi adalah pengalihan penyelesaian perkara anak dari proses peradilan pidana ke proses di luar peradilan pidana. Keadilan restoratif telah lama diterapkan dalam masyarakat Indonesia, contoh seorang pelaku yang menabrak orang lain yang menimbulkan cedera atau meninggal, tidak jarang serta merta berusaha memberi perhatian dengan mengambil tanggung jawab pengobatan, memberi uang duka, meminta maaf, dan sebagainya. Hal ini disebutkan di atas bisa juga dikatakan sebagai bentuk penghukuman pemidanaan terhadap pelaku atas apa yang telah dilakukannya, meskipun sesungguhnya kelalaian yang mengakibatkan seseorang meninggal

atau mengalami luka-luka dapat dikenakan pidana penjara berdasar Pasal 359, 360 KUHP.

D. Penutup

Prinsip keadilan restoratif merupakan pemulihan hubungan baik antara pelaku kejahatan dengan korban kejahatan, sehingga hubungan antara pelaku kejahatan dengan korban kejahatan sudah tidak ada dendam lagi. Hal ini terlepas dari pelaku kejahatan sudah memberikan restitusi atau ganti kerugian kepada korban kejahatan, sehingga penderitaan korban kejahatan sangat merasa terbantu, karena korban bisa saja telah menderita kerugian materiil atau menderita psikis akibat kejahatan yang dilakukan oleh pelaku kejahatan. Apabila pelaku tidak mampu memberikan restitusi atau ganti kerugian kepada korban kejahatan, maka kewajiban bagi negara untuk membayar apa yang telah menjadi hak korban kejahatan, walaupun masih harus melalui penetapan hakim. Untuk menjamin hak-hak dari korban kejahatan, maka ke depan sebaiknya ada peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai regulasi pemberian restitusi atau kompensasi, sehingga tercipta adanya keseimbangan perlindungan hukum terhadap pelaku kejahatan dan korban kejahatan atau korban tindak pidana.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Arief, Barda Nawawi dalam Pidato Pengukuhan Penerimaan Jabatan Sebagai Guru Besar dalam Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro: *Beberapa Aspek Pengembangan Hukum pidana*, Semarang, 25 Juni 1994.
- Considene, Jim, *Restorative Justice, Healing the Effects of Crime* (Lyttelton: Ploughshares Publications, 2015).
- Manan, Bagir *Restorative Justice (Suatu Perkenalan): Refleksi Dinamika Hukum Rangkaian dalam Dekade Terakhir* (Jakarta: Perum Percetakan Negara RI, 2015).
- Marije van Barligen, et.al., *Interim Evaluation Restorative Mediation* (Amsterdam, 2015).
- Mudzakir, *Analisis Restorative Justice: Sejarah, Ruang Lingkup, dan Penerapannya* (Jakarta, 2013).
- Jay A. Stigler, *Understanding Criminal law* (Boston: Little Brown & Company, 2017).
- J.O. Halley, *Crime Prevention Through Restorative Justice: A Lesson From Japan, Restorative Justice: International Perspective*, Edited by Burt Gallaway & John Hudson, *Criminal Justice Press* (Amsterdam: Kuger Publications, 2016).
- Made Sadhi Astuti, *Pemidanaan Terhadap Anak Sebagai Pelaku Tindak Pidana* (IKIP Malang, 2017).
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2015).
- Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana* (Semarang: BP Universitas Diponegoro, 2015).
- OVC (*Office Of Victim Of Crime*) Buletin, *New Direction from the field Victims Rights and Services for the 21st Century: The Restorative justice and mediation Collection*, US Department of Justice, Office Of Justice Programs, (2018).
- Paulus Hadusuprpto, *Pemberian Malu Reintegratif Sebagai Sarana Nonpenal Penanggulangan Perilaku Delinkuen Anak* (Semarang: Universitas Diponegoro, 2013).
- , *Peradilan Restoratif: Model Pradilan Anak Indonesia Masa Datang* (Semarang: Fakultas Hukum UNDIP, 2016).
- Saut P. Panjaitan, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum: Asas, Pengertian, dan Sistematika* (Palembang: Penerbit Universitas Sriwijaya, 2014).
- Yudha Bhakti Ardhiswastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum* (Bandung: Alumni, 2018).

B. Artikel Dalam Jurnal

Fahroy, C.A. and Syahrin, M.A., 2016. Antara Batas Imajiner dan Kedaulatan Negara. *Imigrasi di Batas Imajiner, Jakarta: Kantor Imigrasi Kelas I Khusus Soekarno Hatta.*

Syahrin, M.A., 2017. Penerapan Hukum Deteni Tanpa Kewarganegaraan (*Stateless*) yang Ditahan Lebih Dari 10 (Sepuluh) Tahun di Rumah Detensi Imigrasi Jakarta. *Fiat Justicia*, 3(2).

Syahrin, M.A., 2017. The Implementation of Non-Refoulement Principle to the Asylum Seekers and Refugees in Indonesia. *Sriwijaya Law Review*, 1, pp.168-178.

Syahrin, M.A., 2017. Refleksi Teoretik E-Contract: Hukum yang Berlaku dalam Sengketa Transaksi Bisnis Internasional yang Menggunakan E-Commerce. *Lex Librum: Jurnal Ilmu Hukum*, 3(2).

Syahrin, M.A., 2017. Actio Pauliana: Konsep Hukum dan Problematikanya. *Lex Librum: Jurnal Ilmu Hukum*, 4(1).

Syahrin, M.A., 2018. PENENTUAN FORUM YANG BERWENANG DAN MODEL PENYELESAIAN SENGKETA TRANSAKSI BISNIS INTERNASIONAL MENGGUNAKAN E-COMMERCE: STUDI KEPASTIAN HUKUM DALAM PEMBANGUNAN EKONOMI NASIONAL. *Jurnal Rechts Vinding: Media Pembinaan Hukum Nasional*, 7(2), pp.207-228.

Syahrin, M.A., 2018. Menakar Kedaulatan Negara dalam Perspektif Keimigrasian. *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, 18(1), pp.43-57.

Syahrin, M.A., et al. 2018. Legal Impacts of The Existence of Refugees and Asylum Seekers in Indonesia. *IJCET*, 9(5).

C. Majalah

Syahrin, M.A., 2018. Jus Cogens dalam Protokol Penyelundupan Migran Tahun 2000. *Bhumi Pura*, 2(1), pp.13-16.

Syahrin, M.A., 2014. Perkembangan Konsep Nasionalisme di Dunia. *Bhumi Pura*, 11(1), pp.23-24.

Syahrin, M.A., 2015. Hak Asasi Bermigrasi. *Bhumi Pura*, 11(1), pp.45-48.

D. Peraturan Perundangan-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP). Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76.

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165.

Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 208.

Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 64.

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 153.

Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 2002 tentang tata Cara Pemberian Perlindungan Kepada Saksi dan Korban Pelanggaran HAM.

Peraturan Pemerintah Nomor 3 Tahun 2002 tentang Kompensasi, Restitusi, dan Rehabilitasi Terhadap Korban Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat.

Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi, dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban.

**CELAH HUKUM EKSEKUSI JAMINAN FIDUSIA
OLEH KURATOR PADA MASA INSOLVENSİ
(THE LAW GAPS OF FIDUCIARY GUARANTEE EXECUTION
BY CURATOR DURING THE INSOLVENTION PERIOD)**

Oleh: Fransiska Adelina

Universitas Bung Karno
Jalan Pengangsaan Timur No.17A Pengangsaan, Menteng
Kota Jakarta Pusat, DKI Jakarta, 10310
Mrsmsimarmata09@gmail.com

ABSTRAK

Terdapat beberapa celah hukum eksekusi jaminan fidusia oleh kurator pada masa insolvensi. Celah hukum tersebut di antaranya yaitu hukum jaminan fidusia memberikan jaminan pembayaran penuh kepada kreditur namun penguasaan atas objek fidusia tersebut ada pada debitur sehingga pada saat debitur pailit kreditur tidak berwenang menjual objek fidusia. Kemudian ketika pengadilan memutuskan debitur pailit, maka kurator dapat menguasai semua kekayaan debitur sehingga kewenangan sita objek jaminan bukan berada pada kreditur melainkan pada kurator. Selanjutnya ketika jaminan fidusia hendak dieksekusi oleh kreditur separatis namun kurator tidak dapat menghadirkan objek fidusia tersebut dengan berbagai alasan. Metode penelitian yang digunakan yaitu metode penelitian hukum normatif. Terdapat 2 bahan dalam penelitian ini yaitu bahan hukum dan non hukum. Bahan hukum tersebut terdiri dari bahan hukum primer yaitu peraturan perundang-undangan, bahan hukum sekunder yaitu buku atau literatur dan bahan hukum tersier yaitu berbagai kamus yang lazim digunakan. Untuk mengatasi hal ini maka hakim pengawas seharusnya memberikan hak kepada kreditur untuk menguasai dan merawat fisik objek fidusia pada saat debitur pailit sehingga kreditur memperoleh legalitas mengeksekusi objek fidusia. Selain itu meskipun kurator dapat menguasai semua kekayaan debitur, namun seharusnya kurator sesuai dengan ketentuan yang berlaku segera melakukan lelang objek fidusia sehingga kreditur tidak harus membayar pajak dan hanya membayar sedikit biaya perawatan objek fidusia. Kemudian seharusnya kurator melaporkan kasus penggelapan objek fidusia oleh debitur kepada Kepolisian untuk diselidiki dan ditemukan keberadaannya sehingga pada saat pelelangan berlangsung objek fidusia tersebut dapat dihadirkan.

Kata Kunci: Penguasaan Fidusia; Kewenangan Kurator; Penggelapan Fidusia.

ABSTRACT

There are several law gaps in the execution of fiduciary guarantees by the curator during the insolvency period. The law gaps include the fiduciary guarantee law that guarantees full payment to the creditor but the control over the fiduciary property is in the debtor so that when the bankrupt debtor is not authorized to sell fiduciary goods. Then when the court decides the debtor is bankrupt, the curator can control all debtor's assets so that the authority of the collateral object is not with the creditor but with the curator. Furthermore, when a fiduciary guarantee is to be executed by a separatist creditor, the curator cannot present the fiduciary item for various reasons. The research method used is the normative legal research method. There are 2 materials in this research, namely legal and non-legal material. The legal material consists of primary legal materials, namely legislation,

secondary legal material, namely books or literatures and tertiary legal materials, namely various dictionaries commonly used. To solve this problem, the supervisory judge should give the creditor the right to physically control and maintain fiduciary goods when the debtor is bankrupt so that the creditor obtains the legality of executing fiduciary property. In addition, although the curator can control all debtor assets, the curator should be in accordance with the applicable provisions immediately to conduct a fiduciary goods auction so that the lender does not have to pay taxes and only pay a small fee for fiduciary goods maintenance. Then the curator should report the debtor's fiduciary property embezzlement case to the police to be investigated and found it's existing so that at the time of the auction the fiduciary item can be presented.

Keywords: Fiduciary Controlling; Curator Authority; Fiduciary Embedding.

A. Pendahuluan

Besarnya kegiatan usaha dan tingginya pertumbuhan penanaman modal telah menyebabkan pemerintah mendorong banyaknya tumbuh perusahaan pembiayaan baik badan usaha di luar bank maupun lembaga keuangan bukan bank yang tidak mengumpulkan dana langsung dari masyarakat, jasa yang diberikan lembaga keuangan mencakup Sewa Guna Usaha, Anjak Piutang, Usaha Kartu Kredit dan atau Pembiayaan Konsumen. Terdapatnya aset bernilai ekonomis sebagai barang jaminan dari pembiayaan yang akan diberikan merupakan skema dari jasa perusahaan pembiayaan.

Keberadaan lembaga pembiayaan pertama kali diatur dalam Keppres No. 61 Tahun 1988 tanggal 20 Desember 1988 jo. Pasal 1 huruf (b) SK Menteri Keuangan Nomor: 125/KMK.013/1988 tanggal 20 Desember 1988 tentang ketentuan dan tata cara pelaksanaan Lembaga Pembiayaan. Lembaga pembiayaan terdiri dari bank dan non bank. Lembaga pembiayaan non bank berdasarkan Keppres No. 61 Tahun 1988, antara lain meliputi kegiatan lembaga pembiayaan yang diperluas menjadi 6 (enam) bidang usaha, yaitu: sewa guna usaha, modal ventura, anjak piutang, pembiayaan konsumen, kartu kredit, dan

perdagangan surat berharga.¹

Hubungan hukum yang terjadi dalam kegiatan pembiayaan konsumen selalu dibuat secara tertulis (kontrak) sebagai dokumen hukum yang menjadi dasar kepastian hukum (*legal certainty*). Perjanjian pembiayaan konsumen ini dibuat berdasarkan atas asas kebebasan berkontrak para pihak yang memuat rumusan kehendak berupa hak dan kewajiban dari perusahaan pembiayaan konsumen sebagai pihak penyedia dana (*fund user*).² Selama terpenuhi syarat-syarat sahnya suatu perjanjian maka perjanjian tersebut adalah sah dan mengikat (perikatan) para pihak secara utuh.³

Syarat-syarat sahnya perjanjian berdasarkan ketentuan Pasal 1320 KUHPdata, mencakup syarat subyektif yaitu: sepakat mereka yang mengikatkan dirinya, cakap untuk membuat suatu perjanjian dan syarat obyektif yaitu mengenai suatu hal tertentu dan suatu sebab yang halal.

¹ Iqbal Latif, Skripsi Jaminan dan Pembiayaan Konsumen (Studi tentang Konstruksi Jaminan Fidusia Pada Perjanjian Pembiayaan Konsumen di PT.OTO Finance Tbk, (Surakarta: Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2011), hlm. 2.

² Sunaryo, Hukum Lembaga Pembiayaan, Jakarta, Sinar Grafika, 2009, hlm. 98.

³ Subekti, Hukum Perjanjian, (Jakarta: Intermasa, 2005), hlm. 17.

Sudah lama perjanjian pembiayaan hidup dan berkembang dalam hubungan bisnis di antara masyarakat meskipun tidak dicantumkan secara eksplisit di dalam KUHPerdara namun tersirat dalam Pasal 1338 KUHPerdara yang mengatur asas kebebasan membuat perjanjian. Ketentuan hukum ini memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat dan melaksanakan isi perjanjian sesuai dengan kesepakatan para pihak dan menjadi aturan hukum atau perikatan yang harus ditaati oleh semua pihak.

Suatu perikatan merupakan suatu hubungan hukum antar suatu pihak dengan pihak yang lain sehingga suatu pihak berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, sedangkan pihak yang lain tersebut wajib untuk melaksanakan tuntutan itu. Suatu pihak yang berhak menuntut sesuatu hal disebut dengan kreditur atau si berpiutang. Sementara pihak lain yang berkewajiban melaksanakan tuntutan disebut dengan debitur atau si berutang. Hubungan antara pihak yang satu kepada pihak yang lain tersebut dilindungi oleh hukum, oleh karena itu hak si berpiutang tersebut dijamin oleh hukum atau Undang-Undang, dan jika tuntutan tersebut tidak dilaksanakan secara sukarela maka si berpiutang dapat menggugat di depan hakim.

Kreditur akan menjadi pihak yang paling dirugikan apabila debitur lalai memenuhi prestasinya (wanprestasi) karena tidak dapat memperoleh apa yang seharusnya menjadi haknya. Penyebab kelalaian debitur memenuhi kewajibannya yaitu karena hancurnya bisnis dan atau bangkrutnya debitur sehingga debitur tidak dapat melaksanakan kewajibannya sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati bersama dengan kreditur.

Semua perjanjian dalam bisnis selalu

membutuhkan tersedianya jaminan untuk mengurangi risiko yang akan menimpa kreditur karena debitur tidak melaksanakan kewajibannya sesuai dengan kontrak. Dengan demikian sangat *urgent* diatur dengan baik suatu sistem lembaga jaminan yang sangat dibutuhkan untuk menjamin keamanan dan kepastian hukum bagi kreditur pada saat pemberian pinjaman dan pengembalian fasilitas pinjaman yang diberikannya.

Perlu diperhatikan beberapa prinsip hukum untuk menjamin keefektifan suatu jaminan utang yaitu sebagai berikut prinsip *assesoir* dan prinsip hak preferensi. Prinsip ikutan atau *assesoir* merupakan faktor ikutan dari perjanjian pokoknya yaitu perjanjian kredit itu sendiri yang timbul dari setiap perjanjian jaminan utang.

Kemudian yang dimaksud prinsip hak preferensi yaitu pihak kreditur yang telah diberi jaminan kredit oleh debitur pada umumnya akan memiliki hak atas jaminan pelunasan utang tersebut, maksudnya harus didahulukan dari pihak kreditur yang lain, dan untuk memperoleh hak preferensi terhadap jaminan fidusia maka pengikatan jaminan tersebut harus mempunyai unsur-unsur sebagaimana yang diamanatkan dalam Undang-Undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

Urutan kedudukan kreditur pemegang jaminan utang dengan hak preferensi memperoleh penyelesaian utangnya didahulukan dari kreditur lainnya yaitu kreditur preferen yang separatis, misalnya kreditur pemegang hak jaminan fidusia atau pemegang hak tanggungan, kemudian kreditur preferen yang bukan separatis, misalnya kreditur pajak atau kreditur preferen yang ditentukan oleh Pasal 1139 dan 1149 KUHPerdara dan yang terakhir yaitu kreditur *konkruen*, misalnya kreditur tanpa jaminan utang atau kreditur

dengan jaminan garansi personal.

Dalam keadaan aset seseorang atau suatu perusahaan tidak mampu untuk melunasi semua utangnya sedangkan upaya restrukturisasi atau *rescheduling* maupun upaya perdamaian tidak juga dapat dilakukan sehingga terjadi kondisi pailit atau dipailitkan oleh krediturnya maka hukumlah yang akan mengatasinya dengan memperhatikan antara kepentingan hak dan kedudukan setiap kreditur tersebut, sehingga terwujud keadilan dengan memberi porsi masing-masing kreditur sesuai dengan haknya berdasarkan Undang-Undang yang berlaku.

Ketika debitur tersebut bangkrut maka salah satu kreditur yang harus dipenuhi kepentingan hak dan kedudukannya yaitu kreditur yang mempunyai jaminan utang dengan benda objek jaminannya tidak dikategorikan dalam *boedel pailit*, sehingga saat debitur bangkrut maka jaminan utang tersebut dapat dieksekusi sendiri oleh krediturnya yang biasa disebut dengan *parate eksekusi* dengan tidak mendapatkan bantuan kurator dan juga dengan atau tidak dengan bantuan pengadilan, dalam kondisi ini kreditur separatis juga memiliki kedudukan hukum sebagai kreditur preferen, kreditur tipe ini contohnya adalah kreditur pemegang atau penerima jaminan hak fidusia, hak tanggungan, gadai, dan hipotek.

Kepemilikan oleh kreditur dari hasil eksekusi jaminan utang diawali oleh hubungan hukum dalam bentuk kontrak, berupa kontrak pemberian pinjaman yang diikuti oleh kontrak pengikatan jaminan, sehingga semua pihak terikat dengan segala hak dan kewajiban yang terbit dari kontrak pemberian pinjaman (perjanjian pembiayaan) tersebut dengan syarat kontrak tersebut tidak bertentangan dengan kepentingan pihak ketiga, ketertiban umum (*openbaar*

orde), kesusilaan atau perundang-undangan lainnya yang bersifat hukum memaksa (*dwingend recht*).⁴

Ketentuan ini menyebabkan kreditur separatis harus mentaati pengaturan hukum pailit yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Kedudukan penerima jaminan utang sebagai kreditur separatis dari perusahaan pailit menjadi menarik disebabkan oleh terdapatnya masa tunggu yang biasa dikenal dengan istilah kewajiban penangguhan eksekusi atau *stay* dan hal juga yang juga menjadi kewajiban terhadap pihak kreditur separatis.

Kreditur tidak diizinkan mengeksekusi sendiri jaminan utangnya dalam kurun waktu 90 hari dalam proses kepailitan meskipun utangnya sudah saatnya untuk dibayar. Hal ini bertujuan agar pemangku kepentingan dari perusahaan tersebut tidak merugi. Walaupun begitu, ketentuan ini menghalangi hak eksekusi penerima hak jaminan utang dan merugikan pihak kreditur separatis seperti kreditur penerima hak jaminan fidusia. Dengan demikian pembenaran terhadap masa tunggu bagi kreditur separatis haruslah selaras dengan prinsip-prinsip keadilan dan tidak merugikan kreditur separatis tersebut karena legalitas dari pemberian status kreditur separatis tersebut berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dalam jaminan utang yaitu sebagai berikut Undang-Undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia dan dikukuhkan oleh Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU.

Penerima jaminan fidusia sebagai

⁴ Munir Fuady, *Hukum Jaminan Utang* (Jakarta: Erlangga, 2013), hlm. 57.

kreditur separatis penerima jaminan utang dilindungi oleh hukum untuk menjual sendiri barang yang menjadi jaminan utang tanpa dibantu oleh kurator atau likuidator atau pembagi yang lain walaupun masih ada kreditur lain yang memberikan bantuan modal terhadap debitur pailit tersebut. Walaupun begitu ketentuan Pasal 178 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU membatasi kewenangan pemegang jaminan fidusia sebagai kreditur separatis untuk menjual sendiri barang yang menjadi jaminan fidusia tersebut. Batasan tersebut adalah apabila barang jaminan fidusia belum dijual maka kewenangan mengeksekusi barang jaminan fidusia beralih ke pihak kurator.

Definisi insolvensi yaitu masa debitur dalam kondisi yang tidak sanggup membayar utang, yang dapat terjadi karena tidak diberikan kesempatan perdamaian saat rapat verifikasi atau apabila perdamaian yang diusulkan tidak diterima atau legaliasi perdamaian tersebut secara pasti tidak diterima.

Jika kreditur separatis tidak berhasil menjual jaminan tersebut akibatnya biaya kepailitan termasuk biaya kurator dan utang harta pailit harus ikut pula dibayar kreditur separatis, bahkan kedudukan tagihan kreditur separatis berada di bawah utang pajak karena yang harus dibayar lebih dahulu adalah utang pajak sebelum budel dibagi bahkan sebelum diberikan kepada kreditur separatis.

Penyebab kreditur separatis tidak dapat menjual sendiri jaminan fidusia yaitu karena jaminan fidusia tersebut berbentuk barang bergerak seperti kendaraan dan alat berat sehingga mudah dipindahkan ke tempat yang tidak diketahui pada saat dilakukan eksekusi. Argumen kurator kepada kreditur separatis yaitu debitur tidak memberikan

jaminan fidusia kepada kurator atau kurator tidak diwajibkan menyediakan fisik jaminan fidusia kepada kreditur separatis walaupun saat putusan pailit dibacakan maka sita umum dan pengurusan semua harta pailit beralih dalam penguasaan kurator yang harus mengurus, mendata, dan merawat seluruh harta pailit dengan tujuan tidak merugikan harta pailit.

Kurator tidak mengizinkan kreditur separatis yang bermaksud mengamankan dan merawat barang jaminan fidusia karena barang jaminan fidusia tersebut masih dalam masa *stay* atau penangguhan eksekusi. Apabila kreditur separatis memaksa menguasai barang jaminan fidusia, kurator dapat mengadakan peristiwa tersebut karena melanggar Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang kepailitan dan PKPU untuk melewati masa penangguhan eksekusi.

Namun saat masa penangguhan eksekusi berakhir dan beralih ke masa insolvensi maka kreditur separatis hanya diberikan waktu 2 (dua) bulan untuk mengeksekusi barang jaminan fidusia, kreditur separatis akan gagal menjual barang jaminan eksekusi karena barang jaminan fidusia yang tidak dikuasai secara fisik tersebut tidak dapat diberikan kreditur separatis kepada mereka yang akan membeli. Padahal kurator tidak mau menunjukkan keberadaan barang jaminan fidusia pada saat kreditur mempersoalkan keberadaan jaminan objek fidusia tersebut yang bermaksud menguasai secara fisik untuk mempersiapkan eksekusi jaminan objek fidusia tersebut. Hal ini menyulitkan kreditur separatis dalam menyelesaikan kredit macetnya.

Kreditur separatis dapat memperoleh seluruh hasil penjualan barang jaminan fidusia dengan tidak harus membayar biaya kepailitan apabila barang jaminan fidusia mampu dieksekusi

sendiri oleh kreditur separatis. Biaya yang harus dibayar hanyalah biaya-biaya dalam proses eksekusi yang menjadi kewajiban pembeli: biaya akta jual beli, biaya balik nama, pajak jual beli, dan sebagainya seperti pada proses jual beli secara normal. Hal ini akan menghasilkan kepastian hukum atas penyelesaian kewajiban debitur pailit melalui eksekusi/penjualan sendiri unit yang dijaminan sesuai undang-undang.⁵

Setelah menganalisis uraian tersebut, dapat diketahui bahwa kreditur sangat berperan aktif dalam peningkatan dunia usaha di Indonesia walaupun kreditur tersebut merupakan kreditur penerima hak jaminan fidusia yang sangat dirugikan debitur tidak mampu membayar utangnya karena pailit. Eksekusi barang jaminan fidusia tidak langsung dapat dilaksanakan oleh kreditur separatis dengan mudah, cepat, dan murah sebagaimana yang diamanatkan Undang-Undang. Berdasar-kan hal tersebut maka penulis tertarik untuk menelitinya dengan judul artikel: Celah Hukum Eksekusi Jaminan Fidusia Oleh Kurator Pada Masa Insolvensi. Sedangkan rumusan masalah yang akan diteliti oleh penulis yaitu tentang Bagaimanakah penguasaan objek fidusia pada masa insolvensi? Bagaimanakah kewenangan pemegang Jaminan Fidusia pada masa insolvensi? dan Bagaimanakah penanganan kasus penggelapan objek fidusia pada masa Insolvensi?.

B. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini yaitu metode penelitian hukum normatif karena penelitian ini menganalisis celah hukum eksekusi fidusia oleh kurator pada masa

insolvensi dengan menggunakan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang serta Peraturan Perundang-undangan lainnya yang terkait. Definisi metode penelitian normatif yaitu penelitian yang difokuskan untuk mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif. Konsep ini memandang hukum identik dengan norma-norma tertulis yang dibuat dan diundangkan oleh lembaga atau pejabat berwenang.⁶ Terdapat 2 (dua) bahan dalam penelitian ini, yaitu bahan hukum dan bahan non hukum. Bahan-bahan hukum yang dipakai dalam penelitian ini mencakup:

1. Bahan-bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat dan berlaku umum. Adapun bahan-bahan hukum yang dipakai penulis adalah peraturan perundang-undangan yang terdiri dari:
 - a. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.
 - b. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.
2. Bahan-Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan hukum yang menguraikan secara komprehensif dan sistematis bahan hukum primer. Adapun bahan hukum sekunder yang digunakan penulis yaitu buku-buku atau literatur-literatur yang terikat dengan penelitian ini, secara spesifik mengenai hukum perjanjian, hukum jaminan utang, hukum perusahaan dan kepailitan, hukum pailit dalam

⁵ Munir Fuady, *Hukum: Pailit Dalam Teori dan Praktek*, (Jakarta:Citra Aditya Bhakti, 1999), hlm. 105.

⁶ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayumedia Publishing, 2006, hlm. 295.

teori dan praktik sebagai bahan penelitian terhadap kasus pailit yang digunakan.

3. Bahan-Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum yang menguraikan tentang pemaknaan suatu istilah untuk menjelaskan bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Dalam hal ini bahan hukum tersier yang digunakan penulis yaitu kamus hukum lengkap.

Di samping itu digunakan pula bahan-bahan non hukum dalam penelitian ini karena dipandang dibutuhkan. Bahan non hukum yang digunakan mencakup Kamus Besar Bahasa Indonesia, jurnal, hasil penelitian dan disiplin ilmu lainnya yang sangat terkait untuk dapat memahami penelitian ini secara komprehensif. Manfaat Bahan-bahan non hukum yaitu untuk memperluas wawasan peneliti dan/atau memperkaya sudut pandang peneliti.⁷

C. Pembahasan

1. Penguasaan Objek Fidusia Pada Masa Insolvensi

Menurut Pasal 27 ayat (3) UU Fidusia hak untuk didahulukan dari Penerima Fidusia tidak hapus karena adanya kepailitan dan atau likuidasi Pemberi Fidusia. Berdasarkan ketentuan tersebut maka jika debitur pemberi fidusia pailit maka barang jaminan fidusia tidak berada di dalam *boedel* pailit.

Kreditur penerima jaminan fidusia tetap menjadi kreditur separatis karena jaminan fidusia merupakan salah satu jaminan kebendaan. Bank sebagai kreditur penerima jaminan fidusia dalam praktik perbankan tetap memiliki kedudukan separatis apabila debiturnya mengalami kepalitan.

Demikian pula bank hampir selalu

memberikan hak jaminan fidusia yang diberikan kepada debitur karena membutuhkan barang-barang persediaan dan barang-barang bergerak. Secara hukum hak jaminan fidusia memberikan jaminan pembayaran secara penuh terhadap barang-barang yang dibebani hak jaminan fidusia itu kepada kreditur, namun penguasaan atas barang tersebut ada pada debitur. Oleh karena itu, kurator tidak memiliki wewenang menjual benda jaminan fidusia, karena benda tersebut secara hukum bukanlah milik debitur melainkan milik kreditur.

Satu hal yang sangat mengganggu kepastian hukum di dalam praktik apabila benda-benda objek jaminan fidusia yang akan dieksekusi secara langsung berdasarkan parate eksekusi sudah berada dalam penguasaan pihak ketiga yang tidak ada kaitannya dengan perjanjian, setiap upaya untuk menarik benda-benda bergerak yang menjadi objek jaminan fidusia dengan cara-cara kekerasan jelas tidak dapat dilakukan walaupun di dalam perjanjian pokoknya sudah dicantumkan klausula yang bersifat antisipatif sebagai berikut: "Apabila debitur tidak memenuhi kewajibannya, maka kreditur diberi hak untuk mengambil dengan paksa mobil yang dijaminakan apabila perlu dengan bantuan pihak yang berwajib".⁸

Jaminan Fidusia dapat dengan mudah dipindahtangankan karena sifatnya sebagai benda bergerak. Kedudukan kreditur penerima jaminan fidusia pada saat pailit hanya sebagai kreditur konkuren karena kreditur penerima jaminan fidusia sebagai kreditur separatis tidak mampu melaksanakan haknya.

⁷ Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Cetakan Ketiga, (Jakarta, Sinar Grafika, 2011), hlm. 57.

⁸ H.M.N Purwosutjipto, *Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia, Perwasitan, Kepailitan dan Penundaan Pembayaran*, Jilid 8, (Jakarta: Djambatan, 1998), hlm. 49.

Kedudukan kreditur penerima jaminan fidusia serupa dengan kreditur separatis karena memiliki surat tertulis yang berasal dari Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia. Namun perbedaan yang mendasar antara kreditur separatis dan jaminan fidusia yaitu kreditur separatis menguasai barang jaminan sedangkan jaminan fidusia tidak menguasai barang.

Dalam rapat verifikasi akan diungkapkan tentang bukti dan pengelompokan kreditur separatis atau preferen. Apabila debitur pailit maka mengenai eksekusi jaminan fidusia menurut Pasal 56 UU Kepailitan maka eksekusi harus mengikuti peraturan yaitu tidak dapat mengeksekusi langsung sebelum kondisi pailit perusahaan diputuskan. Namun jika dicermati Pasal 48 UU Kepailitan mengenai hak tuntutan kembali menjadi harta pailit, hal ini jarang terjadi.

Apabila mengamati Balai Harta Peninggalan atau Kurator Swasta maka akan sulit menyesuaikan perkembangan zaman. Hal ini hanya dianggap sebagai kreditur preferen atau sebagai kreditur konkuren. Dalam rapat verifikasi Hakim Pengawas berwenang memutuskan jenis kreditur secara jelas. Apabila hanya utang piutang biasa tanpa jaminan dikategorikan sebagai konkuren bersaing.

Jika pemberi fidusia pailit dan tidak membayar kewajibannya, eksekusi terhadap barang jaminan fidusia dilaksanakan dengan cara:

- a. Pelaksanaan titel eksekusi eksekutorial oleh penerima fidusia tanpa melalui Pengadilan;
- b. Penjualan benda yang menjadi jaminan fidusia melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan.
- c. Penjualan di bawah tangan yang dilakukan berdasarkan kesepakatan pemberi dan penerima fidusia apabila

dapat diperoleh harga tertinggi yang menguntungkan para pihak dengan syarat:

- 1) Pelaksanaan Penjualan dilakukan setelah lewat waktu 1 bulan sejak diberitahukan secara terbuka oleh pemberi atau penerima fidusia kepada pihak-pihak yang berkepentingan.
- 2) Diumumkan dalam 2 (dua) surat kabar.

Kekuatan eksekutorial sertifikat jaminan fidusia sama dengan kekuatan eksekutorial putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap. Penerima fidusia dapat segera melakukan eksekusi beralaskan titel eksekutorial tersebut lewat pelelangan umum atas barang jaminan fidusia secara Parate Eksekusi. Jika hal ini tidak dapat dilakukan, maka dapat saja dilakukan penjualan di bawah tangan dengan syarat terdapat kesepakatan antara pemberi dan penerima fidusia dan ketentuan jangka waktu pelaksanaan penjualan terpenuhi. Setelah lebih dari satu bulan sejak diberitahukan secara tertulis oleh pemberi dan penerima fidusia kepada pihak yang terkait dan dipublikasikan sekurangnya dalam dua surat khabar yang beredar di daerah yang bersangkutan maka upaya penjualan dengan cara di bawah tangan baru dapat dilaksanakan. Jika hasil eksekusi melampaui nilai jaminan, penerima fidusia wajib memberikan kelebihan tersebut kepada pemberi fidusia dan jika hasil eksekusi kurang untuk membayar utang, maka debitur bertanggung jawab terhadap utang yang belum lunas tersebut.

Berdasarkan ketentuan UU No. 42/1999 model-model eksekusi Jaminan Fidusia yaitu:

- a. Eksekusi Fidusia dengan Titel eksekutorial;

Terdapat beberapa akta yang memiliki titel eksekutorial, yang dikenal dengan istilah “grosse akta”, yaitu:

- 1) Akta hipotek menurut Pasal 224 HIR;
- 2) Akta pengakuan utang menurut Pasal 224 HIR;
- 3) Akta hak tanggungan menurut UU Hak Tanggungan No. 4 Tahun 1996; dan
- 4) Akta Fidusia menurut UU Fidusia No.42 Tahun 1999.

Berdasarkan HIR, setiap akta yang memiliki titel eksekutorial dapat dilaksanakan fiat eksekusi. Pasal 224 HIR menegaskan bahwa *grosse* dari akta hipotek dan surat utang yang dibuat di hadapan notaris di Indonesia dan yang kepalanya berbunyi “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” memiliki kekuatan sama dengan kekuatan putusan hakim.

Pasal 15 UU No. 42 Tahun 1999 tentang Fidusia mengamanatkan agar dalam Sertifikat Jaminan Fidusia dicantumkan kata-kata “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”. Jika dicermati, sertifikat jaminan fidusia tersebut memiliki kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum penuh.

Berdasarkan ketentuan tersebut maka salah satu syarat agar suatu fiat eksekusi dapat dilaksanakan yaitu dalam akta tersebut terdapat irah-irah yang berbunyi “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA”. Irah-irah tersebut memberikan titel eksekutorial karena memiliki kekuatan yang sama dengan putusan pengadilan. Dengan demikian, akta tersebut dapat dieksekusi tanpa membutuhkan putusan pengadilan.

- b. Eksekusi Fidusia Dengan Cara Parate Eksekusi Melalui Kantor Lelang
Penerima fidusia dapat melakukan

eksekusi melalui lembaga pelelangan umum (Kantor Lelang). Hasil pelelangan tersebut selanjutnya dipungut untuk melunasi pembayaran piutang-piutangnya. Menurut Pasal 29 ayat (1) huruf b parate eksekusi melalui pelelangan umum dapat dilaksanakan tanpa perlu mengikuti persidangan di pengadilan. Ketentuan ini memberikan kepastian hukum bahwa setiap eksekusi melalui kantor pelelangan umum tidak perlu memperoleh penetapan pengadilan.

- c. Eksekusi Fidusia Melalui Parate Eksekusi atau Penjualan di Bawah Tangan

Parate eksekusi juga dapat diterapkan terhadap Jaminan fidusia dengan cara menjual barang jaminan Fidusia di bawah tangan, dengan ketentuan terpenuhi syarat-syarat untuk itu. Menurut Pasal UU No. 42 Tahun 1999 kriteria suatu fidusia dapat dieksekusi di bawah tangan yaitu:

- 1) Dilaksanakan berdasarkan kesepakatan antara pemberi dan penerima fidusia, yang dilakukan pada saat diikatkan fidusia, pada saat berlangsungnya fidusia, maupun pada saat menjelang proses eksekusinya;
- 2) Jika dengan cara penjualan di bawah tangan tersebut dicapai harga tertinggi yang menguntungkan para pihak;
- 3) Diberitahukan secara tertulis oleh pemberi dan/atau penerima fidusia kepada pihak-pihak yang berkepentingan;
- 4) Diumumkan dalam sedikit-dikitnya dua surat kabar yang beredar di daerah bersangkutan.
- 5) Pelaksanaan penjualan dilakukan setelah lewat waktu 1 (satu) bulan sejak diberitahukan secara tertulis;
- 6) Meskipun tidak ditemukan dengan tegas dalam Undang-Undang

Fidusia (berbeda dengan Undnag-Undang Hak Tanggungan), tentu saja objek fidusia baru dapat dieksekusi jika dalam proses eksekusi tersebut tidak ada yang keberatan atau tidak ada sengketa, sebab itulah salah satu tujuan pengumuman terhadap eksekusi itu, namun demikian, pihak pemberi fidusia tidak dapat lagi berkeberatan jika sebelumnya sudah setuju terhadap proses eksekusi secara langsung tersebut.

d. Eksekusi Fidusia secara Lelang Sendiri Tanpa Melalui Kantor Lelang

Meskipun tidak ditegaskan dalam Undang-Undang, eksekusi objek jaminan fidusia dapat juga dilakukan dengan jalan menjual lelang sendiri oleh krediturnya, tanpa ikut campur tangan kantor lelang maupun pengadilan. Cara penjualan seperti ini dapat dianggap sebagai salah satu varian dari eksekusi secara parate (mengeksekusi tanpa lewat pengadilan) dengan cara menjual benda objek jaminan fidusia tersebut langsung oleh kreditur secara di bawah tangan, asalkan terpenuhi syarat-syarat untuk itu sebagaimana ditentukan oleh Undang-Undang Fidusia No.42 Tahun 1999 (Pasal 29).

2. Kewenangan Kurator Pada Masa Insovensi

1. Kewenangan Kreditur Separatis

a. Dalam Masa Insolvensi

Pasal 59 ayat (1) menyatakan bahwa kewenangan kreditur separatis pemegang hak jaminan hutang dalam masa insolvensi, yaitu

- 1) Sebelum jatuhnya putusan pailit (kecuali dilakukan sita jaminan);
- 2) Setelah berakhirnya *stay* (penangguhan eksekusi) sampai dengan insolvensi;

- 3) Selama 2 (dua) bulan sejak insolvensi (Pasal 59 ayat (1));

Dengan dijatuhkannya putusan kepailitan, mempunyai pengaruh bagi debitur dan harta bendanya. Bagi debitur, sejak diucapkannya putusan kepailitan ia kehilangan haknya untuk melakukan pengurusan dan penguasaan atas harta bendanya (*persona standi in judicio*). Pengurusan harta pailit ini akan beralih ke tangan Balai Harta Peninggalan (BHP) dan BHP akan bertindak selaku pengampu (kurator). Putusan pailit oleh pengadilan tidak mengakibatkan debitur kehilangan kecakapannya untuk melakukan perbuatan hukum pada umumnya tetapi hanya kehilangan kekuasaan atau kekuasaan untuk mengurus dan mengalihkan harta kekayaannya saja. Dengan demikian debitor tetap dapat melakukan perbuatan hukum,⁹ misalnya, debitur masih diperkenankan untuk melakukan perbuatan-perbuatan hukum di bidang harta kekayaan, misalnya: membuat perjanjian, apabila dengan perbuatan hukum tersebut akan memberikan keuntungan bagi harta (*boedel*) si pailit. Sebaliknya apabila dengan perjanjian atau perbuatan hukum tersebut justru akan merugikan *boedel*, maka kerugian tersebut tidak mengikat *boedel*.¹⁰

Kemudian Pasal 1134 ayat (2) KUHPerdara mengamanatkan agar

⁹ Putri Ayu Lestari Kosasih, Praktek Hak Eksekutorial Separatis Kreditur Terhadap Debitur Yang Dinyatakan Pailit Pada Perbankan di Indonesia, Lex Privatum, Vol.1/No.2/Apr-Jun/2013, hlm. 183.

¹⁰ Zainal Azikin, Hukum Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Hutang Di Indonesia, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1998), hlm. 49.

sebagai pemegang jaminan kebendaan selaku kreditur separatis pada dasarnya lebih tinggi kedudukannya dari kreditur lainnya sebagaimana ditegaskan kecuali Undang-Undang menentukan sebaliknya. Hak *privilege* kreditur yang diistimewakan tidak akan diperkecil dalam pembayaran kepada kreditur separatis. Oleh karena itu kedudukan kreditur separatis merupakan yang tertinggi dibandingkan kreditur yang lain kecuali Undang-Undang menentukan sebaliknya. Kurator ataupun kreditur diistimewakan dapat meminta semua haknya secara penuh dari kreditur separatis yang diperoleh dari hasil penjualan objek jaminan, baik yang dijual kreditur separatis maupun jika dijual oleh kurator.

Sehubungan dengan pernyataan pailit seorang debitur tidak terlalu penting bagi kreditur separatis dan kreditur preferen, karena mereka dapat mengeksekusi benda jaminan seolah-olah tidak terjadi kepailitan. Berbeda halnya dengan kreditur konkuren yang tidak mempunyai benda jaminan sehingga berpotensi terjadi perebutan harta debitur di antara mereka. Dengan demikian, salah satu fungsi kepailitan yaitu untuk memenuhi kreditur pesaing atau kreditur konkuren dengan adil, sehingga tidak terjadi perbuatan-perbuatan yang secara hukum tidak dibenarkan.

b. Eksekusi Jaminan Oleh Kreditur Separatis

Definisi dari eksekusi yaitu tindakan hukum untuk mengimplementasikan perintah pengadilan dalam putusan

pengadilan untuk menerapkan terhadap tergugat yang kalah dalam sengketa. Pihak penggugat akan mengajukan permintaan kepada Hakim agar objek jaminan dikuasai secara fisik oleh penggugat, baik dengan mengosongkan rumah atau meninggalkan tanah, memberikan sesuatu yang telah disahkan milik penggugat, untuk memenuhi perjanjian yang dilanggar, menghentikan perbuatan yang dilanggar dalam perjanjian, atau memberikan ganti kerugian.

Menurut Pasal 58 ayat (2) UU Kepailitan kreditur separatis yang mengambil sendiri objek jaminan, berhak secara utuh dari hasil penjualan jaminan tersebut terhadap piutang yang disepakati menggunakan jaminan tersebut dan berhak atas bunganya.

Meskipun begitu kreditur separatis wajib mempertanggungjawabkan kepada kurator terhadap semua hasil penjualan barang jaminan termasuk kelebihan yang dikurangi dengan hak kreditur separatis. Kelebihan hasil penjualan barang jaminan tersebut akan disimpan ke dalam harta pailit untuk diberikan kepada kreditur konkuren.

Jika dalam praktiknya hasil penjualan objek jaminan tersebut kurang untuk membayar semua piutang kreditur separatis, kekurangan tagihan yang harus dibayar dijadikan sebagai tagihan konkuren sesudah diajukan dalam rapat verifikasi.

Oleh karena itu, kekurangan tagihan yang harus dibayar oleh debitur dapat diajukan tagihan pelunasan oleh kreditur separatis dalam rapat verifikasi. Sisa tagihan

merupakan hak dari kreditur konkuren, sehingga tidak perlu diutamakan dari tagihan seluruh kreditur konkuren. Kedudukan dan hak seluruh kreditur adalah sama dalam mendapatkan pelunasan secara pantas sesuai dengan jumlah setiap piutang.

2. Kewenangan Kurator Pada Masa Insolvensi

a. Pada Saat Insolvensi

Waktu yang dibutuhkan dalam penundaan eksekusi jaminan utang yaitu 90 (sembilan puluh) hari sejak putusan Pengadilan Niaga yang menyatakan debitur tersebut pailit. Pihak yang berwenang menjual barang jaminan hutang pada saat kepailitan yaitu kurator, ketika:

1) Dalam masa *stay* (penagguhan eksekusi), dengan alasan untuk kelangsungan usaha debitur tetapi dengan syarat sebagai berikut:

- a) Harta tersebut berada dalam pengawasan kurator; dan
- b) Sudah diberikan perlindungan yang wajar kepada kreditur separatis atau pihak ketiga. Perlindungan tersebut misalnya berupa: ganti rugi atas terjadinya penurunan nilai harta pailit, hasil penjualan bersih, hak kebendaan pengganti imbalan yang wajar dan adil serta pembayaran tunai lainnya (Pasal 56 ayat (2) dan penjelasannya.¹¹

2) Setelah lewat 2 (dua) bulan sejak insolvensi (Pasal 59 ayat (2)).

b. Eksekusi Jaminan Oleh Kurator

Apabila pengadilan memutuskan bahwa debitur pailit, maka kurator dapat menguasai semua kekayaan debitur, walaupun debitur menjaminkan kekayaannya kepada bank atau kreditur. Dengan demikian hak dan kewenangan melaksanakan penyitaan terhadap kekayaan debitur ada pada kurator. Makna kepailitan adalah sita umum terhadap semua kekayaan debitur, walaupun begitu pemegang jaminan kebendaan yaitu bank memiliki hak untuk melaksanakan penjualan atau lelang terhadap barang jaminan dalam kurun waktu 2 (dua) bulan setelah memasuki masa insolvensi. Lebih lanjut diamanatkan oleh Pasal 115 ayat (1) UU Kepailitan bahwa:

“Semua kreditur wajib menyerahkan piutangnya masing-masing kepada kantor yang disertai dengan surat bukti atau salinannya dan suatu pernyataan ada atau tidaknya kreditur mempunyai hak istimewa, hak gadai, hak jaminan fidusia, hak tanggungan, hipotik, dan agunan atas kebendaan lainnya atau hak untuk menahan benda.”

Balai Harta Peninggalan pada awalnya menjual barang jaminan dilaksanakan secara lelang. Akan tetapi apabila pelaksanaan lelang gagal maka penjualan barang jaminan dapat dilaksanakan melalui di bawah tangan di hadapan notaris dengan izin dan persetujuan dari hakim pengawas.

Implementasi eksekusi barang jaminan yang dilaksanakan oleh kurator, menyebabkan bank berhenti memiliki kedudukan sebagai

¹¹ Hadi Setiap Tunggal, Undang-Undang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, UU RI No. 37 Tahun 2004, (Jakarta: Harvarindo, 2005), hlm. 29.

kreditur separatis namun menjadi kreditur preferen.

Pelaksanaan eksekusi objek jaminan yang dilakukan oleh kurator, menempatkan bank tidak lagi berkedudukan sebagai kreditur separatis tetapi kreditur preferen. Bank yang berkedudukan sebagai kreditur preferen masih berhak memperoleh secara utuh pembayaran piutang secara diutamakan namun tidak termasuk bunga. Di samping itu dapat berpotensi harus menunggu hingga dilaksanakan pemberian harta pailit, karena sesungguhnya kekayaan baru dapat diberikan kepada kreditur setelah semua harta debitur terjual dalam bentuk tunai. Namun, juga membuka peluang bagi kurator memberikan hasil penjualan objek pailit yang sudah terjual terlebih dahulu secara pantas dan adil.

Jika demikian, terbuka peluang hasil penjualan harta jaminan dibagikan oleh kurator tanpa perlu menunggu hingga dilaksanakan pembagian semua objek pailit.

Sebelum diberikan kepada kreditur preferen hasil penjualan barang jaminan terlebih dahulu disisihkan terhadap kewajiban membayar biaya pailit dan biaya kurator secara adil dan pantas, peristiwa ini tidak akan terjadi apabila kreditur separatis mengeksekusi sendiri barang jaminan tersebut setelah dibagikan kepada kreditur preferen, maka kelebihan hasil penjualan barang jaminan akan digabung dalam harta pailit. Sedangkan jika hasil penjualan barang jaminan kurang dari jumlah piutang kreditur preferen, sisanya hanya berkedudukan sebagai kreditur konkuren hanya saja harus

dilakukan rapat verifikasi namun tidak mendapatkan bunga.

3. Perbuatan Penggelapan Jaminan Fidusia Pada Saat Insolvensi

1. Dalam Bentuk Fidusia

Di dalam penjelasan Pasal 2 UUKPKPU disebutkan bahwa dalam kepailitan kreditur dibedakan menjadi 3 (tiga) golongan, yaitu:

- a. Kreditur separatis (kreditur yang memegang hak jaminan kebendaan atas piutangnya). Jaminan ini mencakup Gadai, Fidusia, Hak Tanggungan dan Hipotik Kapal.
- b. Kreditur preferen (kreditur yang diistimewakan). Kreditur jenis ini merujuk pada Pasal 1139 dan Pasal 1149 KUHPerdara, yaitu kreditur yang memiliki piutang-piutang yang diistimewakan, antara lain mencakup:
 - 1) biaya perkara;
 - 2) uang sewa dari benda tak bergerak;
 - 3) harga pembelian benda bergerak yang belum dibayar;
 - 4) upah para buruh;
- c. Kreditur konkuren (kreditur biasa), artinya kreditur yang sama sekali tidak memegang jaminan khusus atas piutangnya dan tidak memperoleh hak diistimewakan dari undang-undang.

Dari ketentuan tersebut di atas, kreditur pemegang fidusia dan hak tanggungan adalah termasuk kreditur separatis. Dalam pelaksanaannya, berdasarkan Pasal 55 ayat (1) UUKPKPU, kreditur separatis tidak perlu khawatir bilamana debiturnya dinyatakan pailit oleh suatu putusan Pengadilan, karena ia dapat melaksanakan hak eksekutorialnya sendiri seolah-olah tidak terjadi kepailitan.

Mengenai hak eksekutorial kreditur separatis dapat dilaksanakan, bahwa frasa seolah-olah tidak terjadi kepailitan, tidak berarti bahwa benda yang diikat dengan jaminan kebendaan tertentu menjadi kebal dari kepailitan (*bankruptcy proof*). Benda tersebut tetap merupakan bagian dari harta pailit, namun kewenangan eksekusinya diberikan kepada kreditur pemegang jaminan kebendaan tersebut.

Meskipun kreditur separatis dapat melaksanakan hak eksekutorial-nya sendiri seolah-olah tidak terjadi kepailitan, akan tetapi Pasal 56 UUKPKPU memberikan penangguhan jangka waktu eksekusi paling lama 90 (sembilan puluh) hari sejak tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan. Berdasarkan Pasal 59 UUKPKPU yang menyebutkan bahwa kreditur separatis harus melaksanakan hak eksekutorial-nya dalam waktu paling lambat 2 (dua) bulan setelah dimulainya keadaan insolvensi.

Sedangkan dalam Pasal 59 ayat (2) UUKPKPU, setelah melewati jangka waktu 2 (dua) bulan tersebut, Kurator harus menuntut diserahkannya benda yang menjadi agunan untuk selanjutnya dijual sesuai dengan cara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 185, tanpa mengurangi hak kreditur pemegang hak tersebut atas hasil penjualan agunan tersebut.

Jadi, kreditur separatis dapat melakukan eksekusi terhadap jaminan (fidusia maupun hak tanggungan) setelah melewati masa penangguhan paling lama 90 (sembilan puluh) hari sejak tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan dan eksekusinya dilakukan paling lambat 2 (dua) bulan setelah dimulainya keadaan insolvensi.

2. Penerapan Actio Paulina

Actio Paulina merupakan

perbuatan hukum yang dilakukan oleh debitur sebelum ia dinyatakan pailit, perbuatan hukum tersebut tidak diwajibkan, dan debitur mengetahui bahwa perbuatan hukum tersebut merugikan kepentingan kreditur. Kreditur mempunyai hak untuk mengajukan pembatalan kepada Pengadilan terhadap perbuatan hukum yang dilakukan oleh debitur sebelum dinyatakan pailit yang mengakibatkan kerugian bagi kreditur. Debitur atau pihak dengan siapa perbuatan hukum tersebut dilakukan dapat membuktikan sebaliknya bahwa mereka mengetahui atau patut mengetahui bahwa perbuatan hukum tersebut tidak mengakibatkan kerugian bagi kreditur. Permohonan pembatalan atas perbuatan hukum yang dilakukan oleh debitur diajukan dalam rangka pemberesan harta pailit. Tujuannya adalah untuk memperbanyak harta pailit, agar para kreditur memperoleh pembayaran secara maksimal sesuai dengan jumlah piutang yang dimiliki oleh para kreditur.¹²

Actio pauliana sebagai lembaga yang melindungi kepentingan kreditur memiliki beberapa persyaratan yang bersifat kumulatif.

Pertama, debitur telah melakukan suatu perbuatan hukum.

Kedua, perbuatan hukum tersebut tidak wajib dilakukan oleh debitur.

Ketiga, perbuatan hukum tersebut telah merugikan kepentingan kreditur.

Keempat, pada saat melakukan perbuatan hukum tersebut debitur mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa perbuatan hukum yang dilakukannya akan merugikan

¹² Elijana, Penelitian Hukum Tentang Penyelesaian Sengketa melalui Peradilan Niaga, (Jakarta: BPHN dan Depkeh dan HAM, 2000), hlm. 15

kepentingan kreditur; dan *Kelima*, pada saat perbuatan hukum tersebut dilakukan pihak dengan siapa perbuatan hukum itu dilakukan mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa perbuatan hukum itu dilakukan mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa perbuatan hukum tersebut akan mengakibatkan kerugian bagi kreditur.¹³

Dalam pembahasan ini, penerapan *actio pauliana* pada masa insolvensi atas kewenangan kreditur separatis sebagai pemegang jaminan fidusia dalam mengeksekusi sendiri terhadap kasus kepailitan mengalami kendala seperti kreditur separatis tidak dapat melakukan penjualan unit jaminan karena fisik unit jaminan tidak diketahui keberadaan unit jaminan fidusia yang biasanya merupakan barang bergerak dan pada saat dijual harus dihadirkan fisiknya, akan tetapi keberadaan unit jaminan tidak jelas yang hendak melakukan penguasaan unit jaminannya tersebut dalam rangka persiapan eksekusi jaminannya tersebut. Sehingga hal ini sangat merugikan kreditur separatis dalam mendapatkan penyelesaian kredit macetnya.

3. Penerapan Perbuatan Penggelapan

Harta pailit (*boedel* pailit) seringkali menjadi permasalahan ketika perusahaan mengalami kepailitan. Karena ketika perusahaan tersebut diputus pailit oleh Pengadilan Niaga penguasaan atas harta pailit tersebut beralih dari debitur pailit kepada kurator yang ditunjuk langsung oleh Hakim Pengawas. Ketika penguasaan atas harta pailit tersebut beralih, kurator memiliki kewenangan penuh untuk mengelola harta pailit

debitur. Kurator terkadang menyalahgunakan wewenang tersebut untuk melakukan tindak pidana salah satunya penggelapan terhadap harta pailit.

Pengertian yuridis mengenai penggelapan berdasarkan Pasal 372 KUHP, diformulasikan sebagai berikut:

“Barangsiapa dengan sengaja dan melawan hukum memiliki suatu benda yang seluruhnya atau sebagian milik orang lain, yang ada dalam kekuasaannya bukan karena kejahatan, diancam karena penggelapan dengan pidana penjara paling lama 4 tahun atau denda paling banyak Rp 900,-”.

Dalam praktiknya, adanya dugaan tindak pidana penggelapan terhadap penguasaan harta pailit tersebut adalah apabila kreditur separatis tidak dapat melakukan penjualan jaminan tersebut maka konsekuensinya kreditur separatis harus juga ikut membayar ongkos-ongkos kepailitan termasuk di dalamnya *fee* kurator dan utang harta pailit, bahkan kedudukan tagihannya menjadi di bawah utang pajak berhubung utang pajak harus dibayar terlebih dahulu sebelum *boedel* dibagi, juga sebelum dibagi kepada kreditur separatis.

Hal ini terjadi antara lain ketika jaminan fidusia yang biasanya merupakan aset bergerak (kendaraan/alat berat) pada saat pihak kreditur separatis hendak melakukan eksekusi/penjualan jaminan tersebut, unit kendaraan/alat berat tidak diketahui keberadaannya, kurator memberikan dalil antara lain debitur yang tidak kooperatif.¹⁴ Sehingga tidak/belum

¹³ Ibid, hlm. 15-16.

¹⁴ Imran Nating, Peranan dan tanggung Jawab Kurator dalam Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004), hlm. 11.

menyerahkan objek jaminan kepada kurator, atau kurator menyatakan bahwa kurator tidak diharuskan menghadirkan/mengantarkan fisik unit jaminan ke tempat/kepada kreditur separatis padahal ketika putusan pailit dibacakan maka berlaku sita umum dan pengurusan semua harta pailit beralih ke tangan kurator yang seharusnya melakukan pengurusan harta pailit (termasuk menginventaris harta pailit dan melakukan pengamanan dan perawatan harta pailit agar tidak merugikan harta pailit).

Ketika kreditur separatis hendak melakukan pengamanan/penjagaan ataupun perawatan fisik unit jaminan tidak diperbolehkan oleh kurator dengan alasan bahwa masih dalam masa penagguhan eksekusi/masa *stay*. Sehingga ketika pihak kreditur separatis melakukan usaha penguasaan fisik unit jaminan saat masa *stay* berlangsung, kurator bisa melaporkan pihak kreditur separatis dengan dalil pihak kreditur separatis melanggar masa *stay* seperti yang diamanatkan dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU.

Namun ketika masa *stay* lewat dan masuk ke masa insolvensi di mana kreditur separatis diberikan kesempatan selama 2 (dua) bulan untuk melakukan eksekusi/penjualan jaminan fidusia, kreditur separatis tidak dapat melakukan penjualan unit jaminan karena fisik unit jaminan tidak diketahui keberadaannya (unit jaminan fidusia yang biasanya merupakan barang bergerak tersebut pada saat dijual harus dihadirkan fisiknya dan sebelumnya dilakukan penilaian (*appraisal*) untuk dapat dijual dengan nilai tertinggi dengan kondisi apa adanya) sehingga tidak

dapat dihadirkan oleh kreditur separatis kepada para calon pembeli, dan ketika kreditur menanyakan keberadaan unit jaminan, baik debitur maupun kurator tidak mau menunjukkan/memberikan informasi jelas kepada kreditur separatis yang hendak melakukan penguasaan unit jaminannya tersebut dalam rangka persiapan eksekusi jaminannya tersebut.

D. Penutup

Setelah menganalisis secara mendalam maka dapat disajikan kesimpulan bahwa hukum hak jaminan fidusia telah memberikan jaminan pembayaran secara penuh terhadap barang-barang yang dibebani hak jaminan fidusia tersebut kepada kreditur, namun penguasaan atas barang tersebut ada pada debitur. Dengan demikian kreditur tidak memiliki wewenang menjual benda jaminan fidusia, karena benda tersebut secara hukum bukanlah milik kreditur melainkan milik debitur namun kreditur pemegang hak jaminan fidusia memperoleh kedudukan preferensi, sehingga walaupun debitur tersebut pailit tetap diberi hak prioritas untuk didahulukan atas pemenuhan piutangnya.

Apabila pengadilan memutuskan bahwa debitur pailit, maka kurator dapat menguasai semua kekayaan debitur, walaupun debitur menjaminkan kekayaannya kepada bank atau kreditur. Dengan demikian hak dan kewenangan melaksanakan penyitaan objek jaminan bukan berada pada kreditur separatis melainkan berada pada kurator.

Ketika jaminan fidusia yang biasanya merupakan aset bergerak (kendaraan/alat berat) pada saat pihak kreditur separatis hendak melakukan eksekusi/penjualan jaminan tersebut, unit kendaraan/alat berat tidak diketahui keberadaannya, kurator memberikan

dalil antara lain debitur yang tidak kooperatif. Sehingga tidak/belum menyerahkan objek jaminan kepada kurator, atau kurator menyatakan bahwa kurator tidak diharuskan menghadirkan/mengantarkan fisik unit jaminan ke tempat/kepada kreditur separatis padahal ketika putusan pailit dibacakan maka berlaku sita umum dan pengurusan semua harta pailit beralih ke tangan kurator yang seharusnya melakukan pengurusan harta pailit (termasuk menginventaris harta pailit dan melakukan pengamanan dan perawatan harta pailit agar nilai harta pailit tidak turun).

Dengan mengkaji hambatan-hambatan yang terdapat dalam bagian kesimpulan tersebut maka penulis menyarankan bahwa untuk mendapatkan legalitas pada saat melaksanakan eksekusi atau penjualan barang jaminan fidusia dengan praktis dan cepat oleh pemegang jaminan fidusia maka sebaiknya hakim pengawas memberikan hak kepada kreditur untuk menguasai dan merawat fisik objek atau barang

jaminan fidusia sehingga tidak merugikan kreditor yang tidak dapat menjual obyek/barang jaminan fidusia.

Meskipun kurator dapat menguasai semua kekayaan debitur, namun seharusnya kurator mendata seluruh kekayaan debitur termasuk objek fidusia yang dikuasai oleh debitur dan sesuai dengan ketentuan yang berlaku segera melakukan lelang agar kreditur segera memperoleh dananya kembali sehingga tidak dikurangi dengan beban pembayaran pajak dan hanya membayar sedikit biaya perawatan objek fidusia.

Seharusnya kurator melaporkan kasus penggelapan objek fidusia oleh debitur kepada Kepolisian Republik Indonesia untuk diselidiki dan ditemukan keberadaannya sehingga pada saat pelelangan berlangsung objek fidusia tersebut dapat dihadirkan dan kurator tidak perlu beralasan bahwa debitur tidak kooperatif dengan tidak menyerahkan objek jaminan kepada kurator dan beralasan bahwa kurator tidak diharuskan menghadirkan fisik objek fidusia tersebut dalam pelelangan.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Ali, Zainuddin, *Metode Penelitian Hukum, Cetakan Ketiga* (Jakarta: Sinar Grafika, 2011).
- Azikin, Zainal, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Hutang Di Indonesia* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1998).
- Elijana, *Penelitian Hukum Tentang Penyelesaian Sengketa melalui Peradilan Niaga* (Jakarta: BPHN dan Depkeh dan HAM, 2000).
- Fuady, Munir, *Hukum Jaminan Utang* (Jakarta: Erlangga, 2013).
- Fuady, Munir, *Hukum: Pailit Dalam Teori dan Praktek* (Jakarta: Citra Aditya Bhakti, 1999).
- Ibrahim, Johnny, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif* (Malang: Bayumedia Publishing, 2006).
- Latif, Iqbal Skripsi Jaminan dan Pembiayaan Konsumen (Studi tentang Konstruksi Jaminan Fidusia Pada Perjanjian pembiayaan Konsumen di PT. OTO Finance Tbk (Surakarta: Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2011).
- Nating, Imran, *Peranan dan tanggung Jawab Kurator dalam Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004).
- Purwosutjipto, H.M.N, *Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia, Perwasitan, Kepailitan dan Penundaan Pembayaran, Jilid 8* (Jakarta: Djambatan, 1998).
- Rachmat, Budi, *Multi Finance (Sewa Guna Usaha, Anjak Piutang, Pembiayaan Konsumen)* (Jakarta: Pustaka Mandiri, 2002).
- Setiap Tunggal, Hadi, *Undang-Undang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, UU RI No.37 Tahun 2004* (Jakarta: Harvarindo, 2005).
- Subekti, *Hukum Perjanjian* (Jakarta: Intermasa, 2005).
- Sunaryo, *Hukum Lembaga Pembiayaan* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009).

B. Artikel Dalam Jurnal

- Ayu Lestari Kosasih, Putri, "Praktek Hak Eksekutorial Separatis Kreditor Terhadap Debitor Yang Dinyatakan Pailit Pada Perbankan di Indonesia", *Lex Privatum*, Vol.1/No.2/Apr-Jun/2013.

C. Peraturan Perundang-undangan

- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.