

Law Review

AL-QISTH

No. 1 Tahun 2017 | Vol. I

AQ-Rev	VOL. 1	Nomor 1	Halaman 001 - 204	Jakarta Juli 2017	ISSN: 2579-3691	e-ISSN: 2580-2372
--------	--------	---------	-------------------	-------------------	-----------------	-------------------

Al Qisth Law Review (AQREV) is a peer-reviewed journal published by Faculty of Law University of Muhammadiyah Jakarta, two times a year in July and December. All papers submitted to this journal could be written in English language or Bahasa. The aims of this journal is to provide a venue for academicians, researchers and practitioners for publishing the original research articles or review articles. this Journal is available in print and online version. The scope of the articles published in this journal deal with a broad range of topics in the fields of Constitutional Law, Criminal Law, Civil Law, International Law, Administrative Law, Islamic Law, Medical Law, Environmental Law and another section related contemporary issues in legal studies. ISSN: 2579-3691 eISSN: 2580-2372

JURNAL HUKUM AL-QISTH

Al Qisth Law Review (AQREV)

Is a peer-reviewed journal published by Faculty of Law University of Muhammadiyah Jakarta, two times a year in July and December. All papers submitted to this journal could be written in English language or Bahasa. The aims of this journal is to provide a venue for academicians, researchers and practitioners for publishing the original research articles or review articles. is available in print and online version. The scope of the articles published in this journal deal with a broad range of topics in the fields of Constitutional Law, Criminal Law, Civil Law, International Law, Administrative Law, Islamic Law, Medical Law, Environmental Law and another section related contemporary issues in legal studies.

Ketua Penyunting (Editor in Chief)

Ibnu Sina Chandranegara, Universitas Muhammadiyah Jakarta

Wakil Ketua Penyunting (Managing Editor)

Aby Maulana, Universitas Muhammadiyah Jakarta

Dewan Penyunting (Board of Editors)

Hasbir Paserrangi
Universitas Hasanudin

Dwi Putri Cahyawati
Universitas
Muhammadiyah Jakarta

Ahsan Yunus
Universitas Hasanuddin

Henny Widjayanti
Universitas
Muhammadiyah Jakarta

Yance Arizona
Utrecht University

Rusdi Daud
Universitas Muhammadiyah
Jakarta

Fauzan Muhammadi
Universitas Ahmad
Dahlan

Septa Candra
Universitas
Muhammadiyah Jakarta

Rury Octaviani
Universitas Pancasila

Budi Astuti
Universitas
Muhammadiyah Jakarta

Andina Elok Puri Maharani
Universitas Negeri
Surakarta

Safrin Salam
Universitas Muhammadiyah
Buton

Penyunting Pelaksana (Assistant Editor)

Puan Dinaphia Yunan
Universitas Muhammadiyah Jakarta

Nanda Sahputra Umara
Universitas Muhammadiyah Jakarta

Adminstrasi IT (IT Administrator)

Tubagus Heru Dharmawijaya
Universitas Muhammadiyah Jakarta

Gamalel Rifqi Samhudi
Universitas Muhammadiyah Jakarta

Amirul Wiramuda
Universitas Muhammadiyah Jakarta

Dhea Yudhista Hardiani
Universitas Muhammadiyah Jakarta

Administrasi (General Administration)

Ninis Khairunisa
Universitas Muhammadiyah Jakarta

Merdiansa Papatungan
Universitas Muhammadiyah Jakarta

DAFTAR ISI

Ibnu Sina Chandranegara <i>Perbandingan Fungsi Dan Kedudukan Mahkamah Konstitusi Dan Lembaga Sejenisnya Di Tiga Negara (Indonesia, Austria Dan Perancis)</i>	001
Frans Sayogie <i>Perlindungan Negara Terhadap Hak Kebebasan Beragama: Perspektif Islam Dan Hak Asasi Manusia Universal</i>	036
A. Aziz Muhammad <i>Konvensi Internasional Tentang Hak Cipta Dan Pengaturan Hak Cipta Di Indonesia</i>	061
Budi Astuti <i>Hubungan Antara Fakta, Norma, Moral Dan Doktrin Hukum Dalam Pertimbangan Putusan Hakim</i>	082
M. Iman Santoso <i>Pengaturan Pertahanan Dan Keamanan Di Laut Menurut Konvensi Hukum Laut 1982 Dan Peraturan Perundang - Undangan Dalam Menjaga Kedaulatan NKRI</i>	095
Bambang Sudiarto <i>Sumber Bahasa Hukum Indonesia</i>	110
Surohmat <i>Fungsi Presiden Dalam Kekuasaan Pemerintah</i>	131
Tina Asmarawati <i>Pembuktian Psikiatri Forensik Dalam Kejahatan Ibu Terhadap Nyawa Anak Kandung</i>	153
Sawitri Yuli Hartati <i>Peranan Perusahaan Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Swasta (PPTKIS) Dalam Perekrutan Calon TKI ke Luar Negeri Melalui Skema P To P</i>	170
Dwi Andayani Budisetyowati <i>Prinsip-Prinsip Good Governance Dalam Pelayanan Publik</i>	194



AL-QISTH

PENGANTAR REDAKSI

Assalamu'alaikum wr. wb.

Puji syukur kami panjatkan, akhirnya Jurnal Al-Qisth kali ini dengan edisi Juli 2017. No. 1 Volume I Tahun 2017 dengan judul yang beragam sesuai dengan perkembangan dan pilihan topik oleh masing-masing penulis yang lolos seleksi artikel. Penerbit kali ini menghadirkan Ibnu Sina Chandranegara yang menulis artikel dengan judul "Perbandingan Fungsi Dan Kedudukan Mahkamah Konstitusi Dan Lembaga Sejenisnya Di Tiga Negara (Indonesia, Austria Dan Perancis)", Frans Sayogi dengan judul "Perlindungan Negara Terhadap Hak Kebebasan Beragama: Perspektif Islam Dan Hak Asasi Manusia Universal", A. Azis Muhammad dengan judul "Konvensi Internasional Tentang Hak Cipta Dan Pengaturan Hak Cipta Di Indonesia", Budi Astuti dengan judul "Hubungan Antara Fakta, Norma, Moral Dan Doktrin Hukum Dalam Pertimbangan Putusan Hakim", M. Imam Santoso dengan judul "Pengaturan Pertahanan Dan Keamanan Di Laut Menurut Konvensi Hukum Laut 1982 Dan Peraturan Perundang - Undangan Dalam Menjaga Kedaulatan NKRI", Bambang Sudiarto dengan judul "Sumber Bahasa Hukum Indonesia", Surohmat dengan judul "Fungsi Presiden Dalam Kekuasaan Pemerintah". Tina Asmarawati dengan judul "Pembuktian Psikiatri Forensik Dalam Kejahatan Ibu Terhadap Nyawa Anak Kandung". Sawitri Yuli Hartati dengan judul "Peranan Perusahaan Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Swasta (PPTKIS) Dalam Perekrutan Calon TKI ke Luar Negeri Melalui Skema P To P". Dwi Andayani Budisetyowati dengan judul "Prinsip-Prinsip Good Governance Dalam Pelayanan Publik".

Kesemua topik diatas, memiliki relevansi dengan perkembangan ilmu hukum itu sendiri, sehingga layak dan bermanfaat untuk dikaji lebih lanjut. Selamat membaca!

Wassalamualai'kum wr. wb.

Redaksi.

PEDOMAN PENULISAN

Al Qisth Law Review (AQREV) adalah terbitan berkala yang melalui proses penelaahan sejawat. Diterbitkan oleh Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta dua kali setahun pada bulan Juli dan Desember. Semua dokumen yang diajukan Dewan Editorial dapat ditulis dalam bahasa Inggris atau bahasa Indonesia.

Tujuan Penerbitan jurnal ini adalah sebagai sarana publikasi hasil penelitian atau wacana keilmuan bagi para akademisi, peneliti dan praktisi. Publikasi tersedia dalam versi cetak dan daring.

Fokus Artikel yang dipublikasikan jurnal ini dengan adalah berbagai topik di bidang Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, Hukum Perdata, Hukum Internasional, Hukum Administrasi, Hukum Islam, Hukum Kedokteran, Hukum Lingkungan dan bagian lain yang terkait dalam bidang ilmu hukum.

Kebijakan Penelaahan

Naskah yang diserahkan akan menjadi subyek penelaahan oleh dewan redaksi dan sejawat yang memiliki kompetensi dengan bidang yang relevan dalam penelitian, tanpa mengetahui identitas penulisnya. Setelah proses pemeriksaan, Dewan Editorial akan menginformasikan penulis atas penerimaan, penolakan atau perlunya revisi naskah.

Kebijakan Akses Terbuka

Jurnal ini menyediakan akses terbuka (daring) langsung ke konten yang pada prinsipnya bahwa tersedianya publikasi penelitian secara bebas untuk umum yang mendukung pertukaran pengetahuan secara global.

Format Penulisan

Ukuran halaman naskah adalah A4 dengan spesifikasi 3 cm untuk bagian atas, 3 cm untuk bagian kiri, 3 cm untuk bagian bawah, dan 3 cm untuk bagian kanan. Batas kata untuk pengajuan adalah 4000-10.000 kata (termasuk catatan kaki dan abstrak).

Sistematika naskah adalah sebagai berikut: **Judul; Intisari; Abstrak; Kata kunci; Pengantar; Metode (untuk artikel penelitian asli); Analisis dan Pembahasan; Kesimpulan; dan daftar pustaka.**

Sistematika penulisan judul dan sub judul

Judul utama harus disediakan dalam naskah. Judul utama, anak-judul dan sub-sub judul tidak menggunakan nomor dalam naskah, dengan ilustrasi sebagai berikut:

JUDUL

Anak Judul

Sub-sub judul

Judul pokok

Judul

Judul ditulis dalam Indonesia 16 pt Verdana terblok dan sebaiknya tidak lebih dari 12 kata. Nama penulis, e-mail, alamat lengkap, afiliasi, Telp/Fax, dan kode pos.

Intisari

Intisari harus jelas, ringkas, dan deskriptif. Intisari ini harus memberikan pengantar singkat untuk masalah, tujuan makalah, diikuti oleh pernyataan mengenai metodologi dan hasil dari ringkasan singkat. Abstrak ditulis dalam Indonesia dan Inggris. Font verdana 11 pt dan sebaiknya tidak lebih dari 300 kata.

Kata kunci

Kata kunci diatur berdasarkan abjad dan harus memiliki minimal dua kata kunci dan maksimal lima kata kunci dipisahkan dengan tanda titik koma (;).

Pendahuluan

Pendahuluan harus jelas dan memberikan masalah yang akan dibahas dalam naskah. Pada akhir paragraf, penulis harus diakhiri dengan komentar tentang pentingnya mengenai identifikasi masalah dan tujuan penelitian.

Metode

Metode ini ditulis dalam deskriptif dan harus memberikan pernyataan mengenai metodologi penelitian. Metode ini adalah pilihan, hanya untuk naskah hasil penelitian.

Analisis dan Pembahasan

Sub-analisis dan pembahasan berisi hasil analisis dan pembahasan objek penelitian.

Kesimpulan

Kesimpulan berisi jawaban dari masalah ini. Memberikan kesimpulan yang jelas dan ringkas. Jangan ulangi Intisari atau hanya daftar hasil eksperimen, tetapi lebih dari itu, memberikan pembenaran ilmiah yang jelas dan menunjukkan kemungkinan penerapan atau menyarankan terkait naskah.

Daftar Pustaka

Daftar pustaka pada akhir naskah harus ditulis dalam Harvard Citation Style. Semua publikasi yang dikutip dalam teks harus dimasukkan sebagai daftar pustaka, disusun menurut abjad penulis.

Buku dengan seorang penulis:

Achmad Ali. (2012). Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence). Jakarta: Kencana.

Buku dengan seorang editor:

Sulistyowati Irianto (ed). (2009). Hukum Yang Bergerak; Tinjauan Antropologi Hukum. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.

Artikel Jurnal:

*Irwansyah. (2013). "Jejak Demokrasi Lingkungan dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009" *Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa*, 21(2): 121-131.*

Situs:

British Broadcasting Corporation. (2012). Noken Papua Mendapat Pengakuan UNESCO. Avail- able from: http://www.bbc.co.uk/indonesia/ber-ken_unesco. (diakses pada 15 Mei 2012)

Catatan kaki

kutipan daftar pustaka disediakan dalam catatan kaki dengan Format:

Buku:

Werner Menski. (2000). Perbandingan Hukum dalam Konteks Global, Hukum Sistem Asia dan Afrika. London: Platinum Publishing Ltd, hlm 16

Bab buku:

Eddy O. S. Hiariej. "Pemilukada Kini Dan Masa Datang Perspektif Hukum Pidana" pada Achmad D. Haryadi (ed). (2012). Demokrasi Lokal: Evaluasi Pemilukada di Indonesia. Jakarta: Konstitusi Press, hlm 182

Artikel jurnal:

*Arie Afriansyah. (2015). "Orang asing Hak Tanah Peraturan: Praktek di Indonesia". *Jurnal Mimbar Hukum*, 27 (1): hlm 98-116*

Statistik/Skema

Angka-angka harus jelas terbaca dan setidaknya memiliki resolusi 300 DPI (*Dots Per Inch*) untuk kualitas cetak yang baik.

Tabel

Tabel dibuat dengan model terbuka (tanpa garis vertikal).

Etika Publikasi

Al Qisth Law Review (AQREV) adalah Jurnal yang berkomitmen untuk menjaga dan menegakkan standar tertinggi etika publikasi. Semua artikel yang tidak sesuai dengan standar-standar ini akan dihapus dari publikasi setiap saat bahkan setelah publikasi. Pernyataan ini menjelaskan perilaku etis dari semua pihak yang terlibat dalam tindakan penerbitan sebuah artikel di jurnal ini, termasuk penulis, ketua redaksi, dewan redaksi, penelaah sejawat dan penerbit (Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta). Pernyataan ini didasarkan pada *COPE's Best Practice Guidelines for Journal Editors*. Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta sebagai Penerbit *Al qisth Law Review* memiliki tugas untuk pengawalan seluruh tahapan penerbitan secara serius dan kami memegang tegus perilaku etis dan tanggung jawab terhadap kualitas naskah. Kami berkomitmen untuk memastikan bahwa iklan, cetak ulang atau pendapatan komersial lainnya tidak berdampak atau mempengaruhi keputusan redaksi. Selain itu, Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta dan Dewan Redaksi akan membantu dalam berkomunikasi dengan jurnal dan/atau penerbit lain apabila dibutuhkan.

Hak Cipta dan Perizinan

Dengan mengirimkan naskah ke redaksi atau penerbit Anda dianggap memiliki izin diberikan untuk menerbitkan naskah.

Kebijakan Penerbitan

Setelah dinyatakan naskah terpublikasi, maka naskah akan tersedia secara daring pada: <https://jurnal.umj.ac.id/index.php?journal=al-qisth&page=index> Penulis untuk korespondensi akan menerima salinan PDF secara elektronik dan dua jurnal versi cetak.

Penyerahan Naskah

Semua naskah harus diserahkan secara online di: <https://jurnal.umj.ac.id/index.php?journal=al-qisth&page=index> Jika penulis memiliki masalah pada pendaftaran melalui daring silakan hubungi Kantor Redaksi di e-mail berikut: aqlawreview@umj.ac.id

Kantor Editorial:

Pusat Pengembangan dan Pengkajian Ilmu Hukum

Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Jakarta

Jln. KH. Ahmad Dahlan, Cirendeu, Jakarta Selatan, Indonesia

Tel./Fax: +6221 74903585, faxcimile (021) 7432590

E-mail: aqlawreview@umj.ac.id

Web: <https://jurnal.umj.ac.id/index.php?journal=al-qisth&page=index>

Ibnu Sina Chandranegara
 Program Doktor Universitas Gajah Mada
 Bulaksumur Yogyakarta 55281
 ibnusinach@gmail.com

PERBANDINGAN FUNGSI DAN KEDUDUKAN MAHKAMAH KONSTITUSI DAN LEMBAGA SEJENISNYA DI TIGA NEGARA (INDONESIA, AUSTRIA DAN PERANCIS)

ABSTRACT

The establishment of a constitutional court is basically a manifestation of a concept modern state. The existence of the Constitutional Court in Indonesia is a result of Indonesia's constitutional development towards the supremacy of the constitution in the strict sense. Comparative study on the function and position of the Constitutional Court of Indonesia, Austria, and France's Constitutional Council is the embodiment of a comparative study about mechanism of guarding constitutions that has the essence of the constitution as the supreme law of the land.

KEYWORD

*COMPARATIVE
 CONSTITUTIONAL
 LAW STUDY,
 CONSTITUTIONS,
 CONSTITUTIONAL
 COURT*

ABSTRAK

Pembentukan dari Mahkamah Konstitusi pada dasarnya merupakan manifestasi dari sebuah konsep negara modern. Eksistensi dari Mahkamah Konstitusi di Indonesia saat ini didasari oleh karena pengembangan menuju kearah supremasi konstitusi yang lebih ditegaskan. Suatu studi perbandingan terhadap fungsi dan kedudukan mahkamah Konstitusi di Indonesia, Austria dan Dewan Konstitusi di Prancis menjadi suatu kebergunaan dalam membandingkan mekanisme mengawal konstitusi sebagai esensi dari konstitusi sebagai hukum tertinggi.

KATA KUNCI

STUDI
 PERBANDINGAN
 KONSTITUSI,
 MAHKAMAH
 KONSTITUSI

PENDAHULUAN

Keberadaan Mahkamah Konstitusi saat ini dianggap sebagai fenomena abad ke- 20, hal ini disebabkan tumbuh kembang lembaga yang diprakarsai oleh Hans Kelsen pada tahun 1920 ini lahir dengan pesat di berbagai negara dan sampai saat ini sudah 78 negara yang memiliki Mahkamah Konstitusi dan salah satunya Indonesia.¹ Dalam

¹ 78 Negara yang telah memiliki Mahkamah Konstitusi (berdasarkan Abjad): Afrika Selatan, Afrika Tengah, Albania, Aljazair, Andora, Angola, Armenia, Austria, Azerbaijan, Bahrain, Belarusia, Belgia, Benin, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Cambodia, Chile, Colombia, Comoros, Congo, Cote d' Ivore, Croatia, Cyprus, Czech, Djibouti, Ecuador, Gabon, Georgia, Guatemala, Hongaria, Indonesia, Italia, Jerman, Kazakhstan, Korea Selatan,

hal ini, penulis bermaksud menelaah Mahkamah Konstitusi di beberapa negara sebagai perbandingan dengan Mahkamah Konstitusi Indonesia. Untuk selanjutnya penulis akan mencoba melakukan perbandingan mengenai kedudukan dan fungsi Mahkamah Konstitusi Austria dan Dewan Konstitusi Perancis, selain Mahkamah Konstitusi Indonesia. Pemilihan objek perbandingan yang tertuju kepada Mahkamah Konstitusi Austria dikarenakan Austria merupakan negara federal dan yang menganut sistem parlementer namun Mahkamah Konstitusi Austria mempunyai fungsi yang serupa dengan Mahkamah Konstitusi Indonesia, sedangkan pemilihan objek perbandingan kepada Dewan Konstitusi Perancis dikarenakan Perancis merupakan negara kesatuan dengan otonomi terbatas yang menganut sistem *quasi* presidensiil namun Dewan Konstitusi di Perancis mempunyai fungsi dan bentuk kelembagaan yang paling berbeda.

Metode penyelidikan dalam membandingkan ketiga lembaga tersebut adalah dengan metode *essentially descriptive* secara gabungan atau kombinasi² yang bertujuan untuk mendapatkan ilmu pengetahuan yang bersifat teoritis dan praktis yang berguna untuk pengembangan hukum tata negara Indonesia secara umumnya dan Mahkamah Konstitusi Indonesia pada khususnya.

MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI) merupakan pelaku kekuasaan kehakiman yang lahir setelah amandemen UUD Negara Republik Indonesia (NRI) 1945 Ketiga pada Tahun 2001 berdasarkan Pasal 24 ayat (2) UUD NRI Tahun 1945³ yang selanjutnya dipertegas lagi mengenai kedudukannya pada Pasal 2 UU

Kuwait, Krygyzstan, Latvia, Lebanon, Lithuania, Luxembourg, Macedonia, Madagaskar, Mali, Malta, Maroko, Mauritania, Mesir, Moldova, Mongolia, Mozambique, Nepal, Perancis, Peru, Polandia, Portugal, Rumania, Russia, Rwanda, Senegal, Slovakia, Slovenia, Spanyol, Sri Lanka, Sudan, Suriname, Syria, Tajikistan, Thailand, Togo, Tunisia, Turki, Ukraina, Uzbekistan, Venezuela, dan Yugoslavia.

² Metode penyelidikan secara *essentially descriptive* adalah suatu metode yang didasarkan semata-mata kepada melukiskan secara formil lembaga-lembaga negara yang menjadi dasar untuk dapat proses, dan membimbing kearah studi perbandingan. Atas dasar hal tersebut selau dapat diperbandingkan suatu lembaga negara tertentu dengan lembaga negara tertentu tersebut yang berada di negara lainnya serta yang dimaksud secara gabungan atau kombinasi adalah meneliti dengan memberikan gambaran dari perkembangan dan perhubungan lembaga-lembaga negara itu satu sama lainnya dalam suatu sistem yang paralel dengan perkembangan searah suatu negara. [Nomensen Sinamo, *Perbandingan Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Jala Permata Aksara, 2010) hlm 24- 26]

³ Pasal 24 ayat (2) UUD NRI Tahun 1945: "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan peradilan di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah **Mahkamah Konstitusi**."

No. 24 Tahun 2003.⁴ MKRI mempunyai kedudukan yang sederajat dan sama dengan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MARI). MKRI dan MARI merupakan pelaksana kekuasaan kehakiman (*judiciary*) yang merdeka dan terpisah dari cabang-cabang kekuasaan lain, yaitu pemerintah (*executive*) dan lembaga permusyawaratan-perwakilan (*legislature*). Kedua Mahkamah ini sama-sama berkedudukan hukum di Jakarta sebagai ibukota Negara Republik Indonesia. Hanya struktur kedua organ kekuasaan kehakiman ini terpisah dan berbeda sama sekali satu sama lain.

MKRI sebagai lembaga peradilan tingkat pertama dan terakhir tidak mempunyai struktur organisasi sebesar MARI yang merupakan puncak sistem peradilan yang strukturnya bertingkat secara vertikal dan secara horizontal mencakup lima lingkungan peradilan, yaitu peradilan umum, peradilan tata usaha negara, peradilan agama dan peradilan militer. Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa MARI pada hakikatnya adalah '*court of justice*', sedangkan MKRI adalah '*court of law*'.⁵ Yang satu mengadili ketidakadilan untuk mewujudkan keadilan, sedangkan yang kedua mengadili sistem hukum dan sistem keadilan itu sendiri. Mengenai komposisi pengisian jabatan hakim MKRI dijelaskan dalam UUD NRI Tahun 1945 pada Pasal 24C ayat (3) bahwa hakim MKRI terdiri dari 9 orang dan diusulkan oleh Mahkamah Agung, DPR dan Presiden.⁶

Mengenai ketentuan tersebut Jimly Asshiddiqie memandang bahwa pembagian porsi kewenangan untuk mengajukan calon hakim konstitusi dari tiga lembaga ini dimaksudkan untuk menjamin agar dalam menjalankan tugas konstitusionalnya, para hakim konstitusi akan bersikap imparial dan independen. Apalagi salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah memutus sengketa kewenangan antar lembaga negara, sehingga mengharuskan para hakim konstitusi untuk secara moral dan hukum bersikap netral dan tidak berpihak kepada salah satu lembaga negara yang bersengketa. Di samping itu, dejabat independensi hakim konstitusi juga

⁴ Pasal 2 UU 24 Tahun 2003: "Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan."

⁵ Kedua istilah ini seringkali dikaitkan dengan perbedaan pengertian antara keadilan formal dengan keadilan substantif, seperti dalam istilah "*court of law*" versus "*court of just law*" yang diidentikkan dengan pengertian "*court of justice*". Namun disini kedua istilah ini dipakai untuk tujuan memudahkan perbedaan antara hakikat pengertian peradilan oleh Mahkamah Agung dan oleh Mahkamah Konstitusi. [Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan*, Bahan Kuliah Umum di Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, Kamis, 2 September, 2004, hlm 2]

⁶ Pasal 24C ayat (3) UUD NRI Tahun 1945: "Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden."

diharapkan dapat lebih terjamin karena yang menentukan pengangkatannya sebagai hakim bukan hanya satu lembaga, seperti apabila pengangkatan mereka hanya ditentukan oleh Presiden.⁷ Untuk penentuan Ketua dan Wakil Ketua MKRI sendiri dipilih langsung dari dan oleh hakim MKRI selama 3 tahun masa jabatan sehingga susunan MKRI terdiri atas Ketua merangkap Anggota, Wakil Ketua merangkap anggota, dan 7 orang hakim konstitusi. Secara keseluruhan, hakim MKRI mempunyai masa jabatan selama 5 tahun dan dapat dipilih kembali untuk satu kali periode.⁸ Dalam menjalankan kekuasaannya Mahkamah Konstitusi memiliki 4 kewenangan yang diberikan oleh UUD yang disebutkan secara tegas pada pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945:

“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan hasil pemilihan umum.”

Mahkamah Konstitusi juga mempunyai kewajiban memutus permohonan DPR perihal pemberhentian Presiden sebelum waktunya (*impeachment*) yang dititahkan pada Pasal 24C Ayat (2) UUD NRI 1945: “Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.” Melihat uraian diatas, bahwa terdapat pemisahan kewenangan yang disebutkan pada Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 sehingga menimbulkan pertanyaan (i) mengapa kedua ketentuan tersebut harus dipisahkan? (ii) apakah sesungguhnya yang disebutkan pada pasal 24C ayat (2) bukan merupakan putusan yang final dan mengikat seperti pada yang diutarakan pada pasal 24C ayat (1)? Mengenai hal tersebut, **Maruarar Siahaan** menyatakan bahwa :

“Memutus pendapat DPR atas *impeachment* seorang Presiden dan/atau Wakil Presiden tetap merupakan wewenang MK dan

⁷*Ibid*, hlm 3, catatan kaki no 4

⁸ “**Pasal 24C ayat (4) UUD NRI 1945** : Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi dipilih dari dan oleh hakim konstitusi.; **Pasal 4 ayat (2) UU No 24 Tahun 2003**: Susunan Mahkamah Konstitusi terdiri dari seorang Ketua yang merangkap anggota, seorang Wakil Ketua yang merangkap anggota, dan 7 (tujuh) orang anggota hakim konstitusi; **Pasal 4 ayat (3) UU No 24 Tahun 2003**: Ketua dan Wakil Ketua dipilih dan oleh hakim konstitusi untuk masa jabatan selama 3 (tiga) tahun, dan ;**Pasal 22 ayat UU No 24 Tahun 2003**: masa jabatan hakim konstitusi selama 5 (lima) tahun dan dapat dipilih kembali hanya untuk 1 (satu) kali masa jabatan berikutnya.”

sifat putusan MK secara yuridis tetap merupakan peradilan pertama dan terakhir serta final karena tidak ada lembaga lain yang akan melakukan review lagi terhadap putusan yang telah dijatuhkan MK. Lagi pula, sekali MK menyatakan seorang Presiden dan/atau Wakil Presiden telah bersalah melakukan pelanggaran hukum sebagaimana dituduhkan oleh DPR, putusan tersebut tetap mengikat kepada setiap lembaga negara termasuk badan peradilan biasa. Sebab kalau putusan MK tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara hukum bagi lembaga-lembaga lain, ada kemungkinan seorang Presiden dan/atau Wakil Presiden yang telah dinyatakan bersalah oleh MK, ketika diajukan lagi di depan peradilan pidana, Presiden dan/atau Wakil Presiden dapat dinyatakan tidak bersalah dan dibebaskan dari segala tuduhan.”⁹

Dengan melihat kewenangan dan kewajiban MKRI tersebut, Jimly Asshiddiqie berpandangan bahwa kelahiran MKRI dengan kekuasaannya sebagaimana diuraikan di atas merupakan suatu loncatan besar bagi sistem ketatanegaraan Indonesia dikarenakan disamping MKRI berfungsi sebagai (i) pengawal konstitusi; (ii) penafsir konstitusi; juga adalah pengawal demokrasi (*the guardian and the sole interpreter of constitution, as well as the guardian of the process of democratization*). Bahkan, MKRI juga mempunyai fungsi penting, yakni (iv) pelindung hak asasi manusia (*the protector of human rights*).¹⁰

PENGUJIAN UNDANG-UNDANG TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR.

Pengujian Undang-Undang (UU) terhadap Undang-Undang Dasar (UUD) merupakan pengujian mengenai nilai konstusionalitas undang-undang tersebut. Metode Pengujian yang dilakukan oleh MKRI adalah dengan metode *review*, yakni metode yang memandang, menilai, atau menguji kembali.¹¹ Sehingga *legal standing* menjadi sangat penting dalam kewenangan MKRI yang satu ini. Pengujian ini dibagi menjadi dua yakni (i) pengujian formal dan (ii) pengujian materiil. Pengujian secara formal akan melakukan pengujian atas dasar kewenangan dalam pembentukan UU dan prosedur yang harus ditempuh dari tahap *drafting* sampai pada pengumuman dalam Lembaran Negara yang harus menuruti ketentuan yang berlaku. Sebagaimana diuraikan pada pasal 51 ayat

⁹Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta: Konpress, 2005) hlm 17

¹⁰Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan & Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, (Jakarta: Konpress, 2006) hlm 156

¹¹Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Konpress, 2006) hlm 4-5

(3) huruf a UU No 24 Tahun 2003 yang menyatakan pemohon wajib menguraikan dengan jelas, bahwa "Pembentukan Undang-Undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945." Lalu pengujian materiil ialah pengujian atas materi muatan dari UU itu sendiri sebagaimana diuraikan pada pasal 51 ayat (3) huruf b UU No 24 Tahun 2003 yang menyatakan pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa: "Materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945".

Mengenai *legal standing* yang disebutkan diatas pada kewenangan MKRI yang satu ini haruslah kuat, didalam Pengujian UU ini terdapat asaz *point d' interet point d' action*, yakni yang berarti siapa yang mempunyai kepentingan kuat maka ia yang boleh mengajukan gugatan. Sehingga pemohon yang disebutkan pada pasal 51 ayat (1) UU No 23 Tahun 2004, yaitu (1) Perorangan warganegara Indonesia, (2) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang, (3) Badan hukum publik atau privat; atau (4) Lembaga negara wajib menguraikan bahwa hak dan kewenangan konstitusionalnya dirugikan. Menurut **Maruarar Siahaan** 2 (dua) kriteria yang dimaksud adalah:¹²

1. Kualifikasi apakah (1) Perorangan warganegara Indonesia, (2) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang, (3) Badan hukum publik atau privat; atau (4) Lembaga negara;
2. Anggapan bahwa kualifikasi demikian terdapat hak dan/atau kewenangan konstitusional pemohon yang dirugikan oleh berlakunya undang-undang.

MKRI sendiri dalam putusan perkara No 006/ PUU-III/ 2005 dan 10/PUU-III/2005 merumuskan secara lebih definitif tentang kerugian hak dan kewenangan konstitusional yakni:

- a. Adanya hak konstitusional pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. Bahwa hak konstitusional pemohon tersebut dianggap oleh pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji;
- c. Bahwa kerugian yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan terjadi;

¹²**Maruarar Siahaan**, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Op. Cit, hlm 81

- d. Adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji;
- e. Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional tidak akan terjadi.

Mengenai jenis-jenis putusan MKRI tentang pengujian UU disebutkan secara jelas pada Pasal 56 UU No 24 Tahun 2003, yakni:

(1) Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam (Pasal 50,¹³ dan Pasal 51), amar putusan menyatakan permohonan tidak dapat diterima.(2) Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan. (3) Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. (4) Dalam hal pembentukan undang-undang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan. (5) Dalam hal undang-undang dimaksud tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, baik mengenai pembentukan maupun materinya sebagian atau keseluruhan, amar putusan menyatakan permohonan ditolak.”

MEMUTUS SENGKETA KEWENANGAN KONSTITUSIONAL LEMBAGA NEGARA

Hubungan lembaga negara yang berubah secara mendasar pasca diamandemennya UUD NRI Tahun 1945 telah merubah struktur kelembagaan negara serta fondasi terhadapnya. Berawal dari berubahnya “supremasi MPR” ke “supremasi konstitusi” menyebabkan tidak ada lagi lembaga tertinggi negara lagi. Oleh karena itu, terdapat potensi adanya “gesekan-gesekan” antar lembaga negara yang dapat terjadi dikarenakan penafsiran mereka (lembaga-lembaga negara tersebut) terhadap lingkup dan batasan kewenangan mereka yang mereka dapatkan dari UUD.Oleh karena itu, MKRI diberi kewenangan memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh undang-undang atau yang sering diistilahkan oleh Jimly Asshiddiqie sebagai sengketa

¹³ Pasal ini telah dinyatakan tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat oleh MKRI berdasarkan putusannya atas perkara No. 066/PUU-II/2004 yang diucapkan pada tanggal 12 April 2005. MKRI telah mengambil keputusan mengenai hal ini karena pasal 50 turut dimohonkan untuk diuji.

kewenangan konstitusional lembaga negara demi memutus persengketaan mengenai kewenangan yang diberikan UUD terhadap mereka. Mengenai kewenangan MKRI yang satu ini **Maruarar Siahaan** berpendapat:

“Sengketa kewenangan antar lembaga negara secara jelas memperoleh batasan bahwa lembaga negara tersebut hanyalah lembaga negara yang memperoleh kewenangannya menurut UUD 1945 sehingga jelas meskipun dapat terjadi multitafsir dapat dilihat dalam UUD 1945 lembaga negara mana yang memperoleh kewenangannya secara langsung dari UUD 1945. Oleh karena itu, UUD adalah juga mengatur organisasi negara dan wewenangnya masing-masing maka kriteria yang dapat dikemukakan bahwa lembaga negara tersebut harus merupakan organ konstitusi, yaitu baik yang dibentuk berdasarkan konstitusi maupun yang secara langsung wewenangnya diatur dan diturunkan dari Undang-Undang Dasar.”¹⁴

MEMUTUS PEMBUBARAN PARTAI POLITIK

Kewenangan MKRI memutus pembubaran partai politik ini sesungguhnya dimaksudkan untuk menjaga partai politik yang diistilahkan oleh Jimly Asshiddiqie sebagai “alat pelembagaan demokrasi” agar tidak mengembangkan nilai-nilai yang bertentangan dengan konstitusi sehingga membutuhkan mekanisme peradilan konstitusi (MKRI) untuk mengawalinya sebagai bentuk penerapan supremasi konstitusi.¹⁵ Mengenai pihak yang mempunyai *legal standing* untuk memohonkan pembubaran partai politik secara tegas ditentukan pada Pasal 68 ayat (1) UU No 23 Tahun 2003, yakni pemerintah, yaitu jelasnya pemerintah pusat. Menurut Jimly Asshiddiqie kewenangan pemerintah untuk menjadi pemohon terkait dengan tanggung jawab pemerintah untuk menjalankan UUD dan segala peraturan perundang-undangan yang berlaku, serta mengupayakan tegaknya UUD beserta segala peraturan perundang-undangan yang berlaku dengan sebaik-baiknya sesuai dengan hukum.¹⁶ Karena itu di dalam Pasal 68 ayat (2) UU No 23 tahun 2003 dinyatakan bahwa “Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang ideologi, asas, tujuan, program, dan kegiatan partai politik yang bersangkutan, yang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.”

Melalui ketentuan tersebut, jika suatu partai politik dinilai pemerintah telah melanggar UUD atau peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka pemerintah mempunyai tanggung

¹⁴*Ibid*, hlm 36-37

¹⁵**Jimly Asshiddiqie**, *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik dan Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Konpress, 2006) hlm 138

¹⁶*Ibid*

jawab untuk mengambil inisiatif untuk memohonkan pembubaran partai politik yang dimaksud kepada MKRI. Apabila permohonan tidak memenuhi alasan sebagaimana dimaksud pada pasal 68 maka MKRI akan memutuskan permohonan tidak dapat diterima (*vide* pasal 70 (1) UU No 24 Tahun 2003, kemudian apabila yang dimohonkan terbukti dan beralasan maka MKRI memutuskan permohonan dapat dikabulkan (*vide* pasal 70 (2) UU No 24 Tahun 2003), lalu apabila permohonan tidak beralasan maka MKRI akan memutuskan bahwa permohonan ditolak (*vide* pasal 70 (3) UU No 24 Tahun 2003). Permohonan akan diputus paling lambat 60 hari kerja semenjak permohonan dicatat pada Buku Registrasi Perkara Konstitusi (*vide* Pasal 71 UU No 24 Tahun 2003). Lalu apabila nantinya permohonan mengenai pembubaran maka konsekuensinya putusan pembubaran partai politik akan dilakukan diberikan pada partai yang bersangkutan (*vide* Pasal 72 UU No 24 Tahun 2003). Dan pada akhirnya akan membatalkan pendaftaran partai tersebut sebagaimana diungkapkan pada pasal 53 UU No 24 Tahun 2003:

“(1) Pelaksanaan putusan pembubaran partai politik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 71, dilakukan dengan membatalkan pendaftaran pada Pemerintah.(2) Putusan Mahkamah Konstitusi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diumumkan oleh Pemerintah dalam Berita Negara Republik Indonesia dalam jangka waktu paling lambat 14 (empat belas) hari sejak putusan diterima.”

MEMUTUS PERSELISIHAN HASIL PEMILIHAN UMUM

Hasil pemilihan umum yang berupa penetapan hasil penghitungan suara yang diikuti pembagian kursi yang diperebutkan, yang diumumkan secara resmi oleh lembaga penyelenggara pemilihan umum (Komisi Pemilihan Umum) seringkali tidak memuaskan para peserta pemilihan umum terutama yang menjadi pihak yang kalah. Masalah yang sering muncul adalah adanya perbedaan pendapat dalam hasil perhitungan diantara peserta pemilihan umum dan penyelenggara pemilihan umum itu sendiri. Hal tersebut dapat dikarenakan kesengajaan ataupun kelalaian, baik karena kesalahan teknis ataupun kelemahan-kelemahan yang bersifat administratif ataupun faktor *human error* itu sendiri.¹⁷ Apabila perbedaan pendapat tersebut yang demikian tersebut menyebabkan kerugian bagi peserta pemilihan umum bahkan menyangkut konstitusionalitas pemilihan umum itu sendiri, para pihak dapat menempuh upaya hukum dengan mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi perihal memutuskan hasil pemilihan umum.

¹⁷Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid II*, (Jakarta: Konpress, 2006) hlm 187

Namun, ketentuan yang menyatakan pemberian kewenangan memutus perselisihan hasil pemilihan umum, yakni pada pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 kepada MKRI tidaklah jelas ruang lingkupnya. Apakah hanya identik dengan kewenangan yang diistilahkan Veri Junaedi sebagai "kalkulator", yaitu terbatas pada penetapan hasil yang dipermasalahkan atau justru masuk lebih dalam hingga menilai proses penyelenggaraan (menegakkan keadilan substantial).¹⁸ Mengenai lingkup kewenangan MKRI ini apakah pemilu nasional atau hingga pemilu Kepala dan Wakil Kepala Daerah juga termasuk menjadi polemik awal dari kewenangan MKRI yang satu ini. Namun, kewenangan MKRI yang satu ini berkembang pasca munculnya UU No 12 Tahun 2008 yang membuat MKRI juga mempunyai kewenangan memutus sengketa memutus perselisihan hasil pemilihan umum Kepala dan Wakil Kepala Daerah. MKRI juga pernah membuat terobosan pada putusannya yang bernomor 41/PHPU.D-VI/2008 mengenai perselisihan pemilihan umum Kepala dan Wakil Kepala Daerah yang terjadi di Jawa Timur. Pada ketentuan menimbang 3.27 MKRI menyatakan:

"terlepas dari penanganan penegak hukum yang akan memproses semua tindak pidana dalam pemilukada secara cepat dan *fair* untuk menjadi bukti dalam sengketa pemilukada dihadapan Mahkamah yang dalam pengalaman empiris Pemilukada tampaknya kurang efektif, maka Mahkamah memandang perlu menciptakan terobosan guna memajukan demokrasi dan melepaskan diri dari praktik pelanggaran sistematis, yang terstruktur dan masif seperti perkara *a quo*."

Pada point selanjutnya 3.28 dinyatakan Veri Junaedi bahwa MKRI dalam memutus perselisihan hasil tidak hanya melakukan perhitungan ulang hasil perhitungan suara yang sebenarnya dari pemunggutan suara. Lebih jauh MKRI mengharuskan menggali keadilan dengan menilai dan mengadili hasil penghitungan yang diperselisihkan.¹⁹ Alasannya, jika tetap merujuk pada perhitungan dalam arti teknis matematis, itu dapat dilakukan oleh KPUD dibawah pengawasan panwaslu dan/atau kepolisian atau cukup oleh pengadilan biasa. MKRI memahami bahwa objek sengketa yang harus diadili adalah hasil penghitungan suara, tapi pelanggaran yang menyebabkan terjadinya hasil penghitungan suara yang dipersengketakan tidak dapat diabaikan, demi tegaknya keadilan. Sehingga dalam hal ini **Maruarar Siahaan** menyatakan, bahwa MKRI menggunakan prinsip hukum dan keadilan yang berlaku universal yang menyatakan "tidak seorang pun boleh diuntungkan oleh

¹⁸Veri Junaedi, *Menata Sistem Penegakan Hukum Pemilu Demokratis; Tinjauan Kewenangan Mahkamah Konstitusi Atas Penyelesaian Perselisihan Hasil Pemilu*, (Jakarta: Jurnal Konstitusi, Volume 6 Nomor 3, September 2009) hlm 132

¹⁹*Ibid*, hlm 137

penyimpangan dan pelanggaran yang dilakukannya sendiri dan tidak seorang pun boleh dirugikan oleh penyimpangan dan pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain (*Nullus/nemo commodum capere potest de jura sua propria*)²⁰

MEMBERIKAN PUTUSAN ATAS PENDAPAT DEWAN PERWAKILAN RAKYAT MENGENAI DUGAAN PELANGGARAN OLEH PRESIDEN DAN/ATAU WAKIL PRESIDEN MENURUT UNDANG-UNDANG DASAR

Kewenangan MKRI yang ini sebagaimana dikatakan sebelumnya bahwa lahir dikarenakan unsur yang diistilahkan oleh Jimly Asshiddiqie sebagai unsur kecelakaan sejarah. Yakni ketika proses pemberhentian Presiden Abdurahman Wahid tahun 2001 di sidang Istimewa MPR tahun 2001. Proses pemberhentian jabatan disebelum masa jabatannya habis atau yang lebih dikenal dengan istilah *impeachment* yang terjadi saat itu menginspirasi UUD NRI Tahun 1945 memberi "titah" kepada MKRI untuk menjadikan proses *impeachment* yang kedepannya dapat berdasarkan keputusan hukum atau dalam forum hukum. Mekanisme *impeachment* dalam UUD sebenarnya muncul terlebih dahulu pada pasal 7B UUD NRI Tahun 1945 yang menunjukkan peran Mahkamah Konstitusi dalam mekanismenya, lalu secara tegas bahwa kewajiban MKRI memutus permohonan *impeachment* presiden muncul pada pasal 24C ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 sehingga kewajiban memutus menjadi suatu hal yang menjadi kompetensi MKRI. Mengenai ketentuan lebih lanjut alasan pelanggaran hukum pada *impeachment* dinyatakan lebih lanjut pada pasal 10 ayat (3) UU. No. 24 Tahun 2003:

1. Pengkhianatan terhadap negara adalah tindak pidana terhadap keamanan negara sebagaimana diatur dalam undang-undang.
2. Korupsi dan penyuapan adalah tindak pidana korupsi atau penyuapan sebagaimana diatur dalam undang-undang.
3. Tindak pidana berat lainnya, adalah tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.

Kelompok alasan *impeachment* yang ini merupakan alasan-alasan yang didasari oleh undang-undang hukum pidana. Atau dapat disebut sebagai alasan pidana pemberhentian Presiden. Kelompok alasan lain yang untuk melakukan *impeachment* yang disebut oleh Maruarar Siahaan sebagai kondisi atau keadaan yang sebenarnya dijadikan syarat yang harus dipenuhi untuk menjadi Presiden dan/atau Wakil Presiden:²¹

1. Perbuatan tercela adalah perbuatan yang dapat merendahkan martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden.

²⁰Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Perselisihan Hasil PEMILUKADA 2008*, bahan kuliah dalam temu wicara MKRI dengan Parpol, Jakarta, Hotel Grand Melia, Sabtu 12 Desember 2008, hlm 9-10

²¹Maruarar Siahaan, *Op. Cit*, hlm 182

2. Tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden, yaitu:
 - (i) Ternyata bukan seorang warganegara Indonesia sejak lahir;
 - (ii) Ternyata pernah menerima kewarganegaraan lain atas kehendaknya sendiri;
 - (iii) Ternyata tidak mampu lagi secara jasmani dan rohani untuk melaksanakan tugas sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.
 - (iv) Alasan-alasan lain yang disebut dalam UU No 42 Tahun 2008 tentang pemilihan Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Oleh karena itu, **Abdul Muktie Fadjar** memberikan deskripsi mekanisme atau tahapan-tahapan proses *impeachment* menurut UUD NRI 1945, yakni:²²

1. DPR mengadakan sidang paripurna untuk membahas usulan/mosi *impeachment* dari anggota dalam rangka fungsi pengawasan dengan korum (quorum) minimal 2/3 jumlah anggota; tidak diatur syarat minimal jumlah anggota yang dapat mengajukan usul *impeachment* ke forum paripurna DPR (catatan: di Korea minimal 1/3 jumlah anggota *National Assembly*; mungkin tergantung peraturan tata tertib DPR);
2. Agar usul *impeachment* dapat menjadi pendapat DPR yang dapat diajukan ke MKRI harus disetujui oleh minimal 2/3 jumlah anggota yang hadir;
3. Setelah terpenuhi ketentuan butir 1 dan butir 2, DPR mengajukan permohonan ke MKRI (belum jelas siapa yang mewakili DPR ke MKRI, di Korea oleh Komisi yang mengurus bidang hukum) pendapatnya tentang *impeachment* terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden yang menurut ketentuan Pasal 80 UU MK harus jelas alasan-alasannya disertai keputusan DPR dan proses pengambilan keputusannya, risalah/berita acara rapat paripurna DPR, dan bukti-bukti dugaannya yang menjadi alasan *impeachment*;
4. MKRI wajib memeriksa, mengadili, dan memutus pendapat DPR tentang usul *impeachment* tersebut dalam jangka waktu paling lambat 90 (sembilan puluh) hari sejak permohonan *impeachment* DPR dicatat dalam buku registrasi perkara konstitusi (Pasal 84 UU MK); jika Presiden dan/atau Wakil Presiden mengundurkan diri permohonan DPR gugur;
5. Proses persidangan di MKRI belum cukup diatur dalam UU MK, misalnya apakah Presiden dan/atau Wakil Presiden harus hadir di forum persidangan atau dapat diwakili kuasa hukumnya, serta proses pembuktiannya, sehingga masih harus diatur lebih

²²**Abdul Muktie Fadjar**, *Hukum Konstitusi & Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Konpress & Citra Media, 2006) hlm 238-240.

- lanjut dalam peraturan mahkamah konstitusi sesuai dengan ketentuan Pasal 86 UU MK;²³
6. Putusan MKRI ada tiga kemungkinan (Pasal 83 UU MK), yaitu: (a) Permohonan DPR tidak dapat diterima jika tidak memenuhi ketentuan Pasal 80 UU MK (syarat prosedural); (b) Permohonan DPR ditolak apabila *impeachment* tidak terbukti; (c) Pendapat DPR dibenarkan apabila *impeachment* terbukti;²⁴
 7. Apabila pendapat DPR dibenarkan oleh MKRI, DPR mengadakan Sidang Paripurna untuk meneruskan usul pemakzulan Presiden dan/atau Wakil Presiden ke MPR;²⁵
 8. MPR wajib bersidang untuk memutus usul DPR untuk pemakzulan Presiden dan/atau wakil Presiden paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak diterimanya usul DPR;
 9. Presiden dan/atau Wakil Presiden yang diusulkan DPR untuk dimakzulkan diberi kesempatan memberikan penjelasan dalam rapat paripurna MPR yang korumnya minimal $\frac{3}{4}$ dari jumlah anggota, sedangkan keputusan MPR atas usul pemakzulan oleh DPR minimal $\frac{2}{3}$ dari jumlah anggota yang hadir.

VERFASSUNGSGERICHTSHOF DER REPUBLIK ÖSTERREICH

Austria merupakan negara yang berada di jantung benua Eropa. Austria berada tepat diantara wilayah Eropa Barat dan Eropa tengah. Penduduk Austria berjumlah ± 8 juta jiwa dan mempunyai ibukota Vienna. Austria merupakan negara yang berbentuk federal-republik dan terdiri dari 9 Provinsi. Konstitusi Austria tahun 1920 yang dirancang oleh Hans Kelsen yang ketika itu menjadi anggota lembaga pembaharu Konstitusi Austria (*Chancelery*) pada 1919-1920 dan diterima menjadi Konstitusi Tahun 1920 kembali diundangkan ulang

²³ Setelah tanggal 31 Desember 2009, Peraturan Mahkamah Konstitusi No 21 Tahun 2009 mengenai Pedoman Beracara Memutus Pendapat Dewan Perwakilan Rakyat Mengenai Dugaan Pelanggaran Oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden, telah disahkan.

²⁴ Dalam hal putusan Mahkamah Konstitusi atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar, terdapat dua golongan ahli yang berbeda menilai sifat dari putusan tersebut. Kelompok pertama beranggapan bahwa putusan itu tidak bersifat final karena masih ada proses selanjutnya, yaitu DPR akan membawa putusan itu ke dalam Rapat Paripurna MPR. Kemudian kelompok kedua berpendapat bahwa putusan Mahkamah Konstitusi mengenai pemakzulan tersebut bersifat final dan mengikat secara yuridis, namun pelaksanaannya secara *de factodiserahkan* kepada MPR. Sehingga MPR hanyalah melakukan rapat untuk eksekusi (*executable forum*) kepada putusan Mahkamah Konstitusi. [Feri Amsari, *Masa Depan Mahkamah Konstitusi: Kesesuaian Teori dan Implementasi*, Jurnal Konstitusi, 9 Volume 5 Nomor, 1 Juni 2008) hlm 91-92]

²⁵ Putusan MK yang membenarkan pendapat DPR ini sifatnya tidak final karena tunduk pada (*subject to*) putusan MPR, lembaga politik yang berwenang memberhentikan Presiden. Jadi berbeda dengan Amerika Serikat yang mendahulukan proses politik daripada proses hukum. [Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006) hlm 202]

tepatnya pada tanggal 1 May 1945.²⁶ Namun, untuk mencapai kedaulatan penuhnya Austria harus menunggu hingga 10 tahun tepatnya tanggal 15 Mei 1955 setelah perjanjian kenegaraan antara Austria dan negara sekutu yang terdiri oleh Perancis, Inggris, Amerika Serikat serta dengan Uni Soviet (USSR). Konstitusi Austria yang menjadikan Austria negara demokrasi konstitusional dan memiliki *two chamber parlemantary system* sebagaimana dinyatakan oleh *Article 24 Österreichische Bundesverfassungsgesetze* (Konstitusi Austria) bahwa "*The legislative power of the Federation is exercised by the National Council jointly with the Federal Council.*" Mayoritas kekuasaan legislatif Austria berada di *The National Council*-nya yang anggotanya dipilih melalui pemilihan umum federal setiap 4 tahun sekali sebagaimana dinyatakan pada *Article 27* ayat (1) dan (2) Konstitusi Austria:

(1) *The legislative period of the National Council lasts four years, calculated from the day of its first meeting, but in any case until the day on which the new National Council meets.*(2) *The newly elected National Council shall be convened by the Federal President within thirty days after the election. The latter shall be so arranged by the Federal Government as to enable the newly elected National Council to meet on the day after the expiry of the fourth year of the legislative period.*

Lalu mengenai *Federal Council*-nya para anggotanya dipilih melalui proses nominasi yang ketat yang dilakukan oleh 9 provinsi otonomi atau yang disebut *Lander*. Komposisi Anggota dari *Federal Council* ditentukan melalui rasio penduduk di 9 provinsi maksimal terbanyak setiap provinsi adalah 12 delegasi. Mengenai hal tersebut lebih dijelaskan pada *Article 34* ayat (1), (2), dan (3) Konstitusi Austria:

(1) *Pursuant to the following provisions, the Laender are represented in the Federal Council in proportion to the number of nationals in each Land.*(2) *The Land with the largest number of citizens delegates twelve members, every other Land as many as the ratio in which its nationals stand to those in the first-mentioned Land, with remainders which exceed half the coefficient counting as full. Every Land is however entitled to a representation of at least three members. A substitute will be appointed for each member.* (3) *The number of members to be delegated by each Land accordingly will be laid down after every general census by the Federal President.*

²⁶Johannes Oehlboeck dan Immanuel Gerstner, *The Austrian Legal System and Laws*, <http://www.rechtsfreund.at/austrian-legal-system.htm>, diakses pada tanggal 24 Oktober 2010.

Keberadaan *Federal Council* merupakan bertujuan untuk memperjuangkan kepentingan dari provinsi yang ada di Austria. Kepala negara Austria disebut "*Bundespraesident*" (Presiden Federal) yang dipilih secara langsung oleh rakyat Austria. Kepala pemerintahan negara Austria dikepalai oleh "*Bundeskanzler*" (Federal Kanselir) yang memegang kekuasaan politik negara. Mengenai hal tersebut ditegaskan pada *article* 60 ayat (1) dan *article* 67 Ayat (1)²⁷. Menurut **Johannes Oehlboeck** dan **Immanuel Gerstner**, semua kekuasaan yang didapatkan oleh seluruh organ yang berada di Austria merupakan atas nama Republik Federal Austria. Begitu pula mengenai kekuasaan kehakiman di Austria yang mempunyai kompetensi untuk memberikan vonis dan temuan hukum lainnya wajib diproklamasikan dan diterbitkan atas nama Republik Federal Austria.²⁸ Sehingga menurutnya struktur ketatanegaraan terutama mengenai kekuasaan kehakiman di Austria menarik perbedaan mendasar antara dua yurisdiksi utama, yaitu:

- 1) Pengadilan dan pengadilan yang bersangkutan dengan masalah-masalah hukum publik, yang dibaginya menjadi:
 - a. *Verfassungsgerichtshof* (VfGH) atau Mahkamah Konstitusi Austria, dan
 - b. *Verwaltungsgerichtshof*, atau Mahkamah Tata Usaha Negara Austria.
- 2) Yurisdiksi pengadilan biasa, menurutnya adalah institusi peradilan yang mempunyai kompetensi diluar masalah hukum-hukum publik dan hanya yang berkaitan dengan hukum privat, hukum pidana dan hal-hal lain yang berkaitan dengan aspek hukum kompetisi, yang dibaginya antara lain:
 - a. *Courts of First Instance* atau peradilan tingkat pertama
 - b. *Courts of Second Instance* atau peradilan tingkat kedua
 - c. *Oberster Gerichtshof* (OGH), Peradilan tingkat kasasi atau Mahkamah Agung yang merupakan pengadilan terakhir dari yang disebutnya sebagai *The Ordinary Court*.²⁹

²⁷**Article. 60. (1)** *The Federal President is elected by the nation on the basis of equal, direct, secret and personal suffrage. If there is only one candidate, the election shall take place by way of referendum. Anyone with National Council suffrage is entitled to vote. Voting in the election is compulsory in Federal Laender where Land law so provides; detailed provisions about the electoral procedure and possible compulsory voting will be established by a Federal law. This same law shall in particular lay down the reasons held to excuse non-participation in the election regardless of compulsory voting.* **Article. 69. (1)** *The Federal Chancellor, the Vice-Chancellor and the other Federal Ministers are entrusted with the highest administrative business of the Federation in so far as this is not assigned to the Federal President. They constitute as a body the Federal Government under the chairmanship of the Federal Chancellor."*

²⁸*Ibid*,

²⁹*Ibid*

Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich (VfGH) merupakan Mahkamah Konstitusi Austria yang didirikan atas jasa Hans Kelsen. Sehingga VfGH sering diistilahkan sebagai *The Kelsenian Model* oleh Jimly Asshiddiqie atau *The Kelsenian Court*. Menurut Alec Stone VfGH ini merupakan *prototype* model Mahkamah Konstitusi yang berbeda dan sangat bertolak belakang dengan apa yang dikembangkan di Amerika Serikat terutama mengenai pengujian konstiusionalitas UU. Apabila di Amerika Serikat menggunakan *The Supreme Court*-nya untuk melakukan pengujian konstiusionalitas UU, Austria justru membentuk lembaga baru yang melulu mengerjakan pengujian konstiusionalitas UU dan pelanggaran konstitusi lainnya.³⁰ Kedudukan VfGH merupakan pemegang kekuasaan kehakiman bersama dengan *Verwaltungsgerichtshof* (Mahkamah Tata Usaha Negara Austria), dan *Oberster Gerichtshof* (Mahkamah Agung Austria). VfGH dan *Verwaltungsgerichtshof* adalah pemegang kekuasaan kehakiman yang berkaitan dengan hal hukum tata usaha negara dan *Oberster Gerichtshof* merupakan pemegang kekuasaan kehakiman di tingkat hukum privat dan pidana.

VfGH mempunyai fungsi sebagai lembaga peradilan khusus untuk menjamin agar konstitusi sebagai hukum yang paling tinggi (*the supreme law of the land*) dapat ditegakkan di dalam praktek.³¹ Mengenai susunan organisasinya dijelaskan dalam *Article 147* ayat (1) dan (3) Konstitusi Austria, bahwa susunan anggotanya terdiri atas 1 orang ketua (*President*) dan 1 orang Wakil Ketua (*Vice President*), 12 orang anggota (*Mitglieder*), dan 6 orang anggota pengganti (*Ersatz-Mitglieder*) serta syarat menjadi hakim VfGH adalah menyandang gelar sarjana hukum atau ilmu politik dengan minimal mempunyai pengalaman dibidang profesi hukum sekurang-kurangnya 10 tahun.³² Para hakim VfGH diangkat dengan keputusan Presiden Federal atas usul atau pencalonan yang diajukan oleh tiga lembaga, yaitu (i) Pemerintah Federal, (ii) *National Council* dan (iii) *Federal Council*. Pemerintah Federal (eksekutif) berhak mengusulkan calon presiden VfGH, Wakil Presiden VfGH, 6 anggota Hakim VfGH, dan 3 orang anggota hakim pengganti. Mereka yang dicalonkan oleh pemerintah Federal ini dipersyaratkan harus berasal dari kalangan

³⁰ Menurut Alec Stone, *the Austrian precedent is considered 'seminal Western Europe', and The Kelsenian Court is recognized today as prototype of European 'model' of 'constitutional review', in opposition to the American model.* [Alec Stone, *The Birth Of Judicial Politics In France: The Constitutional Council In Comparative Perspective*, (Oxford dan New York: Oxford University Press, 1992) hlm 228]

³¹ Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit*, hlm 115-117

³² **Art. 147. (1)** *The Constitutional Court consists of a President, a Vice-President, twelve additional members and six substitute members. (3) The President, the Vice-President, and the other members and substitute members must be graduates of the studies in legal sciences or of law and political science and for at least ten years have held a professional appointment which prescribes the graduation in these studies."*

hakim karir, pejabat pemerintahan ataupun professor dari perguruan tinggi. *National Council* berhak mengajukan 3 orang anggota dan 2 orang anggota pengganti, begitu pula dengan *Federal Council* berhak mengajukan 3 orang anggota dan 2 orang anggota pengganti³³

Melihat ketentuan demikian, setengah jumlah anggota VfGH sesungguhnya ditentukan oleh cabang kekuasaan eksekutif di Austria (Pemerintah Federal) seperti yang dinyatakan Jimly Asshiddiqie, "secara *de facto*, pihak pemerintahlah yang lebih menentukan keanggotaan Mahkamah Konstitusi Austria." Dalam menangani perkara, cara kerja hakim VfGH selalu memiliki hakim yang nantinya ditetapkan menjadi "*permanent reporters*" untuk jangka waktu 3 tahun. Jadi, untuk mengerjakan 1 perkara, ditunjuk 1 orang hakim *rapporteur* yang dipilih dari antara hakim-hakim yang telah diangkat oleh hakim menjadi "*permanent reporters*." Setelah 3 tahun bekerja kemudian mereka dapat diangkat lagi.³⁴ Selanjutnya Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa dalam prakteknya, peranan hakim *rapporteur* ini sangat penting, mereka inilah yang bekerja secara full time di VfGH.³⁵ Oleh karena itu, setiap hakim pelapor (*reporting judge*) didampingi dan dibantu oleh dua staff kepaniteraan (*schriftfuhrer*) atau panitera pengganti. *Schriftfuhrer* inilah yang membantu hakim *rapporteur* (*reporting judge*) mengelola bahan-bahan yang diperlukan, menyusun pertimbangan hukum dan merancang putusan akhir atas perkara yang bersangkutan.³⁶ Berbeda dengan Mahkamah Konstitusi di berbagai negara lainnya yang meniru Austria khususnya di Indonesia, para hakim di VfGH tidak dapat dikategorikan sebagai pekerjaan tetap mereka (*full time occupation*). Sambil mereka bekerja di VfGH mereka diperbolehkan untuk tetap bekerja seperti asalnya mereka, seperti menjadi hakim di pengadilan tingkat satu, Jaksa, konsultan hukum, ataupun menjadi dosen di

³³**Art 147ayat (2) Konstitusi Austria:** "*The President, the Vice-President, six additional members and three substitute members are appointed by the Federal President on the recommendation of the Federal Government; these members and substitute members shall be selected from among judges, administrative officials, and professors holding a chair in law. The remaining six members and three substitute members are appointed by the Federal President on the basis of proposals submitted by the National Council for three members and two substitute members and by the Federal Council for three members and one substitute member. Three members and two substitute members must have their domicile outside the Federal capital, Vienna. Administrative officials on active service who are appointed members or substitute members shall be exempted, with their pay terminating, from all official duties. This shall not apply to administrative officials appointed substitute members who for the term of such.*"

³⁴ Menurut penjelasan Herbert Hausmaninger, bahwa *they may be- and in the fact regularly are- reappointed*", [Herbert Hausmaninger, *The Austrian Legal System*, (Wien: Manzsche Verlags-Universitätsbuchhandlung, 2003) hlm 143, catatan kaki no 13]

³⁵Jimly Asshiddiqie, *Op. Cit*, hlm 116

³⁶*Ibid*

perguruan tinggi dimana sebelumnya mereka mengajar. Namun apabila mereka bekerja di lingkungan pemerintahan (eksekutif) mereka diharuskan berhenti sehingga independensi VfGH lebih terjamin. Sebagaimana diutarakan oleh **Herbert Hausmaninger**, "*memberships on the constitutional court in not considered a full time occupation. The member may continue their regular work as judges, attorney, or law professor; only administrative official are relieved of their duties in order to safeguard their judicial independence.*"³⁷

Sebagai salah satu peradilan tertinggi di Austria dan berkedudukan di Vienna mempunyai kewenangan yang diberikan konstitusi kepadanya. Jimly Asshiddiqie mencatat ada 9 kewenangan yang dimiliki VfGH, namun Herbert Hausmaninger mencatat hanya 8 kewenangan yang dimiliki VfGH sebagaimana ia menyatakan "*there are at least 8 (eight) types of powers of Austrian Constitutional Court, which are extensively regulated in the constitution*".³⁸ Namun untuk diuraikan selanjutnya, peneliti akan menggunakan 9 kewenangan yang ditemukan oleh Jimly Asshiddiqie sebagai pembahasan terhadap kekuasaan VfGH:

PENGUJIAN KONSTITUSIONALITAS UNDANG-UNDANG

Makna konstitusionalitas mempunyai makna essential yakni tidak menghendaki adanya undang-undang yang dibuat oleh penguasa bertentangan dengan konstitusi atau undang-undang dasar sebagai nilai-nilai dasar negara. Ide pembentukan VfGH yang muncul melalui Hans Kelsen ini dikarenakan adanya semangat keadilan konstitusional (*constitutional justice*). Oleh karena itu, kewenangan VfGH yakni menguji konstitusionalitas dari sebuah undang-undang adalah penting dalam mencapai *constitutional justice* di Austria.³⁹ VfGH mempunyai kewenangan yang utama adalah memeriksa konstitusionalitas dari undang-undang federal atau 'Land' sebagaimana ditentukan pada *Article 140* Konstitusi Austria yang secara garis besar menyimpulkan bahwa "*The Constitutional Court may also examine constitutional law.*" Serta yang ditentukan pada *article 99* ayat (1) Konstitusi Austria yang mengambil kesimpulan bahwa "*Land constitution must be conformity with federal constitution.*"⁴⁰ Pengujian konstitusional yang dilakukan VfGH dapat dilakukan secara 'ex-officio', yakni ketika VfGH melakukan suatu pemeriksaan perkara yang lain atau sebagai perkara secara tersendiri atas permintaan pemohon. Pengajuan permohonan dapat diajukan oleh perorangan warganegara atau lembaga negara (*vide article 140* ayat (3) Konstitusi Austria). Namun menurut hal yang paling menarik

³⁷Herbert Hausmainger, *Op.Cit*, hlm 142

³⁸*Ibid*, hlm 144

³⁹Jimly Asshiddiqie dan Ahmad Syafrizal, *Peradilan Konstitusi Di Sepuluh Negara*, (Jakarta: Konpress, 2006) hlm 8

⁴⁰Herbert Hausmaninger, *Op.Cit*, hlm 144, catatan kaki no 20

adalah apabila permohonan datang dari warga negara perorangan yang memohonkan pengujian konstiusionalitas UU untuk melindungi hak konstiusionalnya.⁴¹ Sesungguhnya pengujian konstiusional UU yang dimohonkan oleh warganegara perorangan masih tergolong baru di Austria dikarenakan hal tersebut baru diperkenalkan pada tahun 1975 yang mencontoh Mahkamah Konstitusi Federal Jerman.⁴²

Akan tetapi, sebagaimana juga diterapkan di Jerman, perorangan secara langsung dapat mengajukan gugatan konstiusional kepada VfGH, apabila kerugian serius benar-benar telah mengacu, keberadaan hak konstiusionalitas dari yang bersangkutan. Sehingga dalam permohonannya, pemohon harus dapat memperlihatkan kerugian aktual bukan potensial yang akan didapatkan oleh seseorang akibat berlakunya suatu norma tertentu atau keseluruhan undang-undang.⁴³ VfGH mempunyai lingkup kewenangan untuk dapat membatalkan atau menyatakan seluruh atau sebagian dari undang-undang yang terkait tidak mengikat untuk umum. Namun, hal yang unik adalah undang-undang yang telah dinyatakan tidak mengikat lagi (*unconstitutional*) oleh VfGH baru akan tidak mengikat untuk umum ketika diterbitkannya putusan VfGH dalam (i) *The Bundesgesetzblatt* (Lembaran Negara Federal) atau melalui (ii) *The Land Law Gazette* (Lembaran Lander). Hal ini ditegaskan pula oleh **Herbert Hausmaninger**: "*The Court may repeal an entire statute or parts of it. The Statute expires at the moment of publication of the Court's decision in The Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) or in the official publication series (Law Gazette) of the respective land.*"⁴⁴

PENGUJIAN LEGALITAS PERATURAN DIBAWAH UNDANG-UNDANG

Berdasarkan *article* 139 Konstitusi Austria, peraturan-peraturan (*verordnungen*) yang dikeluarkan oleh pemerintah federal atau *Land* dapat diuji legalitasnya melalui permohonan yang diajukan oleh perorangan warganegara atau pun lembaga negara. Akan tetapi VfGH baru akan dapat memeriksa perkara yang bersangkutan apabila VfGH telah menerima permohonan dari pengadilan umum. Dengan kata lain untuk mengajukan pengujian legalitas perlu adanya kasus khusus terlebih dahulu.⁴⁵ Secara *ex-officio* VfGH dapat menunda suatu

⁴¹*Ibid*, hlm 145

⁴²*Ibid*

⁴³Jimly Asshiddiqie dan Ahmad Syafrizal, *Op.Cit*, hlm 17

⁴⁴*Ibid*

⁴⁵**Art 139 ayat (3) Konstitusi Austria** "*The Constitutional Court may rescind an ordinance as contrary to law only to the extent that its rescission was expressly submitted or the Court would have had to apply it in the pending suit. If the Court reaches the conclusion that the whole ordinance: (a) has no foundation in law, (b) was issued by an authority without competence in the matter, or, (c) was published in a manner contrary to law, it shall rescind*

berlakunya suatu peraturan pemerintah.⁴⁶ Permohonan dapat diajukan oleh pemerintah federal terhadap peraturan pemerintah yang dikeluarkan pemerintahan *Land*, dengan suatu dalil bahwa peraturan pemerintah tersebut telah bertentangan dengan hukum, sebagaimana dijelaskan pada *Article* 139 ayat (1) Konstitusi Austria:

"The Constitutional Court pronounces on application by a court, an independent administrative panel or the Federal Procurement Authority, whether ordinances issued by a Federal of Land authority are contrary to law, but ex officio in so far as the Court would have to apply such an ordinance in a pending suit. It also pronounces on application by the Federal Government whether ordinances issued by a Land authority are contrary to law and likewise on application by the municipality concerned whether ordinances issued by a municipal affairs supervisory authority in accordance with Art. 119a para. 6 are contrary to law. It pronounces furthermore whether ordinances are contrary to law when an application alleges direct infringement of personal rights through such illegality in so far as the ordinance has become operative for the applicant without the delivery of a judicial decision or the issue of a ruling; Art. 89 para. 3 applies analogously to such applications."

Perorangan juga dapat mengajukan uji legalitas terhadap peraturan pemerintah, bila pemohon mendalilkan telah terjadi pelanggaran langsung terhadap hak-hak yang bersangkutan. Akan tetapi sebagaimana diutarakan sebelumnya, VfGH baru dapat memeriksa, mengadili, dan memutus peraturan tersebut setelah terbitnya gugatan. Permohonan atau penyerahan perkara dari peradilan umum kepada VfGH biasanya terjadi setelah hakim (*ordinary judges*) beranggapan bahwa peraturan pemerintah tersebut bertentangan dengan hukum (*law*).⁴⁷ Salah satu ciri dari kewenangan VfGH adalah organ ini dapat menunda akibat hukum dari pembatalan hingga jangka waktu 6 bulan dan dapat diperpanjang hingga 18 bulan. Hal ini diamini oleh **Herbert Hausmaninger** bahwa *"The Court may, however, grant the respondent a period up to six months to repair the faulty regulation to avoid a regulatory vacuum. If*

the whole ordinance as illegal. This does not hold good if rescission of the whole ordinance manifestly runs contrary to the legitimate interests of the litigant who has filed an application pursuant to the last sentence in para. 1 above or whose suit has been the occasion for the initiation of ex-officio examination proceedings into the ordinance."

⁴⁶ Penggunaan kata "menunda" disini berbeda dengan istilah yang diungkapkan Herbert Hausmaninger ia menggunakan istilah "mencabut". Sebagaimana ia menyatakan bahwa *"The Court may repeal an entire regulations or parts of it."* [**Herbert Hausmaninger**, *Op. Cit*, hlm 146]

⁴⁷ **Jimly Asshiddiqie** dan **Ahmad Syafrizal**, *Op.Cit*, hlm 20

legislative action is required for this purpose, the periods may be extended to 18 month."⁴⁸

PENGUJIAN PERJANJIAN INTERNASIONAL

VfGH juga mempunyai kompetensi untuk menguji konstitusionalitas dan legalitas dari perjanjian internasional (*treaties*). Hal ini dijelaskan pada *Article* 140a ayat (1) dan (2) Konstitusi Austria:

"(1) The Constitutional Court pronounces whether treaties are contrary to law. Art. 140 shall apply to treaties concluded with the sanction of the National Council pursuant to Art. 50 and to lawmodifying of law-amending treaties pursuant to Art. 16 para. 1, Art. 139 to all other treaties with the proviso that the authorities competent for their execution shall from the day of the judgment's publication not apply those which the Court establishes as being contrary to law or unconstitutional unless it determines a deadline prior to which such a treaty shall continue to be applied. The deadline may not in the case of treaties specified in Art. 50 and of law-modifying or law-amending treaties pursuant to Art. 16 para. 1 exceed two years, in the case of all others one year.(2) If the Constitutional Court establishes that a treaty is contrary to law or unconstitutional, a regulation of the Federal President concerning such treaty shall become ineffective under Art. 65 para 1 and a resolution of the National Council shall become ineffective under Art. 50 para 2 upon expiry of the day of the promulgation of the decision."

Hal ini harus menyesuaikan dengan derajatnya dalam hierarki norma hukum khususnya di Austria sendiri. Ada perjanjian internasional yang hanya dapat diberlakukan sebagai hukum nasional setelah diratifikasi melalui undang-undang, dan ada pula yang cukup dengan Keputusan Pemerintah Federal saja. Namun demikian, Jimly Asshiddiqie menjelaskan bahwa dengan semakin kuatnya kedudukan hukum *European Union* dan *European Community*, konstitusi negara-negara eropa tidak dapat lagi lebih tinggi kedudukannya daripada *European Charter* dan konvensi-konvensi sebagai bentuk perjanjian antar lembaga negara dari negara-negara anggotanya. Karena itu, perjanjian antar negara-negara eropa (*treaties*) tidak mungkin lagi dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi-Mahkamah Konstitusi negara anggotanya seperti Austrianya sendiri dengan VfGHnya yang mempunyai kekuasaan *constitutional review*. Herbert Hausmaninger pun menyatakan bahwa "*no case has been decided to this date*".⁴⁹

⁴⁸Herbert Hausmaninger, *Op.Cit.*

⁴⁹*Ibid*,

PERSELISIHAN PEMILIHAN UMUM

Kewenangan VfGH untuk memutus perselisihan hasil pemilu lahir dikarenakan ketentuan *Article 141* Konstitusi Austria. Yang menyatakan bahwa VfGH berwenang mengadili legalitas pemilihan umum, prakarsa-prakarsa populer (*popular initiative*) dan referendum yang diselenggarakan menurut Undang-Undang Dasar. Berkenaan dengan hal ini, VfGH diberi kewenangan untuk menentukan perolehan ataupun hilangnya kursi seorang anggota di lembaga perwakilan rakyat.⁵⁰Bahkan, VfGH dapat pula membatalkan suatu pemilihan umum apabila proses pelaksanaannya menyimpang atau bertentangan dengan hukum dan konstitusi serta terbukti pula bahwa penyimpangan tersebut memang mempengaruhi hasil suara dan perolehan kursi.⁵¹

⁵⁰**Article 141 Konstitusi Austria:** (1) *The Constitutional Court pronounces upon: (a) challenges to the election of the Federal President and elections to the popular representative bodies or the constituent authorities (representative bodies) of statutory professional associations; (b) challenges to elections to a Land Government and to municipal authorities entrusted with executive power; (c) application by a popular representative body for a loss of seat by one of its members; application by at least eleven member of the European Parliament from the Republic of Austria for a loss of seat by a member from the Republic of Austria; (d) application by a constituent authority (representative body) of a statutory professional association for a loss of seat by one of the members of such an authority; (e) the challenge to rulings whereby the loss of a seat in a popular representative body, in a municipal authority entrusted with executive power or in a constituent authority (representative body) of a statutory professional association has been enunciated, in so far as laws of the Federation or Laender governing elections provide for declaration of a loss of seat by the ruling of an administrative authority, and after all stages of legal remedy have been exhausted. The challenge (application) can be based on the alleged illegality of the electoral procedure or on a reason provided by law for the loss of membership in a popular representative body, in the European Parliament, in a municipal authority entrusted with executive power, or in a constituent authority (representative body) of a statutory professional association. The Court shall allow an electoral challenge if the alleged illegality has been proved and was of influence on the election result. In the proceedings before the administrative authorities the popular representative body or statutory professional association has litigant status.* (2) *If a challenge pursuant to para. 1 sub-para. a above is allowed and it thereby becomes necessary to hold the election to a popular representative body, to the European Parliament or to a constituent authority of a statutory professional association in whole or in part again, the representative body's members concerned lose their seat at the time when it is assumed by those elected at the ballot which has to be held within a hundred days after delivery of the Constitutional Court's decision.* (3) *The premises for a decision by the Constitutional Court in challenges to the result of initiatives, consultations of the people, or referenda will be prescribed by Federal law. How long, in view of the possibility of such a challenge, it is necessary to retard publication of the law about which a referendum has taken place, can also be laid down by Federal law.*"

⁵¹Pada tahun 2001, VfGH telah memeriksa 12 perkara pemilihan umum, dan 3 diantaranya dikabulkan dengan dibatalkannya kursi untuk tiga calon anggota legislatif . [*Ibid*, hlm 147, catatan kaki no 31]

PERADILAN *IMPEACHMENT*.

VfGH dapat dimintakan untuk menjalankan tugas peradilan dalam *impeachment* terhadap pejabat tertinggi, karena kelalaiannya memenuhi kewajiban hukum atau pelanggaran hukum yang dilakukan dalam menjalankan jabatannya sebagaimana dinyatakan pada *Article 142* ayat (1) Konstitusi Austria "*The Constitutional Court pronounces on suits which predicate the constitutional responsibility of the highest Federal and Land authorities for legal contraventions culpably ensuing from their official activity.*" Sanksi yang dapat dijatuhkan atas perkara *impeachment* ini apabila terbukti adalah sanksi pemberhentian dari jabatan. Namun, apabila pelanggaran yang terbukti hanya menyangkut pelanggaran ringan, VfGH berwenang menjatuhkan sanksi yang ringan pula, yaitu dengan menyatakan pelanggaran ringan yang dimaksud memang terbukti telah dilakukan oleh yang bersangkutan. Pernyataan VfGH bahwa yang bersangkutan memang terbukti bersalah telah melakukan pelanggaran tersebut dianggap sudah cukup sebagai sanksi atas pelanggaran yang ringan tersebut, sebagaimana pula dijelaskan pada *Article 142* ayat (4) Konstitusi Austria:

"The condemnation by the Constitutional Court shall pronounce a forfeiture of office and, in particularly aggravating circumstances, also a temporary forfeiture of political rights. In the case of minor legal contraventions in the instances mentioned in para. 2 sub-paras. c, e, g and h above the Court can confine itself to the statement that the law has been contravened. From forfeiture of the office of president of the Land school board ensues forfeiture of the office with which pursuant to Art. 81a para. 3 sub-para. b it is linked."

KEWENANGAN SEBAGAI PERADILAN ADMINISTRASI KHUSUS YANG TERKAIT DENGAN "*CONSTITUTIONAL COMPLAINT*" INDIVIDU WARGANEGARA

Dalam keadaan tertentu, VfGH juga dapat berfungsi sebagai pengadilan administrasi negara yang bersifat khusus, yaitu untuk mengadili legalitas keputusan konkrit pejabat pemerintah (*administrative authorities*) sebagaimana dijelaskan pada *article 144* Konstitusi Austria:

"(1) The Constitutional Court pronounces on rulings by administrative authorities including the independent administrative tribunals in so far as the appellant alleges an infringement by the ruling of a constitutionally guaranteed right or the infringement of personal rights on the score of an illegal ordinance, an unlawful promulgation regarding the re-notification of an act (a treaty), an unconstitutional law, or an unlawful treaty. The complaint can only be filed after all other stages of legal remedy have been exhausted.(2) The

Constitutional Court can before the proceedings decide to reject a hearing of a complaint if it has no reasonable prospect of success or if the decision cannot be expected to clarify a constitutional problem. The rejection of the hearing is inadmissible if the case at hand according to Art. 133 is barred from the competence of the Administrative Court.(3) If the Constitutional Court finds that a right within the meaning of para. 1 above has not been infringed by the challenged ruling and if the case at hand is not in accordance with Art. 133 barred from the competence of the Administrative Court, the Court shall on the request of the applicant transfer the complaint to the Administrative Court for decision whether the applicant sustained by the ruling the infringement of any other right. This applies analogously in the case of decisions in accordance with para. 2 above."

Gugatan dari individu warganegara yang merasa dirugikan hak konstitusionalnya oleh keputusan konkrit itu, hanya dapat diajukan ke VfGH apabila upaya hukum melalui proses peradilan administrasi negara telah ditempuh dan tidak tersedia lagi upaya hukum yang lain, kecuali ke VfGH. Jika terbukti, bahwa hak yang dilanggar memang merupakan hak yang dijamin dalam Undang-Undang Dasar, maka VfGH dapat mengadilinya.⁵²

SENGKETA KEWENANGAN DAN PENDAPATAN KEUANGAN ANTAR NEGARA BAGIAN DAN ANTARA NEGARA BAGIAN DENGAN FEDERAL

VfGH mempunyai kewenangan pula yang terkait dengan sengketa keuangan tertentu terhadap Federasi (*Bundes*), *Lander*, atau Pemerintah Lokal (*Gemeinden*) yang tidak tunduk kepada yurisdiksi pengadilan biasa ataupun pengadilan tata usaha negara. Misalnya, dalam perkara-perkara yang berkenaan dengan gaji pegawai negeri, ataupun mengenai sengketa pembagian pendapatan keuangan antar daerah atau antar negara bagian dengan pusat, sebagaimana dijelaskan pada *article 137* Konstitusi Austria: "*The Constitutional Court pronounces on pecuniary claims on the Federation, the Laender, the Bezirke, the municipalities and municipal associations which cannot be settled by ordinary legal process nor be liquidated by the ruling of an administrative authority.*"

⁵²Jika hak yang dimaksud bukan hak konstitusional yang memang dijamin dalam UUD, atau yang lahir karena perjanjian internasional ataupun oleh undang-undang, maka hal tersebut dianggap tetap harus diselesaikan secara final oleh *verwaltungsgerichtshof* (Mahkamah Tata Usaha Negara), bukan oleh VfGH. [Jimly Asshiddiqie, *Op. Cit*, hlm 124]

SENGKETA KEWENANGAN ANTAR LEMBAGA NEGARA

VfGH juga diberi kewenangan untuk menyelesaikan persengketaan antar lembaga negara berkenaan dengan isu kewenangan konstitusional. Sengketa itu dapat terjadi antara pengadilan dengan pemerintah, antara pengadilan biasa dengan pengadilan tata usaha negara (administrasi negara) atau "*bundes-verwaltungsgerichtshof*", atau dengan VfGH itu sendiri. Sengketa kewenangan juga dapat terjadi antar *Lander* atau antara *Lander* dengan Federasi (*Bundes*) sebagaimana dijelaskan *article* 138 ayat (1) Konstitusi Austria:

"The Constitutional Court furthermore pronounces on conflicts of competence:(a) between courts and administrative authorities;(b) between the Administrative Court and all other courts, in particular too between the Administrative Court and the Constitutional Court itself, as well as between the ordinary courts and other courts;(c) between the Laender amongst themselves as well as between a Land and the Federation."

VfGH dapat pula memutus sengketa yang terjadi dikarenakan perjanjian-perjanjian internasional antara Federasi (*Bundes*) dengan *Lander*, dan antar *Lander* yang satu dengan *Lander* yang lain. VfGH juga dapat menguji Badan Audit Keuangan (*Rechnungshof*) (*vide Article* 126a Konstitusi Austria) dan Kantor-Kantor Advokat Publik (*volksanwaltschaft*) (*vide Article* 138 ayat (2) Konstitusi Austria).⁵³

KEWENANGAN MEMBERIKAN PENAFSIRAN KONSTITUSI AUSTRIA

Mengenai kewenangan VfGH ini dijelaskan oleh Herbert Hausmaninger bahwa "*The Court may also be asked for an authentic interpretation of the distribution powers between the Federation and the Lander in a view of future acts of legislation or administration*". Hal ini sesungguhnya berdasarkan pada *article* 138 ayat (2) Konstitusi Austria "*The Constitutional Court furthermore determines at the application of the Federal Government or a Land Government whether an act of legislation or execution falls into the competence of the Federation or the Lander.*" Kewenangan untuk memberikan tafsir seperti ini dikatakan oleh Herbert Hausmaninger bersifat *advisory* yang sangat terlarang di Amerika Serikat. Sehingga dengan kewenangan yang menurut Jimly Asshiddiqie diistilahkan dengan "fatwa konstitusional", VfGH dapat memberikan "fatwa konstitusional" atas suatu persoalan yang diajukan diluar prosedur atau mekanisme peradilan. Menurut Herbert Hausmaninger sendiri

⁵³Herbert Hausmaninger, *Op.Cit*, hlm 148

dalam praktek Austria sendiri, hal ini sangat jarang terjadi, kecuali 1 kasus yang terjadi pada tahun 1999.⁵⁴

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Perancis menurut Konstitusi Republik Kelima⁵⁵ merupakan negara yang menganut sentralisasi dengan sistem pemerintahan semi-presidensial yang disebut *rationalized parlementarism* atau sistem parlemen yang rasional. Kepala Negara merupakan seorang Presiden (*le Président de la République*) yang dipilih secara langsung setiap 5 tahun (*vide Article 6* Konstitusi Republik kelima Perancis hasil amandemen September 2000). Presiden mengangkat seorang Perdana Menteri yang nantinya akan menjalankan kekuasaan pemerintahan, dan Perdana Menteri dipilih berdasarkan suara mayoritas Parlemen (*vide Article 8 jo 21* Konstitusi Republik Kelima Perancis). Presiden juga secara bersamaan mengetuai *council of minister* (*vide Article 9* Konstitusi Republik Kelima Perancis). Disisi lain Presiden mempunyai kekuasaan untuk mengesahkan dan mengundang undang-undang di Perancis yang telah dibentuk oleh Parlemen setelah undang-undang tersebut telah ditembuskan ke Pemerintah (Perdana Menteri) (*vide Article 10* Konstitusi Republik Kelima Perancis). Parlemen di Perancis itu terdiri dari senat dan Dewan Nasional (*Assemblée Nationale*), yang mengajukan mempunyai hak untuk mengajukan rancangan undang-undang. Jumlah kursi anggota Dewan Nasional tidak boleh lebih dari 577 kursi dan dipilih melalui pemilihan langsung. Jumlah kursi anggota senat terdiri atas 348 kursi dan dipilih melalui pemilihan umum dan anggota senat yang akan dipilih nantinya harus berasal dari daerah yang berada dalam Negara Republik Perancis (*vide Article 24* Konstitusi Republik Kelima Perancis).

Mengenai kekuasaan kehakiman, Perancis memiliki Dewan Tinggi Pengadilan (*The High Council Of The Judiciary*) yang mempunyai dua tugas utama, yakni mengawasi hakim, mengawasi jaksa, dan memberikan rekomendasi promosi hakim atau jaksa. Dewan Tinggi Pengadilan diketuai oleh Presiden Perancis secara *ex-officio* serta Presiden Perancislah yang menjamin independensi kekuasaan kehakiman di Perancis (*vide article 64 jo 65* Konstitusi Republik

⁵⁴*Ibid*, hlm 148, catatan kaki no 38 dan **Jimly Asshiddiqie**, *Op,Cit*, hlm 126

⁵⁵ Sebelum berlakunya Konstitusi Republik Kelima, berlaku Konstitusi Republik Pertama (1792-1799), Konstitusi Republik Kedua (1848-1852), Konstitusi Republik Ketiga (1875-1940) dan Konstitusi Republik Keempat (1946-1958). Konstitusi Republik Kelima dibentuk dilatarbelakangi oleh keinginan untuk membatasi kekuatan parlemen. Republik Perancis yang terdahulu dikenal memiliki kekuasaan Parlemen yang dianggap terlalu besar, kondisi ini sering mengakibatkan ketidakstabilan pemerintahan, dan kesulitan dalam mengambil kebijakan. [**Jimly Asshiddiqie** dan **Ahmad Syahrizal**, *Op. Cit*, hlm 137]

Kelima Perancis).⁵⁶ Sistem peradilan Perancis terdiri dari dua badan, yaitu peradilan biasa dan peradilan administratif. Diatas semua badan peradilan biasa -peradilan perdata, pidana, dagang, dan tenaga kerja-terdapat Mahkamah Agung sebagai peradilan kasasi (*Cour de Cassation*), yang terdiri dari 80 hakim agung yang ditunjuk oleh Presiden Republik dari nama-nama yang dinominasikan oleh Dewan Tinggi Peradilan. Saat ini di Perancis terdapat 35 peradilan tingkat banding, 181 *tribunaux de grande instance*, dan 478 *tribunaux d'instance* sebagai peradilan-peradilan tingkat dibawahnya. Di puncak badan peradilan administratif terdapat Dewan Negara (*The National Assembly*) dengan 8 *cours administratives d'appel* dan 36 *tribunaux administratif*, sebagai peradilan-peradilan adminisitratif dibawahnya.⁵⁷ Di era 1950an dimana wacana "*judicial review*" yang pada saat itu sedang menjadi hal yang terkemuka di negara-negara Eropa bagian barat seperti Austria, Jerman Barat, dan Italia yang sudah mulai menggunakan mekanisme review tersebut, maka negara-negara seperti Yunani, Portugal, Spanyol, Swedia, dan khususnya Perancis menjadi negara-negara yang selanjutnya mengikuti tren dengan membuat Institusi yang dapat melakukan mekanisme review yang sebagaimana dilakukan oleh negara-negara sebelumnya (Austria, Jerman Barat, dan Italia).⁵⁸ Di Perancis sendiri pembentukan konstitusi baru yang menggantikan Konstitusi 1946 yang didesain oleh *Conseillers d'Etat* (*The Committee Consultatif Constitutionnel*) dan dilakukan dibawah pengawasan Jendral de Gaulle telah merekonstruksi sebagian kekuasaan legislatif dari parlemen menjadi kewenangan yang dimiliki eksekutif. Artinya, sistem parlementer seperti yang terkandung pada Konstitusi Republik Kelima telah mengalami rasionalisasi. Hal tersebut dilakukan demi efisiensi dan efektifitas sistem ketatanegaraan Perancis yang sebelumnya tidak pernah tercapai.⁵⁹

Oleh karena itu, muncul sebuah organ yang berdiri sendiri bernama *Conseil Constitutionnel* Français (CCF) yang dibentuk guna menjamin distribusi kekuasaan yang baru direformasikan secara menyeluruh dengan Konstitusi Republik Kelima. Hal tersebut menjadi kontras dengan kondisi ketatanegaraan apa yang pernah terjadi dan berlangsung pada tradisi Bonaparte. Pada ketika itu parlemen

⁵⁶ **Wim Voermans**, *Strengthening Judicial Reform By A Judicial Commision*, Bahan Seminar yang bertajuk "*Seminar On Comparative Models Of Judicial Commissions*" di Aryaduta Hotel, Jakarta, Indonesia, hlm 3

⁵⁷ **Ery**, *Mengenal Dewan Konstitusi Perancis*, (Jakarta: Berita Mahkamah Konstitusi No 14, Januari-Februari 2006) hlm 37

⁵⁸ **Alec Stone**, *Op.Cit*, hlm 5

⁵⁹ John Bell menyatakan, "*The Government began draft in July. This was submitted to The Committee Consultatif Constitutionnel, which met for eighteen sessions between 29 July 1958 and 14 August. The draft was then presented to Conseil d'Etat at the end of August, and was voted by referendum on 28 September 1956.* [**John Bell**, *French Contitutional Law*, (New York Oxford: Oxford University Press, 1992) hlm 13]

dipandang sebagai sumber dari instabilitas politik. Lalu, pada masa Bonaparte masalah tersebut diatasi dengan memperkuat eksekutif tanpa tugas yudisial yang berperan secara agresif.⁶⁰ Langkah yang ditempuh Konstitusi Republik Kelima Perancis untuk memperkuat eksekutif dilakukan dengan membentuk organ negara yakni CCF. John Bell pun menyatakan mengenai maksud dibentuknya CCF "*the creation of Conseil Constitutionnel was originally intended as an additional mechanism to ensure executive by keeping Parliament within constitutional role.*"⁶¹ Jimly Asshiddiqie berpendapat mengenai pandangan John Bell, bahwa CCF yang dibentuk untuk mengendalikan kekuasaan Parlemen yang diselenggarakan berdasarkan Konstitusi Republik Kelima ini telah membawa otoritas eksekutif kedalam pusat pengambilan keputusan yang berlaku dibawah sistem konstitusional Republik Kelima ini.⁶² Secara kedudukan, CCF bukanlah pengadilan konstitusi dalam kekuasaan kehakiman sebagaimana di Austria dengan Mahkamah Konstitusinya hal ini disebabkan oleh beberapa alasan yakni:

1. Secara nomenklatur resmi, organ ini bernama *Conseil Constitutionnel* Français (CCF) maka organ tersebut secara bahasa berarti Dewan Konstitusi Perancis. sehingga sebutannya bukanlah "Mahkamah" atau Cour menurut bahasa Perancis. Sehingga secara formal CCF bukanlah pengadilan
2. Didalam Konstitusi Republik Kelima Perancis, CCF diatur didalam Bab VII sedangkan mengenai kekuasaan kehakiman diatur didalam Bab VIII. Jadi, CCF bukan merupakan organ yang melakukan kekuasaan kehakiman sebagaimana MKRI di UUD NRI 1945.

Namun didalam Konstitusi Republik Kelima CCF disebut sebanyak 31 kali, yaitu dalam article 7 (9 kali), article 16 (2 kali), article 37, 41, 46, 54, 55 (3 kali), article 57, 58, 59, 60, dan 61 sebanyak (4 kali), article 62, 63, dan 72 (2 kali), dan article 77 (1 kali). Artinya CCF diatur didalam 16 article. Bahkan melebihi keberadaan Council of State yang disebut Mauro Cappelletti sebagai '*a true Constitutional Court*' dikarenakan putusannya yang fenomenal pada tahun 1959. Didalam Konstitusi Republik Kelima sendiri Council of State hanya disebut secara tidak langsung sebanyak 7 kali yakni pada article 37, 38, 39, 65, 74, 74-1, dan 76 masing-masing sebanyak 1 kali saja.⁶³ Untuk mekanisme susunan dan metode rekrutmen dari CCF ditentukan secara tegas didalam article 56 Konstitusi Republik Kelima Perancis, yakni :

⁶⁰Alec Stone, *Op.Cit*, hlm 46

⁶¹John Bell, *Op. Cit*, hlm 19-20

⁶²Jimly Asshiddiqie dan Ahmad Syarizal, *Op. Cit*, hlm 150

⁶³Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Oxford: Clarendon Press, 1989) hlm 17-18

"The Constitutional Council shall comprise nine members, each of whom shall hold office for a non-renewable term of nine years. One third of the membership of the Constitutional Council shall be renewed every three years. Three of its members shall be appointed by the President of the Republic, three by the President of the National Assembly and three by the President of the Senate. In addition to the nine members provided for above, former Presidents of the Republic shall be ex officio life members of the Constitutional Council. The President shall be appointed by the President of the Republic. He shall have a casting vote in the event of a tie."

Sebagaimana ketentuan diatas, komposisi anggota CCF ditentukan oleh tiga organ negara, yakni:

1. Presiden, yakni 3 orang yang diangkat oleh Presiden;
2. *The National Assembly*, yakni 3 orang yang diangkat oleh Ketua *National Assembly*; dan
3. *Senate*, yakni 3 orang yang diangkat oleh Ketua *Senate*.

Keanggotaan mantan Presiden dalam CCF adalah seumur hidup, sedangkan masa jabatan 9 anggota CCF tidak boleh lebih dari sembilan tahun. Artinya anggota CCF tidak dapat diangkat kembali. Jadi, hanya untuk satu kali masa jabatan. Namun pemberhentian atau berakhirnya masa jabatan sembilan anggota CCF tidak dilakukan secara serentak pada waktu yang bersamaan. Melainkan sepertiga dari anggota yang berhenti setiap tiga tahun sekali. Artinya tiap tiga tahun akan ada tiga orang anggota baru yang menggantikan tiga orang anggota yang berhenti.⁶⁴ Menurut Alec Stone, ketentuan yang berlaku di Perancis untuk menjadi anggota CCF hanya dipersyaratkan bagi mereka yang telah berusia diatas 18 tahun. Dan tidak ada kriteria formal lainnya yang diperlukan untuk mengisi keanggotaan CCF. Karena itu, tidak ada prosedur konfirmasi yang diperlukan untuk mengangkat anggota CCF. Dalam prakteknya orang yang ingin menjadi anggota CCF adalah mempunyai affiliasi politik. Alec Stone sendiri membuat statistik yang ditelitinya dari tahun 1958 hingga tahun 1988 dan atas penelitiannya menunjukkan bahwa 41 orang anggota CCF yang telah diangkat menjadi anggota CCF 59% diantaranya (atau sekitar 24 orang) diangkat dari alumni parlemen dan/atau kabinet pemerintahan di Perancis.⁶⁵

CCF mempunyai 3 kekuasaan pokok dalam tujuannya membatasi kekuasaan parlemen dan mengawal konstitusi. 3 kekuasaan tersebut meliputi: (1) *constitutional preview*, (2) memutus perselisihan pemilu dan penyelenggaraan referendum, dan (3) kekuasaan konsultatif (*consultative power*). Mengenai fungsi dan kekuasaan CCF tersebut,

⁶⁴Sri Soemantri, *Hak Uji Materil di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1997) hlm 38-39

⁶⁵Alec Stone, *Op. Cit*, hlm 50

Jimly Asshiddiqie, menyatakan bahwa banyak ahli hukum teoritis maupun praktisi di berbagai negara memberikan pujian maupun penghargaan terhadap sistemnya yang rasional, efisien dan realistis. Sebagaimana diungkapkan oleh Alec Stone, bahwa "*Conseil Constitutionnel* are from watchdog to policymaker". Namun masih terdapat banyak kritik terhadap CCF, yakni mengenai keanggotaan karena lembaga pengawal konstitusi ini lebih kental bernuansa politik.⁶⁶ Oleh karena itu peneliti akan membahas kekuasaan CCF itu satu persatu secara deskriptif:

CONSTITUTIONAL PREVIEW

Constitutional Preview merupakan kekhasan yang dimiliki oleh CCF selain bentuk format kelembagaan CCF yang berbentuk 'dewan'. Mengenai kekuasaan CCF ini disebutkan pada *article* 61 Konstitusi Republik Kelima Perancis:

Institutional Acts, before their promulgation, Private Members' Bills mentioned in article 11 before they are submitted to referendum, and the Rules of Procedure of the Houses of Parliament shall, before coming into force, be referred to the Constitutional Council, which shall rule on their conformity with the Constitution.

To the same end, Acts of Parliament may be referred to the Constitutional Council, before their promulgation, by the President of the Republic, the Prime Minister, the President of the National Assembly, the President of the Senate, sixty Members of the National Assembly or sixty Senators.

In the cases provided for in the two foregoing paragraphs, the Constitutional Council must deliver its ruling within one month. However, at the request of the Government, in cases of urgency, this period shall be reduced to eight days.

In these same cases, referral to the Constitutional Council shall suspend the time allotted for promulgation.

Melalui ketentuan tersebut jelas bahwa CCF berwenang dan mempunyai tanggung jawab untuk melakukan pengujian konstitusionalitas secara *a priori abstract review*. Yakni menyelenggarakan pengujian terhadap rancangan legislasi yang ditetapkan parlemen. *Article* tersebut menentukan bahwa undang-undang *institutional* sebelum diundangkan terlebih dahulu oleh eksekutif harus diserahkan kepada CCF apakah sesuai dengan konstitusi. Permohonan kepada CCF dapat dilakukan oleh Presiden, Ketua *National Assembly*, Ketua *Senate*, dan 60 anggota *National Assembly* ataupun *Senate*. Menurut Jimly Asshiddiqie, undang-undang *institutional* dimaksud dapat berupa "...produk hukum

⁶⁶*Ibid*, hlm 46 dan Jimly Asshiddiqie, *Op, Cit*, hlm 135

(undang-undang) yang mengatur Kekuasaan Kehakiman, komposisi Parlemen, keuangan maupun prosedur Dewan Konstitusi (CCF) itu sendiri".⁶⁷ Selama pemeriksaan oleh CCF, rancangan undang-undang atau segala peraturan yang dimaksud belum dapat diberlakukan sebagai peraturan yang mengikat sampai putusan CCF ditetapkan. Apabila putusan CCF menyatakan bahwa rancangan peraturan yang bersangkutan dinyatakan tidak konstitusional oleh CCF, maka peraturan tersebut tidak dapat/boleh diundangkan atau diimplementasikan sebagai hukum yang mengikat. Hal ini ditentukan secara tegas dalam *article* 62 Konstitusi Republik Kelima

"A provision declared unconstitutional on the basis of article 61 shall be neither promulgated nor implemented. A provision declared unconstitutional on the basis of article 61-1 shall be repealed as of the publication of the said decision of the Constitutional Council or as of a subsequent date determined by said decision. The Constitutional Council shall determine the conditions and the limits according to which the effects produced by the provision shall be liable to challenge. No appeal shall lie from the decisions of the Constitutional Council. They shall be binding on public authorities and on all administrative authorities and all courts."

Alec Stone menyatakan, bahwa CCF mempunyai fungsi sebagaimana diuraikan diatas dimaksudkan untuk menjamin berkembangnya dan stabilnya proses legislasi. Untuk itu, CCF diberi kekuasaan mengawasi dan menentukan batas-batas domain '*la loi*' (hukum dalam arti formil atau undang-undang) dan '*le reglement*' (regulasi atau peraturan Pemerintah).⁶⁸ CCF juga diberi tanggung jawab untuk pemeriksaan dan verifikasi atas konstitusionalitas atau kesesuaian naskah-naskah hukum atau peraturan dibawah dengan konstitusi. Naskah-naskah hukum yang dimaksudkan itu meliputi sebagai berikut (i) Undang-undang (*institutional acts*⁶⁹), yang umumnya mengangkut legislasi yang membentuk, memperbaharui kedudukan atau memfungsikan institusi atau badan-badan publik; (*vide article* 46 Konstitusi Republik Kelima Perancis), (ii) Peraturan Tata Tertib *National Assembly*, Senat; (*vide article* 61 Konstitusi Republik Kelima Perancis), (iii) Perjanjian Internasional (*international treaties*); (*vide article* 54 Konstitusi Republik Kelima Perancis), (iv) Undang-Undang biasa (*statutory law atau ordinary legislation*) (*vide article* 61 Konstitusi Republik Kelima Perancis) yang bukan

⁶⁷ Jimly Asshiddiqie dan Ahmad Syarizal, *Op. Cit*, hlm 157

⁶⁸ Alec Stone, *Op. Cit*, hlm 47

⁶⁹ Menurut Jimly Asshiddiqie, yang dimaksud '*institutional acts*' atau '*organic laws*' disini adalah undang-undang yang dibentuk atas perintah Undang-Undang Dasar sendiri. [Jimly Asshiddiqie, *Op. Cit*, hlm 137, catatan kaki no 76]

termasuk kategori undang-undang organik/institusional (*organic laws/ Institutional acts*) seperti tersebut diatas.

MEMUTUS PERSELISIHAN PEMILU DAN PENYELENGGARAAN REFERENDUM

Kewenangan ini timbul dikarenakan apa yang dijelaskan pada *article 58, 57, 59* Konstitusi Republik Kelima Perancis.⁷⁰ Dengan kewenangan CCF ini CCF dapat melindungi masyarakat dari kemungkinan timbulnya apa yang diistilahkan oleh Lord Hailsam yang dikutip John Bell sebagai "*elective dictatorship*", yaitu tirani yang lahir sebagai ekses atau efek samping karena adanya dominasi kekuasaan mayoritas yang mengabaikan nilai-nilai kebenaran dan keadilan yang dijamin dalam konstitusi.⁷¹ Menurut data John Bell, perkara-perkara pemilihan umum ini semakin banyak diajukan ke CCF, terutama sejak undang-undang tentang organisasi dan pengawasan dana pemilihan umum disahkan yang juga terkait dengan kewenangan CCF. Menurut catatan John Bell pula, per tanggal 31 Desember 1993, CCF telah menyelesaikan sebanyak 1.633 perkara putusan perihal pemilihan umum, dibandingkan dengan jumlah perkara yang terkait soal legislasi hanya tercatat oleh John Bell sebanyak 516 putusan.⁷²

KEKUASAAN KONSULTATIF

Kewenangan ini muncul pada *article 16* Konstitusi Republik Kelima Perancis. Kewenangan untuk memberikan pendapat jika diminta secara resmi oleh Presiden Republik (Kepala Negara) dalam hal-hal yang bersifat darurat (*emergency*) dalam rangka pelaksanaan *article 16* tersebut.⁷³ Meskipun tidak dilarang oleh Konstitusi Republik

⁷⁰ "Article 58. The Constitutional Council shall ensure the proper conduct of the election of the President of the Republic. It shall examine complaints and shall proclaim the results of the vote. Article 59. The Constitutional Council shall rule on the proper conduct of the election of Members of the National Assembly and Senators in disputed cases. Article 60. The Constitutional Council shall ensure the proper conduct of referendum proceedings as provided for in articles 11 and 89 and in Title XV and shall proclaim the results of the referendum."

⁷¹ John Bell, *Op. Cit.*, hlm 236

⁷² *Ibid*

⁷³ "Where the institutions of the Republic, the independence of the Nation, the integrity of its territory or the fulfilment of its international commitments are under serious and immediate threat, and where the proper functioning of the constitutional public authorities is interrupted, the President of the Republic shall take measures required by these circumstances, after formally consulting the Prime Minister, the Presidents of the Houses of Parliament and the Constitutional Council. He shall address the Nation and inform it of such measures. The measures shall be designed to provide the constitutional public authorities as swiftly as possible, with the means to carry out their duties. The Constitutional Council shall be consulted with regard to such measures. Parliament shall sit as of right. The National Assembly shall not be dissolved during the exercise of such emergency powers. After thirty days of the exercise of such emergency powers, the matter may be referred to the Constitutional Council by the President of the National Assembly, the President of the Senate, sixty Members of the National Assembly or sixty Senators, so as to decide if the conditions laid down in paragraph one still apply. The Council shall make its decision publicly as soon as possible. It shall, as of right,

Kelima Perancis, tetapi menurut Jimly Asshiddiqie CCF selalu menolak memberikan "advisory opinion". Oleh karena, sampai sekarang, mekanisme pemberian *advisory opinion* tersebut tidak dibenarkan diterapkan oleh CCF. Apalagi, melihat format kelembagaan yang berbentuk *council* (dewan) bukanlah *cour* (mahkamah), sehingga sama sekali tidak relevan untuk lembaga ini melakukan *advisory opinion* kepada Presiden Republik (kepala negara) ataupun pihak manapun.⁷⁴

POST-SCRIPTUM

Berdasarkan hasil uraian sebelumnya dapatlah diambil berapa kesimpulan, yaitu:

1. Bahwa kedudukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia dan Austria adalah sama, yaitu sama-sama merupakan organ kekuasaan kehakiman atau dapat disebut pula sebagai *the third powers of the state* yang merdeka dalam menegakkan konstitusi dan hak konstitusional warga negaranya. Hal ini berbeda dengan apa yang ada di Perancis. Di Perancis peradilan konstitusi bukanlah berformat Mahkamah (peradilan) namun berformat Dewan yang cenderung lembaga politik. Sehingga bukanlah mekanisme pengujian yang dilakukan oleh lembaga tersebut melainkan mekanisme konsultatif.
2. Bahwa Mahkamah Konstitusi Indonesia hanya mempunyai kewenangan pengujian konstitusional undang-undang, sedangkan pengujian konstitusionalitas peraturan dibawah undang-undang dilakukan oleh Mahkamah Agung. Hal ini berbeda dengan Mahkamah Konstitusi Austria dan Dewan Konstitusi Perancis yang memiliki kewenangan menguji (khusus Perancis "menilai") konstitusionalitas seluruh produk hukum (khusus Perancis seluruh rancangan atau naskah produk hukum yang akan diundangkan).
3. Bahwa Mahkamah Konstitusi Indonesia dan Austria mempunyai fungsi sebagai (i) negatif legislator, (ii) *negative policy*, (iii) *negative majoritarian democracy*. Sedangkan di Perancis mempunyai fungsi sebagai (i) legitimasi legislasi, (ii) melegitimasi *policy*, dan (iii) legitimasi demokrasi.

carry out such an examination and shall make its decision in the same manner after sixty days of the exercise of emergency powers or at any moment thereafter."

⁷⁴ Jimly Asshiddiqie, *Op. Cit.*, hlm 139-140

DAFTAR PUSTAKA

BUKU:

- Asshiddiqie, Jimly**, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konpress, 2006
- _____, *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konpress, 2006
- _____, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid II*, Jakarta: Konpress, 2006
- _____, *Perkembangan & Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta: Konpress, 2006
- _____, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konpress, 2006
- _____, dan **Syafrizal, Ahmad**, *Peradilan Konstitusi Di Sepuluh Negara*, Jakarta: Konpress, 2006
- Bell, John**, *French Constitutional Law*, New York Oxford: Oxford University Press, 1992
- Cappelletti, Mauro**, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press, 1989
- Fadjar, Abdul Muktie**, *Hukum Konstitusi & Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konpress & Citra Media, 2006
- Huda, Ni'matul**, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006
- Hausmaninger, Herbert**, *The Austrian Legal System*, Wien: Manzsche Verlags-Universitätsbuchhandlung, 2003
- Siahaan, Maruarar**, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Konpress, 2005
- Sinamo, Nomensen**, *Perbandingan Hukum Tata Negara*, Jakarta: Jala Permata Aksara, 2010
- Stone, Alec**, *The Birth Of Judicial Politics In France: The Constitutional Council In Comparative Perspective*, Oxford dan New York: Oxford University Press, 1992
- Soemantri, Sri**, *Hak Uji Materiil di Indonesia*, Bandung: Alumni, 1997

KONSTITUSI, PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DAN PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI:

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- Konstitusi Austria 1920
- Konstitusi Republik Kelima Perancis
- Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi
- Putusan Mahkamah Konstitusi No. 066/PUU-II/2004
- Peraturan Mahkamah Konstitusi No 21 Tahun 2009

JURNAL, MAKALAH DAN ARTIKEL INTERNET:

Berita Mahkamah Konstitusi No 14, Januari-Februari 2006

Jurnal Konstitusi, Volume 5 Nomor 9, 1 Juni 2008

Jurnal Konstitusi, Volume 6 Nomor 3, September 2009

Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan*, Bahan Kuliah Umum di Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, Surakarta, Kamis, 2 September, 2004

Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Perselisihan Hasil PEMILUKADA 2008*, bahan kuliah dalam temu wicara MKRI dengan Parpol, Jakarta, Hotel Grand Melia, Sabtu 12 Desember 2008

Wim Voermans, *Strengthening Judicial Reform By A Judicial Commision*, Bahan Seminar yang bertajuk "Seminar On Comparative Models Of Judicial Commissions" di Aryaduta Hotel, Jakarta, Indonesia

Johannes Oehlboeck dan Immanuel Gerstner, *The Austrian Legal System and Laws*, <http://www.rechtsfreund.at/austrian-legal-system.htm>, diakses pada tanggal 24 Oktober 2010

Frans Sayogie
 Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah
 Jl. Ir. H. Djuanda No.95, Ciputat Banten 15412
 Frans.sayogie@gmail.com

PERLINDUNGAN NEGARA TERHADAP HAK KEBEBASAN BERAGAMA: PERSPEKTIF ISLAM DAN HAK ASASI MANUSIA UNIVERSAL

ABSTRACT

The implementation of religious freedom in Islam still has unresolved problems. From the perspective of the Medina Charter, Islam can provide religious freedom and grant non-Muslim rights. But in practice, in some Islamic countries, there are actually various irregularities that obscure the meaning and spirit of the Medina Charter. In some Muslim countries, the formalization and formulation of sharia is still carried out in the public sphere. The state can not be neutral toward all religious doctrines and always seek the shariah principle as a law or state law. Therefore, the need for tense doctrine of religion and state to be more independent and expected to influence the state organs and institutions on endurance in the name of religion.

ABSTRAK

Pelaksanaan kebebasan beragama dalam Islam masih memiliki masalah yang belum terselesaikan. Dengan perspektif Piagam Madinah, Islam dapat memberikan kebebasan beragama dan memberikan hak non-Muslim. Namun dalam praktiknya, di beberapa negara Islam, sebenarnya ada berbagai penyimpangan yang mengaburkan makna dan semangat Piagam Madinah. Di beberapa negara muslim, formalisasi dan perumusan syariah masih dilaksanakan di ranah publik. Negara tidak bisa bersikap netral terhadap semua doktrin agama dan selalu mengupayakan asas syariah sebagai hukum atau undang-undang negara. Oleh karena itu, kebutuhan akan doktrin tegang agama dan negara negara agar lebih mandiri dan diharapkan dapat memberikan pengaruh terhadap organ dan institusi negara terhadap daya tahan atas nama agama.

PENDAHULUAN

Kebebasan beragama dalam kacamata hak asasi manusia mempunyai posisi yang kompleks. Dalam konfigurasi

KEYWORD

*STATE PROTECTION,
 RELIGIOUS FREEDOM,
 HUMAN RIGHTS*

KATA KUNCI

**PERLINDUNGAN
 NEGARA, KEBEBASAN
 BERAGAMA, HAM**

ketatanegaraan, kebebasan beragama mempunyai posisi yang penting juga. Sejumlah besar kegiatan manusia dilindungi oleh pasal-pasal mengenai kebebasan beragama, kebebasan berespresi, dan kebebasan politik.⁷⁵ Kebebasan beragama muncul sebagai hak asasi manusia yang paling mendasar dalam instrumen-instrumen politik nasional dan internasional, jauh sebelum berkembangnya pemikiran mengenai perlindungan sistematis untuk hak-hak sipil dan politik.⁷⁶

Namun demikian, kebebasan beragama menemukan jantung "persoalan" yang utama ketika berhadapan dengan entitas negara. Di sini muncul perdebatan gugus negara apa yang harus dibentuk supaya kebebasan beragama tidak teraniaya? Sejauh mana legitimasi moral dan hukum bahwa negara boleh "mengelola" (baca: mengatur, membatasi, dan melarang) tindakan-tindakan yang bertolak tarik dengan kebebasan beragama? Bagaimana juga kerangka yang bernurani untuk membaca kebebasan beragama berhadapan dengan kekuasaan dan kepentingan umum dalam tarikan nafas hak asasi manusia?⁷⁷

Di sisi lain, menguraikan hubungan antara agama dan negara dalam perspektif Islam bukanlah pekerjaan mudah, walaupun dalam konteks Islam, kebebasan beragama adalah sesuatu yang *inherent* dan intrinsik dan diakui secara verbal dalam al-Qur'an. Kebebasan beragama disebutkan secara tegas dalam al-Qur'an, surat al-Baqarah, ayat 256, bahwa "tidak ada paksaan dalam agama".⁷⁸ Jalinan hubungannya ternyata begitu rumit dan kompleks. Pokok soal ini telah cukup lama memancing debat dan sengketa intelektual, baik dalam pemikiran keislaman klasik maupun dalam kajian politik Islam kontemporer. Sejauh yang dapat ditangkap dari perjalanan diskursus intelektual dan historis pemikiran dan praktik politik Islam, ada banyak pendapat yang berbeda, beberapa bahkan saling

⁷⁵ Hlm ini dikemukakan oleh Adi Sulistiyono dalam makalah yang berjudul "Kebebasan Beragama Dalam Bingkai Hukum" yang disampaikan dalam rangka Seminar Hukum Islam "Kebebasan Berpendapat vs Keyakinan Beragama ditinjau dari Sudut Pandang Sosial, Agama, dan Hukum". Penyelenggara FOSMI Fakultas Hukum UNS, tanggal 8 Mei 2008.

⁷⁶ Lihat Ildhlm Kasim (ed.), *Hak Sipil dan Politik: Esai-Esai Pilihan*, (Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), 2001), hlm. 238-239.

⁷⁷ Hlm tersebut kemudian dituangkan dalam DUHAM tentang kebebasan beragama dan keluar dari keimanannya untuk beralih ke iman dan agama lain. Hlm itu bisa dibaca dalam pasal 18 Kovenan tentang Hak Sipil dan Politik.

⁷⁸ Lihat juga Piagam Madinah, Pasal 25 (dibuat pada Abad ke-7 oleh Muhammad saw.) yang terjemahannya berbunyi "bagi orang-orang Yahudi agama mereka dan bagi orang-orang Islam agama mereka". Lihat uraian ini dalam Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat yang Majemuk*, (Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia (UI Press), 1995), hlm. 124-130.

bertentangan, mengenai hubungan yang pas antara agama dan negara.⁷⁹

Dalam realitasnya, sebagian negara-negara muslim modern bukan saja telah menerapkan konstitusi modern yang memberikan jaminan hak-hak sipil dan memperlakukan secara sama warga negara di depan hukum, bahkan mereka telah meratifikasi ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Rights*) yang menyatakan bahwa hak-hak beragama warga negara diberi jaminan kuat di dalamnya. Alasan berikutnya, realitas kebanyakan negara-negara muslim masih menerapkan sanksi pembekuan hak-hak sipil dan hukuman mati bagi murtad. Hal tersebut menjadi suatu paradoks, karena dalam Islam seluruh hak asasi merupakan kewajiban bagi negara maupun individu yang tidak boleh diabaikan. Oleh karena itu, negara bukan saja menahan diri dari menyentuh hak-hak asasi tersebut, melainkan juga mempunyai kewajiban untuk melindungi dan menjamin hak-hak tersebut yang melekat pada warga negaranya, baik muslim maupun non-muslim.⁸⁰

Sementara itu, memang ada perdebatan tentang standar universal hak asasi manusia, di samping ada problematika serius berkaitan dengan penerapannya. Namun ini tidak berarti bahwa tidak ada standar universal yang mengikat, atau upaya penerapannya ditinggalkan. Tetap ada standar universal tertentu tentang hak asasi manusia⁸¹ yang mengikat sesuai dengan hukum internasional dan bahwa setiap upaya harus diarahkan pada penerapan dalam praktik. Sehingga prinsip yang menghormati dan melindungi hak-hak asasi manusia harus ditaati oleh negara manapun.

PEMBAHASAN

1. HAK KEBEBASAN BERAGAMA: HAK ASASI MANUSIA UNIVERSAL DAN ISLAM

a. Hak Kebebasan Beragama dalam Hak Asasi Manusia Universal

Pengaturan mengenai perlindungan hak kebebasan beragama diartikulasikan secara tegas dalam pasal 18 baik dalam UDHR maupun ICCPR. Dengan masuknya hak kebebasan beragama dalam UDHR, berarti menunjukkan betapa serius dan pentingnya hak

⁷⁹ Hlm ini dikemukakan oleh Marzuki Wahid dan Abd Moqsih Ghazali dalam makalah yang berjudul "Relasi Agama Dan Negara: Perspektif Pemikiran Nahdlatul Ulama" yang disampaikan dalam Annual Conference on Islamic Studies (ACIS) Ke - 10 Banjarmasin, tanggal 1 – 4 November 2010.

⁸⁰ Lihat uraian kebebasan beragama yang dinyatakan Piagam Madinah dalam Ahmad Sukardja, *loc.cit.*

⁸¹ Dokumen-dokumen Hak Asasi Manusia PBB dan dokumen regional Eropa (yaitu perjanjian Masyarakat Eropa tentang perlindungan Hak-hak Asasi Manusia dan Kebebasan Fundamental tahun 1950), dokumen Amerika (yang berisi perjanjian Amerika tentang Hak-hak Asasi Manusia tahun 1969) dan Piagam Afrika (tentang Hak-hak Asasi Masyarakat dan Manusia pada tahun 1981), Dokumen Dewan Liga Arab (tentang Hak-hak Asasi Manusia yang disahkan pada September 1987) seluruhnya memiliki premis yang sama, bahwa ada standar universal tentang hak-hak asasi manusia yang harus ditaati oleh seluruh negara di dunia, atau negara-negara regional yang hubungannya dengan dokumen regional.

kebebasan beragama tersebut. Dengan demikian hak kebebasan beragama dapat diasumsikan sebagai salah satu hak yang paling fundamental.

Pengaturan mengenai hak kebebasan beragama dalam UDHR diatur dalam Pasal 18. Pasal tersebut mengatur sebagai berikut:

"Setiap orang berhak atas kebebasan pikiran, hati nurani dan agama, dalam hal ini termasuk kebebasan berganti agama atau kepercayaan, dan kebebasan untuk menyatakan agama atau kepercayaannya dengan cara mengajarkannya, mempraktikkannya, beribadah dan mentaatinya baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, dan baik di tempat umum maupun tersendiri."⁸²

Pasal ini merupakan pasal utama dalam pengaturan mengenai hak kebebasan beragama. Pasal ini memberikan pengertian mengenai hak kebebasan beragama. Hak kebebasan beragama dalam pasal tersebut meliputi hak untuk beragama, hak untuk berpindah agama, hak untuk beribadah sesuai dengan keyakinan, hak untuk mengajarkan agamanya. Hak-hak tersebut dapat dilaksanakan baik secara individu ataupun kelompok dan pelaksanaan hak tersebut dapat dilakukan baik di tempat umum maupun tempat pribadi. Dengan demikian hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan pada dasarnya meliputi dua dimensi individual dan kolektif.

Dimensi individual tercermin dalam perlindungan terhadap keberadaan spiritual seseorang (*forum internum*) termasuk di dalam dimensi ini adalah memilih mengganti, mengadopsi dan memeluk agama dan keyakinan. Sedangkan dimensi kolektif tercermin dalam perlindungan terhadap keberadaan seseorang untuk mengeluarkan keberadaan spiritualnya dan mempertahankannya di depan publik (*forum eksternum*). Dengan kata lain Pasal 18 membedakan kebebasan berkeyakinan, dan beragama atau berkepercayaan dari kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaannya. Pembedaan ini secara legal sangat penting untuk membedakan di wilayah mana negara diperbolehkan untuk membatasi dan wilayah mana negara dilarang untuk melakukan pembatasan.

Dalam pelaksanaan tanggung jawabnya, negara diperbolehkan untuk membatasi hak tertentu dengan dasar beberapa klausul pembatasan. Hak beragama dan berkeyakinan termasuk dalam *non-derogable rights*, sehingga tidak dapat dikurangi. Namun tidak semua aspek hak dan kebebasan beragama dan berkeyakinan berada dalam wilayah hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun (*non-derogable rights*).

⁸² Lihat UDHR, Pasal 18.

Negara sebagai entitas berdaulat ruang publik dapat membatasi hanya pada ruang lingkup *forum externum*. Pembatasan dan juga campur tangan itu dibentuk dalam sebuah peraturan perundang-undangan sebagai norma publik yang memungkinkan publik (orang banyak) berpartisipasi dalam membentuk dan mengawasi pelaksanaannya, dilakukan dengan tetap pula memenuhi asas keperluan (*necessity*) dan proporsionalitas. Dalam mengartikan ruang lingkup ketentuan pembatasan yang diijinkan, Negara-Negara Pihak harus memulai dari kebutuhan untuk melindungi hak-hak yang dijamin oleh Kovenan, termasuk hak atas kesetaraan dan non-diskriminasi di bidang apa pun sebagaimana ditentukan di pasal 2, pasal 3, dan pasal 26 Kovenan Hak Sipil dan Politik. Pembatasan-pembatasan dapat diterapkan hanya untuk tujuan-tujuan sebagaimana yang telah diatur serta harus berhubungan langsung dan sesuai dengan kebutuhan khusus yang sudah ditentukan. Pembatasan tidak boleh diterapkan untuk tujuan-tujuan yang diskriminatif atau diterapkan dengan cara yang diskriminatif.

Komentar Umum No. 22 selanjutnya menjelaskan bahwa adanya kenyataan bahwa suatu agama diakui sebagai agama negara, atau bahwa agama tersebut dinyatakan sebagai agama resmi atau tradisi, atau bahwa penganut agama tersebut terdiri dari mayoritas penduduk, tidak boleh menyebabkan tidak dinikmatinya hak-hak yang dijamin oleh Kovenan, termasuk oleh pasal 18 dan pasal 27 ICCPR, maupun menyebabkan diskriminasi terhadap penganut agama lain atau orang-orang yang tidak beragama atau berkepercayaan.⁸³ Komentar umum No. 22 juga menyatakan bahwa tidak satu pun pengamalan agama atau kepercayaan dapat digunakan sebagai propaganda untuk berperang atau advokasi kebencian nasional, rasial, atau agama, yang dapat mendorong terjadinya diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan.⁸⁴

Dengan demikian, inti normatif dari hak asasi manusia atas kebebasan beragama atau berkeyakinan dapat dielaborasi menjadi delapan elemen⁸⁵:

1. *Kebebasan internal*. Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkesadaran dan beragama; hak ini mencakup kebebasan untuk setiap orang memiliki, menganut, mempertahankan atau pindah agama atau keyakinan.⁸⁶

⁸³ Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa Komentar Umum No. 22, Pasal 9, Tahun 1993.

⁸⁴ *Ibid.*, Pasal 7.

⁸⁵ Tore Lindholm (eds.), *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?, Sebuah Referensi tentang Prinsip-Prinsip dan Praktek*, terjemahan Rafael Edy Bosko dan M. Rifa' l Abduh, (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2010), hlm. 20-21.

⁸⁶ Lihat Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa Komentar Umum No. 22, Pasal 5, Tahun 1993.

2. *Kebebasan eksternal*. Setiap orang mempunyai kebebasan, baik sendiri atau bersama-sama dengan orang lain, di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama atau kepercayaannya dalam kegiatan pengajaran, pengamalan, ibadah dan penataan.⁸⁷
3. *Tanpa dipaksa*. Tidak seorang pun dapat dipaksa sehingga terganggu kebebasannya untuk menganut atau menetapkan agama atau keyakinannya sesuai dengan pilihannya.⁸⁸
4. *Tanpa diskriminasi*. Negara berkewajiban untuk menghormati dan menjamin hak kebebasan beragama atau berkeyakinan bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan yang tunduk pada wilayah hukum atau yurisdiksinya, hak kebebasan beragama atau berkeyakinan tanpa pembedaan apa pun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau keyakinan, politik atau pendapat lain, kebangsaan atau asal-usul lainnya, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.⁸⁹
5. *Hak orang tua dan wali*. Negara berkewajiban untuk menghormati kebebasan orang tua dan apabila diakui, wali hukum yang sah, untuk memastikan bahwa pendidikan agama dan moral bagi anak-anak mereka sesuai dengan keyakinan mereka sendiri, selaras dengan kewajiban untuk melindungi hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan setiap anak seiring dengan kapasitas anak yang sedang berkembang.⁹⁰
6. *Kebebasan korporat dan kedudukan hukum*. Komunitas keagamaan sendiri mempunyai kebebasan beragama atau berkeyakinan, termasuk hak otonomi dalam urusan mereka sendiri, sebagai salah satu aspek dari kebebasan memanifestasikan kepercayaan agama bukan hanya secara individual tetapi bersama-sama dengan orang lain.⁹¹
7. *Pembatasan yang diperbolehkan terhadap kebebasan eksternal*. Kebebasan memanifestasikan agama atau keyakinan seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan publik, ketertiban, kesehatan, atau moral atau hak-hak mendasar orang lain.⁹²
8. *Tidak dapat dikurangi*. Negara tidak boleh mengurangi hak kebebasan beragama atau berkeyakinan, bahkan dalam keadaan darurat publik.⁹³

Delapan komponen hak kebebasan beragama ini dapat diidentifikasi dari seperangkat norma-norma hak asasi manusia yang kompleks, yang saling mendukung dan terkodifikasi secara

⁸⁷ Lihat ICCPR, Pasal 18 ayat (1) dan ECHR, Pasal 9 ayat (1).

⁸⁸ Lihat ICCPR, Pasal 18 ayat (2).

⁸⁹ Lihat ICCPR, Pasal 2 ayat (1).

⁹⁰ Lihat ICCPR, Pasal 18 ayat (4); dan Konvensi Hak-Hak Anak, Pasal 14.

⁹¹ Lihat ICCPR, Pasal 18 ayat (1).

⁹² Lihat ICCPR, Pasal 18 ayat (3).

⁹³ Lihat ICCPR, Pasal 4 ayat (2).

internasional. Saat diterapkan untuk konteks tertentu dan untuk tujuan-tujuan praktis, norma-norma ini mungkin membutuhkan interpretasi dan elaborasi lebih lanjut.⁹⁴

Jelaslah bahwa memfasilitasi hak kebebasan beragama tidak hanya secara eksklusif terbatas lewat pemberian perlindungan perlindungan hukum bagi delapan komponen pokok yang diidentifikasi di atas. Lebih lanjut, untuk kebebasan beragama, ada yang lebih sekedar perlindungan hak asasi manusia. Oleh karena itu, perlunya konfigurasi institusional dalam hubungan agama-negara merefleksikan kompromi sejarah, budaya dan politis yang beragam. Nilai-nilai pokok yang dilindungi di bawah naungan kebebasan beragama atau berkeyakinan membuka ruang bagi sejumlah besar pilihan-pilihan dalam artian bahwa negara-negara yang berbeda menstrukturisasi hubungan dengan agama, komunitas keyakinan, dan para penganut individual.⁹⁵ Bagaimanapun juga, ada seperangkat pokok nilai-nilai yang membentuk persyaratan-persyaratan minimum untuk sebuah masyarakat yang adil dan untuk perlindungan hak universal bagi kebebasan beragama.⁹⁶

b. Hak Kebebasan Beragama dalam Islam

Dalam ajaran Islam, pengakuan terhadap kebebasan seseorang untuk memilih suatu agama sudah sejak awal dijelaskan. Bahkan, kebebasan merupakan "slogan" yang menjadi hak setiap individu, karena salah satu pilar dasar dalam yang mewujudkan keselamatan individu dan masyarakat. Kebebasan beragama, berpolitik dan berfikir merupakan bentuk penghargaan al-Qur'an yang telah dianugerahkan Allah SWT kepada manusia. Dengan demikian, persoalan kebebasan beragama dalam Islam bukan hal yang baru, akan tetapi sudah berafiliasi dengan pemikiran Islam seiring dinamika zaman.

Kebebasan beragama dalam konteks Islam menyiratkan bahwa non-muslim tidak dipaksa untuk masuk Islam, mereka juga tidak dihalangi untuk menjalankan ritus keagamaannya. Baik muslim dan non-muslim dapat mengembangkan agamanya, di samping melindunginya dari serangan atau fitnah, tak peduli apakah hal ini berasal dari kalangan sendiri atau dari yang lain.⁹⁷

Peristilahan kebebasan dalam pemikiran Islam, tidak hanya menggunakan terminologi *al-hurriyah*, namun istilah *al-ihkityar* juga merupakan terminologi yang sangat identik dengan kebebasan. Karena terminologi *al-ikhtiyar* sering diposisikan kontras dengan

⁹⁴ Tore Lindholm (eds.), *op.cit.*, hlm. 21.

⁹⁵ Lihat Ihdhlm Kasim, "Konvensi Hak-hak Sipil dan Politik Sebuah Pengantar", Seri Bahan Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara X Tahun 2005, (Jakarta: ELSAM, 2005), hlm. 1.

⁹⁶ Tore Lindholm (eds.), *op.cit.*, hlm. 23-24.

⁹⁷ Mohammad Hashim Kamali, *Kebebasan Berpendapat dalam Islam*, terjemahan Eva Y. Nukman dan Fathiyah Basri, (Bandung: Penerbit Mizan, 1996), hlm. 120.

terminologi *al-jabr*, yang berarti penafikan terhadap kebebasan dalam diri manusia dan masyarakat. Juga, *al-ikhtiyar* didefinisikan sebagai "sikap seseorang, jika berkeinginan maka ia kerjakan, jika tidak, maka ia tidak lakukan". Tidak hanya itu, persoalan kebebasan beragama bahkan telah dijelaskan dalam kitab suci al-Qur'an, sebagai rujukan final umat Islam. Dalam al-Qur'an tertulis banyak sekali ayat yang secara jelas mengungkapkan tentang kebebasan bergama. Juga, tugas dan fungsi seorang Rasul bukan memaksakan seluruh manusia untuk memeluk Islam, akan tetapi hanya sebatas penyampai risalah Tuhan.⁹⁸

Penegasan al-Qur'an terhadap kebebasan beragama merupakan bukti bahwa pemaksaan terhadap seseorang untuk memeluk Islam tidak dibenarkan. Hal ini telah dijelaskan dalam firman Allah SWT, artinya:

"Tidak ada paksaan untuk (memasuki) agama (Islam); sesungguhnya telah jelas jalan yang benar daripada jalan yang sesat. Karena itu, barangsiapa yang ingkar kepada Thaghut dan beriman kepada Allah, maka sesungguhnya ia telah berpegang kepada buhul tali yang amat kuat yang tidak akan putus. Dan Allah Maha Mendengar lagi Maha Mengetahui"⁹⁹.

Persoalan kebebasan beragama dalam Islam bahkan tidak sebatas membiarkan seorang manusia memilih terhadap suatu agama, namun lebih dari itu, memberi kebebasan kepada pemeluk setiap agama untuk melaksanakan ritual ajaran agamanya. Hal ini karena 'tema' keyakinan merupakan urusan *ukhrawi* yang nanti akan diperhitungkan oleh Allah SWT di hari kiamat kelak. Dari itu, tidak seorangpun yang berhak menghukumi tentang pilihan keyakinan, kecuali jika seseorang tersebut dengan sengaja mengproklamirkan kekufurannya. Jika kebebasan memilih agama diberikan kepada setiap orang, maka ada beberapa konsekuensi logis dari pemberian kebebasan tersebut. Diantaranya: 1). kebebasan melaksanakan ibadah, baik secara terang-terangan atau tersembunyi, individual maupun berkelompok. 2). kebebasan memilih mode yang selaras dengan kecenderungan agamanya, atau kebebasan melakukan praktek keagamaan. 3). Kebebasan memakai istilah, tanda dan *syi'ar* yang berbeda. 4). Kebebasan membangun kebutuhan rumah ibadah. 5). Kebebasan melaksanakan acara ritual keagamaan. 6). Menghargai tempat yang mereka anggap suci. 7). Kebebasan bagi seseorang untuk merubah dan berpindah keyakinan. 8). Kebebasan berdakwah untuk memeluk agamanya.¹⁰⁰ Dalam al-Qur'an secara

⁹⁸ Lihat Hermanto Harun dalam makalah yang berjudul "Kebebasan Beragama di Indonesia: Mengurai kusut kebebasan beragama" dipresentasikan dalam acara Diskusi Nasional "*Islam dan Kebebasan Beragama di Indonesia, Problem dan Solusinya*" hari Kamis 8 Mei 2008 di Auditorium IAIN STS Jambi, Kampus Telanai Pura.

⁹⁹ QS:al-Baqarah: 256

¹⁰⁰ Jamaluddin Athiah Muhammad, *Nahwa Fiqh Jadid li al-Aqalliyat*, dalam Hermanto Harun, *op.cit.*, hlm.

gamblang diungkapkan tentang kebebasan tersebut. Firman Allah SWT yang artinya:

“Katakanlah “hai orang-orang yang kafir, aku tidak akan menyembah apa yang kamu sembah. Dan kamu bukan penyembah Tuhan yang aku sembah. Dan aku tidak pernah menjadi penyembah apa yang kamu sembah. Dan kamu tidak pernah (pula) menjadi penyembah Tuhan yang aku sembah. Untukmulah agamamu, dan utukkulah agamaku.”¹⁰¹

Ayat ini dengan sangat tegas mengungkapkan akan adanya perbedaan antara Islam dengan agama yang lainnya, bahkan secara global mengungkapkan perbedaan yang tidak akan pernah bertemu, keragaman yang tidak akan pernah serupa, pisah yang tidak akan bersambung dan corak yang tidak akan pernah bercampur. Meskipun demikian, realitas keragaman agama merupakan fakta yang ada dan tidak mungkin untuk dinafikan. Karena, justru keragaman agama merupakan *sunnatullah* yang sengaja diciptakan Allah SWT sebagai ujian untuk manusia. Keragaman manusia dalam memilih jalur ‘komunikasi’ menuju tuhanNya, juga telah dijelaskan dalam al-Qur’an. Firman Allah SWT, artinya:

“..untuk tiap-tiap umat diantara kamu, kami berikan aturan dan jalan yang terang. Sekiranya Allah menghendaki, niscaya kamu dijadikan-Nya satu umat (saja), tetapi Allah hendak menguji kamu terhadap pemberian-Nya. Kepadamu, maka berlomba-lombalah berbuat kebajikan. Hanya kepada Allah-lah kembali kamu semuanya, lalu diberitahukan-Nya kepadamu apa yang telah kamu perselisihkan itu.”¹⁰²

2. PERLINDUNGAN NEGARA TERHADAP HAK KEBEBASAN BERAGAMA DALAM ISLAM

a. Perspektif Piagam Madinah

Perlindungan negara terhadap hak kebebasan dalam Islam dapat mengacu pada konsep politik Islam yang secara historis pernah dipraktikkan pada masa awal pemerintahan Islam di bawah kendali Nabi Muhammad saw. Realitas politik pada masyarakat awal Islam (masa *al-salaf al-shalih*), menurut Nurcholish Madjid, memiliki bangunan kenyataan politik yang demokratis dan partisipatoris yang menghormati dan menghargai ruang publik, seperti kebebasan hak asasi, partisipasi, keadilan sosial, dan lain sebagainya. Wujud historis dari sistem sosial politik yang kemudian dikenal sebagai Piagam Madinah ini merupakan prinsip-prinsip rumusan kesepakatan mengenai kehidupan bersama secara sosial-politik antara sesama

¹⁰¹ Q.S. al-Kafirun: 1-6.

¹⁰² QS: al-Maidah: 48.

kaum Muslim dan antara kaum Muslim dengan kelompok-kelompok lain di kota Madinah di bawah pimpinan Nabi Muhammad saw.¹⁰³

Pada periodisasi Madinah tersebut, telah terjalin hubungan yang baik dari beberapa kelompok non-Muslim dengan kelompok Muslim. Pemerintahan Islam yang dipimpin Nabi Muhammad saw menunjukkan toleransi kepada umat-umat beragama lain. Golongan minoritas mendapatkan perlindungan dari pemerintah Islam dan dapat menjalin hubungan dengan masyarakat Muslim dengan baik dalam melaksanakan berbagai aktivitasnya. Eksistensi pluralisme masyarakat Madinah menuntut Nabi membangun tatanan hidup bersama yang mencakup semua golongan yang ada. Mula-mula, Nabi mempersaudarakan antara kaum Muhajirin dan Anshar. Selanjutnya, membangun persaudaraan yang melibatkan semua masyarakat Madinah yang tidak terbatas kepada umat Islam saja.¹⁰⁴

Dalam Piagam¹⁰⁵ Madinah dirumuskan prinsip-prinsip dan dasar-dasar tata kehidupan bermasyarakat, kelompok-kelompok sosial Madinah, jaminan hak, dan ketetapan kewajiban. Piagam Madinah itu juga mengandung prinsip kebebasan beragama, hubungan antar kelompok, kewajiban mempertahankan kesatuan hidup, dan sebagainya. Inisiatif dan usaha Nabi Muhammad saw dalam mengorganisir dan mempersatukan pengikutnya dan golongan lain, menjadi suatu masyarakat yang teratur, berdiri sendiri, dan berdaulat yang akhirnya menjadi suatu negara di bawah pimpinan Nabi sendiri merupakan praktek *siyasah*, yakni proses dan tujuan untuk mencapai tujuan. prinsip kenegaraan yang diterapkan pada masyarakat Madinah di bawah kepemimpinan Nabi Muhammad saw. Masyarakat Madinah adalah masyarakat plural yang terdiri dari berbagai suku, golongan, dan agama. Islam datang ke Madinah dengan bangunan konsep ketatanegaraan yang mengikat aneka ragam suku, konflik, dan perpecahan.¹⁰⁶

¹⁰³ Nurcholish Madjid, *Cita-Cita Politik Islam di Era Reformasi*, (Jakarta: Yayasan Paramadina, 1999), hlm. 24.

¹⁰⁴ Marzuki, "Kerukunan antarumat Beragama dalam Wacana Masyarakat Madani: Analisis Isi Piagam Madinah dan Relevansinya bagi Indonesia", makalah yang tidak diterbitkan (t.t.), hlm. 5-9.

¹⁰⁵ W. Montgomery Watt menyebutnya dengan "The Constitution of Medina", R.A. Nicholson "charter", Majid Khadduri "treaty", Philip K. Hitti "agreement", Zainal Abidin Ahmad "piagam". Kata *al-shahifah* adalah nama yang disebut di dalam Piagam Madinah. Lihat Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945*, *op.cit.*, hlm. 2.

¹⁰⁶ *Ibid.*, hlm. 5. Para pihak yang mengikatkan diri atau terikat dalam Piagam Madinah yang berisi perjanjian masyarakat Madinah (*social contract*) ini ada tiga belas kelompok komunitas yang secara eksplisit disebut dalam teks Piagam. Ketiga belas komunitas itu adalah (i) kaum Mukminin dan Muslimin Muhajirin dari suku Quraisy Makkah, (ii) Kaum Mukminin dan Muslimin dari Yatsrib, (iii) Kaum Yahudi dari Banu 'Awf, (iv) Kaum Yahudi dari Banu Sa'idah, (v) Kaum Yahudi dari Banu al-Hars, (vi) Banu Jusyam, (vii) Kaum Yahudi dari Banu Al-Najjar, (viii) Kaum Yahudi dari Banu 'Amr ibn 'Awf, (ix) Banu al-Nabit, (x) Banu al-'Aws, (xi) Kaum Yahudi dari Banu Sa'labah, (xii) Suku Jafnah dari Banu Sa'labah, dan (xiii) Banu Syuthaybah.

Dalam Piagam Madinah, kata *ummah*¹⁰⁷ terulang dua kali, yaitu dalam pasal 1 dan pasal 25. Rumusan pengertian *ummah* oleh Syari'ati di atas—yang sejalan dengan langkah Nabi untuk mempersatukan umat Islam—sesuai dengan muatan pasal 1 Piagam Madinah, yang isinya *innahum ummatun wahidah min duni al-nas* (sesungguhnya mereka adalah umat yang satu, tidak termasuk golongan lain). Ketetapan (pasal 1) ini merupakan pernyataan yang mempersatukan orang-orang mukmin dan muslim yang berasal dari dua golongan besar, Muhajirin dan Anshar, dari berbagai suku dan golongan sebagai umat yang satu. Dasar yang mengikat mereka adalah akidah Islam, yang membedakan mereka dari umat lain.

Ketetapan pada pasal 1 itu tidak berarti menunjukkan bahwa konsep *ummah* yang dikehendaki oleh Piagam Madinah adalah umat Islam saja sebab di pasal lain kaum Yahudi dan sekutunya disebut sebagai anggota umat. Hal ini dibuktikan dalam pasal 25. Pasal 25 misalnya menyatakan:

“Kaum Yahudi Bani 'Auf bersama dengan warga yang beriman adalah satu umah. Kedua belah pihak, kaum Yahudi dan kaum Muslimin, bebas memeluk agama masing-masing. Demikian pula halnya dengan sekutu dan diri mereka sendiri. Bila di antara mereka ada yang melakukan aniaya dan dosa dalam hal ini, maka akibatnya akan ditanggung oleh diri danarganya”

Pasal 25 Piagam Madinah merupakan perwujudan jaminan kebebasan beragama dan beribadat menurut ajaran agama masing-masing. Pada pasal 25 juga dinyatakan bahwa kaum Yahudi adalah satu umat bersama kaum mukminin. Penyebutan demikian, mengandung arti bahwa dilihat dari kesatuan dasar agama orang-orang Yahudi merupakan satu komunitas yang parallel dengan komunitas kaum mukminin. Dalam kehidupan bersama tersebut, komunitas Yahudi bebas dalam melaksanakan agama mereka.¹⁰⁸ Pasal 24 pada Piagam Madinah itu telah memberi jaminan kebebasan beragama bagi orang-orang Yahudi sebagai suatu komunitas dan mewujudkan kerja sama yang erat dengan kaum muslimin dan membuktikan bahwa Islam memiliki sikap toleran terhadap agama lain.

Sementara itu, ketetapan pada pasal 25 sampai pasal 35 itu dapat dikatakan bahwa organisasi umat yang dibentuk Nabi bersifat

¹⁰⁷ Ali Syari'ati mengartikan kata *ummah* dengan “jalan yang lurus”, yakni sekelompok manusia yang bermaksud menuju “jalan” yang tidak lepas dari arti kata akarnya, *amma*. Kata ini ia artikan menuju dan berniat yang mengandung tiga arti, yaitu gerakan, tujuan, dan ketetapan kesadaran. Lihat Ali Syari'ati, *Ummah wa al-Umamah*, terj. M. Faishol Hasanuddin, (Jakarta: Penerbit Yapi, 1990), hlm. 36-38.

¹⁰⁸ Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945*, *op.cit.*, hlm. 125. Di sini terlihat bahwa Nabi Muhammad saw tidak memaksa rakyat Madinah untuk mengubah agama. Nabi hanya mendakwahkan Islam dengan seruan untuk mengesakan Allah. Soal konversi ke agama Islam tergantung pada kesadaran dan keinginan masing-masing tanpa adanya paksaan.

terbuka. Beliau menghimpun semua golongan penduduk Madinah. Perbedaan keyakinan mereka tidak menjadi alasan untuk tidak bersatu dalam kehidupan bermasyarakat bernegara. Dalam hal ini berlaku konsep *ummah* yang bersifat umum.¹⁰⁹ Dengan demikian, penggunaan istilah *ummah* dapat bersifat khusus, yaitu para penganut agama dan nabi tertentu, dan dapat pula bersifat umum, yaitu setiap generasi manusia adalah umat yang satu tanpa batasan agama.¹¹⁰

Selain itu, dalam Piagam Madinah, juga ditetapkan masalah perlindungan yang disebutkan secara eksplisit yang ditentukan pada pasal 15. "Jaminan Allah adalah satu," demikian disebutkan pada pasal 15. Kata *Allah* di sini dimaksudkan untuk menyebut kekuasaan umum atau perlindungan oleh negara, sedang kata *satu* berarti meliputi semua orang yang harus dilindungi. Jadi, perlindungan negara diberikan kepada semua warga atau rakyat tanpa melihat agama yang dianut.¹¹¹

Dengan demikian, proses kelahiran dan perkembangan Islam sejak zaman Piagam Madinah sudah menunjukkan kemungkinan kerja sama dan saling menghormati. Apalagi kalau perspektif yang digunakan tidak memisahkan identitas Islam dari jalinan-eratnya dengan agama-agama lain sekalipun. Perspektif inilah yang tetap relevan untuk sekarang, ketika semua umat beragama sudah hidup di dalam negara bangsa yang menerima asas kewarga negaraan, dengan sistem proteksi berbasis konstitusi yang diberikan kepada semua warganegara tanpa membedakan latar belakangnya. Tak ada lagi Nabi yang menjadi *hakam*, karena *hakam* sudah mengalami transformasi menjadi berbagai mekanisme dan lembaga di dalam negara dan masyarakat, baik dalam rangka proteksi warganegara, penanganan konflik dan penyelesaian sengketa, dan lain-lain. Idealnya, dalam istilah Piagam Madinah, negara adalah *haram*, tempat yang mendorong orang dari berbagai latar belakang berbeda untuk bergaul dan bekerja sama.¹¹²

b. Perspektif Deklarasi Kairo

Deklarasi Kairo (1990) merupakan instrumen pengaturan hak asasi manusia yang berlandaskan hukum Islam. Pengaturan mengenai hak kebebasan beragama dalam Deklarasi Kairo diatur dalam pasal khusus. Namun untuk memahami pengertian mengenai hak

¹⁰⁹ Lihat Muhammad Latif Fauzi, "Konsep Negara dalam Perspektif Piagam Madinah dan Piagam Jakarta", dalam Jurnal Al-Mawarid Edisi XIII Tahun 2005, Yogyakarta, hlm. 92-93.

¹¹⁰ J. Suyuthi Pulungan, *Prinsip-Prinsip Pemerintahan dalam Piagam Madinah*, *op.cit.*, hlm. 129.

¹¹¹ W. Montgomery Watt, "Islamic Political Thought", dalam Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945*, *op.cit.*, hlm. 69.

¹¹² Rizal Panggabean, "Kesepakatan Madinah dan Sesudahnya", dalam Elza Peldi Taher (ed.), *Merayakan Kebebasan Beragama: Bunga Rampai Menyambut 70 Tahun Djohan Effendi*, (Jakarta: Yayasan Abad Demokrasi, 2011), hlm. 111.

kebebasan beragama dalam Deklarasi Kairo harus melihat bagian-bagian lain dari deklarasi yang akan membantu pemahaman tentang hak kebebasan beragama.

Pembukaan Deklarasi Kairo mengatur sebagai berikut:

*"Wishing to contribute to the efforts of mankind to assert human rights, to protect man from exploitation and persecution, and to affirm his freedom and right to a dignified life in accordance with the Islamic Shari'ah."*¹¹³

Prinsip-prinsip Deklarasi Kairo yang dijabarkan dalam 25 pasal menegaskan bahwa hak-hak asasi dan kemerdekaan universal dalam Islam merupakan bagian integral agama Islam dan bahwa tak seorang pun pada dasarnya berhak untuk menggoyahkan baik keseluruhan maupun sebagian atau melanggar atau mengabaikannya karena hak-hak asasi dan kemerdekaan itu merupakan perintah suci mengikat yang termaktub dalam wahyu Allah SWT yang diturunkan melalui nabi-Nya yang terakhir.

Deklarasi Kairo terbentuk dikarenakan adanya satu perdebatan yang mendapatkan perhatian terjadi antara blok Islam dan blok lain tentang pasal 18 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, yaitu tentang kebebasan beragama dan berkeyakinan. Blok Islam pada awalnya menentang pasal tersebut karena terdapat klausul "kebebasan berpindah agama" yang bertentangan dengan doktrin Islam tentang murtad (*apostasy*), meski pada akhirnya hanya Saudi Arabia yang benar-benar menentang pasal itu. Namun pada perkembangannya, Saudi Arabia mampu mempengaruhi opini negara-negara Islam terutama di bawah organisasi OKI (Organisasi Kerjasama Islam) yang berpusat di Jeddah, di mana Saudi Arabia sebagai tuan rumah. Respon terhadap Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia terus mengalami perkembangan di dunia Islam. Pada tahun 1981 muncul *Universal Islamic Declaration of Human Rights* oleh beberapa tokoh pemikir Islam terkemuka dari berbagai negara. Pada tahun 1990 lahir Deklarasi Kairo (*Cairo Declaration of Human Rights in Islam*) oleh negara-negara OKI¹¹⁴, yang ditandatangani 54 negara anggota OKI pada 5 Agustus 1990. Inti dari deklarasi tersebut adalah meskipun Islam menerima hak-hak asasi manusia, tetapi memiliki batasan dan tafsirnya sendiri dalam hal-hal tertentu, salah satunya

¹¹³ Lihat Pembukaan Deklarasi Kairo.

¹¹⁴ Dari pertemuan Komisi Hak Asasi Manusia Organisasi Kerjasama Islam (IPHRC OIC) 20-24 Februari 2012 di Jakarta diketahui bahwa negara anggota OKI banyak yang belum memiliki standar instrumen dalam konteks hak asasi manusia. Bahkan, beberapa negara tidak memiliki Komisi Nasional Hak Asasi Manusia di negaranya. Pertemuan tersebut memberi rekomendasi kepada dewan Menlu agar negara-negara anggota OKI juga meratifikasi instrumen internasional hak asasi manusia dan bekerja sama menegakkan hak asasi manusia, dan menghasilkan beberapa kesepakatan. Kesepakatan tersebut berisi tugas-tugas yang harus dilakukan oleh negara anggota OKI. Lihat Republika.co.id, "Negara OKI Harus Ratifikasi Aturan HAM", Jumat, 24 Februari 2012 19:12 WIB, diakses Selasa, 4 Jumadil Awwal 1433 / 27 Maret 2012 | 20:27.

adalah tentang kebebasan beragama, khususnya kebebasan berpindah agama.¹¹⁵

Hak Asasi Manusia Islam, menurut Deklarasi Kairo, mengakui otoritas dan peran Tuhan, dan karena itu tidak mentolerir anti-agama, ateisme, dan pindah agama (dari Islam). Misalnya, dalam pasal 1 Deklarasi Kairo, dinyatakan:

"all human beings form one family whose members are united by their subordination to Allah and descent from Adam. All men are equal in terms of basic human dignity and basic obligations and responsibilities, without any discrimination on the basis of race, colour, language, belief, sex, religion, political affiliation, social status, or other considerations. True faith is the guarantee for enhancing such dignity along the path to human perfection."

Di sini manusia diposisikan sejajar tapi di bawah Tuhan. Sementara itu, pada pasal 10 Deklarasi Kairo (*Islam is the religion of unspoiled nature. It is prohibited to exercise any form of compulsion on man or to exploit his poverty or ignorance in order to convert him to another religion or to atheism*) juga memberikan pembatasan tentang kebebasan beragama. Pasal ini memisahkan diri dari Deklarasi Universal 1948 khususnya Pasal 18, bahwa setiap orang memiliki hak berpikir, berkeyakinan, dan beragama, hak yang mencakup kebebasan mengganti agama atau keyakinannya, dan kebebasan, sendiri atau dalam masyarakat, publik dan pribadi, untuk melaksanakan agamanya atau kepercayaannya dalam pengajaran, praktek, ibadah, dan pengamalan.¹¹⁶

Perlindungan kebebasan beragama dalam Deklarasi Kairo menjadi sangat terbatas bila diimplementasikan di negara-negara "Islam" yang ikut menandatangani, karena adanya konsep syariah yang dimasukkan dalam Deklarasi Kairo, dan banyak diformalisasikan pada negara-negara timur tengah. Lebih jauh lagi, Deklarasi Kairo menegaskan bahwa hak-hak dasar fundamental dan kebebasan universal di Islam adalah bagian integral yang harus dipatuhi dalam agama Islam. Oleh karena itu, tidak ada seorang pun yang berhak mengingkari atau bahkan menghentikan untuk sementara waktu perintah Tuhan. Hal ini dikarenakan semua ajaran agama di dalam Islam bersifat mengikat seperti termaktub di dalam kitab suci (al-Qur'an) yang telah diwahyukan kepada nabi terakhirNya.¹¹⁷

¹¹⁵ Ahmad Suaedy (et.al), *Islam, Konstitusi dan Hak Asasi Manusia: Problematika Hak Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan*, op.cit., hlm. 56.

¹¹⁶ Muhammad Ali, "Kebebasan Beragama", dalam Elza Peldi Taher (ed.), *Merayakan Kebebasan Beragama*, op.cit., hlm. 317-318.

¹¹⁷ Al Khanif, *Hukum dan Kebebasan Beragama di Indonesia*, (Yogyakarta: LaksBang Grafika, 2010), hlm. 181.

3. PERLINDUNGAN NEGARA TERHADAP HAK KEBEBASAN BERAGAMA DALAM HAK ASASI MANUSIA UNIVERSAL

Hak kebebasan beragama yang merupakan hak sipil, seperti hak-hak lainnya, sangat erat kaitannya dengan kewajiban dan tanggungjawab negara. Ada beberapa hak sipil yang pada awalnya adalah hak asasi, tetapi kemudian hak tersebut mendapat jaminan dari agen eksternal. Hak beragama misalnya. Pada awalnya, hak model ini dikategorikan sebagai hak dasar (*natural rights*), tetapi pada perkembangannya tidak hanya menjadi hak yang dilindungi secara pribadi, tetapi juga masuk dalam kategori sipil. Ini berarti bahwa peran negara dalam menjamin dan melindungi hak beragama dan berkeyakinan sangatlah urgen.¹¹⁸

Dengan demikian, ada tiga kewajiban negara yang mesti dipenuhi. Pertama, negara mempunyai kewajiban untuk menghormati (*to respect*) hak asasi manusia. Dengan kata lain, negara harus mengakui bahwa setiap orang memiliki hak yang melekat padanya, dan yurisdiksi negara tidak boleh membatasi hak ini. Kedua, negara berkewajiban melindungi (*to protect*) hak asasi manusia. Secara teknis, kewajiban ini dapat dipenuhi misalnya dengan meratifikasi terhadap perjanjian internasional tentang hak asasi manusia menjadi hukum negara. Di sisi lain, negara juga dapat menghapus aturan yang diskriminatif sebagai perwujudan dari perlindungan negara terhadap hak asasi manusia. Ketiga, negara memiliki kewajiban untuk memenuhi (*to fulfill*) hak asasi manusia. Pemenuhan merupakan langkah berikut setelah kehadiran aturan formal. Negara wajib untuk menyelenggarakan pemenuhan ini melalui tanggungjawab yang diembannya.¹¹⁹

Selain memiliki kewajiban, negara juga memiliki kaitan yang erat dengan tanggungjawab yang dimilikinya. Secara sederhana, *state responsibility* muncul ketika negara mengingkari kewajibannya, yakni menghargai, melindungi, dan memenuhi hak asasi manusia. Kemungkinan akan terjadinya pelanggaran oleh negara itu sangat besar karena dalam negara terdapat kekuasaan. Mekanisme pelanggaran yang dilakukan oleh negara dapat dilakukan dalam tiga bentuk. Pertama, negara melakukan kekerasan dengan tindakan (*violence by commission*). Kedua, negara membiarkan terjadinya pelanggaran yang terjadi (*violence by omission*). Ketiga, negara melakukan pelanggaran dengan membuat produk yang membatasi bahkan melanggar hak asasi manusia (*violence by judicial*). Terhadap

¹¹⁸ Lihat Tedi Kholiludin, *Kuasa Negara atas Agama: Politik Pengakuan, Diskursus "Agama Resmi" dan Diskriminasi Hak Sipil*, (Semarang: RaSAIL Media Group, 2009), hlm. 76.

¹¹⁹ *Ibid.*, hlm. 81-82.

hal tersebut maka mutlak menjadi ranah pertanggungjawaban negara.¹²⁰

Oleh karena itu, implementasi hak asasi manusia internasional sangat bergantung pada kepatuhan hukum suatu negara. Kepatuhan hukum tersebut sangat penting karena peratifikasian suatu instrumen internasional tentang hak asasi manusia yang bersifat mengikat tidak menjamin berkurangnya atau tidak adanya pelanggaran hak asasi manusia di wilayah kedaulatan hukumnya. Oleh karena itu harus ada sinergi yang saling melengkapi antara kepatuhan hukum dan moralitas dari suatu negara.¹²¹ Pada kenyataannya, belum pernah selama ini hukum internasional dan hukum konstitusi nasional berinteraksi secara kohesif. Karena, mekanisme penegakan antar pemerintahan yang efektif, perlindungan hak asasi manusia internasional masih harus mengandalkan sistem perlindungan hak asasi manusia nasional yang berfungsi baik. Transformasi standar hak asasi manusia internasional menjadi hukum domestik hampir sepenuhnya diserahkan pada konstitusi masing-masing negara.¹²²

Di dalam hukum internasional¹²³, sebuah negara yang meratifikasi sebuah instrumen internasional harus menunjukkan kepatuhan hukum terhadap ketentuan instrumen yang telah diratifikasinya. Selain itu, negara juga harus memperhatikan aturan hukum yang diatur oleh deklarasi internasional yang telah menjadi norma-norma absolut¹²⁴ yang tidak dapat ditangguhkan dalam keadaan apapun juga. Norma yang menjadi *jus cogens*¹²⁵ tersebut harus dijalankan sebagai bagian dari kepatuhan negara terhadap moralitas yang dikandung di dalam hak tersebut. Berkenaan dengan hal tersebut, produk hukum dan institusi keadilan yang mendukung penegakan hukum dan hak asasi manusia di suatu negara menjadi faktor kunci penerapan hak asasi manusia.¹²⁶

¹²⁰ *Ibid.*, hlm. 82-83.

¹²¹ Al Khanif, *Hukum dan Kebebasan Beragama di Indonesia*, *op.cit.*, hlm. 210.

¹²² Manfred Nowak, *Pengantar pada Rezim HAM Internasional*, terjemahan oleh Sri Sulastini, (Jakarta: Departemen Hukum dan HAM Indonesia, 2003), hlm. 37.

¹²³ Dalam hlm ini menunjukkan bahwa masyarakat internasional secara relatif menerima prinsip intervensi kemanusiaan.

¹²⁴ Norma-norma yang terkait dengan kebebasan beragama adalah: (1) norma-norma non diskriminasi (lihat Pasal 26 dan Pasal 27 ICCPR); (2) norma-norma yang melarang pengambilan keputusan yang sewenang-wenang (lihat Pasal 18 ayat (3) ICCPR); dan (3) hak atas kompensasi/pemulihan yang efektif (lihat Pasal 2 ayat (3) ICCPR).

¹²⁵ Menurut Konvensi Vienna, *jus cogens* merupakan inti sari dari hukum internasional karena diterima dan diakui oleh dunia internasional sebagai norma-norma yang tidak dapat dikurangi atau dibatalkan dengan alasan apapun juga.

¹²⁶ dan Ann Elizabeth Mayer, *Islam and Human Rights Tradition and Politics*, (Colorado: Westview Press, 1999), hlm.19. Perjanjian-perjanjian hak asasi manusia internasional dipandang sebagai hukum nasional yang setara dengan atau lebih tinggi dari konstitusi suatu negara, berdasarkan atas perintah konstitusional negara tersebut, yang cenderung patuh karena bersandar pada teori monism dengan memberi preferensi pada hukum internasional (misalnya Belanda), dengan syarat bahwa negara telah meratifikasi perjanjian tersebut dan telah dirumuskan dengan tepat. Sedangkan, dengan teori dualisme membedakan antara hukum internasional dan hukum nasional

Ratifikasi yang dilakukan oleh suatu negara tidak berarti apa-apa jika negara anggota tidak menerapkan aturan hukum di sistem hukum nasional untuk mendukung implementasi hak-hak yang diatur didalamnya. Penerapan hak asasi manusia dapat efektif ketika negara anggota menetapkan "kebijakan-kebijakan khusus" berdasarkan asas proporsionalitas untuk menerapkan aturan hukum di instrumen yang telah diratifikasinya. Oleh karena itu, sangat penting melihat apakah peraturan perundang-undangan di suatu negara sudah sesuai dengan semangat instrumen internasional.¹²⁷ Khusus untuk kebebasan beragama, penting juga untuk dilihat apakah masih ada pengaruh agama terhadap peraturan perundang-undangan yang ada.¹²⁸

Oleh karena itu, tanggung jawab negara dalam konteks kewajiban yang tercakup dalam kovenan yang diratifikasi bersifat mutlak dan harus segera dilaksanakan. Singkatnya, hak-hak yang terdapat dalam kovenan ICCPR dan ICESCR bersifat *justiciable*. Inilah yang membedakannya dengan tanggung jawab negara dalam konteks memenuhi kewajiban hak ekonomi, sosial dan budaya (Ekosob) yang tidak harus dijalankan sepenuhnya, tetapi bisa secara bertahap (*progressive realization*) dan karena itu bersifat *nonjusticiable*.¹²⁹

Selanjutnya, perundang-undangan dan praktek negara berkenaan dengan lembaga keagamaan merupakan alat uji (penilaian) yang penting terhadap kebebasan beragama. Kebebasan beragama bukan sesuatu yang dianugerahkan oleh negara atau rezim negara yang sah, namun merupakan sesuatu yang dimiliki oleh individu atau kelompok agama semata-mata karena mereka manusia. Secara faktual, intervensi kebebasan beragama dimulai sejak manusia dilahirkan.

Oleh karena itu, bahwa legitimasi normatif kebebasan beragama sebagai hak asasi tidak tergantung pada bagaimana hak itu secara faktual diatur susunannya oleh negara. Demikian pula, hak atau

(misalnya Inggris), mungkin tidak mentransformasikan perjanjian-perjanjian hak asasi manusia internasional ke dalam hukum nasional, kecuali atas perintah langsung dari badan pembuat undang-undang nasional.

¹²⁷ Berkenaan dengan ratifikasi instrumen hak asasi internasional, Indonesia meratifikasi dua kovenan internasional hak asasi manusia pada tahun 2005. Tepatnya pada tanggal 28 Oktober 2005, secara resmi Indonesia menjadi Negara Pihak (*State Party*) pada dua kovenan hak asasi manusia induk yakni ICCPR dan ICESCR. Dengan demikian dua kovenan ini berlaku efektif atau mengikat secara hukum (*entry into force*) bagi Indonesia. Ratifikasi ini ditetapkan setelah DPR mengesahkan dua kovenan itu menjadi undang-undang, yaitu Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights* (ICESCR) dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR). Dengan ratifikasi ini, Indonesia menjadi negara ke-161, yang meratifikasi ICCPR dan negara ke-156 untuk ICESCR, dari total 192 negara anggota PBB. Lihat Ahmad Suaedy (et.al), *Islam, Konstitusi dan Hak Asasi Manusia: Problematika Hak Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan*, op.cit., hlm. 29.

¹²⁸ *Ibid.* Dalam kaitan kebebasan beragama dan berkeyakinan, khususnya dalam Deklarasi Kairo, harus diakui adanya konflik dan ketegangan antara Islam dengan hukum Internasional. Konflik itu pada posisi tertentu bisa dicarikan jalan keluar, tapi pada saat yang lain hampir mustahil kecuali dengan menundukkan satu atas yang lain.

¹²⁹ Ihdhm Kasim, "Konvensi Hak Sipil dan Politik Sebuah Pengantar" dalam Ahmad Suaedy (et.al), *Islam, Konstitusi dan Hak Asasi Manusia: Problematika Hak Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan*, op.cit., hlm. 35

status kelembagaan tidak tergantung pada kemungkinan diakuinya status kelembagaan tersebut dalam kenyataannya dalam negara. Dalam dunia modern, suatu negara boleh saja membatasi manifestasi agama atau kepercayaan, kalau dianggap berbahaya berdasarkan norma-norma hukum pidana atau bentuk perizinan lainnya. Pembatasan dalam bentuk apa pun hanya dibenarkan sejauh diizinkan berdasarkan ketentuan-ketentuan yang mengatur pembatasan seperti Pasal 18 ayat (3) ICCPR, Pasal 9 ayat (2) ECHR dan Pasal 12 ayat (3) ACHR.¹³⁰

Sebagaimana yang telah diuraikan di atas dapat disimpulkan bahwa perlindungan negara terhadap kebebasan beragama masuk dalam dimensi kewajiban dan tanggungjawab negara. Kebebasan untuk memmanifestasikan agama baik secara eksternal maupun internal merupakan tatanan yang tidak dapat diintervensi oleh negara kecuali karena berbagai tujuan: kepentingan umum yang sah, perlindungan kebebasan beragama dan hak asasi lainnya dari intervensi orang lain, dan juga untuk perlindungan kepentingan lainnya yang kurang sah, termasuk mempertahankan hak atau kedudukan istimewa negara dan agama mayoritas, diskriminasi agama minoritas atau bahkan pemicuan kebencian dan kekerasan agama.

4. KONSTRUKSI KONSEP PERLINDUNGAN NEGARA TERHADAP KEBEBASAN BERAGAMA

Konstitusi yang demokratis tidaklah menghalangi ekspresi dari sebuah pemahaman keagamaan. Oleh karena itu, konstitusi tersebut harus dapat diterima oleh setiap kelompok keagamaan. Jika dalam sebuah konstitusi tidak mengandung prinsip kebebasan dan kesetaraan, maka konstitusi itu belumlah dinamakan sebagai *democratic constitution*. Konstitusi adalah wilayah publik, maka bahasa yang digunakan adalah bahasa keagamaan yang universal, dan warga negara dapat menempatkan ranah keagamaan secara universal, bukan partikular.¹³¹ Konstitusionalisme dan hak asasi manusia adalah alat yang penting untuk melindungi status dan hak warga negara, tetapi fungsi tersebut dapat efektif justru karena peran warga negara sendiri. Karena itulah, proses klarifikasi terhadap dasar dan implikasi konsep kewarganegaraan menjadi penting. Konsep-konsep tersebut dan institusi yang menyertainya tergantung satu sama lain dan harus saling berinteraksi jika ingin merealisasikan tujuannya masing-masing.¹³²

¹³⁰W. Cole Durham, Jr., "Memfasilitasi Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan melalui Perundang-Undangan Asosiasi Keagamaan" dalam Tore Lindholm (eds.), *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan*, *op.cit.*, hlm. 339-340.

¹³¹ Tedi Kholiludin, *Kuasa Negara atas Agama*, *op.cit.*, hlm. 113.

¹³² Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Islam dan Negara Sekular: Menegosiasikan Masa Depan Syariah*, (Bandung: Penerbit Mizan, 2007), hlm. 145-146.

Dengan kata lain, adalah penting untuk terus menjaga netralitas negara terhadap agama secara tepat karena manusia cenderung mengikuti pandangan pribadinya, termasuk agama. Tujuan pemisahan ini tidak bisa dicapai melalui usaha menempatkan agama dalam ruang privat, karena usaha seperti ini tidak penting, pun tidak perlu. Malah, upaya pemisahan agama dan negara harus dilakukan dengan tetap mengakui fungsi publik agama dan pengaruhnya dalam pembuatan kebijakan publik dan undang-undang. Ketegangan seperti ini harus terus diselesaikan melalui upaya pemunculan "*public reason*" dalam kerangka konstitusionalisme, hak asasi manusia dan kewarganegaraan. Perlunya mengklarifikasi perbedaan antara negara dan politik dan hubungannya dengan keharusan adanya "*public reason*".¹³³

Hubungan antara kehadiran agama di ruang publik dengan demokrasi juga bisa dijelaskan melalui konstruksi agama di ruang publik yang dinyatakan oleh Habermas. Berbeda dengan kalangan sekuler yang menyingkirkan sama sekali agama dan semua alasan religious dari ruang publik, Habermas mengusulkan model ruang publik pluralistik yang menerima berbagai aspirasi, termasuk aspirasi religious, tanpa harus diblokir. Ia pun tidak menolak agama di ruang publik. *Pertama*, aspirasi-aspirasi religious, terutama jika hendak dijadikan kebijakan publik, harus dijelaskan secara rasional dan diperlakukan sebagai wilayah rasional, sehingga memiliki status epistemis yang dapat diterima oleh warga yang sekuler atau berkeyakinan berbeda. Status epistemis memunculkan pemahaman meniadakan doktrin religious eksklusif melainkan mengambil bentuk rasional inklusif. Sikap ini, menurut Habermas, memahami para anggota masyarakat sebagai warga negara bila hendak hidup bersama secara politis di dunia ini.¹³⁴

Habermas menggunakan logika hukum *common law* yang mengisyaratkan bahwa sebuah kebijakan publik yang berlaku setelah melewati proses yang membuatnya disepakati berbagai pihak. Kebijakan publik keagamaan dalam hal ini harus terbukti memenuhi prinsip resiprositas, diterima menurut nalar publik. Kalangan pengusung agama yang hendak melakukan formalisasi agama harus melakukan persuasi, bukan koersi atau memaksa. Uji publik terhadap aturan formal yang bersumber dari nilai agama harus melalui nalar, tidak cukup hanya karena suara mayoritas publik menghendaknya. Aturan formal publik yang bersumber dari agama harus memenuhi prinsip inklusi, yang tidak meminggirkan atau melanggar hak minoritas, dan harus mengandung prinsip keadilan sosial bagi semua pihak (memenuhi prinsip pluralitas dan hak asasi

¹³³ *Ibid.*, hlm. 146-147.

¹³⁴ *Ibid.*, hlm. 113. Lihat juga F. Budi Hardiman, *Demokrasi Deliberatif: Menimbang 'Negara Hukum' dan 'Ruang Publik' dalam Teori Diskursus Jurgen Habermas*, (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2009), hlm. 158-159.

manusia). Ini berarti, tidak boleh ada kebijakan apa pun, meski berdasarkan suara mayoritas, jika mengancam dan meminggirkan minoritas.¹³⁵

Kedua, kepada warga sekuler atau yang warga yang beragama lain, menurut Habermas, perlu membuka diskursus isi kebenaran normatif religius yang kerap remang-remang agar mencapai kompromi dalam kontestasi agama di ruang publik. Komponen nilai-nilai harus disetarakan dan dikomunikasikan untuk mencapai pemahaman secara intersubjektif antar kelompok agama dan keyakinan.¹³⁶ Sebagai aturan utama, negaranya biasanya berwatak sekular dengan memisahkan dirinya dari ruang-ruang spiritual penganut atau organisasi agama. Meskipun negara dan institusinya berbeda dengan masyarakat sipil dan organisasinya, bahkan relatif otonom satu sama lain, namun keduanya tetap saling memberikan dukungan.¹³⁷

Ketiga, sikap negara harus netral. Netralitas, dalam hal ini, bukan berarti pemihakan atau diidentikkan dengan sekularisme. Menurut Habermas, netralitas kekuasaan negara terhadap pandangan hidup yang menjamin kebebasan etis yang sama bagi setiap warga negara tidak dapat disamakan dengan universalisasi politis sebuah pandangan dunia sekular. Tugas negara adalah melancarkan deliberasi publik dan mendorong terjadinya diskursus rasional, dan menjaga tatanan hukum. Tema-tema diskursus tidak dibatasi, sehingga tidak menindas pluralitas, termasuk dalam keyakinan dan pemikiran keagamaan.¹³⁸ Pengaturan negara dalam hal kehidupan beragama semata-mata dalam rangka memberikan perlindungan kepada warga negara, bukan bentuk intervensi terhadap kebebasan berpikir dan berkeyakinan.¹³⁹ Dengan demikian, intervensi negara atau pihak luar lain dalam kebebasan beragama dapat dikategorikan melanggar prinsip kedaulatan wilayah yang dimiliki negara. Otoritas sentral negara berarti bahwa ia otonom. Hanya negara yang memiliki otoritas untuk membuat aturan yang mengatur cara kerjanya dan menjadi sumber bagi seluruh otoritas politik lain. Meskipun fungsi terakhir ini mungkin diserahkan pada organisasi atau pihak lain. Sentralitas negara juga berarti bahwa negara harus mengkoordinasikan fungsi dan aktifitas organ dan institusinya, karena merekalah yang memapankan kekuasaan negara.¹⁴⁰

Keempat, kelompok mayoritas agama, menurut Habermas, dalam demokrasi tidak boleh meniadakan potensi kebenaran

¹³⁵ *Ibid.*, hlm. 114.

¹³⁶ *Ibid.*, hlm. 115-116. Lihat juga F. Budi Hardiman, *op.cit.*, hlm. 159-160.

¹³⁷ Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Islam dan Negara Sekular*, *op.cit.*, hlm. 150.

¹³⁸ Lihat juga F. Budi Hardiman, *loc.cit.*

¹³⁹ Lihat Moh. Mahfud MD dalam makalah yang berjudul "Kebebasan Beragama dalam Perspektif Konstitusi", *op.cit.*, hlm. 14.

¹⁴⁰ Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Islam dan Negara Sekular*, *loc.cit.*

argumentasi yang berasal dari kelompok minoritas, karena prosedur demokrasi memiliki kekuatan legitimasinya bukan hanya melalui inklusivitasnya, melainkan juga melalui ciri deliberatifnya. Keterbukaan terhadap revisi dari pihak minoritas lewat deliberasi publik akan menjamin rasionalitas suatu keputusan.¹⁴¹

Sementara itu, Abdullahi Ahmed An-Na'im menekankan pentingnya peran konstitusionalisme dan hak asasi manusia sebagai kerangka pikir dan jaring pengaman yang berguna untuk menegosiasikan hubungan antara agama (Islam), negara, dan masyarakat dalam konteks masyarakat Islam saat ini. Dengan demikian, mengamankan pemerintahan yang konstitusional dan perlindungan hak asasi manusia tidak saja penting bagi kebebasan beragama umat Islam dan non-muslim yang hidup di sebuah negara.¹⁴² Perlunya adanya ketentuan untuk mengakui keragaman fenomena agama yang begitu besar yang dimiliki warga negara, yang harus diperhitungkan dalam melindungi kebebasan beragama. Perundang-undangan asosiasi keagamaan perlu disusun dengan mempertimbangkan realitas pluralisme, yang juga berlaku bagi kelompok minoritas¹⁴³ dan tidak terbatas pada perlindungan "agama resmi" yang disukai negara, tetapi semua kelompok agama.¹⁴⁴ Hal ini disebabkan, kelompok agama mayoritas seringkali melanggar kebebasan beragama karena mereka mempunyai akses ke pemerintahan yang besar. Status agama resmi pemerintah mengakibatkan kelompok mayoritas mempunyai alasan pembenar untuk menolak agama lainnya yang tidak resmi secara hukum. Keadaan ini menempatkan kelompok agama minoritas ke dalam kelompok yang mengalami diskriminasi.¹⁴⁵

Oleh karena itu, konstitusi demokratis dan praktik negara merupakan instrumen penilaian yang penting terhadap kemampuan negara tersebut dalam memfasilitasi kebebasan beragama dan berkeyakinan dalam ruang lingkup kewargaan. Negara berkewajiban untuk melindungi kebebasan beragama yang merupakan unsur pokok sistem demokrasi. Perlindungan atas hak kebebasan tersebut merupakan kepentingan umum yang utama dan bukan semata-mata kepentingan individu dan kelompok. Intoleransi berorientasi agama, di mana struktur legal dan konstitusional negara yang dirancang agar

¹⁴¹ Amelia Fauzia (et.al.), *op.cit.*, hlm. 117. Lihat juga F. Budi Hardiman, *op.cit.*, hlm. 161.

¹⁴² *Ibid.*, hlm. 209-210.

¹⁴³ Menurut Theodorson dan Theodorson, kelompok minoritas (*minority groups*) adalah kelompok-kelompok yang diakui berdasarkan perbedaan ras, agama, atau sukubangsa, yang mengalami kerugian sebagai akibat prasangka (*prejudice*) atau diskriminasi. Lihat George A. Theodorson, and Achilles G. Theodorson, *A Modern Dictionary of Sociology*, (New York, Hagerstown, San Francisco, London: Barnes & Noble Books, 1979), hlm. 115-116 dan 258-259.

¹⁴⁴ W. Cole Durham Jr., "Memfasilitasi Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan melalui Perundang-Undangan Asosiasi Keagamaan" dalam Tore Lindholm (eds.), *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan op.cit.*, hlm. 341.

¹⁴⁵ Al Khanif, *Hukum dan Kebebasan Beragama di Indonesia, op.cit.*, hlm. 196.

sesuai dengan perintah sebuah agama akan menjauhkan negara dari praktik demokrasi dan tidak bisa dikatakan sebagai solusi yang memadai untuk menjamin kebebasan beragama.¹⁴⁶

Dalam menjamin dan melindungi hak kebebasan beragama bagi warga negara, perlu adanya validasi publik yang mengambil bentuk justifikasi majemuk. Adanya norma-norma dasar dalam kebebasan beragama yang dapat diperdebatkan yang selalu diasumsikan sebagai bentuk yang diapresiasi sebagai kepercayaan publik. Implementasi politik dan hukum bagi norma-norma tersebut akan dipahami atau dipandang telah memperoleh legitimasi normatif yang memiliki dasar kuat, tidak dipaksakan dan diterima berbagai kelompok.

KESIMPULAN

Implementasi hak kebebasan beragama dalam Islam masih memiliki permasalahan yang belum tuntas. Dikarenakan, masih adanya perdebatan yang mendasar seputar konsepsi hak kebebasan beragama dalam Islam dan hubungannya dengan konsepsi hak asasi manusia universal serta bentuk perlindungan negara dalam melindungi hak kebebasan beragama.

Islam, berdasarkan realitas sejarah, tampak sekali melindungi hak kebebasan beragama dan memberikan hak-hak non-muslim, seperti dalam Piagam Madinah. Periodisasi Madinah merupakan bukti yang kuat, bahwa Islam sejak lahirnya selalu berkaitan dengan aspek kenegaraan dan kemasyarakatan. Periodisasi Madinah ini juga memperhatikan hubungan pengakuan hak asasi manusia dan prinsip-prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia, hak-hak politik, kewargaan yang ditekankan pada persamaan manusia, martabat manusia, dan kebebasan manusia. Namun, dalam praktiknya di beberapa negara mayoritas muslim dewasa ini, yang sering terjadi justru berbagai penyimpangan yang mengaburkan makna serta semangat yang dikandung dalam Piagam Madinah itu sendiri.

Perlunya doktrin pemisahan agama dan negara yang bertujuan agar negara lebih independen dan diharapkan dapat memberikan perlindungan organ-organ dan institusi-institusi negara terhadap penyalahgunaan kekuasaan atas nama agama. Hak kebebasan beragama hanya bisa direalisasikan dalam kerangka kerja negara yang konstitusional dan demokratis sebagai landasan hukum dan politis yang utama dari hak kebebasan beragama pada saat ini yang didasarkan oleh semangat yang dianut hak asasi manusia universal. Setiap negara diharapkan meratifikasi instrumen internasional hak asasi manusia dan bekerja sama menegakkan hak asasi manusia, khususnya dalam kebebasan beragama.

¹⁴⁶ Tore Lindholm (eds.), *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan*, op.cit., hlm. 285-291.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Al Khanif. *Hukum dan Kebebasan Beragama di Indonesia*. Yogyakarta: LaksBang Grafika, 2010.
- An-Na'im, Abdullahi Ahmed, *Dekonstruksi Syariah: Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia, dan Hubungan Internasional dalam Islam*. Yogyakarta: LKis, 2004.
- An-Na'im, Abdullahi Ahmed, *Islam dan Negara Sekular: Menegosiasikan Masa Depan Syariah*. Bandung: Penerbit Mizan, 2007.
- Kamali, Mohammad Hashim. *Kebebasan Berpendapat dalam Islam*, terjemahan Eva Y. Nukman dan Fathiyah Basri. Bandung: Penerbit Mizan, 1996.
- Kasim, Ifdhal (ed.). *Hak Sipil dan Politik: Esai-Esai Pilihan*. Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), 2001.
- Kasim, Ifdhal. "Konvensi Hak-hak Sipil dan Politik Sebuah Pengantar", Seri Bahan Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara X Tahun 2005. Jakarta: ELSAM, 2005.
- Kholiludin, Tedi. *Kuasa Negara atas Agama: Politik Pengakuan, Diskursus "Agama Resmi" dan Diskriminasi Hak Sipil*. Semarang: RaSAIL Media Group, 2009.
- Lindholm, Tore (eds.). *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?, Sebuah Referensi tentang Prinsip-Prinsip dan Praktek*, terjemahan Rafael Edy Bosko dan M. Rifa'I Abduh. Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2010.
- Madjid, Nurcholish. *Cita-Cita Politik Islam di Era Reformasi*. Jakarta: Yayasan Paramadina, 1999.
- Mayer, Ann Elizabeth. *Islam and Human Rights Tradition and Politics*. Colorado: Westview Press, 1999.
- Nowak, Manfred. *Pengantar pada Rezim HAM Internasional*, terjemahan oleh Sri Sulastini. Jakarta: Departemen Hukum dan HAM Indonesia, 2003
- Panggabean, Rizal. "Kesepakatan Madinah dan Sesudahnya", dalam

Elza Peldi Taher (ed.), *Merayakan Kebebasan Beragama: Bunga Rampai Menyambut 70 Tahun Djohan Effendi*. Jakarta: Yayasan Abad Demokrasi, 2011.

Pulungan, J. Suyuthi. *Prinsip-Prinsip Pemerintahan dalam Piagam Madinah Ditinjau dari Pandangan al-Qur'an*. Jakarta: Rajawali Pers, 1996.

Suaedy, Ahmad (et.al). *Islam, Konstitusi dan Hak Asasi Manusia: Problematika Hak Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan*. Jakarta: The Wahid Institute, 2009.

Sukardja, Ahmad. *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat yang Majemuk*. Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia (UI Press), 1995.

Syari'ati, Ali. *Ummah wa al-Umamah*, terj. M. Faishol Hasanuddin. Jakarta: Penerbit Yapi, 1990.

Theodorson, George A., and Achilles G. Theodorson, *A Modern Dictionary of Sociology*. New York, Hagerstown, San Francisco, London: Barnes & Noble Books, 1979.

Artikel/Makalah

Harun, Hermanto. *Perdamaian dan Perang Dalam Konsep Islam, Studi Analisis Buku 'Nizam al-Silm wa al-Harb fi al-Islam'*, Thesis Pascasarjana IAIN Sunan Ampel Surabaya, 2005.

Mahfud MD, Moh. "Kebebasan Beragama Dalam Perspektif Konstitusi". Makalah disampaikan dalam *Konferensi Tokoh Agama ICRP: Meneguhkan Kebebasan Beragama di Indonesia, Menuntut Komitmen Presiden dan Wakil Presiden Terpilih*, yang diselenggarakan oleh *Indonesian Conference on Religion and Peace (ICRP)* pada Senin, 5 Oktober 2009 di Ruang Vanda II Wisma Serbaguna, Jakarta.

Marzuki. "Kerukunan antarumat Beragama dalam Wacana Masyarakat Madani: Analisis Isi Piagam Madinah dan Relevansinya bagi Indonesia". Makalah yang tidak diterbitkan (t.t.)

Putri, Agung, "Implementasi Konvensi Hak Sipil Politik dalam Hukum Nasional", makalah yang disampaikan dalam Seminar Sehari "Perlindungan HAM Melalui Hukum Pidana" di Hotel Nikko Jakarta, 5 Desember 2007.

Sulistiyono, Adi. "Kebebasan Beragama Dalam Bingkai Hukum". Makalah disampaikan dalam rangka Seminar Hukum Islam "Kebebasan Berpendapat vs Keyakinan Beragama ditinjau dari Sudut Pandang Sosial, Agama, dan Hukum". Penyelenggara FOSMI Fakultas Hukum UNS, tanggal 8 Mei 2008.

Wahid, Marzuki dan Abd Moqsith Ghazali. "Relasi Agama Dan Negara: Perspektif Pemikiran Nahdlatul Ulama". Makalah disampaikan dalam Annual Conference on Islamic Studies (ACIS) Ke - 10 Banjarmasin, tanggal 1 - 4 November 2010.

Surat Kabar

Sihbudi, Riza, "Islam, Radikalisme dan Demokrasi". *Republika*, 23 September, 2004, hal. 5.

Peraturan Dasar dan Peraturan Perundang-undangan

Deklarasi Kairo Tahun 1990

Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa Komentar Umum No. 22, Pasal 9, Tahun 1993.

_____. Komentar Umum No. 3 Pasal 13 Tahun 1991 dan No. 29 Pasal 3 Tahun 2004.

Mukadimah Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia.

Internet

Republika.co.id, "Negara OKI Harus Ratifikasi Aturan HAM", Jumat, 24 Pebruari 2012 19:12 WIB, diakses Selasa, 4 Jumadil Awwal 1433 / 27 Maret 2012 | 20:27.

A. Aziz Muhammad
Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta
Jalan K.H. Ahmad Dahlan, Cirendeui Jakarta Selatan

KONVENSI INTERNASIONAL TENTANG HAK CIPTA DAN PENGATURAN HAK CIPTA DI INDONESIA

ABSTRACT

Indonesia and the nations at any angle on this earth, now it is connected and co-opted into a single pattern of life. Consequently the territorial boundaries of the national state is almost no longer a barrier for the growth of various human activities, both with regard to commercial and non commercial. The tendency to live together is a natural human instinct. Needs legal protection of copyright to exist in the middle of the era of globalization is inevitable but not easy without the clear legal and binding transnational recall Copyright vulnerable to violations of transnational, to address these problems Indonesia ratified the TRIP 's and as a consequence of Indonesia must harmonize regulations concerning copyright to the provisions of TRIP 's.

KEYWORD

*HARMONIZATION,
RATIFICATION, THE
CONVENTION ON
INTERNATIONAL,
COPYRIGHT*

ABSTRAK

Indonesia dan bangsa-bangsa di sudut manapun di muka bumi ini, sekarang sudah terhubung dan terkooptasi ke dalam satu pola kehidupan. Akibatnya batas-batas territorial Negara nasional hampir tidak lagi menjadi penghalang bagi berkembangnya ragam aktivitas manusia, baik berkenaan dengan perniagaan maupun yang non perniagaan. Kecenderungan untuk hidup bersatu adalah kodrat naluri manusia. Kebutuhan perlindungan hukum atas Hak Cipta untuk tetap eksis di tengah era globalisasi tidak dapat dielakkan namun tidaklah mudah tanpa perangkat hukum yang jelas dan mengikat secara transnasional mengingat Hak Cipta rentan akan pelanggaran-pelanggaran transnasional, untuk menjawab permasalahan tersebut Indonesia meratifikasi TRIP's dan sebagai konsekuensinya Indonesia wajib mengharmonisasikan peraturan tentang Hak cipta dengan ketentuan TRIP's.

KATA KUNCI

*HARMONISASI,
RATIFIKASI,
KONVENSI
INTERNASIONAL, HAK
CIPTA*

PENDAHULUAN

Masuknya Indonesia dalam proses globalisasi ditandai oleh serangkaian kebijakan yang diarahkan untuk membuka ekonomi domestik dalam rangka memperluas serta memperdalam integrasi dengan pasar internasional. **Prof. A.F.K. Organski** menyatakan bahwa negara-negara yang sekarang ini disebut Negara modern menempuh pembangunannya melalui tiga tahap pembangunan, yaitu: **Unifikasi** (*unification*), **Industrialisasi** (*industrialisation*) dan **Negara Kesejahteraan** (*social welfare*).

Pada tingkat Pertama, yang menjadi masalah berat adalah bagaimana mencapai integrasi politik untuk menciptakan persatuan dan kesatuan nasional. Pada tingkat Kedua, perjuangan untuk pembangunan ekonomi dan modernisasi politik. Akhirnya pada tingkat Ketiga, yang merupakan tugas Negara yang terutama, yakni melindungi rakyat dari sisi negatif industrialisasi, membetulkan kesalahan pada tahap sebelumnya dengan menekankan pembangunan pada kesejahteraan masyarakat. Tingkat-tingkat tersebut dilalui secara berurutan (*consecutive*) dan memakan waktu relatif lama. Sementara itu, persatuan nasional adalah syarat untuk memasuki tahap industrialisasi, dan industrialisasi merupakan jalan untuk mencapai Negara kesejahteraan.¹⁴⁷

Indonesia dan bangsa-bangsa di sudut manapun di muka bumi ini, sekarang sudah terhubung dan terkooptasi ke dalam satu pola kehidupan. Akibatnya batas-batas teritorial Negara hampir tidak lagi menjadi penghalang ragam aktivitas manusia, baik berkenaan dengan perniagaan maupun yang non perniagaan.

Dalam perniagaan global tersebut, beragam komoditas membutuhkan perlindungan hukum untuk menjamin keamanannya dan keberadaannya sebagai komoditas yang bernilai baik secara moral maupun materiil, salah satu komoditas yang membutuhkan perlindungan itu adalah Hak Kekayaan Intelektual. Hak Cipta sebagai salah satu Hak Kekayaan Intelektual harus mendapat perlindungan khusus dari Negara, namun perlindungan Hak Cipta secara domestik saja tidaklah cukup dan kurang membawa arti guna menumbuhkan kreatifitas para pencipta. Kreatifitas dan aktifitas para pencipta dalam rangka memacu pertumbuhan untuk mendorong karya cipta tentu sangat berarti jika perlindungan itu dijamin di setiap saat dan tempat.

Oleh karena itu, Perlindungan Hak Cipta secara internasional adalah suatu keharusan. Untuk perlindungan Hak Cipta secara internasional saat ini ada beberapa konvensi internasional, antara lain Persetujuan TRIP's, *Berne Covention*, *Universal Copyrights*

¹⁴⁷. **Erman Rajagukguk**, *Peranan Hukum dalam Pembangunan pada Era Globalisasi: Implikasinya bagi Pendidikan Hukum di Indonesia*. Pidato Pengukuhan Guru Besar diucapkan pada upacara penerimaan Guru Besar bidang Hukum di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta 4 Januari 1997.

*Convention. Rome Convention.*¹⁴⁸ Ada juga perjanjian yang bersifat bilateral seperti perjanjian Indonesia dengan Amerika untuk perlindungan karya cipta.

Sebagaimana diketahui bersama bahwa dampak ke dalam (*internal effect*) suatu perjanjian internasional sangat erat hubungannya dengan sistem hukum nasional suatu Negara peserta. Perjanjian internasional tertentu tidak menghendaki adanya ketentuan pelaksanaan, sebaliknya ada perjanjian yang menghendaki ketentuan pelaksanaan dalam hukum nasionalnya. Dalam hukum internasional dikenal dua teori yang menjelaskan perlu tidaknya ketentuan pelaksanaan nasional dalam rangka penerapan perjanjian internasional. Kedua teori dimaksud adalah teori *adoption* dan *incorporation*.¹⁴⁹

Sebagai bagian dari masyarakat Internasional yang bersaing di pasar global, Indonesia dituntut untuk meratifikasi dan mengharmonisasi Konvensi Internasional mengenai Perlindungan Hak Cipta. Tulisan ini secara umum mencoba menjawab dua pertanyaan mengenai bagaimanakah Pengaturan Konvensi Internasional Tentang Hak Cipta dan bagaimanakah pengaturan Hak Cipta di Indonesia.

PENGATURAN KONVENSI INTERNASIONAL TENTANG HAK CIPTA

Konvensi internasional adalah perjanjian internasional. Istilah yang sering digunakan untuk perjanjian menurut Mochtar Kusumaatmadja adalah *treaty* (traktat), *pact* (fakta), *convention* (konvensi), *charter*, *declaration*, *protocol*, *arrangement*, *accord*, *modus vivendi*, *covenant*, dan lain sebagainya.¹⁵⁰

Mengenai perbedaan istilah-istilah tersebut, Mochtar menguraikan bahwa: "secara yuridis semua istilah ini tidak mempunyai arti tertentu, dengan perkataan lain semuanya merupakan perjanjian internasional yang diadakan antara anggota masyarakat bangsa-bangsa dan bertujuan untuk menimbulkan akibat hukum tertentu".¹⁵¹

Mochtar memberikan definisi bahwa "Perjanjian Internasional itu adalah suatu perjanjian yang diadakan antar anggota masyarakat bangsa-bangsa dan bertujuan untuk mengakibatkan akibat-akibat hukum tertentu".¹⁵²

¹⁴⁸ Persetujuan TRIP's dan Bern Covention merupakan dua perjanjian yang paling dan sangat mempengaruhi perlindungan atas kreativitas manusia (HAKI). Oleh karena itu, dalam bab ini penulis hanya menguraikan secara ringkas dua perjanjian tersebut.

¹⁴⁹ **Syahmin AK**, *Hukum Kontrak Internasional*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006), hlm. 186.

¹⁵⁰ **Mochtar Kusumaatmadja**, *Pengantar Hukum Internasional* (Jakarta; Binacipta, 1978), hlm. 111.

¹⁵¹ **Syahmin A. K.**, *Hukum Perjanjian Internasional*, menurut konvensi Wina (Bandung ; Armico, 1985), hlm. 3.

¹⁵² **Mochtar Kusumaatmadja**, *Loc. Cit.*, hlm. 109.

Oleh **Budi Harsono** hal di atas ditegaskan, bahwa "Dalam perjanjian internasional yang penting adalah kehendak negara untuk diikat pada perjanjian itu.¹⁵³ Suatu hal yang penting adalah bahwa suatu perjanjian internasional tidak menimbulkan hak dan kewajiban bagi pihak ketiga tanpa persetujuan pihak ketiga tersebut (Pasal 30 Konvensi Wina). Persetujuan itu harus diberikan secara tertulis serta hak dan kewajiban pihak ketiga tersebut harus dinyatakan dengan tegas dalam perjanjian itu.¹⁵⁴ Setelah memenuhi syarat yang demikian, barulah ia sempurna dan sah mengikat pihak ketiga tersebut. Untuk keadaan seperti ini dalam teori mengenai perjanjian internasional disebutkan sebagai "*treaty contract*", yaitu menimbulkan hukum bagi para peserta, sedangkan yang berikutnya adalah "*law making treaty*" yaitu secara langsung menimbulkan kaedah-kaedah bagi semua masyarakat internasional dan tidak hanya bagi pihak-pihak peserta.¹⁵⁵

Sebenarnya perbedaan yang mendasar antara keduanya tidak ada, karena meskipun dalam membedakannya beralasan, jika ditinjau secara yuridis menurut bentuknya setiap perjanjian internasional baik *law making treaty* maupun *treaty contract*, suatu perjanjian atau persetujuan antara pihak-pihak yang mengadakan dan mengakibatkan timbulnya hak-hak dan kewajiban bagi para peserta.¹⁵⁶ Oleh Mochtar disebutkan tahapan-tahapan tertentu yang harus dilakukan dalam pembuatan perjanjian internasional, yaitu :

1. Perundingan (*negotiation*);
2. Penandatanganan (*signature*);
3. Pengesahan (*ratification*).¹⁵⁷

Konvensi Wina 1969, menurut rangkaian pasal-pasalnya telah memuat rangkaian tentang tahapan yang harus dilalui untuk membuat perjanjian internasional. Pola tahapan itu menurut **Mieke Komar**, sebagaimana dikutip oleh Syahmin A. K., adalah sebagai berikut:

- a. Harus dilakukan oleh wakil yang berkuasa penuh untuk dapat berunding menerima dan mengesahkan suatu perjanjian atas nama negara yang diwakilinya dan dalam hal apakah diperlukan *full powers* tersebut;
- b. Harus melalui tahapan perundingan dan perlu ditentukan tentang cara penerimaan dan pengesahan naskah perjanjian;
- c. Harus dinyatakan secara tegas tentang cara suatu negara dapat dinyatakan persetujuan (*consent*)-nya untuk mengikat diri pada

¹⁵³ **Edy Suryono**, *Praktek Ratifikasi Perjanjian Internasional di Indonesia* (Bandung; Remadja Karya, 1984) hlm. 5.

¹⁵⁴ **Syahmin A. K.**, *op.cit.*, hlm. 37

¹⁵⁵ **Mochtar Kusumaatmadja.**, *op.cit* hlm. 115.

¹⁵⁶ **Syahmin A. K.**, *loc.cit.*, hlm. 22.

¹⁵⁷ **Mochtar Kusumaatmadja**, *op.cit.*, hlm. 116

suatu perjanjian, yakni dengan penandatanganan (*signature*), pertukaran *instrument* ratifikasi, pernyataan ikut serta (*accession*);

- d. Harus ditentukan perihal waktu antara penandatanganan dan mulai berlakunya perjanjian.¹⁵⁸

Prosedur ratifikasi tergantung pada konstitusi masing-masing negara. Untuk Indonesia, hal ini diatur dalam Pasal 11 UUD 1945 yang berbunyi, "Presiden dengan persetujuan DPR menyatakan perang dan membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain" Selain dasar hukum nasional, ada lagi dasar hukum internasional mengenai prosedur ratifikasi ini, yaitu diatur dalam Vienna Convention on the Law of Treaties dan Pasal 43 sub 3 Piagam PBB.

Vienna Convention Pasal 11-nya menyatakan ;

"The consent of a state to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession or by any other means it so agreed"

Selanjutnya Pasal 43 Sub 3 Piagam PBB:

"The agreement or agreements shall be negotiated as soon as possible on the initiative of the security council. They shall be concluded between the security council and groups of members and shall be subject to ratification by the signature state in accordance with their respective constitution processes"

Selain itu, dasar hukum internasional dalam hal ratifikasi selain terdapat dalam konvensi juga dijumpai dalam perjanjian-perjanjian yang bersifat bilateral.¹⁵⁹ Ratifikasi ini penting artinya bagi perjanjian internasional. Menurut hukum internasional, bahwa perjanjian internasional harus disahkan oleh tiap-tiap negara yang turut serta dalam perjanjian tersebut, agar ia mengikat.

Menurut **Ali Sastroamidjojo**, bahwa perjanjian internasional itu sudah dianggap sah jika persetujuan timbal balik (*mutual consent*) oleh semua pihak yang membuat perjanjian itu telah dinyatakan secara konkrit.¹⁶⁰ Persetujuan timbal balik itu ada apabila masing-masing pihak dalam perjanjian itu telah meratifikasi.

Konvensi Wina 1969 merumuskan ratifikasi sebagai berikut :

"Ratification mean in each case the international act so named where by a state establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty".

Ratifikasi dalam artian ini adalah merupakan suatu tindakan negara yang dipertegas oleh pemberian persetujuan untuk diikat

¹⁵⁸ Syahmin A. K., *op.cit.*, hlm. 23.

¹⁵⁹ Edy Suryono, *op.cit.*, hlm. 36

¹⁶⁰ Ali Sastroamidjojo, *Pengantar Hukum Internasional*, (Jakarta : Bharata, 1971), hlm. 153 dalam Syahmin A.K., *op.cit.*, hlm. 105

dalam suatu perjanjian.¹⁶¹ Ratifikasi itu berarti memberikan kekuatan mengikat agar dengan demikian perjanjian tersebut berlaku bagi negara-negara penandatanganan yang sah. Vienna Convention 1969 menyatakan bahwa, "*Consent to be bound a treaty expressed by ratification, acceptance or approval*".

Apabila persetujuan telah tercapai timbullah hak-hak dan kewajiban-kewajiban bagi para negara peserta yang telah mengikatkan dirinya. Hak yang ada pada kita menimbulkan pula kewajiban kepada orang lain untuk menghormatinya, demikian pula sebaliknya. Dengan demikian tujuan diadakan perjanjian internasional adalah untuk melindungi atau memberikan kepastian hak atas suatu hak yang ditimbulkan dari suatu perjanjian tersebut kepada setiap peserta negara anggota. Kesimpulan tersebut jika dikaitkan dengan konvensi internasional tentang Hak Cipta, bertujuan untuk melindungi Hak Cipta serta internasional (dalam hal ini adalah setiap negara peserta). Pertanyaan yang mungkin timbul dalam hal ini adalah apakah dengan diratifikasinya konvensi Hak Cipta internasional itu berarti telah melindungi hak individu dari setiap negara peserta ? Pertanyaan yang selaras dengan itu adalah siapakah sebenarnya subyek hukum internasional?.

Menurut Mochtar, secara teoritis dapat dikemukakan bahwa subyek hukum internasional sebenarnya hanyalah negara-negara dan dimana perjanjian internasional seperti misalnya Konvensi Palang Merah tahun 1941 memberikan hak-hak dan kewajiban tertentu, maka hak-hak dan kewajiban-kewajiban itu diberikan konvensi secara tidak langsung kepada orang perorangan (individu) melalui negara (nya) yang menjadi negara peserta konvensi itu.¹⁶² Selanjutnya menurut beliau melalui konstruksi demikian, maka banyak keadaan atau peristiwa dimana individu menjadi subyek hukum internasional berdasarkan suatu konvensi dapat dikembalikan pada negara (nya) yang menjadi peserta konvensi yang bersangkutan.¹⁶³ Maka sejalan dengan pemikiran di atas, pendirian yang mengatakan bahwa perjanjian internasional hanya berlaku dalam wilayah suatu negara yang menjadi peserta setelah diundangkannya undang-undang pelaksanaan yang lazim di negara yang terikat dalam konvensi ini, akan menikmati perlindungan yang sama seperti diperoleh mereka dalam negaranya sendiri.¹⁶⁴ Pada akhirnya, individulah yang menjadi tujuan perlindungan diadakannya konvensi internasional tentang Hak Cipta.

¹⁶¹ *Ibid*, hlm. 105

¹⁶² **Mochtar Kusumaatmadja**, *op.cit*, hlm. 89

¹⁶³ *Ibid*, hlm. 90

¹⁶⁴ **BPHN**, *Seminar Hak Cipta*, (Jakarta : Bina Cipta, 1976), hlm. 275

PERSETUJUAN TRIPS

Persetujuan TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), Aspek-aspek Perdagangan yang Bertalian dengan Hak Atas Kekayaan Intelektual (HAKI), merupakan salah satu issue dari 15 issue dalam persetujuan GATT (Putaran Uruguay) yang mengatur HAKI secara global. Dengan disetujuinya Undang-Undang akhir Putaran Uruguay (GATT) pada tanggal 15 Desember 1993 lalu dan diratifikasi bulan April di Maroko oleh 117 negara, maka berlaku pulalah persetujuan TRIP's bagi para anggotanya, termasuk Indonesia.

Di dalam persetujuan ini terdapat beberapa aturan baru di bidang HAKI dengan standar pengaturan dan perlindungan yang lebih memadai dibandingkan dengan pengaturan perundang-undangan nasional (UUHC 1982 dan 1987, Undang-Undang Paten 1989 dan Undang-Undang Merek 1992) dengan disertai pula sanksi keras berupa pembalasan (*cross retaliation*) di bidang ekonomi yang ditujukan kepada suatu negara (anggota) yang tidak memenuhi ketentuannya.

Hadirnya Persetujuan TRIP's ini, yang secara tidak langsung juga mengharuskan para anggotanya untuk menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan berbagai konvensi internasional di bidang HAKI mau tidak mau akan memaksa Indonesia untuk melakukan penyesuaian-penyesuaian terhadap peraturan perundang-undangan (sebagai realisasinya khusus di bidang Hak Cipta Indonesia telah melakukan penyempurnaan dengan hadirnya UUHC 1997 yang merupakan penyempurnaan dari undang-undang sebelumnya). Penyesuaian-penyesuaian tersebut tidak hanya menyangkut penyempurnaan, tetapi juga pembuatan produk hukum baru di bidang HAKI, dengan disertai persiapan infrastruktur pendukung lainnya.¹⁶⁵ Terbentuknya Persetujuan TRIP's ini dalam putaran Uruguay (GATT) pada dasarnya merupakan dampak dari kondisi perdagangan dan ekonomi internasional yang dirasa semakin global, dimana perkembangan teknologi sebagai pendukungnya tidak lagi mengenal batas-batas negara.

Persetujuan ini terbentuk pada mulanya atas antisipasi Amerika (juga beberapa negara Eropa) yang menilai bahwa WIPO (*World Intellectual Property Organization*) yang bernaung di bawah PBB, tidak mampu melindungi HAKI mereka di pasar internasional, dan berpendapat bahwa ketidakmampuan ini mengakibatkan neraca perdagangan mereka menjadi negatif. Argumentasi mereka mengenai kelemahan-kelemahan WIPO ini antara lain :

¹⁶⁵ Batas waktu penyesuaian hanya ditentukan lima tahun (masa peralihan) terhitung mulai berlakunya persetujuan secara efektif yaitu pada tanggal 1 Januari 1995

1. WIPO hanya merupakan suatu organisasi dimana anggotanya terbatas (tidak banyak), sehingga ketentuan-ketentuannya tidak dapat diberlakukan terhadap non anggota;
2. WIPO tidak memiliki mekanisme untuk menyelesaikan dan menghukum setiap pelanggaran di bidang HAKI;
3. Disamping itu, WIPO dianggap juga tidak mampu mengadaptasi perubahan struktur perdagangan internasional dan perubahan tingkat inovasi teknologi.¹⁶⁶

Atas dasar di atas, maka sejak tahun 1982 Amerika berusaha memasukkan permasalahan HAKI ini ke forum perdagangan GATT (*General Agreement on Tariff and Trade*). Dengan masuknya masalah HAKI ini (juga beberapa masalah lainnya). GATT yang semula hanya mengatur 12 permasalahan, kini telah ada 15 permasalahan, tiga diantaranya merupakan kelompok *news issue*, yaitu: TRIP's (masalah HAKI), TRIP's (masalah investasi), dan *Trade in Service* (masalah perdagangan yang berkaitan dengan sektor jasa). Sebagaimana halnya perjanjian multilateral lainnya, TRIP's memiliki ketentuan dan prinsip-prinsip dasar bagi para anggotanya yang tertuang dalam Bab I (Pasal 1-8). Ketentuan dan prinsip-prinsip dasar tersebut, antara lain yang terpenting adalah :

1. Ketentuan *Free in Determine*

Adalah ketentuan yang memberikan kebebasan kepada para anggotanya untuk menentukan cara-cara yang dianggap sesuai untuk menerapkan ketentuan-ketentuan dalam TRIP's ke dalam sistem dan praktek hukum mereka. Mereka dapat menerapkan sistem perlindungan yang lebih luas dari yang diwajibkan oleh TRIP's, sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam persetujuan tersebut (Pasal 1 TRIP's).

2. Ketentuan *Intellectual Property Convention*

Berkenaan dengan ketentuan yang mengharuskan para anggotanya menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan berbagai konvensi internasional di bidang HAKI, khususnya Konvensi Paris, Konvensi Bern, Konvensi Roma dan *Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuit* (Pasal 2 ayat (2)). Ketentuan ini berkaitan erat dengan ketentuan yang terdapat dalam butir 1 di atas, di mana pengaturan selanjutnya yang telah disebutkan, disesuaikan dengan konvensi-konvensi internasional yang telah ada diakui.

¹⁶⁶ H. OK. Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual*, (Jakarta : RajaGrafindo Persada, 2003), hlm. 206-207

3. **Ketentuan *Nasional Treatment***

Merupakan sisi dan ketentuan yang mengharuskan para anggotanya memberikan perlindungan HAKI yang sama antara negaranya sendiri dengan warga negara anggota lainnya (Pasal 3 ayat 1).

Prinsip perlakuan sama ini tidak hanya berlaku untuk warga negara perseorangan, tetapi juga untuk badan-badan hukum. Ketentuan ini merupakan kelanjutan dari apa yang tercantum dalam Pasal 2 Konvensi Paris mengenai hal yang sama.

4. **Ketentuan *Most Favoured Nation Treatment***

Sesungguhnya merupakan ketentuan yang mengharuskan para anggotanya memberikan perlindungan HAKI yang sama terhadap seluruh anggotanya (Pasal 4).

Ketentuan ini bertujuan untuk menghindarkan terjadinya perlakuan istimewa yang berbeda (*diskriminasi*) suatu negara terhadap negara lain dalam memberikan perlindungan HAKI.

5. **Ketentuan *Exhaustion***

Merupakan suatu ketentuan yang mengharuskan para anggotanya, dalam menyelesaikan sengketa, untuk tidak menggunakan suatu ketentuan apapun di dalam persetujuan TRIP's sebagai alasan tidak optimalnya pengaturan HAKI di dalam negeri mereka.

Ketentuan ini berkaitan dengan masalah sengketa yang mungkin timbul di antara para anggotanya. Dalam hal menyangkut masalah prosedur penyelesaian sengketa, maka hal tersebut akan diselesaikan melalui mekanisme penyelesaian sengketa yang berada di bawah *Multilateral Trade Organization* (MTO), organisasi yang persetujuan pembentukannya disepakati dalam paket persetujuan GATT dengan tugas sebagai pengelola TRIP's sedangkan untuk mengawasi pelaksanaan Persetujuan TRIP's dibentuk dewan yang secara struktural merupakan bagian dari MTO.¹⁶⁷

Dengan meratifikasi TRIP's maka peraturan perundang-undangan Indonesia yang mengatur masalah HAKI harus sudah sejalan dengan standar peraturan HAKI yang dikehendaki TRIP's. Apa yang termasuk dalam ruang lingkup HAKI dalam persetujuan TRIP's ini ternyata lebih luas pengaturannya dibanding dengan peraturan perundang-undangan nasional maupun konvensi-konvensi internasional sebelumnya. Secara keseluruhan obyek yang diatur antara lain : Hak Cipta, Merek Dagang, Paten, Desain Produk Industri, Indikasi Geografis (*Geographical Indication*), *Lay out Design* dari *Integreted Circuit* (*Design Lay Out of Integrated Circuit*

¹⁶⁷ H. OK. Saidin, *op.cit.*, hlm. 209.

Topograph Right), Rahasia Dagang (*Indisclosed Information* atau *Trade Secret*).

Dalam hal ini penulis akan menguraikan beberapa catatan penting mengenai pengaturan HAKI, khusus dalam bidang Hak Cipta saja. Pengaturan mengenai Hak Cipta di dalam persetujuan ini pada dasarnya berpedoman kepada dua konvensi internasional yaitu: *Convention for Protection of Literary Works and Artistik Works* dan konvensi Roma 1961 tentang Perlindungan Pelaku Pertunjukan, Perekam dan Badan Penyiaran (*Convention for Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting*). Secara singkat, ada beberapa hal penting di dalam Persetujuan TRIP's ini yang menyangkut bidang Hak Cipta, yaitu:

1. Di dalam persetujuan ini perlindungan Hak Cipta atas program komputer lamanya harus tidak kurang dari lima puluh tahun (Pasal 12 TRIP's), sementara dalam UUHC juga telah disesuaikan menjadi lima puluh tahun (Pasal 27 ayat (1) UUHC 1997);
2. Di dalam persetujuan ini dikenal Hak Penyewa (*Rental Right*) bagi pemegang Hak Cipta karya film (video) dan program komputer (Pasal 11 TRIP's), yaitu hak yang diberikan kepada pencipta atas kegiatan penyewa yang bersifat komersial. Pengaturan mengenai hal ini, sudah ada dalam UUHC;
3. Dalam persetujuan ini terdapat pengaturan yang tegas terhadap pelaku pertunjukan, prosedur rekaman musik dan badan penyiaran, hal mana dalam UUHC yang baru sudah diatur secara tegas (UUHC 2002).

Masih dalam konteks pembicaraan Hak Cipta yang terdapat dalam Persetujuan TRIP's, yakni dalam Pasal 9 dan 10 bahwa perlindungan Hak Cipta meliputi pengekspresian tetapi tidak meliputi gagasan, prosedur, metode kerja atau konsep matematika. Program komputer baik dalam bentuk lain yang karena alasan pemilih atau pengaturan atas isi data itu merupakan ciptaan intelektual. Perlindungan itu tidak meliputi data atau materinya.

KONVENSI BERNE

Konvensi Berne yang mengatur tentang perlindungan karya-karya literer (karya tulis) dan artistik, ditandatangani di Berne pada Tanggal 9 September 1886, dan telah berulang kali mengalami revisi serta penyempurnaan-penyempurnaan.

Revisi pertama dilakukan di Paris pada Tanggal 4 Mei 1896, revisi berikutnya di Berlin pada Tanggal 13 November 1908. Kemudian disempurnakan lagi di Berne pada Tanggal 24 Maret 1914. Selanjutnya berturut-turut direvisi di Roma Tanggal 2 Juli 1928 dan di Brussels pada Tanggal 26 Juni 1948, di Stocholm pada Tanggal 14 Juli 1967 dan terakhir sekali di Paris pada Tanggal 24 Juli 1971.

sampai pada Tahun 1971 keanggotaan Konvensi Berne berjumlah 45 Negara.¹⁶⁸

Rumusan pengertian Hak Cipta menurut Konvensi Berne sama seperti apa yang dirumuskan oleh *Auteurswet* 1912. Menurut Pasal 2 Konvensi Berne, obyek perlindungan Hak Cipta dalam konvensi ini adalah karya-karya sastra dan seni yang meliputi segala hasil bidang sastra, ilmiah dan kesenian dalam cara atau bentuk pengutaraan apapun. Dari Pasal 3 dapat pula disimpulkan satu pengertian bahwa di samping karya-karya asli (dari si pencipta pertama) dilindungi juga karya-karya yang termasuk, terjemahan, saduran-saduran, aransemen musik dan produksi-produksi lain yang terbentuk saduran dari suatu karya sastra atau seni, termasuk karya fotografis. Salah satu hal yang penting dalam Konvensi Berne adalah mengenai perlindungan yang diberikannya terhadap para pencipta atau pemegang hak.

Pasal 5 (setelah direvisi di Paris tahun 1971) adalah merupakan pasal yang terpenting. Menurut pasal ini para pencipta akan menikmati perlindungan yang sama seperti diperoleh mereka dalam negara sendiri atau perlindungan yang diberikan oleh konvensi ini.

Sudargo Gautama menyatakan, bahwa Perlindungan menurut pasal ini adalah perlindungan dari orang-orang asing untuk karya mereka dalam negara-negara lain daripada negara dimana mereka melakukan penerbitan pertama karya mereka itu (negara asal). Si pencipta diberikan perlindungan dengan tidak menghiraukan apakah ada atau tidak ada perlindungan yang diberikan oleh negara asalnya. Perlindungan yang diberikan adalah bahwa si pencipta yang tergabung dalam negara-negara yang terikat dalam konvensi ini memperoleh hak dalam luasnya dan bekerjanya disamakan dengan apa yang diberikan oleh pembuat undang-undang dari negara peserta sendiri jika dipergunakan secara langsung perundang-undangannya terhadap warga negaranya sendiri.¹⁶⁹

Sebagaimana telah dikemukakan bahwa Konvensi Berne ini telah mengalami revisi dan penyempurnaan. Penyempurnaan yang penting artinya adalah dengan dimuatnya protokol (merupakan tambahan atau suplemen dari suatu perjanjian utama) yang memperhatikan kepentingan-kepentingan negara berkembang dan ini diterima pada revisi di Stockholm Tanggal 14 Juli 1967.

Kemudian protokol ini telah diberi tempat dalam *appendix* (tambahan/lampiran) tersendiri dalam konvensi ini. Hal ini ditegaskan oleh Pasal 21 dari teks Konvensi Berne yang terjemahannya berbunyi, "Ketentuan-ketentuan khusus yang berkenaan dengan negara berkembang dimasukkan dalam *appendix* tersendiri, *appendix* ini merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari konvensi ini". Oleh

¹⁶⁸ BPHN, *op.cit.*, hlm. 320.

¹⁶⁹ BPHN, *op.cit.*, hlm. 275

karena itu, dengan adanya protokol Stockholm negara-negara berkembang mendapatkan pengecualian yang berkenaan dengan perlindungan yang diberikan oleh Konvensi Berne.

Pengecualian atau reserve ini hanya berlaku terhadap negara-negara yang melakukan ratifikasi dari protokol yang bersangkutan. Negara yang hendak melakukan pengecualian yang semacam itu dapat melakukan itu demi kepentingan ekonomi, sosial atau kulturalnya.¹⁷⁰ Pengecualian itu dapat dilakukan mengenai hal yang berkenaan dengan hak melakukan penerjemahan, jangka waktu perlindungan tentang hak untuk mengutip atau artikel-artikel dari berita-berita pers, hak untuk melakukan siaran radio dan perlindungan daripada karya-karya sastra dan seni semata-mata untuk tujuan pendidikan, ilmiah atau sekolah.

Pasal II *Protocol Stockholm* mencantumkan kemungkinan untuk memperoleh lisensi (izin) secara paksa untuk menerjemahkan karya-karya luar negeri. Disamping itu juga memuat ketentuan mengenai pembatasan jangka waktu perlindungan Hak Cipta. Ketentuan yang diterima 50 tahun dalam Konvensi Berne (Pasal 7), untuk negara berkembang dengan protokol Stockholm dikurangi menjadi 25 tahun setelah meninggalnya si pencipta.

HARMONISASI DAN RATIFIKASI PENGATURAN HAK CIPTA DI INDONESIA

Ide dasar sistem Hak Cipta adalah untuk melindungi wujud hasil karya manusia yang lahir karena kemampuan intelektualnya. Perlindungan hukum ini hanya berlaku kepada ciptaan yang telah mewujudkan secara khas sehingga dapat dilihat, didengar atau juga dibaca. Hak Cipta adalah hak Alam, dan menurut prinsip ini bersifat *absolut* dan dilindungi haknya selama pencipta hidup dan beberapa tahun setelahnya. Sebagai hak *absolut*, maka hak itu pada dasarnya dapat dipertahankan terhadap siapapun, yang mempunyai hak itu dapat menuntut setiap pelanggaran yang dilakukan oleh siapapun. Dengan demikian, suatu hak absolut mempunyai segi balik (segi pasif), bahwa pada setiap orang terdapat kewajiban untuk menghormati hak tersebut.

Keberadaan Hak Cipta sebagai bagian dari Hak Atas Kekayaan Intelektual (HAKI) kaitannya dengan perkembangan global adalah penting. Di bidang ekonomi khususnya dalam perdagangan dunia yang kini telah memasuki era pasar bebas, peran dan fungsi Hak Cipta sangat erat kaitannya dengan betapa pentingnya hak tersebut bagi suksesnya pemasaran suatu produk barang atau jasa.

Pada bagian ini, penulis akan menguraikan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1982 yang diperbaharui dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1987, kemudian disempurnakan dengan Undang-

¹⁷⁰ *Ibid*, hlm. 275

Undang Nomor 12 Tahun 1997 dan terakhir disempurnakan dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002.

LINGKUP HAK CIPTA

Pada dasarnya Hak Cipta adalah hak untuk mengkopii. Selanjutnya, dapatlah dikatakan bahwa terjemahannya ke dalam bahasa Indonesia (sebagai Hak Cipta, hak untuk mencipta atau hak yang berhubungan dengan penciptaan) adalah sedikit menyesatkan, dan hak mengkopii mungkin lebih tepat. Hak untuk mengkopii ini memberikan hak-hak kepada Pencipta untuk mengontrol dan menggunakan ciptaannya, yang hakekatnya adalah mencegah pihak lain mengkopii karya mereka tanpa izin.¹⁷¹

Banyak definisi ataupun terminologi Hak Cipta, meskipun masing-masing negara anggota sebagai penandatanganan WIPO *Copyright Treaty* memberikan definisi yang berbeda tetapi esensinya memberikan pengertian yang sama, yaitu hak khusus bagi pencipta maupun penerima hak atas karya sastra dan karya seni.¹⁷²

WIPO (*World Intellectual Property Organization*) memberikan pengertian tentang Hak Cipta sebagai berikut :

"*Copyright is a legal form describing right given to creator for their literary and artistic works*". Hak Cipta adalah terminologi hukum yang menggambarkan hak-hak yang diberikan kepada pencipta untuk karya-karya mereka dalam bidang seni dan sastra.¹⁷³

Menurut UUHC 2002, Hak Cipta adalah hak eksklusif bagi pencipta atau penerima hak untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya atau memberikan izin untuk itu dengan tidak mengurangi pembatasan-pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku (Pasal 1 angka 1 UUHC 2002). Sebagai hak subyektif, Hak Cipta dibedakan dalam Hak ekonomi (*economic right*) dan Hak moral (*moral right*).

Hak ekonomi adalah hak khusus bagi pencipta untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya dan memberi izin untuk itu. Hak ekonomi ini dapat dialihkan kepada pihak lain.¹⁷⁴ Dalam perspektif ekonomi, apabila manfaat yang diperoleh atau dirasakan dari hasil jerih payah pencipta tadi semakin besar, maka semakin besar pula nilai karya yang dihasilkan tadi. Karenanya kegiatan memperbanyak dan atau mengumumkan ciptaan, atau memberi izin kepada pihak lain untuk ikut memperbanyak dan/atau mengumumkan ciptaan tersebut, merupakan tindakan berdasarkan pertimbangan komersial atau ekonomi. Artinya kegiatan

¹⁷¹ **Tim Lindsey et.al.**, (editor), *Hak Kekayaan Intelektual, Suatu Pengantar*, (Bandung : Alumni, 2002), hlm. 6

¹⁷² **Suyud Margono**, *Hukum dan Perlindungan Hak Cipta*, (Jakarta : Novindo Pustaka Mandiri, 2003), hlm. 27

¹⁷³ *Ibid*, hlm. 27

¹⁷⁴ **Harsono Adisumarto**, *Hak Milik Intelektual Khususnya Hak Cipta*, (Jakarta : Akademika Pressindo, 1990), hlm. 7

memperbanyak ataupun bentuk eksploitasi karya cipta lainnya juga merupakan hak dari pencipta.¹⁷⁵

Adapun hak moral adalah hak-hak yang berkenaan dengan mengadakan larangan bagi orang lain mengadakan perubahan karya ciptaannya, larangan mengadakan perubahan judulnya, larangan mengadakan perubahan nama penciptanya dan hak bagi pencipta untuk mengadakan perubahan karya ciptaannya.¹⁷⁶ Hak moral dalam Hak Cipta disebut sebagai hak yang dimiliki manusia. Pengakuan serta perlindungan terhadap hak moral selanjutnya menumbuhkan rasa aman bagi pencipta karena ia tetap merupakan bagian dari hasil karya ciptaannya. Pada gilirannya pun pengakuan dan perlindungan hak moral ini akan mampu menjadi stimulan untuk memunculkan karya-karya cipta baru.

Dalam Pasal 2 ayat (1) fungsi Hak Cipta dijelaskan, dengan hak eksklusif dari pencipta atau pemegang Hak Cipta dimaksudkan, bahwa tidak ada orang lain boleh melakukan hak itu atau orang lain kecuali dengan izin pencipta.

Sedangkan sifatnya dapat dilihat dari Pasal 3 ayat (1) dan (2), bahwa Hak Cipta dianggap sebagai benda bergerak. Hak Cipta dapat beralih atau dialihkan baik seluruhnya maupun sebagian, karena : pewarisan, hibah, wasiat, perjanjian tertulis, dan sebab-sebab lain yang dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan. Hak Cipta dianggap benda bergerak dan immateriil. Hak Cipta tidak dapat dialihkan secara lisan, harus dengan akta otentik atau akta di bawah tangan.

Hak Cipta yang dimiliki oleh pencipta, yang setelah penciptanya meninggal dunia, menjadi milik ahli warisnya atau milik penerima wasiat, dan Hak Cipta tersebut tidak dapat disita, kecuali jika hak itu diperoleh secara melawan hukum Pasal 4 ayat (1). Hal ini berhubung sifat ciptaan adalah pribadi dan manunggal dengan diri pencipta, maka hak pribadi itu tidak dapat disita dan dirinya.

Pencipta dan kepemilikan adalah pokok utama yang terpenting dalam Hukum Hak Cipta. Yang dimaksud pencipta harus mempunyai klasifikasi tertentu, agar hasil karyanya dapat dilindungi. Seorang pencipta harus mempunyai identitas dan status untuk menentukan kepemilikan hak. Pada dasarnya, seorang yang membuah karya tertentu adalah seorang pemilik Hak Cipta.¹⁷⁷

Pencipta adalah seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama yang atas inspirasinya melahirkan suatu ciptaan berdasarkan kemampuan pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan atau keahlian yang dituangkan ke dalam bentuk yang khas dan bersifat

¹⁷⁵ **Suyud Margono**, *op.cit*, hlm. 28

¹⁷⁶ **A. Komen dan D.W.F. Verkade**, *Compendium van het Auteursrecht* (Kluwer, Deventer, 1970), hlm. 7

¹⁷⁷ **Muhammad Djumhana dan R. Djubaedillah**, *Hak Milik Intelektual*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1997), hlm. 63

pribadi, Pasal 1 angka 2. Selanjutnya dapat pula diterangkan bahwa yang mencipta suatu ciptaan menjadi pemilik pertama dari Hak Cipta atas ciptaan yang bersangkutan.¹⁷⁸ Copinger merumuskan artian ini dalam kalimat sebagai berikut :¹⁷⁹ "...the "author" of a work is to be the first owner of the copyright there in".

Pemegang Hak Cipta adalah pencipta, atau pihak yang menerima hak tersebut dari pencipta atau pihak lain yang menerima lebih lanjut hak dari pihak yang menerima hak tersebut sebagaimana yang dimaksudkan oleh Pasal 1 angka (4).¹⁸⁰ Menurut **Vollmar**, setiap makhluk hidup mempunyai apa yang disebut wewenang berhak, yaitu kewenangan untuk mem-*bezit* (mempunyai) hak-hak dan setiap hak tentu ada subyek haknya sebagai pendukung hak tersebut.¹⁸¹

Pasal 49 yang menyebutkan, bahwa: Pelaku memiliki hak eksklusif untuk memberikan izin atau melarang pihak lain yang tanpa persetujuannya membuat, memperbanyak atau menyiarkan rekaman suara dan/atau gambar pertunjukannya (1) produser rekaman suara memiliki hak eksklusif untuk memberikan izin atau melarang pihak lain yang tanpa persetujuannya memperbanyak dan/atau menyewakan karya rekaman suara atau rekaman bunyi (2) ; lembaga penyiaran memiliki hak eksklusif untuk memberikan izin atau melarang pihak lain yang tanpa persetujuannya membuat, memperbanyak, dan/atau menyiarkan ulang karya siarannya melalui transmisi dengan atau tanpa kabel, atau melalui sistem elektromagnetik lain (3).

Dalam UUHC ciptaan yang dilindungi adalah ciptaan dalam bidang ilmu pengetahuan, seni, dan sastra, yang mencakup buku, program komputer, pamflet, perwajahan (*lay out*) karya tulis yang diterbitkan, dan semua hasil karya tulis lain, ceramah, kuliah, pidato dan ciptaan lain yang sejenis dengan itu, alat peraga yang dibuat untuk kepentingan pendidikan dan ilmu pengetahuan, lagu atau musik, dengan atau tanpa teks, drama atau drama musikal, tari, koreografi, pewayangan dan pantomim, seni rupa dalam segala bentuk seperti seni lukis, gambar, seni ukir, seni batik, fotografi, sinematografi, terjemahan tafsir, saduran, bunga rampai, database, dan karya lain dari hasil pengalihwujudan. Pasal 12 ayat (1).

Pembatasan yang dimaksudkan adalah hal apa saja yang dapat digolongkan sebagai pelanggaran Hak Cipta. Ketentuan Pasal 14 menyatakan, bahwa pembatasan Hak Cipta (tidak dianggap sebagai pelanggaran Hak Cipta) adalah :

¹⁷⁸ **Eddy Damian**, *Hukum Hak Cipta*, (Bandung : Alumi, 2003), hlm. 124

¹⁷⁹ *Ibid*, hlm. 124

¹⁸⁰ Pemegang Hak Cipta belum tentu ia sebagai pencipta, karena dapat dimungkinkan Pemegang Hak Cipta menerima pengalihan hak dari pencipta ataupun membeli Hak Cipta tersebut dari pencipta.

¹⁸¹ **H.F.A. Vollmar**, terjemahan I.S. Adiwimarta, *Pengantar Studi Hukum Perdata*, (Jakarta : Rajawali Press, 1983), hlm. 20

- a. Pengumuman dan/atau perbanyak lambang negara dan lagu kebangsaan menurut sifatnya yang asli;
- b. Pengumuman dan/atau perbanyak segala sesuatu yang diumumkan dan/atau diperbanyak oleh atau atas nama Pemerintah, kecuali apabila Hak Cipta itu dinyatakan dilindungi, baik dengan peraturan perundang-undangan maupun dengan pernyataan pada Ciptaan itu sendiri atau ketika Ciptaan itu diumumkan dan/atau diperbanyak, atau;
- c. Pengambilan berita aktual baik seluruhnya maupun sebagian dari kantor berita, Lembaga Penyiaran, dan surat kabar atau sumber sejenis lain, dengan ketentuan sumbernya harus disebutkan secara lengkap.

Kemudian menurut Pasal 15, pembatasan-pembatasan yang tidak dianggap sebagai pelanggaran Hak Cipta harus memenuhi syarat dengan menyebutkan sumbernya secara lengkap, yaitu :

- a. Penggunaan Ciptaan pihak lain untuk kepentingan pendidikan, penelitian, penulisan karya ilmiah, penyusunan laporan, penulisan kritik atau tinjauan suatu masalah dengan tidak merugikan kepentingan yang wajar dari Pencipta ;
- b. Pengambilan Ciptaan pihak lain, baik seluruhnya maupun sebagian, guna keperluan pembelaan di dalam atau di luar Pengadilan;
- c. Pengambilan ciptaan pihak lain, baik seluruhnya maupun sebagian, guna keperluan :
 - 1) ceramah yang semata-mata untuk tujuan pendidikan dan ilmu pengetahuan ; atau
 - 2) pertunjukan atau pementasan yang tidak dipungut bayaran dengan ketentuan tidak merugikan kepentingan yang wajar dari Pencipta.
- d. Perbanyak suatu ciptaan bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra dalam huruf *braille* guna keperluan para tunanetra, kecuali jika perbanyak itu bersifat komersial;
- e. Perbanyak suatu ciptaan selain program komputer, secara terbatas dengan cara atau alat apa pun atau proses yang serupa oleh perpustakaan umum, lembaga ilmu pengetahuan atau pendidikan, dan pusat dokumentasi yang nonkomersial semata-mata untuk keperluan aktivitasnya;
- f. Perubahan yang dilakukan berdasarkan pertimbangan pelaksanaan teknis atas karya arsitektur, seperti ciptaan bangunan;
- g. Pembuatan salinan cadangan suatu program komputer oleh pemilik program komputer yang dilakukan semata-mata untuk digunakan sendiri.

Pencipta adalah seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama yang atas inspirasinya lahir suatu ciptaan berdasarkan kemampuan pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan atau keahlian yang dituangkan dalam bentuk yang khas dan bersifat pribadi. Pasal 1 angka 1. Dari ketentuan tersebut dapat dikatakan, bahwa sejak suatu ciptaan lahir atau terwujud, maka sejak itu pulalah lahirnya hak daripada penciptanya. Apabila diambil perbandingan dengan "Oktroi" kedua hal ini tentu berbeda. Menurut peraturan hukum yang berlaku (*positif recht*) wujud dari Hak Cipta dengan *Oktroi* adalah berlainan, dimana masalah Hak Cipta (hak pengarang) oleh hukum telah diakui sejak semula. Hak *Oktroi* atau Paten merupakan "hak yang diberikan oleh pemerintah terhadap seseorang yang menemukan sesuatu".¹⁸²

Dan oleh karena itu, wujud Hak *Oktroi* baru lahir setelah terlebih dahulu ada pengakuan dari Pemerintah. Perkataan *Oktroi* berarti juga *privilege*, suatu pemberian istimewa yang seakan-akan hak yang diberikan itu bukan hak asasi, sebetulnya hak ini adalah hak asasi yang tidak berbeda dengan Hak Cipta.¹⁸³

Dalam Hukum Perdata, perolehan hak lazimnya terjadi karena pemindahan hak secara khusus atau satu persatu dari seseorang kepada orang lain, misalnya karena jual beli, pemberian (hibah), pertukaran dan sebagainya. Ini dinamakan perolehan berdasarkan suatu "*bijzondere titel*" atau titel khusus. Tetapi ada juga perolehan hak-hak secara umum, dengan tidak memakai perincian satu persatu. Hal itu terjadi pada suatu pewarisan atau perkawinan dengan percampuran kekayaan (*boedelmenging*). Seorang ahli waris mendapat seluruh atau sebagian dari semua hak si meninggal. Seorang isteri yang kawin dalam percampuran kekayaan memperoleh separuh dari semua hak-hak suaminya. Dalam hal ini sekelompok hak seseorang berpindah "*en bloc*" pada orang lain. Perolehan ini dinamakan perolehan yang berdasarkan suatu "*algemene titel*" atau titel umum.¹⁸⁴

Menurut **R.F. Whale**, dalam pengalihan Hak Cipta harus dibedakan antara "*assignment*" (penyerahan) dengan "*agreement to assign*" (perjanjian). Bentuk *assignment* menyebabkan kepemilikan Hak Cipta berpindah seluruhnya kepada pihak yang mendapat penyerahan. Sedangkan *agreement to assign* adalah bentuk perjanjian, berupa perbuatan hukum seperti jual beli dan lisensi. Dengan demikian, antara *assignment* berbeda sekali dengan lisensi. Perbedaan diantara *assignment* dengan lisensi, juga dalam hal hak-

¹⁸² **Sopnar Maru Hutagalung**, *Hak Cipta Kedudukan dan Peranannya di Dalam Pembangunan*, (Jakarta : Akademika Pressindo, 1994), hlm. 142

¹⁸³ *Ibid*, hlm. 142

¹⁸⁴ **Subekti**, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, (Jakarta : Intermasa, 1994), hlm. 74

hak yang timbul dan pelaksanaannya bila terjadi keadaan¹⁸⁵ bangkrutnya penerbit, hak penerbit untuk mengubah karya cipta, bentuk dan tanggungjawab penerbit dalam pembayaran royalti.

Berkenaan dengan pengalihan Hak Cipta, hak yang dapat dialihkan kepada pihak lain adalah hak ekonomi, sedangkan hak yang tidak dapat dialihkan adalah hak moral. Hal ini dipertegas dalam Pasal 25 UUHC, bahwa: Pencipta atau ahli warisnya berhak menuntut pemegang Hak Cipta supaya nama pencipta tetap dicantumkan dalam ciptaannya (1), suatu ciptaan tidak boleh diubah walaupun Hak Ciptanya telah diserahkan kepada pihak lain, kecuali dengan persetujuan pencipta atau dengan persetujuan ahli warisnya dalam hal pencipta telah meninggal dunia (2), ketentuan ini berlaku juga terhadap perubahan judul dan anak judul ciptaan, pencantuman dan perubahan nama atau nama samaran pencipta (3), pencipta tetap berhak mengadakan perubahan pada ciptaannya sesuai dengan kepatutan dalam masyarakat (4).

Dalam Pasal 26 UUHC dinyatakan bahwa: Hak Cipta atas suatu ciptaan tetap berada di tangan pencipta selama kepada pembeli ciptaan itu tidak diserahkan seluruh Hak Cipta dari pencipta itu (1), Hak Cipta yang dijual untuk seluruh atau sebagian tidak dapat dijual untuk kedua kalinya oleh penjual yang sama (2), dalam hal timbul sengketa antara beberapa pembeli Hak Cipta yang sama atas suatu ciptaan, perlindungan diberikan kepada pembeli yang lebih dahulu memperoleh Hak Cipta itu (3).

Jika kita lihat penjelasan Pasal 2 yang dimaksudkan dengan Hak Eksklusif dari pencipta ialah tidak ada pihak lain yang boleh memanfaatkan hak tersebut kecuali dengan izin pencipta. Perkataan "tidak ada pihak lain" mempunyai pengertian yang sama dengan hak tunggal yang menunjukkan hanya pencipta saja yang boleh mendapatkan hak semacam itu. Inilah yang disebut dengan hak yang bersifat eksklusif. Eksklusif berarti khusus, spesifikasi, unik.

Keunikannya itu, sesuai dengan sifat dan cara melahirkan hak tersebut. Tidak semua orang dapat serta merta menjadi seorang peneliti, komponis atau sastrawan. Hanya orang-orang tertentu yang diberikan "hikmah" oleh Allah swt, mempunyai kecerdasan intelektual yang tinggi yang dapat berkreasi untuk menghasilkan karya cipta. Oleh karena itu, Hak Cipta itu semula terkandung di alam pikiran, di alam ide.

Namun untuk dapat dilindungi harus ada wujud nyata dari alam ide tersebut. Untuk karya hasil penelitian, harus sudah ada bentuk rangkaian kalimat yang terjelma dalam bentuk buku (meskipun

¹⁸⁵ **Muhammad Djumhana dan R. Djubaedillah**, *Hak Milik Intelektual*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1997), hlm. 81-82

belum selesai).¹⁸⁶ Untuk karya seni misalnya harus sudah terjelma dalam bentuk lukisan, penggalan irama lagu atau musik. Demikian pula untuk karya dalam bidang sastra harus pula sudah terjelma dalam bentuk bait-bait puisi atau rangkaian kalimat berupa prosa. Demikianlah seterusnya untuk karya-karya cipta seperti sinematografi, koreografi dan lain-lain, harus sudah terjelma dalam benda berwujud. Jadi ia tidak boleh hanya tinggal di alam pikiran atau alam ide.¹⁸⁷

KESIMPULAN

Dari beberapa yang telah dikemukakan diatas, maka dapat disimpulkan hal-hal sebagai berikut:

1. Berkenaan dengan Perlindungan Hak Cipta secara internasional adalah suatu keharusan. Untuk perlindungan Hak Cipta secara internasional saat ini ada beberapa konvensi internasional, antara lain Persetujuan TRIP's, *Berne Covention*, *Universal Copyrights Convention*, *Rome Convention*. Ada juga perjanjian yang bersifat bilateral seperti perjanjian Indonesia dengan Amerika untuk perlindungan karya cipta.
2. Hak Cipta adalah hak alam, dan menurut prinsip ini bersifat *absolut* dan dilindungi haknya selama pencipta hidup dan beberapa tahun setelahnya. Sebagai hak absolut, maka hak itu pada dasarnya dapat dipertahankan terhadap siapapun, yang mempunyai hak itu dapat menuntut setiap pelanggaran yang dilakukan oleh siapapun.

Hal lain sebagai perbandingan, jika dilihat dari sisi lain yaitu perjanjian internasional; bahwa perjanjian internasional mempunyai dampak hukum (*legal effect*) dalam suasana nasional. Perjanjian internasional tetap mempertahankan sifat internasionalnya (keasliannya), namun diterapkan dalam susana hukum nasional. Sebagai dasar teori ini adalah aliran monisme, yang mengajarkan bahwa hukum nasional dan hukum internasional merupakan satu kesatuan dari suatu sistem hukum pada umumnya. Sementara itu menurut teori incorporation, perjanjian internasional itu terlebih dahulu harus di-inkorporasi-kan ke dalam hukum nasional, baru dapat diterapkan dan menjadi hukum nasional. Teori ini mendasarkan ajarannya pada aliran *dualisme*, yaitu hukum internasional dan hukum nasional merupakan dua sistem hukum yang berbeda. Menurut pandangan kaum *dualisme*, ikutnya suatu negara dalam perjanjian internasional melalui ratifikasi secara simultan menjadikan perjanjian internasional diinkorporasikan ke dalam sistem hukum nasional. Sebaliknya menurut aliran *dualisme*, yang *strick dualist system* perjanjian internasional harus ditranformasikan kedalam

¹⁸⁶ H.OK. Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 2003), hlm. 59

¹⁸⁷ *Ibid*, hlm. 60

hukum nasional dengan ketentuan yang telah ada. Selama transformasi itu belum ada, nampak ke dalam (*internal effect*) perjanjian internasional tersebut tidak ada, kecuali ada keputusan hakim nasional yang menerapkan hukum nasional atau mengadakan penafsiran hukum nasional, mulai dari asumsi bahwa pembuat Undang-undang tidak bermaksud bertindak atau mempertahankan ketentuan yang bertentangan dengan kewajiban yang timbul dari perjanjian internasional.

DAFTAR PUSTAKA

- Komen dan D.W.F. Verkade, *Compendium van het Auteursrecht* (Kluwer, Deventer, 1970).
- Ali Sastroamidjojo, *Pengantar Hukum Internasional*, (Jakarta : Bharata, 1971).
- BPHN, *Seminar Hak Cipta*, (Jakarta : Bina Cipta, 1976).
- C.S.T Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, (Jakarta : Balai Pustaka, 1980).
- Eddy Damian, *Hukum Hak Cipta*, (Bandung : Alumni, 2003).
- Edy Suryono, *Praktek Ratifikasi Perjanjian Internasional di Indonesia* (Bandung; Remadja Karya, 1984).
- Erman Rajagukguk, *Peranan Hukum dalam Pembangunan pada Era Globalisasi: Implikasinya bagi Pendidikan Hukum di Indonesia*. Pidato Pengukuhan Guru Besar diucapkan pada upacara penerimaan Guru Besar bidang Hukum di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, (Jakarta 4 Januari 1997)
- H.F.A. Vollmar, terjemahan I.S. Adiwimarta, *Pengantar Studi Hukum Perdata*, (Jakarta : Rajawali Press, 1983).
- H. OK. Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual*, (Jakarta : RajaGrafindo Persada, 2003).
- Harsono Adisumarto, *Hak Milik Intelektual Khususnya Hak Cipta*, (Jakarta: Akademika Pressindo, 1990).
- H.S. Kartadjoemena, *GATT dan WTO; Sistem Forum dan Lembaga Internasional di Bidang Perdagangan*, (Jakarta, UI Press, 1996).
- Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional* (Jakarta; Binacipta, 1978).
- Muhammad Djumhana dan R. Djubaedillah, *Hak Milik Intelektual*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1997).
- Syahmin AK, *Hukum Kontrak Internasional*, (Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, 2006).
- Syahmin AK, *Hukum Perjanjian Internasional*, menurut Konvensi Wina (Bandung; Armico, 1985).
- Suyud Margono, *Hukum dan Perlindungan Hak Cipta*, (Jakarta : Novindo Pustaka Mandiri, 2003).

Sopnar Maru Hutagalung, *Hak Cipta Kedudukan dan Peranannya di Dalam Pembangunan*, (Jakarta : Akademika Pressindo, 1994).
Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, (Jakarta : Intermasa, 1994).
Tim Lindsey et.al., (editor), *Hak Kekayaan Intelektual, Suatu Pengantar*, (Bandung : Alumni, 2002).

Budi Astuti
Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta
Jl. Kh. Ahmad Dahlan, Cirendeu Ciputat, Jakarta Selatan
Tuti.Djoko@Gmail.Com

HUBUNGAN ANTARA FAKTA, NORMA, MORAL DAN DOKTRIN HUKUM DALAM PERTIMBANGAN PUTUSAN HAKIM

ABSTRACT

Unitary State of the Republic of Indonesia is a State of Law, consequences as a state of law of course, should always based on legal provision, rampant street courts whose influence on law enforcement performance is quite high. this phenomenon will affect the independence of judiciary. The mess in perform of the law in NKRI so far, according to many side is due to damage of moral of law enforcer. failure in law enforcement especially in the judiciary will greatly affect the establishment of justice, so that every judge should be able to explore and understand the values of the living law in society, maintain its independence, practiced legal norms with high morality, obedient to ethics and professional code of conduct, pay attantion to doctrine and the views of the Legal Experts in making a decision.

KEYWORD

*FACT, NORM, MORAL,
LAW DOCTRINE AND
VERDICT*

ABSTRAK

Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) adalah Negara Hukum, konsekuensi sebagai negara hukum tentu harus selalu berdasarkan atas ketentuan hukum, maraknya peradilan jalanan yang pengaruhnya terhadap kinerja penegak hukum cukup tinggi. fenomena ini akan berpengaruh terhadap kemandirian lembaga peradilan. Carut marut dalam berhukum di NKRI selama ini, menurut banyak pihak adalah karena rusaknya moral para penegak hukum. Hancurnya penegakan hukum khususnya dalam lembaga peradilan akan sangat berpengaruh terhadap tegaknya keadilan sehingga setiap Seorang hakim harus mampu menggali dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, menjaga kemandiriannya, menerapkan norma hukum dengan moralitas yang tinggi, mematuhi etikadan kode etik profesi, memperhatikan doktrin dan pandangan-pandangan para Ahli hukum dalam pengambilan sebuah putusan.

KATA KUNCI

*FAKTA, NORMA,
MORAL, DOKTRIN
HUKUM DAN PUTUSAN
PENGADILAN*

PENDAHULUAN

Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) adalah Negara Hukum. Inilah komitmen bangsa yang melatar belakangi pendirian NKRI, yang seharusnya dipegang teguh oleh seluruh komponen bangsa. Dengan adanya komitmen ini, maka seluruh rakyat Indonesia rela untuk menyerahkan fungsi penegakan hukum kepada (dimonopoli) kelembagaan negara (peradilan negara). Kerelaan dimaksud tentunya karena disertai dengan aspek kepercayaan, bahwa lembaga peradilan negara akan selalu menegakkan keadilan untuk seluruh rakyat Indonesia, sehingga setiap orang akan selalu mendapatkan apa yang menjadi haknya. Adalah kewajiban negara untuk menjaga aspek kepercayaan rakyat ini.

Di dalam komitmen sebagai negara hukum, secara langsung menyangkut makna sebagai negara demokrasi, yaitu penguasa negara tidak diperbolehkan memerintah menurut selernya sendiri, melainkan harus berdasarkan pada kehendak rakyat. Dengan demikian, jika kebijakan penguasa negara sudah tidak lagi berlandaskan pada kehendak rakyat, maka NKRI itu tidak lagi bisa disebut sebagai Negara hukum yang demokratis, tetapi sudah berubah sifat menjadi NKRI yang otoriter. Artinya, sekalipun beribu-ribu perundang-undangan diterbitkan oleh negara, namun jika substansinya tidak mencerminkan keberpihakannya kepada kepentingan seluruh rakyat, maka keberadaan perundang-undangan itu tidak lebih dari sekedar tumpukan pasal-pasal semata, yang bukan sebagai pencerminan negara hukum demokratis.

Karakter (sifat bawaan) ketiga yang di bawa NKRI sejak kelahirannya adalah NKRI berjanji menjamin perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM) bagi seluruh rakyat Indonesia. Sudah tentu yang diinginkan adalah perlindungan HAM dalam perspektif bangsa Indonesia, bukan dalam perspektif bangsa lain yang jelas-jelas ditolak oleh bangsa Indonesia. Itulah sebabnya, para pendiri NKRI dengan tegas-tegas mencantumkan landasan filosofis NKRI di dalam Pembukaan UUD 45, yaitu lima sila yang dinamai Pancasila. Hal ini, tidak lain untuk menunjukkan, bahwa perspektif bangsa Indonesia dalam penyelenggaraan kehidupan bernegara, yang dalam sisi-sisi tertentu berbeda dengan perspektif bangsa lain. Khususnya, menyangkut perlindungan HAM, bangsa Indonesia dengan tegas menolak perspektif HAM generasi pertama, yang mengagungkan hak individual. Bangsa Indonesia menganut perspektif HAM generasi kedua dan ketiga, yaitu menganut keseimbangan perlindungan HAM individu dan HAM komunal, juga HAK kolektif seluruh bangsa-bangsa di dunia.

Ketiga karakter NKRI yang dibawa sejak lahir pada tanggal 17 Agustus 1945, satu sama lain tidak dapat dipisahkan, artinya

pengingkaran terhadap salah satu karakter tersebut saja, maka NKRI sudah kehilangan wajah aslinya. Intinya, para legislator harus membuat hukum yang sesuai dengan karakter NKRI, juga hakim harus mengadili dan memutus sesuai dan mengacu pada karakter NKRI tersebut. Pengingkaran terhadap karakter NKRI oleh para legislator, hanya akan melahirkan produk-produk hukum yang asing di mata warga masyarakat. Demikian juga dengan putusan hakim yang tidak mengacu pada karakter NKRI, hanya akan melahirkan putusan yang tidak temu nalar antara hakim dengan warga masyarakat.

Secara jujur harus diakui, bahwa selama rezim Orde Lama dan Orde Baru berkuasa, NKRI sudah kehilangan karakter aslinya. Memang, NKRI masih memakai baju konstitusi, tapi ini hanya untuk dijadikan topeng oleh rezim yang tengah berkuasa, agar rakyat tetap percaya bahwa NKRI masih menjadi Negara Hukum yang demokratis, serta melindungi HAM seluruh rakyat Indonesia. Padahal dalam kenyataannya, NKRI telah kehilangan karakter aslinya sebagai negara hukum demokratis, menjadi negara hukum yang otoriter.

Manipulasi karakter NKRI oleh dua rezim (Orla dan Orba) yang pernah berkuasa di masa lalu cukup menarik untuk disimak, khususnya menyangkut tentang keberadaan hukum. Penulis katakan menarik, karena rezim yang otoriter ternyata juga memerlukan hukum (perundang-undangan) untuk melegitimasi kebijakannya, sehingga selama rezim yang bersangkutan berkuasa cukup banyak perundang-perundangan yang diterbitkan. Namun, bila dicermati secara seksama segenap perundang-undangan yang diberlakukan itu, kebanyakan hanya untuk melindungi kepentingan penguasa dan pihak-pihak yang memiliki hubungan dekat dengan penguasa saja. Adapun keterkaitannya dengan peran hakim adalah karena para hakim berada di bawah kendali rezim yang otoriter, maka keputusan yang harus diambil harus mengikuti kehendak para penguasa, artinya para hakim juga merupakan bagian dari rezim yang otoriter.

Pengingkaran terhadap karakter asli NKRI yang merupakan pencerminan langsung dari karakter asli bangsa Indonesia, telah mengakibatkan perkembangan NKRI menjadi semakin tidak sehat, diantaranya NKRI menjadi sarang para koruptor, ketimpangan sosial demikian tajam, mafia peradilan merajalela, serta perlindungan HAM semakin terabaikan. Alhasil, NKRI telah gagal mencapai tujuannya, sehingga jatuh bangunnya suatu rezim penguasa selalu terjadi secara inkonstitusional, karena adanya instabilitas politik dan krisis ekonomi yang menyengsarakan seluruh rakyat Indonesia.

Saat ini bangsa Indonesia tengah berada dalam Orde Reformasi, yang muncul sebagai reaksi penolakan terhadap cara-cara rezim Orba dalam menjalankan pemerintahan negara, yang disinyalir tidak demokratis (otoriter), mengingkari nilai keadilan sosial, serta

memberlakukan hukum yang represif. Akibatnya, hampir semua komponen bangsa yang merasa tertekan menuntut pembaharuan total, yaitu menuntut agar penguasa negara selalu mendengar suara rakyat (demokratis), menghormati nilai keadilan sosial, serta menuntut pemberlakuan hukum yang bersifat responsif.

Kenyataannya, selama lebih kurang 17 tahun perjalanan orde reformasi ini, belum banyak perubahan yang berarti. Jika-pun ada, itu baru sebatas perubahan perundang-undangan, yaitu dengan mengganti perundang-undangan lama produk rezim Orba dengan perundang-undangan baru demi memenuhi tuntutan reformasi. Namun, upaya pembaharuan lembaga dan penegak hukum, nampaknya berjalan di tempat. Buktinya, tindak korupsi tetap merajalela di hampir semua lembaga negara, jaringan mafia peradilan masuk ke semua lembaga peradilan, penguasaan sumber daya ekonomi masih dimonopoli oleh para penguasa negara dan oleh orang-orang yang memiliki akses untuk mempengaruhi penguasa negara, dan bahkan ada perkembangan baru yang cukup menyedihkan, yaitu maraknya peradilan jalanan yang pengaruhnya terhadap kinerja penegak hukum cukup tinggi. Memang, sebagai negara demokrasi, NKRI harus melindungi hak kebebasan berpendapat, tetapi dalam prakteknya disalah artikan menjadi pemaksaan pendapat dengan menggunakan kekuatan massa untuk menekan lembaga peradilan. Jika fenomena ini tidak segera di atasi, maka kemandirian lembaga peradilan akan sangat terancam, dan bukan tidak mungkin potret penegakan hukum dalam orde reformasi akan lebih buruk dibandingkan dengan potret penegakan hukum pada orde-orde sebelumnya (Orla dan Orba). Carut marut dalam berhukum di NKRI selama ini, menurut banyak pihak adalah karena rusaknya moral para penegak hukum. Dalam hal ini penulis sependapat, meskipun bukan satu-satunya faktor, artinya selain faktor moral, apakah memang ada yang salah dengan sistem hukum kita; baik menyangkut substansi, struktur, maupun kulturnya.

MORAL DAN DOKTRIN HUKUM

Uraian mengenai karakter NKRI sebagaimana diuraikan di atas, sengaja penulis ketengahkan untuk menegaskan, bahwa NKRI ini sejak kelahirannya telah membawa sifat bawaan, yang tidak lain adalah pencerminan dari jiwa, pikiran, dan kehendak segenap bangsa Indonesia. Dengan kata lain, karakter (kepribadian) NKRI adalah karakter (kepribadian) bangsa Indonesia. Sedangkan, hukum sesungguhnya hanyalah sekedar alat bagi bangsa Indonesia (NKRI) untuk dapat mengembangkan diri sesuai dengan kepribadiannya. Oleh sebab itu, keberadaan hukum harus mengabdikan pada kepentingan bangsa, jika tidak maka hukum itu tidak memiliki dasar pembenaran (tidak legitimate).

Jika demikian halnya, maka pembuatan hukum dan penegakan hukum harus diarahkan oleh nilai-nilai moral bangsa, mulai dari yang paling abstrak yaitu nilai-nilai Pancasila, sampai pada penjabarannya ke yang lebih konkret yaitu dalam bentuk kaidah hukum atau yang dikenal dengan istilah asas-asas hukum. Tegasnya, hukum itu adalah pernyataan moral bangsa, atau yang dalam istilah guru penulis Prof Dr. Satjipto Rahardjo, S.H. (Almarhum) sebagai dokumen-moral etis¹⁸⁸. Memang, asas hukum tidak tampil dalam bentuk aturan konkret¹⁸⁹, tetapi asas hukum-lah yang mengarahkan perumusan aturan-aturan hukum dalam setiap perundang-undangan. Oleh sebab itu, terkait dengan upaya pembaharuan sistem hukum Indonesia, penulis ingin menegaskan betapa penting bagi para legislator dan penegak hukum untuk mendalami nilai-nilai moral Pancasila, sehingga setiap penerbitan peraturan hukum dan penegakannya memiliki landasan nilai-nilai moral yang jelas.

Apabila ruh (asas / moral) ini tercerabut dari peraturan perundang-undangan, maka peraturan perundang-undangan yang dihasilkan oleh para legislator itu ibarat racun yang membunuh bangsa Indonesia. Sebuah rezim dikatakan otoriter atautkah demokratis, tentunya dapat dicermati dari produk-produk hukum yang diberlakukan oleh rezim tersebut selama berkuasa.

Setiap rezim yang berkuasa tidak akan bersedia disebut otoriter, meskipun dalam praktiknya konfigurasi politik yang dibangun oleh rezim yang bersangkutan adalah konfigurasi politik otoriter. Namun tetap saja tidak mau disebut otoriter, karena seluruh komponen bangsa tidak akan menyukai hal ini. Dengan kata lain, hampir seluruh komponen bangsa sudah terlanjur yakin, bahwa sistem politik demokrasi adalah satu-satunya sistem penyelenggaraan kehidupan kenegaraan yang dianggap paling beradab dan berkeadilan sosial untuk saat ini. Itulah sebabnya, rezim otoriter tetap menggunakan konstitusi untuk menutupi wajah aslinya, sehingga tampak sebagai rezim yang benar-benar demokratis¹⁹⁰. Juga tetap menggunakan perundang-undangan sebagai landasan kebijakannya¹⁹¹. Namun, satu hal yang tidak dapat ditutupi oleh rezim otoriter adalah menyangkut soal asas-asas hukum yang mendasari perundang-undangan yang diberlakukannya. Artinya, rezim yang otoriter tidak ingin kehendak

¹⁸⁸ Satjipto Rahardjo, *Asas-asas Hukum*, Program Doktor Ilmu Hukum Undip, Semarang, 2006, hlm. 5.

¹⁸⁹ Maria Farida Indrati S, *Ilmu Perundang-undangan – Proses dan Teknik Pembentukannya*, Kanisius, Yogyakarta, 2007, hlm. 239.

¹⁹⁰ Bandingkan dengan pendapat Schuyt, Dalam J.E. Sahetapy, *Pisau Analisis Kriminologi*, PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2005, hlm. 70. Schuyt mengatakan, bahwa kehidupan kenegaraan yang otoriter dan anarkis tidak berarti karena tidak adanya hukum, tetapi karena tidak ada central gezag.

¹⁹¹ J.E. Sahetapy, *ibid*, hlm. 70.

dan kepentingannya dibatasi oleh asas-asas hukum. Jadi, biarlah nilai-nilai moral etis itu tinggal dalam Konstitusi (UUD 45) dan asas-asas hukum itu tinggal dalam Undang-Undang (organik) pelaksanaan konstitusi.

Dari uraian di atas dapatlah diketahui, betapa pentingnya bagi para hakim untuk memahami nilai-nilai moral etis yang menjadi karakter bangsa Indonesia dan sekaligus dilekatkan pada pendirian NKRI ini, yang selanjutnya di tuangkan dalam konstitusi negara. Tanpa pengetahuan yang mendalam tentang nilai-nilai moral etis ini, maka mustahil para hakim akan mampu menggali asas-asas hukum yang mendasari pembuatan setiap perundang-undangan, lebih-lebih apabila dalam suatu perundang-undangan (pelaksanaan) tertentu tidak secara tegas mencantumkan asas-asas hukum dimaksud, maka para hakim diwajibkan untuk menggantinya sendiri. Penguasaan terhadap asas-asas hukum ini akan sangat membantu hakim, terutama dalam menghadapi masalah ketidakjelasan aturan perundang-undangan dalam penyelesaian masalah hukum yang konkret, sebagaimana dijelaskan oleh Roeslan Saleh¹⁹² di bawah ini:

“Jika undang-undang yang telah dirumuskan itu tidak memberikan suatu cara penyelesaian yang mudah dalam penerapannya, maka petugas hukum itu harus memperhatikan pula pangkal tolak yang dijadikan sendi dari aturan itu dan berorientasi pada nilai-nilai yang ada di belakang dari ketentuan hukum itu. Dapat pula dikatakan, bahwa petugas hukum itu tidak menemukan aturan yang bersifat eksplisit dalam undang-undang mengenai pilihan hukum sehingga dia harus kembali kepada asas-asas yang menjadi pangkal tolak dari undang-undang itu dan mengikuti asas-asas tadi itu sebagai suatu petunjuk”.

Sampai disini penulis ingin mengatakan, bahwa untuk mengemban tugas sebagai hakim yang adil, ternyata tidak mudah. Untuk itu dibutuhkan pengetahuan yang luas, yang tidak sekedar berkemampuan mengartikan kata-kata yang tertera dalam pasal-pasal undang-undang. Selain harus memahami pemikiran filosofis bangsanya, juga harus memahami latarbelakang dan tujuan dari berbagai kebijakan yang diambil oleh penguasa dalam berbagai aspek kehidupan, serta perkembangan sosial-budaya masyarakatnya¹⁹³,

¹⁹² Roeslan Saleh, *Penjabaran Pancasila dan UUD 45 Dalam Perundang-undangan*, Aksara Baru, Jakarta, 1979, hlm 14.

¹⁹³ Djokosoetono, *ibid*, hlm 44. Mengenai kelemahan dari pola pikir yang demikian, Djokosoetono mengemukakan sebagai berikut: Orang (baca: para positivis) tidak lagi mengetahui seluruh hutan. Men ziet alleen maar de bomen. Itulah sebabnya maka akhir-akhir ini timbul hasrat untuk mempersatukan kembali. Timbul de zucht naar synthese. Dalam mempelajari hukum misalnya, lihat juga ekonomi, sosiologi, ilmu kebudayaan dan lain-lain. Jangan hanya melihat hukum saja. Nanti seperti katak di bawah tempurung.

karena semua ini harus menjadi dasar pertimbangan dari putusannya. Secara jujur memang harus diakui, bahwa peranan hakim dalam pembaharuan hukum di Indonesia dapat dikatakan sangat minim, artinya hakim di Indonesia lebih banyak berperan sebagai corong undang-undang saja.

Lebih-lebih selama berada di bawah kendali rezim penguasa yang otoriter (Orde lama dan Orde baru), sudah tentu para hakim tidak diperkenankan untuk menguji setiap kebijakan penguasa, apakah sesuai dengan nilai-nilai moral-etis yang dijunjung tinggi oleh masyarakat, bangsa, dan negara Indonesia. Hampir tidak ada doktrin hukum baru yang dihasilkan melalui putusan-putusan hakim, sebagai hasil dari upaya penemuan hukum yang dilakukan oleh para hakim.

NORMA DAN FAKTA HUKUM

Para legislator tidak akan mungkin dapat menyusun norma-norma atau aturan-aturan hukum dalam sebuah perundang-undangan, tanpa bertolak dari asas-asas hukum, tujuan (kebijakan), serta fenomena sosial tertentu. Inilah yang sesungguhnya disebut sebagai ide hukum (*rechts idea*). Meskipun, sebetulnya keinginan untuk menuangkan ide hukum secara lengkap, jelas, dan rinci ke dalam rumusan pasal-pasal dalam perundang-undangan adalah tidak mungkin. Bahkan menurut Scholten¹⁹⁴, adalah suatu khayal belaka, apabila orang beranggapan bahwa undang-undang itu telah mengatur segalanya secara tuntas. Asumsi, bahwa teks hukum sudah jelas, adalah suatu cara saja bagi pembuat hukum untuk bertindak pragmatis seraya diam-diam mengakui, bahwa ia mengalami kesulitan untuk memberi penjelasan.

Penjelasan penulis di atas, di satu sisi ingin menegaskan, bahwa meskipun dalam Penjelasan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, diatur tentang asas-asas yang perlu diikuti dalam menyusun peraturan perundang-undangan¹⁹⁵, namun menurut hemat penulis adalah tidak mungkin untuk menerapkan semua asas tersebut dalam merumuskan setiap perundang-undangan. Di lain sisi, juga ingin menegaskan, bahwa mengingat kelemahan tersebut, maka fungsi penafsiran hukum tidak mungkin dapat ditiadakan dari tangan hakim, artinya kewenangan untuk menafsirkan hukum tidak mungkin dapat dicabut dari tangan hakim.

¹⁹⁴ Paul Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle, WEJ Tjeenk Willink, 1954.

¹⁹⁵ Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Penjelasan Pasal 5 menjelaskan, bahwa asas-asas pemebentukan peraturan perundang-undangan yang baik adalah : Asas kejelasan tujuan, Asas Kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat, Asas Kesesuaian antara jenis dan materi muatan, Asas dapat dilaksanakan, Asas kedayagunaan dan kehasilgunaan, Asas kejelasan rumusan, dan Asas keterbukaan.

Dengan kata lain, dengan tetap memberikan kewenangan kepada hakim untuk menafsirkan aturan-aturan yang dirumuskan dalam pasal-pasal perundang-undangan, maka beberapa kelemahan dari perumusan aturan dimaksud dapat teratasi. Pernyataan penulis di atas tidak untuk mengecilkan sama sekali usaha para ahli hukum dalam merumuskan pedoman pembuatan peraturan perundang-undangan yang baik. Penulis hanya ingin mengatakan, bahwa sekuat apapun niat dan usaha para legislator untuk membuat peraturan perundang-undang yang jelas, lengkap, dan rinci, sehingga mampu menjabarkan ide hukum para legislator secara sempurna adalah hal yang tidak mungkin. Oleh sebab itu, fungsi penafsiran hukum akan tetap dibutuhkan, yaitu selama hukum itu mengambil bentuknya yang tertulis. Namun, menurut hemat penulis, keberadaan pedoman pembuatan peraturan perundang-undangan tetap perlu, yaitu agar penerapan perundang-undangan tidak menimbulkan kesulitan yang berarti, karena bahasanya terlalu kabur.

Sudah tentu, selama paham legisme masih menguasai para penegak hukum Indonesia, maka pencarian arti kata-kata yang tertuang dalam pasal-pasal perundang-undangan tidak akan menemui kesulitan yang berarti, dan juga kesepakatan antar penegak hukum mengenai arti kata-kata dimaksud mudah dicapai, karena itu sudah merupakan pekerjaan rutinitas, sehingga sekali penafsiran harfiah dilakukan oleh hakim, maka hasil penafsiran dimaksud akan berlaku selama-lamanya dan akan diikuti oleh semua penegak hukum dalam semua tingkatannya.

Bagi para pencari keadilan, sangatlah sulit untuk memahami jalan pikiran para penegak hukum dalam penyelesaian masalah-masalah hukum yang diajukan kepada mereka. Hal ini disebabkan, penyelesaian masalah-masalah hukum dengan menggunakan pendekatan legisme mengharuskan penegak hukum untuk menafikan segala fakta-fakta yang dinilai ekstra legal yang tidak masuk dalam skema aturan hukum. Artinya, dari semua fakta-fakta yang mengiringi peristiwa hukum, oleh penegak hukum akan disaring untuk kemudian diidentifikasi mana yang merupakan fakta-fakta hukum dan mana pula yang bukan fakta hukum. Hanya yang merupakan fakta hukum lah yang menjadi pegangan para penegak hukum. Hal inilah yang menyebabkan para pencari keadilan selalu merasa tidak diperlakukan secara adil oleh lembaga peradilan.

PENAFSIRAN DAN PUTUSAN HAKIM

Permasalahan mendasar yang diajukan disini adalah apakah perlu untuk mempertahankan paham legisme, sehingga para hakim hanya diperkenankan untuk menafsirkan hukum dalam lingkaran, tata bahasa, sejarah, dan sistematika perundang-undangan saja. Memang, paham legisme ini dibangun dari landasan teoritis tertentu,

yaitu dibangun oleh aliran *Begriffsjurisprudenz* atau legal-positivism, yang pokok pikirannya mengharuskan pemisahan secara tegas antara pembuatan hukum dan penafsiran hukum. Artinya, penciptaan hal-hal baru adalah monopoli legislatif, maka para hakim dilarang melakukan terobosan-terobosan hukum, karena akan mengorbankan kepastian hukum. Artinya, hakim hanya boleh melakukan penafsiran hukum dalam rangka memahami pikiran legislator sebagaimana yang dituangkan dalam perundang-undangan.

Menurut hemat penulis, penerapan paham legisme yang dibangun oleh aliran legal-positivism jelas tidak realistis. Pemaksaan penerapannya di dalam praktik penegakan hukum telah menyebabkan potret penegakan hukum di Indonesia semakin tampak buruk. Hal ini disebabkan, karena penegakan hukum kerap kali mengabaikan nilai-nilai moral etis, serta tidak memiliki tujuan yang jelas. Oleh sebab itu, sudah saat bagi hakim di Indonesia untuk mulai menerapkan penafsiran dengan "pendekatan tujuan" (*purpose approach*), yaitu penafsiran hukum yang bertolak dari kehendak dan tujuan pembentuk undang-undang. Upaya untuk keluar dari belenggu paham legisme dan selanjutnya menganut paham progresif memang tidak mudah. Jika semula, para hakim (penganut paham legisme) hanya dituntut mahir dalam menerjemahkan kata-kata dalam perundang-undangan, maka selanjutnya untuk mampu menerapkan pendekatan progresif para hakim dituntut memiliki pemahaman hukum yang holistik dan mampu menggali makna yang terkandung dalam sistem hukum yang berlaku, yang kemudian mampu menuangkannya ke dalam putusan yang bernilai bagi pemecahan masalah kemanusiaan.

Penggunaan pendekatan progresif dalam pelaksanaan tugas mengadili, sudah tentu menuntut **keberanian** dari para hakim, karena selain dituntut memiliki **sikap mandiri** dalam pemikiran, juga dituntut **keteguhan hati** dalam menegakkan nilai-nilai moral etis. Para hakim dengan kualifikasi yang demikian, sangat dibutuhkan untuk mengakhiri masa transisi dalam orde reformasi sekarang ini. Bagaimana tidak? Segenap elemen bangsa di satu sisi tengah tidak sabar untuk segera menyaksikan tegaknya sumpremasi hukum di Indonesia, sementara di lain sisi para hakim harus mengadili di atas landasan produk-produk hukum warisan rezim penguasa yang otoriter. Tentu saja, segenap elemen bangsa dan khususnya para pencari keadilan tidak harus menunggu datangnya keadilan sampai selesainya pembaharuan hukum secara total. Dengan kata lain, para hakim masih bisa menyuguhkan keadilan dengan cara melakukan terobosan hukum. Oleh sebab itu, sebelum mengakhiri pembahasan ini, perlu penulis ingatkan bahwa sudah saatnya para hakim Indonesia untuk mulai menjalankan peranannya dalam upaya pembaharuan hukum, karena di tangan para hakim terdapat

kewenangan untuk melakukan "penemuan hukum". Berkaitan dengan hal ini, Scholten¹⁹⁶ menjelaskan, bahwa penemuan hukum itu berbeda dengan penerapan hukum (*rechtstoepassing*), oleh karena disini "ditemukan sesuatu yang baru". Ia mengatakan, bahwa penemuan hukum bisa dilakukan baik lewat penafsiran, atau analogi, maupun penghalusan atau perluasan hukum. Penegakan hukum tidak hanya dilakukan dengan logika penerapan hukum, melainkan juga memasuki ranah pembentukan hukum (*rechtsvorming*). Pembentukan hukum itu tidak hanya berwujud penerapan hukum yang mengandalkan penggunaan logika (*een hanteren van logische figuren*), melainkan melibatkan penilaian, memasuki ranah pemberian makna. Melalui silogisme dan kesimpulan logis saja, kita tidak bisa menemukan sesuatu yang baru, seperti dikehendaki oleh penemuan hukum yang bermakna kebenaran dan keadilan.

PENUTUP

Dari keseluruhan uraian di atas, dapat ditarik beberapa kesimpulan sebagai berikut:

- a. Nilai-nilai moral (asas hukum) adalah ruh dari setiap perundang-undangan. Tanpa ruh (asas hukum), maka perundang-undang tidak lebih dari kumpulan pasal-pasal yang memuat aturan-aturan hukum yang tidak memiliki daya hidup di tengah masyarakat. Akibatnya, di satu sisi keberadaan aturan-aturan hukum yang demikian tidak berpihak pada kepentingan masyarakat. Di lain sisi, kerap kali disalahgunakan untuk melindungi kepentingan penguasa. Dengan demikian, rumusan aturan hukum harus berlandaskan asas hukum (nilai-nilai moral). Hal ini sudah menjadi keharusan hukum, sehingga harus diperlakukan sebagai doktrin hukum;
- b. Tidak akan ada perundang-undangan (norma hukum) yang mampu menjabarkan ide hukum (politik hukum) dengan sempurna, melalui rumusan kalimat (dalam pasal-pasal) yang singkat, jelas dan rinci. Sekalipun diberi penjelasan di belakang pasal-pasalnya. Disinilah arti pentingnya fungsi penafsiran hukum, yaitu bukan sekedar untuk menemukan arti dari bahasa hukum (unsur-unsur perbuatan), tetapi dalam rangka menemukan makna hukum (politik hukum), agar penegakan hukum benar-benar dapat mewujudkan tujuan hukum;
- c. Dengan hanya bermodalkan penafsiran harfiah dan sistematis, maka para hakim tidak akan sampai pada penemuan makna hukum yang sesungguhnya. Akibatnya, para hakim tidak akan pernah mampu berperan memandu perjalanan bangsanya dalam mewujudkan cita-citanya. Pekerjaan mengadili hanya berkulat

¹⁹⁶ Scholten, *op.cit.*

pada pengidentifikasian fakta-fakta hukum yang disaring dari rangkaian peristiwa hukum (prilaku konkret), untuk kemudian dicocokkan dengan arti kata-kata (unsur-unsur) yang tertuang pada pasal-pasal perundang-undangan. Atas dasar ini pula, maka para hakim sampai pada kesimpulan siapa yang salah dan siapa yang benar.

- d. Selama para hakim di Indonesia masih membiarkan dirinya dibelenggu oleh paham legisme (semata mulut undang-undang), maka selama itu pula para hakim tidak akan pernah merasa berkewajiban untuk menegakkan nilai-nilai moral dalam lingkup tugas mengadili perkara yang diajukan kepadanya.

Selama lebih kurang 17 tahun perjalanan Orde Reformasi, ternyata upaya pembaharuan hukum (perundangan-undangan) dalam artian penggantian perundang-undangan produk rezim Orba yang otoriter dengan perundangan-undangan yang sesuai dengan tuntutan Orde Reformasi, masih membutuhkan waktu. Keterlambatan proses pembaharuan hukum (perundang-undangan) tidak harus diterima begitu saja sebagai takdir, karena masih terbuka jalan lain untuk mempercepat proses pembaharuan. Untuk itulah, penulis ajukan beberapa pandangan-pandangan, yakni:

- a. Hakim harus meninggalkan paham legisme dan beralih ke paham progresif, artinya tidak lagi memandang perundang-undangan sebagai kitab suci, melainkan sekedar pedoman untuk mengadili. Dalam paham progresif, mengadili adalah untuk tujuan kemanusiaan, sehingga di dalamnya terkandung tujuan penegakan nilai-nilai moral (keadilan). Penegakan nilai-nilai moral ini tidak boleh dikalahkan oleh tujuan lain, sekalipun untuk menjamin kepastian hukum demi melindungi kepentingan Individu.
- b. Hakim tidak harus tunduk pada perundang-undangan yang dianggap bertentangan dengan tuntutan reformasi, karena dalam paham progresif keberadaan perundang-undangan hanya sekedar pedoman untuk mengadili, sehingga jika diperlukan untuk penegakan nilai-nilai moral bangsa, maka terbuka jalan bagi hakim untuk melakukan terobosan, sehingga hasilnya adalah dalam bentuk penemuan hukum oleh hakim;
- c. Hakim harus mengedepankan pertimbangan yang rasional dan berlandaskan pada nilai-nilai moral. Keharusan ini harus tampak dalam uraian mengenai alasan-alasan (pertimbangan-pertimbangan) putusan hakim. Oleh sebab itu, tidak ada alasan bagi hakim untuk mengatakan ada kesulitan mengadili karena aturan-aturan dalam pasal-pasal perundang-undangan tidak jelas. Kesulitan demikian dapat diatasi dengan menelusuri asas-asas hukum yang mendasari setiap perundang-undangan. Jikapun, suatu perundang-undangan tidak secara eksplisit mencantumkan asas (moral) hukum, maka hakim dapat mencarinya pada

perundang-undangan yang lebih tinggi, hingga sampai pada Undang-Undang Dasar.

DAFTAR PUSTAKA

- Djokosoetono, dihimpun oleh Harun Al Rasjid, Ilmu Negara, IN-HILL-CO, Jakarta, 2006.
- Indrati, Maria Farida, Ilmu Perundang-undangan – Proses dan Teknik Pembentukannya 2, Kanisius, Yogyakarta, 2007.
- Juwana, Hikmanto, Arah Kebijakan Pembangunan Hukum di Bidang Perekonomian dan Investasi, Makalah Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen, Diselenggarakan oleh Badan Pedmbinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI, Jakarta, 29 – 31 Mei 2006.
- Rahardjo, Satjipto, Asas-asas Hukum, Bahan bacaan untuk mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Undip, Semarang, 2006.
- , Penafsiran Hukum Yang Progresif, Bahan Bacaan untuk mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Undip, Semarang, 2006.
- Sahetapy, J.E., Pisau Analisa Kriminologi, PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2005.
- Saleh, Roeslan, Penjabaran Pancasila dan UUD 45 Dalam Perundang-undangan, Aksara Baru, Jakarta, 1979.
- , Mengadili Sebagai Pergulatan Kemahusiaan, Akasar Baru, Jakarta, 1983.
- , Beberapa Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif, Akasara Baru, Jakarta, 1983.
- Scholten, Paul, Algemeen Deel, Zwolle, WEJ Tjeenk Willink, 1954.
- Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan .
- Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

M. Iman Santoso
 Fakultas Hukum Krisnadwipayana
 Jalan Raya Jati Waringin, Pondok Gede, Jakarta Timur
 imamsantoso@yahoo.com

PENGATURAN PERTAHANAN DAN KEAMANAN DI LAUT MENURUT KONVENSI HUKUM LAUT 1982 DAN PERATURAN PERUNDANG - UNDANGAN DALAM MENJAGA KEDAULATAN NKRI

ABSTRACT

Indonesia is a country that has a vast sea area. As an archipelagic state, borders are not only determined on conventional areas such as land, air, or ocean, but with many islands and land areas that are related or directly adjacent to other countries, it will certainly cause its own problems if the boundary is in the continental shelf . The boundary of the continental shelf between Indonesia and Malaysia is determined by a straight line drawn from a common point to a mutually agreed coordinate point on October 27, 1969. The contribution of the International Law of the Sea in terms of determining the boundary of the continental shelf between Indonesia and Malaysia resulted in conferences. the conference refers to the achievement of the agreement of all parties made under the provisions of international law. The 1982 Sea Law Convention, which Indonesia has ratified through Law No. 17/1985, clearly regulates the legal status of every maritime regime for every coastal state, although in practice it is not easy because marine richness has potential disputes for each country.

KEYWORD

*REGULATION, LAND
 LAW, MARINE
 SAFETY,
 CONVENTION, THE
 LAW OF THE SEA*

ABSTRAK

Indonesia adalah negara yang memiliki wilayah laut yang luas. Sebagai suatu negara kepulauan, perbatasan tidak hanya ditentukan pada wilayah konvensional seperti daratan, udara, maupun lautan, namun dengan banyaknya pulau dan wilayah daratan yang berhubungan atau berbatasan langsung dengan negara lain, tentunya akan menimbulkan permasalahan tersendiri jika batas yang dimaksud adalah pada bagian landas kontinen. Batas Landas Kontinen antara Indonesia dan Malaysia ditentukan berdasarkan garis lurus yang ditarik dari titik bersama ke titik koordinat yang disepakati bersama pada 27 Oktober 1969. Kontribusi dari Hukum laut Internasional dalam hal mencakup penentuan

KATA KUNCI

*PENGATURAN
 PERTAHANAN,
 KEAMANAN LAUT,
 KONVENSI
 HUKUM LAUT*

batas landas kontinen antara Indonesia dengan Malaysia menghasilkan konferensi-konferensi. konferensi tersebut merujuk pada tercapainya kesepakatan semua pihak yang dibuat berdasarkan ketentuan hukum Internasional. Konvensi Hukum Laut 1982 yang sudah diratifikasi Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 17 Tahun 1985 sudah jelas mengatur status hukum setiap rejim maritim bagi setiap negara pantai, meskipun dalam praktiknya tidak mudah karena kekayaan laut mempunyai potensi sengketa bagi setiap negara.

PENDAHULUAN

Ganyang Malaysia menunjukkan kejengkelan masyarakat kita terhadap Malaysia yang setiap saat meremehkan bangsa dan negara Indonesia, meskipun Malaysia berkali-kali menyatakan bangsa serumpun dengan Indonesia, tetapi kenyataannya Malaysia selalu merugikan masyarakat dan kedaulatan Indonesia. Ini terjadi karena Malaysia tidak punya itikad baik untuk menghormati Indonesia terutama sejak kemenangan mereka atas sengketa kepemilikan Pulau Sipadan dan Ligitan di forum Mahkamah Internasional, seperti tahun yang lalu (13 Agustus 2010) Kapal Patroli *Dolphin* 015 Kementerian Kelautan dan Perikanan RI menangkap 5 (lima) kapal berbendera Malaysia sedang melakukan *illegal fishing* di sekitar Perairan Tanjung Berakit, Pulau Bintan, Kepulauan Riau. Sebaliknya 3 petugas Kapal Patroli kita ditangkap oleh *Police Marine* Malaysia. Ketiga aparat Indonesia itu mendapat perlakuan buruk di Malaysia, sehingga mengundang kemarahan masyarakat Indonesia kepada Malaysia, bukan sekali ini Malaysia menghina Indonesia. Di lain pihak, Indonesia juga harus menunjukkan kekuatannya karena kita adalah negara besar negara kepulauan yang mempunyai 17.508 pulau dimana saat ini menjadi incaran negara tetangga untuk menguasainya, terutama pulau-pulau terluar yang tersebar di wilayah NKRI yang dikhawatirkan kasus Sipadan-Ligitan terulang.¹⁹⁷

Oleh karena itu, bagaimana sebenarnya pengaturan penegakan pertahanan dan keamanan (hankam) di laut menurut Konvensi Hukum Laut (*United Nations Convention on the Law of the Sea*) 1982

¹⁹⁷ Penjelasan UU No. 6/1996 tentang Perairan Indonesia : " ... *Salah satu pengembangan tersebut adalah dengan diakuinya garis pangkal lurus kepulauan, di samping garis pangkal biasa dan garis pangkal lurus sebagai cara pengukuran garis pangkal kepulauan Indonesia. Berdasarkan cara pengukuran tersebut, maka dalam wilayah perairan Indonesia terdapat lebih kurang 17.508*". Penulis mengacu pada Penjelasan tersebut tentang jumlah pulau di NKRI karena belum ada perubahan jumlah pulau yang diakui oleh peraturan perundang-undangan selain oleh UU No. 6 Tahun 1996 tersebut, meskipun ada yang menyatakan jumlah pulau Indonesia adalah 18.103 pulau (versi pencitraan satelit dari Bakosurtanal).

yang sudah diratifikasi oleh Indonesia dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 1985, dan sejauhmana implementasi UNCLOS 1982 tersebut dalam peraturan perundang-undangan untuk menjaga kedaulatan dan yurisdiksi NKRI, sehingga diharapkan dengan kekayaan laut yang berlimpah tersebut, Indonesia dapat memanfaatkannya secara optimal bagi bangsa dan negara. Oleh karena itu, penting bagi Indonesia untuk menerapkan ketentuan internasional tersebut dan juga memperkuat pertahanan dan keamanannya di Perairan Indonesia.

PERTAHANAN DAN KEAMANAN DI LAUT MENURUT KONVENSI HUKUM LAUT 1982

Pengaturan pertahanan dan keamanan suatu negara di laut menurut hukum internasional pertama mengacu pada Piagam PBB 1945 dan Konvensi Hukum Laut 1982. Piagam PBB dalam Pasal 2 menetapkan 7 (tujuh) prinsip yang harus ditaati oleh setiap negara, yang 2 (dua) di antaranya terkait erat dengan pengaturan hankam, yaitu prinsip persamaan kedaulatan negara (*principle of the sovereign equality*) dan prinsip pelarangan penggunaan kekuatan (*principle of prohibition of use of force*).¹⁹⁸ Prinsip kedaulatan negara tersebut dipertegas lagi dalam bidang hukum laut internasional sebagaimana yang diatur oleh Konvensi Hukum Laut (*United Nations Convention on the Law of the Sea/UNCLOS*) 1982.¹⁹⁹ Proses pembentukan Konvensi Hukum Laut 1982 tersebut dalam suasana tujuan damai, sehingga tidak ada aturan dalam Konvensi itu untuk tujuan

¹⁹⁸Selengkapnya Pasal 2 Piagam PBB berbunyi sebagai berikut: *The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles.*

- 1. The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.*
- 2. All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.*
- 3. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.*
- 4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.*
- 5. Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.*

¹⁹⁹Selanjutnya dapat disebut UNCLOS 1982 atau Konvensi Hukum Laut 1982.

penggunaan militer di laut sebagaimana dikemukakan oleh Churchill sebagai berikut:²⁰⁰

"the 1982 Convention on the Law of the Sea was intended to regulate the uses of the seas in time of peace the United Nations consciously avoided negotiation of the rules applicable to military operations on the seas this does not however mean that all activities at sea by military vessels and aircraft"

UNCLOS 1982 dibuat untuk tujuan damai bukan untuk operasi militer di laut, tetapi Konvensi ini tidak melarang kegiatan kapal dan pesawat militer dalam menjaga kedaulatan negara pantai masing-masing. Oleh karena itu, UNCLOS 1982 ini mengatur pertahanan dan keamanan negara pantai sesuai dengan rezim-rezim maritim masing-masing dalam kerangka menjaga kepentingan negara pantai tersebut baik di perairan pedalaman, perairan kepulauan, laut atau perairan territorial, zona tambahan, zona ekonomi eksklusif, landas kontinen, dan di laut lepas. Kita lihat pengaturan di setiap rezim tersebut satu per satu dihubungkan dengan peraturan perundang-undangan Indonesia sebagai negara yang mempunyai laut begitu luas sehingga disebut sebagai Negara Kepulauan (*Archipelagic State*).

Pasal 2 UNCLOS 1982 berbunyi :

1. *The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea.*
2. *This sovereignty extends to the air space over the territorial sea as well as to its bed and subsoil.*
3. *The sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law.*

Pasal 2 tersebut menegaskan bahwa kedaulatan setiap negara pantai (*coastal state*) mencakup *laut teritorial* dan dalam hal Negara Kepulauan, kedaulatan Negara tersebut meliputi *perairan kepulauan*. Kedaulatan Negara pantai tersebut termasuk kedaulatan di ruang udara di atas laut territorial dan juga sampai dasar laut dan tanah di bawahnya sesuai dengan UNCLOS 1982 dan aturan hukum internasional lainnya. Setiap negara pantai diberikan hak untuk mempunyai laut teritorial sejauh 12 mil dan di laut teritorial ini berlaku adalah kedaulatan negara secara penuh yang tunduk pada hukum nasional negara pantai tersebut.²⁰¹

²⁰⁰RR Churchill and AV Lowe, *The Law of the Sea*, Third Edition, Juris Publishing, Manchester University Press, UK, 1999, hlm. 421.

²⁰¹Indonesia sudah mempunyai peraturan perundang-undangan terkait dengan laut, yaitu antara lain : UU No. 5/1983 tentang Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia, UU No. 6/1996 tentang Perairan Indonesia, UU No. 2/2002 tentang Kepolisian RI, UU No. 3/2002 tentang Pertahanan Negara, UU No. 34/2004 tentang TNI, UU No. 27/2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil,

Apabila laut territorial negara pantai tersebut negara saling berhadapan (*opposite*) atau berdampingan (*adjacent*), maka sesuai dengan ketentuan Pasal 15 UNCLOS 1982 kedua negara tersebut harus membuat persetujuan (*agreement*) delimitasinya atau apabila belum ada *agreement*, maka kedua negara harus menetapkan batas laut territorialnya berdasarkan garis tengah (*median line*), tetapi prinsip *median line* tidak berlaku apabila ada alasan sejarah (*historic title*) atau keadaan khusus lainnya (*other special circumstances*). Insiden yang terjadi tanggal 13 Agustus 2010 antara Indonesia dan Malaysia tersebut dikarenakan belum adanya kesepakatan batas laut territorial kedua negara di segmen Selat Malaka bagian Selatan tersebut sehingga kedua negara saling klaim atau para aparat/nelayannya tidak menyadari bahwa mereka memasuki wilayah laut territorial masing-masing, sehingga menyebabkan terjadinya pelanggaran kedaulatan negara. Ketika artikel ini ditulis, kedua negara sedang melanjutkan perundingan diplomasi untuk menetapkan batas negara di laut territorialnya masing-masing.

Konvensi Hukum Laut 1982 menegaskan bahwa laut territorial setiap negara adalah tunduk pada kedaulatan negara masing-masing, tetapi di wilayah laut tersebut ada hak lintas damai (*right of innocent passage*) bagi kapal-kapal semua negara yang tidak boleh dihalangi oleh negara pantai, kecuali kalau lintas laut tersebut tidak bersifat damai, yaitu lintas yang mengganggu perdamaian, ketertiban, atau keamanan negara pantai (*passage is innocent so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State*).

UNCLOS 1982 merinci 12 jenis kegiatan lintas yang tidak damai sebagaimana diatur oleh Pasal 19, yaitu sebagai berikut :

1. setiap ancaman atau penggunaan kekuatan terhadap kedaulatan, integritas teritorial atau kemerdekaan politik negara pantai;
2. penggunaan senjata;
3. mencari informasi yang merugikan pertahanan atau keamanan negara pantai;
4. melakukan propaganda;
5. peluncuran/pendaratan/penerimaan pesawat udara di kapal;
6. peluncuran/pendaratan/penerimaan peralatan militer di kapal;
7. bongkar muat komoditi, mata uang atau orang yang bertentangan dengan aturan bea cukai, fiskal, imigrasi, atau saniter negara pantai;
8. pencemaran laut dengan sengaja;
9. penangkapan ikan;
10. melakukan riset atau survei;
11. kegiatan yang mengganggu sistem komunikasi negara pantai;

UU No. 31/2004 tentang Perikanan (jo. UU No. 45/2009), UU No. 43/2008 tentang Wilayah Negara, UU No. 32/2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

12. setiap kegiatan yang tidak berhubungan langsung dengan lintas.

Konvensi Hukum Laut 1982 juga mengatur bahwa kapal selam harus berlayar di permukaan laut untuk menunjukkan bendera kapalnya, di lain pihak negara pantai dapat menentukan alur laut dan skema pemisah lalu lintas laut bagi keselamatan pelayaran (*safety of navigation*) terutama bagi kapal *tanker*, kapal bertenaga nuklir, kapal yang membawa nuklir atau benda berbahaya, dan kapal perang (*warship*). Kapal perang asing yang melintasi laut teritorial suatu negara harus menaati aturan hukum nasional negara pantai tersebut, meskipun kapal perang tersebut bersifat imunitas/kebal. Apabila kapal perang asing itu melakukan pelanggaran hukum nasional negara pantai tersebut, maka negara pantai itu dapat mengusirnya untuk segera meninggalkan laut teritorial itu sebagaimana diatur Pasal 29-32 UNCLOS 1982.

Ketentuan Pasal 1-32 Konvensi Hukum Laut 1982 sudah diadopsi oleh Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia sebagai *implementing legislation* dari Undang-Undang Nomor 17 Tahun 1985 tentang Pengesahan UNCLOS 1982. Pasal 24 UU No. 6/1996 berbunyi :

1. Penegakan kedaulatan dan hukum di perairan Indonesia, ruang udara di atasnya, dasar laut dan tanah di bawahnya termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya serta sanksi atas pelanggarannya, dilaksanakan sesuai dengan ketentuan konvensi hukum internasional lainnya dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.²⁰²
2. Jurisdiksi dalam penegakan kedaulatan dan hukum terhadap kapal asing yang sedang melintasi laut teritorial dan perairan kepulauan Indonesia dilaksanakan sesuai dengan ketentuan Konvensi, hukum internasional lainnya, dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

²⁰²Pasal 1 angka 4 UU No. 6/1996 tentang Perairan Indonesia : *Perairan Indonesia adalah laut territorial Indonesia beserta perairan kepulauan dan perairan pedalaman*. Pengertian Perairan Indonesia dipertegas lagi oleh Pasal 3 (1) bahwa *Wilayah Perairan Indonesia meliputi laut territorial Indonesia, perairan kepulauan, dan perairan pedalaman*, sedangkan Pasal 3 ayat (2) bahwa *Laut Teritorial adalah jalur laut selebar 12 (dua belas) mil yang diukur dari garis pangkal kepulauan Indonesia*. Pengertian Laut Teritorial ini sesuai dengan Pasal 3 UNCLOS 1982, tetapi *overlap* bahkan bertentangan dengan UU No. 27/2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil yang dalam Pasal 1 angka 7 memberikan pengertian *Perairan Pesisir adalah laut yang berbatasan dengan daratan meliputi perairan sejauh 12 mil laut diukur dari garis pantai, perairan yang menghubungkan pantai dan pulau, estuary, teluk, perairan dangkal, rawa payau, dan laguna*. Inilah kelemahan peraturan perundang-undangan yang sering *overlap* atau bahkan bertentangan satu undang-undang dengan undang-undang lain padahal mengatur materi yang sama, sehingga peraturannya saja saling bertentangan lalu bagaimana penegakannya dan siapa yang bertanggung jawab?.

3. Apabila diperlukan untuk pelaksanaan penegakan hukum sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan (2) dapat dibentuk suatu badan koordinasi yang ditetapkan dengan Keputusan Presiden.

Badan koordinasi yang dimaksud oleh Pasal 24 UU No. 6/1996 tersebut adalah Badan Koordinasi Keamanan Laut (Bakorkamla) yang dibentuk oleh Peraturan Presiden Nomor 81 Tahun 2005 yang di dalamnya melibatkan 12 sektor yang dipimpin oleh Menteri Koordinator Politik, Hukum, dan Keamanan (Menko Polhukam) sebagai Ketua Bakorkamla dengan 11 sektor lain sebagai Anggota, yaitu Mendagri, Menhan, Menhukham, Menkeu, Menhub, Men KP, Jaksa Agung, Panglima TNI, Kapolri, KaBin, dan KASAL. Kalau memperhatikan insiden tanggal 13 Agustus 2010 di mana Malaysia menangkap dan menahan 3 aparat dari Dinas Kelautan dan Perikanan Provinsi Kepulauan Riau, yang tampak tidak ada keterlibatan Bakorkamla. Oleh karena itu, koordinasi penegakan kedaulatan dan hukum di perairan Indonesia tampaknya belum kuat, masih jauh dari yang diharapkan. Di samping ada Bakorkamla yang lahir karena ada UU No. 6/1996, ada juga badan nasional yang mempunyai nilai strategis, yaitu Badan Nasional Pengelolaan Perbatasan (BNPP) yang dibentuk oleh Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2001. Kita tunggu kinerja Badan ini dalam hal mengelola perbatasan NKRI yang selama ini menjadi persoalan serius perbatasan negara kita dengan negara tetangga seperti dengan Malaysia itu.

Sebelum melanjutkan pengaturan masalah hankam di rezim-rezim lain setelah rezim laut teritorial, terutama di rezim zona ekonomi eksklusif (ZEE) Indonesia, penulis ingin menegaskan bahwa Indonesia mempunyai status sebagai negara kepulauan dimana penetapan status tersebut tidaklah mudah prosesnya, tetapi melalui perjuangan keras dan lama yang telah dilakukan oleh para pejuang bangsa ini. Perjuangan Indonesia untuk diakui dunia sebagai negara kepulauan diawali dengan keberanian Perdana Menteri Ir. H. Djuanda Kartawidjaja yang mengeluarkan deklarasi yang kemudian dikenal dengan Deklarasi Djuanda tanggal 13 Desember 1957 yang menegaskan bahwa Indonesia adalah negara kepulauan dan berhak menetapkan lebar laut teritorial sejauh 12 mil. Konseptor Deklarasi Djuanda ini adalah Mochtar Kusumaatmadja, yang kemudian beliau berhasil membawa konsep negara kepulauan tersebut diakui dunia internasional melalui proses Konferensi PBB yang berlangsung 9 tahun sejak tahun 1973 sampai terbentuknya UNCLOS atau Konvensi Hukum Laut 1982. Setelah mengalami proses sejarah panjang sejak Deklarasi Djuanda tahun 1957 akhirnya pengertian negara kepulauan berhasil didefinisikan sebagaimana terdapat dalam Pasal 46 huruf (a) dan (b) Konvensi Hukum Laut 1982 yang berbunyi sebagai berikut :

(a) Archipelagic State means a State constituted wholly by one or more archipelagos and may include other islands;

(b) "archipelago" means a group of islands, including parts of islands, interconnecting waters and other natural features which are so closely interrelated that such islands, waters and other natural features form an intrinsic geographical, economic and political entity, or which historically have been regarded as such.

Negara kepulauan adalah suatu negara yang seluruhnya terdiri dari satu atau lebih kepulauan (*archipelagos*) dapat mencakup pulau-pulau lain, sedangkan definisi kepulauan adalah suatu gugusan pulau termasuk bagian pulau, perairan dan wujud alami lainnya yang saling berhubungan satu sama lainnya dengan eratnyanya, sehingga pulau-pulau, perairan dan wujud alamiah tersebut membentuk kesatuan geografi, ekonomi, dan politik yang hakiki atau secara historis dianggap sebagai demikian.²⁰³ Konvensi Hukum Laut 1982 dalam Pasal 49 menegaskan status hukum perairan kepulauan, udara di atasnya, dan dasar laut di bawahnya, yaitu berbunyi sebagai berikut :

1. *The sovereignty of an archipelagic State extends to the waters enclosed by the archipelagic baselines drawn in accordance with article 47, described as archipelagic waters, regardless of their depth or distance from the coast.*
2. *This sovereignty extends to the air space over the archipelagic waters, as well as to their bed and subsoil, and the resources contained therein.*
3. *The regime of archipelagic sea lanes passage established in this Part shall not in other respects affect the status of the archipelagic waters, including the sea lanes, or the exercise by the archipelagic State of its sovereignty over such waters and their air space, bed and subsoil, and the resources contained therein.*

Negara kepulauan berdaulat penuh atas perairan kepulauannya tanpa memperhatikan kedalaman atau jaraknya dari pantai dan kedaulatan penuh tersebut meliputi ruang udara di atasnya, dasar laut dan tanah di bawahnya, serta sumber kekayaan yang terkandung di dalamnya. Negara kepulauan harus menetapkan alur laut kepulauan (*archipelagic sea lanes*) bagi pelayaran internasional. Negara kepulauan mempunyai kewajiban untuk menghormati perjanjian yang sudah ada dengan Negara lain dan harus mengakui hak penangkapan ikan tradisional (*traditional fishing rights*), serta menghormati kabel laut yang dipasang Negara lain di perairan kepulauan tersebut sebagaimana diatur oleh Pasal 51 Konvensi Hukum Laut 1982. Pengakuan Negara kepulauan terhadap hak-hak tersebut harus dilaksanakan karena mengingat status perairan tersebut semula adalah tunduk pada rezim laut lepas, tetapi setelah

²⁰³Selain Indonesia, di dunia ini ada sekitar 35 negara yang mempunyai status sebagai negara kepulauan seperti antara lain : Antigua and Barbuda, Bahama, Comoros, Fiji, Jamaica, Kiribati, Marshall Islands, Mauritius, PNG, Philippines, St Vincent and Grenadines, Solomon Islands, Trinidad and Tobaco, Tuvalu, Vanuatu.

berlaku Konvensi Hukum Laut 1982 sejak tanggal 16 November 1994, maka yang semula statusnya laut lepas sekarang menjadi perairan kepulauan yang tunduk pada rezim kedaulatan penuh negara kepulauan. Di negara kepulauan, kapal-kapal dari semua negara mempunyai hak untuk lintas damai (*the right of innocent passage*) melalui perairan kepulauan sebagaimana ditentukan oleh Pasal 52-53 UNCLOS 1982.

Oleh karena itu, Pemerintah Indonesia sudah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2002 tentang Hak dan Kewajiban Kapal Asing dalam Melaksanakan Lintas Damai melalui Perairan Indonesia, Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 2002 tentang Hak dan Kewajiban Kapal dan Pesawat Udara Asing dalam Melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan melalui Alur Laut Kepulauan yang Ditetapkan, dan baru-baru ini Pemerintah Indonesia mengeluarkan Peraturan Pemerintah sebagai akibat putusan Mahkamah Internasional yang memenangkan Malaysia dalam kasus Pulau Sipadan dan Ligitan, yaitu Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 2008 tentang Daftar Koordinat Geografis Titik-Titik Garis Pangkal Kepulauan Indonesia menggantikan PP No. 38/2002 yang masih memasukkan Pulau Sipadan dan Ligitan sebagai *baselines* Kepulauan Indonesia. Rezim hukum di laut yang sering menjadi masalah bagi Indonesia selama ini adalah di ZEE Indonesia karena di ZEE ini Indonesia mempunyai kekayaan sumber daya alam hayati berupa ikan dan non-hayati berupa minyak, gas, dan mineral lainnya. Indonesia mempunyai hak berdaulat (*sovereign rights*) dan yurisdiksi atas kekayaan laut di rezim hukum ZEE yang lebarnya sejauh 200 mil tersebut sebagaimana diatur oleh Pasal 55-75 UNCLOS 1982. Pasal 56 yang berbunyi sebagai berikut :

1. *In the exclusive economic zone, the coastal State has:*
 - a. *sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the seabed and of the seabed and its subsoil, and with regard to other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds;*
 - b. *jurisdiction as provided for in the relevant provisions of this Convention with regard to:*
 - 1) *the establishment and use of artificial islands, installations and structures;*
 - 2) *marine scientific research;*
 - 3) *the protection and preservation of the marine environment;*

Di ZEE, setiap Negara pantai seperti Indonesia mempunyai hak berdaulat untuk tujuan eksplorasi, eksploitasi, konservasi, dan mengelola sumber daya alam baik hayati maupun non-hayati di perairannya, dasar laut dan tanah di bawahnya serta untuk keperluan ekonomi di zona tersebut, seperti produksi energi dari air, arus, dan

angin. Sedangkan yurisdiksi Indonesia di zona itu adalah yurisdiksi membuat dan menggunakan pulau buatan, instalasi, dan bangunan, riset ilmiah kelautan, perlindungan dan pelestarian lingkungan laut. Dalam melaksanakan hak berdaulat dan yurisdiksinya di zona ekonomi eksklusif itu, Indonesia harus memperhatikan hak dan kewajiban negara lain. Hal yang tidak kalah pentingnya adalah kewajiban menetapkan batas-batas zona ekonomi eksklusif Indonesia dengan negara tetangga berdasarkan perjanjian, pembuatan peta dan koordinat geografis serta menyampaikan salinannya ke Sekretaris Jenderal PBB.

Ketentuan penting tentang ZEE menurut Konvensi Hukum Laut 1982 tersebut adalah ketentuan menyangkut penegakan hukum negara pantai atas terjadinya pelanggaran berupa penangkapan ikan oleh kapal asing tanpa izin, yaitu sebagaimana terdapat dalam Pasal 73. Penegakan hukum oleh negara pantai (*enforcement of laws and regulations of coastal state*) di ZEE sudah diatur oleh Pasal 73 Konvensi Hukum Laut 1982 yang berbunyi sebagai berikut:

1. *The coastal State may, in the exercise of its sovereign rights to explore, exploit, conserve and manage the living resources in the exclusive economic zone, take such measures, including boarding, inspection, arrest and judicial proceedings, as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations adopted by it in conformity with this Convention.*
2. *Arrested vessels and their crews shall be promptly released upon the posting of reasonable bond or other security.*
3. *Coastal State penalties for violations of fisheries laws and regulations in the exclusive economic zone may not include imprisonment, in the absence of agreements to the contrary by the States concerned, or any other form of corporal punishment.*
4. *In cases of arrest or detention of foreign vessels the coastal State shall promptly notify the flag State, through appropriate channels, of the action taken and of any penalties subsequently imposed.*

Dalam melaksanakan hak berdaulatnya, negara pantai dapat melakukan eksplorasi, eksploitasi, konservasi, dan mengelola sumber daya hayati di ZEE, mengambil tindakan berupa menaiki kapal, memeriksa, menangkap, dan memproses suatu peradilan yang diperlukan untuk menjamin penaatannya atas peraturan perundang-undangan negara pantai sesuai dengan Konvensi ini. Kapal-kapal yang ditangkap dan awak kapalnya harus segera dibebaskan setelah diberikan suatu uang jaminan yang layak atau bentuk jaminan lainnya. Penegakan hukum yang dilakukan oleh negara pantai terhadap pelaku pelanggaran peraturan perundang-undangan perikanan di ZEE tidak boleh mencakup hukuman penjara, dalam hal tidak ada perjanjian yang bertentangan dengan negara-negara bersangkutan, atau setiap bentuk hukuman badan lainnya. Dalam hal penangkapan atau penahanan kapal asing, negara pantai harus

segera memberitahukan kepada negara bendera melalui saluran yang tepat mengenai tindakan yang diambil dan mengenai hukuman yang dijatuhkan.

Indonesia sudah mengadopsi ketentuan ZEE sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 55-75 Konvensi Hukum Laut 1982, sebagai bentuk *implementing legislation*, yaitu Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1983 tentang Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia dan Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 1984 tentang Penggunaan Sumber Daya Alam di Zona Ekonomi Eksklusif, dan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2004 tentang Perikanan *jo.* Undang-Undang Nomor 45 Tahun 2009. UU No. 31/2004 tentang Perikanan secara lengkap mengatur persoalan perikanan, bahkan sudah menetapkan Pengadilan Perikanan sebagai upaya mencegah dan menghukum para pelaku yang *illegal fishing* di 5 (lima) tempat Pengadilan Negeri, yaitu Jakarta Utara, Medan, Pontianak, Bitung, dan Tual. Bahkan baru-baru ini diberitakan bahwa Pemerintah akan membentuk lagi Pengadilan Perikanan dengan sistem hakim ad-hoc tersebut di Riau dan Tanjung Pinang, sehingga diharapkan penegakan hukum atas illegal fishing di ZEE Indonesia dapat terlaksana dengan baik. Indonesia harus menaati aturan Pasal 73 UNCLOS 1982 tersebut, yaitu bahwa kapal yang tertangkap harus segera dibebaskan kalau sudah membayar uang jaminan atau bentuk jaminan keamanan lainnya yang tidak selalu dalam bentuk uang. Pemerintah Indonesia dilarang membakar kapal asing tersebut dan menghukum secara fisik anak buah kapalnya karena bertentangan dengan Konvensi Hukum Laut 1982 tersebut. Dengan adanya Pengadilan Perikanan mudah-mudahan dapat mempercepat proses peradilan atas pelanggaran yang dilakukan oleh kapal asing, sehingga mengenai jumlah uang jaminan atau bentuk jaminan keamanan lainnya dengan cepat dapat diputuskan oleh Pengadilan Perikanan tersebut.

Dalam beberapa kasus pelanggaran di ZEE yang ditangani oleh Pengadilan Hukum Laut Internasional (ITLOS-*International Tribunal for the Law of the Sea*) yang bermarkas di Jerman itu memutuskan penafsiran atas jaminan yang memadai atau bentuk jaminan keamanan lainnya (*reasonable bond or other security*) sebagaimana ditentukan oleh Pasal 73 UNCLOS 1982 tersebut. Hakim ITLOS dalam kasus "Monte Confurco" antara Seychelles dan Prancis, menafsirkan Pasal 73 dan 292 Konvensi Hukum Laut 1982 secara "*teleological interpretation*", yaitu penafsiran sesuai dengan tujuannya bahwa penangkapan itu bukan hanya untuk mendapatkan uang semata, tetapi lebih kepada kepentingan negara pantai dan negara bendera dalam melaksanakan aturan hukumnya masing-masing. ITLOS menyatakan bahwa *posting of reasonable bond or other security* itu bergantung pada tingkat pelanggaran (*gravity*), hukum nasionalnya, nilai kapal dan kargo yang ditangkap itu, dan sifatnya *not exhaustive* (tidak terbatas), misalnya dapat berupa *non-financial conditions as*

components of a bond or other financials security, seperti dalam kasus *Camouco-Panama v France* tahun 2000. Dalam kasus *Volga* antara Rusia dan Australia, Hakim ITLOS menyatakan bahwa jaminan dapat berupa kewajiban (*obligation*) kepada kapal yg ditangkap itu untuk menggunakan sistem monitoring kapal, yaitu *Vessel Monitoring System* atau VMS. Sedangkan dalam kasus *Juno Trader* tahun 2004 (antara Saint Vincent and the Grenadines dan Guinea Bissau), putusan hakim ITLOS menyatakan bahwa *reasonable bond* dapat dibayarkan oleh bank negara penahan, pemilik kapal/kargo, bank negara bendera, atau pihak asuransi. Pengadilan ini juga mempertimbangkan kemanusiaan dan proses hukum (*due process of law*), serta kejujuran (*fairness*) dari para awaknya, misalnya para awaknya itu tersesat.

Dengan demikian, para hakim Pengadilan Perikanan Indonesia yang sudah ada di 5 (lima) tempat tersebut harus benar-benar memahami Konvensi Hukum Laut 1982 dalam menerapkan ke dalam kasus-kasusnya sehingga kemudian tidak akan mengundang protes atau gugatan dari negara kapal yang ditangkap. Tetapi apabila ada kesengajaan kapal asing tersebut melakukan pelanggaran berupa penangkapan ikan secara illegal atau bahkan berkali-kali melakukannya di ZEE Indonesia, maka para hakim Pengadilan Perikanan Indonesia dapat memperberat uang jaminannya. Sekarang kita lihat bagaimana peraturan perundang-undangan yang sudah ada mengatur masalah penegakan hukum dan kedaulatan NKRI di wilayah laut, baik di laut teritorial maupun di ZEE dan juga tidak menutup kemungkinan penegakan hukum nasional Indonesia di laut lepas.

Sebenarnya masalah pertahanan dan keamanan dalam menjaga kedaulatan NKRI di wilayah laut sudah dikemukakan jauh sebelumnya oleh Mochtar Kusumaatmadja dalam tulisannya yang berjudul "*Beberapa Pikiran Mengenai Pertahanan dan Keamanan di Laut dalam Negara Nusantara*", selaku Menteri Kehakiman RI, yang dibacakan pada Lokakarya tentang Sistem Pertahanan dan Keamanan di Laut yang diselenggarakan oleh TNI AL di Jakarta tahun 1977.²⁰⁴ Pada dasarnya tulisan beliau adalah bahwa untuk melaksanakan pertahanan dan keamanan dalam kerangka menjaga kedaulatan NKRI, Indonesia harus mempunyai kemampuan perlengkapan dan teknologi persenjataan yang memadai terutama TNI AL yang harus melengkapi kekuatannya sehingga mampu menjaga dan menegakan hukum dan kedaulatan di Negara Nusantara Indonesia ini. Apa yang disampaikan oleh Mochtar Kusumaatmadja itulah masalahnya karena sampai sekarang pun kekuatan armada laut kita belum memadai dikarenakan kekurangan biaya yang sudah barang tentu tertinggal

²⁰⁴ Mochtar Kusumaatmadja, *Bunga Rampai Hukum Laut*, Binacipta, Bandung, Cetakan Pertama, Agustus 1978, hlm. 151-169.

oleh negara-negara tetangga yang *notabene* bukan negara kepulauan, sedangkan Indonesia mempunyai laut begitu luas sehingga tidak mudah untuk menjaganya.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN YANG TERKAIT DENGAN MASALAH PERTAHANAN DAN KEAMANAN DI LAUT

1. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1983 tentang Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia.
Pasal 14 : "*Aparatur penegak hukum di bidang penyidikan di Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia adalah Perwira Tentara Nasional Indonesia Angkatan Laut yang ditunjuk oleh Panglima Angkatan Bersenjata Republik Indonesia*".
2. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia.
Pasal 24 mengacu penegakan kedaulatan dan hukum di Perairan Indonesia kepada peraturan perundang-undangan dan badan koordinasi keamanan di laut seperti yang sudah dibentuk, yaitu Bakorkamla sebagaimana sudah dibentuk oleh Perpres No. 81/2005.
3. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia.
4. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2002 tentang Pertahanan Negara.
Pasal 10 ayat (2) berbunyi : "*Tentara Nasional Indonesia terdiri dari atas Angkatan Darat, Angkatan Laut, dan Angkatan Udara. TNI dalam kerangka sistem pertahanan nasional bertugas melaksanakan kebijakan pertahanan negara untuk :*
 - a. *Mempertahankan kedaulatan negara;*
 - b. *Melindungi kehormatan dan keselamatan negara;*
 - c. *Melaksanakan operasi militer selain perang;*
 - d. *Ikut serta secara aktif dalam tugas memelihara perdamaian regional dan internasional.*
5. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 43 Tahun 2008 tentang Wilayah Negara.
6. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2010 tentang Badan Nasional Pengelola Perbatasan. Badan ini mempunyai tugas "*membuat kebijakan program pembangunan perbatasan, menetapkan rencana kebutuhan anggaran, mengoordinasikan pelaksanaan, dan melaksanakan evaluasi dan pengawasan terhadap pengelolaan batas wilayah negara dan kawasan perbatasan*". Dengan adanya 92 pulau terluar di berbagai pelosok tanah air, tidak mudah bagi BNPP untuk mengawasinya sehingga dikhawatirkan negara-negara tetangga tidak mempunyai itikad baik untuk menghormati NKRI. BNPP ini melibatkan 18 sektor yang terkait dengan penanganan kawasan

perbatasan, tetapi masalah koordinasi tidak mudah dalam pelaksanaannya.

KESIMPULAN

Konvensi Hukum Laut 1982 yang sudah diratifikasi Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 17 Tahun 1985 sudah jelas mengatur status hukum setiap rejim maritim bagi setiap negara pantai, meskipun dalam praktiknya tidak mudah karena kekayaan laut mempunyai potensi sengketa bagi setiap negara. UNCLOS 1982 memerintahkan penyelesaian secara damai kalau terjadi sengketa tersebut baik melalui perundingan maupun pengadilan internasional. Konvensi tersebut juga banyak menyerahkan pelaksanaan pengelolaan kekayaan laut dan penegakan hukumnya kepada hukum nasional setiap negara, sehingga Indonesia yang sudah diakui dunia internasional sebagai negara kepulauan harus mampu dalam menjaga dan mengelolanya sehingga memberikan manfaat besar bagi bangsa dan negara Indonesia. Peraturan perundang-undangan yang terkait dengan laut tersebut sudah cukup memadai dalam kerangka menjaga kedaulatan NKRI dan mengelola kekayaan lautnya, tetapi dalam praktiknya tidak mudah. Oleh karena itu, diperlukan upaya yang serius setiap sektor yang terkait dengan koordinasi yang baik. Di samping itu, diperlukan biaya yang tidak kecil untuk memperkuat pertahanan dan keamanan, sehingga dapat secara optimal mengelola kekayaan laut dan menjaga kedaulatan NKRI yang pada akhirnya akan memberikan manfaat besar bagi bangsa dan negara Indonesia baik bagi generasi sekarang maupun generasi yang akan datang.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Churchill, RR. and Lowe, AV (1999), *The Law of the Sea*, Third Edition, Juris Publishing, Manchester University Press, UK.
Mochtar Kusumaatmadja (1978), *Bunga Rampai Hukum Laut*, Binacipta, Bandung, Cetakan Pertama, Agustus.

Peraturan Perundang-Undangan

- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1983 tentang Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia
Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 1985 tentang Pengesahan *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) 1982
Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia

- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2002 tentang Pertahanan Negara
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 2004 tentang Perikanan (Jo. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 45 Tahun 2009)
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 43 Tahun 2008 tentang Wilayah Negara
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup

Bambang Sudiarto
 Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta
 Jalan. KH Ahmad Dahlan, Cirendeui Ciputat-Jakarta Selatan
 bambangsudiarto25@gmail.com

SUMBER BAHASA HUKUM INDONESIA

ABSTRACT

The law, like all other social sciences, has its own character. Among the characters it possesses, is the language of law, which of course differs from the language of economics, the language of political science, and so forth. The legal language of the collection of laws itself, has its own character, and is highly dependent on the social conditions under which law and legal language develop. This paper wants to break down the English language in the context of Indonesia which is influenced by law, state, including the influence of Islamic law.

KEYWORD

SOURCE OF LAW,
 LEGAL LANGUAGE,
 INDONESIA

ABSTRAK

Hukum, sebagaimana halnya cabang ilmu sosial lainnya, memiliki karakternya sendiri. Di antara karakter yang dimilikinya itu, adalah bahasa hukum, yang tentu saja berbeda dengan bahasa ekonomi, bahasa politik, dan lain sebagainya. Bahasa hukum sebagaimana hukum itu sendiri, memiliki karakternya sendiri, dan sangat tergantung dari kondisi sosial dimana hukum dan bahasa hukum berkembang. Tulisan ini ingin menguraikan bahasa hukum dalam konteks Indonesia yang mendapat pengaruh dari tradisi hukum dari negara lain, termasuk pengaruh hukum Islam.

KATA KUNCI

SUMBER HUKUM,
 BAHASA HUKUM,
 INDONESIA

Pendahuluan

Dalam uraian terdahulu telah disinggung bahwa bahasa hukum, merupakan bahasa bangsa yang digunakan, dipelihara dan dikembangkan di dalam hukum, perbuatan hukum dan perhubungan hukum. Menurut penyusun, bahasa hukum tidak hanya terbatas pada bahasa bangsa yang bersangkutan semata, melainkan tidak tertutup kemungkinan menggunakan istilah-istilah yang berasal dari bahasa etnis tertentu dan bahkan bahasa asing di antaranya bahasa Inggris, bahasa Belanda dan Bahasa Arab, yang dalam bahasa Indonesia belum ditemukan padanannya.

Akan tetapi dalam perbuatan dan perhubungan hukum masyarakat sehari-hari, para praktisi hukum, seperti Pengacara, Hakim, Jaksa, Notaris dan PPAT, Kepolisian, Akademisi hukum dan para pemerhati hukum, peristilahan dimaksud telah sering digunakan dan cukup dimengerti makna maupun maksudnya dan telah menjadi bahasa baku dalam pergaulan hukum, di antaranya peristilahan-

peristilahan *verzet*, *verstek*, *in absentia*, *in kracht*, *nebis in idem*, nyalindung kageulung, kawin siri, kawin di bawah tangan, anak tunggu tubang, kawin semendo dan sebagainya.

Hal tersebut dikarenakan, tumbuh dan perkembangan hukum tidak dapat terlepas dari pengaruh pertumbuhan dan perkembangan yang telah berhasil dicapai masyarakat baik dalam pemikiran, perilaku, teknologi, budaya, sosial, informasi dan sebagainya. Sehingga bahasa hukum yang digunakan oleh masyarakat pun baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis didalam melakukan perhubungan hukum tidak terhindarkan dari pengaruh-pengaruh pertumbuhan dan perkembangan tersebut. Oleh karena itu bahasa hukum merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari bahasa yang digunakan oleh masyarakat setempat dan bahasa resmi Negara yang bersangkutan, sebagai bahasa persatuan.

Sebagai bahasa dalam penggunaan dan penerapannya mengandung tujuan yang cukup jelas guna mewujudkan dan mempertahankan kelangsungan terciptanya ketertiban serta kedamaian dengan memberi perlindungan kepada segenap warga masyarakat tanpa terkecuali. Oleh karena setiap warga masyarakat telah dengan jelas mengetahui hak-hak yang dimilikinya dan kewajiban-kewajiban yang menjadi bebannya. Bagi warga masyarakat dapat dengan jelas diketahui bentuk-bentuk pelanggaran yang telah dilakukan berikut dengan sanksi yang diancamkannya bila melakukan perbuatan dimaksud dan melalaikan kewajiban yang dibebankannya.

Sarana yang memuat aturan berisikan ketentuan mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban atau norma-norma hukum dikenal dengan sebutan hukum, untuk itu perlu diketahui terlebih dahulu tentang hukum yang ada dan berlaku bagi masyarakat dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Hukum yang berlaku di Indonesia

Untuk mengetahui bentuk-bentuk hukum yang ada dan diberlakukan dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia, perlu diketahui terlebih dahulu perihal sistem-sistem hukum yang ada dan dikenal serta berlaku pada negara-negara di Dunia. Oleh karena bentuk hukum tidak dapat terlepas dari pengaruh sistem-sistem hukum yang ada dan dikenal serta berlaku pada negara-negara di Dunia.

Secara historis Negara Kesatuan Republik Indonesia merupakan suatu negara bekas jajahan Belanda dalam rentang waktu cukup lama, tiga setengah abad. Terhadap hukum-hukum yang berlaku pada negarajajahannya Pemerintah Belanda menggunakan atau menerapkan asas konkordansi. Yakni suatu langkah atau tindakan memberlakukan hukum-hukum yang berlaku dinegaranya pada negara jajahannya. Akibat dari politik hukum pemerintah Belanda

sampai sekarang masih dirasakan dan ditemukan masyarakat ketentuan-ketentuan berisi peraturan-peraturan yang dibuat dan dari pemerintah Belanda masih diberlakukan seperti Kitab Undang-undang Hukum Perdata, Kitab Undang-undang Hukum pidana, *Herziene Inlandsch Reglement* (H.I.R) dan sebagainya. Meskipun Negara Kesatuan Republik Indonesia telah merdeka sejak tanggal 17 Agustus 1945.

Disamping itu, pengaruh lainnya terhadap sistem hukum yang berlaku dinegara Kesatuan Republik Indonesia. Beraneka ragamnya sistem hukum yang dikenal dan dianut serta diterapkan oleh negara-negara di Dunia, membawa pengaruh pada bentuk hukum yang ada dan diberlakukan pada negara-negara di dunia. Prof. Rene David membagi sistem hukum yang berlaku pada negara-negara di dunia ke dalam beberapa golongan keluarga hukum, yaitu :

- a. Keluarga hukum Romano Germanic;
- b. Keluarga hukum Common Law;
- c. Keluarga hukum Socialist Law;
- d. Keluarga hukum Religious dan Tradisional Law²⁰⁵.

Selain penggolongan sistem hukum yang dikemukakan ahli dan penulis di atas, masih terdapat pendapat lain mengenai penggolongan sistem hukum, akan tetapi penggolongan sistem hukum yang dikemukakannya tidak terlalu berbeda, "sistem hukum continental (civil law), sistem hukum Anglosaksis, sistem hukum Islam dan sistem hukum tradisional"²⁰⁶.

Terlepas dari keaneka ragaman pengelompokkan sistem-sistem hukum di Dunia sebagaimana dikemukakan oleh para ahli dan penulis di atas. Dalam hal untuk mengetahui bentuk-bentuk hukum yang ada dan diberlakukan pada suatu negara seperti di antaranya Indonesia, terdapat tiga macam sistem hukum besar yang memiliki keterkaitan cukup erat. Oleh karena ketiga macam sistem hukum tersebut mempunyai pengaruh cukup signifikan terhadap bentuk-bentuk hukum yang ada dan diberlakukan pada suatu negara, yaitu sistem Hukum Islam, sistem Hukum Kontinental (Civil Law) dan sistem Hukum Anglosakson (Common Law).

1. Sistem Hukum Islam

Sumbangan terbesar dan terpenting serta dapat dikatakan sebagai yang paling utama dari Agama Islam terhadap dan bagi kehidupan umat manusia dimuka bumi ini, berupa terbentuknya suatu peradaban baru yang berlandaskan atau berdasarkan ajaran Agama Islam yang dibawa oleh Rasulullah Muhammad SAW. Tidak mengherankan jika peradaban yang diajarkan Islam dapat diterima

²⁰⁵ R. Sardjono, 1991, hal. 17.

²⁰⁶ Bagir Manan, -Kuntana Magnar. *Peran Peraturan Perundang-undangan Dalam Pembinaan Hukum Nasional*, (Bandung: Armico, 1987), hal. 13.

oleh setiap warga masyarakat dimanapun, sehingga dalam setiap tahunnya akan selalu tumbuh, berkembang dan bertambah serta menyebar luas baik wilayahnya maupun para pengikut dan penganutnya.

Sebelum Agama Islam diturunkan kepada Rasulullah Muhammad SAW melalui Malaikat Jibril, masa ini dikenal dengan sebutan masa "Jahiliyah menurut bahasa memiliki arti kebodohan"²⁰⁷. Penamaan terhadap masa sebelum Islam diturunkan di tanah Arab menunjukkan "garis batas yang menjadi pemisah antara jaman lama dengan jaman baru atau antara jaman gelap dan jaman terang, tegasnya antara jaman sebelum dan sesudah Islam"²⁰⁸.

Hukum Islam merupakan bagian yang tak terpisahkan dan tidak dapat dipisahkan sebagai satu kesatuan yang utuh dengan Agama Islam yang merupakan pedoman atau patokan bagi seluruh makhluk-makhluk ciptaan Allah swt. Terutama dan utamanya bagi manusia yang didalam menjalankan hidup dan kehidupan di muka bumi berkedudukan selaku pengabdian Allah Swt sebagai penciptanya dan pencipta makhluk-makhluk lainnya.

Kesetupaduan yang tidak terpisahkan dan dipisahkan antara hukum Islam dengan Agama Islam dikemukakan pula oleh Prof. H.A.R. Gibb "telah menunjukkan konsep-konsep pergerakan Islam itu dan menyatakan bahwa pergerakan tersebut adalah salah satu karakteristik struktur Islam secara keseluruhan. Bentuk masyarakat manusia dimana sekelompok manusia membangun untuk dirinya, secara fundamental mendasarkan dirinya di atas suatu keyakinan, tabiat dan tujuan dunia serta tempat berteduhnya jiwa manusia. Ini adalah sebuah doktrin yang seringkali disampaikan dimimbar agama kristen dari minggu ke minggu. Mungkin hanya agama Islam sajalah yang (secara terus menerus) mempunyai tujuan untuk membina masyarakat di atas suatu prinsip atau dasar alat utama untuk itu adalah hukum"²⁰⁹.

Kemudian dikemukakan pula oleh Prof. Joseph Schacht "hukum Islam merupakan ikhtisar jiwa Islam, ia adalah manifestasi tipis (istimewa) dari cara hidup menurut agama Islam, ia juga merupakan butir-butir agama Islam. Bagi mayoritas kaum muslimin, hukum lebih banyak menyangkut kepentingan praktis dari pada dogma. Dan sampai sekarang hukum merupakan unsur yang menentukan perjuangan, yang sampai sekarang masih dipertentangkan antara nilai-nilai tradisionalisme dan modernisme serta pertentangan ide-ide yang datang dari Barat. Sekarang tidak mungkin kita dapat mengetahui tentang kemajuan legal dinegara-negara Islam di Timur

²⁰⁷ Dr. Anwar Harjono. *Hukum Islam Keluasan dan Keadilannya*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1987), Kedua, hal.33

²⁰⁸ *Ibid*, hal. 33

²⁰⁹ Dr. Said Ramadhan. *Hukum Islam ruang lingkup dan kandungannya (Islamic law : Its Scope and Equity)*, (Jakarta: C.V. Gaya Media Pratama, 1986), hal.XXII

Tengah tanpa adanya suatu apresiasi yang tepat terhadap teori hukum, hukum positif dan praktek hukum dalam Islam sejak dahulu²¹⁰.

Hukum Islam menurut "teori klasik adalah perintah Allah swt yang diwahyukan kepada Rasulullah Muhammad SAW"²¹¹. Tidak terlalu berlebihan kiranya bahkan lebih pada kesesuaian bila didalam hukum Islam manusia akan memperoleh hak-haknya bila dirinya telah menjalankan atau melaksanakan kewajiban-kewajiban selaku pengabdikan yang telah ditentukan dan ditetapkan. Sebagaimana dikemukakan "Hukum Islam memberikan hak kepada manusia, yang timbul sebagai akibat pelaksanaan kewajiban dan meninggalkan sesuatu"²¹² yang dilarangnya untuk dilakukan.

Manusia sebagai makhluk ciptaan Allah swt yang telah dibekali dengan akal, pikiran, perasaan, emosi atau nafsu dan nurani atau Qalbu untuk dapat menjalani hidup dan kehidupan selaku pengabdikan Allah swt dimuka bumi dan khalifah. Oleh karena itu manusia memiliki kemampuan memperhatikan, meresap segala sesuatu yang menjadi perhatian dan menarik dirinya, dan "memahami serta menentukan pendapat"²¹³.

Agar manusia didalam menjalankan atau melaksanakan kewajiban-kewajibannya tidak mengalami kebingungan dan kebingungan dalam memilih perbuatan-perbuatan mana yang harus didahulukan Allah swt telah menetapkan dan memberikan pedoman atau patokan yang berupa kaedah-kaedah yang berlaku dalam hukum Islam yang "digolongkan ke dalam 5 (lima) katagori"²¹⁴, sebagai berikut ;

- a. Perbuatan wajib (Fardhu atau Wajib) adalah sesuatu yang harus dikerjakan oleh seseorang.;
- b. Perbuatan terlarang (Haram) adalah perbuatan yang diperintahkan untuk ditinggalkan.;
- c. Perbuatan yang tidak disukai (Makruh) adalah perbuatan yang diperintahkan ditinggalkan, tapi bila dilakukan juga tidak dikenai sanksi;
- d. Perbuatan yang disukai atau Sunnah (Mandub) adalah perbuatan yang diperintahkan tidak bersifat mutlak.;
- e. Perbuatan yang diizinkan atau secara hukum dibiarkan tanpa ketentuan (Mubah), adalah perbuatan yang dianggap dibolehkan atau diperkenankan.

²¹⁰ *Ibid*, hal. XXII.

²¹¹ Dr. Muhammad Muslehuddin, *Filsafat Hukum Islam dan Pemikiran Orientalis Studi Perbandingan Sistem Hukum Islam*, (Yogyakarta: PT.Tiara Wacana, 1997), hlm. 45.

²¹² Dr. Abdoerraoef, S.H., *Al Qur'an dan Ilmu Hukum, Sebuah Studi Perbandingan*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1986), hlm.8.

²¹³ Abul A'la al Maududi, *Prinsip-prinsip Islam*, (Bandung: Al Ma'Arif, 1988) cetakan keempat, hlm.10.

²¹⁴ Dr. Mohammad Muslehuddin, *Hukum Darurat Dalam Islam*, (Bandung: Pustaka, 1985), cetakan Pertama, hlm.20

Pada masa sekarang ini istilah yang digunakan untuk menyebut hukum Islam masih cukup beragam seperti syari'ah, fiqh, hukum dan kanun. Pertama, Syari'ah atau syariat secara etimologi berakar dari kata dalam bahasa Arab Syar'i yang berarti "sesuatu yang dibuka secara lebar kepadanya. Dari kata syar'i kemudian terbentuknya kata syari'ah yang berarti sumber air minum"²¹⁵. Menurut terminologis "Muhammad Ali al-Syis mengartikan syari'ah (syari'at) dengan jalan lurus. Kemudian artia seperti demikian ini dijabarkan menjadi hukum-hukum syara' mengenai perbuatan (manusia) yang dihasilkan dalil-dalil terinci. Yang dimaksud ialah yang diperoleh dari ayat-ayat Al Qur'an dan Hadits Rasulullah Muhammad SAW yang shahih"²¹⁶.

Kata fiqh berasal dari "kata atau huruf f, q, h yang menunjuk kepada maksud sesuatu, disebut dengan fikih"²¹⁷. Secara terminologi, Abd al-Wahab Khallaf memberikan definisi terhadap fiqh (fikih) dengan "pengetahuan tentang hukum-hukum syara' mengenai perbuatan manusia yang diusahakan dari dalil-dalil yang terinci atau kumpulan hukum-hukum syara' mengenai perbuatan manusia yang diperoleh dari dalil-dalil yang terinci"²¹⁸. Kemudian Al-Jurjani mengartikan "fiqh sebagai usaha yang dihasilkan oleh pikiran atau Ijtihad melalui analisis dan perenungan"²¹⁹.

Secara etimologis "hukum berawal dari kata atau huruf dalam bahasa Arab H.K.M, yang mengandung arti menolak. Dari kata tersebut kemudian terbentuk atau timbul istilah al Hakim yang berarti menolak kelaliman/penganiayaan"²²⁰. Adapun secara terminologis, para ulama ushul mendefinisikan hukum dengan "titah Allah swt yang berkenaan dengan perbuatan orang-orang mukalaf (mukallaf), baik berupa tuntutan, pilihan, maupun larangan. Sedangkan ulama fikih mengartikannya dengan efek yang dikehendaki oleh titah Allah swt dari perbuatan manusia seperti wajib, haram dan boleh"²²¹.

Kata kanun berasal dari kata dalam bahasa Yunani masuk dan menjadi bahasa Arab melalui bahasa Suryani. Kata tersebut pada mulanya memiliki arti sebagai alat pengukur kemudian berarti kaedah"²²². Seiring dengan pertumbuhan dan perkembangan serta kemajuan yang telah berhasil dicapai didunia, maka penggunaan kata "Kanun pada masa sekarang dilingkungan Eropa lazim dipakai untuk penyebutan hukum-hukum gereja"²²³.

²¹⁵ Prof. Dr. H. Umar Syihab, *Hukum Islam dan transformasi Pemikiran*, (Semarang: Dina Utama, tt), cetakan pertama, hlm.11.

²¹⁶ *Ibid*, hal. 11.

²¹⁷ *Ibid*, hal. 12.

²¹⁸ *Ibid*, hal. 12.

²¹⁹ *Ibid*, hal. 12.

²²⁰ *Ibid*, hal. 13.

²²¹ *Ibid*, hal. 13.

²²² Dr. Sobhi Mahmassani, *Filsafat Hukum Dalam Islam*, (Bandung: Al Ma'arif, 1981)

²²³ *Ibid*, hal.

Pada masa awal-awal penyerapannya, kata Kanun dalam bahasa Arab mengandung makna yang tidak berbeda dari makna dalam bahasa Yunani sebagai "alat pengukur"²²⁴. Kemudian seiring dan searah dengan pertumbuhan dan perkembangan serta kemajuan yang telah berhasil dicapai jaman pada umumnya dan Negara serta bahasa Arab khususnya, maka secara lambat laun kata Kanun mengalami perkembangan dan perubahan arti atau makna pula, tidak lagi diartikan sebagai gelas pengukur sebagaimana arti dalam bahasa Yunani asal dari kata Kanun yang telah diserap dan dimasukkan ke dalam bahasa Arab ruang lingkupnya tidak hanya dalam bahasa Yunani dan bahasa Arab semata, melainkan telah umum digunakan dan diterapkan pada setiap kaedah atau norma dalam peraturan perundang-undang yang bersifat umum yang mempunyai kekuatan hukum, misalnya Kanun kesehatan, kanun alam dan sebagainya.

Prof. Schacht mengemukakan pendapatnya mengenai istilah Kanun yang digunakan untuk penyebutan hukum Islam bahwa "pada masa terakhir hanya kata *Canoon* yang berasal dari kata dalam bahasa Greek, diangkat menjadi bahasa Arab (*Qanun*) untuk menunjukkan aturan administratif dan membedakan dari hukum yang diwahyukan Allah swt. Jadi hukum *Canoon* (*Qanun*) dalam bahasa Arab berbeda dari Undang-undang yang biasa dalam pemakaian bahasa Eropa"²²⁵.

2. Sumber Hukum Islam

Dimaksud dengan sumber Hukum Islam adalah suatu lokasi atau tempat, sarana dapat ditemukan ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang perilaku dan memperlakukan makhluk-makhlukNya dalam menjalankan kehidupannya baik dalam hubungannya dengan Allah swt selaku Pencipta, Pemilik, Pengatur, Penguasa, Pengawas dan sebagai yang diabdinya, hubungan antar manusia, hubungan manusia dengan makhluk-makhluk lain ciptaanNya maupun hubungan antar makhluk-makhluk hasil ciptaanNya.

Untuk itu sumber hukum Islam dapat dibedakan ke dalam 2 (dua) kelompok, yaitu :Nash, yang terdiri atas :

- a. Ayat-ayat dalam Al Qur'an sebagai firman Allah swt yang disampaikan kepada Rasulullah Muhammad SAW.;
- b. Al Hadits Muhammad SAW selaku Rasulullah.

Yang kedua Ra'y, yang terdiri atas:

- a. Al Qiyas (Kias);
- b. Al Ijma (Ijma).;
- c. Istihsan

²²⁴ Ibid, hal.

²²⁵ Dr. Said Ramadhan, *Op.Cit*, hal. 9.

Selain itu masih ditemukan pula dan tidak sedikit dari para ahli hukum Islam yang membagi dan mebidangkan "sumber hukum Islam menjadi dua katagori penting"²²⁶, yaitu :

Sumber Utama, mencakup :

- a. Al Qur'an, yakni Kitab Suci umat Islam.;
- b. Sunnah, yaitu Hadits - hadits Nabi Muhammad SAW Rasulullah yang asli.;
- c. Ijma, yakni kesatuan pendapat para Ulama.;
- d. Qiyas, yaitu Keputusan dengan memakai analogi ahli hukum.

Sumber Pelengkap yang mencakup :

- a. Al Istihsan, yaitu penyimpangan terhadap nash tertentu dari aturan yang pertama pada aturan yang lain karena alasan hukum yang telah relevan bagi penyimpangan tersebut.;
- b. Al Istislah, yakni ketentuanyang belum terjadi lebih dahulu karena kemauan masyarakat luas, yang tidak ditunjukkan oleh Al Qur'an maupun sunnah.;
- c. Al-Urf, yaitu kebiasaan atau adat suatu masyarakat tertentu, baik perkataan maupun tindakan atau perbuatan.

3. Sistem Hukum Kontinental (Civil Law)

Sistem hukum Kontinental (Civil Law) merupakan suatu sistem hukum yang didalam pembentuk dan pemberlakuan hukumnya lebih mengutamakan hukum-hukum dalam bentuk tertulis yang dirumuskan, disusun dibuat oleh lembaga-lembaga yang diberi wewenang untuk melakukan perumusan dan penyusunan peraturan perundang-undangan mulai tingkat terendah hingga tingkatan tertinggi sesuai dengan kewenangan yang dimilikinya dalam menyusun dan merumuskan peraturan perundang-undangan. Dibandingkan dengan hukum yang bersumber dan dikembangkan dari peristiwa-peristiwa hukum nyata yang terjadi ditengah-tengah kehidupan masyarakat sampai diajukan, diperiksa dan berhasil diputus melalui lembaga yang memiliki kewenangan untuk melaksanakan tindakan atau perbuatan tersebut.

Bagi negara yang menganut dan menerapkan sistem hukum kontinental (Civil Law), lebih memilih dan mengutamakan bentuk-bentuk hukum yang diberlakukannya selalu dirumuskan dan disusun dalam bentuk hukum tertulis. Bahkan dalam penyusunannya dilakukan secara sistematis dan diusahakan agar hukum yang telah berhasil dirumuskan dan disusun secara selengkap mungkin dalam satu Kitab Undang-undang disebut dengan istilah Kodifikasi. Contoh Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Kitab Undang-undang Hukum Perdata dan sebagainya.

Sistem hukum seperti tersebut berkembang didaratan Eropah. Dalam sejarah hukum modern, diketahui bahwa negara Perancis

²²⁶ Dr. Said Ramadhan, *Op Cit*, hal. 3.

merupakan negara yang menganut dan menerapkan sistem hukum Kontinental (Civil Law) didalam memberlakukan hukum. Dan dapat pula disebut sebagai negara yang paling terdahulu atau pelopor di dalam menerapkan dan mengembangkan sistem hukum continental (Civil Law).

4. Sistem Hukum Anglosakson (Common Law).

Sistem hukum Anglosakson (Common Law) merupakan suatu sistem hukum yang menempatkan hukum-hukum yang berasal, tumbuh dan berkembang dalam praktek-praktek hukum, bersumber dari peristiwa-peristiwa hukum nyata yang terjadi ditengah-tengah kehidupan masyarakat sehari-hari, dibawa dan diperiksa serta berhasil diputuskan oleh lembaga-lembaga yang berwenang untuk membentuk hukum seperti lembaga Yudikatif, badan-badan peradilan dari tingkat pertama hingga Mahkamah Agung ditempatkan sebagai sendi utama dari hukumnya.

Dari peristiwa-peristiwa hukum nyata yang terjadi ditengah-tengah kehidupan masyarakat atau kasus-kasus yang sampai dan berhasil diperiksa dan diputus oleh lembaga peradilan timbul dan dirumuskan suatu asas-asas hukum, kemudian dibentuk menjadi kaidah-kaidah hukum. Karena itu sistem hukum seperti demikian sering disebut juga dengan istilah sistem hukum yang berdasarkan pada kasus-kasus (*casse law system*).

Negara-negara di dunia yang menganut dan menerapkan serta termasuk kedalam golongan sistem hukum tersebut di dalam pembentukan dan pemberlakuan hukum-hukumnya menempatkan dan menerapkan "Yurisprudensi sebagai sendi hukumnya"²²⁷ yang utama.

Berkenaan dengan Negara Kesatuan Republik Indonesia dalam penerapan dan penggunaan sistem hukum menganut "kodifikasi yang berasal dari negara Perancis"²²⁸. Oleh karena itu dapat dikatakan bahwa Indonesia merupakan negara yang di dalam keberlakuan hukumnya mengutamakan hukum tertulis, untuk itu dapat dikelompokkan ke dalam keluarga hukum kontinental (Civil Law).

Pembentukan dan penerapan hukumnya, lebih mengutamakan peraturan perundang-undangan sebagai sendi hukumnya. Akan tetapi tidak dapat mengesampingkan pula keberadaan dari hukum-hukum dalam bentuk lain, seperti hukum dalam bentuk tidak tertulis yang berlaku dan dipelihara serta dikembangkan warga masyarakat maupun di dalam penyelenggaraan negara dan hukum yang bersumber pada agama seperti Hukum Islam. Untuk itu hukum di Indonesia dapat berbentuk diantaranya Peraturan perundang-

²²⁷ *Ibid*, hal. 7.

²²⁸ Prof. Soedjito Sasrodihardjo, S.H., M.A., Peranan Ilmu Pengetahuan Hukum Dalam Masyarakat, Pendidikan Hukum Untuk Memenuhi Kebutuhan Masyarakat, Jogjakarta, P3M FH-UII, 1982, hal. 12

undangan, perjanjian (Traktaat), Hukum Islam, Yurusprudensi (putusan lembaga peradilan), hukum tidak tertulis dan hukum kebiasaan yang berlaku, dipelihara dikembangkan oleh warga masyarakat maupun pemerintah di dalam menjalankan penyelenggaraan negara.

Dalam perkembangan berikutnya sesuai dengan kebutuhan akan hukum dan kepastian hukum yang dirasakan semakin tumbuh dan berkembang pada diri warga masyarakat seiring dengan kesadaran akan perlunya kepastian hukum di dalam menjalankan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Maka perbedaan cukup mendasar yang ada dan terjadi antara sistem hukum Kontinental (Civil Law) dengan sistem hukum Anglosakson (Common Law) dirasakan semakin menipis. Hal tersebut dikarenakan pada sistem Kontinental (Civil Law), kedudukan yurisprudensi makin memiliki arti yang penting sebagai sumber hukumnya di dalam memenuhi kebutuhan. Begitu pula halnya dalam sistem hukum Anglosakson (Common Law) peraturan perundang-undangan menjadi semakin diperlukan pula keberadaannya, karena memiliki peran yang tidak kalah pentingnya dengan yurisprudensi, karena dibutuhkan kepastian hukum.

Di samping itu, keberadaan yurisprudensi semakin dirasakan manfaatnya, di dalam memenuhi kebutuhan hukum yang lowong. Oleh karena biasanya hukum yang dalam bentuk peraturan perundang-undangan tidak cukup mampu untuk memuat secara keseluruhan ketentuan-ketentuan yang mengatur perilaku orang yang berkaitan dengan perbuatan hukum baik dalam bentuk perbuatan huokum bersifat keperdataan maupun perbuatan bersifat kejahatan, sehingga tidak jarang sering tertinggal dari tren-tren pertumbuhan perbuatan kejahatan yang tumbuh dan berkembang di masyarakat sesuai dengan pertumbuhan dan perkembangan teknologi serta pemikiran yang dicapai suatu masyarakat.

Selain itu apabila perubahan hukum dilakukan melalui cara dengan melakukan perubahan terhadap peraturan perundang-undangan yang telah diundangkan dan berlaku mengikat seluruh warga masyarakat, akan melalui proses dan prosedur yang cukup panjang dan lama serta dana yang dibutuhkan dalam jumlah tidak cukup sedikit. Sehingga tidak dapat dilakukan dengan cepat dan efisien.

Bagi sistem hukum Anglosakson (Common Law) kebutuhan terhadap peraturan perundang-undangan, dikarenakan perlu adanya kepastian hukum dan dapat terlindunginya hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang melekat dan dimiliki oleh setiap individu selaku warga masyarakat.

5. Sumber Bahasa Hukum Indonesia.

Mengacu pada sistem hukum yang diterapkan dan dianut serta sistem-sistem hukum yang dikenal dan berlaku dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia, seperti yangtelah dikemukakan di atas, maka sumber bahasa hukum dapat berupa:

- a. Peraturan perundang-undangan.;
- b. Hukum tidak tertulis yang berlaku, berkembang, di taati dan dipertahankan secara terus menerus oleh masyarakat, hukum adat, hukum kebiasaan;
- c. Yurisprudensi.;
- d. Perjanjian (traktaat).;
- e. Doktrin.;
- f. Para praktisi hukum, seperti Pengacara, Hakim, Jaksa, Polisi, Notaris dan PPAT dan sebagainya.;
- g. Hukum Islam.

Peraturan Perundang-undangan.

Ditengah-tengah kehidupan masyarakat sehari-hari relatif masih cukup sering ditemukan kerancuan dalam mengartikan hukum, undang-undang dan peraturan perundang-undangan. Kondisi seperti demikian baik disadari maupun tidak, dapat dijumpai dalam tulisan-tulisan maupun dalam ucapan-ucapan yang dikemukakan oleh warga masyarakat yang mengartikan hukum dalam lingkup yang terlalu sempit, hanya terbatas pada undang-undang semata, contoh ketika seorang terdakwa melakukan tindak pidana korupsi dalam pemeriksaan sidang lembaga peradilan terdakwa dibebaskan. Terdapat warga masyarakat yang mengemukakan pendapatnya hukum dinegara kita memang masih begitu, nyolong ayam digebukin dan dipentungin serta dihukum, sedangkan pelaku tindak pidana korupsi tidak dihukum, akan tetapi dibebaskan.

Pengertian seperti demikian dari sudut pemaknaan hukum cukup mengganggu, oleh karena akan menimbulkan persepsi, pemikiran dan pendapat pada warga masyarakat bahwa selain undang-undang bukan merupakan hukum. Walaupun secara kenyataan yang ada hukum bukan hanya terbatas pada undang-undang belaka. Melainkan undang-undang hanya merupakan salah satu bagian dari bentuk hukum tertulis. Sebagaimana diterangkan dalam Tap MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan Indonesia.

Oleh karena itu di Indonesia, selain hukum dalam bentuk tertulis di antaranya seperti undang-undang masih terdapat atau ditemukan pula hukum dalam bentuk tertulis lainnya seperti peraturan perundang-undangan lainnya, perjanjian dan yurisprudensi. Disamping itu masih dijumpai pula bentuk hukum tertulislainnya yang ukan hasil penyusunan dan pembentukkan manusia, melainkan Allah Swt dan RasulNya Muhammad SAW, yaitu Al Qur'an, Al Hadits dan

Ijtihad para ulama. Selain itu ditemukan pula bentuk hukum tidak tertulis yang berlaku ditaati, dipelihara, dijunjung tinggi dan dikembangkan oleh dan ditengah-tengah masyarakat dikenal dengan sebutan hukum kebiasaan dan hukum adat.

Sedangkan apabila undang-undang dimaksudkan untuk mengartikan peraturan perundang-undangan yang berupa "setiap keputusan tertulis yang dibuat, ditetapkan dan dikeluarkan oleh lembaga dan atau pejabat negara yang mempunyai (menjalankan) fungsi legeslatif sesuai dengan tata cara yang berlaku"²²⁹, juga kurang signifikan. Oleh karena undang-undang menurut sumber hukum dan tata urutan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia hanya merupakan salah satu bagian dari perturan perundang-undangan yang dikenal di Indoensia.

Sebagaimana yang diatur dan ditetapkan alam Pasal 2 Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (TAP MPR) Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan, menyatakan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan merupakan pedoman dalam pembuatan aturan hukum di bawahnya. Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan Republik Indonesia adalah :

- a. Undang-undang Dasar.;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia.;
- c. Undang-undang.;
- d. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (PERPU).;
- e. Peraturan Pemerintah.;
- f. Keputusan Presiden;
- g. Peraturan Daerah.

Pasal 3 Tap MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan,.menyatakan sebagai berikut :

- a. Undang-undang Dasar 1945 merupakan hukum dasar tertulis Negara Republik Indonesia, memuat dasar dan garis besar hukum dalam penyelenggaraan negara.;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia merupakan putusan Majelis Permusyawaratan Rakyat sebagai pengemban kedaulatan Rakyat yang ditetapkan dalam sidang-sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat.;
- c. Undang-undang dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden untuk melaksanakan Undang-undang Dasar 1945 serta Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat.;
- d. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (PERPU) dibuat oleh Presiden dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, dengan ketentuan sebagaiberikut :

²²⁹ Bagir Manan, S.H., M.CL.,-Kuntana Magnar, S.H., *Op Cit*, hal. 13.

- 1) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (PERPU) harus diajukan ke Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikut.;
 - 2) Dewan Perwakilan Rakyat dapat menerima dan menolak Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (PERPU) dengan tidak mengadakan perubahan.;
 - 3) Jika ditolak Dewan Perwakilan Rakyat, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (PERPU) tersebut harus dicabut.
- e. Peraturan Pemerintah dibuat oleh Pemerintah untuk melaksanakan perintah undang-undang.;
- f. Keputusan Presiden yang bersifat mengatur dibuat oleh Presiden untuk menjalankan fungsi dan tugasnya berupa pengaturan pelaksanaan Administrasi Negara dan Administrasi Pemerintahan.;
- g. Peraturan Daerah merupakan peraturan untuk melaksanakan aturan hukum di atasnya dan menampung kondisi khusus dari daerah yang bersangkutan.:
- 1) Peraturan Daerah Provinsi dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi bersama dengan Gubernur.;
 - 2) Peraturan Daerah Kabupaten / Kota dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten / Kota bersama Bupati / Walikota;
 - 3) Peraturan Desa yang setingkat, dibuat oleh Badan Perwakilan Desa atau yang setingkat, sedangkan tata cara pembuatan peraturan desa atau yang setingkat diatur oleh Peraturan Daerah Kabupaten / Kota yang bersangkutan.

Kekeliruan tersebut tidak hanya milik orang awam semata, melainkan telah sejak lama ada pada pemikiran John Austin, Hans Kelsen yang dalam teori hukum (jurisprudence) kita mengenal ajaran legisme atau positivisme mengatakan bahwa "hukum itu semata-mata kehendak dari penguasa (Command of the Sovereign) dalam bentuk peraturan perundang-undangan"²³⁰.

Menurut pendapat penganut ajaran Legisme atau Positivisme tidak ada hukum diluar undang-undang atau peraturan perundang-undangan. Persepsi seperti demikian tidak hanya milik kalangan ilmupengetahuan atau pemikiran semata, melainkan merasuki ke institusi yang berhubungan langsung dengan hukum seperti lingkungan Hukum Perdata Internasional dikenal perkembangan konsep perbuatan melawan hukum (onrechtmatige daad). Pada mulanya perbuatan melawan hukum hanya diartikan oleh pengadilan (Hoge Raad) sebagai "perbuatan melawan undang-undang"²³¹. Baru kemudian searah dengan pertumbuhan dan perkembangan pemikiran, pengadilan yang sama mengartikan bahwa perbuatan

²³⁰ Dr. Bagir Manan, S.H., M.CL., *Dasar-dasar Peraturan Perundang-undangan*, (Jakarta: Ind.Hill-Co, 1992), hal. 2.

²³¹ *Ibid*, hlm. 12.

melawan hukum "tidak sekedar perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang saja, akan tetapi juga merupakan perbuatan yang bertentangan dengan keputusan-keputusan yang harus diindahkan dalam pergaulan masyarakat terhadap pribadi atau benda orang lain"²³².

Sebenarnya John Austin sendiri tidak memberi arti *command of the sovereign* begitu sempit hanya terbatas pada undang-undang atau peraturan perundang-undangan belaka. Menurut John Austin "Command of the Sovereign yang melahirkan hukum positif selain dari pembentuk undang-undang (formal), juga badan-badan pemerintah (administrasi negara) yang memperoleh delegasi dari sovereign untuk membentuk peraturan perundang-undangan dan badan peradilan yang putusan-putusannya (judge made law) merupakan ketentuan yang mengikat berdasarkan wewenang yang diberikan negara kepadanya"²³³.

Hans Kelsen juga tidak mengartikan bahwa *Command* yang menciptakan hukum itu semata-mata adalah pembuat undang-undang atau peraturan perundang-undangan. Hukum menurut Hans Kelsen dapat berupa "General Norm yang berlaku secara umum dan individual Norm yang berlaku untuk orang tertentu"²³⁴. Norma individu antara lain terlahir dari putusan-putusan yang diajukan oleh Lembaga Peradilan dari tingkat yang terendah hingga tingkat tertinggi. Putusan Lembaga Peradilan merupakan hukum, karena itu merupakan *Command* yang mempunyai kekuatan mengikat.

Di dalam lingkup Ilmu Hukum undang-undang tidak hanya dimaknai sebagai kumpulan kaidah-kaidah hukum semata, melainkan masih dapat dibedakan undang-undang dalam "2 (dua) dua macam"²³⁵, yaitu (1) Undang-undang dalam arti formal.; dan, (2) Undang-undang dalam arti material.

Undang-undang dalam arti formal adalah keputusan (*beslissing*) tertulis yang diadakan oleh badan-badan negara".²³⁶ arti undang-undang seperti demikian tetap dirasakan masih kurang cukup tepat, oleh karena, mengandung makna setiap produk hukum tertulis yang dikeluarkan oleh badan-badan negara merupakan undang-undang. Pada hal proses dan prosedur yang harus dilalui untuk menghasilkan keputusan tidak sama dengan proses dan prosedur dalam pembentukan undang-undang, melainkan hanya hasil kerja sama dua lembaga tinggi negara Eksekutif dan Yudikatif belaka. Sebagaimana dikemukakan oleh penulis lainnya bahwa undang-undang merupakan "keputusan tertulis sebagai hasil kerja sama antara pemegang

²³² Prof. R. Subekti, S.H., *Hukum Perdata*, Jakarta, Pembimbing Masa, 1965, hlm. 94.

²³³ Dr. Bagir Manan, S.H., M.CL., *Op. Cit.*, hlm. 3

²³⁴ *Ibid*, hlm. 3.

²³⁵ *Ibid*, hlm. 3

²³⁶ Purnadi Purbacaraka, S.H.-Dr. Soerjono Soekanto, S.H., M.A., *Peraturan Perundang-undangan dan Yurisprudensi*, (Bandung: Alumnus, 1979), hlm. 12.

kekuasaan Eksekutif dengan Legeslatif yang berisi aturan tingkah laku yang bersifat atau mengikat secara umum²³⁷. Dilihat dari bentuknya yang tertulis dan sifat mengikatnya yang mengikat secara umum maka undang-undang adalah salah satu jenis peraturan perundang-undangan.

Perbedaannya dengan peraturan perundang-undangan lain terletak pada cara pembentukannya yaitu kerjasama antara pemegang kekuasaan Eksekutif dan Legeslatif. Di Indonesia, undang-undang merupakan hasil keputusan kerja sama antara Presiden dengan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia.

Undang-undang dalam arti material adalah "setiap keputusan tertulis yang dikeluarkan pejabat berwenang yang berisi aturan tingkah laku yang bersifat mengikat secara umum"²³⁸. Inilah yang dimaksud dengan peraturan perundang-undangan. Dari uraian di atas nampaknya tidak begitu terlalu salah jika orang awam mengatakan bahwa setiap aturan tertulis yang disusun dan dibuat serta dikeluarkan dan diberlakukan oleh pejabat yang berwenang untuk itu adalah undang-undang. Hanya undang-undang disini dalam arti material bukan dalam arti formal.

Berkaitan dengan undang-undang sebagai hukum tidak terlepas dari pengaruh sistem hukum di dunia menurut literal lama peran peraturan perundang-undangan di dalam suatu negara tergantung pada tradisi hukum yang dianut oleh negara yang bersangkutan.

Pada umumnya para penulis dan ahli mengemukakan secara tradisional terdapat dua macam sistem hukum yang utama di dunia, yaitu "sistem Hukum Kontinental (Civil Law), dan sistem Hukum Anglosakson (Common Law)"²³⁹. Pendapat yang dikemukakan oleh para ahli dan penulis di atas, tidak dapat disangkal lagi, jika sistem hukum yang dimaksud hanya terbatas pada sistem hukum yang dirumuskan, disusun dan dibuat serta dibentuk oleh manusia semata. Akan tetapi jika pendapat di atas termasuk juga sistem Hukum Islam yang merupakan sistem hukum tidak berasal, dirumuskan, disusun, dibuat dan dibentuk oleh manusia kurang tepat. Hal demikian mengingat Hukum Islam juga mempunyai pengaruh terhadap keberlakuan sistem hukum pada negara-negara di dunia.

Dari ketiga sistem hukum tersebut kemudian berkembang searah dengan pertumbuhan, perkembangan pemikiran dan kebudayaan dari masyarakat, maka di dunia tidak hanya dikenal ketiga sistem hukum di atas, melainkan dikenal pula sistem-sistem hukum lainnya seperti sistem hukum sosialis, sistem hukum agama dan sistem hukum tradisional.

²³⁷ Dr. Bagir Manan, S.H., *Op.Cit*, hlm. 3.

²³⁸ *Ibid*, hlm. 3

²³⁹ *Ibid*, hlm. 5

Bahasa hukum yang bersumber pada undang-undang merupakan salah satu bagian dari bentuk peraturan perundang-undangan yang dikenal dan tersedia dalam sumber hukum dan tata urutan peraturan perundang-undangan menurut Tap MPR Nomor III/MPR/2000, tidak memungkinkan untuk menghindarkan dari pengaruh-pengaruh atas dorongan dan tujuan disusun serta dibentuknya undang-undang dimaksud. Diantaranya dapat diketahui dan terlindunginya hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang dimiliki serta melekat pada para pihak selaku subyek hukum dan sebagai warga masyarakat, warga negara. Sehingga timbulnya kekacauan, keributan dan paksaan atas pihak-pihak yang kuat dan mampu terhadap pihak-pihak lemah yang dapat mengancam persatuan dan kebersamaan bangsa dapat dicegah, karena telah jelas dan tegas hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari para pihak dan perlu adanya kepastian hukum dan keadilan dalam suatu undang-undang.

Sebagai sarana pengantar tata kelakuan dan sikap tindak antar pribadi, antara pribadi dan masyarakat, antara pribadi dan negara dan sebagainya yang dapat mewujudkan suatu hubungan antara para pihak terbentuk secara harmonis dan tercipta pula suatu kondisi hubungan antar pribadi selaku warga masyarakat dan warga negara tertib dan teratur, aman dan damai. Undang-undang biasanya berisikan pedoman atau patokan yang berlaku bagi segenap warga masyarakat, warga negara dalam bersikap tindak atau berperilaku samestinya, sayogyanya dalam bermasyarakat dan berbangsa serta bernegara.

Untuk undang-undang sebagai sarana pengatur dalam berperilaku atau bersikap tindak warga masyarakat, warga negara, "berisikan kaidah-kaidah hukum"²⁴⁰ sebagai berikut :

- a. Kaidah-kaidah hukum yang berisikan suruhan (gebod).;
- b. Kaidah-kaidah hukum yang berisikan larangan (verbod).;
- c. Kaidah-kaidah hukum yang berisikan kebolehan (mogen).

Ketiga macam kaidah hukum tersebut dalam undang-undang pada umumnya dirumuskan dengan menggunakan bahasa Indonesia yang cukup jelas dan mampu untuk dibaca dan dimengerti bagi yang membacanya, akan tetapi tidak jarang pula dirumuskan dengan menggunakan bahasa Indonesia yang tidak mudah untuk dapat dimengerti secara jelas makna dan maksudnya. Misalnya kaidah hukum yang berisikan suruhan (gebod) atau perintah baik yang ditujukan kepada aparat, lembaga atau institusi maupun warga masyarakat, warga negara. Kaidah hukum yang berisikan suruhan yang ditujukan kepada aparat penegak hukum terutamanya yang mempunyai kewenangan untuk menyelidiki, menyidik, memeriksa dan memutuskan suatu peristiwa pidana, seperti rumusan

²⁴⁰ Prof. Puernadi Purbacaraka, S.H.- Prof. Dr. Soerjono Soekanto, S.H., M.A., *Perihal Kaidah Hukum*, (Bandung: P.T.Citra Aditya Bakti, 1993), cetakan keenam, hlm. 34.

ketentuan yang tertuang dalam Pasal 1 Kitab Undang-undang Hukum Pidana menyatakan :

- a. Tiada suatu perbuatan boleh dihukum, melainkan atas kekuatan ketentuan pidana dalam undang-undang, yang ada terdahulu dari pada perbuatan itu.;
- b. Jikalau undang-undang diubah, setelah perbuatan itu dilakukan, maka kepada tersangka dikenakan ketentuan yang menguntungkan baginya.

Rumusan bunyi pasal di atas, nampak dengan jelas dan tegas menggunakan susunan dan rangkaian kata bahasa Indonesia, sehingga memberi kemudahan pada setiap warga masyarakat, warga negara yang memiliki kemampuan untuk dapat membacanya. Akan tetapi belum tentu memahami makna dan maksud dari pasal tersebut yang di dalamnya mengandung suatu kaedah atau norma perintah atau suruhan yang ditujukan kepada setiap aparat penegak hukum, dengan kewenangan yang dimilikinya untuk melakukan penegakkan hukum terkait dengan perbuatan hukum pidana untuk :

- a. Memeriksa, terdakwa dengan ketentuan pidana yang telah ada terlebih dahulu sebelum perbuatan pidana dilakukan.;
- b. Memutuskan tersangka, terdakwa dengan ketentuan pidana yang telah ada terlebih dahulu.;
- c. Bila terdapat atau terjadi perubahan pada ketentuan-ketentuan, sementara tersangka, terdakwa masih dalam pemeriksaan, maka kepada tersangka atau terdakwa diberlakukan ketentuan-ketentuan pidana yang lebih meringankan tersangka atau terdakwa.

Ketentuan tersebut dikenal dengan sebutan asas *nulum delictum nula puna*, secara lengkap berbunyi "*nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenle*, berasal dari Anselm Von Feurbach, sarjana hukum Jerman dalam bukunya *Lehrbuch des peinliches Rechts 1801*"²⁴¹. Artinya "undang-undang hanya boleh dipergunakan terhadap peristiwa yang disebut dalam undang-undang tersebut"²⁴². Asas tersebut dikenal pula dengan sebutan asas legalitas, yang memberi jaminan kepada segenap warga negara atau warga masyarakat untuk tidak perlakuan dengan sewenang-wenang oleh aparat penegak hukum, sebab sesuai dengan "asas negara hukum, setiap perbuatan atau tindakan aparat penegak hukum harus berdasarkan hukum yang berlaku"²⁴³.

Relatif sangat berlainan dengan ketentuan yang dimuat dalam Pasal 45 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Pokok-pokok Perkawinan, menyatakan :

²⁴¹ Radisman Sumbayak, *Beberapa Pemikiran Kearsah Pemantapan Penegakan Hukum*, (Jakarta: In-Hillco, 1985), Pertama, hlm. 111.

²⁴² Purnadi Purbacaraka, S.H.-Dr. Soerjono Soekanto, S.H., M.A., *Op.Cit*, hal. 13.

²⁴³ Bachsan Mustafa, S.H., *Sistem Hukum Indonesia*, (Bandung, Remadja Karya, 1985), kedua, hlm. 71.

- a. Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya.;
- b. Kewajiban orang tua yang dimaksud dalam ayat (1) Pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, kewajiban mana berlaku terus sampai meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus.

Meskipun telah dirumuskan dengan menggunakan kata dalam bahasa Indonesia secara jelas dan tegas, sehingga dapat dibaca dan dimengerti maksudnya oleh setiap orang yang membacanya. Akan tetapi dalam konteks bahasa hukum perintah atau suruhan dalam Pasal tersebut belum cukup jelas apalagi tegas karena terdapat kata atau istilah berdiri sendiri yang masih memerlukan penjelasan lebih lanjut dengan melakukan dan memberi penafsiran yang jelas dan tegas.

Menurut bahasa Indonesia yang digunakan masyarakat sehari-hari berdiri sendiri mengandung makna dan maksud dapat berdiri tegak pada kedua kaki yang dimilikinya tanpa bantuan pihak lain baik kedua orang tuanya, maupun anggota keluarga lain atau bahkan orang lain dan benda lain sekalipun. Contoh dalam tayangan iklan di televisi swasta wah anaku sudah bisa berdiri sendiri (gambar ditayangkan gambar anak kecil berdiri sendiri tanpa bantuan apapun).

Berisikan kaidah-kaidah hukum bersifat larangan yang dinyatakan secara jelas dan tegas sebagaimana ketentuan yang memuat aturan mengenai larangan untuk melakukan perbuatan atau tindakan hukum seperti untuk melakukan perkawinan sebagaimana diatur dan dimuat dalam Pasal 8 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Pokok-pokok Perkawinan, menyatakan perkawinan dilarang antara dua orang yang :

- a. Berhubungan darah dalam garis keturunan lurus kebawah ataupun keatas.;
- b. Berhubungan darah dalam garis keturunan menyamping yaitu antara saudara, antara seorang dengan saudara orang tua dan antara seorang dengan saudara neneknya.;
- c. Berhubungan semenda, yaitu mertua, anak tiri, menantu dan Ibu/Bapak tiri.;
- d. Berhubungan susuan, yaitu orang tua susuan, anak susuan, saudara susuan dan Bibi/Paman susuan.;
- e. Berhubungansaudara dengan isteri atau sebagai Bibi atau Kemenakan dari Isteri, dalam hal seorang Suami beristeri lebih dari satu.;
- f. Mempunyai hubungan yangoleh agamanya atau peraturan lain yang berlaku dilarang kawin.

Kaidah hukum yang berisikan kebolehan (mogen) misalnya ketentuan-ketentuan yang dimuat dalam Pasal 29 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Pokok-pokok Perkawinan, menyatakan:

- a. Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, kedua pihak atau persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh Pegawai Pencatat Perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut.;
- b. Perjanjian tersebut tidak dapat disahkan, bilamana melanggar batas-batas hukum, agama, dan kesusilaan.;
- c. Selama perkawinan berlangsung perjanjian tersebut tidak dapat dirubah, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk merubah dan perubahan tidak merugikan pihak ketiga.

Dari sudut sifatnya kaidah-kaidah hukum di atas, dapat "dibedakan dalam dua"²⁴⁴ katagori, yaitu :

- a. Kaedah imperatif (keharusan), berupa kaidah-kaidah hukum yang berisikan suruhan dan larangan.
- b. Kaidah hukum fakultatif, berupa kaedah hukum yang berisikan kebolehan (mogen).

KESIMPULAN

1. Bahasa hukum bersumber dari hukum yang berlaku ditengah-tengah masyarakat tidak tertulis.

Bahasa hukum yang bersumber pada hukum yang berlaku ditengah-tengah masyarakat ciri-cirinya secara umum, menggunakan bahasa Indonesia, tetapi terdapat pula yang menggunakan bahasa daerah yang sudah menjadi bahasa hukum seperti kata-kata atau istilah harta gono gini, siri, perkawinan semenda, perkawinan jujur, perkawinan nyalindung kegeulung, anak tunggu tubang, jual beli tahunan, sewa kamar, gadai pohon, gadai sawah dan sebagainya.

2. Bahasa hukum bersumber dari para ahli hukum kelompok praktisi.

Seperti diantaranya "kontributif, distributive, demokrasi, politisasi, liberalisasi, deregulasi, debirokratisasi"²⁴⁵. Selain istilah-istilah di atas dalam kehidupan sehari-hari ditengah-tengah masyarakat masih ditemukan juga istilah-istilah seperti dari praktisi hukum Notaris di antaranya Pengikatan Jual beli, Legalisasi, Warmeking, Akta dan sebagainya. Sedangkan dari praktisi hukum Jaksa terdapat istilah-istilah di antaranya tuntutan, dakwaan, primer, subsider, lebih subsider, lebih-lebih subsider, lebih lebih lebih subsider lagi. Begitu juga dari praktisi Pengacara ditemukan istilah-istilah gugatan, replik, duplik dan sebagainya.

²⁴⁴ Purnadi Purbacaraka, S.H., *Disiplin Hukum Adalah Disiplin Sosial (Pendahuluan)*, Dalam *Disiplin Hukum dan Disiplin Sosial* (Bahan Bacaan Awal) Penyunting Prof.Dr. Soerjono Soekanto, S.H.,M.A. 1987, hal. 10

²⁴⁵ Bahder Johan Nasution, S.H.M.Hum.-Sri Warjiyati, S.H., M.Hum., *Bahasa Indonesia Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1998), hlm. 10.

Dan dari praktisi hukum hakim ditemukan istilah putusan, putusan sela, putusan dilaksanakan terlebih dahulu dan sebagainya.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdoerraoef, *Al Qur'an dan Ilmu Hukum, Sebuah Studi Perbandingan*, Jakarta, Bulan Bintang, 1986.
- Harjono, Anwar. *Hukum Islam Keluasan dan Keadilannya*, Jakarta, Bulan Bintang, 1987.
- Manan, Bagir, - Magnar, Kuntana. *Peran Peraturan Perundang-undangan Dalam Pembinaan Hukum Nasional*, Bandung, Armico, 1987.
- , *Dasar-dasar Peraturan Perundang-undangan*, Jakarta, Ind.Hill-Co, 1992.
- Muslehuddin, Muhammad. *Filsafat Hukum Islam dan Pemikiran Orientalis Studi Perbandingan Sistem Hukum Islam*, PT.Tiara Wacana Yogya, Yogyakarta, 1997.
- , *Hukum Darurat Dalam Islam*, Bandung, Pustaka, 1985.
- Mahmassani, Sobhi. *Filsafat Hukum Dalam Islam*, Bandung, Al Ma'arif, 1981.
- Mustafa, Bachsan. *Sistem Hukum Indonesia*, Bandung, Remadja Karya, 1985.
- Maududi, Abul A'la al. *Prinsip-prinsip Islam*, Bandung,, Al Ma'Arif, 1988.
- Nasution, Bahder Johan. - Warjiyati, Sri. *Bahasa Indonesia Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 1998.
- Ramadhan, Said. *Hukum Islam ruang lingkup dan kandungannya (Islamic law : Its Scope and Equity)*, Jakarta, C.V. Gaya Media Pratama, 1986.
- R. Subekti, *Hukum Perdata*, Jakarta, Pembimbing Masa, 1965.
- Sasrodihardjo, Soedjito. *Peranan Ilmu Pengetahuan Hukum Dalam Masyarakat, Pendidikan Hukum Untuk Memenuhi Kebutuhan Masyarakat*, Jogjakarta, P3M FH-UII, 1982.

Sumbayak, Radisman. *Beberapa Pemikiran Kearah Pemantapan Penegakan Hukum*, Jakarta, In-Hillco, 1985.

Syihab, H. Umar. *Hukum Islam dan transformasi Pemikiran*, Semarang, Dina Utama, tt.

Purbacaraka, Purnadi. *Disiplin Hukum Adalah Disiplin Sosial (Pendahuluan), Dalam Disiplin Hukum dan Disiplin Sosial (Bahan Bacaan Awal)* Penyunting Prof.Dr. Soerjono Soekanto, S.H.,M.A. 1987.

-----, - Soerjono Soekanto, *Peraturan Perundang-undangan dan Yurisprudensi*, Bandung, Alumni, 1979.

-----, - Soerjono Soekanto,

Perihal Kaidah Hukum, Bandung, Citra Aditya Bakti,1993.

Surohmat

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta
Jalan. KH Ahmad Dahlan, Cirendeui Ciputat-Jakarta Selatan
surohmatsupadi@gmail.com

FUNGSI PRESIDEN DALAM KEKUASAAN PEMERINTAH

ABSTRACT

The assertiveness of the UUD NRI 1945 regarding the limitation of power, is inseparable from the extent of the power of the President of the Republic of Indonesia as the holder of power in the government of the Republic of Indonesia. The 1945 Constitution of the Republic of Indonesia affirms the existence of inherent power. Nevertheless, the existence of such assertiveness is not necessarily limited to the explicit provisions mentioned in the 1945 Constitution of the State of the Republic of Indonesia, but also relates to the limitation of the sphere of the President's power regulated in a law which is ultimately bound to the system of government presidential.

KEYWORD

PRESIDENT,
LIMITATIONS OF
POWER, THE
CONSTITUTION.

ABSTRAK

Ketegasan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengenai pembatasan kekuasaan, tidak terlepas dari luasnya kekuasaan Presiden Republik Indonesia sebagai pemegang kekuasaan dalam pemerintahan negara Republik Indonesia. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menegaskan adanya *inherent power* (kekuasaan yang melekat). Namun demikian adanya ketegasan tersebut tidak serta merta hanya sebatas ketentuan yang secara tegas tersebut dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, melainkan juga berkaitan dengan pembatasan dari lingkup kekuasaan Presiden yang diatur dalam suatu undang-undang yang pada akhirnya terikat pula dengan sistem pemerintahan presidensial.

KATA KUNCI

PRESIDEN,
PEMBATASAN
KEKUASAAN,
UNDANG-UNDANG
DASAR.

Pengantar

Pembatasan kekuasaan terhadap Presiden sebagai pemegang kekuasaan pemerintahan secara tegas dinyatakan dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar. Perumusan yang terdapat dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, mengandung arti sebagaimana dinyatakan Jimly Asshiddiqie, bahwa:

"Artinya, ada kekuasaan pemerintahan negara yang menurut undang-undang dasar dan ada pula kekuasaan pemerintahan negara yang tidak menurut undang-undang. Yang dimaksud dengan "*menurut undang-undang dasar*" juga dapat dibedakan antara yang secara eksplisit ditentukan dalam undang-undang dasar dan ada pula yang tidak secara eksplisit ditentukan dalam undang-undang dasar."²⁴⁶

Pendapat tersebut di atas, lebih tertuju pada adanya pengaturan mengenai pembatasan kekuasaan Presiden sebagai pemegang kekuasaan pemerintahan yang secara tegas ditentukan dalam Undang-Undang Dasar, dan ada pula pembatasan kekuasaan pemerintahan yang tidak secara tegas ditentukan dalam Undang-Undang Dasar (yang tentunya pembatasannya dapat diatur dalam suatu undang-undang sebagai pengaturan lebih lanjut dari pembatasan yang tersebut dalam undang-undang dasar).

Kekuasaan Pemerintahan Yang Dapat Dijalankan Presiden

Adanya pembatasan kekuasaan pemerintahan yang oleh Jimly Asshiddiqie dikatakan ada yang ditentukan secara tegas dan ada yang ditentukan secara tidak tegas, tidak terlepas dari adanya perbandingan mengenai kekuasaan pemerintahan negara dalam Konstitusi Amerika Serikat, yang lebih lanjut dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie, bahwa:

"Hal ini (*maksudnya kekuasaan pemerintahan negara*, penulis) dapat kita bandingkan dengan Article II Konstitusi Amerika Serikat yang menentukan, "*The executive power Shall be vested in a President of the United States of America*". Hal ini berbeda dari rumusan Article I yang menyatakan. "*All legislative powers herein granted Shall be in a Congress of the United States of America.*" Rumusan kekuasaan legislatif dibatasi dengan kata-kata *herein granted*, sedangkan kekuasaan Presiden tidak dibatasi."²⁴⁷

Ketentuan yang secara tegas dan tidak tegas seperti apa yang ada di dalam konstitusi Amerika Serikat tersebut di atas, mempunyai implikasi berupa adanya perbedaan penafsiran mengenai ada tidaknya pembatasan kekuasaan dari kekuasaan Presiden dan Kongres di Amerika Serikat. Perumusan yang bersifat tegas dan tidak tegas terkait dengan kekuasaan pemerintahan negara di Amerika Serikat yang menimbulkan adanya perbedaan penafsiran terhadap pembatasan kekuasaan Presiden, pada akhirnya menimbulkan adanya perbedaan mengenai terbatasnya kekuasaan Presiden hubungannya dengan adanya pemerintahan yang mempunyai kewenangan terbatas, sebagaimana dinyatakan oleh Madison, seperti

²⁴⁶ Jimly Asshiddiqy, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta: PT Bhuna Ilmu Populer, 2007, hlm. 333

²⁴⁷ *Ibid.*

diuraikan oleh Erwin Chemerinsky yang dikutip oleh Jimly Asshiddiqie, bahwa: "*The President has now powers that are not enumerated in Article II and, indeed, such unenumerated authority would be inconsistent with a Constitution creating a government of limited authority.*"²⁴⁸

Perbedaan penafsiran mengenai perumusan kekuasaan Presiden di Amerika Serikat, menurut Erwin Chemerinsky terdapat 4 (empat) pendekatan yang dapat dipergunakan, yaitu:

- (1) Bahwa presiden tidak memiliki *inherent power*. Presiden hanya dalam bertindak atas dasar ketentuan eksplisit dalam undang-undang dasar atau setidaknya berdasarkan ketentuan eksplisit yang ditentukan dengan undang-undang dasar (*There is no inherent presidential power; the president may act only if there is express constitutional or statutory authority*).
- (2) Presiden memiliki *inherent authority* sepanjang tidak mencampuri atau mengambil kekuasaan cabang-cabang lain (*The president has inherent authority unless the president interferes with the functioning of another branch of government or usurps the powers of another branch*).
- (3) Presiden boleh bertindak di luar kekuasaan yang secara eksplisit ditentukan dalam undang-undang dasar sepanjang presiden tidak melanggar ketentuan undang-undang atau undang-undang dasar (*The president may exercise powers not mentioned in the Constitution so long as the president does not violate a statute or the constitution*).
- (4) Presiden memiliki *inherent power* yang tidak boleh dikurangi atau dibatasi oleh Kongres dan bebas bertindak asalkan tidak melanggar undang-undang dasar (*The president has inherent powers that may not be restricted by Congress and may act unless the Constitution is violated*).²⁴⁹

Penjelasan terhadap keempat pendekatan tersebut di atas, dikemukakan bahwa:

"Pendekatan pertama hanya memberikan kekuasaan kepada presiden yang ditentukan secara eksplisit dalam undang-undang dasar atau sekurang-kurangnya dalam undang-undang. Pendekatan keempat memberikan kekuasaan kepada presiden yang luas asalkan tidak melanggar undang-undang dasar. Pendekatan kedua memungkinkan pengadilan membatalkan suatu tindakan presiden yang mencampuri atau bahkan mengambil porsi kewenangan cabang kekuasaan lain. Sedangkan pendekatan ketiga lebih mementingkan peran parlemen atau kongres dalam mengawasi pelaksanaan tugas presiden agar tidak melanggar undang-undang dan undang-undang dasar."²⁵⁰

²⁴⁸*Ibid.*

²⁴⁹*Ibid.*, hlm.334

²⁵⁰*Ibid.*, hlm.334-335

Perumusan “menurut undang-undang dasar” di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, terdapat pada pasal-pasal sebagai berikut:

1. Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, bahwa: “Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar.”
2. Pasal 3 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, bahwa: “Majelis Permusyawaratan Rakyat hanya dapat memberhentikan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam masa jabatannya menurut Undang-Undang Dasar.”
3. Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, bahwa: “Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar.”
4. Pasal 24C ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, bahwa: “Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.”

Berdasarkan ketentuan tersebut di atas, ketegasan adanya pembatasan kekuasaan menurut undang-undang dasar, dilihat dari perumusan dalam pasal-pasal Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, terdapat dalam hal: (1) Pelaksanaan kedaulatan rakyat; (2) Pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam masa jabatannya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat; (3) Kekuasaan pemerintahan yang dipegang oleh Presiden Republik Indonesia; (4) Putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden yang wajib diberikan oleh Mahkamah Konstitusi.

Ketegasan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengenai pembatasan kekuasaan, tidak terlepas dari luasnya kekuasaan Presiden Republik Indonesia sebagai pemegang kekuasaan dalam pemerintahan negara Republik Indonesia. Dengan kata lain, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menegaskan adanya *inherent power* (kekuasaan yang melekat). Namun demikian adanya ketegasan tersebut tidak serta merta hanya sebatas ketentuan yang secara tegas tersebut dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, melainkan juga berkaitan dengan pembatasan dari lingkup kekuasaan Presiden yang diatur dalam suatu undang-undang.

Pentingnya pembatasan kekuasaan dari Presiden Republik Indonesia dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak terlepas pula dengan kedudukan undang-undang dasar sebagai hukum tertinggi dalam pemerintahan negara seiring dengan konteks negara hukum yang demokratis dan konstitusional, di mana kekuasaan tertinggi (yang berada di tangan rakyat) dilaksanakan sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam undang-

undang dasar, termasuk dalam hal ini Presiden sebagai pelaksana kedaulatan rakyat di bidang kekuasaan pemerintahan.

Makna yang terkandung dalam Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, bahwa: "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar", menempatkan Undang-Undang Dasar sebagai pedoman pelaksanaan dan sekaligus sebagai ketentuan yang mendasari adanya aturan konstitusi terhadap kekuasaan tertinggi (kedaulatan rakyat), sebagaimana dinyatakan Aidul Fitriadi Azhary, bahwa; "Secara tekstual ketentuan dalam pasal ini (maksudnya: Pasal 1 ayat (2) Perubahan Ketiga UUD 1945, penulis) mengandung makna, bahwa pelaksanaan kedaulatan rakyat hanya dapat dilaksanakan bila sesuai dengan ketentuan yang telah diatur dalam UUD. Dalam pengertian lain, pelaksanaan kedaulatan rakyat dibatasi dan harus tunduk pada aturan konstitusi."²⁵¹

Perumusan yang terdapat dalam Pasal 1 ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sebagai rumusan yang tidak diubah dalam proses perubahan Undang-Undang Dasar 1945, bahkan dinyatakan oleh Jimly Asshiddiqie, bahwa: "Rumusan ini (*maksudnya Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945*, penulis) adalah rumusan asli BPUPKI yang tidak mengalami perubahan. Artinya, prinsip *constitutional government* sebagai salah satu ciri penting negara hukum telah dirumuskan oleh *the founding fathers* sejak sebelum kemerdekaan."²⁵²

Makna dari perumusan mengenai kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, lebih menempatkan aspek yang bersifat prosedural dari pada aspek substansi dari kekuasaan pemerintahan yang dipegang oleh Presiden Republik Indonesia.

Prinsip *constitutional government* (pemerintahan berdasarkan undang-undang dasar) yang terkandung dalam perumusan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, berkaitan dengan pemahaman terhadap undang-undang dasar dalam pandangan konstitusionalisme seiring dengan perubahan pelaksanaan kedaulatan rakyat menurut Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 yang menekankan pada adanya supremasi parlemen ke arah supremasi konstitusi sebagaimana dirumuskan Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa: "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar."

²⁵¹ Aidul Fitriadi Azhary, "Kekuasaan Kehakiman Yang Merdeka dan Bertanggung Jawab di Mahkamah Konstitusi: Upaya Menemukan Keseimbangan", *Jurnal Jurisprudence*, Volume 2, Nomor 1, Maret 2005, hlm.91.

²⁵² Jimly Asshiddiqy, *Op.cit.*, hlm.328

Makna dari dianutnya supremasi konstitusi dalam pelaksanaan kedaulatan rakyat menurut undang-undang dasar, pada hakikatnya adalah dalam rangka pencapaian tujuan Negara. Pencapaian tujuan negara memerlukan suatu mekanisme pencapaian tujuan, yaitu "melalui sederet ketentuan atau kebijakan-kebijakan, yang mendasar sifatnya, karena negara Indonesia adalah negara yang berdasar hukum sesuai dengan ketentuan Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945, mekanisme pencapaian tujuan negara selalu berlandaskan hukum, hukum hendaknya dapat dipahami dan dikembangkan sebagai kesatuan sistem, sebagai suatu konsep hukum."²⁵³ Dengan demikian, untuk mencapai tujuan negara, dalam suatu negara sebagai suatu organisasi, maka "diperlukan naskah aturan (hukum) yang disebut konstitusi atau Undang-Undang Dasar".²⁵⁴

Konstitusi dalam pengertian secara luas, seperti yang pendapat Brian Thompson seperti dikutip Jimly Asshiddiqie, bahwa: "...a constitution is a document which contains the rules for the operation of an organization."²⁵⁵ Hal ini berarti sebenarnya menempatkan konstitusi dalam pengertian luas dan umum sebagai aturan untuk menjalankan organisasi kekuasaan negara. Secara harfiah, istilah konstitusi berasal dari bahasa Perancis, *constituer*, yang berarti membentuk. Penggunaan istilah konstitusi yang dimaksudkan adalah "pembentukan suatu negara atau menyusun dan mengatakan suatu negara."²⁵⁶

Konstitusi dalam pengertian hukum sering dipersamakan dengan Undang-Undang Dasar atau *grondwet*, Menurut L.J. van Apeldoorn, ada perbedaan secara jelas antara konstitusi dan undang-undang dasar, bahwa: "*Grondwet* (Undang-Undang Dasar) adalah bagian tertulis dari suatu konstitusi, sedangkan *constitution* (konstitusi) memuat baik peraturan tertulis maupun yang tidak tertulis."²⁵⁷ Sedangkan dalam diskusi atau wacana politik, istilah konstitusi digunakan dalam 2 (dua) pengertian. Pertama, untuk menggambarkan seluruh sistem ketatanegaraan suatu negara, kumpulan peraturan-peraturan yang mendasari dan mengatur atau mengarahkan pemerintahan. Peraturan-peraturan tersebut sebagian bersifat legal, dalam arti pengadilan hukum mengakui dan menerapkan peraturan-peraturan tersebut, dan sebagian bersifat *non legal* atau *ekstra legal*, yang berupa kebiasaan, persetujuan, adat

²⁵³ Jimly Asshiddiqy, "Pembangunan Hukum dan Penegakan Hukum di Indonesia", *Makalah Lustrum XI Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta*, 16 Februari 2006, hlm.1

²⁵⁴ Jimly Asshiddiqy, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006, hlm.20

²⁵⁵ *Ibid.*, hlm.19

²⁵⁶ Dahlan Thaib, Jazim Hamidi, Ni'matul Huda, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Jakarta: Raja Grafindo Perkasa, 2005, hlm.7.

²⁵⁷ *Ibid.*, hlm.9

atau konvensi, sesuatu yang tidak diakui oleh pengadilan sebagai hukum tetapi tidak kalah efektifnya dalam mengatur pemerintahan dibandingkan dengan apa yang secara baku disebut hukum. Kedua, untuk menggambarkan bukan seluruh kumpulan peraturan, baik *legal* maupun *non-legal*, tetapi hasil seleksi dari peraturan-peraturan yang biasanya terwujud dalam satu dokumen yang terkait secara erat atau konstitusi merupakan hasil seleksi dari peraturan-peraturan hukum yang mengatur pemerintahan negara tersebut dan telah diwujudkan dalam sebuah dokumen."²⁵⁸

Tegasnya, sebagaimana dinyatakan K.C. Wheare, bahwa: "kita maksud dengan Konstitusi, jika kita ingin berbicara secara tepat dan pasti, adalah kumpulan hukum, institusi, dan adat kebiasaan, yang ditarik dari prinsip-prinsip rasio tertentu yang membentuk sistem umum, dengan mana masyarakat setuju untuk diperintah."²⁵⁹ Dengan demikian, konstitusi sebagaimana pendapat Johannes Suhardjana, bahwa: "...maka dapat ditarik kesimpulan bahwa dengan konstitusi itulah dibentuk sistem umum, yang oleh masyarakat disetujui sebagai landasan untuk memerintah atau mengatur sehingga konstitusi adalah dasar landasan umum untuk menjalankan otoritas/wewenang/*authority*."²⁶⁰

Menurut Sri Sumantri Martosuwignjo, bahwa: "konstitusi sama dengan Undang-Undang Dasar."²⁶¹ Sementara itu Jimly Asshiddiqie menganut faham bahwa: "konstitusi adalah hukum dasar yang dijadikan pegangan dalam penyelenggaraan suatu negara. Konstitusi dapat berupa hukum dasar tertulis yang lazim disebut Undang-Undang Dasar, dan dapat pula tidak tertulis."²⁶²

Berdasarkan uraian di atas, pemerintahan berdasarkan undang-undang dasar sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia merupakan penegasan terhadap pelaksanaan kekuasaan pemerintahan negara yang dipegang oleh Presiden berdasarkan pada ketentuan yang terdapat dalam hukum dasar tertulis sebagai pegangan dalam penyelenggaraan suatu negara Indonesia sebagaimana ditentukan menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Selanjutnya Presiden di dalam melaksanakan kekuasaannya tidak terlepas dari adanya pengaturan undang-undang dasar mengenai kewenangan Presiden Republik Indonesia dalam menyelenggarakan fungsinya sebagai pemegang kekuasaan pemerintahan sebagaimana diatur dalam Bab III Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

²⁵⁸ K.C. Wheare, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, terjemahan Muhammad Hardani, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003, hlm.1-3

²⁵⁹ *Ibid.*, hlm.3-4

²⁶⁰ Johannes Suhardjana, *Op.cit.*, hlm.255

²⁶¹ Dahlan Thaib, Jazim Hamidi, Ni'matul Huda, *Op.cit.*, hlm.8

²⁶² Jimly Asshiddiqy, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, *Op.cit.*, hlm.36

Fungsi Presiden

1. Fungsi Presiden dalam menjalankan undang-undang

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak menegaskan secara jelas mengenai pengertian undang-undang, sebagaimana dinyatakan Jimly Asshiddiqie, bahwa: "Dalam UUD 1945, tidak terang apa lingkup batasan pengertian undang-undang. Pasal 20 UUD 1945 hanya menyebut kewenangan DPR untuk membentuk undang-undang dengan persetujuan bersama dengan Pemerintah."²⁶³ Namun demikian, pengertian undang-undang itu dapat dipahami sebagai "naskah hukum dalam arti yang luas, yang menyangkut materi dan bentuk tertentu."²⁶⁴

Pengertian undang-undang dapat dibedakan dalam arti luas dan dalam arti sempit, sebagaimana dinyatakan bahwa: "Dengan demikian, bentuk peraturan yang ditetapkan oleh lembaga legislatif untuk maksud mengikat umum dapat dikaitkan dengan pengertian "*enacted law*", "*statute*" atau undang-undang dalam arti yang luas... yang kita maksud dengan undang-undang dalam arti yang sempit adalah "*legislative act*" atau akta hukum yang dibentuk oleh lembaga legislatif dengan persetujuan bersama dengan lembaga eksekutif."²⁶⁵

Pengertian undang-undang juga dapat dibedakan dari segi materi dan struktur atau antara isi dan bentuk undang-undang, yaitu: "1) undang-undang dalam arti materiel atau "*wet in materiele zin*"; 2) undang-undang dalam arti formil atau "*wet in formele zin*"."²⁶⁶

Mengenai pelaksanaan dari suatu undang-undang, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memberikan kewenangan kepada Presiden untuk membuat peraturan pemerintah sesuai dengan ketentuan yang terdapat dalam Pasal 5 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia. Secara eksplisit dalam Pasal 7 Undang-Undang No 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, mengenai jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan, kemudian dipertegas dengan ketentuan berikutnya yaitu Pasal 12 yang berisi "materi muatan peraturan pemerintah berisi materi untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya". Ketentuan ini menegaskan bahwa fungsi peraturan pemerintah ialah untuk mengatur pelaksanaan ketentuan-ketentuan yang telah terlebih dahulu tercantum dalam undang-undang.

Peraturan pemerintah dibuat oleh Presiden berdasarkan perintah (delegasi) suatu undang-undang. Selama belum ada undang-undang

²⁶³ Jimly Asshiddiqy, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2008, hlm.31

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*, hlm.34

yang memerintahkan, Presiden tidak memiliki kewenangan membuat Peraturan Pemerintah, kecuali peraturan pemerintah pengganti undang-undang.

Fungsi kekuasaan pemerintahan yang berkaitan dengan kewenangan untuk menetapkan Peraturan Pemerintah dalam rangka menjalankan Undang-Undang, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menentukan adanya undang-undang yang berkaitan dengan kewenangan Presiden secara tegas harus diatur dalam suatu undang-undang, yaitu: Pasal 11, Pasal 12, Pasal 15, dan Pasal 16 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dengan demikian, Presiden membuat materi Peraturan Pemerintah sesuai dengan undang-undang yang memberikan delegasi serta asas pembentukan peraturan perundang-undangan. Kekuasaan Presiden dalam membuat peraturan pemerintah, terlepas dari pengawasan legislatif, namun apabila diindikasikan bertentangan dengan undang-undang memiliki mekanisme uji terhadap Mahkamah Agung.

2. Fungsi Presiden yang bersifat mengatur

Pada praktik ketatanegaraan di Indonesia, kewenangan untuk menetapkan Peraturan Pemerintah dalam rangka menjalankan undang-undang yang dimiliki oleh Presiden, terdapat kewenangan berupa membuat Peraturan Presiden, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 13 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011. Mengenai hal ini, menurut Bagir Manan, bahwa:

"Sebagai peraturan pelaksana, Presiden juga memiliki kewenangan penuh dalam membuat dan menentukan materi muatan peraturan presiden sesuai dengan peraturan yang memberikan delegasi yaitu undang-undang atau peraturan pemerintah. Peraturan Presiden dimaksudkan dalam rangka meyenggarakan administrasi negara, dan tidak bersifat hal-hal ketatanegaraan."²⁶⁷

Sudah menjadi kebiasaan umum di dunia, undang-undang yang dibuat oleh parlemen hanya mengatur garis besar ketentuan yang diperlukan, sedangkan rincian operasionalnya diatur lebih lanjut oleh pihak eksekutif sendiri yang lebih mengetahui rincian persoalan yang perlu diatur. Kekuasaan eksekutif atas kewenangan regulasi merupakan peraturan yang dibuat oleh eksekutif untuk menjalankan roda pemerintahan.

Kewenangan Presiden Republik Indonesia dalam membuat Peraturan Presiden merupakan kekuasaan yang berhubungan dengan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sebagaimana dinyatakan, bahwa: "Kekuasaan atau kewenangan Presiden untuk menetapkan peraturan presiden adalah

²⁶⁷ Bagir Manan. *Lembaga Kepresidenan*, Yogyakarta: FH UII Press, 2006, hlm. 149

kekuasaan yang melekat (*inherent power*) dari Presiden sebagai pemegang "...kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar" (Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945)."²⁶⁸

Di Indonesia, Peraturan Presiden merupakan peraturan yang yang dibuat oleh Presiden berdasarkan delegasi perundang-undangan sebagai bagian dari delegasi wewenang. Mengenai hal ini, lebih lanjut dijelaskan oleh Bagir Manan sebagaimana dikutip Moh. Fadli, bahwa: "wujud delegasi wewenang bermacam-macam. Salah satu adalah di bidang perundang-undangan. Delegasi perundang-undangan diatur dalam undang-undang yang berwujud peraturan delegasi. Hal tersebut berarti peraturan delegasi bukan nama peraturan, tetapi sistem atau tata cara pengaturan."²⁶⁹

Peraturan Presiden yang dibuat oleh Presiden diperintahkan oleh Undang-Undang, dan materi untuk melaksanakan Peraturan Pemerintah. Oleh karena itu, dapat diambil kesimpulan bahwa: Peraturan Presiden mempunyai dua fungsi, yakni sebagai (1) peraturan delegasi, (2) peraturan pelaksana. Peraturan delegasi harus bersumber pada undang-undang induk (*parent act/primary legislation*) dan tidak boleh melampaui muatan delegasi."²⁷⁰ Sedangkan peraturan pelaksana, menurut Bagir Manan dapat bersumber dari "delegasi atau kewenangan mandiri (*original power*)."²⁷¹

Materi muatan peraturan delegasi hanya dapat mengatur hal yang didelegasikan dan tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan lain yang lebih tinggi tingkatannya, sebagaimana selanjutnya dinyatakan Bagir Manan dan Kuntana Magnar, bahwa: "Sehingga undang-undang atau peraturan pemerintah yang mendelegasikan harus diatur secara tegas bentuk dan ruang lingkup peraturan delegasi. Jika materi muatan peraturan delegasi melebihi muatan delegasi, maka batal demi hukum (*van rechtswege nietig void*) karena ditetapkan oleh pejabat yang tidak berwenang."²⁷²

Menurut Bagir Manan yang dikutip Moh. Fadli, bahwa: "wewenang Presiden membuat Peraturan Pemerintah (PP), Peraturan Presiden (Perpres) tidak selalu atas dasar delegasi. Peraturan Pelaksana bisa bersumber dari wewenang mengatur (*regelen functie*) yang melekat pada administrasi negara (*original power*) dan bersumber dari delegasi."²⁷³ Menurut Hamid S. Attamimi, bahwa:

²⁶⁸Roby Arya Brata, Roby Arya Brata, "Kedudukan Peraturan Presiden Dalam Sistem Perundang-undangan Indonesia", *Negarawan*, Jurnal Sekretariat Negara RI, Nomor 18, November 2010, hlm. 185

²⁶⁹Moh Fadli, *Peraturan Delegasi di Indonesia*, Malang: UB Press, 2011, hlm. 11

²⁷⁰Moh Fadli, *Perkembangan Peraturan Delegasi Di Indonesia*, Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, 2011, hlm. 2.

²⁷¹*Ibid.*, hlm 3.

²⁷²Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Bandung: Alumni, 1997, hlm. 150.

²⁷³Moh Fadli, *Perkembangan Peraturan Delegasi Di Indonesia*, *Op. cit.*, hlm. 3

"keberadaan Keputusan Presiden (Keppres) yang berfungsi pengaturan (yang sekarang disebut dengan istilah Perpres) mempunyai peranan penting dalam penyelenggaraan pemerintahan negara, khususnya dalam penyelenggaraan perundang-undangan negara."²⁷⁴ Di masa orde baru, menurut Jimly Asshiddiqie, bahwa: "proses pemerintahan dijalankan dengan Keppres sehingga disebut dengan *Government by Keppres*."²⁷⁵

Penggunaan Peraturan Presiden dalam pengaturan oleh Presiden masih memegang peranan yang sangat penting dan cenderung terus berkembang dalam praktik. Bahkan, seperti dinyatakan Moh. Fadli, bahwa: "Tanpa peraturan delegasi dan peraturan pelaksana, bisa dipastikan suatu pemerintahan akan berjalan lambat bahkan mandeg."²⁷⁶

3. Fungsi Presiden yang bersifat administratif

Kekuasaan administrasi negara merupakan kekuasaan yang luas mencakup seluruh tugas-tugas dan wewenang pemerintahan. Administrasi negara melingkupi segala kegiatan yang berhubungan dengan penyelenggaraan urusan publik atau kebutuhan publik oleh pemerintah. Dengan demikian kekuasaan administrasi negara merupakan kekuasaan pemerintah untuk menyelenggarakan urusan publik supaya tujuan negara dapat dicapai. Dalam artian, administrasi negara merupakan tindakan konkrit atau nyata dari pemerintah dalam usaha mencapai tujuan negara. Usaha konkrit tersebut melingkupi wilayah cakupan yang luas mulai hal-hal yang bersifat umum sampai hal-hal rinci yang bersifat teknis.

Bagir Manan mengelompokkan tindakan administrasi negara 4 bidang besar yaitu:²⁷⁷ (a) Tugas dan wewenang administrasi di bidang keamanan dan ketertiban umum; (b) Tugas dan wewenang menyelenggarakan tata usaha pemerintahan mulai dari surat menyurat sampai pada dokumentasi dan lain-lain; (c) Tugas dan wewenang administrasi negara di bidang pelayanan umum; (d) Tugas dan wewenang administrasi negara di bidang penyelenggaraan kesejahteraan umum.

Dilihat dari pengelompokan tersebut, menegaskan bahwa kekuasaan administrasi negara meliputi segala tindakan pemerintah sehari-hari mulai dari tataran konsep sampai pelaksanaan teknis oleh kelengkapan-kelengkapan negara yang ada di lapangan. Kekuasaan yang begitu luas tersebut secara hierarkis dikendalikan oleh pejabat-

²⁷⁴ A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara, Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam kurun Waktu PELITA I-PELITA IV*, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1990, hlm.370.

²⁷⁵ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, *Op.cit.*, hlm.116.

²⁷⁶ Moh. Fadli, *Peraturan Delegasi di Indonesia*, *Op.cit.*, hlm.1

²⁷⁷ Bagir Manan. *Op..Cit*, hlm 123-125

pejabat di lingkungan kekuasaan eksekutif yang berujung di tangan seorang Presiden. Presiden memiliki kekuasaan penuh dalam menjalankan dan mengendalikan pelaksanaan administrasi negara, meskipun secara teknis dilaksanakan oleh menteri sesuai dengan bidang yang dipegangnya. Pencapaian kinerja pemerintah salah satu indikatornya dapat dilihat dari pencapaian pelaksanaan administrasi negara, terutama bagaimana pemerintah memberikan pelayanan umum yang baik, kesejahteraan rakyat, keamanan, pendidikan, dan segala hal yang menyangkut kepentingan rakyat.

Kekuasaan administrasi negara merupakan kekuasaan murni berada di ranah eksekutif. Lembaga yang lain tidak memiliki kewenangan untuk ikut campur dalam pelaksanaan administrasi negara. Lembaga legislatif dan yudikatif hanya bertidak sebagai pengontrol dan penyeimbang. Sehingga kekuasaan administrasi negara ini disebut juga kekuasaan asli lembaga eksekutif. Presiden dapat melaksanakan dan mengendalikan administrasi negara secara independen sesuai dengan kebijaksanaannya hingga masa jabatannya berakhir.

Fungsi pemerintahan, di dalam Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, dinyatakan bahwa: "Fungsi Pemerintahan adalah fungsi dalam melaksanakan Administrasi Pemerintahan yang meliputi fungsi pengaturan, pelayanan, pembangunan, pemberdayaan, dan perlindungan."

Fungsi Presiden Dalam Sistem Pemerintahan Presidensial

Beberapa ciri yang penting sistem pemerintahan presidensial berkaitan dengan kedudukan presiden, adalah :

1. Masa jabatannya tertentu, misalnya 4 tahun, 5 tahun, 6 tahun atau 7 tahun sehingga presiden dan juga wakil presiden tidak dapat diberhentikan ditengah masa jabatannya karena alasan politik dibeberapa periode masa jabatan ini biasanya dibatasi dengan tegas, misalnya hanya 1 kali masa jabatan atau hanya 2 kali masa jabatan berturut-turut;
2. Presiden dan wakil presiden tidak bertanggungjawab kepada lembaga politik tertentu yang biasa dikenal sebagai parlemen melainkan langsung bertanggung jawab kepada rakyat, presiden dan wakil presiden hanya dapat diberhentikan dari jabatannya karena alasan pelanggaran hukum yang biasanya dibatasi pada kasus-kasus tertentu tindak pidana tertentu yang jika dibiarkan tanpa pertanggung jawaban dapat menimbulkan masalah hukum yang serius seperti misalnya penghianatan pada Negara pelanggaran yang nyata terhadap konstitusi dan sebagainya;
3. Karena itu lazimnya ditentukan bahwa presiden dan wakil presiden itu dipilih oleh rakyat secara langsung ataupun melalui mekanisme perantara tertentu yang tidak bersifat perwakilan permanen

- sebagaimana hakikat lembaga parlemen dalam sistem parlementer, seorang perdana menteri meskipun juga dipilih melalui pemilihan umum tetapi pemilihannya sebagai perdana menteri bukan karena rakyat secara langsung, melainkan karena yang bersangkutan terpilih menjadi anggota parlemen yang menguasai jumlah kursi mayoritas tertentu;
4. Dalam hubungannya dengan lembaga parlemen, presiden tidak tunduk kepada parlemen, tidak dapat membubarkan parlemen dan sebaliknya parlemen juga tidak dapat menjatuhkan presiden dan membubarkan kabinet sebagaimana dalam praktek sistem parlementer;
 5. Dalam sistem ini tidak dikenal adanya perbedaan antara fungsi kepala Negara dan kepala pemerintahan. Sedangkan dalam sistem parlementer, perbedaan dan bahkan pemisahan kedua jabatan kepala Negara dan kepala pemerintahan itu merupakan suatu kelaziman dan keniscayaan;
 6. Tanggung jawab pemerintahan berada dipundak presiden dan oleh karena itu presidenlah pada prinsipnya yang berwenang membentuk pemerintahan, menyusun kabinet, mengangkat dan memberhentikan para menteri serta pejabat-pejabat publik yang pengangkatan dan pemberhentiannya dilakukan berdasarkan "*political appointment*". Karena itu, dalam sistem ini biasa dikatakan *concentration of governing power and responsibility upon the president*.²⁷⁸

Ciri-ciri sistem pemerintahan Presidensial tersebut di atas dikonkritkan dengan adanya hubungan pengawasan dan perimbangan kekuasaan (*checks and balances*) di antara Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat. Tujuan dari *check and balances* adalah "Mekanisme *check and balances* bertujuan untuk menghindari adanya pemusatan kekuasaan pada salah satu cabang dengan adanya pembatasan kekuasaan ketiga organ tersebut. Dengan adanya prinsip *check and balances* ini maka kekuasaan negara dapat diatur, dibatasi bahkan dikontrol dengan sebaik-baiknya, sehingga penyalahgunaan kekuasaan oleh aparat penyelenggara negara ataupun pribadi-pribadi yang kebetulan sedang menduduki jabatan dalam lembaga-lembaga negara yang bersangkutan dapat dicegah dan ditanggulangi dengan sebaik-baiknya."²⁷⁹

Checks and balances sebagai pendekatan terhadap pembatasan kekuasaan pada esensi pokoknya sebagai jaminan adanya kebebasan dari masing-masing pemegang kekuasaan negara dalam menjalankan kekuasaan, sebagaimana dinyatakan Patrialis Akbar, bahwa:

²⁷⁸Jimly Asshiddiqie. *Format Kelembagaan Negara Dan Pergesaran Kekuasaan Dalam UUD 1945*. Yogyakarta: FH UII Press, 2004, hlm. 59-60.

²⁷⁹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, Op.cit.*, hlm.74.

"Secara tersirat dapat diketahui bahwa esensi pokok dari prinsip *checks and balances* ini adalah menjamin adanya kebebasan dari masing-masing cabang kekuasaan negara sekaligus menghindari terjadinya interaksi atau campur tangan dari kekuasaan yang satu terhadap kekuasaan lainnya. Dengan kata lain, inti gagasan *checks and balances* adalah prinsip dan praktik dari demokrasi yang dituangkan dalam konstitusi negara atau demokrasi konstitusional guna menciptakan keseimbangan semua lembaga negara dalam melakukan interaksi sosial politik. Namun demikian, upaya menciptakan koreksi dan keseimbangan tersebut tidak ditujukan untuk melemahkan fungsi."²⁸⁰

Pada prinsipnya diantarnya *checks and balances* dalam sistem pemerintahan Presidensial dapat dikatakan dalam rangka pengawasan dan perimbangan dengan tujuan terselenggaranya fungsi kekuasaan dari lembaga pemegang kekuasaan. Dengan kata lain, adanya pengaturan mengenai hubungan kekuasaan di antara Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat dalam Bab III Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia mengenai kekuasaan pemerintahan negara pada dasarnya sebagai suatu sarana untuk tercapainya fungsi kekuasaan pemerintahan yang dimiliki oleh Presiden Republik Indonesia.

Adanya hubungan pengawasan dan perimbangan kekuasaan di antara Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat dalam pengaturan mengenai kekuasaan pemerintahan negara yang terdapat pada Bab III Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terdapat pada adanya kewenangan, yaitu:

1. Hak Presiden mengajukan rancangan undang-undang dalam keterkaitannya dengan kewenangan Presiden menjalankan undang-undang berupa menetapkan peraturan pemerintah, sebagaimana diatur dalam Pasal 5 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Pelaksanaan fungsi pengawasan Dewan Perwakilan Rakyat berkaitan dengan adanya pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum tersebut ataupun telah tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden, sebagaimana diatur dalam Pasal 7B ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
3. Presiden tidak dapat membekukan dan/atau membubarkan Dewan Perwakilan Rakyat, sebagaimana diatur dalam Pasal 7C Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

²⁸⁰ Patrialis Akbar, *Hubungan Lembaga Kepresidenan Dengan Dewan Perwakilan Rakyat dan Veto Presiden*, (Jakarta: Total Media dan Pusat Pengkajian dan Pengembangan Ilmu Hukum (P3IH) Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta, 2013), hlm. 21-22

4. Adanya persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat, dalam hal Presiden menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain, dan dalam hal Presiden membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara, dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang, sebagaimana diatur dalam Pasal 11 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
5. Adanya pertimbangan Dewan Perwakilan Rakyat, dalam hal Presiden mengangkat duta dan konsul, dan dalam hal Presiden menerima penempatan duta negara lain, sebagaimana diatur dalam Pasal 13 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
6. Adanya pertimbangan Dewan Perwakilan Rakyat, dalam hal Presiden memberi amnesti dan abolisi, sebagaimana diatur dalam Pasal 14 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Wewenang Dewan Perwakilan Rakyat dinyatakan dalam Pasal 71 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, bahwa:

DPR berwenang:

- a. Membentuk undang-undang yang dibahas dengan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama;
- b. Memberikan persetujuan atau tidak memberikan persetujuan terhadap peraturan pemerintah pengganti undang-undang yang diajukan oleh Presiden untuk menjadi undang-undang;
- c. Membahas rancangan undang-undang yang diajukan oleh Presiden atau DPR yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah, dengan mengikutsertakan DPD sebelum diambil persetujuan bersama antara DPR dan Presiden;
- d. Memperhatikan pertimbangan DPD atas rancangan undang-undang tentang APBN dan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan, dan agama;
- e. Membahas bersama Presiden dengan memperhatikan pertimbangan DPD dan memberikan persetujuan atas rancangan undang-undang tentang APBN yang diajukan oleh Presiden;
- f. Membahas dan menindaklanjuti hasil pengawasan yang disampaikan oleh DPD atas pelaksanaan undang-undang mengenai otonomi daerah, pembentukan, pemekaran dan penggabungan daerah, hubungan pusat dan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, pelaksanaan APBN, pajak, pendidikan, dan agama;

- g. Memberikan persetujuan kepada Presiden untuk menyatakan perang dan membuat perdamaian dengan negara lain;
- h. Memberikan persetujuan atas perjanjian internasional tertentu yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang;
- i. Memberikan pertimbangan kepada Presiden dalam pemberian amnesti dan abolisi;
- j. Memberikan pertimbangan kepada Presiden dalam hal mengangkat duta besar dan menerima penempatan duta besar negara lain;
- k. Memilih anggota BPK dengan memperhatikan pertimbangan DPD;
- l. Memberikan persetujuan kepada Presiden atas pengangkatan dan pemberhentian anggota Komisi Yudisial;
- m. Memberikan persetujuan calon hakim agung yang diusulkan Komisi Yudisial untuk ditetapkan sebagai hakim agung oleh Presiden; dan,
- n. Memilih 3 (tiga) orang hakim konstitusi dan mengajukannya kepada Presiden untuk diresmikan dengan keputusan Presiden.

Fungsi Presiden dalam melaksanakan kekuasaan pemerintahan yang dipegangnya sehubungan dengan dianutnya sistem pemerintahan Presidensial dapat diuraikan sebagai berikut: "Fungsi Presiden dalam menjalankan undang-undang dengan menetapkan Peraturan Pemerintah dan fungsi Presiden yang bersifat mengatur berupa Peraturan Presiden mempunyai keterkaitan dengan adanya kekuasaan membentuk undang-undang yang dipegang oleh Presiden, dan adanya hak Presiden dalam pengajuan rancangan undang-undang."

Pengajuan rancangan undang-undang yang dilandasi oleh adanya persetujuan bersama antara Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 20 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, bahwa: "Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama."

Pasal 165 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014 menyatakan bahwa:

1. Rancangan undang-undang yang berasal dari Presiden diajukan dengan surat Presiden kepada pimpinan DPR.;
2. Rancangan undang-undang yang berasal dari Presiden berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah diajukan kepada DPR dan pimpinan DPR menyampaikannya kepada pimpinan DPD.

Secara normatif tidak ada pembatasan terhadap hak Presiden untuk mengajukan rancangan undang-undang, meskipun kekuasaan membentuk undang-undang berada di Dewan Perwakilan Rakyat seperti yang ditegaskan dalam Pasal 20 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, bahwa: "Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk undang-undang."

Mengenai kekuasaan membentuk undang-undang yang dipegang oleh Dewan Perwakilan Rakyat tersebut, di dalam Pasal 162 Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014 dinyatakan bahwa: (1) DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang; (2) Pembentukan undang-undang dilaksanakan sesuai dengan undang-undang mengenai pembentukan peraturan perundang-undangan, kecuali yang ditentukan lain oleh Undang-Undang ini.

Hubungan antara Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat berkaitan dengan perencanaan undang-undang dalam suatu Program Legislasi Nasional (Prolegnas). Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 menyatakan, bahwa: "Program Legislasi Nasional yang selanjutnya disebut Prolegnas adalah instrumen perencanaan program pembentukan Undang-Undang yang disusun secara terencana, terpadu, dan sistematis."

Hak mengajukan rancangan undang-undang oleh Presiden, dalam hal ini rancangan undang-undang mengenai Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara, terdapat beberapa ketentuan hukum yang berkaitan dengan hubungan Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat, dalam hal ini dapat dikemukakan pasal-pasal yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, sebagai berikut: Pasal 180 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, bahwa:

1. Presiden mengajukan rancangan undang-undang tentang APBN, disertai nota keuangan dan dokumen pendukungnya kepada DPR pada bulan Agustus tahun sebelumnya;
2. Rancangan undang-undang tentang APBN disertai nota keuangan dan dokumen pendukungnya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disampaikan dalam rapat paripurna DPR;
3. Pembahasan rancangan undang-undang tentang APBN dilakukan sesuai dengan tingkat pembicaraan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 168, Pasal 169, Pasal 170, dan Pasal 171;
4. DPR dapat mengajukan usul yang mengakibatkan perubahan jumlah penerimaan dan pengeluaran dalam rancangan undang-undang tentang APBN;
5. Pengambilan keputusan oleh DPR mengenai rancangan undang-undang tentang APBN dilakukan paling lambat 2 (dua) bulan sebelum tahun anggaran yang bersangkutan dilaksanakan;

6. APBN yang disetujui oleh DPR terperinci sampai dengan unit organisasi, fungsi, dan program;
7. Dalam hal DPR tidak menyetujui rancangan undang-undang sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Pemerintah dapat melakukan pengeluaran paling tinggi sebesar angka APBN tahun anggaran sebelumnya.

Pasal 183 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, bahwa: "Pembahasan dan penetapan rancangan undang-undang tentang pertanggungjawaban pelaksanaan APBN dilakukan dalam waktu paling lama 3 (tiga) bulan setelah disampaikan bahan hasil pemeriksaan laporan keuangan Pemerintah oleh BPK ke DPR." Pasal 184 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, bahwa:

1. Presiden menyampaikan rancangan undang-undang tentang pertanggungjawaban pelaksanaan APBN kepada DPR berupa laporan keuangan yang telah diperiksa oleh BPK paling lambat 6 (enam) bulan setelah tahun anggaran berakhir;
2. Laporan keuangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) paling sedikit meliputi realisasi APBN, neraca, laporan arus kas, dan catatan atas laporan keuangan yang dilampiri dengan laporan keuangan kementerian/ lembaga.

Fungsi Presiden yang bersifat administratif, di dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, terdapat perubahan yang berkaitan dengan sanksi administratif yang dapat direkomendasikan oleh Dewan Perwakilan Rakyat kepada Presiden, sebagaimana dijelaskan dalam Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, bahwa:

"Beberapa ketentuan yang perlu disempurnakan adalah ketentuan mengenai penggunaan hak interpelasi, hak angket, hak menyatakan pendapat atau hak anggota DPR mengajukan pertanyaan kepada:

- a. pejabat negara atau pejabat pemerintah yang mengabaikan atau tidak melaksanakan rekomendasi DPR atau tidak melaksanakan keputusan dan/atau kesimpulan rapat kerja komisi atau rapat kerja gabungan komisi serta permintaan DPR kepada Presiden untuk menjatuhkan sanksi administratif kepada pejabat negara atau pejabat pemerintah tersebut; dan,
- b. badan hukum atau warga negara yang mengabaikan atau tidak melaksanakan rekomendasi DPR atau tidak melaksanakan keputusan dan/atau kesimpulan rapat kerja komisi atau rapat kerja gabungan komisi serta permintaan DPR kepada instansi yang berwenang untuk menjatuhkan sanksi kepada badan hukum atau warga negara tersebut."

Penutup

Fungsi Presiden dalam rangka pelaksanaan kekuasaan pemerintahan tentunya mempunyai hubungan pula dengan adanya fungsi pengawasan Dewan Perwakilan Rakyat berkaitan dengan adanya pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum tersebut ataupun telah tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden, sebagaimana diatur dalam Pasal 7B ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Menurut Pasal 70 ayat (3) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, dinyatakan bahwa: "Fungsi pengawasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 69 ayat (1) huruf c dilaksanakan melalui pengawasan atas pelaksanaan undang-undang dan APBN." Sementara itu hak menyatakan pendapat dirumuskan dalam Pasal 79 ayat (4) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, bahwa:

"Hak menyatakan pendapat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf c adalah hak DPR untuk menyatakan pendapat atas:

- a. Kebijakan pemerintah atau mengenai kejadian luar biasa yang terjadi di tanah air atau di dunia internasional;
- b. Tindak lanjut pelaksanaan hak interpelasi sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan hak angket sebagaimana dimaksud pada ayat (3); atau,
- c. Dugaan bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden melakukan pelanggaran hukum baik berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, maupun perbuatan tercela, dan/atau Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden."

Pelaksanaan dari hak menyatakan pendapat diatur lebih lanjut dalam Pasal 210 sampai dengan Pasal 216 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014. Beberapa pasal-pasal dimaksud sebagai berikut: Pasal 212 ayat (2) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014 menyatakan, bahwa: "Dalam hal DPR menerima usul hak menyatakan pendapat sebagaimana dimaksud pada ayat (1), DPR membentuk panitia khusus yang terdiri atas semua unsur fraksi DPR dengan keputusan DPR."

Pasal 214 ayat (2) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, bahwa:

"Dalam hal rapat paripurna DPR sebagaimana dimaksud dalam Pasal 213 ayat (2) memutuskan menerima laporan panitia khusus yang menyatakan bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, ataupun tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil

Presiden, DPR menyampaikan keputusan tentang hak menyatakan pendapat kepada Mahkamah Konstitusi untuk mendapatkan putusan.”

Pasal 214 ayat (5) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, bahwa: “Keputusan DPR mengenai usul menyatakan pendapat sebagaimana yang dimaksud pada ayat (2) disampaikan kepada Presiden.” Pasal 215 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 jo. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2014, bahwa:

- (1) Dalam hal Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa pendapat DPR sebagaimana dimaksud dalam Pasal 214 ayat (2) terbukti, DPR menyelenggarakan rapat paripurna untuk meneruskan usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden kepada MPR.;
- (2) Dalam hal Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa pendapat DPR sebagaimana dimaksud dalam Pasal 214 ayat (2) tidak terbukti, usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak dapat dilanjutkan.

Pada prinsipnya penentuan pendapat mengenai adanya pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum tersebut ataupun telah tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden, sebagaimana diatur dalam Pasal 7B ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, didasarkan pada adanya prosedur dan mekanisme daripada substansi dari kriteria terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum tersebut ataupun telah tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden, di mana hal ini tergantung pada putusan Mahkamah Konstitusi terhadap adanya pendapat dari Dewan Perwakilan Rakyat mengenai hal dimaksud. Dalam hal Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa pendapat DPR tersebut terbukti, DPR menyelenggarakan rapat paripurna untuk meneruskan usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden kepada MPR, sedangkan apabila Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa pendapat DPR tersebut tidak terbukti, usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak dapat dilanjutkan.

Daftar Pustaka

Hamid S. Attamimi, Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara, Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam kurun Waktu PELITA I-PELITA IV, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1990

- Aidul Fitriadi Azhary, "Kekuasaan Kehakiman Yang Merdeka dan Bertanggung Jawab di Mahkamah Konstitusi: Upaya Menemukan Keseimbangan", Jurnal Jurisprudence, Volume 2, Nomor 1, Maret 2005
- Bagir Manan dan Kuntana Magnar, Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia, Bandung: Alumni, 1997
- _____, Lembaga Kepresidenan, Yogyakarta: FH UII Press, 2006
- Dahlan Thaib, Jazim Hamidi, Ni'matul Huda, Teori dan Hukum Konstitusi, Jakarta: Raja Grafindo Perkasa, 2005
- Jimly Asshiddiqie. Format Kelembagaan Negara Dan Pergesaran Kekuasaan Dalam UUD 1945. Yogyakarta: FH UII Press, 2004
- _____, "Pembangunan Hukum dan Penegakan Hukum di Indonesia", Makalah Lustrum XI Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 16 Pebruari 2006
- _____, Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006
- _____, Perihal Undang-Undang, Jakarta: Konstitusi Press, 2008
- _____, Pokok-Pokok HukumTata Negara Indonesia Pasca Reformasi, Jakarta: PT Bhuna Ilmu Populer, 2007
- Johannes Suhardjana, "Supremasi Konstitusi adalah Tujuan Negara", Jurnal Dinamika Hukum, Vol. 10 No. 3 September 2010
- K.C. Wheare, Konstitusi-Konstitusi Modern, terjemahan Muhammad Hardani, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003
- Moh Fadli, Peraturan Delegasi di Indonesia, Malang: UB Press, 2011
- _____, Perkembangan Peraturan Delegasi Di Indonesia, Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, 2011
- Patrialis Akbar, Hubungan Lembaga Kepresidenan Dengan Dewan Perwakilan Rakyat dan Veto Presiden, (Jakarta: Total Media dan Pusat Pengkajian dan Pengembangan Ilmu Hukum (P3IH) Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta, 2013)

Roby Arya Brata, Roby Arya Brata, "Kedudukan Peraturan Presiden Dalam Sistem Perundang-undangan Indonesia", *Negarawan, Jurnal Sekretariat Negara RI*, Nomor 18, November 2010

Sudirman, *Kedudukan Presiden dalam Sistem Pemerintahan Presidensial (Telaah Terhadap Kedudukan dan Hubungan Presiden dengan Lembaga Negara yang Lain dalam Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945)*, Malang: Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 2004

Tina Asmarawati
Fakultas Hukum Universitas Syekh Yusuf Tangerang
Jalan Maulana Yusuf, Tangerang
Vrlina@yahoo.com

PEMBUKTIAN PSIKIATRI FORENSIK DALAM KEJAHATAN IBU TERHADAP NYAWA ANAK KANDUNG

ABSTRACT

Forensic Psychiatry in the field of criminal law is needed as an element of proof in criminal liability or to determine the presence or absence of an error the defendant. Psychiatry responsibility to determine the size of a person in violation of criminal law. Often a day-to- day in the thought seemed normal, but in a psychiatric examination clearly suffering from mental disorders that reduce their responsibilities, but she got a heavy sentence. Law enforcement officials are not so familiar with the medical forensic psychiatry. Judges in deciding cases is not always depend on the results of Visum et Repertum Psikiatrikum. Dampaknya criminal is there a high penalty on the other hand there are also perpetrators of these crimes but not sentenced to undergo treatment. There should be rules / laws that require the enforcement of law if the alleged perpetrator of the criminal justice system suffer from a mental disorder then law enforcement must involve psychiatrists and there are sanctions if it is violated. It needs a shared understanding of medical terms in the handling of cases that the defendant has a mental disorder. In order for law enforcement agencies in carrying out his duty to be fair.

KEYWORD

EVIDENCE,
FORENSIC
PSYCHIATRY

ABSTRAK

Psikiatri Forensik memiliki peran penting dalam bidang hukum pidana sebagai unsur pembuktian dalam pertanggungjawaban pidana. Psikiatri menentukan besar kecilnya tanggung jawab seseorang dalam melanggar hukum pidana. Sering seorang dalam sehari-hari kelihatan pikiranya normal, tetapi dalam pemeriksaan psikiatri jelas menderita gangguan jiwa yang mengurangi tanggung jawabnya, tapi ia mendapat hukuman yang berat. Penegak hukum belum begitu familiar dengan kedokteran forensik psikiatri. Hakim dalam memutus perkara tidak selamanya tergantung hasil Visum et Repertum Psikiatrikum. Dampaknya pelaku tindak pidana tersebut ada yang di pidana dan tidak dijatuhi pidana tetapi menjalani perawatan. Perlu ada undang-undang yang mewajibkan kepada penegak hukum jika dalam sistem peradilan pidana

KATA KUNCI

PEMBUKTIAN,
PSIKIATRI FORENSI

pelakunya diduga menderita gangguan jiwa maka Penegak Hukum wajib melibatkan psikiater. Perlu adanya persamaan persepsi terhadap istilah kedokteran dalam penanganan kasus yang terdakwa mempunyai gangguan jiwa. Agar penegak hukum dalam melaksanakan tugasnya dapat berlaku adil.

PENDAHULUAN

Akhir-akhir ini masalah kesehatan jiwa di dalam masyarakat semakin meningkat. Hal ini dapat dilihat dari banyaknya tindak kekerasan, penyalahgunaan NAPZA, tawuran, pengangguuran banyaknya demonstrasi yang mengarah kepada tindakan penyaluran *agresivitas (anarkis)*, putus sekolah, pemutusan hubungan kerja dan lain-lain. Hal tersebut menyebabkan kerugian yang sangat besar bagi perkembangan masyarakat tersebut, baik ditinjau dari segi ekonomi, maupun moral, budaya bangsa dan sebagainya.²⁸¹ Demikian pula banyaknya kejahatan terhadap nyawa yang dilakukan ibu terhadap anak kandungnya karena adanya gangguan jiwa.²⁸² Saat ini ada beberapa kasus ibu membunuh anak kandungnya antara lain di Bandung, Tangerang, Bekasi, Depok, Malang, Yogyakarta, Kasus Tangerang, Boyolali, Tanjung Priuk, Malang, Yogyakarta, Umumnya pelakunya bunuh diri, hanya E pelaku kasus di Tangerang yang dapat diselamatkan Kasus di Bandung menurut seorang Dokter Ahli Jiwa HTM saksi ahli dalam persidangan kasus AKS menyatakan bahwa AKS membunuh tiga anaknya, wanita ini menderita *depresi*, AKS melakukan perbuatan bukan karena rasa benci terhadap anaknya tetapi karena rasa sayang.²⁸³

Depresi adalah suatu rasa (*mood*) karena perasaan tertekan, sedih, sebagai gangguan yang terjadi pada seseorang dengan fungsi perasaan. Depresi ini ada yang ringan dan berat.²⁸⁴ Perasaan sedih

²⁸¹ Sambutan Direktur Jenderal Bina Kesehatan Masyarakat, Buku Pedoman Kesehatan Jiwa Departemen Kesehatan R.I. Direktorat Jenderal Bina Kesehatan Masyarakat, Direktorat Kesehatan Jiwa Masyarakat, 2003, hlm 4

²⁸² *Wawancara dengan* Pakar Kedokteran Jiwa Universitas Padjadjaran H. T M, Saksi ahli dalam persidangan kasus AKS di Pengadilan Negeri Bandung, Staf Bagian Kedokteran Psikiatri 15 Januari 2007,

²⁸³ *Wawancara dengan* Pakar Kedokteran Jiwa Universitas Padjadjaran H. T M, Saksi ahli dalam persidangan kasus AKS di Pengadilan Negeri Bandung, Staf Bagian Kedokteran Psikiatri 15 Januari 2007, lihat *Pembunuh 3 Anak Kandung Dijerat Dakwaan Berlapis*, www/mail-archive.com/keluarga-sejahtera Pakar Kedokteran Jiwa Universitas Indonesia @Yahoogroups.com/msg03199.html-10k.

²⁸⁴ Hasan Basri Saanin DT Tan Pariaman, *Psikiatri dan Pengadilan, Psikiatri Indonesia*, (Cet 1; Jakarta: Ghalia Indonesia), hlm 91

dan tertekan yang menetap. Perasaan tertekan sedemikian beratnya sehingga orang yang mengalami depresi ini tak dapat melaksanakan fungsi sehari-sehari.²⁸⁵ **Psikiatri**²⁸⁶ sendiri dapat diartikan "*Psychiatry is the branch of medicine that deals with the diagnosis understanding and treatment of mental disorder.* (Cabang ilmu kesehatan yang menangani pengetahuan *diagnosis* dan perawatan gangguan jiwa)."

Gangguan Jiwa

Merupakan hasil interaksi dari berbagai faktor. Misalnya orang yang dilahirkan dengan kecenderungan gangguan jiwa, tidak selalu mengalami gangguan jiwa apabila ia hidup dalam lingkungan kejiwaan (*psikologis*) yang baik penyebab yang pasti belum diketahui.

Beberapa Faktor Penting Yang Mempengaruhi Timbulnya Gangguan Jiwa

1. Faktor Keturunan (genetik): Beberapa jenis gangguan jiwa cenderung berhubungan dengan faktor keturunan.
2. Faktor Lingkungan dan situasi kehidupan sosial: pengalaman dengan anggota keluarga, tetangga, sekolah, tempat kerja dan lain-lain dapat menciptakan situasi yang menegangkan atau menyenangkan. Seseorang melalui pergaulan akan belajar bagaimana cara berbagi dan mengerti perasaan serta sikap orang lain. Kritik yang negatif dari orang sekitar dapat menurunkan harga diri. Harga diri yang positif merupakan kunci untuk mencapai derajat kesehatan jiwa, sebaliknya orang yang mempunyai harga diri yang negatif akan menganggap orang lain memandang dia secara negatif pula.²⁸⁷
3. Faktor Fisik: gangguan fisik yang langsung mengenai otak:
 - a. trauma (cedera) otak.
 - b. tumor otak.
 - c. penyakit infeksi pada otak
 - d. gangguan peredaran darah otak "*stroke*"
 - e. gizi buruk.
 - f. pengaruh zat psikoaktif seperti narkotika, ekstasi ganja, shabu, alkohol sebagainya.

²⁸⁵ Buku Pedoman Kesehatan Jiwa Departemen Kesehatan, *Ibid.* hlm 40

²⁸⁶ Harold I Kaplan, MD, et al. *Synopsis Of Psychiatry Behavioral Sciences*; Baltimore: William & Wilken (Sixth Edition; 1991), hal. 836; lihat Handoko, *Ibid.*, hlm. 11, Psikiatri adalah cabang dari ilmu kedokteran sehingga pemeriksaan klinik pasien psikiatri pada dasarnya masih tetap menggunakan kaidah-kaidah ilmu kedokteran lihat pula. G.W.Bawengan, *Pengantar Psikologi Kriminal, Op.Cit.*, hlm. 79.

²⁸⁷ *Op.cit.* hlm 37.

Gangguan fisik yang tidak langsung yaitu penyakit yang dapat menyebabkan gangguan metabolisme otak misalnya sakit tifus, malaria, penyakit hati, keracunan dan lain-lain. Semua gangguan dapat menimbulkan perubahan cara berfikir, berperasaan dan bertingkah laku.²⁸⁸ Menurut pengertian secara hukum *Visum et Repertum* adalah:

1. Suatu surat keterangan seorang dokter yang memuat kesimpulan suatu pemeriksaan yang telah dilakukannya, misalnya atas mayat seseorang untuk menentukan sebab kematian dan lain sebagainya, keterangan mana diperlukan oleh hakim dalam suatu perkara.²⁸⁹
2. Laporan dari ahli untuk pengadilan, khususnya dari pemeriksaan dokter, dan di dalam perkara pidana.
3. Surat keterangan tertulis yang dibuat oleh dokter atas sumpah/janji (jabatan/khusus), tentang apa yang dilihat pada benda yang diperiksanya.
4. Suatu laporan tertulis apa yang dilihat dan ditemukan pada barang bukti yang diperiksanya serta memuat pula kesimpulan dari pemeriksaan tersebut guna kepentingan peradilan.²⁹⁰

Secara garis besar ada dua macam alat bukti dari bidang ilmu *forensik* yaitu Kedokteran kehakiman menentukan kepastian menyebabkan penyakit atau kematian. *Psikiatri* kehakiman menentukan besar kecilnya tanggungjawab seorang dalam melanggar hukum pidana. Jadi, seseorang yang telah melakukan perbuatan pidana, tetapi tidak dapat dipertanggungjawabkan karena hal-hal yang disebutkan dalam Pasal 44 itu, tidak dipidana. Ketentuan dalam hukum positif sesuai sekali dengan apa yang telah disebutkan di atas. Di atas dikatakan dalam teori disebut "dia dapat dicela oleh karenanya, sebab dianggap dapat berbuat lain." Demikian ini yang disebut mengenai orang yang mampu bertanggung jawab, sebaliknya orang yang tidak mampu bertanggung jawab tentu saja tidak sepatutnya dianggap dapat berbuat seperti yang diharapkan oleh hukum ataupun pikiran yang sehat. Nigel Walker pernah mengingatkan prinsip-prinsip pembatas (*the limiting principles*) yang sepatutnya mendapat perhatian :²⁹¹

1. Jangan hukum pidana (HP) digunakan semata-mata untuk tujuan pembalasan /*retributive*;

²⁸⁸ *Ibid.* hlm 38.

²⁸⁹ Subekti dan Tjitrosoedibio, *Kamus Hukum*, (Cet. 4; Jakarta: Pradnya Paramita, 1972), hlm. 87

²⁹⁰ Abdul Muin Idries, *op cit.*, hlm. 2

²⁹¹ Lilik Mulyadi, *Kapita Selekta Hukum Pidana Kriminologi dan Victimologi*, (Jakarta Djembatan, 2004) hlm 33

2. Jangan menggunakan HP untuk pidana perbuatan yang tidak merugikan/membahayakan;
3. Jangan menggunakan HP untuk mencapai suatu tujuan yang dapat dicapai secara lebih efektif dengan sarana-sarana lain yang lebih ringan;
4. Jangan menggunakan HP apabila kerugian/bahaya yang timbul dari pidana lebih besar dari pada kerugian/bahaya dari perbuatan/tindak pidana itu sendiri;
5. Larangan-larangan HP jangan mengandung sifat lebih berbahaya dari pada perbuatan yang akan dicegah;
6. HP jangan memuat larangan-larangan yang tidak mendapat dukungan kuat dari publik; dan
7. HP jangan memuat larangan/ketentuan-ketentuan yang tidak dapat dilaksanakan/dipaksakan (*unenporceable*).

Menurut Jeremy Bentham, secara kongkrit jangan hukum pidana dikenakan/digunakan *apabila groundless, needless, unprofitable or inefficacious*. Demikian pula, Packer pernah mengingatkan bahwa penggunaan sanksi pidana secara sembarangan (*indiscriminates by*) dan digunakan secara paksa (*coercively*) akan menyebabkan sarana pidana itu menjadi suatu "pengancam yang utama" (*prime threatener*).²⁹²

PERUMUSAN MASALAH

1. Mengapa pembuktian tindak pidana seorang ibu terhadap nyawa anak kandung harus mendapat bantuan ilmu *forensik*?
2. Bagaimana Penerapan hukum pidana terhadap pelaku yang menderita gangguan jiwa.?

PEMBAHASAN

Pembuktian Tindak Pidana Seorang Ibu Terhadap Nyawa Anak Kandung Harus Mendapat Bantuan Ilmu *Forensik*

Psikiatri forensik di dalam bidang hukum pidana berhubungan dengan unsur pembuktian dalam pertanggungjawaban pidana atau untuk menentukan ada atau tidaknya kesalahan terdakwa. Pertanggungjawaban pidana di dalam ilmu pengetahuan hukum pidana terletak di dalam batin tersangka. Pembuktian suatu kasus melalui hukum acara pidana berusaha untuk mendekati sebanyak mungkin persesuaian dengan kebenaran. Hukum pembuktian memberikan petunjuk bagaimana hakim dapat menetapkan sesuatu hal yang cenderung kepada kebenaran. Hakim sebagai manusia dapat saja salah dalam menentukan putusan pada perkara pidana. Hal ini akan merugikan kepentingan-kepentingan terdakwa. Untuk mengatasinya ada beberapa aliran pembuktian dalam hukum acara

²⁹² Lilik Mulyadi, *Op,cit*, hlm 33

pidana. Setiap aliran pembuktian mengajukan teori yang menjadi dasar dalam pembuktian yang terikat alat bukti.

Alat bukti itu penting untuk pengadilan dalam mendekati kesempurnaan, baik dalam hukum pidana maupun hukum perdata. Sebagaimana telah diutarakan dimuka, Secara garis besar ada dua macam alat bukti dari bidang ilmu *forensik* yaitu Kedokteran kehakiman menentukan kepastian menyebabkan penyakit atau kematian. *Psikiatri* kehakiman menentukan besar kecilnya tanggungjawab seorang dalam melanggar hukum pidana. Sering seorang dalam perbuatan sehari-hari kelihatan masih cukup daya pikirannya, tetapi dalam pemeriksaan *psikiatri* jelas menderita *gangguan jiwa* yang dapat mengurangi tanggung jawabnya. disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu karena penyakit, tidak dipidana.²⁹³ Seseorang tidak dapat dihukum karena perbuatannya tidak dapat dipertanggungjawabkan karena:²⁹⁴

1. Kurang sempurna akalinya, yaitu: Kekuatan pikiran, daya pikiran, kecerdasan pikiran. Dalam bahasa Belanda "*Verstandelijke vermogens*" Dalam teks KUHP Negeri Belanda memakai "*Geest vermogens*" artinya kekuatan atau daya jiwa. Siapa yang dianggap kurang sempurna akalinya yaitu *idiot, imbecil*, buta tuli dan bisu mulai lahir. Orang tersebut sebenarnya tidak sakit tetapi cacat mulai sejak lahir sehingga pikirannya tetap seperti anak-anak.
2. Sakit berubah akalinya. "*Ziekelijke storing der verstandelijke vermogens*" dalam katagori ini adalah sakit gila manie, *hysterie, epilepsie, Melancolie* dan macam-macam penyakit jiwa lainnya.

Orang yang terganggu pikirannya karena mabuk minuman keras pada umumnya tidak termasuk golongan ini kecuali jika ia dapat dibuktikan mabuknya sedemikian rupa sampai ingatannya hilang sama sekali. Berkenaan keadaan ibu yang membunuh anak kandung dikaitkan dengan pertanggungjawaban, sebagai dasar dari hukum pidana dalam praktek bahkan ditambahkan bahwa pertanggung jawab pidana menjadi lenyap jika ada salah satu dari keadaan-keadaan atau kondisi-kondisi memaafkan tersebut. Secara lengkap asas ini adalah "*actus non facit reum, nisi mens sit rea*".²⁹⁵

Actus reus berarti perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana, yang harus dilengkapi dengan *mens rea* yang dibuktikan dengan penuntutan bahwa tersangka telah melakukan *actus reus* dengan disertai *mens rea* yaitu dapat dikatakan melakukan tindak pidana.

²⁹³ R.Soesilo, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana serta Komentar-komentarnya lengkap Pasal Demi Pasal*, (Bogor: Politeia, 1976), hlm. 50.

²⁹⁴ R.Soesilo, *Ibid.*, hlm 51-52

²⁹⁵ Roeslan Saleh, *Pikiran pikiran tentang Pertanggung jawab Pidana, Lo.cit.*, hlm. 20

Secara keseluruhan artinya adalah sesuatu perbuatan tidak dapat dinyatakan orang itu bersalah kecuali bila dilakukan kejahatan yang dapat dipertanggungjawabkan. *Asas Noella poena sine pravia lege*. Tidak ada seorang pun dapat dihukum tanpa adanya kesalahan. (*geen straf zonder schuld*).²⁹⁶ Menurut Roeslan Saleh, orang yang mampu bertanggung jawab harus memenuhi tiga syarat sebagai mana telah diuraikan:²⁹⁷

1. Dapat menginsyafi bahwa makna daripada perbuatannya.
2. Dapat menginsyafi bahwa perbuatannya itu tidak dapat dipandang patut dalam pergaulan masyarakat.
3. Mampu untuk menentukan niat atau kehendaknya dalam melakukan perbuatan.

Doktrin *mens rea* disebut sebagai dasar dari hukum pidana, dalam praktek bahkan ditambahkan bahwa pertanggung jawab pidana menjadi lenyap jika ada salah satu dari keadaan-keadaan atau kondisi-kondisi memaafkan itu.²⁹⁸ *Mens rea* merupakan unsur mental dalam perkara pembunuhan berarti niat jahat untuk mengambil nyawa orang. Tidak ada unsur *mens rea* dapat menyebabkan gagalnya penuntutan pidana. Sebagaimana telah diutarakan dimuka Cross and Jones mengemukakan beberapa unsur yang merupakan alasan pengecualian hukuman:²⁹⁹

1. Gerakan tak terkendalikan (*lack of control of bodily movements.*)
2. Tidak memahami kenyataan (*Ignore of fact*).
3. *Failure to foresee consequence.*

Seorang ibu jika ia melakukan kejahatan terhadap anak kandungnya harus memenuhi unsur/elemen perbuatan pidana adalah:³⁰⁰

1. Kelakuan dan Akibat (perbuatan)
2. Hal ikhwal atau keadaan yang menyertai perbuatannya
3. Keadaan yang memberatkan pidana
4. Unsur melawan hukum yang obyektif
5. Unsur melawan hukum yang subyektif.

Dua segi yang penting dalam *asas actus reus dan mens rea* adalah: Pertama, perbuatan lahiriah menjadi landasan dari pada kehendak. Kedua, Kondisi jiwa apakah menjadi landasan perbuatan tadi apakah dilakukan dengan suatu maksud jahat atau tidak.³⁰¹ Sebagaimana telah diuraikan di muka bahwa dua segi dalam *asas*

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Op.cit*, hlm. 80.

²⁹⁸ *Ibid.*, hlm 21

²⁹⁹ *Op.cit*, hlm. 52.

³⁰⁰ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2002), hlm 62-63.

³⁰¹ *Loc. Cit*, hlm. 51.

actus non facit reum, nisi mens sit rea menurut G.W.Bawengan adalah :

1. Perbuatan lahiriah sebagai penjelmaan dari pada kehendak, misalnya perbuatan mengambil dalam perkara pencurian.
2. Kondisi jiwani apakah perbuatan tadi dilakukan dengan suatu maksud jahat atau tidak.³⁰²

Simon mengatakan bahwa kesalahan adalah keadaan *psychis* yang melakukan perbuatan dan hubungannya dengan perbuatan yang dilakukan, sedemikian rupa sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatan tadi. Yang harus diperhatikan adalah:

1. Keadaan batin dari orang yang melakukan perbuatan itu.
2. Hubungan antara keadaan batin itu dengan perbuatan yang dilakukan.

Berdasarkan pendapat Pakar Kedokteran Jiwa dari Universitas Indonesia EH Pleyte³⁰³ menyatakan bahwa setiap orang memiliki tiga unsur dalam kepribadiannya yaitu proses berpikir, perasaan dan perilaku. Tiga unsur ini jika tidak dapat *berintegrasi* dengan baik, maka ada kemungkinan individu akan mengalami gangguan jiwa. Tidak ada gunanya untuk mempertanggungjawabkan atas perbuatan terdakwa bila perbuatan itu tidaklah bersifat melawan hukum, 4 elemen tersebut yaitu:

1. Melakukan perbuatan pidana
2. Mampu bertanggung jawab
3. Dengan kesengajaan atau kealpaan
4. Tidak adanya alasan pemaaf.³⁰⁴

Pengertian yang pertama, bahwa terlebih dahulu harus ada aturan undang-undang, jadi aturan hukum yang tertulis, juga disebutkan dengan jelas dalam pasal 1 ayat 1 KUHP dalam kasus ini adalah menyangkut Pasal 338, 339 KUHP: Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan suatu aturan pidana dalam perundang-undangan, sebelum perbuatan dilakukan. Rumusan demikian ini yang tegas menyebutkan atas kekuatan suatu aturan pidana dalam perundang-undangan, jadi aturan hukum yang tertulis, sebagai terjemahan dari *wettelijke strafbepaling*, menimbulkan beberapa soal hukum. Dengan adanya ketentuan ini maka delik-delik adat lalu tidak dapat dipidana, sebab disitu tidak ditentukan dengan aturan yang tertulis. Walaupun terbukti ibu tersebut telah membunuh anak kandungnya berhubung akalnya tidak sempurna atau kurang ingatan maka ia tidak dapat mempertanggung jawabkan perbuatannya. Jadi ada alasan pemaaf, karena tidak ada niat untuk melakukan pembunuhan, maka ia tidak dapat dihukum. Hal ini

³⁰² *Ibid .*, hlm 51.

³⁰³ Wawancara dengan Pakar Kedokteran Jiwa Universitas Indonesia Edith Humris Pleyte, tanggal 19 Januari 2008.

³⁰⁴ Roeslan Saleh, *Op. cit*, hlm. 79.

sesuai dengan yang ada di dalam pasal 44 KUHP. Guttmacher MD dalam bukunya *Psychiatry and the law* menulis sebagai berikut:

Today psychiatry has reached the point where it can tell us some significant think of the psychiatrist as preceptor in legal, moral, and the political philosophy, but by throwing light on man's potentialities for growth psychiatry helps law to focus and its goal, the development of the individual's potentialities for freedom and productiveness. understanding the concept of freedom, for example, is impossible with out appreciation of the psychological fact that even the most fair-minded individual is like to be misled by this prejudices.

Menurut Guttmacher, psikiatri sekarang telah mencapai titik yang dapat menjelaskan beberapa hal penting mengenai alam dan keperluan hukum. Nampaknya mulai terpikir bahwa psikiatri dapat bertindak selaku pembimbing di bidang hukum, moral, dan filsafat politik, yaitu dengan menjelaskan kemampuan manusia dalam pertumbuhan dan mengenai factor-faktor yang membimbing manusia menghadapi kemunduran dalam kedewasaan dan pertumbuhannya. Psikiatri memberi bantuan pada hukum untuk melihat sasaran tujuan yaitu perkembangan kemampuan individu untuk mencapai kebebasan dan keberhasilan. Memahami konsepsi psikologis, seorang terpelajar pun dapat terkecoh oleh rasa prasangkanya. Pentingnya peranan psikiatri di dalam proses peradilan pidana diungkapkan di bawah ini sebagai berikut:

(Psychiatry is also beginning to play a greater part in the field of law, particularly in relation to the criminal law. Today psychiatry has reached the point where it can tell us some significant things about the very nature and need of law, psychiatry helps law to focus on its goal, the development of the individual's potentialities for freedom and productiveness. Understanding the concept of freedom, for example, is impossible without appresciation of the psychological fact).

Secara garis besar menyatakan bahwa: (psikiatri telah mulai memegang peranan besar di bidang hukum, terutama mengenai masalah yang menyangkut hukum pidana. Dewasa ini psikiatri telah mencapai suatu titik yang dapat menjelaskan beberapa masalah penting mengenai kebutuhan hukum, psikiatri memberi bantuan pada hukum untuk meneropong tujuannya, membantu hukum untuk mempelajari perkembangan kemampuan individu mengenai kebebasan dan kemampuan individu mengenai kebebasan dan kemampuan berproduksi. Untuk memperoleh pengertian mengenai konsepsi kebebasan misalnya, adalah tak mungkin tanpa meneliti kenyataan-kenyataan psikologis).

Di dalam proses peradilan pidana untuk membuktikan adanya seseorang dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya, dibutuhkan *Visum et Repertum, Psychiatricum*. Dokter Ahli Jiwa menyumbang data klinis, yang disusun sedemikian rupa sehingga

merupakan bahan berguna untuk membantu pelaksanaan dalam menentukan tanggung jawab kriminal dari seorang terdakwa. Di dalam hukum pidana terdapat banyak teori yang dipakai untuk menetapkan hubungan *kausal* secara *normative*, akan tetapi bagaimanapun untuk mengukur suatu kelakuan dapat ditentukan menjadi musabab dari suatu akibat yang dilarang dan mengingat pula kompleksnya keadaan yang telah terjadi disekitar itu, diperlukan *logic obyektif* yang telah dicapai oleh ilmu pengetahuan lain. Pada umumnya hakim sebagai penerap hukum *inkongkrito* tidak mempunyai pengetahuan yang lengkap tentang hal itu, sehingga diperlukan bantuan ahli yang menguasai ilmu pengetahuan bantu yang mempunyai arti penting yaitu salah satunya adalah ilmu pengetahuan kedokteran kehakiman.

Sehubungan dengan hal tersebut di atas maka di dalam sistem peradilan pidana di Indonesia ilmu *forensik* sangat dibutuhkan. sebagai suatu ilmu pengetahuan dan teknologi untuk memperoleh pembuktian secara ilmiah.³⁰⁵ Para ahli *forensik* dapat memberikan keterangan ahli (*Visum et Repertum Psikiatri*) untuk memperjelas suatu perkara di dalam tahap pemeriksaan oleh penyidik atau penuntut umum di persidangan yang diatur dalam pasal 186 KUHP. Tujuan keterangan *Visum et Repertum Psikiatri* untuk memberikan kepada Hakim hasil ilmu pengetahuan dari suatu fakta sebagai bukti atas semua keadaan sebagaimana tertuang dalam bagian pemberitaan, agar hakim dapat mengambil putusan dengan tepat.³⁰⁶ Di dalam pasal 44 KUHP menyatakan bahwa orang yang menderita Gangguan jiwa tidak dapat dipidana, untuk mengetahui adanya seseorang itu menderita gangguan jiwa harus diteliti oleh psikiater, seberapa besar gangguan jiwa itu.

Penerapan Hukum Pidana Terhadap Pelaku Yang Menderita Gangguan Jiwa.

Penerapan hukum pidana dan hukum acara pidana terhadap pelaku yang membunuh anak kandung harus mengandung unsur kemanusiaan dan pri kemanusiaan. Pernyataan ini sejalan dengan perkembangan Negara yang berdasarkan hukum yang bersumber pada cita-cita *Rule of law* dan Deklarasi Hak Asasi Manusia, Bambang Poernomo menerangkan bahwa:

"Teknik perumusan hak asasi manusia di dalam Undang-undang pada umumnya bersifat *motivatif* untuk landasan bekerjanya para petugas

³⁰⁵ Andi Hamzah, *Pengantar Hukum Acara Pidana*, (Jakarta: Ghalia Indonesia), hlm. 36.

³⁰⁶ R. Soeparmono, *Keterangan Ahli dan Visum et Repertum dalam aspek Hukum Acara Pidana* (Semarang: Satya Wacana, 1989), hlm 46.

hukum. Hak asasi manusia tidak dirumuskan secara *ekplisit* tetapi tersimpul dalam pasal-pasal Undang-undang sesuai dengan jiwa yang terkandung dalam konsideran dan penjelasan undang-undang. Sebagaimana dirumuskan KUHAP (UUNo.8/1981). Rumusan yang disusun secara khusus norma-norma yang mengenai martabat manusia dan hak asasi manusia dari masyarakat bangsa-bangsa di Dunia tercermin pada *The Universal Declaration Of Human Rights 1948* dan Deklarasi *The International Year For Human Rights 1968*. Hak-hak dan kebebasan manusia yang telah dirumuskan dalam pertemuan organisasi Internasional atau Regional yang bersertifikat non-governmental antara lain dari keputusan " *the European Convention For The Protection Of Human Rights and Fundamental Freedom*" 1950 di Roma, keputusan kongres " *The International Commision Of Jurists*" 1955 di Athena, dan keputusan *The International Covenant On Civil and Political Rights 1966*."

Menurut H. Loebby Loqman dalam bukunya *Pidana dan Pemidanaan* menyatakan "Di dalam peradilan pidana, ilmu pengetahuan dan dalil hukum tersebut kurang dipergunakan sebaik-baiknya oleh penegak hukum, terutama seorang hakim, dengan dasar seperti yang diterapkan dalam Hukum Acara Pidana, hakim dalam menjatuhkan suatu putusan/ pidana harus memperhatikan penerapan hal-hal yang meringankan dan memberatkan, karena biasanya hanya dilihat semata-mata apa yang terjadi di depan sidang; Perihal yang meringankan bahwa si terdakwa tidak mempersulit dalam pemeriksaan, masih muda, belum pernah dihukum, dan di dalam sidang tersebut menyatakan penyesalannya."

Berdasarkan hasil penelitian menyatakan bahwa kasus yang pelakunya diduga menderita *depresi* atau kelainan jiwa masih kurang mendapat perhatian khusus dari Aparat Penegak Hukum. Seorang ibu yang terbukti membunuh anaknya dapat dikenakan pasal mengenai pembunuhan yaitu pasal 338, 339, 340, 341 dan 342 KUHP, karena ada alasan pemaaf antara lain, jiwanya terganggu atau gila, maka tidak dihukum sama sekali. tetapi kadangkala hal ini kurang diberlakukan. Seorang ibu jika ia melakukan kejahatan terhadap anak kandungnya harus memenuhi unsur/elemen perbuatan pidana adalah:

1. Kelakuan dan Akibat (perbuatan)
2. Hal ikhwal atau keadaan yang menyertai perbuatannya
3. Keadaan yang memberatkan pidana
4. Unsur melawan hukum yang obyektif
5. Unsur melawan hukum yang subyektif.

Dua segi yang penting dalam *asas actus reus dan mens rea* adalah Pertama, perbuatan lahiriah menjadi landasan dari pada kehendak. Kedua, Kondisi jiwa apakah menjadi landasan perbuatan tadi apakah dilakukan dengan suatu maksud jahat atau tidak. Sebagaimana telah diuraikan dimuka bahwa dua segi dalam *asas*

actus non facit reum, nisi mens sit rea menurut G.W.Bawengan adalah :

1. Perbuatan lahiriah sebagai penjelmaan dari pada kehendak, misalnya perbuatan mengambil dalam perkara pencurian.
2. Kondisi jiwani apakah perbuatan tadi dilakukan dengan suatu maksud jahat atau tidak.

Actus reus berarti perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana, yang harus dilengkapi dengan *mens rea* yang dibuktikan dengan penuntutan bahwa tersangka telah melakukan *actus reus* dengan disertai *mens rea* yaitu dapat dikatakan melakukan tindak pidana. Secara keseluruhan artinya adalah sesuatu perbuatan tidak dapat dinyatakan orang itu bersalah kecuali bila dilakukan kejahatan yang dapat dipertanggungjawabkan. Sebagaimana kasus ibu yang membunuh anak kandung sebagainya yang diuraikan di halaman muka.

Berdasarkan pendapat Pakar Kedokteran Jiwa dari Universitas Indonesia E H P menyatakan bahwa setiap orang memiliki tiga unsur dalam kepribadiannya yaitu proses berpikir, perasaan dan perilaku. Tiga unsur ini jika tidak dapat *berintegritas* dengan baik maka ada kemungkinan individu akan mengalami gangguan jiwa. Dalam proses peradilan pidana, hakim dalam menjatuhkan pidana kepada pelaku tindak pidana yang dilakukan oleh seorang tidak selalu *smempertimbangkan Visum et Repoertum Psikiatricum*, dapat dilihat dari kasu ibu yang membunuh anaknya dan ibu tersebut juga mencoba bunuh diri tapi hukumannya tinggi.

Contoh Kasus E alias Y di Tangerang

Penegak hukum menganggap bahwa E melakukan ini karena faktor ekonomi atau tidak dapat mengendalikan diri/emosi. Sayangnya psikiater yang menangani E hanya ada satu yaitu dari RS F, menyatakan bahwa E tidak menderita gangguan jiwa. Seharusnya jika ancaman pidananya sangat tinggi ini ada psikiater pembanding untuk membuktikan valid tidaknya visum tersebut. Keluarganya pun tidak pernah diwawancarai oleh psikiater tersebut³⁰⁷. Seharusnya psikiater melakukan hal ini untuk mengetahui keadaan sebenarnya. pelaku tindak pidana tersebut. Seorang hakim tinggi dan beberapa orang psikiater berpendapat³⁰⁸ hukuman E 11 tahun tersebut terlalu tinggi. Bila dibandingkan dengan kasus AKS, E lebih berat gangguan jiwanya, buktinya E pernah mencoba bunuh diri, pertama di Rel Kereta api kedua membakar diri bersama anak-anaknya. Penegak hukum menganggap bahwa E melakukan ini karena faktor ekonomi atau tidak dapat mengendalikan diri/emosi. Jika dilihat pendapat

³⁰⁷ Wawancara dengan orang tua E di Tangerang 3 Januari 2007

³⁰⁸ Wawancara dengan Aparat penegak hukum di Serang dan Jakarta, 3 Januari 2007

beberapa pakar hukum antara lain Barda Nawawi, Muladi, ilmu hukum itu harus didampingi ilmu ilmu lain seperti sosiologi, antropologi, psikologi psikiatri, hukumannya yang dijatuhkan sesuai dengan rasa keadilan yang ada di dalam masyarakat. Berdasarkan penelitian penulis ke beberapa Pengadilan di Jakarta dan wawancara dengan petugas di Lembaga Pemasyarakatan. Vonis 11 tahun terhadap E juga dianggap terlalu tinggi, Demikian juga vonis terhadap suaminya 7 tahun yang dianggap lalai sampai peristiwa ini terjadi peneliti menganggap terlalu berat.

Di dalam kasus lain (AKS) di Bandung, Putusan sidang terakhir AKS di putus bebas karena menderita depresi berat. Landasan hukumnya adalah sebagai berikut: Doktrin *mens rea* disebut sebagai dasar dari hukum pidana, ditambahkan bahwa pertanggung jawab pidana menjadi lenyap jika ada salah satu dari keadaan-keadaan atau kondisi-kondisi memaafkan itu.³⁰⁹ Apakah seorang ibu sadar akan kehendaknya membunuh anak kandungnya. Jika ia tidak mempunyai niat atau kehendak maka ibu ini tidak dapat dihukum. sesuai dengan pasal 44 KUHP.

Kasus TSA di Depok dan Kasus U di Babelan (Bekasi)

Peneliti melihat sepiantas U seperti orang normal, tetapi ketika peneliti tanya mengenai suaminya ia selalu tegang, kenapa ia bunuh anaknya ia kesal pada suami yang tidak memberi uang belanja dan jajan anaknya. dan suaminya punya perempuan lain., padahal tidak demikian sesungguhnya, karena suaminya hanya seorang pemulung yang penghasilannya sangat kecil, jauh dari cukup. Berdasarkan penuturan Aparat Kepolisian, Bekasi, U menderita Retardasi mental. Tingkat Sedang³¹⁰. Berdasarkan keterangan dari psikiater bahwa tidak semua yang menderita gangguan jiwa itu gila, hanya ia tidak dapat 100 % dipertanggung jawabkan perbuatannya. jika dilaksanakan pidana sebaiknya adanya pengurangan hukuman. Proses pidananya dalam kasus ini dihentikan karena menurut aparat penegak hukum ia menderita gangguan jiwa, Memang polisi mempunyai diskresi. Berdasarkan pendapat pakar hukum, polisi memang mempunyai diskresi tapi bukan untuk kasus berat seperti pembunuhan. sebagaimana telah diuraikan dimuka Penetapan gangguan mental belum cukup untuk menetapkan seseorang tidak kompeten, tetapi harus juga dapat diperlihatkan bahwa gangguan mental menyebabkan gangguan penilaian (*impairment of judgement*). Bagaimana seorang yang menderita gangguan jiwa dianggap bertanggung jawab terhadap tindakan-tindakannya ditinjau dari segi hukum. Secara umum belum terdapat patokan-

³⁰⁹ *Ibid*, hlm. 21.

³¹⁰ Yudi Garnadi, *Simptomatologi Psikiatri*, (catatan kuliah Kedokteran Unpad, Media DIKA, Bandung), hlm. 79-80.

patokan untuk menyatakan bahwa seseorang bertanggung jawab dari segi hukum atas tindakan-tindakannya. Di bidang Psychiatricum: Berdasarkan penuturan Aparat Kepolisian Bekasi, U menderita Retardasi Mental Tingkat Sedang.³¹¹ Di dalam Pasal 15 ayat 1 menyatakan bahwa untuk kepentingan perkara-perkara pengadilan dan umumnya untuk memberikan kesaksian ahli, maka setiap dokter yang terdaftar pada Departemen Kesehatan dan telah mendapat izin bekerja dari Menteri Kesehatan berwenang untuk memberikan kesaksian ahli jiwa.³¹² Dalam ayat dua menyatakan bahwa kesaksian ahli jiwa ini yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini, dapat berupa *visum et repertum psikiatrik* atau keterangan dokter.

Seorang dokter yang mengharuskan seorang penderita dirawat di suatu rumah sakit jiwa dengan menyalahgunakan kedudukan atau keahliannya dapat dihukum menurut Pasal 333 Kitab Undang undang Hukum Pidana Untuk menetapkan apakah seorang penderita penyakit jiwa harus dirawat dan diobati disebuah tempat perawatan, harus ada surat keterangan dokter, keterangan dokter itu menerangkan hasil pemeriksaan dan pendapatnya perihal si penderita. Menurut Pasal 1 Menteri Kesehatan mengawasi juga hasil pemeriksaan dan pendapat dokter tersebut.

Di dalam Pasal 26 Undang-undang Kesehatan No. 23 Tahun 1992 menyatakan bahwa:Penderita gangguan jiwa karena keadaannya dimungkinkan melakukan tindakan yang dapat mengganggu ketertiban umum, keamanan atau keselamatan dirinya wajib dirawat dan ditempatkan di sarana pelayanan kesehatan jiwa. Berkenaan dengan hal tersebut di atas maka untuk seorang ibu yang melakukan kejahatan terhadap anak maka wajib dirawat di rumah sakit jiwa. Yang seharusnya diputus bebas oleh hakim ialah:

1. Sama sekali tidak terbukti mewujudkan delik sesuai rumus UU pidana, melakukan perbuatan yang bukan perbuatan pidana.
2. Tidak terbukti mewujudkan satu atau lebih unsur perbuatan yang melawan hukum yang dirumuskan oleh Undang-undang pidana.

Sebaliknya jika terdakwa terbukti melakukan perbuatan melawan hukum sebagaimana dirumuskan oleh Undang- undang pidana, akan tetapi salah satu unsur *mens rea* pertanggungjawaban pidana tidak terbukti maka terdakwa harus dilepaskan dari segala tuntutan hukum.³¹³ Dalam penerapan hukum ,seandainya aparat penegak hukum menjumpai kasus semacam ini ia tetap diwajibkan memeriksa perkaranya dan membuat *proses verbal*. Hakimlah yang

³¹¹ *Ibid*

³¹²Departemen Kesehatan RI, Peraturan Menteri Kesehatan RI Tentang Perawatan Penderita Penyakit Jiwa Tahun 1970.

³¹³ Andi Zainal Abidin, *Op,cit*, hlm. 74 -75.

berkuasa memutuskan tentang dapat tidaknya terdakwa dipertanggung jawabkan perbuatannya, walaupun ia dapat meminta nasihat dari dokter jiwa (*psikiater*) Seandainya hakim berpendapat tersangka betul tidak dapat dipertanggungjawabkan perbuatannya, maka pelaku dibebaskan dari segala tuntutan pidana tetapi sebagai tindakan untuk mencegah bahaya, baik untuk pribadi terdakwa maupun untuk masyarakat. Hakim dapat memerintahkan agar terdakwa dimasukkan dalam Rumah Sakit Jiwa selama masa percobaan *maksimum* satu tahun untuk dilindungi dan di periksa. Pendapat Penulis Penyakit jiwa ini bermacam-macam jenis, seseorang yang dapat dipertanggung jawabkan atas suatu perbuatannya juga bermacam-macam, Tidak otomatis jika ia menderita gangguan jiwa maka dibebaskan dari segala tuntutan, atau sebaliknya, sebagaimana kasus tersebut di atas dapat juga ada pengurangan hukuman tergantung dari seberapa besar ia dapat mempertanggung jawabkan perbuatannya. Harus diadakan penelitian kembali, seperti rekam otak dan lain-lain. Sebagian aparat penegak hukum dan psikiater menyatakan ada pelaku yang seharusnya mendapat hukuman/masih dapat mempertanggung jawabkan perbuatannya, tapi *onslag*.

KESIMPULAN

1. Di dalam menjatuhkan pidana terhadap ibu yang membunuh anak kandung Psikiatri (*psikiater*) Forensik sangat dibutuhkan karena dapat membantu aparat hukum dalam menentukan dapat dipidana atau tidaknya sipelaku tindak pidana(ibu kandung), atau untuk mengetahui sejauhmana seorang ibu dapat dipertanggungjawabkan perbuatannya sesuai dengan Pasal 44 KUHP. Sayangnya peranan psikiater sifatnya masih pasif. Dikatakan masih pasif karena jika Aparat Hukum (Polisi, Jaksa, Hakim) meminta bantuan *psikiater* dalam membuat visum maka *psikiatri (psikiater)* Forensik aktif berperan, akan tetapi jika tidak diminta oleh aparat penegak hukum yaitu polisi, jaksa, hakim` maka psikiater berperan. Dampaknya jika hal ini terjadi maka vonis yang dijatuhkan kepada terdakwa mengakibatkan kurang sesuai. Terdakwa akan menanggung hukuman yang tidak adil.
2. Hakim dalam menjatuhkan pidana kepada pelaku tindak pidana yang dilakukan oleh seorang ibu terhadap anak kandung tidak selalu *mempertimbangkan Visum et Repoertum Psikiatricum*, Disamping itu hakim bebas dalam menentukan besarnya pidana yang dijatuhkan kepada pelaku tindak pidana. Hal ini dapat dilihat dari putusan-putusan yang berbeda.

SARAN

1. Perlu dilaksanakan peraturan/Undang-undang yang mengatur bahwa jika dalam sistem peradilan pidana pelakunya diduga menderita gangguan jiwa Hakim wajib mempertimbangkan *Visum et Repoertum Psikiatricum*, atau jika hakim tidak yakin pada satu pendapat dari psikiater maka wajib a da *second opinion*
2. Untuk menghindari salah dalam menginterpertasikan isi dari *Visum et Repertum Psychiatricum* ini, oleh aparat penegak hukum yang dapat berakibat fatal maka *Visum et Repertum Psychiatricum* ini harus diterjemahkan ke dalam bahasa umum (bahasa yang dimengerti oleh orang awam) agar tidak salah di dalam mengambil keputusan/ penetapan. Selama ini sering terjadi aparat tidak mengerti istilah-istilah yang ada di dalam *Visum et Repertum Psychiatricum*. Hal ini menimbulkan *inefisiensi* dalam penyelesaian kasus dan yang lebih fatal adalah kehidupan seseorang akan hancur.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Muin Idries (1997), *Pedoman Ilmu Kedokteran Forensik*, Jakarta: Bina Aksara.
- Barda Nawawi Arief 1998, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- (1986), *Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Buku Pedoman Kesehatan Jiwa (2003), Departemen Kesehatan Jiwa, Departemen Kesehatan RI, Direktorat Jenderal Bina Kesehatan Masyarakat. Direktorat Kesehatan Jiwa Masyarakat.
- Bambang Poernomo (1982), *Pandangan Terhadap Azas-Azas Umum Hukum Acara Pidana*, Yogyakarta: Liberty.
- Departemen Kesehatan (2006), *Undang-undang Kesehatan*, Jakarta: Pustaka Pelajar.
- Hari Chand (1994), *Modern Jurisprudence*", Kuala Lumpur: International Law Book Service.
- Herbert L Packer (1968), *The Limit of The Criminal Sanction*, California: Stanford Univercity Press.
- Leiden Marpaung (2002), *Tindak Pidana Terhadap Nyawa dan Tubuh*, Jakarta: Sinar Grafika.
- MR. J.M. Van Bemmelen (1991), *Hukum Pidana 1, Hukum Penitentier*, Bandung: Terjemahan, Bina Cipta.

- (1983), *Indonesia Negara Hukum*, Cet 1, Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Patton, G.W (1953), *A Text Book of Jurisprudence*, London: Oxford University, Amen Hause.
- Roeslan Saleh (1963), *Perbuatan Pidana dan Pertanggung jawaban Pidana*, Jakarta: Aksara Baru.
- Soedjono.Dirdjosisworo (1984), *Filsafat Peradilan Pidana dan Perbandingan Hukum* Bandung: Armico.
- (1983), *Sosiologi Hukum*, Studi Tentang Perubahan Hukum & Sosial, Jakarta: Radjawali.
- Soeparmono R (1998)., *Keterangan Ahli dan Visum Repertum dalam aspek Hukum Acara Pidana*, Semarang: Satya Wacana.
- Yudi Garnadi, *Simptomatologi Psikiatri, (catatan kuliah Kedokteran Unpad)*, Bandung: Media DIKA.

Sawitri Yuli Hartati
 Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta
 Jl. KH Ahmad Dahlan, Cirendeui Ciputat-Jakarta Selatan
 sawitriyulie@gmail.com

Peranan Perusahaan Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Swasta (PPTKIS) Dalam Perekrutan Calon TKI ke Luar Negeri Melalui Skema P To P

ABSTRACT

The role of private Indonesian Employment Placement Company (PPTKIS) with private to private scheme (P to P), is the mechanism and scheme most selected by Indonesian laborers who work abroad. The large number of workers distributed through the private to private scheme (P to P), the guidelines do not follow in good procedures and procedures, so that bite to bring various problems for the workforce in the future. This paper will examine various issues, regarding the recruitment of Indonesian workers through private to private mechanisms, and alternative solution options, to cope with this.

KEYWORD

INDONESIAN WORKERS, ARRANGEMENTS, PRIVATE TO PRIVATE.

ABSTRAK

Peranan Perusahaan Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Swasta (PPTKIS) dengan skema privat to privat (P to P), merupakan mekanisme dan skema yang paling banyak di pilih oleh tenaga kerja indonesia yang berkerja di luar negeri. Besarnya jumlah tenaga kerja yang disalurkan melalui skema privat to privat (P to P), pada kenyataannya tidak diikuti dengan pengaturan dan prosedur yang baik, sehingga justru mendatangkan berbagai permasalahan bagi tenaga kerja dikemudian hari. Tulisan ini hendak menelaah berbagai permasalahan, berkenaan dengan rekrutmen tenaga kerja indonesia melalui mekanisme privat to privat, dan menawarkan solusi alternatif, untuk menanggulangi permasalahan tersebut.

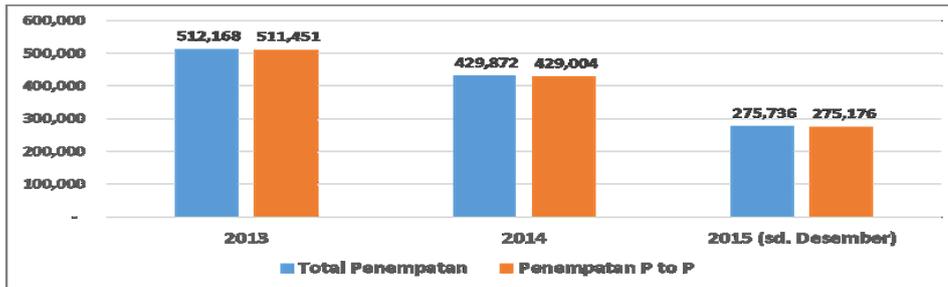
KATA KUNCI

TENAGA KERJA INDONESIA, PENGATURAN, PRIVATE TO PRIVATE.

Pendahuluan

Program penempatan Tenaga Kerja Indonesia (TKI) keluar negeri sudah berjalan selama bertahun-tahun. Selama tahun 2011 hingga 2014 jumlah penempatan TKI keluar negeri setiap tahunnya lebih dari 400 ribu orang yang menyebar diberbagai Negara

penempatan, khususnya di negara Asia Pasifik dan negara Timur Tengah. Penempatan TKI sendiri untuk saat ini umumnya melalui 3 skema penempatan yaitu skema TKI mandiri, skema TKI P to P (privat to privat) dan skema TKI G to G (government to government). Selama bertahun-tahun penempatan TKI terbesar mayoritas melalui skema P to P. Tentunya hal ini terlihat dari banyaknya Perusahaan Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Swasta (PPTKIS) yang jumlahnya sampai saat ini lebih dari 495 PPTKIS³¹⁴.

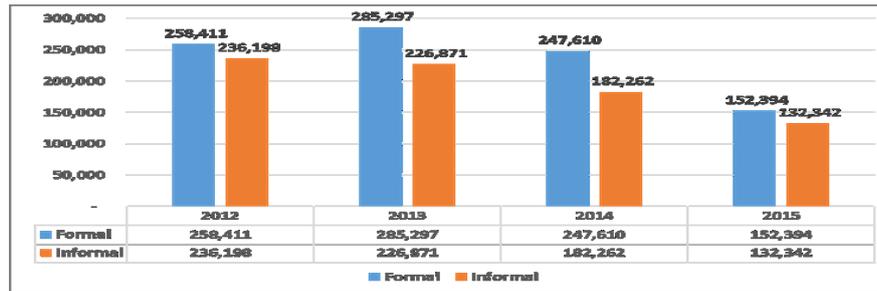


Gambar 1.1 Jumlah Penempatan TKI Tahun 2013-2015
(Sumber : Puslitfo BNP2TKI)

Jumlah penempatan TKI dengan skema P to P di Indonesia menjadi yang terbesar jika dibandingkan dengan skema penempatan lain. Tahun 2013 dari total penempatan TKI 512.168 orang sebanyak 511.451 orang merupakan TKI dengan skema penempatan P to P. Tahun 2014 dari total penempatan TKI 429.872 orang sebanyak 429.004 orang merupakan TKI dengan skema penempatan P to P, dan tahun 2015 dari total 274.736 penempatan TKI sebanyak 275.176 merupakan TKI dengan skema P to P. Jika dilihat dari segi proporsi, maka dari tahun 2013 hingga 2015 persentase penempatan TKI skema P to P mencapai 99 % setiap tahunnya.

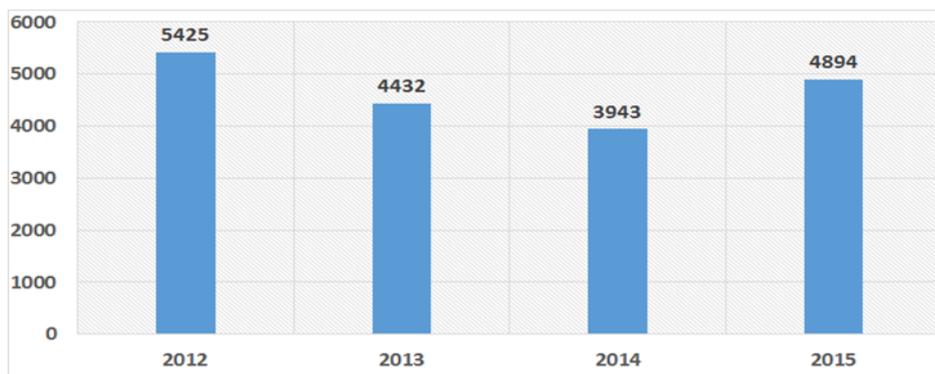
Tahun 2015 jumlah penempatan TKI yang bekerja di sektor informal cukup besar jumlahnya mencapai 132.345 orang, meskipun dari tahun 2012 jumlah TKI sektor informal jumlahnya terus berkurang. TKI sektor informal adalah TKI yang bekerja disektor rumahtangga, sebagai asisten rumah tangga. TKI sektor informal umumnya adalah mereka yang berlatarbelakang pendidikan rendah seperti SD, SMP dan SMA.

³¹⁴ Data Direktorat Sosialisasi dan Kelembagaan Data PPTKIS Tahun 2015 sebanyak 495 Perusahaan atau mengalami peningkatan 46 PPTKIS dari Data yang dirilis tahun 2014 yang berjumlah 449 Perusahaan.



Gambar 1.2 Komposisi TKI Sektor Formal dan Informal
(Sumber : Puslitfo BNP2TKI)

Umumnya TKI yang bermasalah adalah TKI skema P to P. Ada banyak masalah yang sampai saat ini masih terjadi pada TKI dengan skema P to P seperti masalah kekerasan yang dilakukan oleh majikan, masalah human trafficking, penipuan dan masalah hukum lain. Masalah tersebut terus berulang dari tahun ke tahun. Hal ini terlihat dari setiap tahun selalu ada pemberitaan TKI bermasalah yang menghiasi media elektronik maupun media cetak. Indikasi lain adalah banyaknya pengaduan TKI di Crisis Center.



Gambar 1.3 Jumlah Pengaduan TKI Tahun 2012-2015
(Sumber : Puslitfo BNP2TKI)

Banyaknya permasalahan tersebut diduga karena ada tahapan prosedur rekrutmen CTKI skema P to P yang dilanggar oleh PPTKIS ataupun karena adanya peraturan dan perundangan yang tidak konsisten (tidak sinkron) sehingga menimbulkan celah untuk melanggar peraturan tersebut. Pelanggaran tahapan proses bisa terjadi dimana saja, misalnya pemalsuan dokumen usia, pemalsuan tes kesehatan, pemalsuan proses pelatihan kerja dan lainnya.

PEMBAHASAN

A. Pengertian dan Dasar Hukum Rekrutmen Calon Tenaga Kerja Indonesia ke Luar Negeri

Organisasi Perburuhan Internasional (ILO) bertugas memajukan kesempatan bagi laki-laki dan perempuan untuk memperoleh pekerjaan yang layak telah mendefinisikan Buruh/Pekerja Migran sebagai seseorang yang bermigrasi, atau telah bermigrasi, dari sebuah Negara ke Negara lain, dengan gambaran untuk

diperkerjakan oleh orang lain selain dirinya sendiri, termasuk siapapun yang diterima secara reguler, sebagai seorang migran, untuk pekerjaan. Migrasi tenaga kerja biasanya juga didefinisikan sebagai perpindahan manusia yang melintasi perbatasan untuk tujuan mendapatkan pekerjaannya di negara asing. Melalui cara yang resmi atau tidak resmi, difasilitasi atau tidak, tenaga kerja memberikan kontribusi ekonomi terhadap negara pengirim maupun tujuan. Tenaga kerja membantu memperbesar jumlah angkatan kerja di negara tujuan dan dapat membantu pembangunan di negara mereka sendiri melalui pengiriman uang penghasilan mereka.³¹⁵

Pengaturan tentang penugasan kepada pihak swasta dalam penempatan CTKI ke luar negeri telah diatur dalam beberapa peraturan menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi. Permen Nomor : Per.01/Men/1983 tentang Perusahaan Pengerahan Tenaga Kerja Indonesia ke Luar Negeri, yang intinya mengizinkan Perusahaan Pengerahan Tenaga Kerja Indonesia merekrut/seleksi, penandatanganan dan pengiriman tenaga kerja Indonesia ke luar negeri. Kepmen No.Kep. 149/Men/1983 tentang Tata Cara Pelaksanaan Pengerahan Tenaga Kerja Indonesia ke Arab Saudi Kepmen No.Kep. 408/Men/1984 tentang Pengerahan dan Pengiriman Tenaga Kerja ke Malaysia, Permen. 02/MEN/1994 tentang Penempatan Tenaga Kerja Luar Negeri dan Kepmen 44/MEN/1994 tentang Pelaksanaan Permen. 02/MEN/1994, kemudian disempurnakan melalui Kepmen 104 A/MEN/2002, tentang Penempatan Tenaga Kerja Indonesia ke Luar Negeri sebelum disahkannya Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri (UUPPTKILN).³¹⁶

Di dalam Kepmenakertrans No. 104 Tahun 2002 Pasal 1 ayat 1 ditetapkan bahwa: "pengertian penempatan Tenaga Kerja di Indonesia ke Luar Negeri yang selanjutnya disebut penempatan TKI adalah kegiatan penempatan tenaga kerja yang dilakukan dalam rangka mempertemukan persediaan TKI dengan permintaan pasar kerja di luar negeri dengan menggunakan mekanisme antar kerja".

Dapat disimpulkan bahwa kegiatan penempatan TKI merupakan kegiatan pengiriman TKI yang telah memenuhi persyaratan fisik, mental, dan administratif untuk bekerja di luar negeri melalui prosedur perekrutan dan penempatan yang telah diatur dan ditetapkan oleh negara melalui aturan hukum yang sah.

Peraturan yang berkaitan dengan TKI, diantaranya:

³¹⁵ International Organization for Migration/ (IOM), Migrasi Tenaga Kerja dari Indonesia Gambaran Umum Migrasi Tenaga Kerja Indonesia di Beberapa Negara Tujuan di Asia dan Timur Tengah, Jakarta, 2010.

³¹⁶ I Wayan Pageh, *Sejarah dan Kebijakan Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri*, Jakarta, 20 Februari 2007.

1. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri;
2. Peraturan Pemerintah Nomor 4 Tahun 2015 Tentang Pelaksanaan Pengawasan Terhadap Penyelenggaraan Penempatan Dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia Di Luar Negeri;
3. Peraturan Menteri Ketenagakerjaan Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2014 tentang Pelaksanaan Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri;
4. Peraturan Pemerintah Nomor 4 Tahun 2013 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Di Luar Negeri Oleh Pemerintah;
5. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 64 Tahun 2011 Tentang Pemeriksaan Kesehatan dan Psikologi Calon Tenaga Kerja Indonesia;
6. Peraturan Kepala BNP2TKI Nomor 23 Tahun 2013 tentang Teknis Pelaksanaan Pembekalan Akhir Pemberangkatan Calon Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri;
7. Peraturan Kepala BNP2TKI Nomor: PER-26/KA/XII/2013 tentang Pedoman Pelaksanaan Sistem Komputerisasi Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri;
8. Peraturan Kepala BNP2TKI Nomor 22 tahun 2015 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Pembiayaan Penempatan Tenaga Kerja Indonesia ke Luar Negeri Melalui Kredit Usaha Rakyat Tenaga Kerja Indonesia;
9. Peraturan Kepala BNP2TKI Nomor KEP-135A/PEN/XI/2014 Tentang Standar Operasional Prosedur (SOP) Pelayanan Penempatan DI Unit Pelayanan Publik (UPP) Tahun 2014;
10. Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia Nomor 26 Tahun 2015 tentang Tarif Pemeriksaan Kesehatan Calon Tenaga Kerja Indonesia;
11. Surat Edaran Kepala BNP2TKI Nomor: SE.05/KA/IX/2015 tanggal 30 September 2015 tentang Layanan Pembiayaan Penempatan Calon Tenaga Kerja Indonesia.

Agar pelaksanaan penempatan dan perlindungan TKI di luar negeri tercapai sesuai tujuannya, maka proses rekrutmen CTKI menjadi sangat penting agar TKI yang akan ditempatkan mampu memenuhi kualifikasi yang diinginkan pemberi kerja dengan tetap melindungi TKI selama masa penempatan dan kepulangannya.

Rekrutmen menurut T. Hani Handoko adalah proses pencapaian dan pemikatan para calon karyawan atau pelamar yang mampu untuk melamar sebagai karyawan³¹⁷. Pendapat lain tentang perekrutan dikemukakan oleh Ambar TS yang mendefinisikan

³¹⁷ Handoko T. Hani, *Manajemen Personalia dan Sumberdaya Manusia, Edisi II, Cetakan Keempat Belas*, Yogyakarta: BPFE, 2000, hlm. 69

perekrutan sebagai adalah proses mencari, menemukan, menarik para pelamar untuk menjadi pegawai pada dan oleh organisasi tertentu³¹⁸.

Pengertian rekrutmen juga dikemukakan oleh Gary Dessler yang menyatakan bahwa rekrutmen dilakukan atas dasar analisis jabatan, karena analisis jabatan menyajikan informasi tentang apa yang dibawa oleh jabatan dan karakteristik manusiawi apakah yang dituntut untuk melaksanakan kegiatan-kegiatan informasi uraian jabatan dan spesifikasi jabatan digunakan untuk memutuskan karakter orang yang akan direkrut dan dipekerjakan³¹⁹. Gary Dessler mengemukakan bahwa rekrutmen adalah kegiatan penarikan untuk memperoleh orang yang akan mengisi jabatan, karakteristik calon pelamar, dan kualifikasi yang dituntut untuk mengisi jabatan.

Dari berbagai pendapat dapat disimpulkan bahwa rekrutmen adalah suatu proses atau kegiatan mencari dan mengumpulkan calon-calon pelamar untuk mengisi lowongan yang ada dalam suatu perusahaan/lembaga sesuai dengan persyaratan yang ditentukan.

Kegiatan penempatan dan perlindungan TKI berdasarkan Undang-Undang No. 39 Tahun 2004 dibagi menjadi tiga tahapan kegiatan yaitu: 1) kegiatan pra penempatan, 2) kegiatan masa penempatan, dan 3) kegiatan purna penempatan. Proses rekrutmen CTKI itu sendiri merupakan bagian dari kegiatan pra penempatan.

Untuk melaksanakan kegiatan penempatan dan perlindungan TKI, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan TKI di Luar Negeri yang selanjutnya disebut UU PPTKILN, memberikan tugas kepada pemerintah dan pihak swasta sebagai pelaksana penempatan TKI di luar negeri, sebagaimana diatur dalam Pasal 10 UU PPTKILN bahwa Pelaksana penempatan TKI di luar negeri terdiri dari: a). Pemerintah; dan b. Pelaksana penempatan TKI swasta.

B. Pelaksanaan Penempatan Calon Tenaga Kerja Indonesia ke Luar Negeri oleh Swasta

Berdasarkan Peraturan Menteri Tenaga Kerja Indonesia Nomor: Per.01/Men/1983 tentang Perusahaan Pengerahan Tenaga Kerja Indonesia ke Luar Negeri, Pemerintah telah memberi izin kepada pihak swasta untuk merekrut dan mengirimkan tenaga kerjanya ke luar negeri. Kepada Perusahaan Jasa Tenaga Kerja Indonesia (PJTKI) diberikan hak untuk mencari tenaga kerja Indonesia dan mengirimnya ke luar negeri. Perusahaan Pengerahan Tenaga Kerja Indonesia diperbolehkan merekrut/seleksi, penandatanganan dan pengiriman tenaga kerja Indonesia ke luar negeri. Permen

³¹⁸ Ambar Teguh Sulityani & Rosidah. *Manajemen Sumber Daya Manusia : Konsep, Teori dan Pengembangan Dalam Konteks Organisasi Publik*. Yogyakarta : Graha Ilmu, 2009, hlm. 168

³¹⁹ Dessler, Gary., *Manajemen Sumber Daya Manusia*, Jakarta: PT. Prenhallindo, 1997, hlm. 90

02/MEN/1994 tentang Penempatan Tenaga Kerja Luar Negeri dan Kepmen 44/MEN/1994 tentang Pelaksanaan Permen. 02/MEN/1994, kemudian disempurnakan melalui Kepmen 104 A/MEN/2002, tentang Penempatan Tenaga Kerja Indonesia ke Luar Negeri. Peraturan tersebut diterbitkan jauh sebelum disahkannya Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri (UUPPTKILN).

Pada tahun 2010 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri dilengkapi dengan Peraturan Menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi RI Nomor : PER14/MEN/X/2010 tentang Pelaksanaan Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri. Di dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia, Perusahaan Pengerahan Tenaga Kerja Indonesia disebut dengan Pelaksana Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Swasta (PPTKIS). Pada Pasal 10, PPTKIS diberi tugas bersama pemerintah untuk pelaksanaan penempatan TKI di luar negeri. Dalam pelaksanaan penempatan tersebut baik pemerintah maupun PPTKIS harus memperhatikan asas-asas keterpaduan, persamaan hak, demokrasi, keadilan sosial, kesetaraan dan keadilan gender, anti diskriminasi, serta anti perdagangan manusia. Hal ini sesuai dengan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004, yaitu penempatan dan perlindungan calon TKI/TKI bertujuan untuk: (a) memberdayakan dan mendayagunakan tenaga kerja secara optimal dan manusiawi; (b) menjamin dan melindungi calon TKI/TKI sejak di dalam negeri, di Negara tujuan, sampai kembali ke tempat asal di Indonesia; dan, (c) meningkatkan kesejahteraan TKI dan keluarganya.

Untuk memperoleh SIPPTKI, PPTKIS harus memenuhi persyaratan yang diatur dalam Pasal 13 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004, yaitu :

1. Berbentuk badan hukum perseroan terbatas (PT) yang didirikan berdasarkan peraturan perundang-undangan;
2. Memiliki modal disetor yang tercantum dalam akta pendirian perusahaan, sekurang-kurangnya sebesar Rp. 3.000.000.000,- (tiga milyar rupiah);
3. Menyetor uang kepada bank sebagai jaminan dalam bentuk deposito sebesar Rp. 15.000.000,- (lima belas juta rupiah) pada bank pemerintah;
4. Memiliki rencana kerja penempatan dan perlindungan TKI ke luar negeri sekurang-kurangnya untuk kurun waktu 3 (tiga) tahun berjalan;
5. Memiliki unit pelatihan kerja; dan
6. Memiliki sarana dan prasarana pelayanan penempatan TKI.

Sesuai dengan Undang-Undang No. 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di luar negeri, maka PPTKIS harus memenuhi ketentuan-ketentuan sebagai berikut :

1. Memiliki rencana kerja penempatan dan perlindungan TKI di luar negeri sekurang-kurangnya untuk kurun waktu 3 (tiga) tahun berjalan (Pasal 13 ayat 1 huruf d Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri).
2. Memiliki unit pelatihan kerja (Pasal 13 ayat 1 huruf e Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri).
3. Memiliki sarana dan prasarana pelayanan penempatan TKI (Pasal 13 ayat 1 huruf f Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri). Sarana prasarana yang harus disediakan adalah sarana prasarana pelayanan penempatan TKI antara lain tempat penampungan yang layak, tempat pelatihan kerja, dan kantor. PPTKIS dapat menampung calon TKI sebelum pemberangkatan dengan lama tinggal di penampungan disesuaikan dengan jabatan dan/atau jenis pekerjaan yang akan dilakukan di negara tujuan. Selama masa penampungan PPTKIS wajib memperlakukan calon TKI dengan wajar dan manusiawi dengan tempat penampungan yang memenuhi standar yang ditetapkan pemerintah.
4. Memiliki perwakilan di negara TKI ditempatkan. Perwakilan PPTKIS di negara lain harus berbadan hukum yang dibentuk berdasarkan peraturan perundang-undangan di negara tujuan. Pembentukan perwakilan dapat dilakukan secara bersama-sama oleh beberapa PPTKIS (Pasal 20 ayat 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri). Perwakilan Perusahaan Jasa Buruh Indonesia yang berada di daerah atau Perwada melaksanakan kegiatan penempatan buruh Indonesia atas nama PJTKI di wilayah kerja tertentu dan Perwakilan PJTKI di luar negeri di wilayah kerja tertentu di luar negeri atau Perwalu. Perwalu berbentuk baik badan hukum ataupun perseorangan yang melaksanakan kegiatan untuk dan atas nama PJTKI di luar negeri.³²⁰
5. Membentuk kantor cabang di daerah di luar wilayah domisili kantor pusatnya (Pasal 121 ayat 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri). Kantor cabang dapat dibentuk di provinsi atau kabupaten/kota sesuai dengan kebutuhan.

³²⁰ Adnan Hamid, *Buruh Migran dan Perlindungan Hukumnya Edisi pertama*, Jakarta: F Mediam 2009, hlm. 7

Kegiatan yang dilakukan oleh kantor cabang PPTKIS menjadi tanggungjawab kantor pusat PPTKIS. Kantor cabang hanya berwenang untuk : a. melakukan penyuluhan dan pendataan calon TKI; b. melakukan pendaftaran dan seleksi calon TKI; c. menyelesaikan kasus calon TKI/TKI pada pra atau purna penempatan; d. menandatangani perjanjian penempatan dengan calon TKI atas nama pelaksana penempatan TKI swasta.

6. Memiliki Mitra Usaha di negara tujuan apabila PPTKIS ingin menempatkan TKI pada pengguna perseorangan (Pasal 24 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri):
 - a. Mitra usaha harus berbentuk badan hukum yang didirikan sesuai dengan peraturan perundangan di negara tujuan.
 - b. Perwakilan RI melakukan penilaian terhadap Mitra Usaha dan Pengguna untuk dijadikan pertimbangan dalam memberikan persetujuan atas dokumen yang dipersyaratkan dalam penempatan TKI di luar negeri.
 - c. Berdasarkan hasil penilaian terhadap Mitra Usaha dan Pengguna, Perwakilan RI menetapkan Mitra Usaha dan Pengguna yang bermasalah dalam daftar Mitra Usaha dan Pengguna bermasalah.
 - d. Daftar Mitra Usaha dan Pengguna bermasalah diumumkan pemerintah secara periodik setiap 3 (tiga) bulan.
 - e. Tugas dan tanggung jawab mitra usaha ini antara lain mengurus persyaratan penempatan Buruh Migran berupa pengesahan perjanjian kerja, perjanjian pengerahan, visa, dan dokumen lainnya kepada instansi yang berwenang di negara setempat (Kedutaan Besar RI atau Konsulat Jenderal RI).
7. PPTKIS dapat menempatkan TKI di luar negeri untuk kepentingan perusahaan PPTKIS sendiri (Pasal 26 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri). Adapun syarat-syarat yang harus dipenuhi adalah sebagai berikut : a. Perusahaan yang bersangkutan harus berbadan hukum yang dibentuk berdasarkan hukum Indonesia. b. TKI yang ditempatkan merupakan pekerja perusahaan itu sendiri. c. Perusahaan memiliki bukti hubungan kepemilikan atau perjanjian pekerja yang diketahui oleh Perwakilan RI. d. TKI telah memiliki perjanjian kerja. e. TKI telah diikutsertakan dalam program jaminan sosial tenaga kerja dan/atau memiliki polis asuransi. f. TKI yang ditempatkan wajib memiliki KTKLN.
8. Menempatkan TKI ke negara tujuan yang pemerintahnya telah membuat perjanjian tertulis dengan Pemerintah RI atau tenaga kerja asing atau tidak mengirimkan calon TKI ke negara-negara tertentu yang dinyatakan tertutup bagi pemerintah dengan pertimbangan keamanan (Pasal 27 Undang-Undang Nomor 39

Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri).

9. PPTKIS harus mendaftar pada instansi pemerintah kabupaten/kota yang bertanggungjawab di bidang ketenagakerjaan untuk dapat melakukan perekrutan (Pasal 37 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri).
10. PPTKIS wajib menginstruksikan TKI yang diberangkatkan ke luar negeri dalam program asuransi (Pasal 68 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia).
11. Dalam hal terjadi perselisihan antara PPTKIS dan TKI dalam hal pelaksanaan perjanjian penempatan, maka kedua belah pihak mengupayakan penyelesaian secara damai dengan cara bermusyawarah. Namun apabila musyawarah tidak tercapai, maka salah satu atau kedua belah pihak dapat meminta bantuan instansi yang bertanggungjawab di bidang ketenagakerjaan di Kabupaten/Kota, Provinsi atau Pemerintah (Pasal 85 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri). Pasal 85 dari Undang-Undang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia berisi sebuah prosedur yang amat tidak jelas dalam penanganan konflik-konflik seperti itu. Tidaklah jelas bagaimana "bantuan: ini akan dikelola dan sesuai dengan prosedur apa guna menjamin keadilan. Fakta bahwa tidak ada satu kasus yang terdengar di pengadilan Indonesia pada tahap ini, tidaklah jelas apakah pengadilan akan menemukan bahwa ia memiliki yurisdiksi atas perselisihan-perselisihan ini.
12. Penyelesaian perselisihan yang dapat dilakukan PPTKIS. Selain itu untuk mengatasi masalah-masalah yang timbul tersebut pihak perusahaan mengatasinya dengan cara-cara antara lain: a. Dalam hal prosedur pelaksanaan yang terlalu panjang maka pihak perusahaan akan membantu para calon Buruh Migran semaksimal mungkin, yang bertujuan untuk memudahkan para calon Buruh Migran sehingga para calon Buruh Migran tersebut tidak terlalu terbebani. b. Dalam hal sistem pelatihan yang dilakukan oleh Depnaker masih terkesan formalitas maka pihak perusahaan berusaha memberikan pelatihan secara mandiri dengan biaya dari perusahaan. c. Dalam hal adanya keluhan dari Buruh Migran maka pihak perusahaan berusaha menyelesaikannya dengan cara musyawarah dan kekeluargaan dengan pihak pengguna jasa (majikan) untuk mencapai kemufakatan bersama. d. Dalam hal adanya keluhan dari pihak pengguna jasa (majikan) maka pihak perusahaan akan memberikan pengertian kepada para Buruh Migran atau

akan mengganti dengan Buruh Migran yang baru. e. Dalam hal masih banyaknya pungutan liar yang dilakukan oleh instansi atau lembaga tertentu khususnya oleh pihak yang bertugas mengantarkan pada saat Buruh Migran pulang kembali ke daerah asal maka pihak perusahaan berusaha mengatasinya dengan cara mendampingi sendiri sampai ke tempat asal.

13. PPTKIS ikut dalam kegiatan pembinaan tentang penempatan dan perlindungan TKI. Pemerintah melakukan pembinaan terhadap segala kegiatan yang berkenaan dengan penyelenggaraan Penempatan dan Perlindungan TKI di luar negeri. Dalam melakukan pembinaan tersebut, Pemerintah dapat mengikutsertakan PPTKIS, organisasi dan/atau masyarakat yang dilaksanakan secara terpadu dan terkoordinasi (Pasal 86 Undang- Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri). Pembinaan oleh Pemerintah dilakukan dalam bidang informasi, sumber daya manusia dan perlindungan TKI. Pembinaan dilakukan sesuai dengan Pasal 88 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia, yaitu melakukan hal-hal sebagai berikut: a. Membentuk sistem dan jaringan informasi yang terpadu mengenai pasar kerja luar negeri yang dapat diakses secara meluas oleh masyarakat. b. Memberikan informasi keseluruhan proses dan prosedur mengenai penempatan TKI di luar negeri termasuk resiko bahaya yang mungkin terjadi selama masa penempatan TKI di luar negeri.

Pelaksanaan Penempatan TKI secara P to P di dilakukan oleh Pelaksana Penempatan TKI swasta (PPTKIS) yang sudah mendapatkan ijin tertulis dari Kementerian Tenaga Kerja dan Transmigrasi untuk menyelenggarakan pelayanan penempatan TKI di luar negeri. Tanggung jawab PPTKIS dalam pelaksanaan penempatan dan perlindungan TKI dimulai dari tahap prapenempatan, penempatan dan purna penempatan. Perlindungan yang harus diberikan oleh PPTKIS kepada TKI sejauh apa yang sudah diperjanjikan dalam perjanjian penempatan (Pasal 82), menyelesaikan sengketa dengan TKI secara damai dengan cara musyawarah dan meminta bantuan instansi ketenagakerjaan di kabupaten/kota, provinsi atau Pemerintah jika terjadi sengketa tanpa adanya kesepakatan (Pasal 85 ayat 2).

C. Tahapan Perekrutan Calon Tenaga Kerja Indonesia ke Luar Negeri Melalui Skema Private to Private

Berdasarkan Undang-Undang No. 39 Tahun 2004, Pasal 1 ayat (3), pengertian penempatan kerja adalah: "pengertian penempatan Tenaga Kerja Indonesia yang selanjutnya disebut penempatan TKI

adalah kegiatan pelayanan untuk mempertemukan TKI sesuai bakat, minat, dan kemampuannya dengan pemberi kerja di luar negeri yang meliputi keseluruhan proses perekrutan, pengurusan dokumen, pendidikan dan pelatihan, penampungan, persiapan pemberangkatan sampai ke negara tujuan, dan pemulangan dari negara tujuan". Sedangkan di dalam Kepmenakertrans No. 104 Tahun 2002 Pasal 1 ayat 1 ditetapkan bahwa: "pengertian penempatan Tenaga Kerja di Indonesia ke Luar Negeri yang selanjutnya disebut penempatan TKI adalah kegiatan penempatan tenaga kerja yang dilakukan dalam rangka mempertemukan persediaan TKI dengan permintaan pasar kerja di luar negeri dengan menggunakan mekanisme antar kerja". Dari pengertian-pengertian tersebut dapat disimpulkan bahwa kegiatan penempatan TKI merupakan kegiatan pengiriman TKI yang telah memenuhi persyaratan fisik, mental, dan administratif untuk bekerja di luar negeri melalui prosedur perekrutan dan penempatan yang telah diatur dan ditetapkan oleh negara melalui aturan hukum yang sah.

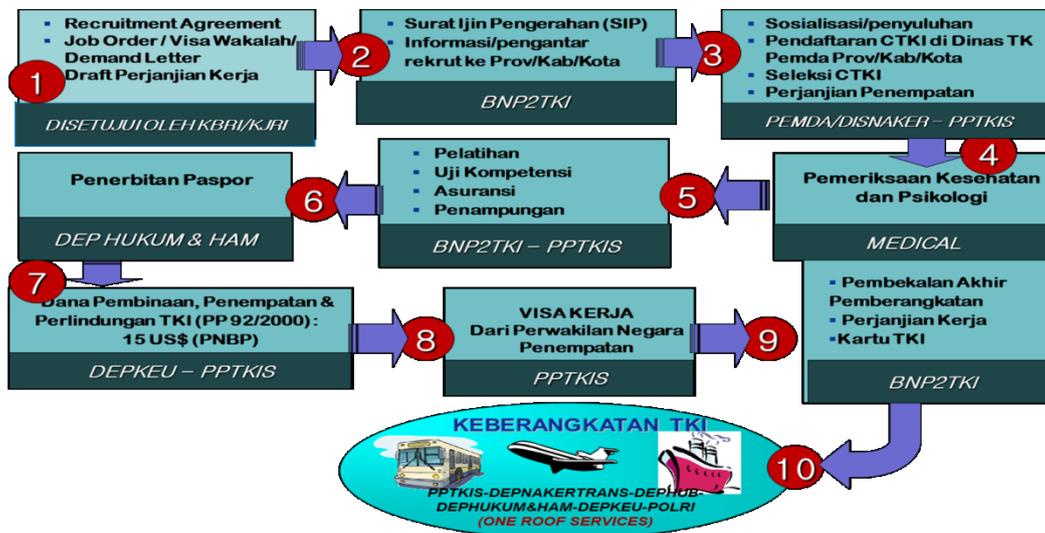
UU No. 39 Tahun 2004 tentang PPTKILN mengamanatkan kepada pemerintah dan pihak swasta dalam hal ini PPTKIS untuk melaksanakan penempatan dan perlindungan TKI yang dimulai dari proses rekrutmen calon Tenaga Kerja Indonesia (CTKI) sampai dengan kepulangan kembali ke Indonesia. Perekrutan oleh Pemerintah maupun PPTKIS dapat dikelompokkan menjadi 5 (lima) skema, yaitu: (1) Skema Government to Government (G to G); (2) Skema Privat to Privat (P to P) dengan perantara PPTKIS (Pelaksana Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Swasta); (3) Skema untuk kepentingan perusahaan sendiri; (4) Skema TKI mandiri; (5) Skema *Government to Privat* (G to P).

Penempatan TKI di luar negeri dengan berbagai skema tersebut tentunya juga mengacu pada perjanjian kerjasama atau MoU antara pemerintah Indonesia dengan pemerintah Negara tujuan TKI. Mayoritas MoU pemerintah Indonesia dengan Negara tujuan TKI adalah melalui skema P to P, sedangkan yang melalui skema G to G saat ini masih sebatas di Negara Jepang dan Korea Selatan.

Dari lima skema tersebut, skema P to P menjadi skema rekrutmen TKI yang paling besar kontribusinya terhadap penempatan TKI di luar negeri. Berdasarkan data Pusat Penelitian dan Informasi (Puslitfo) BNP2TKI, prosentase penempatan TKI skema P to P mencapai 99% lebih dari jumlah TKI yang terdaftar. Namun dari sisi jumlah, penempatan TKI dengan skema P to P mengalami penurunan. Hal ini dapat terlihat dari jumlah TKI ke LN tahun 2013 yang jumlahnya mencapai 511.000 TKI mengalami penurunan pada tahun 2015 menjadi 275.000 TKI.

Skema *Privat to Privat* (P to P) dengan perantara Pelaksana Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Swasta (PPTKIS) mengacu pada

Pasal 31 UU No. 39 tahun 2004 tentang PPTKILN yang dapat digambarkan sebagai berikut:



Gambar 2. 1 Tahapan Rekrutmen CTKI melalui Skema P to P

Tahapan rekrutmen CTKI melalui Skema P to P sebagaimana digambarkan di atas dapat dijelaskan pada tabel sebagai berikut:

Tahap 1	:	Penempatan TKI di luar negeri hanya dapat dilakukan ke Negara tujuan jika sudah ada perjanjian tertulis antara pemerintah republik Indonesia dengan Negara tujuan.
Tahap 2	:	Tahap kedua adalah Ijin Pengerahan. PPTKIS yang akan melakukan perekrutan TKI wajib memiliki Surat Ijin Pengerahan (SIP) dari menteri.
Tahap 3	:	Tahap ketiga ini lebih pada awal rekrutmen, yaitu proses sosialisasi, Pendaftaran Calon TKI ke Dinas Tenaga Kerja Pemerintah Daerah/Pemrintah Kota/Pemerintah Propinsi, Seleksi CTKI dan Perjanjian Penempatan.
Tahap 4	:	Tahap selanjutnya dalam proses rekrutmen TKI adalah proses pemeriksaan kesehatan dan psikologi.
Tahap 5	:	Tahap 5 adalah tahap pendidikan dan pelatihan serta uji kompetensi. Calon TKI wajib memiliki sertifikat kompetensi kerja yang disyaratkan.
Tahap 6	:	Setelah pendidikan dan pelatihan selesai, maka hal yang harus dilakukan adalah mengurus surat-surat seperti paspor yang diterbitkan oleh Dep Hukum dan HAM
Tahap 7	:	Ketika paspor sudah terbit, maka selanjutnya adalah mengurus dokumen terkait dengan dana

		pembinaan, penempatan dan perlindungan
Tahap 8	:	Pengurusan visa kerja, visa kerja diterbitkan oleh Negara tujuan. Pengurusan visa kerja calon TKI dalam hal ini dibantu oleh PPTKIS.
Tahap 9	:	Pembekalan akhir, fiksasi perjanjian kerja dan penerbitan kartu TKI (KTKLN).
Tahap 10	:	Pemberangkatan calon TKI ke Negara tujuan.

Berdasarkan UU PPTKILN tersebut perekrutan menjadi bagian dari kegiatan pra penempatan CTKI sebelum diberangkatkan menuju negara penempatan. Kegiatan-kegiatan yang termasuk dalam tahap pra penempatan diatur dalam Pasal 31: kegiatan pra penempatan TKI di luar negeri: (a) pengurusan SIP; (b) perekrutan dan seleksi; (c) pendidikan dan pelatihan kerja; (d) pemeriksaan kesehatan dan psikologi; (e) pengurusan dokumen; (f) uji kompetensi; (g) pembekalan akhir pemberangkatan (PAP); dan (h) pemberangkatan.

Untuk memperoleh gambaran yang lebih detil tentang kegiatan pra penempatan, studi ini akan membahas setiap kegiatan pra penempatan TKI di luar negeri sebagai berikut:

1. Pengurusan Surat Ijin Pengerahan (SIP)

SIP diatur dalam Pasal 32 dan Pasal 33 UU No. 39 Tahun 2004 tentang PPTKILN. SIP merupakan dokumen wajib yang harus dimiliki oleh PPTKIS yang akan melakukan proses rekrutmen calon TKI. Dokumen yang diperlukan untuk mengajukan SIP antara lain: (a) Perjanjian kerjasama penempatan; (b) Surat permintaan TKI dari pengguna; (c) Rancangan perjanjian penempatan; (d) Rancangan perjanjian kerja.

Ketentuan tentang pemberian SIP diatur lebih rinci dengan Peraturan Menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi (Permenakertrans) Nomor 22 Tahun 2014 tentang Pelaksanaan Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri. Pasal 2 Permenakertrans menyatakan bahwa yang mengeluarkan SIP adalah BNP2TKI. Dokumen perjanjian kerjasama penempatan dan juga surat permintaan TKI dari pengguna harus dibuat dalam dua bahasa dan juga di setujui oleh Perwakilan Republik Indonesia di negara penempatan atau KDEI. Sedangkan jangka waktu berlakunya SIP tidak lebih dari enam bulan.

Standar Pelayanan maupun SOP tersebut dimaksudkan untuk menunjang kelancaran pelaksanaan tugas pemerintah di bidang pelayanan penempatan yang lebih efisien, efektif, transparan dan akuntabel. SOP pelayanan penempatan di Unit Pelayanan Publik (UPP) berisikan serangkaian instruksi tertulis yang mendokumentasikan aktivitas rutin pelayanan penempatan dan merupakan faktor yang dapat mengukur keberhasilan kegiatan operasionalnya, sehingga standarisasi operasional pelayanan

penempatan di lingkungan Deputi Bidang Penempatan dan UPT dapat berjalan baik. SOP tersebut, berisi antara lain tentang prosedur dan langkah-langkah serta batasan waktu pelayanan pengurusan SIP oleh PPTKIS.

2. Perekrutan dan Seleksi

Perekrutan dan Seleksi merupakan kegiatan yang dilakukan setelah PPTKIS memiliki SIP. Perekrutan dan seleksi secara umum diatur dalam UU PPTKILN. Sedangkan lebih detail pengaturannya terdapat pada Peraturan Menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi Nomor 22 Tahun 2014 Tentang Pelaksanaan Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia Di Luar Negeri (Permenakertrans No. 22 Tahun 2014 tentang Pelaksanaan PPTKILN).

Kegiatan pemberian informasi dilakukan oleh pemerintah daerah bersama dengan PPTKIS. Kegiatan ini akan lebih tepat sasaran dan tersebar luar ke masyarakat jika dilakukan secara berkala dan terprogram secara baik. Untuk itu, perlu ada dukungan anggaran yang memadai yang dianggarkan dalam APBD kabupaten/kota. Sedangkan materi informasi yang disebarkan sebagaimana diatur dalam Permenakertrans No. 22 Tahun 2014 tentang Pelaksanaan PPTKILN, dalam Pasal 11: Perekrutan calon TKI didahului dengan memberikan informasi yang sekurang-kurangnya memuat: (a) lowongan, jenis, dan uraian pekerjaan yang tersedia beserta syarat jabatan; (b) lokasi dan lingkungan kerja; (c) tata cara perlindungan bagi TKI dan risiko yang mungkin dihadapi; (d) waktu, tempat, dan syarat pendaftaran; (e) tata cara dan prosedur perekrutan; (f) persyaratan calon TKI; (g) kondisi dan syarat-syarat kerja yang meliputi gaji, waktu kerja, waktu istirahat/cuti, lembur, jaminan perlindungan, dan fasilitas lain yang diperoleh;

- a. peraturan perundang-undangan, sosial budaya, situasi, dan kondisinegara penempatan;
- b. kelengkapan dokumen penempatan TKI;
- c. biaya-biaya yang dibebankan kepada calon TKI dalam hal biaya tersebut tidak ditanggung oleh PPTKIS atau pengguna dan mekanisme pembayarannya; dan
- d. hak dan kewajiban calon TKI.

Proses perekrutan CTKI dari masyarakat yang dilakukan oleh PPTKIS harus memenuhi persyaratan usia dan batas minimal latar pendidikan, sebagaimana diatur dalam Pasal 35 sebagai berikut:

Pasal 35

Perekrutan calon TKI oleh pelaksana penempatan TKI swasta wajib dilakukan terhadap calon TKI yang telah memenuhi persyaratan:

- a. berusia sekurang-kurangnya 18 (delapan belas) tahun kecuali bagi calon TKI yang akan dipekerjakan pada Pengguna perseorangan sekurang-kurangnya berusia 21 (dua puluh satu) tahun;

- b. sehat jasmani dan rohani;
- c. tidak dalam keadaan hamil bagi calon tenaga kerja perempuan; dan
- d. berpendidikan sekurang-kurangnya lulus Sekolah Lanjutan Tingkat Pertama (SLTP) atau yang sederajat.

Permenakertrans menambahkan persyaratan usia dengan bukti dengan KTP atau e-KTP dan Akte Kelahiran/Surat Kenal lahir. Bagi sebagian pencari kerja terutama yang bertempat tinggal di desa-desa tertinggal, persyaratan memiliki akte kelahiran/surat kenal lahir dianggap memberatkan dan menjadi alasan para pencari kerja untuk mencari jalur alternatif. Kondisi seperti inilah yang sangat memungkinkan para pencari kerja untuk memanfaatkan jasa calo atau dengan melakukan upaya pemalsuan data.

Batasan minimum usia dan latar pendidikan sebagai persyaratan yang wajib dipenuhi tersebut adalah untuk mencegah terjadinya mempekerjakan anak-anak yang rawan akan kekerasan baik fisik maupun mental. Usia 18 tahun untuk CTKI yang akan diperuntukan untuk perusahaan (TKI sektor formal) dan 21 tahun untuk CTKI yang akan ditempatkan pada perseorangan (TKI sektor informal) serta berpendidikan sekurang-kurangnya SLTP dianggap sudah cukup dewasa dan mampu bersikap/menolak jika terjadi tindak kekerasan.

Namun, seiring dengan rencana meniadakan penempatan TKI sektor informal, maka persyaratan batas minimal latar belakang pendidikan CTKI perlu ditingkatkan menjadi Sekolah Lanjutan Tingkat Atas (SLTA) atau yang sederajat. Lulusan SLTA memiliki kemampuan dan pengetahuan dasar untuk mendapatkan pelatihan-pelatihan.

Berdasarkan UU PPTKILN, rekrutmen CTKI hanya dapat dilakukan kepada para pencari kerja yang sudah terdaftar di dinas ketenagakerjaan di kabupaten/kota. Pada prakteknya di lapangan, banyak PPTKIS yang melakukan perekrutan kepada para pencari kerja meskipun yang bersangkutan belum terdaftar di dinas kabupaten/kota. Pendaftaran ke dinas tenaga kerja kabupaten/kota dilakukan setelah pencari kerja direkrut oleh PPTKIS. Pada umumnya pendaftaran ke dinas tenaga kerja kabupaten/kota difasilitasi oleh PPTKIS. Meskipun persyaratan untuk mendaftar relatif mudah dan tidak dipungut biaya, namun masih ada para pencari kerja yang enggan untuk mendaftarkan dirinya.

Dari sisi PPTKIS, perekrutan hanya dapat dilakukan oleh PPTKIS yang sudah memiliki Surat Pengantar Rekrut (SPR) yang dikeluarkan oleh Dinas provinsi. SPR berisi daerah dan jumlah CTKI yang dapat direkrut di wilayah kabupaten/kota di wilayah provinsi yang bersangkutan. Salah satu tujuan diperlukannya SPR adalah untuk mencegah PPTKIS melakukan rekrut sebanyak-banyaknya tanpa mempertimbangkan kebutuhan. Di samping itu dengan adanya SPR, pemerataan dan kesempatan bagi PPTKIS juga dapat terjaga. Namun, hambatan yang sering ditemui terkait dengan pengaturan

jumlah kuota dalam SPR, PPTKIS sering mendapat hambatan ketika jumlah para pencari kerja yang terdaftar di dinas kabupaten/kota yang sudah ditunjuk tidak mencukupi sehingga PPTKIS harus memohon untuk revisi SPR tersebut.

Tahap setelah perekrutan adalah melakukan seleksi calon TKI. Seleksi yang dilakukan terdiri dari seleksi administrasi dan minat, bakat dan keterampilan. Ketentuan mengenai jenis dan persyaratan seleksi CTKI diatur dalam Permenakertrans No. 22 Tahun 2014. Dalam Pasal 15 ditentukan: " Seleksi calon TKI, meliputi: (a) administrasi; (b) minat, bakat, dan keterampilan calon TKI."

Waktu yang ditentukan untuk kegiatan seleksi minat, bakat, dan keterampilan terhadap calon TKI menurut Pasal 19, paling lama 1 (satu) hari kerja. Jika diperlukan waktu lebih dari yang telah ditentukan karena maka harus mendapat persetujuan dari dinas kabupaten/kota.

Hal-hal yang perlu dilakukan oleh PPTKIS setelah seleksi CTKI adalah membuat daftar nominasi CTKI yang lulus seleksi dan menandatangani perjanjian penempatan dengan CTKI yang diketahui oleh dinas ketenagakerjaan kabupaten/kota.

Setelah calon TKI dinyatakan lulus seleksi dan menandatangani perjanjian penempatan, PPTKIS dapat melakukan penampungan CTKI tersebut untuk proses selanjutnya. Hal ini diatur dalam Pasal 22 sebagai berikut:

- (1) PPTKIS dapat melakukan penampungan terhadap calon TKI yang telah lulus seleksi dan telah menandatangani perjanjian penempatan untuk keperluan pelatihan kerja, pemeriksaan kesehatan dan psikologi, serta pengurusan dokumen.
- (2) Dalam hal PPTKIS melakukan penampungan terhadap calon TKI sebagaimana dimaksud pada ayat (1), harus dilakukan di tempat penampungan sesuai dengan Peraturan Menteri.

Namun, aturan pelaksanaan penampungan terhadap CTKI berpotensi untuk disalahgunakan. Terutama untuk CTKI sektor informal dimana CTKI dipekerjakan sementara di rumah-rumah pengurus PPTKIS secara cuma-cuma dengan dalih untuk melatih CTKI atau dengan kata lain praktik lapangan.

1. Pendidikan dan Pelatihan Kerja

Pendidikan dan pelatihan kerja diatur dalam Permenakertrans No 22 Tahun 2014 tentang Pelaksanaan PPTKILN serta Permenakertrans No 23 Tahun 2009 tentang Pendidikan dan Pelatihan Kerja Bagi Calon TKI di Luar Negeri. Pendidikan dan pelatihan bertujuan agar TKI memiliki kemampuan atau kompetensi kerja sesuai dengan kualifikasi yang disyaratkan oleh pengguna. Kompetensi calon TKI tertera dari sertifikat kompetensi, artinya setelah melakukan pendidikan dan pelatihan calon TKI harus mengikuti uji kompetensi yang dilakukan oleh Badan Nasional Sertifikasi Profesi (BNSP). Lebih detail

pengaturan tentang sertifikat kompetensi dan tujuan pelatihan diatur dalam UU PPTKILN sebagai berikut:

- (1) Pasal 41 Calon TKI wajib memiliki sertifikat kompetensi kerja sesuai dengan persyaratan jabatan.
- (2) Dalam hal TKI belum memiliki sertifikat kompetensi kerja sebagaimana dimaksud pada ayat (1), pelaksana penempatan TKI swasta wajib melakukan pendidikan dan pelatihan sesuai dengan pekerjaan yang akan dilakukan.

Pasal 42

- (1) Calon TKI berhak mendapat pendidikan dan pelatihan kerja sesuai dengan pekerjaan yang akan dilakukan.
- (2) Pendidikan dan pelatihan kerja bagi calon TKI sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dimaksudkan untuk:
 - a. membekali, meningkatkan, dan mengembangkan kompetensi kerja calon TKI;
 - b. memberi pengetahuan dan pemahaman tentang situasi, kondisi, adat istiadat, budaya, agama, dan risiko bekerja di luar negeri;
 - c. membekali kemampuan berkomunikasi dalam bahasa negara tujuan; dan
 - d. memberi pengetahuan dan pemahaman tentang hak dan kewajiban calon TKI/TKI.

Pendidikan dan Pelatihan bagi calon TKI diselenggarakan oleh PPTKIS atau balai latihan kerja yang telah memenuhi persyaratan sebagaimana diatur dalam:

Pasal 43

- (1) Pendidikan dan pelatihan kerja dilaksanakan oleh pelaksana penempatan tenaga kerja swasta atau lembaga pelatihan kerja yang telah memenuhi persyaratan.
- (2) Pendidikan dan pelatihan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus memenuhi persyaratan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan pendidikan dan pelatihan kerja.

UU PPTKILN juga mengatur hal-hal yang dilarang dalam pendidikan pelatihan terhadap CTKI, yaitu; Pasal 45 : "Pelaksana penempatan TKI swasta dilarang menempatkan calon TKI yang tidak lulus dalam uji kompetensi kerja.", dan Pasal 46 : "Calon TKI yang sedang mengikuti pendidikan dan pelatihan dilarang untuk dipekerjakan."

Pengawasan terhadap pelaksanaan pendidikan dan pelatihan serta uji kompetensi perlu dilakukan secara transparan dan diperlukan pengawasan dengan melibatkan dinas ketenagakerjaan. Hal ini dilakukan untuk mencegah terjadinya praktik suap atau pungutan liar agar CTKI lulus uji kompetensi.

2. Pemeriksaan Kesehatan dan Psikologi

Setiap calon TKI wajib mengikuti tes kesehatan dan psikologi yang diselenggarakan oleh sarana kesehatan dan lembaga yang menyelenggarakan pemeriksaan psikologi yang ditunjuk oleh Pemerintah. Pemeriksaan kesehatan dan psikologi diatur dalam UU No 39 Tahun 2004 tentang PPTKILN sebagai berikut:

Pasal 49

1. Setiap calon TKI harus mengikuti pemeriksaan kesehatan dan psikologi yang diselenggarakan oleh sarana kesehatan dan lembaga yang menyelenggarakan pemeriksaan psikologi, yang ditunjuk oleh Pemerintah.
2. Ketentuan mengenai penyelenggaraan pemeriksaan kesehatan dan psikologi bagi calon TKI dan penunjukan sarana kesehatan dan lembaga yang menyelenggarakan pemeriksaan psikologi sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diatur lebih lanjut dengan Peraturan Presiden.

Peran PPTKIS dalam kegiatan pemeriksaan kesehatan dan psikologi bagi CTKI adalah membantu memfasilitasi CTKI. Hal ini diatur dalam Permenakertrans No 22 Tahun 2014 sebagai berikut:

Pasal 25

- (1) PPTKIS wajib membantu dan memfasilitasi calon TKI yang telah lulus seleksi untuk melakukan pemeriksaan kesehatan dan psikologi.
- (2) Pemeriksaan kesehatan dan psikologi calon TKI sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dilaksanakan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Hasil pemeriksaan kesehatan dan psikologi menjadi syarat apakah CTKI bisa ditempatkan atau tidak. Jika hasil pemeriksaan fisik dan psikis CTKI tersebut dinyatakan sehat maka CTKI dapat mengikuti proses selanjutnya. Namun, sebaliknya jika CTKI dinyatakan tidak sehat maka PPTKIS tidak diperbolehkan untuk mengikutsertakan CTKI ke dalam proses selanjutnya. Namun tidak dapat dipungkiri bahwa masih ada pelaksanaan pemeriksaan kesehatan terutama untuk tes psikologi yang tidak dilakukan sesuai dengan ketentuan-ketentuan dan prosedur yang ada baik dalam persiapan tes, proses testing, maupun dalam interpretasi tes.

3. Pengurusan Dokumen

Setelah CTKI dinyatakan lulus kompetensi dan memenuhi syarat secara fisik maupun psikis, proses selanjutnya adalah pengurusan dokumen. Jenis-jenis dokumen yang disyaratkan diatur dalam Pasal 51 UU No. 39 Tahun 2004 tentang PPTKILN, yakni: (a) Kartu Tanda Penduduk, ijazah pendidikan terakhir, akte kelahiran, atau surat keterangan kenal lahir; (b) surat keterangan status perkawinan, bagi yang telah menikah melampirkan copy buku nikah; (c) surat keterangan izin suami atau istri, izin orang tua, atau izin wali; (d)

sertifikat kompetensi kerja; (e) surat keterangan sehat berdasarkan hasil pemeriksaan kesehatan dan psikologi; (f) paspor yang diterbitkan oleh Kantor Imigrasi setempat; (g) visa kerja; (h) perjanjian penempatan TKI; (i) perjanjian kerja; dan (j) KTKLN.

Perjanjian penempatan TKI sebagaimana dimaksud Pasal 51 huruf h dibuat secara tertulis dan ditandatangani oleh calon TKI dan pelaksana penempatan TKI swasta setelah calon TKI yang bersangkutan terpilih dalam perekrutan.

4. Uji Kompetensi

Peraturan tentang uji kompetensi tidak terpisahkan dengan peraturan pendidikan dan pelatihan kerja. Uji kompetensi dilakukan setelah CTKI mengikuti pendidikan dan pelatihan kerja. Pelaksana uji kompetensi adalah Badan Nasional Sertifikasi Profesi (BNSP).

Uji kompetensi berlaku baik untuk TKI informal maupun TKI formal, dimana calon TKI harus memiliki sertifikat kompetensi kerja sebagai salah satu bentuk tolak ukur kemampuan seorang tenaga kerja. Sertifikat kompetensi diberikan kepada CTKI setelah mengikuti uji kompetensi yang mengacu kepada standar kompetensi kerja nasional Indonesia dan/atau internasional. Dengan memiliki sertifikat kompetensi, diharapkan para CTKI akan menjadi spesialis pada bidang pekerjaan mereka masing-masing. Hal ini sesuai dengan nota kesepahaman *Mutual Recognition Arrangement* (MRA) yang telah dibuat oleh pemerintah. MRA adalah suatu peraturan yang akan saling mengakui jabatan. Semua TKI hanya akan mengerjakan satu pekerjaan saja bukan rangkap jabatan seperti saat ini.

Sertifikasi tersebut merupakan upaya untuk menunjukkan kompetensi yang dimiliki oleh TKI yang dibuktikan dengan sertifikasi yang terakreditasi. Agar para CTKI memahami manfaat dan pentingnya sertifikasi kompetensi, perlu dilakukan sosialisasi menyeluruh, karena banyak keuntungan yang didapat dari sertifikasi tersebut. Selain mendapatkan pengakuan atas kompetensi, sertifikat kompetensi juga berguna untuk meningkatkan keselamatan pribadi tenaga kerja di negara penempatan, mengingat banyak sekali kasus-kasus kekerasan terutama yang dialami oleh TKI informal. Sedangkan bagi TKI formal adanya sertifikasi kompetensi dapat melindungi secara hukum di negara penempatan, sehingga tidak mendapatkan permasalahan selama bekerja di luar negeri. Sertifikat kompetensi kerja juga dapat meningkatkan rasa percaya diri dan rasa bangga para TKI.

5. Pembekalan Akhir Pemberangkatan (PAP)

Pembekalan akhir adalah tahapan terakhir sebelum Calon TKI diberangkatkan. PAP diatur dalam Permenakertrans No 22 Tahun 2014 pada pasal 32 sampai dengan pasal 38. PAP merupakan proses yang wajib diikuti oleh calon TKI. Jika belum mengikuti PAP calon TKI

tidak akan mendapatkan Kartu Tenaga Kerja Luar Negeri (KTKLN). Program PAP diselenggarakan oleh BP3TKI dan difasilitasi oleh Dinas provinsi. Biaya PAP dibebankan pada Pemerintah atau Pemerintah Daerah. PAP dimaksudkan untuk memberikan pemahaman kepada calon TKI tentang: (a) Peraturan perundang-undangan di negara penempatan; (b) Materi perjanjian kerja; (c) Materi lain yang dianggap perlu.

Calon TKI yang bekerja kembali ke negara penempatan yang sama dan telah memiliki surat keterangan mengikuti PAP tidak diwajibkan memiliki PAP dengan ketentuan tidak lebih dari 2 tahun sejak kepulangan TKI yang bersangkutan ke Indonesia. Ketentuan lebih rinci tentang program PAP diatur dalam Permenakertrans No 22 Tahun 2014 sebagai berikut:

Pasal 32

PPTKIS wajib mengikutsertakan calon TKI dalam program PAP.

Pasal 33

1. Program PAP sebagaimana dimaksud dalam Pasal 32, diselenggarakan oleh BP3TKI dan difasilitasi oleh dinas provinsi.
2. Biaya pelaksanaan PAP dibebankan kepada anggaran Pemerintah dan/atau pemerintah daerah.

Pasal 35

Selambat-lambatnya 2 (dua) hari sebelum berangkat ke luar negeri, calon TKI telah selesai mengikuti PAP.

Pasal 36

PAP dimaksudkan untuk memberikan pemahaman dan pendalaman terhadap:

- a. peraturan perundang-undangan di negara penempatan, yang meliputi materi:
 - 1) peraturan keimigrasian;
 - 2) peraturan ketenagakerjaan; dan
 - 3) peraturan yang berkaitan dengan ketentuan pidana di Negara penempatan.
- b. materi perjanjian kerja, yang meliputi:
 - 1) jenis pekerjaan;
 - 2) hak dan kewajiban TKI dan pengguna;
 - 3) upah, waktu kerja, waktu istirahat/cuti, asuransi TKI;
 - 4) jangka waktu perjanjian kerja dan tata cara perpanjangan perjanjian kerja; dan
 - 5) cara penyelesaian masalah/perselisihan.
- c. materi lain yang dianggap perlu.

Pasal 38

- (1) Calon TKI yang telah mengikuti PAP diberikan surat keterangan telah mengikuti PAP yang diterbitkan oleh BP3TKI.
- (2) Dalam hal calon TKI akan bekerja kembali di negara yang sama dan telah memiliki surat keterangan mengikuti PAP tidak

diwajibkan mengikuti PAP dengan ketentuan tidak lebih dari 2 (dua) tahun sejak kepulangan TKI yang bersangkutan ke Indonesia.

6. Pemberangkatan

Pemberangkatan adalah kegiatan akhir dari proses penempatan TKI ke luar negeri. Pemberangkatan dilaksanakan setelah semua proses dilalui mulai perekrutan hingga PAP serta KTKLN. Calon TKI yang diberangkatkan adalah calon TKI yang sudah siap bekerja sesuai dengan perjanjian kerja yang telah disepakati dengan PPTKIS maupun pengguna atau mitra usaha.

Kesimpulan

Perlu adanya harmonisasi UU No. 39 tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan TKI di Luar Negeri dengan UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, terutama dengan pembagian urusan dibidang ketenagakerjaan termasuk urusan penempatan dan perlindungan TKI di luar negeri dan sesuai dengan karakteristik dan kebutuhan daerah masing-masing.

Perlu adanya pengaturan tersendiri tentang penempatan dan perlindungan TKI di luar negeri termasuk mekanisme dan prosedur perekrutan CTKI oleh Pihak Swasta sebagaimana adanya pengaturan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2013 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Di Luar Negeri Oleh Pemerintah dan pengaturan terkait dengan mekanisme dan proses perekrutan CTKI sektor informal harus dibedakan dengan sektor formal mengingat kedua sektor tersebut memiliki perbedaan baik dari segi latar belakang pendidikan CTKI, pengguna TKI dan jenis-jenis pekerjaannya.

Sehingga proses rekrutmen CTKI untuk sektor formal sebaiknya dilakukan terlebih dahulu tanpa menunggu adanya job order mengingat proses dari adanya job order sampai dengan proses perekrutan dan CTKI siap untuk diberangkatkan relatif membutuhkan waktu yang lama sementara calon pengguna butuh respon yang cepat dari PPTKIS.

DAFTAR PUSTAKA**Buku**

Aslan Noor, *Konsepsi Hak Milik atas Tanah bagi Bangsa Indonesia*, Bandung: CV. Mandar Maju, 2006.

Adnan Hamid, *Buruh Migran dan Perlindungan Hukumnya Edisi pertama*, op.cit, Jakarta: F Mediam 2009.

Ambar Teguh Sulityani & Rosidah. *Manajemen Sumber Daya Manusia : Konsep, Teori dan Pengembangan Dalam Konteks Organisasi Publik*. Yogyakarta : Graha Ilmu, 2009

Dessler, Gary., *Manajemen Sumber Daya Manusia*, Jakarta: PT. Prenhallindo, 1997.

Handoko T. Hani, *Manajemen Personalia dan Sumberdaya Manusia*, Edisi II, Cetakan Keempat Belas, Yogyakarta: BPFE, 2000.

I Wayan Pageh, *Sejarah dan Kebijakan Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri*, Jakarta, 2007

Irwanto, *Focus Group Discussion*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2006

Lexi j Maleong, *Metode Penelitian Kualitatif*, Jakarta: Pt. Remaja Rosdakarya, 2000

Makalah/Jurnal

International Organization for Migration/ (IOM), *Migrasi Tenaga Kerja dari Indonesia Gambaran Umum Migrasi Tenaga Kerja Indonesia di Beberapa Negara Tujuan di Asia dan Timur Tengah*, Jakarta, 2010.

Peraturan Perundang Undangan

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri.

Peraturan Pemerintah Nomor 4 Tahun 2015 Tentang Pelaksanaan Pengawasan Terhadap Penyelenggaraan Penempatan Dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia Di Luar Negeri.

Peraturan Menteri Ketenagakerjaan Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2014 tentang Pelaksanaan Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri.

Peraturan Pemerintah Nomor 4 Tahun 2013 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penempatan Tenaga Kerja Indonesia Di Luar Negeri Oleh Pemerintah

Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 64 Tahun 2011 Tentang Pemeriksaan Kesehatan dan Psikologi Calon Tenaga Kerja Indonesia

Peraturan Kepala BNP2TKI Nomor 23 Tahun 2013 tentang Teknis Pelaksanaan Pembekalan Akhir Pemberangkatan Calon Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri

Peraturan Kepala BNP2TKI Nomor: PER-26/KA/XII/2013 tentang Pedoman Pelaksanaan Sistem Komputerisasi Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri

Peraturan Kepala BNP2TKI Nomor 22 tahun 2015 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Pembiayaan Penempatan Tenaga Kerja Indonesia ke Luar Negeri Melalui Kredit Usaha Rakyat Tenaga Kerja Indonesia

Peraturan Kepala BNP2TKI Nomor KEP-135A/PEN/XI/2014 Tentang Standar Operasional Prosedur (SOP) Pelayanan Penempatan DI Unit Pelayanan Publik (UPP) Tahun 2014

Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia Nomor 26 Tahun 2015 tentang Tarif Pemeriksaan Kesehatan Calon Tenaga Kerja Indonesia.

Surat Edaran Kepala BNP2TKI Nomor: SE.05/KA/IX/2015 tanggal 30 September 2015 tentang Layanan Pembiayaan Penempatan Calon Tenaga Kerja Indonesia.

Dwi Andayani Budisetyowati
 Fakultas Hukum Tarumanegara
 Jalan S. Parman No. 1, Jakarta Barat
 Dandayani24@yahoo.com

PRINSIP-PRINSIP *GOOD GOVERNANCE* DALAM PELAYANAN PUBLIK

ABSTRACT

The concept of 'good governance' is a resource management mechanism that substantial economic and social development and its application to support the stable development through efficient and equitable terms. 'Good governance' is not something that happens chaotic, random or unpredictable. Or in other languages as sustainable policies (continued). therefore, the concept of good governance a shift manifestasi the concept of 'nachwachterstaat' (the night watchman) to the conception of the welfare state

KEYWORD

*GOOD GOVERNANCE,
 PUBLIC SERVICE,
 STATE OF LAW*

ABSTRAK

Konsep 'good governance' adalah merupakan mekanisme pengelolaan sumber daya ekonomi dan sosial yang substansial dan penerapannya untuk menunjang pembangunan yang stabil melalui syarat efisien dan merata. 'Good governance' bukanlah sesuatu yang terjadi secara chaotic, random atau tidak terduga. Atau dalam bahasa lain sebagai kebijakan yang sustainable (berkelanjutan). oleh karena itu, Konsep good governance merupakan manifestasi pergeseran konsep negara dari 'nachwachterstaat' (negara penjaga malam) ke konsepsi negara kesejahteraan (welfare state)

KATA KUNCI

*GOOD GOVERNANCE,
 PELAYANAN PUBLIK,
 NEGARA HUKUM*

PENDAHULUAN

Akhir-akhir ini istilah *governance* dan *good governance* banyak menghiasi berbagai literatur. *Bad governance* makin dipandang sebagai akar yang menyebabkan keburukan dalam masyarakat. Lembaga lembaga donor internasional, seperti PBB, Bank Dunia, ADB maupun IMF banyak memberi bantuan untuk dilancarkannya reformasi yang menjamin terciptanya *good governance*. Dalam perkembangan selanjutnya *good governance* ditetapkan sebagai syarat bagi negara yang membutuhkan pinjaman dana, sehingga *good governance* digunakan sebagai standar penentu untuk mencapai pembangunan berkelanjutan dan berkeadilan.

PEMBAHASAN

Konsep *governance* bukanlah baru, konsep tersebut sama tuanya dengan peradaban manusia. Secara sederhana *governance*

berarti : “proses pembuatan dan pelaksanaan keputusan”. *Governance* dapat berarti adanya suatu proses pengambilan keputusan dan proses bagaimana keputusan tersebut diimplementasikan. *Governance* juga dapat diaplikasikan dalam berbagai konteks, seperti : *corporate governance, international governance, national governance dan local governance*. Selama *governance* adalah proses pembuatan dan pelaksanaan keputusan, maka analisis mengenai *governance* terpusat pada pelaku pelaku (aktor) formal dan tidak formal yang terlibat dalam pembuatan dan pelaksanaan keputusan yang terjadi serta berbagai struktur formal dan informal yang terkait.

G.H Addink mengatakan bahwa konsep *good governance* dalam konteks pemerintahan adalah dalam rangka interaksi suatu Pemerintah dan bangsanya.³²¹ Oleh karenanya, *Good Governance* merepresentasikan beberapa hal, seperti antara lain :

1. hak-hak fundamental,
2. efektifitas dan transparansi,
3. akuntabilitas Pemerintah (dalam hal masalah keuangan , dll), dan
4. pengembangan aturan hukum (*rule of law*).

Government adalah salah satu aktor dalam *governance*. Aktor-aktor lain yang terlibat dalam *governance* bermacam – macam bergantung pada level *government* yang didiskusikan. Di dalam pemerintahan yang *governance* maka terjadilah atau dituntut adanya sinergi di antara ke tiga aktor yang ada, yaitu :

1. Pemerintah itu sendiri (*Public*),
2. Masyarakat (*community* atau *civil society*/masyarakat madani), dan
3. pihak Swasta (*private*).

Selama berpuluh tahun sebelum era Reformasi tahun 1998, bangsa Indonesia sering lebih familiar dengan kata *government* yang berarti pemerintah atau pemerintahan daripada *governance* yang sesungguhnya berarti juga pemerintah atau pemerintahan. Perbedaannya adalah nuansa politik yang monolitik sentralistik, maka *government* merupakan pemerintahan yang bertumpu pada otoritas yang menunjukkan pengelolaan dengan kewenangan tertinggi. Sehingga yang terjadi adalah pemerintahan menjadi sentralistik, terpusat pada kekuasaan pemerintahan di pusat (Jakarta). Pemerintah atau pemerintahan atau negara menjadi agen tunggal yang mendominasi segala aktivitas pemerintahan dan pembangunan. Sedangkan pada *governance* , pemerintahan bertumpu pada

³²¹ G.H Addink, “From Principles of Proper Administration to Principles of Good Governance”, diktat Good Governance, (Depok : CLGS-FHUI, 2003), hlm. 9

kompatibilitas atau keharmonisan di antara berbagai komponen atau kelompok atau kekuatan yang ada di dalam Negara.³²²

Di wilayah wilayah perdesaan (pertanian) sebagai contoh siapa yang dimaksud dengan aktor aktor lain yaitu dapat mencakup Tuan tanah yang berpengaruh, Asosiasi Petani, Koperasi, *Non Government Organization (NGO)*/Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM), Lembaga lembaga Penelitian, Pemimpin pemimpin Agama, Lembaga Keuangan, Partai Politik, dan sebagainya. Keadaan di wilayah perkotaan lebih kompleks. Semua aktor - aktor yang lain diluar pemerintah/militer di kelompokkan bersama sebagai *Civil Society*. Di beberapa negara bahkan, sebagai tambahan pada *Civil Society* adalah sindikat sindikat kejahatan yang terorganisasi (*Organization Crime Syndicate*) yang juga berpengaruh dalam pembuatan keputusan khususnya di wilayah perkotaan dan di tingkat Nasional. Secara sama, struktur struktur pemerintahan yang formal adalah sarana terjadinya pembuatan dan pelaksanaan keputusan.

Lebih jauh Tim Pengembangan Kebijakan Nasional Bappenas menyatakan bahwa konsep *governance* lebih inklusif daripada konsep *government* . Konsep *government* hanya menunjuk pada suatu organisasi pengelolaan pemerintahan berdasarkan kewenangan tertinggi, sementara konsep *governance* melibatkan tidak sekedar Pemerintah dan Negara, tetapi juga peran berbagai aktor di luar Pemerintah dan Negara, sehingga pihak yang terlibat juga sangat luas.³²³ Secara umum, istilah *government* lebih mudah dipahami sebagai "Pemerintah" yaitu lembaga beserta aparaturnya yang mempunyai tanggung jawab untuk mengurus negara dan menjalankan kehendak rakyat. Sementara *governance* merupakan seluruh rangkaian proses pembuatan keputusan/kebijakan dan seluruh rangkaian proses dimana keputusan itu diimplementasikan atau tidak diimplementasikan.

Good Governance

Menurut *United Nation Development Program (UNDP)* ³²⁴ , *Good Governance* memiliki 8 (delapan) karakteristik utama :

1. *Participation*,
2. *Rule of Law*,
3. *Transparency*,
4. *Resposiveness*,
5. *Consensus Oriented* ,
6. *Equity*,
7. *Effectiveness and efficiency* ,dan

³²² Warsito Utomo, *Administrasi Publik Baru , Perubahan Paradigma dari Administrasi Negara ke Administrasi publik* , (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2006), hlm 184.

³²³ Sekretariat Tim Pengembangan Kebijakan Nasional Tata Pemerintahan yang Baik BAPPENAS, " Penerapan Tata Pemerintahan Yang Baik", (Jakarta : BAPPENAS, 2007), hlm . 18.

³²⁴ Lembaga Administrasi Negara dan BPKP, (Jakarta : 2007).

8. *Accountability.*

Participation :

setiap warga negara mempunyai suara dalam pembuatan keputusan, baik secara langsung maupun melalui intermediasi institusi legitimasi yang mewakili kepentingannya;

Rule of Law :

kerangka hukum harus adil dan dilaksanakan tanpa pandang bulu terutama hukum untuk hak asasi manusia;

Transparency :

dibangun atas dasar kebebasan arus informasi;

Responsiveness :

setiap lembaga dan proses penyelenggaraan pemerintahan dan pembangunan harus mencoba melayani setiap *stakeholders*;

Consensus Oriented :

good governance menjadi perantara kepentingan yang berbeda untuk memperoleh pilihan terbaik bagi kepentingan yang lebih luas, baik dalam hal kebijakan kebijakan maupun prosedur;

Equity :

semua warga negara mempunyai kesempatan untuk meningkatkan atau menjaga kesejahteraan mereka;

Effectiveness and Efficiency :

proses-proses dan lembaga lembaga menghasilkan produknya sesuai dengan yang telah digariskan, dengan menggunakan sumber-sumber yang tersedia sebaik mungkin;

Accountability :

para pembuat keputusan dalam pemerintahan, sektor swasta dan masyarakat (*civil society*) bertanggung jawab kepada publik dan lembaga-lembaga *stakeholders*.

Pemerintahan yang bersih (*Clean Government*) adalah bagian yang integral dari pemerintahan yang baik (*Good Governance*) dan pemerintahan yang bersih tidak dapat dipisahkan dengan pemerintahan yang baik, dengan kata lain bahwa pemerintahan yang bersih adalah sebagian dari pemerintahan yang baik. Pemerintahan yang baik mencerminkan kesinergian antara pemerintah, swasta dan masyarakat, salah satu komponennya adalah pemerintahan yang bersih, yaitu pemerintahan yang didasarkan atas keabsahan bertindak dari pemerintah.

Good Governance sebagai norma pemerintahan, adalah suatu sasaran yang akan dituju dan diwujudkan dalam pelaksanaan pemerintahan yang baik dan asas-asas umum pemerintahan yang layak sebagai norma mengikat yang menuntun pemerintah dalam mewujudkan *good governance*.³²⁵ Sinergitas antara *good governance* dengan asas-asas umum pemerintahan yang layak menciptakan pemerintahan yang bersih (*clean government*) dan pemerintahan yang berwibawa.

Konsep pemerintahan yang baik (*good governance*) awal mulanya tidak dikenal dalam Hukum Administrasi maupun dalam Hukum Tata Negara, bahkan dalam ilmu Politik. Konsep ini lahir dari lingkungan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), yang awal mulanya dari *Organization for The economic Cooperation and Development (OECD)*. Carolina dalam *Good Governance Civil Society and Democracy*³²⁶ merinci komponen *good governance* ke dalam :

1. *human rights observance and democracy,*
2. *market reforms,*
3. *bureaucratic reform (corruption and transparency),*
4. *environmental protection and sustainable development ,* dan
5. *reduction in military and defence expenditures and non production of weapons of massdestruction.* Dari dua kelompok komponen *good governance* (OECD dan UNDP), kemudian di Indonesia dikenal dalam berbagai ketentuan perundang-undangan sebagai hukum positif, mengenai hal ini (hukum positif) akan diuraikan pada bagian selanjutnya dibawah sub judul *good governance* dan pengaturan reformasi birokrasi di Indonesia.

PELAYANAN PUBLIK

Menurut Ratminto & Atik, berdasarkan organisasi yang menyelenggarakannya dapat dibedakan secara umum dua jenis layanan publik, yaitu (a) Pelayanan Publik yang diselenggarakan oleh Organisasi Publik, dan (b) Pelayanan Publik yang diselenggarakan oleh Organisasi Privat. Selanjutnya Pelayanan Publik yang diselenggarakan oleh Organisasi Publik dapat dibedakan menjadi dua, yakni (i) yang bersifat PRIMER, dan (ii) yang bersifat SEKUNDER.³²⁷ Dari beberapa literatur di contohkan perbedaan ketiga jenis layanan publik tersebut sebagai berikut:

- a) Pelayanan publik yang diselenggarakan oleh PRIVAT adalah semua penyediaan barang atau jasa publik yang

³²⁵ H.A . Muin Fahmal, *Peran Asas – Asas Umum Pemerintahan Yang Layak Dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih*, (Yogyakarta : UII Press, 2006), hlm.61.

³²⁶ Philipus M . Hadjon , *Good Governance dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah* ,Meritokrasi vol. 1 no.1 , 2002, hlm 9.

³²⁷ Ratminto & Atk, *Manajemen Pelayanan , Pengembangan Model Konseptual, Penerapan Citizen's Charter dan Standar Pelayanan Minimal*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar , 2005), hlm .9

- diselenggarakan oleh swasta, seperti antara lain Rumah Sakit, Perguruan Tinggi, Perusahaan Transportasi dan lain sebagainya;
- b) Pelayanan publik oleh Pemerintah yang bersifat PRIMER adalah semua penyediaan barang/jasa publik dimana Pemerintah adalah satu-satunya penyelenggara dan publik tidak bisa memilih yang lain, mau tidak mau mereka harus memanfaatkannya, seperti antara lain pelayanan imigrasi, Kartu Tanda Penduduk (KTP), Surat Ijin Mengemudi (SIM), dan pelayanan perijinan lainnya;
 - c) Pelayanan publik oleh Pemerintah yang bersifat SEKUNDER adalah semua bentuk penyediaan barang/jasa publik dimana Pemerintah bukanlah satu-satunya penyedia, sehingga publik masih bisa memilih penyelenggara yang lain, misalnya adalah program asuransi tenaga kerja, program pendidikan dan pelayanan yang diberikan oleh BUMN, dan lain sebagainya.

Lebih lanjut Ratminto & Atik³²⁸ menyatakan, paling tidak terdapat 5 (lima) karakteristik sebagai pembeda dari ketiga jenis layanan tersebut, yaitu :

- a) Adaptabilitas Layanan, yakni karakteristik derajat perubahan layanan adalah tergantung dan sesuai dengan tuntutan perubahan yang diminta oleh pengguna;
- b) Posisi tawar pengguna, yakni dimana semakin tinggi posisi tawar pengguna maka akan semakin tinggi pula peluang pengguna untuk meminta mutu pelayanan yang baik;
- c) Tipe pasar, yakni dimana banyaknya jumlah penyelenggara adalah berhubungan dengan karakteristik pengguna;
- d) Locus Kontrol yakni karakteristik yang memperlihatkan siapa yang menjadi pemegang kendali dalam pelayanan tersebut, apakah penyelenggara ataukah penggunanya;
- e) Sifat pelayanan, yakni karakteristik yang menunjukkan dominasi kepentingan, apakah kepentingan pengguna ataukah penyelenggara.

GOOD GOVERNANCE DAN PENGATURAN REFORMASI BIROKRASI DI INDONESIA

Tahun 1998 dimulailah era reformasi di Indonesia, Pemerintah Indonesia mencanangkan era reformasi itu sebagai tindak lanjut dari Ketetapan MPR Nomor XI/MPR/Tahun 1998 Tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme, dilanjutkan pula dengan keluarnya lagi Tap MPR Tahun 2000, telah dilaksanakan reformasi dalam bidang HUKUM, EKONOMI, POLITIK dan Hak Asasi Manusia (HAM). Pemerintah bersama sama Dewan

³²⁸ *ibid*

Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI) hasil reformasi telah menetapkan Undang-undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 1999 (UU No 28 Tahun 1999) Tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme (KKN), dan Instruksi Presiden (Inpres) RI Nomor 30 Tahun 1998 Tentang Pemberantasan Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. Sekarang ini Inpres tersebut telah diganti dengan Inpres Nomor 5 Tahun 2004 dan diganti lagi dengan Inpres Nomor 9 Tahun 2011 Tentang Percepatan Pemberantasan Korupsi. Komitmen pemerintahan SBY-Budiono ini diperkuat dengan ditetapkannya UU RI Nomor 15 Tahun 2004 Tentang Pemeriksaan Pengelolaan dan Tanggung Jawab Keuangan Negara, melengkapi UU Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perbendaharaan Negara dan UU Nomor 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik. Untuk menggenapkan pilar negara hukum yang demokratis, telah ditetapkan UU RI Nomor 14 Tahun 2008 Tentang Keterbukaan Informasi Publik UU RI Nomor 28 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih dan Bebas KKN melalui penerapan prinsip – prinsip :

1. kepastian hukum yaitu asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan negara;
2. tertib penyelenggaraan negara yaitu asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan negara;
3. kepentingan umum yaitu asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, dan selektif;
4. keterbukaan yaitu asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara;
5. proporsionalitas yaitu asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara;
6. profesionalitas yaitu asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku
7. akuntabilitas . yaitu asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggaraan negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Di dalam penegakan Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara (*the general principle of organization state*) khususnya asas akuntabilitas, telah dikeluarkan Instruksi Presiden Nomor 7 Tahun

1999 Tentang Akuntabilitas Kinerja Instansi Pemerintah (AKIP) yang bertujuan untuk mendorong terciptanya akuntabilitas instansi pemerintah sebagai salah satu prasyarat terciptanya pemerintahan yang baik dan terpercaya, dengan sasaran :

- a. menjadikan instansi pemerintah yang akuntabel sehingga dapat beroperasi secara efisien, efektif dan responsive terhadap aspirasi masyarakat dan lingkungannya;
- b. terwujudnya transparansi instansi pemerintah;
- c. terwujudnya partisipasi masyarakat dalam pelaksanaan pembangunan nasional;
- d. terpeliharanya kepercayaan masyarakat kepada pemerintah.

Dalam UU ini diatur mengenai hak dan kewajiban penyelenggara negara antara lain berkewajiban melaporkan harta kekayaannya dan bersedia diperiksa kekayaan sebelum, selama dan setelah menjabat, tidak melakukan perbuatan korupsi, kolusi dan nepotisme. Juga diatur peran serta masyarakat, kemudian diperkuat dengan UU RI Nomor 31 Tahun 1999 yang telah diubah dengan UU RI Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Termasuk diundangkannya UU RI Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sehingga praktek korupsi dalam penyelenggaraan negara memiliki sanksi yang tegas demi terwujudnya pemerintahan yang bersih (*clean governance*). Perkuatan dimaksud sangat tepat karena awal perilaku koruptif berada pada birokrasi sehingga melengkapi strategi pencegahannya telah ditetapkan UU RI Nomor 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik.

Menurut Romli A, semua langkah hukum pemerintah tersebut telah diperkuat dengan sistem "*check and balances*" yang memadai melalui pembentukan Komisi Ombudsman Nasional serta Komisi Kepolisian, Komisi Kejaksaan dan Komisi Yudisial.³²⁹

Merujuk reformasi birokrasi yang telah dilaksanakan pemerintah sejak 13 (tiga belas) tahun yang lalu, sangat jelas bahwa reformasi undang-undang telah berhasil, kecuali reformasi dalam tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*). Konsep *Good Governance* telah menjadi kemauan politik dalam berbagai ketentuan perundang-undangan dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) seperti dikemukakan diatas. Sebagai salah satu tindakan konkrit pemerintah yang menunjukkan adanya pelaksanaan *governance* yang baik di Indonesia adalah dengan ditetapkannya UU RI Nomor 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik. Mari di telisik

³²⁹ Romli Atmasasmita, "Reformasi Birokrasi dan KKN", dalam forum dialog Nasional Bidang Hukum dan Non Hukum Tahun 2011, BPHN, 5-7 Oktober 2011.

beberapa rumusan pasal dalam UU tersebut terkait dengan topik tulisan ini, yakni pasal 1 :

1. Pelayanan Publik adalah kegiatan atau rangkaian kegiatan dalam rangka pemenuhan kebutuhan pelayanan sesuai dengan peraturan perundang-undangan bagi setiap warga negara dan penduduk atas barang, jasa ,dan/atau pelayanan administratif yang disediakan oleh penyelenggara pelayanan publik;
2. Penyelenggara pelayanan publik yang selanjutnya disebut Penyelenggara adalah setiap institusi penyelenggara negara, korporasi, lembaga independen yang dibentuk berdasarkan undang-undang untuk kegiatan pelayanan publik, dan badan hukum lain yang dibentuk semata-mata untuk kegiatan pelayanan publik;
3. Atasan satuan kerja Penyelenggara adalah pimpinan satuan kerja yang membawahi secara langsung satu atau satuan kerja yang melaksanakan pelayanan publik;
4. Organisasi penyelenggara pelayanan publik yang selanjutnya disebut Organisasi penyelenggara adalah satuan kerja penyelenggara pelayanan publik yang berada di lingkungan institusi penyelenggara negara, korporasi, lembaga independen yang dibentuk berdasarkan undang-undang untk kegiatan pelayanan publik, dan badan hukum lain yang dibentuk semata-mata untuk kegiatan pelayanan publik;
5. Pelaksana Pelayanan Publik yang selanjutnya disebut pelaksana adalah Pejabat, pegawai, petugas, dan setiap orang yang bekerja dalam Organisasi Penyelenggara yang bertugas melaksanakan tindakan atau serangkaian tindakan pelayanan publik;
6. Masyarakat adalah seluruh pihak, baik warga negara maupun penduduk sebagai orang perseorangan, kelompok, maupun badan hukum yang berkedudukan sebagai penerima manfaat pelayanan publik, secara langsung maupun tidak langsung;

Adapun beberapa asas yang diadopsi dalam UU Tentang Pelayanan Publik adalah :

1. kepentingan umum;
2. kepastian hukum;
3. kesmaan hak;
4. keseimbangan hak dan kewajiban;
5. keprofesionalan;
6. partisipatif;
7. persamaan perlakuan/tidak diskriminatif;
8. keterbukaan;
9. akuntabilitas;
10. fasilitas dan perlakuan khusus bagi kelompok rentan;
11. ketepatan waktu dan kecepatan;
12. kemudahan dan keterjangkauan;+

PENUTUP

Bertolak dari proses reformasi tahun 1998 yang menginginkan perubahan mendasar dalam penyelenggaraan pemerintahan yang lebih transparan, berkeadilan, dan akuntabel, maka tuntutan akan adanya pemerintahan yang baik (*good governance*) menjadi relevan dan berbungan satu dan lainnya. Tujuan reformasi untuk penguatan peran masyarakat dengan penerapan demokrasi rakyat tidak akan tercapai jika tidak didukung oleh suatu pemerintahan yang kredibel dan dapat dipertanggung jawabkan.

Masalah yang dihadapi pemerintah Indonesia dalam upaya melaksanakan pemerintahan yang baik dan bersih dalam pelayanan publik adalah sangat kompleks dan memiliki dimensi yang amat banyak. Upaya untuk memperbaiki kinerja birokrasi dan pelayanan menuntut intervensi pemerintah dalam semua dimensi permasalahan secara holistik. Kebijakan untuk memperbaiki kinerja birokrasi pelayanan publik tidak hanya menuntut perubahan struktur birokrasi yang memungkinkan adanya prosedur pelayanan sederhana, kewenangan mengambil diskresi yang memadai sehingga tindakan para penyelenggara pelayanan menjadi lebih responsif terhadap lingkungannya.

Ide dasarnya adalah bahwa negara adalah institusi yang legal formal dan konstitusional yang menyelenggarakan pemerintahan dengan fungsi sebagai regulator maupun sebagai *agent of change*, sehingga cita cita reformasi yang menginginkan suatu proses demokrasi yang proporsional akan menjadi mungkin untuk diraih. Tentu saja harus dengan dukungan dari masyarakat luas maupun komponen negara lainnya, maka pelaksanaan pemerintahan yang baik akan terwujud.

DAFTAR KEPUSTAKAAN

- H.A. Muin Fahmal. *Peran Asas-asas Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih*. (Yogya : UII Press, 2006).
- G.H. Addink. "Diktat *Good Governance*". FH UI , 2003
- Phillipus M Hadjon. *Good Governance Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, Meritokrasi*. Vol 1 no 1, 2002
- Romli A. "Reformasi Birokrasi" BPHN, 2011

Ratminto & Atik. Manajemen Pelayanan, Pengembangan Model Konseptual, Penerapan Citizen's Charter dan Standar Pelayanan Minimal. (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2005).

Wasito Utomo. Administrasi Publik Baru, Perubahan Paradigma dari Administrasi Negara ke Administrasi Publik.(Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2006)

Editorial Office

Legal Studies and Development Center,
Faculty of Law, University of Muhammadiyah Jakarta
Jln. KH. Ahmad Dahlan, Cirendeui, South Jakarta, Indonesia
Telp/Fax : +6221 74903585, faxcimile +221 7432590
E-mail : aqlawreview@umj.ac.id
Web : <https://jurnal.umj.ac.id>

