

# PROSIDING KONFERENSI

## DAN

# DIALOG NEGARA HUKUM

## NEGARA HUKUM INDONESIA KE MANA AKAN MELANGKAH?

Jakarta, 9-10 Oktober 2012



MAHKAMAH KONSTITUSI  
REPUBLIK INDONESIA



**HuMa**  
<http://www.huma.or.id>



PROSIDING KONFERENSI  
DAN  
DIALOG NEGARA HUKUM

Negara Hukum Indonesia  
ke mana Akan Melangkah

Jakarta, 9-10 Oktober 2012





## Kata Pengantar Sekretaris Jenderal Mahkamah Konstitusi RI

*Alhamdulillahirrabbi 'alamin.* Puji syukur kepada Allah SWT, Tuhan Yang Maha Esa, karena atas karunia dan ridlo-Nya, kegiatan “**Konferensi dan Dialog Nasional Negara Hukum**” telah dapat diselenggarakan pada tanggal 9-10 Oktober 2012 dengan baik dan lancar berkat kerja sama yang baik pula antara Mahkamah Konstitusi dengan Epistema Institute. Atas dasar itulah, saya menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada Epistema Institute atas kerja keras dan kerja samanya. Mudah-mudahan, kerja sama tersebut dapat dilanjutkan pada kegiatan-kegiatan lain di masa-masa yang akan datang.

Pertanyaan kritis yang melatarbelakangi diselenggarakannya kegiatan Konferensi dan Dialog Nasional Negara Hukum ini ialah “*Negara Hukum, Kemana Akan Melangkah?*” Dari pertanyaan tersebut tersirat kegalauan akademik yang demikian massif setelah mendapati sinyal penanda bahwa implementasi Negara Hukum Indonesia tengah menunjukkan gejala yang menurut penalaran ilmiah-akademik tertentu telah menginjak ambang batas mengkhawatirkan. Di berbagai telaah ilmiah, banyak ditemukan adanya inkoherensi dalam berbagai bentuk antara konsep Negara Hukum Indonesia dengan hukum *in concreto*. Inkoherensi itu semakin menegaskan bahwa konsepsi Negara Hukum hanya mudah diniatkan dan dituliskan di dalam kertas-kertas aturan formal akan tetapi sangat sulit dilaksanakan di level *in concreto*. Bahkan, inkoherensi itu pula yang ditengarai mengarahkan Negara Hukum Indonesia pelan-pelan kehilangan cita rasa keindonesiaannya, karena wataknya yang cenderung semakin liberal-eksploitatif. Dari pertanyaan itu pula, ada *warning* agar kita segera mengambil langkah, terutama untuk *men-drive* kembali implementasi Negara Hukum Indonesia agar kembali ke jalur dan arah yang semestinya sesuai dengan kehendak dan cita-cita kita bersama.

Meskipun selama ini dipahami bahwa secara konsepsional, Negara Hukum telah selesai, dalam arti telah final menjadi pilihan karena telah dituangkan dalam UUD 1945, akan tetapi elaborasi komprehensif dan runtut konsepsi Negara Hukum Indonesia, baik pada aspek historis, formalis, prosedural, maupun substantif, justru menjadi sangat penting dan strategis dilakukan. Elaborasi tersebut dilakukan bukan dalam rangka menggugat konsepsi Negara Hukum Indonesia yang telah final itu, melainkan untuk menjaga koherensi secara prinsipil antara gagasan ideal dengan implementasinya di tataran konkrit. Dalam elaborasi tersebut, sangat mungkin muncul pemikiran yang beragam karena berangkat dari basis analisis dan optik yang berlainan. Bahkan, bukan tidak mungkin, ada pemikiran yang saling bertolakan secara diametral. Namun demikian, ketidakseragaman pemikiran tersebut justru sangat baik sehingga tidak perlu dipertentangkan. Pemikiran yang beragam itu akan saling melengkapi dan sangat berkontribusi melancarkan pekerjaan besar bangsa ini untuk mengawal dan memastikan Negara Hukum Indonesia diimplementasikan untuk sebesar-besarnya kebahagiaan dan kesejahteraan rakyat Indonesia. Kiranya, pemikiran-pemikiran itulah yang menjadi ‘daging’ substansi dari prosiding ini. Untuk itu, saya menyambut baik dan gembira diterbitkannya prosiding ini, terutama karena pemikiran-pemikiran yang dimuat dalam prosiding ini akan dapat dikonsumsi oleh masyarakat secara lebih luas.

Prosiding ini berisi rangkuman materi dan makalah yang disampaikan oleh para pembicara dalam kegiatan Konferensi dan Dialog Nasional Negara Hukum. Dengan demikian, melalui prosiding ini kita mendapatkan asupan pengetahuan dari banyak sudut pandang mengenai Negara Hukum Indonesia, baik itu berupa kritik maupun gagasan yang patut dipertimbangkan untuk dilaksanakan. Di dalam prosiding ini, kita disugahi pula secara lengkap rangkaian dinamika yang terjadi sepanjang penyelenggaraan Konferensi dan Dialog Nasional tersebut. Secara sistematis dan utuh, seluruh materi produk pemikiran elaboratif para Pembicara dimuat dalam prosiding ini, lengkap dengan respon balik serta isu substansial yang muncul dari diskusi-diskusi pendalaman di masing-masing panel pembahasan sub tema.

Saya berharap prosiding ini semakin memperkaya perbendaharaan ilmu kita, terutama mengenai kritik dan wacana penegakan Negara Hukum Indonesia. Dan yang paling diharapkan, prosiding ini diharapkan dapat memberi dorongan bagi pembaca untuk berkontribusi secara lebih aktif dalam menguatkan dan mengawal tegaknya Negara Hukum Indonesia, sesuai dengan bidang pekerjaan, tugas, dan profesi masing-masing. Selamat membaca.

Jakarta, 15 Maret 2013

Sekretaris Jenderal  
Mahkamah Konstitusi RI,

**Janedjri M. Gaffar**

## Kata Pengantar Direktur Eksekutif Epistema Institute

Konferensi dan Dialog Nasional bertajuk “Negara Hukum Indonesia: Ke mana akan melangkah?” diselenggarakan pada tanggal 9-10 Oktober 2012 untuk memperingati satu dasawarsa amandemen UUD 1945. Pasal 1 ayat 3 UUD hasil perubahan ketiga menyatakan: “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Bagaimana kita memaknai konsep dan praktik negara hukum dalam situasi sosial, ekonomi dan politik yang tengah berubah ini merupakan tujuan utama dari penyelenggaraan Konferensi dan Dialog ini.

Bagi sebagian orang, Negara Hukum merupakan tujuan paripurna bernegara. Sebagian yang lain --karena pengalaman dan pengamatan pada praktik-praktik penyelewengan hukum yang ada-- menunjukkan sikap skeptik terhadap Negara Hukum. Kelompok selebihnya memilih posisi menjadikan Negara Hukum sebagai proyek bernegara yang belum selesai.

Apapun pandangan terhadap negara hukum, kami memahaminya sebagai hal yang absah untuk terus diperbincangkan. Konferensi ini telah menjadi wadah bagi semua pihak dengan segenap kejernihan pandangan dan kebijaksanaan sikapnya mendiskusikan, memperdebatkan bagaimana negara ini perlu membangun Negara Hukum-nya. Bagaimana konsep Negara Hukum Indonesia itu dipahami dan dijalankan di atas sejumlah agenda persoalan hukum yang belum terselesaikan?

Kami mengidentifikasi sebagian dari persoalan ber hukum kita terkait dengan pelbagai masalah hak asasi manusia, pendidikan tinggi hukum, mekanisme *check and balances*, legislasi dan legisprudensi, perlindungan konstitusional hak-hak masyarakat adat/lokal. Di samping itu, kita masih perlu mencurahkan pikiran untuk memecahkan sejumlah masalah dalam penegakan hukum lingkungan, kebebasan pers, peradilan bagi kaum miskin dan marjinal serta upaya dan gagasan revitalisasi peradilan adat. Pada tataran yang lain, perdebatan yang berbasis pada pertanyaan seberapa mampu kita menjadikan Pancasila sebagai basis nilai membangun arsitektur Negara Hukum bagi Indonesia juga menjadi agenda penting.

Para peserta Konferensi ini membahas seluruh tema di atas di dalam sepuluh panel. Sebuah diskusi publik mengangkat tema terkait akses terhadap keadilan melengkapi forum pertukaran gagasan ini. Pada puncaknya, hasil Konferensi didiskusikan dengan sejumlah pimpinan lembaga negara dan pemerintahan dalam Dialog Nasional Negara Hukum. Hadir dalam dialog itu Ketua Mahkamah Konstitusi, Ketua Mahkamah Agung, Ketua Dewan Perwakilan Rakyat, Wakil Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia, Wakil Kepala Kepolisian R.I dan Ketua Komisi Nasional Hak Asasi Manusia.

Membangun dan menegakkan negara hukum adalah tugas kolektif seluruh elemen bangsa yang perlu terus diupayakan. Atas dasar inilah Konferensi dan Dialog Nasional ini diselenggarakan bersama-sama oleh Mahkamah Konstitusi, Epistema Institute, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Bappenas, sejumlah perguruan tinggi: Universitas Airlangga, Universitas Andalas dan Universitas Presiden, serta sejumlah lembaga swadaya masyarakat: Perkumpulan HuMa, ELSAM, KRHN, PSHK, ICEL dan ILRC. Kegiatan ini mendapat dukungan dari The Ford Foundation Jakarta, Proyek *Strengthening Access to Justice in Indonesia* (SAJI) UNDP, dan Yayasan Tifa. Atas nama Epistema Institute saya mengucapkan terima kasih sebesar-besarnya kepada seluruh pimpinan lembaga dan organisasi tersebut. Kerja sama ini membuktikan adanya kesadaran bersama untuk membangun hukum Indonesia dengan kolaborasi yang produktif dan komunikasi yang konstruktif.

Akhirnya, ucapan terima kasih saya sampaikan dengan segenap kerendahan hati kepada seluruh peserta Konferensi dan Dialog, para narasumber, para koordinator panel, panitia dan seluruh pihak yang mendukung penyelenggaraan kegiatan ini.

Terima kasih.

Salam keadilan,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Myrna A. Safitri', written in a cursive style.

Myrna A. Safitri, Ph.D

## Daftar Isi

<b>Kata Pengantar Sekretaris Jenderal Mahkamah Konstitusi RI.....</b>	<b>iii</b>
<b>Kata Pengantar Direktur Eksekutif Epistema Institute .....</b>	<b>v</b>
<b>Daftar Isi .....</b>	<b>vii</b>
<i>Term of Reference</i> .....	1
<b>Jadwal Acara.....</b>	<b>3</b>
<b>Kumpulan Abstrak.....</b>	<b>11</b>
<b>Panel 1 .....</b>	<b>11</b>
<b>Panel 2 .....</b>	<b>18</b>
<b>Panel 3 .....</b>	<b>21</b>
<b>Panel 4.....</b>	<b>24</b>
<b>Panel 5.....</b>	<b>28</b>
<b>Panel 6.....</b>	<b>35</b>
<b>Panel 7 .....</b>	<b>41</b>
<b>Panel 8.....</b>	<b>45</b>
<b>Panel 9 .....</b>	<b>48</b>
<b>Panel 10 .....</b>	<b>52</b>
<b>Ceramah Kunci Prof. Mahfud MD - Ketua Mahkamah Konstitusi RI .....</b>	<b>59</b>
<b>Peta Pemahaman Negara Hukum dan Alur Konferensi .....</b>	<b>71</b>
<b>Diskusi Pleno .....</b>	<b>79</b>
<b>Catatan Diskusi .....</b>	<b>79</b>
<b>Kumpulan Makalah Pembicara .....</b>	<b>81</b>
1. Negara Hukum dan Akses terhadap Keadilan, oleh: Dr. Artidjo Alkostar, S.H., LL.M.....	81
2. Negara Hukum dan Permasalahan Akses Keadilan di Negeri-negeri Berkembang Pasca-Kolonial, oleh: Prof. Soetandyo Wignjosebroto, MPA.....	87
<b>Pembahasan Makalah per Panel.....</b>	<b>93</b>
<b>Panel 1: Pancasila dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia .....</b>	<b>93</b>
Pancasila dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia: Upaya Dekolonisasi dan Rekonstruksi Tradisi, oleh: Aidul Fitriadi.....	93
Sistem Hukum sebagai Kunci Supremasi Hukum Indonesia, oleh: Any Andjarwati .....	104
Degradasi Nilai-nilai Pancasila dalam Negara Hukum Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945, oleh: Diki Caniago .....	117
Menggugat Diskriminasi atas Nama Agama: Konsep Keadilan dalam Islam, Perlindungan Kaum Minoritas, dan Negara Hukum Pancasila, oleh: Endra Wijaya dan Ziatun Abdulah .....	130



Pembangunan Hukum di Bidang Ekonomi adalah Bagian dari Pelaksanaan Nilai-nilai Pancasila dan Pembangunan Kerangka Hukum Nasional, oleh: Firdaus Rumbia.....	146
Konvergensi Hukum Asing dan Nilai-nilai Pancasila dalam Hukum Nasional dan Konsekuensinya, oleh: Hari Purwadi .....	157
Pancasila dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia, Pancasila: Solusi Problema Patologis Multidimensi Negara Bangsa Indonesia, oleh: Kamarudin Hasan .....	165
Nomokrasi Konstitusional Pancasila: Antitesis terhadap Diskursus Pemikiran Negara Hukum dalam Konstitusi Indonesia, oleh: Ria Casmi Arrsa .....	177
Relasi Heuristik Filsafat Pancasila dalam Tata Hukum yang Plural, oleh: Yamin .....	191
Menilik Kepantasan Labelisasi Pancasila sebagai Staatsfundamentalnorm dalam Sistem Hukum Indonesia, oleh: Shidarta.....	202
<b>Panel 2: Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia.....</b>	<b>217</b>
Pendirian Rumah Ibadah dalam Perspektif Hukum dan HAM: Kajian atas Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri No. 9/2006 dan No. 8/2006, oleh: Ahmad Asroni.....	217
Tidak ada Hukum(an) bagi Pelanggar(an) HAM di Timor Leste: Perspektif Sejarah dan Ingatan, oleh: Dedy Kristanto .....	228
Negara Hukum Indonesia dan HAM: Sebuah Paradoks, oleh: P.Donny Danardono.....	249
MIFEE: Proyek Perampasan Tanah Orang Malind-Anim, oleh: Siti Rakhma Marry .....	255
<b>Panel 3: Pendidikan Tinggi Hukum yang Berbasis pada Keadilan Sosial.....</b>	<b>269</b>
Pendidikan Hukum: Sebuah Kontemplasi Kritis, oleh: Otong Rosadi & Awaludin Marwan.....	269
Pemikiran Ke Arah Perubahan Paradigma Pendidikan Tinggi Hukum: Dinamika dan Orientasi, oleh: Khudzaifah Dimiyanti .....	277
<b>Panel 4: Refleksi Mekanisme <i>Checks and Balances</i> dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia.....</b>	<b>289</b>
Refleksi Mekanisme <i>Checks and Balances</i> dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia, oleh: B. Hestu Cipto Handoyo.....	289
<i>How Indonesia Constitutional Court Has Changed Indonesia's Constitutional Balance</i> , oleh: Fritz Siregar .....	309
Prinsip <i>Checks and Balances</i> dalam Pengusulan dan Penetapan Anggota Panwaslu oleh Bawaslu, oleh: Luthfi Widagdo .....	322
Refleksi Mekanisme <i>Checks and Balances</i> dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia: Membangun <i>Share of Responsibility</i> dan Menghapus <i>Share of Power</i> , oleh: Rahadiyan Yana .....	334
Penguatan Sistem Pemerintahan Presidensiil dalam Rangka Mewujudkan <i>Checks and Balances</i> dalam Penyusunan Undang-Undang, oleh: Sulardi.....	340

Membangun Harmonisasi Kedudukan dan Fungsi antara DPD dengan DPR dalam Rangka Pelaksanaan Fungsi <i>Check and Balances</i> pada lembaga Perwakilan Rakyat dalam Sistem Bikameral. oleh: Titik Triwulan Tutik .....	352
Kedudukan Bawaslu sebagai Bentuk <i>Checks and Balances</i> Penyelenggaraan Pemilu, oleh: Veri Junaidi .....	364
Reposisi Mekanisme Pengawasan Hakim Konstitusi kepada Komisi Yudisial, oleh: Ziffan Firdinal .....	375
<b>Panel 5: Legislasi dan Legisprudensi .....</b>	<b>399</b>
Mengukur Kualitas Legislasi dalam Perspektif <i>Legisprudence</i> , oleh: Aan Eko Widiarto .....	399
Kedudukan Legisprudensi sebagai Upaya Perlindungan Pekerja Outsourcing, oleh: Asri Wijayanti .....	404
Peluang Judicial Review dalam Perbaikan Legislasi Nasional untuk Mewujudkan Konsistensi Konsepsi Negara Hukum di Indonesia, oleh: Dian Agung .....	415
Legislasi dalam Pembentukan Perda, oleh: Eddy Asnawi .....	435
Menakar Konsistensi Legislasi Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dalam Akomodasi Partisipasi Publik pada Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik, oleh: Rizki Emil Birham.....	414
Legislasi Fikih Ekonomi untuk Mewujudkan Sistem Ekonomi Alternatif yang Berkeadilan, oleh: Khotibul Umam .....	466
Fleksibilitas Regulasi, oleh: M. Ajisatria.....	478
Judicial Preview sebagai Instrumen Peningkatan Kualitas Legislasi: Suatu Pendekatan Legisprudensi, oleh: Victor Imanuel .....	494
Problematika Pengujian Undang-Undang Ratifikasi Perjanjian Internasional dalam Sistem Perundang-undangan Indonesia Dihubungkan dengan Upaya Mewujudkan Supremasi Konstitusi, oleh: Sechabudin.....	504
Perkembangan Hukum Sosial pada Era Reformasi, oleh: Wahyu Heriyadi.....	514
<b>Panel 6: Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Adat/Lokal di Indonesia .....</b>	<b>531</b>
Rekonstruksi Politik Hukum Kedudukan Masyarakat Adat Berbasis Kearifan Lokal, oleh: Eko Sabar Prihatin .....	531
Hak Konstitusional Rakyat atas Sumber Daya Air (Perlindungan Hukum Kearifan Lokal dalam Kelembagaan Himpunan Petani Pemakai Air (HIPPA) di Provinsi Jawa Timur, oleh: Jati Nugroho .....	543
Pengakuan Desa Asal-Usul (Masyarakat Hukum Adat) sebagai Subjek Hukum dalam Hukum Nasional, oleh: Nurul Firmansyah.....	554

Memerangkap Bayang-Bayang: Kajian Awal Penerapan Indikator Negara Hukum dalam Memeriksa Persoalan Masyarakat Adat di Indonesia, oleh: Yance Arizona .....	563
Paradigma <i>Legal Policy</i> Terkait dengan Tanggungjawab Negara dalam Pemenuhan Hak-hak Konstitusional Warga Perbatasan, oleh: Saru Arifin.....	583
Makna Amandemen Pasal 18 UUD 1945 bagi Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Adat di Indonesia, oleh: R. Yando Zakaria.....	598
Perlindungan Pengetahuan Tradisional sebagai Bagian Kearifan Lokal dari Masyarakat Hukum Adat dalam Kerangka Negara Hukum Indonesia yang Berkeadilan Sosial, oleh: Wina Puspitasari .....	664
<b>Panel 7: Peran Hukum dalam Mewujudkan Keadilan Lingkungan.....</b>	<b>641</b>
Penegakan Hukum Lingkungan dengan Pendekatan Hukum Progresif, Upaya Mewujudkan Keadilan Lingkungan, oleh: Absori .....	641
Paradoks Ketimpangan Emisi Nasional" Kajian Kritis Ketidakadilan Iklim Indonesia, oleh: Deni Bram .....	654
Kearifan Lokal dan Konservasi Berbasis Komunitas di Aceh, oleh: Harjoni Desky.....	661
Perkembangan Politik Hukum Pengelolaan Minyak dan Gas Bumi Menuju Keadilan Sosial dan Ekologis, oleh: Indah Dwi Qurbani.....	665
Tanggung Jawab Negara dalam Perindungan Lingkungan yang Berkeadilan bagi Generasi yang Akan Datang, oleh: Maret Priyanta .....	673
Menakar Tanggung Gugat Negara dalam Pembentukan Kebijakan REDD di Indonesia, oleh: Mumu Muhajir .....	682
Kasus Lapindo: Bencana Alam atau Kejahatan Lingkungan?, oleh: Vinita Susanti.....	696
Politik Hukum SDA: Menuju Tata Kelola SDA Berkeadilan, oleh: W. Riawan Tjandra..	706
<b>Panel 8: Negara Hukum, Kebebasan Informasi, dan Media .....</b>	<b>723</b>
Kebijakan Telematika dan Konglomerasi Media di Indonesia, oleh: Firdaus Cahyadi .....	723
Jaminan Perlindungan terhadap Pers, dalam Relasi Hukum dan Hak Asasi Manusia, oleh: Maharani Siti Shopia .....	743
Regulasi Media: Dialektika antara Ruang Publik dan Kepentingan Ekonomi Politik, oleh: Mas Agus Firmansyah .....	751
<i>Standard of Journalism, Self Censorship, and the Media's Role in Defeating Corruption Indonesia (Case Study in Kendal Regency, 2005-2006)</i> , oleh: Wijayanto.....	760
<b>Panel 9: Memastikan Peradilan Berpihak pada Keadilan bagi Si Miskin dan Termarjinalkan.....</b>	<b>781</b>
Pemenuhan Hak atas Bantuan Hukum untuk Memastikan Peradilan Berpihak pada Keadilan bagi Masyarakat Miskin dan Marginal, oleh: Arif Maulana.....	781
Urgensi Independensi Pengadilan Pajak, oleh: Chamelia Gunawan .....	794
Keadilan Restoratif, Jalan Keluar untuk Overkriminalisasi, oleh: Eka Nugraha .....	803

<i>Feminist Juriprudence</i> Alternatif Hukum yang Adil Gender, oleh: Evarisan.....	812
Membayar Denda demi Mencari Keadilan: Fenomena di Pengadilan Pajak, oleh: Irine Handika .....	821
Problematika Pelaksanaan Kekuasaan Kehakiman (Dalam Konteks Pelaksanaan Fungsi <i>Checks and Balances System</i> ), oleh: Ismail Rumadan.....	830
<b>Panel 10: Revitalisasi Hukum dan Peradilan Adat sebagai Solusi Penguatan Akses terhadap Keadilan .....</b>	<b>845</b>
Penyelesaian Sengketa Adat di Kabupaten Poso, oleh: Jemielka Roosje.....	845
Peran Strategis Peradilan Adat di Aceh dalam Memberikan Keadilan bagi Perempuan dan Kaum Marjinal, oleh: Juniarti.....	853
Mendekatkan Kembali Pengadilan Adat (Jalan Panjang Perubahan Kerangka Epistemologi Hukum Nasional), oleh: Tody Sasmitha.....	869
Revitalisasi Peradilan Adat? : Ketika Negara Tidak Mengakui Peradilan Adat (Study Respon Negara terhadap Penyelenggaraan Peradilan Adat dalam Konflik Sumber Daya Alam di Kalimantan Barat, oleh: Tandiono Bawor.....	879
Rekonstruksi Politik Hukum Pengakuan Peradilan Adat dalam Sistem Kekuasaan Kehakiman untuk Mewujudkan Keadilan Restoratif, oleh: Moh. Jamin .....	895
Penyelesaian Sengketa Tanah Pusako melalui Kerapatan Adat Nagari (KAN) di Nagari Situjuah Gadang (Studi Penerapan Peradilan Adat di Sumatera Barat), oleh: Jomi Suhendri .....	906
<b>Rangkuman Hasil Konferensi Nasional Negara Hukum (Dalam Rangka Satu Dasawarsa Amandemen UUD 1945) .....</b>	<b>925</b>
<b>Lampiran Daftar Hadir Peserta.....</b>	<b>931</b>



# TERM OF REFERENCE



## Term of Reference

### Konferensi dan Dialog Nasional dalam rangka Satu Dasawarsa Amandemen UUD 1945 NEGARA HUKUM INDONESIA KE MANA AKAN MELANGKAH? Hotel Bidakara, 9-10 Oktober 2012

#### Latar belakang

Cita-cita membangun negara hukum telah termuat dalam Penjelasan UUD 1945. Pernyataan bahwa negara Indonesia adalah negara berdasarkan hukum (*rechtsstaat*), bukan negara berdasarkan kekuasaan belaka (*maachtstaat*) menegaskan cita-cita bangsa tersebut. Melalui amandemen UUD 1945, beberapa ketentuan baru dalam UUD memperteguh cita-cita membangun negara hukum. Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 menyatakan "*Indonesia adalah negara hukum*". Selain itu, dalam amandemen UUD 1945 yang berlangsung pada tahun 1999 hingga 2002, sejumlah ketentuan mengenai pembatasan kekuasaan pemerintah, hak asasi manusia, dan pengawasan terhadap kebijakan pemerintah berhasil dimuat ke dalam UUD hasil amandemen tersebut.

Membangun negara hukum bagi Indonesia adalah mandat konstitusi. Meskipun demikian, Satjipto Rahardjo (2009) menyatakan bahwa membangun negara hukum itu bukanlah sekedar menancapkan papan nama. Ia adalah proyek raksasa yang menguras tenaga. Dalam satu dasawarsa terakhir, Indonesia telah banyak melakukan upaya perubahan untuk mewujudkan negara hukumnya. Amandemen konstitusi, pembuatan sejumlah peraturan perundang-undangan, pembentukan lembaga-lembaga negara baru, pembenahan institusi dan aparat penegak hukum telah dilakukan. Namun, keberhasilan membangun negara hukum tidak semata-mata diukur dari kemampuan memproduksi legislasi dan menciptakan atau merevitalisasi institusi hukum. Lebih dari itu, keberhasilan bernegara hukum terukur dari implementasi dan penegakan hukum yang mampu menciptakan keadilan bagi seluruh rakyat terutama kelompok miskin, perempuan, masyarakat adat dan kelompok minoritas.

Berbagai kasus hukum akhir-akhir ini menunjukkan bahwa upaya memberikan keadilan tersebut masih jauh dari harapan. Banyak kasus besar tidak terselesaikan secara tuntas seperti Kasus BLBI dan Bank Century. Pada sisi lain, penegakan hukum secara formal diterapkan terhadap kasus-kasus yang menimpa orang kecil seperti pencurian kakao, piring, dan sandal jepit. Kejahatan lingkungan yang dilakukan oleh 2 korporasi memberikan kontribusi pada penurunan kelestarian lingkungan. Kriminalisasi terhadap masyarakat yang mempertahankan tanahnya berlangsung di banyak tempat. Berbagai kasus ini menunjukkan kepada kita bagaimana hukum menjadi jaring laba-laba yang hanya mampu menjerat nyamuk-nyamuk kecil namun rentan tercabik ketika dihadapkan dengan serangga besar dan kumbang.<sup>1</sup>

Perkembangan hukum dan dinamika dalam penegakannya selama ini akhirnya mengantarkan kita pada pertanyaan: menuju ke mana arah pembangunan negara hukum di Indonesia? Setelah satu dasawarsa amandemen UUD 1945, seberapa jauh upaya membangun negara hukum di negara ini mendekatkan pada cita-cita bangsa yang diamanatkan dalam Pembukaan UUD 1945: "memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial"?

---

<sup>1</sup> Ungkapan hukum sebagai jaring laba-laba diungkapkan oleh Anarcharsis, Filsuf Yunani pada abad 7 SM: "*Hukum itu adalah jaring laba-laba ia hanya mampu untuk menjaring orang-orang miskin, tetapi tidak mampu menjaring orang-orang kaya. Bahkan oleh orang-orang kaya, jaring laba-laba itu akan dirobek-robek olehnya*".

Konferensi dan dialog nasional ini diselenggarakan untuk merumuskan langkah bersama elemen bangsa untuk mencapai cita-cita mewujudkan negara hukum yang berkeadilan di Indonesia.





**Jadwal Acara**

<b>Waktu</b>	<b>Agenda</b>	<b>Ruangan</b>
Selasa, 9 Oktober 2012		
09.00 – 09.30	Registrasi	Auditorium Binakarna
09.30 – 09.45	Sambutan Panitia Myrna A. Safitri, Ph.D (Epistema Institute)	Auditorium Binakarna
09.45 – 11.00	Pembukaan Konferensi dan Ceramah Kunci oleh Ketua Mahkamah Konstitusi Bapak Prof. Dr. Mahfud MD, SH Tema Ceramah: Negara Hukum dan Hak Konstitusional Warga Negara	Auditorium Binakarna
11.00 – 12.00	Penjelasan tentang alur Konferensi dan Peta Perjalanan Konsep Negara Hukum	Auditorium Binakarna
12.00 – 13.00	Makan siang	Auditorium Binakarna
13.00 – 15.00	Sesi 1 Panel Paralel	
	<i>Panel 2: Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia</i> Dedy Kristanto : “Tidak ada hukum(an) bagi pelanggar(an) HAM di Timor Leste: Perspektif sejarah dan ingatan” Ifdhal Kasim : “Menyoroti kembali konsep keadilan transisional dalam konteks Indonesia, kaitannya dengan pembangunan negara hukum” Moh. Fajrul Falaakh : “Meninjau kemandegan penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu, dalam sudut pandang negara hukum dan apa implikasinya?”	Arimbi 103
	<i>Panel 3: Pendidikan Tinggi Hukum yang Berbasis pada Keadilan Sosial</i> Prof. Dr. Khudzaifah Dimiyati, SH.,M.Hum : “Pendidikan tinggi hukum: Sebuah pemikiran kearah perubahan paradigma” Bayu Dwiwiddy Jatmiko, SH., M.Hum : “Konsep pendidikan tinggi hukum yang berkarakter melalui terwujudnya sarjana hukum yang profesional, humanis dan religius” Nandang Sutrisno, S.H., LL.M., M.Hum., PhD : “Pendidikan hukum klinis: Konsep, peluang dan tantangan”	Binasetra 206
	<i>Legislasi dan Legisprudensi</i> Aan Eko Widiarto, S.H., M.Hum. Victor Immanuel Williamson Nalle, S.H. : “Judicial preview sebagai instrumen peningkatan kualitas legislasi”	Kunthi 203

	<p>Sechabudin : “Problematika pengujian undang-undang ratifikasi perjanjian internasional dalam system perundang-undangan Indonesia dihubungkan dengan upaya mewujudkan supremasi konstitusi”</p> <p>Khotibul Umam, S.H., M.H. : “Legislasi fikih ekonomi untuk mewujudkan sistem ekonomi alternatif yang berkeadilan”</p>	
	<p><i>Panel 7: Peran Hukum dalam Mewujudkan Keadilan Lingkungan</i></p> <p>Dr. Riawan Tjandra, S.H.m M.Hum : “Politik hukum sumber daya alam: Menuju tata kelola sumber daya alam berkeadilan”</p> <p>Maret Priyatna, S.H., M.H : ”Tanggung jawab negara dalam perlindungan lingkungan yang berkeadilan bagi generasi yang akan datang”</p> <p>Deni Bram, S.H., M.H : ”Paradoks ketimpangan kebijakan emisi nasional”</p> <p>Harjoni Desky, S.SosI, M.Si : ”Kearifan lokal dan konservasi berbasis komunitas di Aceh”</p> <p>Indah Dwi Qubani, S.H., M.H : ”Perkembangan Politik Hukum Pengelolaan Minyak dan Gas Bumi Menuju Keadilan Sosial dan Ekologis”</p>	Arimbi 104
	<p><i>Panel 8: Negara Hukum, Kebebasan Informasi dan Media</i></p> <p>Firdaus Cahyadi : “Kebijakan telematika dan konglomerasi media di Indonesia”</p> <p>Maharani Siti Shopia, S.H.</p> <p>Mas Agus Firmansyah, S.Sos., M.Si : “Regulasi media: Dialektika antara ruang publik dan kepentingan ekonomi politik”</p> <p>Wijayanto, S.IP, M.Si : “Self censorship, media’s freedom and the media’s role in defeating corruption in Indonesia”</p>	Auditorium Binakarna
	<p><i>Panel 10: Revitalisasi Hukum dan Peradilan Adat sebagai Solusi Penguatan Akses terhadap Keadilan</i></p> <p>Juniarti : “Peran strategis peradilan adat di Aceh dalam memberikan keadilan bagi perempuan dan kaum marjinal”</p> <p>Jomi Suhendri S., S.H. : “Penyelesaian sengketa tanah pusako (Ulayat) melalui kerapatan adat Nagari (KAN) di Nagari Situjuh Gadang, Kabupaten Lima Puluh Kota. (Penerapan Peradilan Adat di Sumatera Barat)”</p> <p>Noor M. Aziz, S.H., M.H., M.M. : <i>Narasumber</i></p>	Arimbi 105
15.00 – 15.30	Rehat	
15.30 – 17.00	Sesi 2 Panel Paralel	
	<p><i>Pancasila dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia</i></p> <p>Dr.jur. Any Andjarwati, S.H., M.jur. : “Sistem hukum</p>	Auditorium Binakarna

	<p>sebagai kunci supremasi hukum Indonesia”</p> <p>Dr. Shidarta, S.H., M.Hum. : “Menilik kepantasan labelisasi pancasila sebagai staatsfundamentalnorm dalam sistem hukum Indonesia“</p> <p>Dr. Hari Purwadi, S.H., M.Hum. : “Konvergensi hukum asing dan nilai-nilai pancasila dalam hukum nasional dan implementasinya”</p>	
	<p><i>Panel 4: Refleksi Mekanisme Check and Balances dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia</i></p> <p>Wahyu Rahadiyan Yana Prasetya : “Refleksi mekanisme check and balance dalam sistem ketatanegaraan Indonesia: Membangun share of responsibility dan menghapus share of power”</p> <p>Dr. Sulardi, S.H., M.Si., : “Penguatan sistem pemerintahan presidensiil dalam rangka mewujudkan check and balances dalam penyusunan undang-undang”</p> <p>Pramudya A. Oktavinanda, S.H., LL.M : “Public choice theory dan aplikasinya dalam sistem legislasi Indonesia”</p> <p>Dr. Titik Triwulan Tutik, S.H., M.H. : “Membangun harmonisasi kedudukan dan fungsi antara DPD dengan DPR dalam rangka pelaksanaan fungsi check and balances pada lembaga perwakilan rakyat dalam system bikameral”</p> <p>Hilaire Tegnan, M.A. : <i>Narasumber</i></p>	Arimbi 103
	<p><i>Legislasi dan Legisprudensi</i></p> <p>M. Ajisatria Suleiman, S.H., LL.M., M.L.E. : “ Fleksibilitas regulasi</p> <p>Pramudya A. Oktavinanda, S.H., LL.M. : “Public choice theory dan aplikasinya dalam sistem legislasi Indonesia”</p> <p>Dian Agung Wicaksono, S.H. : “Peluang judicial preview dalam perbaikan legislasi nasional untuk mewujudkan konsistensi konsepsi negara hukum di Indonesia”</p> <p>Fajri Nursyamsi : <i>Presentasi hasil riset PSHK</i></p>	Kunthi 203
	<p><i>Panel 6: Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Adat/Lokal di Indonesia</i></p> <p>Jati Nugroho, S.H., M.Hum. : “Hak konstitusional rakyat atas sumber daya air: Perlindungan hukum kearifan lokal dalam kelembagaan Himpunan Petani Pemakai Air (HIPPA) di Propinsi Jawa Timur”</p> <p>Saru Arifin, S.H., LL.M. : “Paradigma Legal Policy Terkait dengan Tanggung jawab negara dalam pemenuhan hak-hak konstitusional warga perbatasan”</p> <p>Andik Hardiyanto : <i>Pembahas</i></p>	Arimbi 105
	<p><i>Panel 9: Memastikan Peradilan Berpihak pada Si Miskin dan Termarginalkan</i></p>	Arimbi 104

	<ul style="list-style-type: none"> <li>Dr. Bambang Wijdojanto : “Korupsi sebagai tantangan negara hukum”</li> <li>Dr. B. Herry-Priyono : “Globalisasi sebagai tantangan negara hukum”</li> </ul>	
	<p><i>Panel 10: Revitalisasi Hukum dan Peradilan Adat sebagai Solusi Penguatan Akses terhadap Keadilan</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Jamielka Roosje Satyana Pilongo, S.H., M.H. : “Penyelesaian Sengketa Adat di Kabupaten Poso”</li> <li>Tandiono Bawor Purbaya : “Revitalisasi peradilan adat? ketika negara tidak mengakui peradilan adat: Studi respon negara terhadap penyelenggaraan peradilan adat dalam konflik sumberdaya alam di Kalimantan Barat”</li> <li>Abdurrahman Yunus : <i>Narasumber</i></li> <li>Andreas Lagimpu: <i>Narasumber</i></li> </ul>	Binasetra 206

Rabu, 10 Oktober 2012		
09.00 – 10.30	Sesi 1 Panel Paralel	
	<p><i>Pancasila dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Endra Wijaya, S.H.,M.H. : “Menggugat diskriminasi atas nama agama: Konsepsi keadilan dalam Islam, perlindungan terhadap kaum minoritas, dan negara hukum Pancasila”</li> <li>Moh Firdaus Rumbia S.H.</li> <li>Yamin, S.S.,S.H.,M.Hum.,M.H : “Relasi heuristik filsafat Pancasila dalam tata hukum yang plural”</li> <li>Kamaruddin, S.Sos.,M.Si : “ Pancasila: Solusi problema patologis multidimensi negara bangsa Indonesia”</li> </ul>	Binasetra 207
	<p><i>Panel 2: Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>P. Donny Danardono, SH., MA : “Negara hukum Indonesia dan HAM: Sebuah paradoks”</li> <li>Ahmad Asroni, S. Fil., S. Th.I., M. Hum : “Pendirian rumah ibadah dalam perspektif hukum dan HAM: Kajian atas Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri No. 9/2006 dan No. 8/2006”</li> <li>Siti Rahma Mary dan Melly Setyawati : “MIFEE: Proyek perampasan tanah orang Malind-Anim”</li> <li>B. Herry Priyono, Ph.D. : <i>Penanggap</i></li> </ul>	Arimbi 103
	<p><i>Panel 3: Pendidikan Tinggi Hukum yang Berbasis pada Keadilan Sosial</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Dr. Otong Rosadi, SH, MHum. &amp; Awaludin Marwan, SH, MH, MA : “Pendidikan hukum: Sebuah kontemplasi kritis”</li> <li>Joni Minuyo, SH MH : ”Peran dan metode LBH Pangayoman Fakultas Hukum Universitas Parahyangan</li> </ul>	Binasetra 206

	dalam mengembangkan pendidikan hukum klinis”	
	<p><i>Legislasi dan Legisprudensi</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Asri Wijayanti, S.H., M.H. : “Kedudukan legisprudensi sebagai upaya perlindungan pekerja outsourcing”</li> <li>Rizki Emil Birham, S.H. : “Menakar konsistensi legislasi Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dalam akomodasi partisipasi publik pada Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik”</li> <li>Wahyu Heriyadi, S.H. : “Perkembangan hukum sosial pada era reformasi”</li> <li>Eddy Asnawi, S.H., M.Hum. : “Legislasi dalam pembentukan peraturan daerah”</li> </ul>	Kunthi 203
	<p><i>Panel 6: Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Adat/Lokal di Indonesia</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Nurul Firmansyah, S.H. : “Pengakuan konstitusi terhadap desa dan hak-hak masyarakat hukum adat”</li> <li>Drs. R. Yando Zakaria : “Mendudukan makna amandemen pasal 18 UUD 1945 bagi pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat di Indonesia”</li> <li>Eko Sabar Prihatin, S.H., M.Si. : “Rekonstruksi politik hukum kedudukan masyarakat adat berbasis kearifan lokal”</li> <li>Dr. Bachtiar Abna : <i>Pembahas</i></li> </ul>	Arimbi 105
	<p><i>Panel 9: Memastikan Peradilan Berpihak pada Si Miskin dan Termarjinalkan</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Eka nugraha Putra, S.H., M.H. : “Keadilan restoratif, jalan keluar untuk overkriminalisasi”</li> <li>Dr. Ismail Rumadan, M.H. : “Problematika pelaksanaan kekuasaan kehakiman: Dalam konteks pelaksanaan fungsi check and balances system”</li> <li>Evarisan, SH, MH : “Feminist jurisprudence alternatif hukum yang adil gender”</li> <li>Chamelia Gunawan, S.H., M.H. : “Urgensi independensi pengadilan pajak”</li> </ul>	Arimbi 104
10.30 – 11.00	Rehat	
11.00-13.00	Sesi 2 Panel Paralel	
	<p><i>Pancasila dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Dr. Aidul Fitriaciada Azhari, SH : “Pancasila dan arsitektur negara hukum indonesia”</li> <li>Ria Casmi Arrsa : “Nomokrasi konstitusional pancasila: antitesis terhadap diskursus pemikiran negara hukum dalam konstitusi Indonesia”</li> <li>Diki Elnanda Caniago, SH : “Degradasi nilai-nilai pancasila dalam negara hukum Indonesia pasca amandemen UUD</li> </ul>	Binasetra 207

	1945”	
	<p><i>Panel 4: Refleksi Mekanisme Check and Balances dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fritz Edward Siregar, SH., LL.M : “How Indonesia constitutional court has changed Indonesia’s constitutional balance”</li> <li>• Ziffany Firdinal : “Gagasan terhadap pengawasan ideal hakim konstitusi kedepan”</li> <li>• Veri Junaidi : “Kedudukan bawaslu sebagai bentuk check and balances penyelenggaraan pemilu”</li> <li>• Luthfi Widagdo Eddyono, S.H., M.H. : “Prinsip check and balances dalam penetapan anggota panwaslu oleh bawaslu”</li> </ul>	Arimbi 103
	<p><i>Panel 6: Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Adat/Lokal di Indonesia</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Joeni Arianto Kurniawan, S.H., M.A. : “Pengakuan dan perlindungan eksistensi masyarakat adat dalam kerangka negara hukum Indonesia: Sebuah konsepsi utopis?”</li> <li>• Yance Arizona, S.H., M.H. : “Memerangkap bayang-bayang: Kajian awal penerapan indikator negara hukum dalam memeriksa persoalan masyarakat adat di Indonesia”</li> <li>• Wina Puspitasari : “Perlindungan pengetahuan tradisional sebagai bagian kearifan lokal dari masyarakat hukum adat dalam kerangka negara hukum Indonesia yang berkeadilan sosial”</li> <li>• Rikardo Simarmata : <i>Pembahas</i></li> </ul>	Arimbi 105
	<p><i>Panel 7: Peran Hukum dalam Mewujudkan Keadilan Lingkungan</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Absori : “Penegakan hukum lingkungan dengan pendekatan hukum progresif: Upaya mewujudkan keadilan lingkungan”</li> <li>• Dra. Vinita Susanti, M.Si : “Kasus lapindo : Kejahatan atau bencana lingkungan”</li> <li>• Mumu Muhajir, S.H. : “Menakar tanggung gugat negara dalam pembentukan kebijakan REDD di Indonesia”</li> <li>• Haryani Turnip, S.H. : “Peradilan pro-lingkungan sebagai upaya mewujudkan keadilan lingkungan”</li> </ul>	Kunthi 203
	<p><i>Panel 9: Memastikan Peradilan Berpihak pada Si Miskin dan Termarginalkan</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Arif Maulana, SH. MH : “Pemenuhan hak atas bantuan hukum untuk memastikan peradilan berpihak pada keadilan bagi masyarakat miskin dan termarginal”</li> <li>• Herlina Permata Sari, M.Crim. : “Adakah tempat bagi perempuan korban trafiking dalam sistem peradilan indonesia?”</li> </ul>	Arimbi 104

	<p>Irine Handika, SH. LLM : “Membayar denda demi mencari keadilan: fenomena di pengadilan pajak Indonesia”</p> <p>Arsil dan Asfinawati : <i>Hasil Rapid Assesment</i></p>	
	<p><i>Panel 10: Revitalisasi Hukum dan Peradilan Adat sebagai Solusi Penguatan Akses terhadap Keadilan</i></p> <p>Tody Sasmitha Jiwa Utama, S.H., LL.M. : Mendekatkan kembali peradilan adat: Jalan panjang perubahan kerangka epistemologi hukum nasional”</p> <p>Mohamad Jamin, S.H., M.Hum. : “Rekonstruksi politik hukum pengakuan peradilan adat dalam sistem kekuasaan kehakiman untuk mewujudkan keadilan restoratif”</p> <p>I Ketut Sudantra, S.H., M.H. : “Strategi dalam revitalisasi peradilan adat sebagai sistem peradilan pada kesatuan masyarakat hukum adat”</p> <p>Dr. Ahmad Ubbe, S.H., M.H., APU: <i>Narasumber</i></p>	Binasetra 206
13.00 – 14.00	Makan Siang	
14.00 – 16.00	Diskusi Publik bertema: Politik Hukum dan Akses terhadap Keadilan	Auditorium Binakarna
	<p>Prof. Soetandyo Wignjosoebroto, MPA (Politik Hukum dan Keadilan Sosial)</p> <p>Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H. (Politik Perundang-undangan dalam Memberikan Akses terhadap Keadilan)</p> <p>Dr. Artidjo Alkostar, S.H., LL.M (Praktik Penegakan Hukum dan Akses terhadap Keadilan)</p>	
16.00 – 16.30	Rehat	
16.30 – 17.00	Diskusi Rumusan Hasil Konferensi	Auditorium Binakarna
17.00 – 18.00	Istirahat	
18.00 – 19.00	Makan Malam	Auditorium Binakarna
19.00 – 20.30	Dialog Negara Hukum (disiarkan langsung oleh Metro TV)	Auditorium Binakarna
	<p>Ketua MK, Ketua MA, Ketua DPR, Kapolri, Ketua Komnas HAM</p> <p>Pembawa acara: Fessy Alwi (Metro TV)</p>	
20.30	Penutupan	Auditorium Binakarna





# KUMPULAN ABSTRAK



## Kumpulan Abstrak

### Panel 1

Dr. Aidul Fitriadi Azhari, S.H.: *Fakultas Hukum dan Program Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Surakarta*

#### **Pancasila dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia**

Secara historis konsep negara hukum dalam UUD 1945 diadopsi oleh para pendiri negara Indonesia dari konsep *Rechtsstaat* dalam *Regeringsreglement* 1848 yang pada awalnya dirancang oleh pemerintahan kolonial untuk memfasilitasi sistem ekonomi kolonial yang berwatak liberal-kapitalistik. Konsep *Rechtsstaat* yang bertujuan untuk memperoleh kepastian hukum pada dasarnya paralel dengan sistem ekonomi pasar-bebas yang menghendaki adanya kepastian berusaha. Pada era kolonial, konsep ini memberikan kepastian hukum pada pelaku ekonomi pasar dan industri yang umumnya berasal dari golongan Eropah dan Tiong Hoa, tetapi menimbulkan diskriminasi terhadap kaum pribumi yang dalam struktur industri kolonial umumnya berposisi sebagai buruh. Akibatnya, terbentuk dualisme ekonomi—modern dan tradisional, diskriminasi serta eksploitasi ekologis yang merusak. Para pendiri negara Indonesia menyadari hal tersebut dan merumuskan konsep negara hukum yang tidak berakibat diskriminasi, tetapi pada saat yang sama mendorong integrasi ekonomi nasional ke arah ekonomi industri. Untuk itulah para pendiri negara Indonesia menolak konsep negara hukum liberal dan memberikan peran kepada negara yang lebih kuat untuk melakukan perencanaan dan pengelolaan ekonomi nasional. Konsep ini dipantulkan secara filosofis dalam Pancasila yang bertujuan untuk mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Secara normatif konsep itu tercermin dalam ketentuan Pasal 33 UUD 1945 dengan instrumennya berupa perencanaan ekonomi nasional yang dituangkan secara yuridis melalui garis-garis besar haluan negara (GBHN) yang ditetapkan oleh MPR. Ironisnya, amandemen UUD 1945 tidak menangkap maksud asli para pendiri negara tersebut dan mengubah sistem ketatanegaraan yang justru membuka peluang bagi berlakunya sistem ekonomi pasar-bebas. Konsekuensinya, konsep negara hukum yang berdasarkan Pancasila menjadi tidak efektif karena yang dibutuhkan adalah konsep yang paralel dengan sistem ekonomi pasar-bebas yang secara historis pernah melahirkan diskriminasi dan menimbulkan eksploitasi sumber daya alam yang destruktif.

Dr.jur. Any Andjarwati, S.H., M.jur. : *Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada*

#### **Sistem Hukum sebagai Kunci Supremasi Hukum Indonesia**

Supremasi Hukum ber-asaskan keadilan (*Gerechtigkeit*), asas kelayakan/kemanfaatan/kepatutan (*Gesetzmaessigkeit*) dan asas jaminan kepastian hukum (*Rechtssicherheit*) dalam Negara Hukum dan Negara Kesejahteraan, dan berdasarkan Pancasila, yang dikonstruksikan berdasarkan paradigma carut-marut hukum dan substansinya – distorsi substansi dan distorsi organiasi, menuntut segera para ahli hukum dan pengemban negeri ini memandang hukum sebagai suatu sistem, dengan merekonstruksi, menafsirkan kembali serta menciptakan hukum melalui pembentukan sistem-sistem hukum khusus (baca= hal atau interest tertentu), dalam rangka pemenuhan tuntutan kesejahteraan rakyat - kepentingan-kepentingan rakyat yang plural dalam NKRI dan yang hidup dalam globalisasi, yang sarat nilai-nilai (nilai kekuasaan/politik, ekonomi, ilmu pengetahuan, kepercayaan atau agama, seni, dan nilai hukum – Edward Spranger/ S. Takdir Alisyahbana). Supremasi hukum sebagai konstruksi reformasi birokrasi (administrasi) Negara/public adalah mutlak (das Sollen) - untuk memberi kerangka kegiatan birokrasi executive, legislative maupun yudikatif dan menepis “politik jahat”- , karena para birokrat - organisasi administrasi Negara/ public

membangun dirinya secara organisatoris, fungsional dan secara hukum sebagai kepastian yang tertutup, yang mana satu administrasi publik dalam bidang-bidangnya jelas dipisahkan (Harmut Maurer, 1992). Demikian suatu sistem hukum merupakan suatu kesatuan unsur-unsur, yang satu dengan yang lain bekerjanya saling berkaitan dan ketergantungan dan dipengaruhi oleh lingkungan untuk mencapai tujuan. Berdasarkan sifat sistem hukum yang "hal tertentu", dan mempunyai ciri-ciri otonom, terbuka, mengatur diri sendiri (selfsregulation), dan berkesinambungan, mengindikasikan pembentukannya secara konstruktif (berdasarkan permasalahan yang ada), sistematis, dan logis untuk mencapai tujuan (yang jelas dan berkesinambungan). Sebagai contoh pembentukan sistem hukum pertanian, yang unsur-unsurnya dapat digolongkan kedalam faktor teknis, faktor ekonomi, dan faktor sosial, yang bertujuan untuk jaminan kesejahteraan petani, jaminan pangan penduduk dengan harga yang pantas, dan jaminan lingkungan hidup dan pemeliharaan pemandangan.

Endra Wijaya dan Ziatun Abdulah : *Fakultas Hukum Universitas Pancasila*

**Menggugat Diskriminasi atas Nama Agama: Konsepsi Keadilan dalam Islam, Perlindungan terhadap Kaum Minoritas, dan Negara Hukum Pancasila**

Praktik diskriminasi dengan mengatasnamakan agama tertentu, baik yang diwujudkan melalui tindakan kekerasan (fisik) ataupun nonfisik, sering terjadi di dalam masyarakat Indonesia. Kasus pelarangan ibadah bagi jemaat GKI Yasmin, Bogor, konflik antara penganut Sunni dan Syiah di Sampang, Madura, hingga ke ceramah bernuansa SARA yang diarahkan kepada salah satu calon pasangan pada pemilihan Gubernur DKI merupakan beberapa contoh dari praktik diskriminasi yang mengatasnamakan agama tertentu yang telah terjadi belum lama ini. Ironisnya, peristiwa diskriminasi tersebut justru terjadi di tengah-tengah masyarakat 15 Indonesia yang sebagian besar penduduknya ialah muslim. Apabila kembali mengacu pada hukum Islam yang bersumber pada Al-Qur'an, hadis, dan ijtihad para ulama, maka sebenarnya di dalam ketiga sumber hukum Islam itu dapat dijumpai banyak ajaran mengenai konsepsi keadilan dalam Islam, yang sekaligus memberikan perlindungan kepada kaum minoritas. Pada beberapa point, bahkan konsepsi keadilan dalam Islam yang juga melindungi kaum minoritas itu memiliki titik temu dengan konsepsi negara hukum Pancasila. Islam pada prinsipnya merupakan agama yang memosisikan dirinya sebagai ajaran yang membawa rahmat untuk semesta alam (rahmatan lilalamin) yang menghargai pluralitas dalam berbagai dimensi, sebagaimana terdapat dalam Al-Qur'an Surat Al-Baqarah ayat 256. Pluralitas tersebut dijaga dan dalam keadilan serta keseimbangan selama tidak menimbulkan kezaliman dan bencana bagi kelangsungan hidup. Konsep dalam Islam yang seperti itu tentunya sejalan dengan pemikiran bahwa di dalam negara hukum Pancasila juga tidak boleh ada diskriminasi. Hal yang demikian bahkan telah menjadi tema utama dalam perdebatan mengenai dasar negara pada tahun 1957 di Konstituante. Pada perdebatan itu disampaikan argumen bahwa Pancasila ialah wadah bagi semua golongan (aliran) sehingga tidak akan ada golongan yang dirugikan karenanya, dan Pancasila juga merupakan dasar untuk menggalang persatuan negara. Dengan demikian, dapat dipahami bahwa sebenarnya apabila konsepsi keadilan dalam Islam benar-benar ditegakkan, maka itu berarti juga akan membawa pengaruh yang positif bagi perwujudan negara hukum Pancasila. Pembahasan dalam makalah ini akan terfokus pada perihal konsepsi keadilan dalam Islam, perlindungan terhadap kaum minoritas, dan hubungannya dengan upaya perwujudan Negara Indonesia sebagai negara hukum Pancasila.

Diki Elnanda Caniago, SH : *Magister Hukum Universitas Gadjah Mada*

### **Degradasi Nilai-nilai Pancasila dalam Negara Hukum Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945**

Implementasi dan konsistensi pelaksanaan nilai-nilai Pancasila sebagai dasar negara mengalami pasang-surut bergantung keadaan/ kondisi, baik itu kondisi internal bangsa dan negara maupun kondisi eksternal (berupa globalisasi dan ancaman dari luar negeri lainnya). Pelaksanaan nilai-nilai Pancasila sejak Reformasi 1998 dan dilanjutkan dengan amandemen UUD 1945 mengalami penurunan, diabaikan bahkan dilupakan. Efek negatif dari hal ini dapat kita lihat dimana pelaksanaan kehidupan berbangsa dan bernegara kita sangat jauh dari nilai-nilai Pancasila. Dalam bidang Hukum, Politik serta Ketatanegaraan, Pancasila juga mengalami degradasi yang sangat akut. Ada banyak undang-undang, dan berbagai produk hukum lainnya serta kebijakan dan tindakan politik dari elit-elit bangsa ini yang sengaja atau tidak disengaja telah melanggar nilai-nilai Pancasila. Penyelenggara negara dalam kehidupan berbangsa dan bernegara secara formalitas tetap bersandar pada nilai-nilai Pancasila. Terminologi "formalitas" penulis pilih karena memang bisa kita lihat pada beberapa gejala, seperti adanya pertemuan petinggi-petinggi negara membahas pelaksanaan Pancasila, begitu juga pidato-pidato kenegaraan serta pembicaraan pada seremonial kenegaraan selalu menyebut-nyebut Pancasila dan menjadi semacam lip service, kemudian dicantumkan nilai-nilai Pancasila dalam pertimbangan peraturan atau kebijakan yang akan diambil tetapi tidak tercermin dalam pasal atau norma-norma yang terdapat di dalamnya. Posisi Pancasila dalam Negara Hukum Indonesia sebenarnya sangat vital dan strategis, hal ini impilkasi dari keberadaannya sebagai dasar negara. Namun, mengapa saat ini posisi tersebut setelah reformasi digulirkan dan UUD 1945 diamandemen mengalami degradasi yang sangat parah? Pertanyaan sederhana, misalnya: Mengapa lahir Undang-Undang yang tidak pro rakyat, pro keadilan, dan berbau liberalisme? Kenapa ada putusan-putusan pengadilan yang tidak mencerminkan keadilan sosial? Jawabannya adalah karena telah terjadi degradasi nilai-nilai Pancasila dalam Negara Hukum Indonesia saat ini. Degradasi nilai-nilai Pancasila terjadi dimulai saat penyusunan peraturan perundang-undangan sampai dengan pelaksanaan dan penegakkan hukum. Melalui makalah yang akan disusun, penulis mencoba menjawab pertanyaan: Hal-hal apakah yang menyebabkan terjadinya degradasi nilai-nilai Pancasila setelah adanya amandemen UUD 1945? Dengan mengetahui hal-hal tersebut, diharapkan dapat menjadi masukan bagi kita semua untuk memperbaikinya bersama.

Dr. Hari Purwadi, S.H., M.Hum. : *Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret*

### **Konvergensi Hukum Asing dan Nilai-Nilai Pancasila dalam Hukum Nasional dan Implementasinya**

Pemindahan hukum (transplantasi hukum, legal transplants) dari hukum asing (foreign law) dalam rangka pembangunan atau reformasi hukum di suatu negara menjadi makin banyak dilakukan. Tidak terkecuali Indonesia, telah melakukan transplantasi hukum dari berbagai sistem hukum asing atau negara lain dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, khususnya undang-undang. Transplantasi hukum dari hukum asing dalam perspektif perbandingan hukum dan budaya (comparative law and culture) bukan tanpa akibat. Salah satu akibat yang muncul, yaitu terjadinya ketidaksepadanan antara hukum dan masyarakat (mismatch between law and society), mengingat hukum asing memiliki basis sosial-budaya yang berbeda dengan tempat dipindahkannya, seperti Indonesia, yang basis sosialnya tercermin dalam nilai-nilai Pancasila atau hukum lokal. Di samping itu, penerimaan hukum asing ke dalam hukum Nasional dapat menimbulkan persaingan, yang pada akhirnya memungkinkan dominasi ide, konsep, dan solusi atau struktur, institusi, dan metode hukum

asing terhadap nilai-nilai Pancasila atau norma-norma hukum lokal (local law). Tidak mengherankan apabila terjadi penggerusan nilai-nilai Pancasila atau norma hukum lokal oleh nilai atau norma asing dalam kehidupan keseharian bangsa Indonesia. Untuk itu, studi mengenai hal ini sangat penting dilakukan, terutama untuk menganalisis “Konvergensi hukum asing dan nilai-nilai Pancasila dalam Hukum Nasional serta implementasinya”. Secara teoritis, tulisan ini berhubungan dengan teori-teori transplantasi hukum, khususnya pencampuran sistem hukum (mixing legal system) dan harmonisasi atau konvergensi hukum. Pada akhirnya diharapkan dapat dibangun model pencampuran hukum yang harmonis bagi kehidupan bernegara dan berbangsa Indonesia, sehingga nilai-nilai Pancasila dan norma-norma hukum lokal tidak sepenuhnya tergusur, namun sebaliknya, ide, konsep, dan solusi atau struktur, institusi, dan metodenya mengungguli hukum asing dalam harmonisasi atau konvergensi ketika proses pembentukan undang-undang.

Kamaruddin, S.Sos.,M.Si : *Universitas Malikussaleh Lhokseumawe*

### **Pancasila: Solusi Problema Patologis Multidimensi Negara Bangsa Indonesia**

Tulisan ini bertujuan memperoleh suatu pemahaman yang utuh tentang Pancasila sebagai landasan Hukum Negara Indonesia. Problema patologis multidimensi yang menghimpit Negara Hukum Indonesia hari ini, membutuhkan solusi yang efektif. Satu pandangan memberi solusi perlu mengedepankan pentingnya pengembalian kedudukan dan peran Pancasila. Pandangan lain, melihat Pancasila tidak memiliki arti, nilai dan peran apapun dalam penataan kehidupan bernegara dan berbangsa. Pandangan pesimis terhadap peran Pancasila sebagai salah satu pilar kebangsaan sebagai solusi dalam menjawab problema Negara dan Bangsa saat ini, lebih terasa di daerah-daerah konflik. Akar tunggang keangkuhan itu adalah pemaksaan penafsiran Pancasila menurut pemikiran dan keinginan masing-masing. Mestinya untuk memperoleh tafsiran yang benar dan efektif sebagai landasan Hukum dalam penataan kehidupan kenegaraan dan kebangsaan, mengikuti keinginan Pancasila secara alamiah. Fokus tulisan ini di Provinsi Aceh, sebagai daerah yang pernah dilanda konflik, dimana pada era konflik terasa masih sangat resisten terhadap Pancasila. Namun setelah perdamaian Aceh tercipta, resistensi mulai berkurang. Dimensi apa saja yang mendorong terjadinya perubahan sikap tersebut. Kajian ini menarik dilakukan sebab karakteristik daerah yang pernah konflik jika dibandingkan dengan daerah-daerah lainnya di Indonesia merupakan suatu karakteristik yang khas. Sementara sumber data kajian ini diperoleh dari hasil observasi, wawancara mendalam (indepth interview), Focus Group Discussion (FGD), workshop, diklat, seminar dan tentang 4 (empat) pilar Kebangsaan, yang dilakukan oleh penulis bekerjasama dengan Kesbang polkemendagri, Perguruan Tinggi, Pemda dan LSM di Aceh pada kurun waktu tahun 2011- 2012. Temuan kajian ini memberi manfaat terhadap pemerintah dalam melahirkan kebijakan yang memiliki sensitivitas sosial, ekologi dan sekaligus memberi manfaat dalam memperkaya temuan praktis dan teoritis upaya revitalisasi dan reaktualisasi Pancasila sebagai landasan Hukum Negara Indonesia.

Moh Firdaus Rumbia S.H. : *Badan Kebijakan Fiskal Kementerian Keuangan*

### **Pembangunan Hukum di Bidang Ekonomi adalah Bagian dari Pelaksanaan Nilai-nilai Pancasila dan Pembangunan Kerangka Hukum Nasional**

Keberadaan Pancasila sebagai dasar Negara, mempunyai beberapa dimensi yang seyogyanya mampu menjadi titik tolak pembangunan hukum di Indonesia. Pembangunan hukum secara menyeluruh, meliputi dimensi dimensi yang melingkupi apa yang terkandung dalam ke lima sila secara keseluruhan. Pembangunan hukum di Indonesia, memang bukan merupakan suatu yang mudah. Pergantian kepemimpinan dan pola perwakilan menjadikan terputusnya mata rantai pembangunan hukum tersebut. Belum lagi apabila dikaitkan dengan nilai nilai yang dianut dari waktu ke waktu, yang jelas menunjukkan perbedaan. Salah satu pembangunan di bidang Hukum yang cukup penting adalah penyusunan berbagai peraturan hukum terkait dengan masalah ekonomi. Perjalanan sejarah bangsa ini mencatat, bahwa berbagai krisis ekonomi dapat mengakibatkan krisis di seluruh sendi kehidupan berbangsa dan bernegara. Peristiwa krisis ekonomi ditahun 1997 seyogyanya menjadi pelajaran bagi kita semua. Namun justru kondisi yang ada semakin mengkhawatirkan. Undang Undang Jaring Pengaman Sektor Keuangan belum ada di negeri ini. Apabila krisis tersebut benar benar ada saat ini, maka Pemerintah harus menggunakan Undang Undang LPS atau Undang Undang OJK yang tidak spesifik mengatur masalah krisis. Bahkan kemudian hanya menjadikan suatu MoU antara Kementerian Keuangan, Bank Indonesia dan Lembaga Penjamin Simpanan sebagai landasan untuk menanganinya. Beberapa peraturan perundang undangan di bidang ekonomi tidak benar benar disusun secara sempurna. Beberapa peraturan bahkan saling bertentangan. Tulisan kali ini berusaha membedah kerangka hukum perekonomian nasional, khususnya terkait dengan masalah ekonomi dan keuangan. Perlu mencermati isi antara satu peraturan dengan peraturan lainnya, melihat adanya celah celah hukum, melakukan identifikasi tentang kemungkinan timbulnya masalah serta berusaha menawarkan solusi bagi perkembangan hukum negeri ini. Dan apabila akan di bentuk suatu Arsitektur Hukum di negeri ini, keberadaan Hukum Hukum Ekonomi harus benar benar diperhatikan. Pembangunan berbagai peraturan di bidang ekonomi tidak boleh dikesampingkan, namun harus menjadi bagian penting juga disamping pembangunan berbagai peraturan di bidang lain.

Ria Casmi Arrsa : *Pusat Pengembangan Otonomi Daerah (PP OTODA)*

### **Nomokrasi Konstitusional Pancasila:**

#### **Antitesis terhadap Diskursus Pemikiran Negara Hukum dalam Konstitusi Indonesia**

Sejarah perkembangan negara hukum dalam konstitusi Indonesia mengalami pasang surut di tengah situasi politik kenegaraan, penegakan hukum, kepemimpinan dan tuntutan masyarakat terhadap diwujudkannya demokrasi partisipatif yang menghendaki perbaikan ketatanegaraan di berbagai bidang penyelenggaraan negara yang lebih mensejahterakan rakyat sebagaimana amanat dan tujuan daripada berdirinya negara Indonesia. Harus diakui bahwa sejak di proklamasikannya bangsa Indonesia sampai pada diberlakukannya UUD 1945, Konstitusi RIS, UUDS Tahun 1950, dan UUD NRI Tahun 1945 gagasan negara hukum Indonesia mengalami pergeseran paradigmatik dan dipengaruhi oleh berbagai paham negara hukum yang berkembang secara global baik dari perspektif pertama, *rechtstaat* dengan karakteristik humanisme, individualisme, *welfarestate* dan demokrasi yang menghasilkan gagasan *democratische rechtstaat* kedua, nomokrasi Islam dengan karakteristik transendental, keseimbangan, dan perwujudan negara kesejahteraan (*baldatun thayyibatun warabbul ghafur*). ketiga, *rule of law* dengan karakteristik humanisme, individualisme, dan liberalisme yang perkembangannya melahirkan gagasan *socio welfarestate* maupun keempat, gagasan *socialist legality* dengan karakteristik koloktivism

sosial dan anti kelas. Mengacu pada perkembangan pemikiran tersebut maka harus diakui pula bahwa negara hukum Indonesia yang berlaku pada saat ini sebagaimana termaktub didalam ketentuan Pasal 1 Ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 merupakan suatu bangunan yang secara paradigmatis harus terus menerus dan berkelanjutan dilakukan penataan secara tuntas dan paripurna mengingat bahwa dalam berbagai pandangan ahli hukum Indonesia mengutarakan gagasan negara hukum yang saat ini dianut memiliki karakter imposed from outside artinya suatu pemikiran yang dimpor dari luar dan diadopsi dalam suatu sistem hukum kenegaraan di Indonesia. Dalam hal ini penulis menawarkan kerangka konstruksi paradigmatis untuk melahirkan arsitektur pemikiran Nomokrasi Konstitusional Pancasila sehingga gagasan pemikiran yang dimaksud akan selaras dengan cita pendiri bangsa yang menempatkan Pancasila sebagai philosophische grondslag bangsa Indonesia.

Dr. Shidarta, S.H., M.Hum. : *Epistema Institute*

**Menilik Kepantasan Labelisasi Pancasila  
sebagai *Staatsfundamentalnorm* dalam Sistem Hukum Indonesia**

Pancasila dapat diposisikan dalam banyak tempat di dalam sistem hukum Indonesia. Predikatnya sebagai jiwa bangsa, Leitstern, pandangan hidup bangsa, ideologi negara, cita

hukum, sumber dari segala sumber hukum, bahkan (sebagian mengkategorikannya sebagai) *Staatsfundamentalnorm*, menunjukkan keragaman posisi Pancasila yang justru berpotensi merugikan eksistensi dan peran Pancasila dalam menjaga kepaduan sistem hukum nasional. Untuk itu, perlu ada kejelasan sampai pada batas mana label-label itu dapat dikorelasikan dengan kebutuhan ber hukum di Indonesia. Kerancuan dalam pemberian label ini terbukti telah menimbulkan kebingungan, sehingga memunculkan anggapan bahwa Pancasila telah kehilangan fungsinya untuk memberi ciri keindonesiaan dalam format bernegara hukum Indonesia. Di antara keragaman predikat itu, tampaknya posisinya sebagai "*Staatsfundamentalnorm*" menarik untuk ditelaah. Tulisan inipun akan lebih memfokuskan perhatian pada salah satu label yang paling mengundang polemik itu, mengingat kaedah fundamental negara memiliki posisi strategis. Secara hierarkis ia menduduki tempat tertinggi dalam konstruksi sistem norma hukum. Jika menilik pada teori jenjang, kedudukan "*Staatsfundamentalnorm*" ini sangat vital karena merupakan sumber referensi bagi pembentukan norma di bawahnya. Beberapa pandangan menilai posisi "*Staatsfundamentalnorm*" ini lebih pantas diberikan kepada Pembukaan UUD 1945 atau kepada Proklamasi 17 Agustus 1945 daripada secara spesifik diserahkan kepada Pancasila. Di sisi lain, ada pandangan yang menyatakan bahwa Pancasila adalah ketentuan normatif yang digali dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat Indonesia dan telah diformulasikan sebagai norma hukum. Ia mengejawantah atau seyogianya dapat ditelusuri jejaknya di dalam sistem hukum Indonesia itu, atau tepatnya di dalam konstruksi sistem norma hukum, mulai dari yang tertinggi sampai terendah, bahkan sampai ke tataran praktik hukum sekalipun. Alasan-alasan dari berbagai pandangan inilah yang akan dianalisis dan dikritisi dalam tulisan ini, sehingga pada akhirnya dapat ditarik kesimpulan seberapa pantas Pancasila dijadikan "*Staatsfundamentalnorm*" dalam sistem hukum Indonesia, yang pada gilirannya juga di dalam bangunan negara hukum Indonesia.

Yamin, S.S.,S.H.,M.Hum.,M.H : *Fakultas Hukum Universitas Pancasila*

### **Relasi Heuristik Filsafat Pancasila dalam Tata Hukum yang Plural**

Sejak awal persiapan kemerdekaan Republik Indonesia telah diusulkan oleh Ir. Soekarno pada 1 Juni 1945 bahwa Pancasila menjadi filosofischegrondslag atau Weltanschauung, staatsidee, dan seterusnya dengan segala kualifikasinya, bahkan pada ujungnya Pancasila dijadikan 'bintang pemandu' atau citrahukum. Dengan kata lain, Pancasila menjadi citrahukum, baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Dalam konteks pembentukan dan pelaksanaan hukum tertulis dibutuhkan legislator dan penegak hukum yang komitmen dengan paradigma Pancasila. Demikian pula dalam pembentukan dan pelaksanaan hukum tidak tertulis (seperti konvensi dan adat-istiadat) diperlukan insan yang memahami dan mampu menjelaskan serta menjalankan Pancasila yang keadaannya sangat pluralistik. Di beberapa hukum positif dinyatakan bahwa hukum adat dapat dijadikan asas. Dalam konteks inilah Pancasila menjamin eksistensi hukum adat, baik tertulis yang dikaji para ahli filologi hukum maupun tidak tertulis yang diteliti oleh ahli tradisi lisan.



## Panel 2

Ahmad Asroni, S. Fil., S. Th.I., M. Hum : *Tolerance Institute*

### **Pendirian Rumah Ibadah dalam Perspektif Hukum dan HAM: Kajian atas Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri No. 9/2006 dan No. 8/2006**

Pasca lengsernya rezim Orde Baru, konflik berbasis Suku, Agama, Ras, dan Antargolongan (SARA) merebak di Indonesia. Salah satunya adalah konflik pendirian rumah ibadah. Kendatipun pemerintah telah menerbitkan Peraturan Bersama Menteri Agama No. 9/2006 dan Menteri Dalam Negeri No. 8/2006 (selanjutnya disingkat PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006) yang antara lain mengatur pendirian rumah ibadah, namun nyatanya konflik pendirian rumah ibadah masih marak terjadi. Sebagian kasus konflik pendirian rumah ibadah terkait dengan masalah perijinan. Konflik pendirian rumah ibadah hampir semuanya dilandasi sebuah argumen bahwa keberadaan rumah ibadah dianggap telah meresahkan masyarakat. Selain itu, konflik pendirian rumah ibadah dijustifikasi pula oleh argumen bahwa bangunan/rencana pembangunan tidak sesuai dengan peruntukkan atau menyalahi konsep tata ruang. Dalam realitasnya, keberadaan PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 justru seringkali menjadi pemicu konflik pendirian rumah ibadah. Kehadirannya kontraproduktif bagi kerukunan hidup beragama di Indonesia. Banyak kalangan menilai PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 memiliki banyak kelemahan dan celah diskriminasi. Selain memiliki celah diskriminasi, pemberlakuan regulasi tersebut berimplikasi negatif bagi (pemeluk) agama minoritas dan agama berdenominasi banyak. Kehadiran PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 lebih merepresentasikan kepentingan kelompok agama mayoritas dan sebaliknya mendiskriminasi kelompok agama minoritas. PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 kerap kali dimanfaatkan oleh kelompok-kelompok agama radikal untuk memberangus hak kebebasan mendirikan rumah ibadah. Paper ini akan menelaah secara kritis-analitis aturan pendirian rumah ibadah yang terdapat dalam PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 dalam perspektif hukum dan HAM. Di samping itu, paper ini akan mencoba menawarkan gagasan bagaimana merumuskan regulasi pendirian rumah ibadah yang non-diskriminatif.

Dedy Kristanto : *Pusat Sejarah dan Etika Politik Universitas Sanata Dharma*

### **Tidak ada Hukum(An) bagi Pelanggar(An) HAM di Timor Leste:**

#### **Perspektif Sejarah dan Ingatan**

Persoalan warisan kekerasan dan kejahatan masa lalu selepas runtuhnya rezim otoriter totaliter dan perang saudara selalu menjadi bagian yang sangat kompleks dan rumit dalam transisi kekuasaan. Kompleksitas persoalan seperti itu terjadi di Timor-Leste pasca lepas dari Indonesia. Kekerasan dan kejahatan kemanusiaan pada masa lalu yang dilakukan oleh Indonesia selama 24 tahun di Timor-Leste tidak secara otomatis terselesaikan dengan pergantian rezim dan pemerintahan di Indonesia. Pengungkapan kebenaran dan upaya perwujudan keadilan yang dilakukan di Timor-Leste sepertinya belum ada kemajuan yang berarti. Mengapa? Karena pengungkapan kebenaran dan upaya mencari keadilan bagi para korban kekerasan atau penyintas di Timor-Leste sangat tergantung dari sistem hukum di Indonesia. Padahal sistem hukum di Indonesia tidak bisa dijadikan pegangan epistemologi kebenaran dan ontologi-rasa keadilan. Buktinya sampai sekarang masih terjadi impunitas dan pembiaran bagi para pelaku pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan berat di Timor-Leste. Jika dalam wilayah hukum, perjuangan untuk mengungkapkan kebenaran dan keadilan atas peristiwa kekerasan dan kejahatan pada masa lalu menemukan jalan buntu, maka wilayah lain harus bisa menjadi penjaga agar perjuangan itu tidak berhenti dan kehabisan energi. Saya berpendapat bahwa penyusunan narasi sejarah atau historiografi para korban kekerasan masa lalu merupakan salah satu cara untuk menjaga energi tersebut tetap hidup. Tentu saja narasi sejarah atau historiografi tidak bisa menggantikan kebenaran

dan keadilan dalam konteks logika hukum. Narasi hanya bisa mempertahankan “konteks dan teks”. Kebenaran dan keadilan yang sulit ditemukan lewat logika hukum, masih bisa diwacanakan secara utuh, lengkap dan jujur dalam narasi sejarah atau historiografi. Karenanya, logika hukum harus terpaut erat dengan narasi sejarah atau historiografi yang memuat aspek terdalam dari trauma, beban sosial dan penderitaan yang masih ditanggung oleh para korban kekerasan dan kejahatan politik pada masa lalu. Dalam makalah ini, saya ingin mengupas pertautan antara logika hukum dan narasi sejarah atau historiografi tersebut lewat pendekatan psikoanalisa, dekonstruksi dan semiotika.

P. Donny Danardono, S.H., M.A. : *Universitas Katolik Soegijapranata*

### **Negara Hukum Indonesia dan HAM: Sebuah Paradoks**

Mengapa seseorang tak boleh disakiti, didiskriminasikan, atau dibunuh? Mengapa manusia wajib untuk saling hormat? Mungkin banyak yang akan menjawab: karena setiap orang punya hak-hak dasar (asasi) sebagai manusia, seperti yang ditetapkan dalam Deklarasi Universal Hak-Hak Asasi Manusia (DUHAM) dan berbagai instrumen HAM lainnya. Jawaban ini normatif legalistik dan karenanya menyedarhanakan. Sebab mungkinkah manusia memastikan siapa dirinya atau mendefinisikan dirinya seperti yang tertulis dalam DUHAM itu? Bukankah itu adalah berbicara tentang diri sendiri kepada diri sendiri: sebuah solipsisme? Itu sebabnya perdebatan tentang siapa manusia dan apa humanisme belum berakhir. Itu juga sebabnya perdebatan tentang relativitas dan universalitas HAM belum tuntas. Dalam tulisan ini saya mau menunjukkan, bahwa berbagai konsep filosofis tentang humanisme dan DUHAM tak pernah berhasil menjadi dasar relasi etis antar manusia. Secara etis, saat berelasi, setiap orang, walau telah mengetahui sebuah versi humanisme tertentu dan DUHAM, mendasarkan relasinya pada pengalaman tentang ‘yang-tak-mungkin’ (the impossible); sebuah pengalaman tentang sesuatu yang tak bisa dirumuskan secara pas dalam bahasa, sesuatu yang tak terkatakan, yang gelap, dan karenanya mengancam eksistensi mereka. ‘Yang-tak-mungkin’ (the impossible) ini juga yang sebenarnya mendasari perumusan DUHAM maupun berbagai konsep tentang humanisme. Tapi ‘ketakmungkinan’ itulah yang membuat perumusan dan berbagai strategi mewujudkan DUHAM dan humanisme senantiasa tidak bisa pas, reduksionistis, menimbulkan korban, dan kontroversial. Untuk itu saya akan mengungkap paradoks negara hukum Indonesia, sebuah negara, yang seperti negara-negara lain, kemunculannya mendahului konstitusi dan baru setelahnya mengesahkan konstitusi. Karena itu setiap hukum yang dibuat oleh negara, termasuk UU HAM, akan sekaligus sah dan tidak sah.

Siti Rahma Mary dan Melly Setyawati: *Perkumpulan HuMa*

### **MIFEE: Proyek Perampasan Tanah Orang Malindanim**

Preambul Konstitusi 1945 Amandemen IV menyebutkan bahwa salah satu tujuan utama negara adalah menyejahterakan warga negaranya. Negara bertanggungjawab melindungi hak asasi manusia dan menjamin akses warga negara terutama di bidang ekonomi, sosial-budaya (Ekosob). Namun sebuah paradoks terjadi di Merauke, Papua. Saat perusahaan-perusahaan besar di bidang perkebunan dan hutan industri merampas tanah-tanah adat yang merupakan sumber kehidupan masyarakat adat, negara tidak melindungi hak masyarakat hukum adat atas tanah adat, tapi justru memfasilitasi perampasan itu dengan dalih ketahanan pangan. Proses perampasan ini dilegitimasi melalui program ekonomi luar biasa dalam disain Masterplan Percepatan Perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia (MP3EI) yang dicanangkan Presiden SBY pada tahun 2010. Pemerintahan SBY berencana menjadikan Merauke sebagai lumbung pangan nasional

melalui proyek Merauke Integrated Energy Food and Estate (MIFEE). Di tengah tiadanya perlindungan negara itu, terjadi negosiasi yang tak seimbang. Perusahaan-perusahaan itu mendatangi dan membujuk masyarakat untuk melepaskan tanahnya. Paper ini membahas strategi negara dan perusahaan-perusahaan besar, di bidang perkebunan dan hutan industri, yang menindas suku Malind-Anim dan mengingkari konstitusi dalam pelaksanaan proyek MIFEE di Merauke, sebagai pola baru perampasan tanah yang disebut "green grabbing".

### Panel 3

Bayu Dwiwiddy Jatmiko, SH., M.Hum : *Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Malang*

#### **Konsep Pendidikan Tinggi Hukum yang Berkarakter melalui Terwujudnya Sarjana Hukum yang Profesional, Humanis dan Religius**

Banyaknya kasus yang terekspos di media massa telah membuktikan Lemahnya piranti hukum yakni kehakiman, kejaksaan, kepolisian, dan para praktisi hukum lainnya, yang belum mampu menjalankan tugas-tugasnya sebagaimana mesti. Bahkan ketua KPK sebelumnya tersangkut dengan permasalahan hukum. Atau adanya beberapa legislator yang justru terlibat dalam pelanggaran hukum. Atau berita bahwa 50 persen PNS telah melakukan tindakan korupsi. Kabar tersebut terkait dengan temuan Pusat Pelaporan dan Analisis Transaksi Keuangan (PPATK) yang dilaporkan oleh wakil ketua PPATK Agus Santoso. Tentunya ada kesalahan-kesalahan yang menyebabkan hal ini terjadi. Sebagaimana teori sebab akibat ataupun terdapat dalam peribahasa ada asap ada api. Salah satu kesalahan yang menyebabkan perilaku korupsi di Indonesia saat ini 'menggurita' adalah sistem pendidikan yang ada di negara ini. Betapa banyak orang-orang yang berorientasi profit ketika menempuh pendidikan yang lebih tinggi. Karenanya mendesak diperlukan suatu konsep pendidikan tinggi hukum yang lebih berkarakter. Sebenarnya Seiring dengan Perubahan dan Perbaikan kurikulum pendidikan tinggi dengan merujuk pada Keputusan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Nomor : 017/D.O/1993 jo. SK. Mendikbud No. 036/U/1993, dan SK Mendikbud No. 0325/U/1994 tentang kurikulum yang berlaku secara Nasional program sarjana Ilmu Hukum menyatakan bahwa dalam jenjang pendidikan Sarjana Ilmu Hukum (S1) tidak ada jurusan atau dihapusnya jurusan. Telah membuka kesempatan bagi Pendidikan tinggi hukum untuk menerapkan kurikulum yang responsive bahkan bisa progresip demi menjawab keprihatinan akan mutu lulusan pendidikan Tinggi hukum. Sehingga bertitik tolak dari visi, KURTI dan KURNAL serta konsentrasi/ bagian/ program studi dengan masing-masing MK Wajib dan pilihannya serta pengkajian secara menyeluruh terhadap kelemahan substansif dalam kurikulum dan metode pembelajarannan di Pendidikan Tinggi Hukum, maka solusi yang tepat adalah kurikulum yang berkarakter adalah yang mampu mewujudkan sarjana hukum yang profesional, humanis dan religius.

Prof. Dr. Khudzaifah Dimiyati, SH.,M.Hum : *Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Surakarta*

#### **Pendidikan Tinggi Hukum: Sebuah Pemikiran ke Arah Perubahan Paradigma**

Paradigma pendidikan hukum di Indonesia, tampaknya masih didominasi oleh penggambaran mengenai kebenaran profesional daripada kebenaran ilmiah. Keadaan seperti itu tampaknya dipengaruhi oleh mapannya program pendidikan hukum untuk melayani kebutuhan profesi, yang diselenggarakan Fakultas-fakultas Hukum. Selama ini out put dari Fakultas Hukum, hanya akan menghasilkan para yuris profesional yang berpandangan normatif, tidak mampu melihat kebenaran yang sesungguhnya, sehingga cenderung melihat hukum sebagai "rule and logic", sebagai implikasinya gambar yang lengkap mengenai hukum menjadi cacat. Oleh karena itu, perlu ada "paradigm shift", mengenai pendidikan hukum di Indonesia, yang cenderung positivistik, menuju pendidikan hukum dengan pemahaman holistik dengan dibantu ilmu lain, sehingga produknya tidak melihat hukum dengan model "kaca mata kuda". Penggunaan optic preskriptif yang dominan dalam dunia pendidikan hukum di Indonesia, berimplikasi pada minimnya dorongan kepada para mahasiswa untuk mengapresiasi hukum secara kritis dan juga kreatif. Oleh karena dunia pendidikan yang berorientasi pada optik preskriptif itulah maka out put yang dihasilkan pada akhirnya membentuk alam pikiran mereka, terutama adalah: (1) Peraturan apakah yang harus dipakai dalam suatu kasus tertentu ? (2) Bagaimana teknik

penerapannya? Keadaan demikian mengandung risiko terjadinya semacam penyempitan dalam kemampuan intelektual mereka yang bertentangan dengan usaha ke arah pembinaan seorang ilmuwan sesungguhnya. Dalam realitasnya fakultas-fakultas hukum di Indonesia kurang mencoba untuk secara sistematis menjelaskan fenomena hukum itu, melainkan mengajarkan tentang bagaimana hukum itu dijalankan.

Nandang Sutrisno, S.H., LL.M., M.Hum., PhD : *Universitas Islam Indonesia*

### **Pendidikan Hukum Klinis: Konsep, Peluang dan Tantangan**

Pendidikan hukum merupakan salah satu upaya yang tidak boleh dikesampingkan dalam membangun negara hukum Indonesia. Secara sistemik, pendidikan hukum memegang peranan yang sangat penting baik dalam pembentukan norma-norma hukum, struktur hukum, maupun budaya hukum. Meskipun demikian, kehidupan bernegara hukum di tanah air masih jauh dari harapan, terutama jika dilihat dari implementasi dan penegakan hukum yang mampu menciptakan keadilan bagi seluruh rakyat terutama kelompok miskin, perempuan, masyarakat adat dan kelompok minoritas. Dalam konteks ini, pendidikan hukum yang selama ini diterapkan di tanah air turut bertanggung jawab dan perlu dikaji ulang, terutama pendidikan hukum yang semata-mata bersifat positivistik yang memandang keadilan semata-mata dari rumusan norma-norma hukum tertulis, dan kurang memperdulikan aspek-aspek keadilan. Pendidikan Hukum Klinis (PHK), yang saat ini sedang mengglobal perlu dipertimbangkan untuk merubah sistem pendidikan hukum yang berlaku saat ini. Dalam pengertian yang lebih luas, Pendidikan Hukum Klinis (PHK) merujuk kepada metode pengajaran hukum yang menekankan pada pengetahuan praktis dan pengembangan keterampilan hukum mahasiswa. Dalam pengertian yang lebih spesifik PHK didefinisikan sebagai *“an educational program grounded in an interactive and reflective teaching methodology with the main aim of providing law students with practical knowledge, skills, and values for the delivery of legal services and social justice.”* Melalui PHK, mahasiswa hukum dapat mempelajari hukum bukan semata-mata dari buku, tetapi juga dari bekerjanya hukum dalam masyarakat, sebab metode ini memberikan kesempatan kepada mahasiswa hukum untuk terlibat langsung dalam penanganan masalah-masalah yang sesungguhnya atau dari kasus-kasus nyata. Oleh karena itu, PHK juga disebut sebagai *“experiential learning”* atau *“learning by doing.”* Makalah ini akan membahas mengenai bagaimana PHK akan berkontribusi terhadap pengembangan negara hukum yang berkeadilan, dengan mengkaji PHK tersebut secara konseptual, bagaimana peluang pengembangannya di tanah air, dan tantangan-tantangan apa saja yang dihadapi dalam pengembangan PHK tersebut.

Dr. Otong Rosadi, SH, MHum. & Awaludin Marwan, SH, MH, MA : *Fakultas Hukum Universitas Ekasakti*

### **Pendidikan Hukum: Sebuah Kontemplasi Kritis**

Pendidikan hukum Indonesia kian bertambah baik kualitasnya. Lulusan sarjana hukum sekarang semakin banyak. Kualitasnya juga semakin meningkat. Namun serapan lapangan kerja rupa-rupanya tak sebanyak hasil yang diproduksi dari jebolan fakultas hukum. Hal ini dikarenakan banyak faktor. Pertama, kurangnya kemampuan dan pengalaman sarjana yang pada saat mahasiswa hanya orientasi studi dengan standar IPK saja. Kedua, kondisi perekonomian yang lesu di sektor swasta menyebabkan staf bidang hukum tidak dijadikan prioritas ketimbang tenaga akuntansi, manajemen, dan bidang-bidang umum yang vital lainnya. Namun yang paling terpenting adalah lahirnya sarjana hukum bermental baja dengan semangat kuat memiliki idealisme sehingga tidak terjerembab dalam mekanisme kapitalisme. Artinya, dulu banyak sarjana hukum yang hidupnya tak karuan di zaman

kemerdekaan, lihat saja Muhammad Yamin, Soepomo, dan pendiri bangsa yang lain. Semangat sarjana hukum tidak hanya sekrup kapitalisme yang mendukung berjalannya institusi negara hukum, yang barangkali tak lepas dari persekongkolan permufakatan jahat. Namun hendaknya sarjana hukum bisa mewakafkan dirinya duduk di kursi-kursi lembab Lembaga Bantuan Hukum (LBH) dengan bayaran seadanya. Namun tekad untuk berjuang melindungi hak sosial, sipil, politik, dan konstitusional warga begitu kokoh terpatri di dalam dadanya. Semangat sarjana hukum, hendaknya dirubah yang semula mental teknokrasi dan korporasi menjadi mental pengabdian dan perjuangan. Dari sinilah keadilan sosial dimulai dari rekonstruksi agen sosial yang bermartabat tangguh. Pola-pola keadilan sosial yang dibayangkan oleh Amartya Sen dan John Rawls hendaknya juga diikuti dengan rekonstruksi Subjek Zizekian. Program-program paralegal yang dilaksanakan oleh lembaga bantuan hukum kampus hendaknya lebih diprioritaskan membela hak-hak kaum miskin kota. Jatung pendidikan hukum yakni kurikulum juga perlu ditambahkan mata kuliah pendampingan hukum berkeadilan sosial.

## Panel 4

Fritz Edward Siregar, SH., LL.M : *University of New South Wales*

### **How Indonesia Constitutional Court has Changed Indonesia's Constitutional Balance**

The Court is central of check and balances system. However, there are two separate systems of check and balances. The first is formal check and balance system and second, real-world check and balances system. In exercising authority, Indonesia Constitutional Court may reference to the Article 24C of 1945 Constitution to justify their role. Nevertheless, in the real-world check and balances system, the Court must find certain equilibrium balance between other two institutions, which are Executive and Legislative. If the Court able gained their political power, the Court becomes more powerful than the technical words as stated in the 1945 Constitution. This paper is about comparative learning from other Constitutional Court's experience with the objective to make Indonesia understand this situation better. This comparative experience on one hand, point the fact that each constitutional court has judicial review power and has the right to declare a law is unconstitutional. However, on the other hand, comparative studies tell us that each constitutional court needs to build support to play their role. History tells us an absolute lesson that no constitutional court is survived if it overreaching itself. Hungarian and Russia Constitutional Court are classic examples how executive and legislative abandon their constitutional court. From comparative experience towards other Constitutional Courts, the Court able to exercise of their authority but in the hand, the Court also needs to understand the political limits of their role.

Luthfi Widagdo Eddyono : *Mahkamah Konstitusi*

### **Prinsip *Check and Balances* dalam Penetapan Anggota Panwaslu oleh Bawaslu**

Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 11/PUU-VIII/2010 menyatakan, ketentuan mengenai rekrutmen anggota pengawas pemilihan umum yang harus diusulkan oleh Komisi Pemilihan Umum Provinsi untuk pengawas pemilihan umum Provinsi serta Komisi Pemilihan Umum Kabupaten/Kota untuk pengawas pemilihan umum Kabupaten/Kota bertentangan dengan Pasal 22E ayat (1) dan ayat (5), serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Oleh karena itu, untuk menjamin kepastian hukum yang adil dan menghindari terganggunya penyelenggaraan Pemilu, maka pencalonan dan pengangkatan anggota pengawas pemilihan umum cukup dilakukan oleh satu lembaga saja, yaitu Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) atau pengawas pemilihan umum. Putusan demikian mengandung dua makna hukum. Pertama, pandangan bahwa prinsip checks and balances tidak hanya dihubungkan dengan pemisahan (*separation of power*) cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif, melainkan hubungan antara "pengawas dan yang diawasi" yang didasari rasionalitas proporsional hubungan antarlembaga negara. Kedua, perkara Nomor 11/PUU-VIII/2010 sebenarnya mengandung unsur sengketa antara dua lembaga negara, yaitu KPU dan Bawaslu karena tidak hanya terkait dengan interpretasi atas norma, melainkan atas nasib 192 Panitia Pengawas Pemilu yang tidak diakui oleh KPU. Permasalahan demikian ternyata dapat diselesaikan dalam forum pengujian undang-undang terhadap UUD 1945.

Dr. Sulardi, S.H., M.Si., : *Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Malang*

**Penguatan Sistem Pemerintahan Presidensiil dalam Rangka Mewujudkan *Check And Balances* dalam Penyusunan Undang-Undang**

Ajaran pemisahan kekuasaan yang dikenal dengan Trispolitika yang digagas oleh Montesquieu itu tujuannya untuk mencegah terkonsentrasinya kekuasaan secara absolut pada satu tangan agar tidak terjadi kesewenang-wenangan. Ajaran ini kemudian diiringi dengan adanya teori *checks and balances* di antara tiga cabang kekuasaan; eksekutif, legislatif dan yudikatif. Doktrin pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* secara prinsip dapat diterapkan dalam sistem pemerintahan presidensiil sebagai anak kandung dan semata wayang dari doktrin pemisahan kekuasaan itu, sebab di luar sistem pemerintahan presidensiil, kekuasaan dalam lembaga kekuasaan cenderung menganut model pembagian kekuasaan. UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengklaim melaksanakan sistem pemerintahan presidensiil. Konsekuensi atas pilihan sistem pemerintahan presidensiil ini, penerapan pemisahan kekuasaan yang di dalamnya mengandung semangat *checks and balances* merupakan suatu keniscayaan. UUD Negara RI tahun 1945 secara eksplisit telah melakukan pemisahan kekuasaan pada masing-masing lembaga eksekutif, legislatif dan yudikatif. Akan tetapi seiring dengan adanya Dewan Perwakilan Daerah, di samping Dewan Perwakilan Rakyat memunculkan masalah terkait dengan kewenangan legislasi Dewan Perwakilan Daerah dan mekanisme kekuasaan penyusunan undang-undang. Dewan Perwakilan Daerah, sebagai lembaga perwakilan rakyat ternyata tidak sepenuhnya mempunyai kekuasaan legislasi dibandingkan dengan kewenangan yang ada pada Dewan Perwakilan Rakyat. Akan tetapi Presiden selaku lembaga eksekutif justru mempunyai kekuasaan yang besar dalam penyusunan undang-undang. Penguatan sistem pemerintahan presidensiil dengan menata ulang kewenangan Dewan Perwakilan Daerah, Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden serta merombak mekanisme penyusunan undang-undang merupakan gagasan alternatif dalam rangka mewujudkan *checks and balances* dalam penyusunan undang-undang.

Dr. Titik Triwulan Tutik, S.H., M.H. : *Fakultas Syari'ah IAIN Universitas Sunan Ampel*

**Membangun Harmonisasi Kedudukan dan Fungsi antara DPD dengan DPR dalam Rangka Pelaksanaan Fungsi *Check and Balances* pada Lembaga Perwakilan Rakyat dalam Sistem Bikameral**

DPD dalam kedudukan selaku lembaga Negara dalam sistem bikameral diformulasikan sebagai lembaga perwakilan rakyat yang secara kelembagaan memiliki kedudukan yang sama dengan DPR. Bahkan dari segi karakter keterwakilan berdasarkan daerah-daerah, DPD memiliki karakter keterwakilan yang lebih luas dari DPR, karena dimensi keterwakilannya berdasarkan seluruh rakyat yang terdapat pada daerah-daerah. Permasalahannya, dalam konteks ketatanegaraan Indonesia, tidak ada sinkronisasi dan harmonisasi kedudukan dan fungsi antara DPD dan DPR. Keadaan ini melemahkan fungsi DPD selaku lembaga Negara: Pertama, di bidang fungsi legislasi DPD tidak memiliki *zelfstandigheid*, karena DPD hanya sebatas sebagai lembaga yang mengajukan rancangan undang-undang. Kedua, di bidang fungsi pengawasan hasil pengawasan DPD tidak dilanjutkan oleh DPD sendiri, tetapi disampaikan kepada DPR, sehingga DPR lah yang menentukan apakah hasil pengawasan DPD tersebut ditindaklanjuti atau tidak. Dengan demikian fungsi ini menjadi tawar ketika tidak ditindaklanjuti oleh DPR. Berdasarkan kenyataan demikian, untuk menjalankan fungsi-fungsi yang dimilikinya sebagaimana halnya DPR, DPD seharusnya juga dilengkapi dengan hak-hak baik untuk lembaga ataupun anggota-anggotanya agar dapat secara maksimal menjalankan fungsinya tersebut. Dengan kata lain perlu ada harmonisasi kedudukan dan fungsi DPD dan DPR selaku lembaga perwakilan rakyat dalam fungsi setara



dan seimbang dengan mengamandemen Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 22D UUD NRI 1945 berkairan dengan penegasakan sistem perwakilan di Indonesia.

Veri Junaidi : *Perkumpulan untuk Pemilu dan Demokrasi*

### **Kedudukan Bawaslu sebagai Bentuk *Checks And Balances* Penyelenggaraan Pemilu**

Pasal 22E Ayat (5) UUD 1945 menyebutkan bahwa Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Ketentuan itu merupakan dasar pembentukan Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu). Meskipun tidak secara eksplisit menyebutkan kelembagaan Bawaslu, perkembangan dan penafsiran terhadap Pasal 22E Ayat (5) UUD 1945 secara tegas juga ditujukan terhadap kelembagaan Bawaslu. Bawaslu dinilai sebagai salah satu penyelenggara pemilu sebagaimana disebutkan dalam Pasal 22E Ayat (5) UUD 1945 sebagai komisi pemilihan umum. Bawaslu merupakan salah satu penyelenggara pemilu yang menjalankan fungsi pengawasan dan fungsi lain yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Dengan kata lain, bentuk kelembagaan Bawaslu merupakan suatu kebijakan lanjutan dari pembuat undang-undang. Perkembangan kedudukan Bawaslu jauh sangat pesat dibanding sejarah awal pembentukannya. Kehadiran Bawaslu awalnya lahir atas tuntutan Partai Persatuan Pembangunan (PPP) dan Partai Demokrasi Indonesia (PDI) setelah pelaksanaan Pemilu 1977. Pemilu diwarnai berbagai bentuk pelanggaran dan kecurangan. Pelanggaran tersebut terakumulasi sejak Pemilu 1971 dimana manipulasi penghitungan suara oleh para petugas pemilu marak terjadi. Pembentukan lembaga pengawas ini didasarkan pada Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1980 (UU NO. 2 Tahun 1980) dengan nama panitia pengawas pelaksanaan pemilihan umum (Panwaslak Pemilu). Kedudukan Panwaslak Pemilu tersebut adalah subordinat dari Panitia Pemilihan (kini bernama KPU). Desain kelembagaan itu tegas disebutkan dalam Pasal 4b UU No. 2/1980 yang berbunyi sebagai berikut: Pada Panitia Pemilihan Indonesia, Panitia Pemilihan Daerah Tingkat I, Panitia Pemilihan Daerah Tingkat II dan Panitia Pemungutan Suara dibentuk Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum, yaitu Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum Pusat, Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum Daerah Tingkat I, Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum Daerah Tingkat II dan Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum Kecamatan. Klausul “Pada Panitia Pemilihan Indonesia....” tegas menunjukkan bahwa Panwaslak Pemilu merupakan subordinat dari Panitia Pemilihan. Panwaslak dibentuk sebagai bagian dalam kelembagaan Panitia Pemilihan Indonesia (PPI). Desain Panwaslak tidak konsisten dengan latar belakang kelahirannya. Panwaslak yang dibentuk sebagai respon atas manipulasi petugas pemilu justru berada dibawah kelembagaan PPI dan jajarannya. Panwaslak yang tugasnya mengawasi pelaksanaan pemilu justru bertanggungjawab kepada ketua PPI sesuai tingkatannya. Terlihat bahwa pembentukan Panwaslak sekedar untuk meredam suasana politik atas tuntutan PPP dan PDI.

Wahyu Rahadiyan Yana Prasetya : *Faculty of Law Pesident University*

### **Refleksi Mekanisme *Check and Balance* dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia: Membangun *Share Of Responsibility* Dan Menghapus *Share Of Power***

Berdasarkan kamus hukum Black's Law Dictionary, checks and balances diartikan sebagai “arrangement of governmental powers whereby powers of one governmental branch check or balance those of other branches.” Dari penjabaran tersebut, dapat dipahami bahwa checks and balances merupakan sebuah sistem saling mengawasi dan mengimbangi antara badan kekuasaan satu dengan yang lain. Sistem ini pada dasarnya merupakan sebuah pengembangan atas kecenderungan terhadap pemisahan kekuasaan dalam rangka

mencegah dominasi kekuasaan. Dalam konstitusi UUD 1945 sebelum amandemen, tidak dijelaskan bahwa Indonesia mengaplikasikan sistem checks and balances kedalam sistem pemerintahan, melainkan lebih menekankan ajaran pembagian kekuasaan vertikal. Namun kemudian, setelah dilakukannya amandemen terhadap UUD 1945, sistem pemerintahan mulai memiliki kecenderungan atas pandangan bahwa seluruh lembaga tinggi negara memiliki derajat yang sama. Pernyataan tegas dalam Pasal 4 Ayat (1), Pasal 20 Ayat (1), dan Pasal 24 Ayat (1) UUD 1945 menunjukkan bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia menganut pemisahan kekuasaan yang bersifat horizontal dan mengatur mekanisme checks and balances. Sistem checks and balances dilembagakan untuk mencegah potensi atas penyalahgunaan oleh jabatan dalam menjalankan kekuasaan negara. Idealnya, dalam sistem checks and balances, lembaga-lembaga negara diakui sederajat, tidak ada yang bersifat superior atau mengalahkan lembaga lain. Dalam realitasnya, ego-sektoral masing-masing lembaga tinggi negara menjadi hambatan utama dalam implementasi sistem checks and balances di Indonesia. Salah satu jalan keluar paling efektif adalah adanya share of responsibility bukan share of power. Adanya kesamaan pandangan bahwa checks and balances memiliki tujuan bersama untuk penyelenggaraan pemerintahan yang accountable, transparan, dan berdaya guna efektif. Komunikasi dan koordinasi menjadi hal yang mutlak di lakukan.

Ziffany Firdinal : *Fakultas Hukum Universitas Andalas*

### **Gagasan terhadap Pengawasan Ideal Hakim Konstitusi Kedepan**

Menjadi penting untuk mengawasi Hakim Konstitusi, karena peran dan fungsi Mahkamah Konstitusi sangatlah penting dalam bernegara, khususnya menegakkan konsep negara hukum di Indonesia. Fungsi lembaga ini sebagai penafsir tunggal konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*) sangat dekat dengan tujuan negara yang menginginkan keadilan sosial bagi rakyatnya. Karena secara falsafi, sila kelima Pancasila serta pembukaan konstitusi negara ini, menjamin keadilan sosial, hal ini tentu saja tertuang sebagai asas dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Menggunakan teori pemisahan kekuasaan (*separations of powers*) dan checks and balances, serta kedudukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia sebagai tinjauan pustakanya. Bentuk pengawasan hakim konstitusi secara umum dapat diperiodisasikan kedalam dua masa, yakni periode sebelum dan setelah keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial. Beranjak dari pembahasan kondisi kekinian dalam pengawasan hakim konstitusi tersebut, dibentuk konsep ideal pengawasan hakim konstitusi kedepan, yakni pengklasifikasian kembali konsep pengawasan tersebut ke dalam 2 (dua) bentuk, yakni pengawasan preventif (bersifat pencegahan) dan represif (bersifat penindakan) dengan keharusan Komisi Yudisial “ikut campur”. Tidak dapat dimungkiri, karena sebelumnya telah ada putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa Komisi Yudisial tidak berwenang mengawasi lembaganya, maka menjadi tantangan dalam pengaplikasikannya, secara teoritis, hal ini dapat dilakukan melalui perubahan Undang-Undang Dasar dan peraturan-perundang-undangan yang terkait. Ketika membicarakan perubahan konstitusi, maka secara konsep bisa dilaksanakan, tetapi, dalam praktik amatlah sukar dilakukan. Oleh karena itu, usulan perubahan tersebut dilakukan secara informal, yakni melalui konvensi ketatanegaraan dan penafsiran hakim (Mahkamah Konstitusi). Dengan cara Mahkamah Konstitusi “merelakan” diri untuk diawasi oleh Komisi Yudisial, serta terhadap Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 diabaikan, hal ini disandingkan dengan konsep konstitusi yang hidup (*living constitution*), dimana konstitusi haruslah mampu menjawab kebutuhan zaman, dalam hal ini mampu memberikan konsep ideal terhadap pengawasan hakim konstitusi yang telah menjadi kebutuhan.

## Panel 5

Aan Eko Widiarto, S.H., M.Hum. : *Fakultas Hukum Universitas Brawijaya*

### **Mengukur Kualitas Legislasi dalam Perspektif *Legisprudence***

Berdasarkan Pasal 1 Ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 ditentukan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Sebelum amandemen UUD 1945, Negara Hukum tercantum dalam bagian Penjelasan sebagai salah satu pilar dalam Sistem Pemerintahan Negara yang berbunyi: "Indonesia, ialah Negara yang berdasar atas Hukum (Rechtsstaat) Negara Indonesia berdasar atas Hukum (Rechtsstaat), tidak berdasar atas kekuasaan belaka (Machtsstaat)". Paham negara hukum ada berdasarkan keyakinan bahwa kekuasaan negara harus dijalankan atas dasar hukum yang baik dan adil. Ada dua unsur dalam negara hukum, pertama, hubungan antara yang memerintah dengan yang diperintah tidak berdasarkan kekuasaan, melainkan berdasarkan suatu norma objektif yang juga mengikat pihak yang memerintah. Kedua, norma objektif atau disebut hukum tidak hanya memenuhi syarat formal namun secara substantif harus adil dan responsif. Alasan mendasar negara dijalankan berdasarkan hukum adalah kepastian hukum, tuntutan perlakuan yang sama, legitimasi demokratis, dan tuntutan akal budi. Salah satu konsekuensi negara hukum adalah pembangunan hukum positif melalui pembentukan undang-undang. Pembangunan hukum merupakan suatu tindakan politik, bukan hukum. Sebagai satu tindakan politik, maka pembangunan hukum sedikit banyaknya akan bergantung pada kesungguhan aktor-aktor politik. Merekalah yang memegang kendali dalam menentukan arahnya, begitu juga corak dan materinya. Dari para politisilah lahir berbagai macam undang-undang. Secara formal kelembagaan, DPR berada di jantung utama pembentukan hukum. Dari mereka inilah ide-ide sosial, ekonomi politik dibentuk dan atau diformulasi secara normatif menjadi kaidah hukum. Arah pembangunan hukum bukanlah sesuatu yang berdiri sendiri, melainkan terintegrasi dengan arah pembangunan di bidang lainnya memerlukan penyerasian. Betapapun arah pembangunan hukum bertitik tolak pada garis-garis besar gagasan dalam UUD 1945, dibutuhkan penyesuaian dengan tingkat perkembangan masyarakat yang dimimpikan akan tercipta pada masa depan. Oleh sebab itu, sebenarnya ada teori legislasi yang tidak senantiasa menyandarkan pada legalisme. Teori tersebut antara lain adalah teori *legisprudence*, teori yang menempatkan posisi negara dan masyarakat dalam dinamika politik yang tidak saling berbenturan, kompromistik, dan bisa saling berbagi peran dalam memproses pembentukan hukum. Teori ini sebenarnya dirasakan oleh Rubin ketika menganalisis proses legislasi dalam pembentukan "*Truth in Lending Act*" (Undang-Undang Kebenaran dalam Pemberian Pinjaman) di Amerika Serikat. Rubin menggunakan bahasa teori pluralisme dan atau teori pilihan masyarakat, teori yang menyatakan adanya tawar-menawar dari kekuatan relatif dari kelompok-kelompok yang berkepentingan dengan sekelompok legislator yang memiliki jumlah suara besar di parlemen. Di Indonesia, pengaturan pembentukan undang-undang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan baik yang secara khusus mengatur pembentukan undang-undang, maupun secara tidak langsung yaitu undang-undang tentang susunan kedudukan lembaga legislasi. Peraturan perundang-undangan tersebut antara lain: Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1950 tentang Jenis dan Bentuk Peraturan yang Dikeluarkan Oleh Pemerintah Pusat, Ketetapan MPRS Nomor XX/MPRS/1966, Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2003 tentang Susunan dan Kedudukan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang pembentukan undang-undang tersebut ternyata masih belum memenuhi cita negara hukum yaitu pertama, hubungan antara yang memerintah dengan yang diperintah tidak berdasarkan kekuasaan, melainkan berdasarkan

suatu norma objektif yang juga mengikat pihak yang memerintah. Kedua, norma objektif atau disebut hukum tidak hanya memenuhi syarat formal namun secara substantive harus adil dan responsif. Tentunya hal ini tidak terlepas dari kualitas kualitas suatu undang-undang. Indikator kualitas undang-undang tersebut dapat dilihat dari seringnya pengujian undang-undang ke Mahkamah Konstitusi (MK), dan undang-undang itu bisa dijalankan atau tidak. Berdasarkan data Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Tahun 2003 s.d. 13 Juni 2012, dari tahun ke tahun jumlah undang-undang yang dimintakan pengujian bertambah. Hal ini mengindikasikan bahwa ketidakpuasan masyarakat (pemohon pengujian) semakin meningkat. Belum lagi mekanisme penolakan masyarakat di luar pengadilan (tidak melalui pengujian undang-undang) dengan adanya demonstrasi dan bentuk penolakan lainnya juga marak terjadi. Salah satu akar masalah yang perlu dilihat adalah kualitas undang-undang sebagai produk dari legislasi di samping akar masalah lainnya misalnya kultur hukum dan struktur hukumnya.

Asri Wijayanti : *Universitas Muhammadiyah Surabaya*

### **Kedudukan Legisprudensi sebagai Upaya Perlindungan Pekerja Outsourcing**

Hukum sebagai produk politik tampak dalam pengaturan *outsourcing*. *Vague norm* pada aturan hukum tentang *outsourcing* telah menjadi sumber konflik sosial. Pengaturan *outsourcing* adalah perwujudan dari ketakungkinan pendekatan teoritis atas pembuatan peraturan. Makalah ini berusaha membuktikan bahwa aturan hukum tentang *outsourcing* adalah pragmatis. Belum sepenuhnya meletakkan dasar teori hukum dan ekonomi sebagai meta teori dalam perumusan aturan hukum tentang *outsourcing*. Metode penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif dengan pendekatan *statute approach*. Hasil penelitian yang pertama, adalah adanya perumusan aturan hukum yang bertentangan dengan teori hukum dan teori ekonomi. Pasal 64-66 UU No.13/2003 bertentangan dengan teori hukum karena meletakkan dasar *modern slavery*, yang melegalkan pekerja (dalam *outsourcing* pekerja) sebagai obyek dari suatu hubungan hukum. Kedua, perumusan “pekerjaan penunjang” (*acontrario* dari pekerjaan pokok/inti) sebagai syarat adanya pengalihan pekerjaan bertentangan dengan teori ekonomi. Ketiga, putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 belum menyentuh substansi kesalahan penerapan teori hukum dan ekonomi. Rekomendasi yang dihasilkan adalah, pertama revisi aturan *outsourcing* hanya pada *outsourcing* pekerjaan bukan *outsourcing* pekerja. Kedua revisi batasan pengertian pekerjaan pokok yang seharusnya menjadi kewenangan mutlak pemberi kerja, bukan Negara (Pemerintah). Ketiga legisprudensi seharusnya mempunyai wawasan interdisipliner untuk menciptakan hukum yang berkeadilan.

Dian Agung Wicaksono, S.H. : *Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada*

### **Peluang Judicial Preview dalam Perbaikan Legislasi Nasional untuk Mewujudkan Konsistensi Konsepsi Negara Hukum di Indonesia**

Indonesia sebagai negara hukum dilihat dari supremasi konstitusi yang terwujud dalam peraturan perundang-undangan. Namun, dalam realita banyak UU yang dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi karena tidak sejalan dengan nilai-nilai konstitusi. Dengan melihat banyaknya permohonan pengujian UU di Mahkamah Konstitusi, maka harus ada sebuah mekanisme dalam proses legislasi yang bersifat preventif, yaitu dengan mekanisme judicial preview atau pratinjau yudisial. Pengujian RUU menjadi hal yang baru untuk diusulkan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Penelitian dengan metode penelitian kepustakaan ini mencoba menelisik peluang pratinjau yudisial dengan terlebih dahulu berusaha

mengungkapkan proses pembentukan undang-undang dalam praktik ketatanegaraan di Indonesia dan mendesain mekanisme *judicial preview* dalam proses pembentukan undang-undang untuk menjaga konsistensi konsepsi negara hukum di Indonesia. Proses pembentukan UU secara tegas telah digariskan dalam UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang mencakup tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan. Sedangkan desain pratinjau yudisial dapat diletakkan pada tahapan pembentukan UU, ketika RUU sudah disetujui oleh DPR dan Presiden, namun secara resmi belum disahkan menjadi UU oleh Presiden. Tahap sebelum pengesahan (*pre-promulgation*) merupakan tahapan paling ideal untuk memasukkan mekanisme pratinjau yudisial. Dalam desain pratinjau yudisial dirancang hanya merupakan kewenangan DPR untuk dapat mengajukan pengujian dari RUU yang sudah disetujui bersama antara DPR dan Presiden untuk diujikan kepada Mahkamah Konstitusi sebagai bentuk dari tahapan pembentukan UU yang menjadi domain kewenangan DPR dalam fungsi legislasi.

Eddy Asnawi, S.H., M.Hum. : *Fakultas Hukum Universitas Lancang Kuning*

### **Legislasi dalam Pembentukan Peraturan Daerah**

Kedudukan Prolegda mempunyai arti penting dan strategis dalam pembentukan Perda, namun masih ditemui permasalahan, yakni belum dimilikinya kesadaran konstitusional dari penyusun Prolegda akan pentingnya mengusung sinergitas dalam setiap pembentukan Perda. Hal ini telah menjadi fenomena di daerah, rancangan Perda tidak pernah dibahas secara tuntas melalui kelembagaan yang berwenang (pemda dan DPRD) untuk merencanakan secara terpolo, sistematis dan terpadu akan kebutuhan Perda untuk jangka waktu masa tertentu. Seringkali terjadi pembahasan rancangan Perda dikarenakan adanya order maupun desakan dari pihak-hak tertentu. Akibatnya ditemui kelemahan sebagai akibat perencanaan asal jadi yang menjadi titik lemah dalam penyusunan Perda. Tentunya akan menghasilkan produk Perda yang kurang terintegrasi dengan bidangbidang pembangunan daerah, bahkan tidak jarang terjadi beberapa Perda tumpang tindih dan tidak sesuai dengan norma maupun asas pembentukannya, Perda yang tidak dapat dilaksanakan secara maksimal, Perda yang tidak memiliki kepekaan sosial, yang kesemuanya itu biasa disebut dengan Perda bermasalah. Domain Penyusunan Prolegda bukan hanya milik DPRD dan Pemda, akan tetapi harus dibuka ruang publik dalam setiap penyusunan Perda sebagai wujud dari masyarakat (*partisipasi publik*) dalam penyusunan Prolegda. Hal ini akan memberikan harapan untuk melahirkan Perda yang responsif dan aspiratif. Dengan demikian perencanaan yang baik dalam pembentukan Perda menjadi kata kunci dalam menata sistem hukum dan produk hukum daerah secara menyeluruh dan terpadu sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari visi pembangunan daerah dan nasional.

Khotibul Umam, S.H., LL.M. : *Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada*

### **Legislasi Fikih Ekonomi untuk Mewujudkan Sistem Ekonomi Alternatif yang Berkeadilan**

*Founding Father* Negara Kesatuan Republik Indonesia telah menegaskan bahwa di bidang ekonomi, Indonesia tidak mendasarkan pada sistem liberalisme/kapitalisme yang mengutamakan kekuatan modal dan tidak pula mendasarkan pada sistem etatisme dimana kepemilikan individual tidak diakui, melainkan sistem ekonomi yang digali dari kepribadian bangsa Indonesia sendiri. Keinginan para pendiri negara ini tercermin dalam Pasal 33 UUD 1945 yang menegaskan bahwa perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasarkan atas asas kekeluargaan; cabang-cabang produksi yang penting dikuasi oleh negara dan

digunakan bagi sebesar-besar kemakmuran rakyat; dan bumi, air, dan kekayaan alam di dalamnya dikuasai negara untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Secara singkat dapat ditegaskan bahwa sistem ekonomi yang kita anut adalah sistem ekonomi Pancasila. Paradigma sistem ekonomi Pancasila, ternyata tidak terwujud dalam realitas empiris karena dalam kenyataannya Indonesia lebih condong ke arah sistem ekonomi liberal. Islam sebagai agama yang keberadaannya diakui dalam konstitusi dan merupakan agama mayoritas dari penduduk Indonesia sebenarnya memiliki konsep ekonomi yang dapat diterapkan dalam berbagai kegiatan ekonomi dalam rangka mewujudkan perekonomian nasional yang lebih adil. Konsep ekonomi Islam yang melarang setiap transaksi mengandung unsur maysir, gharar, riba, dan bathil serta menggantikannya dengan prinsip syariah terbukti memberikan rasa keadilan, bukan hanya untuk orang Islam sendiri namun juga bagi siapa saja yang menggunakan prinsip dimaksud dalam transaksi yang dilakukan. Perbankan, Lembaga Keuangan Mikro, Koperasi, Asuransi, Pasar Modal, dan Bisnis Syariah lain secara hukum telah mendapatkan landasan yang kokoh. Prinsip yang digunakan oleh lembaga dimaksud mendasarkan pada fatwa dari Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI). Untuk memperkuat berlakunya substansi Prinsip Syariah sebagaimana tertuang dalam fatwa DSN-MUI yang merupakan fikih nasional, legislasi ke dalam peraturan perundang-undangan menjadi suatu keniscayaan.

M. Ajisatria Suleiman, S.H., LL.M., M.L.E. : *Fakultas Hukum Universitas Indonesia*

### **Fleksibilitas Regulasi**

Esai ini menawarkan pendekatan baru dalam menilai kemanfaatan (*utility*) maupun kewajaran (*fairness*) regulasi atau legislasi. 'Fleksibilitas regulasi' diartikan sebagai kemampuan suatu regulasi dalam beradaptasi dan merespons perubahan. Pendekatan baru 'fleksibilitas regulasi' sangat penting dalam konteks sistem hukum Indonesia yang memiliki karakteristik khusus antara lain: pluralisme sosial, belum mapannya sistem politik, dinamika perkembangan ekonomi, dan lemahnya penegakan hukum. Pendekatan ini dimaksudkan untuk memberikan kerangka teoretis dan filosofis maupun panduan praktis bagi pembuat kebijakan maupun perancang peraturan/legislasi dalam menghadapi dinamika. Kami menilai bahwa 'fleksibilitas' memegang peranan kunci dalam pengembangan sistem hukum di Indonesia sebagai berikut. Pertama, secara material, sistem hukum Indonesia perlu dirancang untuk meminimalisasi fleksibilitas dan diskresi yang berlebihan bagi pemerintah dan aparat penegak hukum. Hal ini untuk mengurangi potensi korupsi dan korupsi yang timbul karena ketidakjelasan regulasi dan kompromi yang berlebihan dengan regulator. Kedua, secara prosedural, dalam hal pembuatan, perubahan, dan pencabutan regulasi, sistem hukum Indonesia justru perlu dirancang untuk lebih fleksibel. Pada masyarakat yang dinamis, plural, dan kerap berubah, kunci efektifitas dan efisiensi dari regulasi bukanlah 'regulasi yang sempurna' melainkan 'regulasi yang mudah disempurnakan'. Ketiga, secara strategi penegakan (*enforcement*) dan penaatan (*compliance*), fleksibilitas mengandung arti tersedianya berbagai pilihan instrumen hukum dan pilihan aktor pelaksana. Adapun sistematika penulisan adalah sebagai berikut. Bagian pertama membahas latar belakang, konsep dasar, serta kontribusi teoretis yang hendak diisi khususnya dalam diskursus mengenai negara hukum (*rule of law*). Bagian kedua memuat alasan-alasan kontekstual dan berbagai kesalahpahaman konsep yang melandasi dibutuhkanannya alternatif pendekatan 'fleksibilitas regulasi'. Bagian ketiga berisi mengenai landasan filosofis dan teori pendukung dari pendekatan 'fleksibilitas regulasi' khususnya gagasan mengenai negara hukum, hukum responsif, dan piramida penegakan hukum. Bagian keempat berisi mengenai berbagai contoh aplikasi 'fleksibilitas regulasi' dalam praktek hukum di Indonesia. Bagian kelima merupakan kesimpulan.

Pramudya A. Oktavinanda, S.H., LL.M. : *University of Chicago Law School*

### ***Public Choice Theory* dan Aplikasinya dalam Sistem Legislasi Indonesia**

Melalui tulisan ini, penulis bermaksud memperkenalkan konsep-konsep dasar *Public Choice Theory* dan berbagai aplikasinya dalam konteks hukum Indonesia. *Public Choice Theory* adalah suatu teori hukum yang menggabungkan pendekatan ilmu politik dan Hukum & Ekonomi (*Law & Economics*) dalam menganalisis perilaku legislator, hakim dan pemerintah dalam suatu sistem hukum dan politik. Dalam *Public Choice Theory*, para legislator/pelaku politik diasumsikan sebagai makhluk rasional yang berpotensi untuk senantiasa mengutamakan kepentingannya sendiri (*self interested*) dengan jalan memaksimalkan manfaat atau utilitas yang dapat ia terima sesuai dengan kondisi sumber daya yang tersedia. Melalui asumsi dasar tersebut, *Public Choice Theory* kemudian menyusun berbagai model yang dapat digunakan untuk memperkirakan pilihan-pilihan yang akan diambil oleh legislator sesuai dengan institusi politik dimana mereka berada. Penulis berpendapat bahwa penggunaan *Public Choice Theory* akan sangat membantu dalam mengembangkan institusi politik (dalam hal ini DPR dan proses legislasi) di Indonesia. Alih-alih bertumpu pada pendekatan normatif yang menafikan sifat dan perilaku dasar manusia, *Public Choice Theory* ingin menunjukkan bahwa penyusunan suatu sistem legislasi yang rasional dan bermanfaat bagi masyarakat dapat saja dilakukan sepanjang memperhitungkan dengan seksama bagaimana legislator akan bertindak dan mengambil keputusan, hal mana dapat dilakukan misalnya melalui penyusunan mekanisme *check and balance* yang tepat antara berbagai lembaga negara serta mekanisme pengambilan keputusan antar fraksi dalam penyusunan peraturan perundang-undangan.

Rizki Emil Birham, S.H. : *Universitas Indonesia*

### **Menakar Konsistensi Legislasi DPR RI dalam Akomodasi Partisipasi Publik pada Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik**

Fungsi legislasi yang melekat pada Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI) merupakan fungsi istimewa yang menjadi pembeda DPR RI sebelum dengan sesudah amendemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945). Namun sering terlupakan bila dalam fungsi legislasi terdapat fungsi representasi. Semangat menyusun produk legislasi harus dibarengi dengan jiwa representasi. Minimnya jiwa representasi dalam proses legislasi dapat berakibat pada kualitas produk legislasi. Salah satu contoh produk legislasi yang dapat ditakar konsistensi legislasi dalam hal representasi adalah Undang-Undang Nomor 25 tahun 2009 tentang Pelayanan Publik (UU Nomor 25 Tahun 2009). Standar pelayanan pada pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009 seharusnya secara konsisten mengakomodasi mekanisme musyawarah agar tidak terjadi reduksi esensi partisipasi publik dalam pelayanan publik. Mengingat ketentuan mengenai standar pelayanan dalam UU Nomor 25 Tahun 2009 masih berpotensi membuka celah terjadinya manipulasi pemenuhan hak warga negara melalui dalih penyelenggara layanan tidak mampu menyusun dan menetapkan standar pelayanan publik.

Sechabudin : *Fakultas Hukum Universitas Padjajaran*

### **Problematika Pengujian Undang-Undang Ratifikasi Perjanjian Internasional dalam Sistem Perundang-undangan Indonesia Dihubungkan dengan Upaya Mewujudkan Supremasi Konstitusi**

berbentuk undang-undang, undang-undang ratifikasi memiliki kedudukan dan karakteristik yang berbeda dengan undang-undang non-ratifikasi. Perbedaan tersebut mengakibatkan perbedaan mekanisme pengujian terhadap undang-undang ratifikasi. Ditinjau dari aspek supremasi konstitusi maka undang-undang ratifikasi memiliki potensi bertentangan dengan konstitusi. Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis problematika dalam pengujian undang-undang ratifikasi perjanjian internasional. Problematika tersebut dianalisis guna menemukan cara agar undang-undang ratifikasi perjanjian internasional sejalan dengan konstitusi. Metode penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif. Dengan meninjau peraturan perundang-undangan dan kepustakaan kemudian diambil sintesis dalam menyelesaikan problematika undang-undang ratifikasi. Hasil penelitian menunjukkan terdapat tiga problematika. Pertama, terdapat perbedaan secara formal dan materil undang-undang ratifikasi. Secara formal merupakan undang-undang namun secara materil merupakan perjanjian internasional. Kedua, tidak ada mekanisme judicial review yang jelas terhadap pengujian undang-undang ratifikasi. Ketiga, apabila diterapkan mekanisme judicial review maka pengujian tersebut tidak menghilangkan daya mengikat undang-undang ratifikasi karena merupakan suatu perjanjian internasional. Langkah yang dapat dilakukan oleh pemerintah adalah melakukan political review terhadap undang-undang ratifikasi yang bertentangan dengan konstitusi. Selain itu diperlukan constitutional interpretation secara hati-hati dalam setiap ratifikasi perjanjian internasional. Berdasarkan hasil penelitian ditarik kesimpulan bahwa terdapat problematika dalam pengujian undang-undang ratifikasi yang berpotensi melanggar.

Victor Immanuel Williamson Nalle, S.H. : *Universitas Airlangga*

### **Judicial Preview sebagai Instrumen Peningkatan Kualitas Legislasi**

Undang-Undang sebagai produk legislasi cenderung diposisikan sebagai produk politik. Sebagai produk dari parlemen, yang didominasi partai politik, Undang-Undang seringkali dianggap sebagai manifestasi kepentingan politik semata. Pandangan tersebut seolah-olah mendapatkan afirmasi ketika suatu Undang-Undang dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi karena bertentangan dengan konstitusi. Pada akhirnya Undang-Undang kehilangan identitasnya sebagai produk hukum dan kualitas legislasi, serta legislator, dipertanyakan. Legisprudensi memandang legislasi bukan semata-mata sebagai keluaran dari aktivitas lembaga politik. Keluaran legislasi, dalam perspektif legisprudensi, juga harus dipandang sebagai produk hukum dan merupakan kristalisasi norma-norma. Oleh karena itu seharusnya keluaran legislasi dapat dipertanggungjawabkan secara dogmatika hukum maupun teori hukum. Judicial preview atau pengujian preventif dapat menjadi alternatif instrumen peningkatan kualitas legislasi melalui pendekatan legisprudensi dimana suatu rancangan produk legislasi dapat diuji konstitusionalitasnya maupun kualitasnya sebelum dikeluarkan menjadi produk legislasi. Selain meningkatkan kualitas legislasi dan mencegah timbulnya kerugian yang mungkin terjadi, judicial preview juga menjadi penyeimbang antara aspek politis dan aspek yuridis dalam legislasi.



Wahyu Heriyadi, S.H. : *Pascasarjana Kesejahteraan Sosial Universitas Indonesia*

### **Perkembangan Hukum Sosial pada Era Reformasi**

Salah satu tujuan dari negara kesejahteraan adalah terwujudnya keadilan sosial. Fondasi model negara kesejahteraan telah tercantum dalam Undang-Undang Dasar di Indonesia. Jika melihat pada perkembangan hukum di Jerman, terdapat sebuah ranah yang bernama hukum sosial (social law). Max Planck Institute misalnya terdapat pusat kajian untuk Social Law and Social Policy, yang memfokuskan pada sistem hukum yang melindungi masyarakat terhadap risiko sosial. Pada tahun 1998, telah terjadi perubahan yang cukup signifikan dalam kondisisosial politik yang menumbangkan rezim orde baru, dan di sisi lainnya berkembang sistem hukum yang mereformasi model kesejahteraan sosial sebelumnya, yaitu bisa kita lihat pada Undang-undang Kesejahteraan Sosial, Undang-undang Perlindungan Anak, Undang-undang Penanganan Bencana, Undang-undang Sistem Jaminan Sosial Nasional, Undang-undang Penanganan Fakir Miskin. Dari beberapa Undang-undang tersebut, dapat kita lihat bahwa telah terjadi suatu perkembangan dalam hukum sosial di Indonesia, yang bisa jadi mereformasi model hukum sosial yang telah ada sebelumnya. Tulisan ini bermaksud untuk membahas perkembangan hukum sosial di Indonesia, khususnya perkembangan yang terjadi setelah orde baru yang tujuannya diharapkan untuk meningkatkan kesejahteraan sosial warga negaranya.

## Panel 6

Eko Sabar Prihatin, S.H., M.Si. : *Fakultas Hukum Universitas Diponegoro*

### Rekonstruksi Politik Hukum Kedudukan Masyarakat Adat Berbasis Kearifan Lokal

Peraturan perundang-undangan melihat desa sebagai kesatuan atau persekutuan masyarakat hukum yang memiliki wilayah tertentu. Persekutuan dengan wilayah tertentu tersebut memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat berdasarkan asal-usul dan adat istiadat setempat, sepanjang diakui dan dihormati dalam sistem Pemerintahan NKRI (Pasal 1 angka 12 UU No. 32 tahun 2004). Dengan ketentuan ini, Desa diakui memiliki otonomi sekalipun tidak dijelaskan apakah berbentuk otonomi biasa atau otonomi asli. Selain memiliki wilayah, kewenangan, desa juga memiliki pemerintahan dan lembaga lain yang menjalankan tugas-tugas pelayanan publik. Permasalahannya adalah Mengapa rekonstruksi terhadap UU nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah khususnya yang mengatur tentang KMHA atau Desa perlu dilakukan? dan Bagaimanakah model otonomi desa, yaitu model desa sebagai unit pemerintahan paling bawah dan otonom (desa otonom), atau sebagai kesatuan masyarakat hukum adat yang mempunyai otonomi asli, atau tetap berbentuk campuran seperti selama ini? Desa mempunyai wewenang tertentu, tapi juga tidak berkedudukan sebagai daerah dengan otonomi berdasar prinsip desentralisasi, meskipun secara kelembagaan pemerintah desa, mirip dengan kelembagaan pemerintah daerah otonom. Walaupun demikian, otonomi asli yang dimiliki oleh desa mendapat dasar yuridis. Sehingga sebenarnya posisinya bersifat self governing community, hanya saja tidak disebutkan secara tegas. Desa mempunyai wewenang tertentu, tapi juga tidak berkedudukan sebagai daerah dengan otonomi berdasar prinsip desentralisasi, meskipun secara kelembagaan pemerintah desa, mirip dengan kelembagaan pemerintah daerah otonom. Terdapat tiga kelompok isu (subyek yang dapat didiskusikan:

1. Marjinalisasi terhadap masyarakat hukum adat;
2. Sifat mendua peraturan perundang-undangan terhadap masyarakat hukum adat; dan;
3. Hilangnya otonomi masyarakat hukum adat.

Adapun saran/rekomendasi yang diajukan adalah:

1. Normalisasi Kedudukan masyarakat hukum adat;
2. Penyempurnaan peraturan perundang-undangan;
3. Pemberdayaan masyarakat hukum adat, melalui pendampingan.

Jati Nugroho, S.H., M.Hum. : *Sekolah Tinggi Ilmu Hukum Jendral Sudirman*

### Hak Konstitusional Rakyat atas Sumber Daya Air:

#### Perlindungan Hukum Kearifan Lokal dalam Kelembagaan Himpunan Petani Pemakai Air (HIPPA) di Propinsi Jawa Timur

Sumber daya air sebagai karunia Tuhan harus memberikan manfaat mewujudkan kesejahteraan rakyat diamanatkan alinea ke-empat Pembukaan UUD 1945. Ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 bahwa bumi, air dan kekayaan alam secara filosofis harus diabdikan untuk kemakmuran rakyat dengan berkeadilan. Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, menuntut kewajiban pemerintah daerah mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat (*adatrechtsgemenschap*) dan berbagai hak tradisionalnya (*constitutional respect and recognition*). Secara yuridis Pasal 2 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1960 (UUPA) memberi

kewenangan negara mengatur diamankan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, sedangkan UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air pengaturan hak guna air yang tidak berorientasi keuntungan (non profit oriented) mengedepankan kemakmuran rakyat menjadi hak dan tanggung jawab perkumpulan petani pemakai air. Kelembagaan irigasi dibentuk secara demokratis termasuk lembaga lokal memperhatikan kekhasan kelembagaan seperti: Subak di Bali, Tuo Banda di Sumatera Barat, Dharma Tirta di Jawa Tengah, dan Mitra Cai di Jawa Barat (Pasal 1 angka 21 PP Nomor 20 Tahun 2006 tentang Irigasi), dan raja bandar, jogotirto, pekaseh dan ulu-ulu (Penjelasan Pasal 1 angka (15) PP Nomor 77 Tahun 2001), dalam hukum negara mensyaratkan berbadan hukum dan iuran. Dengan mencermati bentuk partisipasi masyarakat petani dalam hukum negara terjadi konflik norma (conflict of norms) melalui kelembagaan Perkumpulan Petani Pemakai Air (P3A) yang mengakomodir kearifan lokal merupakan bentuk pengakuan semu (pseudo recognition) karena mensyaratkan harus berbadan hukum dan kewajiban membayar Iuran Pelayanan Irigasi (IPAIR). Inkonsistensi hukum dalam pengelolaan irigasi karena P3A dibentuk oleh pemerintah (top-down approach) sebagai ganti kelembagaan pengelola irigasi tradisional. Ketentuan Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 dengan Pasal 41 ayat (3) UU No. 7 Tahun 2004 tidak dilaksanakan secara konsekuen oleh PP Nomor 20 Tahun 2006 yang mengakui adanya pluralisme hukum kelembagaan pengelola air irigasi secara semu. Kelembagaan pengelola irigasi di Jawa Timur diatur dalam Perda Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 oleh Himpunan Petani Pemakai Air (HIPPA), Pasal 1 angka 9 jo. Pasal 4 ayat (1) HIPPA sebagai pengambil keputusan dan pelaku utama mengandung kekaburan hukum (vague normen) karena hanya memperhatikan atau mengakui kelembagaan lokal saja dan konflik norma (conflict of norms) yaitu inkonsistensi Perda Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 dengan hak konstitusional rakyat atas sumber daya air dalam Pasal 33 ayat (3) dan Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 yang mengakui kelembagaan lokal beserta hak-haknya. Secara sosiologis konflik hukum pengelolaan air irigasi, maka eksistensi kearifan lokal melalui peran ulu-ulu masih ada dan menjadi pilihan masyarakat petani.

Joeni Arianto Kurniawan, S.H., M.A. : *Fakultas Hukum Universitas Airlangga*

### **Pengakuan dan Perlindungan Eksistensi Masyarakat Adat dalam Kerangka Negara Hukum Indonesia: Sebuah Konsep Utopis?**

Konsep negara hukum (Rechstaat atau Rule of Law) adalah konsep yang menempatkan hukum sebagai supremasi tertinggi dalam pelaksanaan kehidupan berbangsa-bernegara. Berdasarkan hal ini, maka konsep negara hukum tidak bisa dipisahkan dari entitas negara sebagai struktur sosio-politik makro yang memiliki kuasa atas seluruh warga negara yang ada di dalamnya, termasuk kekuasaan dalam pembentukan dan penegakan hukum sebagai dasar dari negara tersebut. Sehingga, jika membicarakan konsep negara hukum atau supremasi hukum, maka sejatinya kita sedang membicarakan konsep supremasi hukum negara (the rule of the state laws). Di sisi lain, realitas struktur sosio-politik masyarakat Indonesia sangatlah plural dan heterogen, karena ada begitu banyak kelompok-kelompok entitas sosio-politik mikro yang terbentuk di masyarakat yang kehidupan dan hubungan antar manusia di dalamnya didasarkan pada hukum di luar hukum negara yang mereka buat sendiri. Salah satu contoh utama dari kelompok masyarakat seperti ini adalah masyarakat adat yang sudah ada eksistensinya jauh sebelum Negara Indonesia didirikan. Konstitusi Indonesia (UUD 1945) di pasal 18B ayat 2 secara tegas mengakui eksistensi masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya. Namun, sebagai konsekuensi konsep negara hukum, pengakuan dan perlindungan atas eksistensi masyarakat adat dilakukan dalam konstruksi hukum positif negara, sedangkan eksistensi masyarakat adat beserta hak-haknya adalah suatu hal yang hidup dalam konstruksi hukum adat yang sama sekali berbeda dan dalam banyak hal kontradiktif dengan hukum negara. Maka pertanyaannya, bagaimanakah mungkin pengakuan dan perlindungan eksistensi masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya

dilakukan melalui hukum negara berdasarkan kerangka konsep negara hukum? Permasalahan inilah yang diangkat dalam tulisan ini dengan mengambil contoh kasus pada konflik agraria antara masyarakat adat melawan negara.

Nurul Firmansyah, S.H. : *Perkumpulan Qbar*

### **Pengakuan Konstitusi terhadap Desa dan Hak-hak Masyarakat Hukum Adat**

Desa telah lama dikenal sebagai unit sosial - politik dan ekonomi masyarakat hukum adat di seluruh Indonesia. Desa bertumbuh seiring-sejalan dengan perkembangan masyarakat hukum adat. Sebagai contoh, Nagari di masyarakat adat Minangkabau. Nagari muncul dalam tahapantahapannya sebagai unit sosial politik yang dimulai dari manaruko (pembukaan hutan), manaratak (persiapan lahan pertanian dan pemukiman), dusun (pemukiman sederhana), koto (kumpulan pemukiman) dan Nagari (kumpulan koto-koto). Nagari-nagari kemudian hidup dengan otonom atas wilayah dan susunan pemerintahannya. Kehadiran organisasi supra struktur seperti kerajaan (kerajaan pagaruyung) dan Negara (Pemerintahan Hindia Belanda) tidak mengurangi otonomi tersebut. Desa memang hidup dari masa kemasa dalam serial kehidupan sosial politik bangsa Indonesia, baik sejak masa Hindu-Buddha, Islam, Kolonial Belanda dan masa kemerdekaan. Pemerintah kolonial Belanda menyadari hal itu, sehingga melalui Inlandse Gemeente Ordonansi tahun 1906 mengakui desa sebagai rechtspersoon yang otonom dan punya legal standing (Wignjosebroto, 2012). Oleh sebab itu, memang beralasan kiranya, Pendiri Republik Indonesia (founding father) menyadari bahwa desa sebagai "Roh" kehidupan berbangsa dan bernegara. Upaya itu telah dimulai sejak sidang-sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), dan sidang-sidang Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), sebagaimana tercatat dalam risalah yang dirujuk (Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1995). Moh Yamin secara gamblang menyebutkan ; "... Kesanggupan dan kecakapan Bangsa Indonesia dalam mengurus tata negara dan hak tanah yang semenjak beribu-ribu tahun menjadi dasar negara dan rakyat murba, dapat diperhatikan pada susunan persekutuan hukum seperti 21.000 desa di Pulau Jawa, 700 nagari di Minangkabau, susunan Negeri Sembilan di Malaya, begitu pula di Borneo, di tanah Bugis, di Ambon, di Minahasa, dan lain-lain sebagainya. ..." Hasilnya, pasal 18 UUD 1945 sebelum Amandemen adalah dasar konstitusional pengakuan desa sekaligus hak - hak masyarakat hukum adat yang melekat terhadapnya (baca : volksgemeenschappen ). Pengakuan tidak bersyarat dan otomatis dalam konstitusi ini terputus sejak lahirnya UUPA tahun 1960 melalui persyaratan pengakuan hak-hak masyarakat hukum adat, yang kemudian diikuti dengan persyaratan administratif pengakuan hak-hak masyarakat hukum adat dalam berbagai peraturan perundang-undangan (Bahar, 2012). Kondisi ini diperparah lagi dengan intervensi berlebihan Negara terhadap desa melalui UU Pemerintahan Desa tahun 1979 yang mereduksi desa sekedar administrasi pemerintahan dalam lingkungan sentralistik (Zakaria, 2000). Hal-hal tersebut berdampak pada kaburnya desa / masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum yang mempunyai hak (Bahar, 2012). Akibatnya, berbagai tindakan-tindakan perampasan hak-hak desa masif terjadi sampai saat ini, terutama terkait dengan hak ulayat dan sumber daya alam. Makalah ini mencoba menelaah posisi hukum desa sebagai subjek hukum dengan hak-haknya yang melekat dalam konstitusi dan peraturan perundang-undangan. Metode kajian yang digunakan adalah Yuridis Normatif dengan menelaah norma-norma peraturan perundang-undangan yang terkait dengan kajian ini secara sistematis dan logis. Secara teoritis, kajian ini diharapkan berguna bagi penguatan konsep hak-hak desa/masyarakat hukum adat dalam hukum nasional, dan selanjutnya, secara praktis juga diharapkan bisa menyumbang masukan dalam proses legislasi pengakuan hak-hak masyarakat hukum adat terutama terkait dengan RUU Desa dan RUU Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Adat.

Drs. R. Yando Zakaria : *Lingkar Belajar untuk Pembaruan Desa dan Agraria*

### **Mendudukan Makna Amandemen Pasal 18 UUD 1945 bagi Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Hukum Adat di Indonesia**

Salah satu pasal konstitusi yang mengalami perubahan adalah Pasal 18. Meski tidak dinyatakan secara implisit (Isra, 2012), makna amandemen ini perlu digali dan diperbincangkan secara sungguh-sungguh. Setidaknya ada dua alasan pokok yang menyertainya. Pertama, amandemen terjadi di tengah-tengah perdebatan tentang ambiguitas kedudukan (otonomi) desa atau disebut dengan nama lain sebagai wujud 'susunan asli' itu terhadap (otonomi) Pemerintahan Daerah atau sebaliknya (Zakaria 2000 & 2004; Depdgarri, 2012); dan kedua, amandemen itu juga hadir di tengah keriuhan sengketa pendakuan (conflict of claim) antara 'hak masyarakat hukum adat' dan 'otonomi sektoral' cq. 'hak menguasai negara', yang bersumber dari pemberlakuan UU No. 5/1960 tentang Pokok-pokok Agraria 1960; UU No. 41/1999 tentang Kehutanan, dan UU sektoral lainnya (Bekker & Moniaga, 2010; Arizona, 2011). Dalam proses amandemen Pasal 18 telah terjadi perdebatan serius soal ketidak-konsistenan pengaturan norma-norma hukum yang menyangkut 'pembagian daerah yang besar dan kecil' cq 'hak istimewa', serta keberadaan 'susunan asli' di dalam Pasal 18. Sebagaimana yang dapat dipahami melalui risalah sidang, perdebatan soal ambiguitas makna yang terkandung dalam norma hukum dimaksud bermuara pada usul yang menyarankan pemilahan norma pengaturan ke dalam dua ranah yang berbeda satu sama lainnya. Pertama, menyangkut soal 'pembagian daerah besar dan kecil' cq. 'Pemerintahan Daerah', yang kemudian diatur oleh Pasal 18 dan 18A; dan kedua, adalah soal pengakuan 'hak istimewa', sebagaimana yang kemudian diatur oleh Pasal 18B. Makalah ini menguraikan jawaban atas dua pertanyaan pokok yang terkait dengan hasil amandemen Pasal 18, khususnya keberadaan Pasal 18B ayat 2 yang berbunyi pada dasarnya soal pengakuan atas 'hak-hak masyarakat hukum adat'. Dua pertanyaan pokok dimaksud adalah, pertama, apa implikasi kehadiran Pasal 18B ayat 2 ini terhadap kedudukan (satuansatuan) masyarakat hukum adat dalam tata Pemerintahan; dan kedua, apa implikasi kehadiran pasal itu bagi kejelasan status masyarakat hukum adat sebagai subyek hukum atas sumber-sumber agraria dalam tatanan hukum sektoral yang ada. Dari penelusuran data-data yang ada, baik yang bersumber dari kajian pustaka maupun akumulasi data-data lapangan (primer), nyatalah bahwa hasil amandemen itu belum membawa perubahan yang berarti bagi pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat di negeri ini. Hal ini tampak jelas dalam berbagai rumusan legislasi yang terkait masyarakat hukum adat, seperti 'RUU Desa' yang diajukan Pemerintah maupun 'RUU Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Adat' yang didorong oleh gerakan masyarakat sipil sendiri. Demikian pula, perjuangan masyarakat hukum adat sebagai subyek hukum yang sah atas berbagai sumber kehidupan, utamanya yang menyangkut penguasaan sumber-sumber agraria, tidak lebih ringan ketimbang waktu-waktu sebelumnya. Hal ini menunjukkan bahwa keberadaan Pasal 18B ayat 2 masih memerlukan peraturan-perundangan turunan lebih lanjut.

Saru Arifin, S.H., LL.M. : *Fakultas Hukum Universitas Negeri Semarang*

### **Paradigma Legal Policy Terkait dengan Tanggung Jawab Negara dalam Pemenuhan Hak-Hak Konstitusional Warga Perbatasan**

Perbatasan Negara memiliki signifikansi konstitusional dalam hal peneguhan kedaulatan Negara di garda depan. Dalam konteks itu, maka segala elemen yang melekat di dalamnya, baik territorial dan kekayaan sumberdaya alam yang melekat padanya, serta manusia yang menghuni di atasnya, wajib mendapatkan perlindungan secara hukum. Namun sayangnya, selama kurun waktu yang cukup lama, bahkan sejak Indonesia berdiri, paradigm Negara dalam memandang wilayah perbatasan diposisikan sebagai halaman belakang, sehingga kondisi ini berdampak serius dalam pengelolaan perbatasan. Secara umum gambaran

perbatasan Indonesia jauh terbelakang, jika dibandingkan dengan perbatasan di Negara tetangga, khususnya di kawasan Kalbar-Serawak, Malaysia. Kondisi ini ditandai dengan minimnya alokasi pembangunan di wilayah perbatasan, sehingga menyebabkan masyarakat di kawasan batas Negara tersebut menjadi termarginalkan, dan kesulitan untuk memnuhi hak-hak konstitusional, seperti pendidikan, dan perekonomian. Paper ini dimaksudkan untuk mendeskripsikan bagaimana paradigm kebijakan hukum yang dilakukan pemerintah dalam pengelolaan perbatasan, baik dari tataran konsep maupun aplikasinya di lapangan. Basis analisis menggunakan teori hukum yang digagas oleh Roscoe Pound, khususnya yang menyatakan hukum sebagai alat rekayasa sosial. Dalam konteks ini, maka akan dianalisis mengenai sejauhmana hukum yang dibuat oleh pemerintah, baik yang bersifat pokok maupun teknis mampu merubah kehidupan masyarakat perbatasan kearah yang lebih baik.

Wina Puspitasari : *Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran*

**Perlindungan Pengetahuan Tradisional sebagai Bagian Kearifan Lokal dari Masyarakat Hukum Adat dalam Kerangka Negara Hukum Indonesia yang Berkeadilan Sosial**

Dalam dinamika negara hukum, pemerintah tidak hanya bertanggung jawab untuk menjaga kestabilan politik dan sosial secara pasif, tetapi juga berkewajiban untuk secara aktif mewujudkan pembangunan ekonomi yang berorientasi pada pencapaian kesejahteraan yang berkeadilan sosial. Upaya pemenuhan kesejahteraan tersebut dapat diformulasikan, baik sebagai pemenuhan hak individu, maupun sebagai pemenuhan hak komunal. Penegasan terhadap pengakuan dan perlindungan hak budaya sebagai bentuk hak komunal dari masyarakat hukum adat diformulasikan dalam rumusan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945. Sebagai negara yang kaya akan sumber daya hayati dan budaya, Indonesia memiliki potensi sumber daya genetik yang dikembangkan sebagai bagian kearifan lokal dari masyarakat hukum adat. Pengetahuan yang didapat oleh masyarakat sebagai hasil interaksi ekologi, sosial, dan budaya dinamakan "Pengetahuan Tradisional". Dewasa ini, pengetahuan tradisional menjadi dasar utama bagi penemuan-penemuan penting dalam bidang farmasi, kosmetik, bioteknologi, industri kimia, dan lain-lain yang berorientasi pada komersialisasi. Dari komersialisasi tersebut, peneliti dan perusahaan memperoleh keuntungan ekonomi secara tidak adil karena mereka mengabaikan hak-hak moral dan ekonomi dari masyarakat hukum adat. Perlindungan hak komunal muncul sebagai politik hukum negara untuk mengawasi akses terhadap sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional agar dilakukan dengan adil dengan melibatkan partisipasi masyarakat hukum adat. Hal-hal yang harus diperhatikan dalam menentukan bentuk perlindungan terhadap pengetahuan tradisional, yaitu: Perlindungan positif dilakukan dengan membentuk peraturan "sui generis" di tingkat nasional; Perlindungan defensif dilakukan dengan membuat sistem data yang menginventarisasi pengetahuan tradisional dan aset masyarakat hukum adat lainnya; Kebijakan administratif dalam prosedur pemanfaatan pengetahuan tradisional yang terdiri dari mekanisme akses dan pembagian keuntungan; Perlindungan di tingkat internasional dilakukan untuk menciptakan model hukum yang tepat bagi perlindungan pengetahuan tradisional dengan melibatkan berbagai pihak yang berkepentingan.

Yance Arizona, S.H., M.H. : Epistema Institute

**Memerangkap Bayang-Bayang: Kajian Awal Penerapan Indikator Negara Hukum dalam Memeriksa Persoalan Masyarakat Adat di Indonesia**

Makalah ini membahas bagaimana pendekatan negara hukum digunakan untuk menganalisis pengakomodasian dan pelaksanaan hak-hak masyarakat adat pasca Orde Baru di Indonesia. Pendekatan negara hukum yang digunakan dalam makalah ini adalah pendekatan elementer tentang negara (*elementary approach on the rule of law*) yang meliputi 3 elemen utama, yaitu elemen prosedur, elemen substansi dan mekanisme kontrol (Bedner, 2010). Namun, sebelum menggunakan pendekatan tersebut untuk menganalisis persoalan hukum tentang masyarakat adat, terlebih dahulu makalah ini akan membahas konteks permasalahan masyarakat adat kontemporer di Indonesia. Makalah terdiri dari lima bagian. Bagian pertama adalah pengantar yang menyampaikan tentang latar belakang dan pokok persoalan yang dibahas dalam makalah. Bagian kedua, memaparkan tentang perkembangan isu masyarakat adat di Indonesia meliputi bagaimana persoalan pendefinisian masyarakat adat, pelanggaran terhadap hak-hak masyarakat adat serta sinergi gerakan masyarakat adat dengan gerakan *indigenous peoples* pada level internasional. Bagian ketiga, membahas tentang elemen procedural (*procedural element*) dan elemen substansial (*substantive element*) yang disediakan oleh peraturan perundang-undangan baik pada level nasional maupun pada level daerah. Bagian keempat membahas tentang mekanisme kontrol (*control mechanism*) untuk menjamin keadilan terhadap masyarakat adat yang disediakan melalui proses peradilan. Pada bagian ini akan dibahas beberapa kasus penting untuk melihat situasi masyarakat adat, baik kasus yang ditangani oleh Mahkamah Konstitusi atau oleh peradilan lainnya. Bagian kelima, penutup yang akan menyampaikan simpulan dan beberapa hal untuk pengembangan diskusi lebih lanjut.

## Panel 7

Absori : *Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Surakarta*

### **Penegakan Hukum Lingkungan dengan Pendekatan Hukum Progresif: Upaya Mewujudkan Keadilan Lingkungan**

Secara normatif hukum lingkungan yang diatur dalam UU No. 4 Tahun 1982, kemudian diganti dengan UU No. 23 Tahun 1997 dan diperbarui dengan UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup telah mencantumkan ketentuan ganti rugi yang begitu besar dan sanksi hukuman yang berat, namun ketentuan tersebut dalam praktek belum menjamin para pencemar dan perusak lingkungan dapat dijerat dengan hukuman yang setimpal. Hal ini dapat dilihat dalam beberapa persidangan penegakan lingkungan yang dilakukan di pengadilan, para pihak yang didakwa melakukan perbuatan pencemaran dan perusakan lingkungan dapat lolos dari jeratan hukum atau memperoleh hukuman yang ringan. Hal ini disebabkan bekerjanya hukum lingkungan di pengadilan yang dilakukan aparat penegak hukum hanya berorientasi pada ketentuan hukum formal yang prosedural. Hakim tidak melihat pertimbangan hukum lain yang terdapat dalam asas-asas hukum yang hidup di masyarakat atau asas hukum mempunyai kedudukan lebih tinggi, seperti prinsip pencegahan secara dini, kehati-hatian (*precautionary*) dan pertanggungjawaban ketat (*strict liability*). Di samping itu, hakim juga tidak melihat fakta hukum yang terungkap di persidangan sehingga keputusan hakim tidak mencerminkan rasa keadilan lingkungan. Dalam berbagai kasus pengadilan sering dinilai tertutup dan berada dalam budaya otoriter, tidak independen dan terpengaruh kepentingan lain seperti politik dan ekonomi. Karena itu, pendekatan seperti itu kiranya perlu segera diakhiri, diganti dengan pendekatan hukum progresif, yang menempatkan hukum untuk manusia bukan sebaliknya manusia untuk hukum, dimulai dari kesadaran yang tumbuh dari semua kalangan untuk memahami bahwa persoalan lingkungan sudah mencapai tarap yang begitu mengkhawatirkan. Hukum progresif cenderung pada kreativitas dan menolak rutinitas logika peraturan. Perlu adanya terapi kejutan yang segera digulirkan dalam berbagai upaya dan langkah dalam rangka memberikan dorongan yang lebih kuat lagi penegakan hukum lingkungan. Untuk mengatasinya perlu dilakukan gerakan penyadaran dengan pendekatan progresif yang melibatkan partisipasi masyarakat, aparat penegak hukum, dan pemerintah dalam mewujudkan keadilan lingkungan.

Deni Bram, S.H., M.H : *Fakultas Hukum Universitas Pancasila*

### **Paradoks Ketimpangan Kebijakan Emisi Nasional**

Dampak dari perubahan iklim yang begitu massif sekarang telah hadir bukan pada ranah retorika dan kajian keilmuan semata, namun telah berubah menjadi suatu hal yang nyata dan dapat dirasakan secara langsung. Hal ini mengakibatkan perbincangan mengenai perubahan iklim saat ini memang tidak dapat lagi dikatakan hanya menjadi perbincangan dalam dimensi disiplin ilmu tertentu semata. Salah satu kajian yang menarik untuk dilakukan adalah menguji eksistensi aspek keadilan dalam regulasi baik internasional maupun nasional saat ini dalam menanggulangi perubahan iklim. Dalam konteks internasional, dikotomi negara maju dan negara berkembang seringkali menjadi landasan untuk menentukan prinsip keadilan iklim berdasarkan *common but differentiated responsibility*. Ironisnya, pada saat banyak negara berkembang memperjuangkan hak-hak mereka untuk mendapatkan kondisi iklim yang lebih baik lewat mekanisme regulasi dan proses negosiasi yang lebih berkeadilan, justru banyak sekelompok orang tertentu di negara berkembang yang mencoba meraih keuntungan dengan menjadi penumpang gelap dari akses terhadap emisi nasional. Beberapa indikator yang mendasari hal ini dapat dilihat dari adanya pola gaya hidup yang berbeda jauh antara kota-kota besar di Indonesia



dibandingkan dengan kota – kota di kawasan Sumatera dan Kalimantan. Penelitian ini tertuju kepada beberapa point utama : (i) Melakukan pengkajian mengenai pentingnya konteks keadilan iklim dalam semangat penanggulangan perubahan iklim, (ii) Mencari dasar pemahaman dari kepentingan dari negara berkembang untuk diperlakukan adil dalam rezim perubahan iklim, serta (iii) Mencari tahu kondisi faktual mengenai adanya penumpang gelap dari jatah emisi yang diterima Indonesia dalam sistem perubahan iklim internasional.

Harjoni Desky, S.Sos, M.Si : *Lembaga Pemberdayaan Masyarakat Madani Aceh*

### **Kearifan Lokal dan Konservasi Berbasis Komunitas di Aceh**

Peristiwa gempa bumi dan tsunami yang melanda Aceh pada 26 Desember 2004, telah menggugah kesadaran kolektif banyak pihak untuk melakukan hal-hal yang positif, bukan hanya bagi Aceh, akan tetapi juga bagi masyarakat di belahan dunia lainnya. Dalam konteks Aceh, kesadaran kolektif tersebut seperti: upaya menghentikan konflik Aceh, gerakan ziarah ke kampung halaman, dan perhatian untuk mengkaji kembali kearifan lokal yang dimiliki. Dalam berapada dasa warsa sebelumnya, kearifan lokal hanya mengisi ruang diskusi pinggiran di kalangan para aktivis masyarakat adat dan bagian kecil kaum akademisi. Saat ini, telah banyak kajian yang dilakukan terhadap isu kearifan lokal. Untuk Aceh sendiri, kearifan lokal banyak ragam dan bentuknya, diantaranya kearifan lokal berkaitan dengan konservasi. Namun, sayangnya tulisan mengenai kearifan lokal dan konservasi berbasis komunikasi lokal belum banyak dikemukakan oleh para akademisi. Untuk itu, melalui makalah ini akan dijelaskan mengenai kearifan lokal dan konservasi berbasis komunitas di Aceh dan peluang serta peran kearifan lokal dan konservasi berbasis komunitas di masa depan, berkaitan dengan hukum yang mengaturnya dan diskusi soal masyarakat adat itu sendiri.

Indah Dwi Qubani, S.H., M.H : *Pusat Pengkajian Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang*

### **Perkembangan Politik Hukum Pengelolaan Minyak dan Gas Bumi Menuju Keadilan Sosial dan Ekologis**

Sektor minyak dan gas bumi sebagai salah satu dari sumber daya alam (non-renewable) strategis tidak terbarukan yang dikuasai oleh negara serta merupakan komoditas vital yang menguasai hajat hidup orang banyak dan mempunyai peranan penting dalam perekonomian nasional, pengelolaannya harus dapat secara maksimal memberikan kemakmuran dan kesejahteraan rakyat. Pada kenyataannya, politik hukum pengelolaan minyak dan gas bumi yang berlaku pada kurun waktu tertentu di Indonesia menyebabkan pengaruh yang berbedabeda terhadap kesejahteraan sosial yang dicita-citakan. Prespektif penguasaan dan perusahaan kepemilikan energi menjadi semakin kabur, padahal Pasal 33 UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 telah memberikan batasan kepemilikan sumber daya alam oleh Negara untuk kesejahteraan rakyat. Karenanya, perlu segera dilakukan reinterpretasi kepemilikan energi secara faktual dan de facto, salah satunya adalah melalui mekanisme transparansi tatakelola pendapatan dan lingkungan pertambangan minyak dan gas bumi untuk mengembalikan dalam kerangka de jure dan ideal serta mendapatkan data publik yang transparan dan berkualitas baik, yang sesuai dengan semangat Pasal 33 UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai landasan filosofis politik hukum pengelolaan minyak dan gas bumi. Serta, untuk menjamin efektifitas pelaksanaan dan pengendalian kegiatan secara berdaya guna, berhasil guna, serta berdaya saing tinggi dan berkelanjutan atas minyak dan gas Bumi yang strategis dan tidak terbarukan melalui mekanisme yang terbuka dan transparan demi mencapai keadilan sosial dan keadilan ekologis yang dicita-citakan.

Maret Priyatna, S.H., M.H : *Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung*

### **Tanggung Jawab Negara dalam Perlindungan Lingkungan yang Berkeadilan Bagi Generasi yang Akan Datang**

Konstitusi Negara Republik Indonesia mengatur pengelolaan dan pemanfaatan bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Hal ini berdampak pada banyaknya peraturan perundang-undangan yang mengedepankan pengelolaan dan pemanfaatan lingkungan tanpa memperhatikan perlindungan dan pelestarian fungsi lingkungan. Disisi lain berdasarkan amanat pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, Negara bertanggungjawab dalam “....melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.... “ Pencemaran dan perusakan lingkungan akibat kegiatan usaha saat ini menjadi perhatian bersama mengingat dampaknya sudah mulai dirasakan secara langsung maupun tidak langsung oleh manusia. Kegiatan Industri, kehutanan, pertambangan, perkebunan dan lain-lain di satu sisi memberikan dampak positif dalam meningkatkan perekonomian nasional, namun di sisi lain memberikan dampak negatif apabila dalam proses kegiatan usaha tersebut mengakibatkan penurunan kualitas lingkungan akibat pengelolaan dampak yang tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan konsep pembangunan berkelanjutan. Salah satu penyebab permasalahan tersebut diatas adalah banyaknya peraturan perundang-undangan yang sektoral sehingga menimbulkan banyak konflik kepentingan masing-masing sektor. Keadilan yang ada saat ini adalah keadilan berdasarkan undangundang sektoral yang mengedepankan pengelolaan dan kepentingan ekonomi, namun tidak memperhatikan perlindungan dan keadilan bagi lingkungan sebagai *common heritage of mankind* yang selama ini telah mendukung kehidupan manusia serta kepentingan generasi yang akan datang. Pendekatan hukum lingkungan secara komprehensif-integral harus dikedepankan dalam strategi pembaruan kebijakan hukum lingkungan di Indonesia. Komitmen Negara harus dapat diwujudkan dalam konstitusi. Konsep mengenai konstitusi hijau (Green Constitution) mulai berkembang di beberapa Negara di dunia, hal ini memberikan gambaran bahwa permasalahan lingkungan sudah menjadi perhatian masyarakat dunia (lintas batas) seperti permasalahan perubahan iklim. Pengaturan secara tegas dalam konstitusi Indonesia sudah selayaknya dipertimbangkan sebagai salah satu upaya dan tanggungjawab Negara bagi perlindungan lingkungan serta kepentingan generasi yang akan datang.

Mumu Muhajir, S.H. : *Epistema Institute*

### **Menakar Tanggung Gugat Negara dalam Pembentukan Kebijakan REDD di Indonesia**

Pemerintah Indonesia mengambil langkah serius dalam penanganan perubahan iklim, dengan mendorong terealisasinya REDD di level dalam negeri Indonesia sendiri. Dukungan paling penting datang dari bantuan luar negeri, baik berbentuk dana hutang atau hibah serta teknis. Di tingkat lapangan, pemerintah dengan sangat tanggap menyediakan berbagai instrument kebijakan pendukung skema REDD dan mulai menginisiasi perubahan atas kebijakan yang dianggap menjadi penghalangnya. Pelaksanaan REDD menghadapi dua masalah sekaligus: kompetisi penggunaan lahan untuk pembangunan ekonomi, dan perlindungan hak masyarakat atas lahan; dimana masalah yang terakhir disebut ditanggapi dengan lamban, enggan oleh pemerintah. Di sisi lain, REDD sebagai bentuk gerakan konservasi baru, membutuhkan kepastian lahan dan skema penggunaan lahan berbeda dengan bentuk penggunaan lahan oleh masyarakat sekitar lahan yang dijadikan REDD. Dengan mengundang masuk sistem pasar bebas, REDD mengandung anasir penguasaan lahan absolut dan bahkan penyerobotan lahan sebagaimana bentuk investasi besar ekonomi lainnya yang pernah ada di lahan hutan. Di titik ini hak masyarakat atas lahan dan hutan kembali rentan karena negara c.q. Pemerintah tidak lagi berbicara atas nama mereka, tetapi sudah mewakili kepentingan pemilik modal ekonomi dan penggiat konservasi gaya baru.

Dr. Riawan Tjandra, S.H. M.Hum : *Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta*

### **Politik Hukum Sumber Daya Alam: Menuju Tata Kelola Sumber Daya Alam Berkeadilan**

Politik hukum Sumber Daya Alam (SDA) di negeri ini seharusnya merupakan manifestasi dan derivasi dari Pasal 33 UUD Negara RI 1945 yang berupaya mewujudkan keadilan sosial melalui penguasaan negara atas bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Pembukaan UUD 1945 telah menginisiasi ide agar pemerintah negara Indonesia melindungi segenap tumpah darah Indonesia atas rasionalitas untuk mewujudkan kesejahteraan bangsa sebagai suatu negara kesejahteraan (*welfare state*) dan sekaligus mewujudkan keadilan sosial (*social justice*) sebagai negara hukum. Dalam perspektif politik hukum SDA, Pasal 33 UUD 1945 telah memberikan mandat konstitusional agar negara menguasai SDA untuk mewujudkan kemakmuran rakyat, sesuai dengan tujuan yang tercantum dalam Pembukaan UUD 1945. Namun, alih-alih menggunakan konstitusi sebagai pedoman dalam politik hukum SDA guna mengelola kekayaan alam Indonesia yang berwawasan pelestarian fungsi lingkungan, ternyata politik hukum SDA telah menggeser SDA yang seharusnya menjadi *public goods* untuk memberikan kemakmuran kepada rakyat, menjadi *privat goods* yang cenderung abai terhadap visi keadilan sosial. SDA di negeri ini kian mengalir menjauhi konstitusi akibat salah urus kebijakan oleh para pengambil kebijakan yang telah mengorupsi makna Pasal 33 UUD 1945, kebijakan perijinan yang koruptif hingga eksploitasi SDA, telah mengubah maknanya menjadi "Sumber Dana Alam". Kehancuran SDA di negeri ini menjadi niscaya yang berimplikasi terhadap kerusakan lingkungan secara masif. Demoralisasi birokrasi yang berujung pada terjadinya berbagai praktik tindakan hukum pemerintah (*bestuurshandelingen*) yang mengandung penyalahgunaan wewenang maupun tindakan sewenang-wenang kian memperparah kehancuran SDA dan maladministrasi dalam pengelolaan lingkungan. Negara yang terasa antara ada dan (ti)ada telah menjadikan SDA negeri ini kian tergadai dan hukum yang dijalankan dengan mentalitas korup telah menjadikan hukum sekedar instrumen legalisasi kehancuran SDA.

Dra. Vinita Susanti, M.Si : *Departemen Kriminologi – FISIP Universitas Indonesia*

### **Kasus Lapindo : Kejahatan atau Bencana Lingkungan**

Tulisan ini membahas pengetahuan mengenai Kejahatan Lingkungan yang diajarkan dalam Kriminologi. Suatu kejahatan kontemporer, yang membahas mengenai pandangan kriminologi mengenai kejahatan lingkungan, dengan melihat unsur-unsur dari kejahatan lingkungan: pelaku, korban, hukum dan penegakkannya. Dengan mengenali apa yang dimaksud dengan kejahatan lingkungan, diharapkan etika lingkungan, pembangunan berkelanjutan dan analisa dampak lingkungan dapat mewujudkan keadilan lingkungan.

## Panel 8

Firdaus Cahyadi : *Yayasan SatuDunia*

### **Kebijakan Telematika dan Konglomerasi Media Di Indonesia**

Perkembangan teknologi telekomunikasi dan informatika (Telematika) begitu pesat di dunia. Ada kecenderungan konvergensi (menyatu). Artinya, jika sebelumnya teknologi informasi, telekomunikasi dan penyiaran terpisah, maka saat ini ada kecenderungan untuk menyatu. Di Indonesia sendiri, trend konvergensi telematika disambut dengan gegap gempita. Melonjaknya pengguna facebook, twitter dan jejaring sosial lainnya di internet seiring dengan meningkatnya pengguna handphone, dapat dijadikan contoh dalam hal ini. Di tengah gegap gempita era konvergensi telematika itu, ternyata ada persoalan serius terkait telematika di Indonesia. Setidaknya ada dua persoalan. Pertama, pengguna internet di Indonesia ternyata cenderung pasif dalam memproduksi konten. Kedua, pengguna internet, termasuk media sosialnya, ternyata masih didominasi oleh warga yang tinggal di Jawa, khususnya Jakarta dan kota-kota besar lainnya di Jawa, Indonesia Barat, dan sebagian Indonesia Tengah. Hal itu terkait ketimpangan akses infrastruktur telematika di negeri ini. Sebaliknya, datangnya era konvergensi telematika dimanfaatkan oleh korporasi di industri media. Konvergensi telematika, memperkuat bisnis konglomerasi media di Indonesia yang telah ada sebelumnya. Dengan konvergensi telematika, proses produksi berita menjadi lebih efisien secara ekonomi. Hasil reportase lapangan seorang wartawan, kini dapat dipublikasi di berbagai kanal sekaligus, cetak, online, televisi dan radio. Selain muncul kritik atas mutu sebuah karya jurnalistik terkait dengan fenomena menguatnya konglomerasi media di era konvergensi telematika ini, juga muncul kekuatiran terkait hegemoni wacana publik. Meskipun di era konvergensi telematika juga muncul kesempatan bagi publik untuk melawan hegemoni wacana dari media-media konglomerasi itu. Namun, dengan adanya dua persoalan telematika seperti tersebut di atas, pertarungan wacana antara publik dan media konglomerasi menjadi tidak seimbang. Artinya, media konglomerasilah yang akhirnya menjadi pemenang dalam pertarungan wacana tersebut. Kebijakan telematika yang diharapkan mampu memberi ruang bagi publik untuk mengekspresikan pendapatnya dan membangun wacana justru mengecewakan. Keberadaan pasal karet pencemaran nama baik di UU ITE misalnya, justru mengkondisikan publik pengguna internet bertambah pasif dalam memproduksi konten. Begitu pula RUU Konvergensi Telematika (Multimedia) yang semula diharapkan mampu mengatasi persoalan kesenjangan akses telematika antar wilayah di Indonesia, justru tidak memuat hak warga negara untuk menggugat atau sekedar komplain bila negara gagal membangun infrastruktur telematika di kawasannya. Yang tercantum dalam RUU Konvergensi Telematika adalah hak konsumen, bukan warga negara. Dan Telematika adalah sekedar komoditas bukan lagi sesuatu yang terkait dengan hajat hidup orang banyak.

Maharani Siti Shopia, S.H. : *Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban*

**Jaminan Perlindungan Terhadap Pers,  
dalam Relasi Hukum dan Hak Asasi Manusia**

Pers Indonesia mencatat sejumlah wartawan yang tewas berkaitan dengan kegiatan mereka sebagai jurnalis. Mereka, antara lain, wartawan Harian Bernas, Yogyakarta, Fuad M. Syafruddin yang tewas pada 16 Agustus 1996 dan wartawan Radar Bali, Anak Agung Gede Bagus Narendra Prabangsa yang dibunuh pada 11 Februari 2009 dan mayatnya ditemukan di perairan Teluk Bangsir, Karangasem pada 16 Februari 2009. Fakta dalam beberapa kasus ini menunjukkan betapa intimidasi dan ancaman terhadap saksi kunci kerap mereka alami, tujuannya agar kasus pembunuhan terhadap para jurnalis yang memiliki informasi penting ini tidak terbongkar. Sebut saja, dalam persidangan pembunuhan Prabangsa dengan terdakwa Susrama, sebelumnya sempat terjadi saling bantah antara Komang Gde Wardhana alias Mang De dengan Ida Bagus Adnyana Narbawa alias Gus Obolong. Gus Oblong merupakan saksi kunci dan satu-satunya tersangka dalam kasus ini yang mengakui perbuatannya. Gus Oblong menyatakan, pada 11 Februari Susrama bersama enam anak buahnya, termasuk Mang De melakukan pemukulan terhadap Prabangsa. Setelah tewas, jasad Prabangsa dibuang ke laut dengan jukung. Oblong mengaku sempat berniat mencabut berkas acara karena diancam akan ditusuk oleh salah-satu anak buah Susrama. Namun, akhirnya dia memilih menyatakan keterangan yang sebenarnya di muka persidangan. Oblong menyatakan telah mencabut kuasa hukum yang sebelumnya diberikan kepada tim yang sama dengan tim Susrama dan meminta majelis hakim menunjuk pengacara negara untuk mendampingi dirinya.

Mas Agus Firmansyah, S.Sos., M.Si : *FISIP Universitas Bengkulu*

**Regulasi Media: Dialektika antara Ruang Publik dan Kepentingan Ekonomi Politik**

Implikasi paling nyata yang dirasakan masyarakat dari sistem demokrasi pasca kejatuhan pemerintahan Orde Baru adalah keterbukaan informasi. Mulai dari media massa elektronik, media massa cetak hingga internet saat ini telah berubah menjadi sangat terbuka. Keterbukaan informasi tersebut tidak bisa dilepaskan dari keberadaan berbagai produk hukum yang dijadikan landasan dalam memberikan jaminan perlindungan akan praktik aktivitas pencarian hingga mempublikasikan informasi. UU Pers No.40 Tahun 1999, UU Penyiaran No.32 Tahun 2002 hingga UU ITE No.11 Tahun 2008 diantaranya merupakan sebagian produk hukum yang secara khusus ditujukan agar tercipta keterbukaan informasi. Keberadaan berbagai UU itu sekaligus memberikan ruang hadirnya lembaga baru seperti Dewan Pers dan Komisi Penyiaran Indonesia (KPI) yang memiliki kewenangan teknis untuk mengatur sengketa pers dan penyiaran. Dalam perspektif ideal, pentingnya regulasi media adalah untuk mewujudkan keterbukaan informasi yang berorientasi pada konsep keberagaman kepemilikan media dan keberagaman konten dimana publik diberikan porsi untuk mengatur dan memanfaatkan media sebagai ruang publik (*public sphere*). Namun demikian, pada kenyataannya untuk mewujudkan pandangan ideal tersebut tentu saja akan berhadapan dengan permasalahan yang sangat kompleks. Pada tataran praktik, permasalahan yang muncul dari keterbukaan informasi dan media saat ini dirasakan belumlah ideal. Daftar permasalahan yang muncul sangatlah panjang mulai dari kepemilikan media yang dimonopoli, keseragaman konten media, kesadaran masyarakat, hingga tumpang tindih kewenangan antar lembaga negara sebagai pengambil kebijakan regulasi. Untuk itu tujuan tulisan ini adalah mencoba mencari model hubungan yang ideal antara negara, media dan masyarakat. Dalam mencari rumusan model tersebut, pertama-tama adalah dengan mengali berbagai permasalahan yang muncul dalam praktik regulasi media dan keterbukaan informasi dalam kerangka negara hukum. Berbagai identifikasi terhadap

berbagai permasalahan tersebut selanjutnya dijadikan basis dalam usaha untuk mencoba membuat rumusan model yang mengatur bagaimana media, masyarakat dan negara dalam praktik ideal penyelenggaraan keterbukaan informasi.

Wijayanto, S.IP, M.Si : *Universitas Diponegoro*

**Self Censorship, Media's Freedom and The Media's Role in Defeating Corruption in Indonesia**

This paper aims to examine the role of mass media in defeating corruption in the case of corruption by Kendal regent Hendy Boedoro, 2005-2007. As a method, it combines in-depth interview and content analysis. The interview is done towards journalists, Civil Society Organizations (CSO's) activists, judicial apparatus and government's officials. Meanwhile, the content analysis is done to two Indonesian newspapers (Kompas and Suara Merdeka). The main findings of this research are as follows: first of all, based on the content analysis, it is found that most of the articles of both newspapers fail to meet the standard of journalism i.e. not objective and not cover both sides. Second, based on the interview, the journalists aware that their coverage failed to meet the standard of journalism. Third, realizing that failure, the journalist as well as the media company tend to avoid presenting a news about corruptor in a too critical way. They're afraid that they will be sued by the corruptor in the name of defamation. Fourth, this leads them to do self censorship i.e. framing the news in more favorable way to the corruptor. Fifth, this self censorship is actually a clear sign that the mass media is actually not really free. Fifth, this self censorship and the failure of the media to meet the standard of journalism can not be separated from the economic constrain of the media as a business company with its market and profit orientation. Finally, this also becomes the factor that hampers the media's role in defeating corruption.

## Panel 9

Arif Maulana, SH. MH : *Lembaga Bantuan Hukum Jakarta*

### **Pemenuhan Hak atas Bantuan Hukum untuk Memastikan Peradilan Berpihak pada Keadilan bagi Masyarakat Miskin dan Termarginal**

Konstitusi menjamin bahwa fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh Negara (Pasal 34 UUD 1945). Jaminan tersebut tidak hanya terbatas pada tanggung jawab ekonomi, sosial, budaya namun juga jaminan terhadap perlindungan hak hukum fakir miskin sebagai warga negara Indonesia. Meskipun tidak secara tegas, jaminan hak hukum fakir miskin tersebut tersirat dalam Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945 pasca amandemen yang mengatur bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum tanpa membedakan status social, budaya, ekonomi, maupun agama. Jaminan perlindungan hak hukum dan persamaan dimuka hukum diejawantahkan dengan pengaturan hak atas bantuan hukum bagi masyarakat miskin yang berhadapan dengan kasus hukum (Pasal 4 UU No. 12 tentang Hak Sipil Politik). Sebelum amandemen UUD 1945, Hak tersebut telah diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana. Pasca amandemen, jaminan tersebut diperkuat dalam UU Advokat dan yang terakhir telah diterbitkannya UU No. 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum sebagai jaminan baru pemenuhan hak atas bantuan hukum. Meskipun telah ada substansi hukum yang menjamin pemenuhan hak atas bantuan hukum, dalam praktek masih banyak masyarakat miskin yang tidak memperoleh haknya atas bantuan hukum. Akibatnya masyarakat miskin berada dalam posisi yang timpang dan tertindas ketika menghadapi permasalahan hukum. Konsekuensi yang ada adalah hilangnya harapan masyarakat miskin untuk mengakses keadilan. Makalah ini hendak mengulas mengenai problematika pengaturan dan praktek pemberian hak atas bantuan hukum bagi warga negara dalam KUHAP, UU Advokat, UU Bantuan Hukum di Indonesia pasca amandemen UUD 1945, apakah telah mampu memastikan jaminan persamaan dimuka hukum dan akses keadilan bagi masyarakat miskin dan marginal di Indonesia.

Chamelia Gunawan, S.H., M.H. : *WNLP CounselorsAtLaw*

### **Urgensi Independensi Pengadilan Pajak**

Pengadilan pajak adalah badan peradilan yang melaksanakan kekuasaan kehakiman bagi wajib pajak atau penanggung pajak yang mencari keadilan terhadap sengketa pajak. Saat ini pembinaan teknis Pengadilan Pajak berada di bawah Mahkamah Agung, sedangkan pembinaan organisasi, administrasi, dan keuangan Pengadilan Pajak masih berada di bawah kewenangan Kementerian Keuangan. Dualisme kepemimpinan dalam Pengadilan Pajak ini tentu saja menyebabkan tidak independensinya pengadilan pajak. Suatu pengadilan harusnya idependen, sehingga dapat menjamin kepastian hukum bagi pencari keadilan. Selama Pengadilan Pajak masih berada dibawah Kementerian Keuangan yang notebene merupakan institusi di mana Direktorat Jenderal Pajak bernaung, independensi Pengadilan Pajak tidak dapat dijamin, mengingat kemungkinan adanya intervensi dari internal Kementerian Keuangan itu sendiri. Selain itu, rekrutmen hakim yang kurang transparan juga menjadi momok bagi independensi pengadilan pajak. Makalah ini akan membahas mengenai urgensi independensi pengadilan pajak, mengingat pajak sebagai sumber penerimaan negara terbesar.

Eka Nugraha Putra, S.H., M.H. : *Universitas Merdeka Malang*

### **Keadilan Restoratif, Jalan Keluar untuk Overkriminalisasi**

Dalam prakteknya, penegakan hukum pidana sebisa mungkin memenuhi asas kepastian, keadilan dan kemanfaatan, karena dengan memenuhi asas-asas tersebut maka penegakan hukum pidana yang bertujuan reformation, restraint, retribution dan deterrence (A.Z. Abidin dan Andi Hamzah, 2010 : 42) dapat dicapai. Tujuan-tujuan penegakan hukum pidana tersebut berbicara dari kacamata perbaikan terhadap pelaku, dalam bentuk rehabilitasi perilaku, pengasingan (penjara) atau pembalasan setimpal terhadap pelaku tindak pidana. Bagaimana dengan kacamata korban dan masyarakat di tempat terjadinya tindak pidana ? Terlepas dari tujuan deterrence (pencegahan) terjadinya tindak pidana, penegakan hukum pidana jarang menyentuh kepentingan korban dan masyarakat pada umumnya. Pertanyaan yang bisa diajukan dalam kaitannya dengan kepentingan korban dan masyarakat dalam hal penegakan hukum pidana adalah bagaimana penegakan hukum pidana dapat menjamin ketertiban dan keadilan. Kemudian apakah juga ada jaminan keadilan yang dapat timbul apabila semakin banyak bentuk kriminalisasi baru dari beragam peraturan perundang-undangan yang dirumuskan. Keraguan akan jaminan keadilan dari beragam bentuk kriminalisasi baru ini muncul dari adanya fenomena overkriminalisasi, dimana dikhawatirkan dapat semakin memperberat beban kerja aparat hukum dalam proses peradilan pidana sehingga hukum pidana tidak dapat berfungsi dengan baik dan pula kehilangan wibawa (Salman Luthan, 2009 : 9). Penegakan hukum pidana yang hanya menekankan lewat pembalasan kepada pelaku tindak pidana pada perkembangannya membutuhkan alternatif pendekatan lain. Salah satunya dapat dilakukan oleh restorative justice (keadilan restoratif). Restorative justice menjadi alternatif mengembalikan lagi wibawa penegakan hukum pidana dan menciptakan ketertiban karena menawarkan proses pencarian pemecahan masalah yang terjadi atas suatu perkara pidana dimana keterlibatan korban, masyarakat dan pelaku menjadi penting dalam usaha perbaikan, rekonsiliasi dan penjaminan keberlangsungan usaha perbaikan tersebut. Makalah ini akan membahas peluang penerapan restorative justice dalam hukum pidana Indonesia, bagaimana kemudian restorative justice dapat menjadi solusi atas adanya fenomena overkriminalisasi di Indonesia.

Evarisan, SH, MH : *Klinik Hukum Ultra Petita Semarang*

### **Feminist Jurisprudence Alternatif Hukum yang Adil Gender**

Jaminan konstitusi (UUD 1945) atas keadilan diatur secara jelas dan tegas pada Pasal 24 ayat (1) yang menyatakan bahwa "Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan." Kemudian pada Pasal 28D ayat (1) yang menegaskan bahwa "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum." Selanjutnya dipertegas kembali pada Pasal 28 i (2) bahwa "Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu." Tidak kalah penting, bahwa di dalam prinsip dasar Hak Asasi Manusia telah pula diatur antara lain Prinsip kesetaraan: Semua manusia terlahir bebas dan memiliki kesetaraan dalam HAM, kemudian Non-diskriminasi : terhadap ras, warna kulit jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik, kepemilikan suatu benda (property), kelahiran atau status lainnya seperti orientasi seksual, umur, dan cacat tubuh. Namun realitas keadilan bagi perempuan berbanding terbalik dengan apa yang dimandatkan oleh Konstitusi dan prinsip dasar HAM. Pengalaman lapangan menunjukkan betapa netralitas hukum itu berlaku sangat Kejam terhadap mereka yang powerless, termarginalkan dan berjenis kelamin perempuan. Kekejaman tersebut diantaranya adalah tidak mendapatkan KEADILAN sesuai standart dan



prinsip HAM, perspektif yang bias gender dari aparat penegak hukum, kekosongan hukum (*recht vakum*) dijadikan alasan untuk tidak memberikan keadilan terhadap perempuan, pengabaian atas hak untuk didampingi oleh Penasehat Hukum, hak untuk tidak disiksa dan perlakuan buruk lainnya, hak untuk mendapatkan penangguhan penahanan, dan netralitas hukum dijadikan tameng untuk menghukum perempuan. Dari realitas tersebut, menunjukkan berbagai ketentuan hukum yang ada memarginalkan perempuan. Banyak persoalan-persoalan perempuan yang tidak dapat diselesaikan hanya dengan cara pandang positivis, untuk itu dibutuhkan cara pandang lain, teori lain untuk menjawab realitas tersebut. salah satu teori itu adalah Teori Hukum yang berperspektif Feminis (*Feminist Jurisprudence/Feminist Legal Theory*). *Feminist Jurisprudence* atau *Feminist Legal Theory* merupakan salah satu teori hukum yang progresif dan dapat digunakan sebagai alternatif, karena meletakkan pengalaman dan pengetahuan dari perspektif perempuan.

Herlina Permata Sari, M.Crim. : *Departemen Kriminologi FISIP Universitas Indonesia*

### **Adakah Tempat bagi Perempuan Korban Trafiking dalam Sistem Peradilan Indonesia?**

Berdirinya dan berfungsinya Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK) di Indonesia merupakan pengakuan Sistem Peradilan Indonesia atas adanya korban kejahatan –yang senantiasa terabaikan hak-hak dan keberadaannya dalam berbagai peristiwa kejahatan. Jika dibandingkan dengan banyak sistem peradilan dan lembaga penanganan korban di dunia yang cenderung patriarkis dan bias gender, maka analisis akademis terhadap LPSK dan Sistem Peradilan Indonesia dari kacamata perempuan korban kejahatan dan teori viktimologi tentunya akan amat menarik. Tulisan ini akan membahas pertama teori viktimologi yang mengkaji korban perempuan dan sistem peradilan dari perspektif gender; Kedua, pengalaman perempuan korban trafiking terkait Sistem Peradilan Indonesia dan LPSK; dan Ketiga, diskusi arah perkembangan LPSK dan Sistem Peradilan Indonesia yang berperspektif gender dari kajian viktimologi.

Irine Handika, SH. LLM : *Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada*

### **Membayar Denda demi Mencari Keadilan: Fenomena di Pengadilan Pajak Indonesia**

Filosofi pembentukan Pengadilan Pajak adalah memberi keadilan bagi para Wajib Pajak. Pajak merupakan sumber utama pendapatan negara, sehingga Pemerintah berkepentingan untuk mengoptimalkan pemungutan pajak, tanpa melanggar hak Wajib Pajak. Keterlibatan Wajib Pajak dimulai saat terdaftar sebagai pemilik NPWP, sampai dengan penghitungan, penyetoran dan pelaporan pajak. Meskipun sudah memiliki landasan yuridis namun tidak menutup peluang terjadinya pelanggaran. Pelanggaran dapat berasal dari Wajib Pajak nakal maupun dari Fiskus yang khilaf melaksanakan tugasnya. Pada saat terjadi pelanggaran Wajib Pajak dapat menggunakan haknya mengajukan upaya hukum, yang dimulai dari Keberatan, Banding, sampai dengan Peninjauan Kembali. Keberatan sebagai garda depan upaya hukum hingga kini masih mengandung sejumlah kelemahan. Crash Program 2010 yang dikeluarkan oleh Kementerian Keuangan memberi catatan merah bagi Bagian Keberatan DJP, dan di lain sisi masih banyak Wajib Pajak yang tidak puas atas keputusan Keberatan yang dikeluarkan Fiskus. Singkatnya, dapat disimpulkan bahwa output dari Keberatan belum mampu memuaskan rasa keadilan. Situasi itu berbenturan dengan ketentuan Pasal 25 ayat (9) UU KUP yang memerintahkan Wajib Pajak yang Keberatan-nya ditolak atau dikabulkan sebagian untuk membayar denda sebesar 50% dari jumlah pajak. Pada situasi tersebut tidak ada pilihan bagi Wajib Pajak selain mengajukan upaya hukum selanjutnya, yaitu Banding. Permasalahannya, Pasal 27 ayat (5d) menetapkan denda sebesar 100% bagi Wajib Pajak yang permohonan Banding-nya ditolak atau dikabulkan sebagian. Ketentuan UU KUP

tersebut menghalangi Wajib Pajak untuk menggunkan haknya mengajukan upaya hukum karena harus mengkalkulasi untung-rugi sebelum mengajukan Banding. Kondisi ini bertentangan dengan filosofi Pengadilan Pajak sebagai tempat mencari keadilan. Di Pengadilan Pajak dapat dikatakan harus membayar demi mencari keadilan, meskipun kesalahan perhitungan tidak mutlak berasal dari Wajib Pajak (dalam hal putusan dikabulkan sebagian), Wajib Pajak tetap diharuskan membayar denda. Anomali ini hanya terjadi di Pengadilan Pajak, dimana sebuah upaya hukum dapat berbuah denda.

Dr. Ismail Rumadan, M.H. : *Mahkamah Agung Republik Indonesia*

### **Problematika Pelaksanaan Kekuasaan Kehakiman:**

#### **Dalam Konteks Pelaksanaan Fungsi Check And Balances System**

Kekuasaan kehakiman yang merdeka merupakan ciri khas dari konsep negara hukum yang tertera dalam UUD 1945. Hal yang sangat penting dari kekuasaan kehakiman yang merdeka adalah menjamin sikap tidak memihak, adil, jujur atau netral (*impartiality*), dan tidak dipengaruhi oleh suatu kekuasaan lain apapun. Namun dalam pelaksanaannya, kekuasaan kehakiman ini tidak mudah untuk dijalankan sebab terdapat beberapa permasalahan, baik secara internal maupun eksternal. Permasalahan yang sangat dominan adalah bentuk pengawasan secara eksternal oleh Komisi Yudisial (KY) terhadap Mahkamah Agung (MA). Eksistensi KY dalam UUD 1945 pasca Perubahan Ketiga UUD 1945 merupakan suatu terobosan yang sangat penting dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia yang kemudian tercermin lebih lanjut dalam pembentukan UU Nomor 22 Tahun 2004, di mana KY diberi kewenangan untuk melakukan pengawasan serta menjatuhkan sanksi, termasuk pemberhentian hakim yang melanggar kode etik dan profesi hakim. Hal ini merupakan suatu yang luar biasa ditengah menjawab keresahan dan harapan masyarakat agar dunia peradilan di Indonesia bebas dari praktik-praktik korup. Harapan tersebut tentu sangat mulia, tetapi dalam konteks struktur ketatanegaraan Indonesia harapan itu diterjemahkan secara kurang tepat. Pertama, jikalau sanksi pemberhentian terhadap hakim dimaknai sama dengan proses impeachment hakim federal di AS, hal itu tidak bisa diterapkan. Karena, menurut Perubahan Ketiga UUD 1945 Pasal 7A, hanya Presiden dan Wakil Presiden saja yang bisa diberhentikan dalam masa jabatannya oleh MPR atas usulan DPR. Hal ini berbeda dengan Konstitusi AS yang mengatur bahwa hakim federal juga termasuk pejabat publik yang bisa di-*impeach*. Kedua, konsep impeachment terhadap hakim adalah salah satu terjemahan dari konsep pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) di mana antarcabang kekuasaan terdapat sebuah proses pengawasan dan penyeimbangan (*check and balances*). Kalaupun diasumsikan KY diberikan kewenangan untuk melakukan pengawasan dalam kerangka *check and balances*, maka pemikiran tersebut juga mengandung masalah, karena tugas tersebut hanya bisa dijalankan oleh badan Legislatif dan Eksekutif terhadap Yudikatif. Jikalau KY adalah organ pendukung MA tentu tidak tepat jika dia menjalankan *check and balances* terhadap MA sebagai organ utamanya, sedangkan di sisi lain KY juga tidak diposisikan secara jelas sebagai organ pendukung pemerintah ataupun DPR. Permasalahan ini bersumber dari keberadaan KY pasca Amandemen ketiga UUD 1945 yang menempatkan KY dalam pisis yang sejajar dengan lembaga tinggi negara lainnya, sehingga dalam prakteknya KY menjelma menjadi cabang kekuasaan keempat dalam struktur ketatanegaraan kita padahal KY adalah sebuah Komisi, yang sama posisinya dengan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK). Sehingga dapat dipastikan terjadinya konflik yang berkepanjangan antara MA dan KY apabila permasalahan ini tidak dapat dicari solusinya.

## Panel 10

I Ketut Sudantra, S.H., M.H. : *Fakultas Hukum Universitas Udayana*

### **Strategi dalam Revitalisasi Peradilan Adat sebagai Sistem Peradilan pada Kesatuan Masyarakat Hukum Adat**

Revitalisasi peradilan adat dewasa ini sangat penting dan relevan dalam politik pembangunan hukum di Indonesia. Peradilan adapt yang dimaksudkan di sini adalah suatu sistem peradilan yang lahir, berkembang dan dipraktikkan oleh kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat di Indonesia, berdasarkan pada hukum adat, dan berwenang menyelesaikan perkara-perkara adat. Peradilan adat bukan merupakan bagian dari sistem peradilan negara. Konsep ini berbeda dengan makna dari istilah “peradilan adat” yang disebutkan dalam Undang-undang Darurat Nomor 1 Tahun 195. Urgensi revitalisasi peradilan adat, setidaknya didasarkan pada empat alasan: (1) revitalisasi peradilan adat sangat bermanfaat bagi penguatan kearifan-kearifan lokal dan hukum adat untuk memperkaya sistem hukum nasional; (2) revitalisasi peradilan adat penting dalam rangka implementasi Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (3) UUD 1945, yaitu dalam rangka memberikan pengakuan dan perlindungan terhadap identitas budaya dan hak masyarakat tradisional, dalam hal ini hak kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat; (3) adanya peradilan adat yang kuat dan berfungsi efektif pada kesatuankesatuan masyarakat hukum adat lebih memungkinkan terjadinya pemerataan keadilan dikalangan rakyat karena peradilan adat yang berada dekat dan dalam jangkauan masyarakat kebanyakan dapat memperkuat akses terhadap keadilan bagi masyarakat, terutama bagi masyarakat yang terpinggirkan seperti masyarakat adat; (3) peradilan adat yang berfungsi efektif dapat menyaring perkara yang masuk ke pengadilan peradilan negara sehingga dapat mengurangi beban pengadilan dan memungkinkannya dapat melaksanakan fungsinya secara lebih efektif dan efisien. Mengingat urgennya revitalisasi peradilan adat, maka menjadi relevan untuk didiskusikan dan dirumuskan strategi yang tepat agar kegiatan revitalisasi tersebut mempunyai arah dan tujuan yang jelas. Dalam implimentasinya, kegiatan revitalisasi dapat diarahkan pada pembenahan sistem hukum peradilan adapt, baik pembenahan pada aspek substansi, struktur maupun budaya hukumnya.

Jamielka Roosje Satyana Pilongo, S.H., M.H. : *Universitas Sintuwu Maroso*

### **Penyelesaian Sengketa Adat di Kabupaten Poso**

Proses mencari keadilan bagi masyarakat dapat secara formal yaitu menggunakan lembaga peradilan formal. Tetapi fakta bahwa pada jalur formal peradilan telah terjadi penumpukan perkara di Mahkamah Agung. Menggunakan jalur formal ternyata sangat lama, sangat menguras energi, tenaga dan biaya yang terbuang. Kasus-kasus demikian mungkin tidak akan terjadi seandainya lembaga-lembaga penyelesaian sengketa informal yang telah ada sejak dahulu di masyarakat Indonesia masih cukup berfungsi. Di masyarakat Indonesia sejak dahulu dikenal lembaga adat yang dapat menyelesaikan sengketa, yang disebut dewan hadat. Penyelesaian sengketa atau konflik oleh lembaga adat lebih mementingkan penyelesaian secara musyawarah, tidak mementingkan menang kalah tetapi yang lebih penting lagi yaitu mengembalikan keharmonisan masyarakatnya. Secara yuridis formal, undang-undang telah memberikan peluang terhadap desa sebagai masyarakat hukum untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat berdasarkan asal usul dan adat istiadat setempat yang diakui dalam sistem pemerintahan nasional. Lembaga- lembaga adat yang hidup di masyarakat Kabupaten Poso mempunyai nilai yang sangat tinggi sebagai budaya lokal yang dapat dikembangkan menjadi Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa informal. Lembaga adat ini telah dikenal sejak dahulu. Hasil penelitian kami, lembaga adat yang ada di kabupaten Poso adalah lembaga kemasyarakatan yang sangat penting berada di

desa- desa yang didomisili oleh suku Pamona dan suku-suku di daerah Lore, karena berfungsi sebagai salah satu lembaga penyelesaian persoalan masyarakat, baik yang bersifat sengketa maupun bukan sengketa, yang bertujuan menjaga ketentraman dan keharmonisan sesama anggota masyarakat yang berada di desa (lipu).

Jomi Suhendri S., S.H. : *Perkumpulan Qbar*

**Penyelesaian Sengketa Tanah Pusako (Ulayat) melalui Kerapatan Adat Nagari (KAN)  
Di Nagari Situjuh Gadang, Kabupaten Lima Puluh Kota:**

**Penerapan Peradilan Adat Di Sumatera Barat**

Lembaga adat yang berperan sebagai peradilan adat sudah ada dari dulu dan telah lama dipraktekkan untuk menyelesaikan perselisihan yang terjadi atau sengketa yang ada di dalam masyarakat hukum adat. Cara ini ditempuh diantaranya untuk mengurangi biaya perkara yang mahal karena dalam proses pengadilan berindikasi akan ada pihak yang menang dan yang kalah. Pihak yang kalah akan merasa dirugikan dengan adanya putusan sehingga prosesnya akan memakan waktu yang lama dan berbelit-belit. Selain itu juga terjadinya penumpukan perkara yang terjadi di Mahkamah Agung yang memerlukan penyelesaian yang cepat. Di Sumatera Barat lembaga adat yang menyelesaikan sengketa perdata adat ini adalah Kerapatan Adat Nagari (KAN). Dalam konteks kembali kenagari yang sudah berjalan hampir 11 tahun di Sumatera Barat, penyelesaian sengketa melalui lembaga adat seperti Kerapatan Adat Nagari masih menunjukkan eksistensinya. Ini terlihat dari beberapa kasus tanah ulayat di Sumatera Barat, diselesaikan melalui lembaga adat di nagari. Penyelesaian sengketa berbasis komunitas ini pernah dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Sumatera Barat melalui Surat Edaran Ketua Pengadilan Tinggi Sumatera Barat No. W3.DA.HT.04.02-3633 tanggal 27 Mei 1985 tentang Pemberlakuan Hukum Adat Minangkabau mengenai Sengketa Tanah Pusako Tinggi, dikuatkan dengan Surat Edaran Lembaga Kerapatan Adat Alam Minangkabau (LKAAM) No. 7/LKAAM-SBVI-1985 tanggal 10 Juni 1985 perihal Penyelesaian Pesengketaan Perdata Adat. Untuk Sumatera Barat ditindak lanjuti dengan Perda No. 6 Tahun 2008 tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya, yang memberikan kewenangan kepada KAN untuk menyelesaikan sengketa tanah ulayat di nagari. Dalam BAB VII tentang Kerapatan Adat Nagari (KAN), Pasal 12 berbunyi sengketa tanah ulayat di nagari diselesaikan oleh KAN menurut ketentuan sepanjang adat yang berlaku, bajanjang naiak batanggo turun dan diusahakan dengan jalan perdamaian melalui musyawarah dan mufakat dalam bentuk keputusan perdamaian. KAN sebagai institusi di nagari diakui keberadaannya untuk menyelesaikan sengketa hak ulayat di nagari oleh pemerintah, dan ini terlihat dari surat Badan Pertanahan Nasional (BPN), dengan menerbitkan Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nomor 5 tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Di pasal 2 disebutkan bahwa Pelaksanaan hak ulayat sepanjang pada kenyataan masih ada dilakukan oleh masyarakat hukum adat yang bersangkutan menurut ketentuan hukum adat setempat. Di Nagari Situjuh Gadang Kabupaten Lima Puluh Kota, KAN sebagai institusi yang bewenang menyelesaikan sengketa masih menunjukkan eksistensinya. Dari jumlah kasus yang masuk sebanyak 4 kasus dari tahun 2008 sampai tahun 2012 di Nagari Situjuh Gadang, semuanya bisa diselesaikan oleh KAN. Putusan yang sudah dikeluarkan oleh KAN dipatuhi dan dijalankan oleh para pihak yang bersengketa. Khusus untuk kasus pidana, KAN tidak memproses karena tidak menjadi kewenangan KAN, dan kasus ini diselesaikan pada tingkat kaum dan suku atau diserahkan kepada pihak kepolisian.

Dr. Juniarti: *Pusat Analisis Perubahan Sosial Aceh*

### **Peran Strategis Peradilan Adat di Aceh dalam Memberikan Keadilan bagi Perempuan dan Kaum Marjinal**

Lahirnya aturan adat istiadat sebagai kearifan lokal di Aceh bertujuan untuk mengatur tata hubungan masyarakat yang ada di dalamnya, termasuk juga dalam mengatur penyelesaian masalah sosial kemasyarakatan, yaitu: melalui Peradilan Adat. Namun, sayangnya keberadaan peradilan adat di Aceh mengalami pasang surut dalam pusaran kebijakan secara nasional maupun kedaerahan. Untuk itu, penelitian ini bertujuan: pertama, menemukan beberapa kelemahan peradilan adat dalam memberikan keadilan bagi perempuan dan kaum marjinal; kedua, menemukan peluang peradilan adat dalam memberikan keadilan; dan ketiga, merumuskan langkah-langkah strategis untuk menjadikan peradilan adat mampu memberikan keadilan bagi perempuan dan kaum marjinal. Penelitian ini menggunakan pendekatan kualitatif dengan teknik pengumpulan data adalah pengamatan lapangan di beberapa Kabupaten di Provinsi Aceh, wawancara dan studi kepustakaan. Hasil penelitian menunjukkan: pertama, kelemahan yang dihadapi peradilan adat di Aceh, yaitu: masih kurangnya pengakuan negara/daerah terhadap eksistensinya; mulai berkurangnya kepercayaan masyarakat; dan kecenderungan masyarakat pada alternatif penyelesaian hukum yang lain; kedua, peluang yang dimiliki peradilan adat di Aceh adalah adanya dukungan masyarakat, tradisi kebudayaan yang kental akan nilai-nilai keislaman; adanya dukungan peraturan baik dalam bentuk Undang-Undang (Undang-Undang No.11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh) maupun beberapa qanun pendukung lainnya; dan adanya lembaga semi pemerintahan, yaitu: Majelis Adat Aceh (MAA); dan ketiga, langkah-langkah strategis yang dapat diterapkan untuk menjadikan peradilan adat di Aceh dapat memberikan keadilan bagi perempuan dan kaum marjinal adalah dengan cara melakukan sosialisasi peradilan adat, penguatan kapasitas personel dan kelembagaan peradilan adat, membangun kerjasama antar lembaga, dan komitmen serta keseriusan pemerintah/pemerintah daerah dalam mendukung peradilan adat di Aceh baik dalam bentuk alokasi dana, sarana prasarana maupun peraturan pendukung.

Mohamad Jamin, S.H., M.Hum. : *Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta*

### **Rekonstruksi Politik Hukum Pengakuan Peradilan Adat dalam Sistem Kekuasaan Kehakiman untuk Mewujudkan Keadilan Restoratif**

Peradilan adat eksis di Nusantara jauh sebelum Republik Indonesia lahir. Pada masa kolonial Belanda peradilan adat tetap diakui dan berlaku untuk pribumi dan masyarakat hukum adat. Ironisnya di era kemerdekaan, dimulai dengan UU Darurat RI Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan Dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil, dan dipertegas semua undang-undang penggantinya, terakhir dengan UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, justru peradilan adat tidak diakui. Politik hukum unifikasi dan sentralisme peradilan menyebabkan tidak ada peradilan di luar peradilan negara. Hal ini adalah pengingkaran (*political of ignorance*) terhadap hukum/peradilan adat, bertentangan dengan Pasal 18B ayat (1) dan (2), Pasal 28I Ayat (3) UUD NRI 1945 yang mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat, dan hak masyarakat tradisional, sekaligus inkonsisten dan *conflict of norm* dengan UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM. Politik hukum dalam konstitusi tidak diikuti oleh politik perundang-undangan kekuasaan kehakiman, apalagi hingga kini belum ada UU tentang Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Adat. Masyarakat adat di Papua sedikit "beruntung" dengan terbitnya UU No. 21 tahun 2001 tentang Otsus Papua, yang mengakui peradilan adat meskipun bersifat semu (*pseudo recognition*). Kebutuhan peradilan adat bukan hanya untuk Papua, pada masyarakat hukum adat lainnya peradilan adat *ipso facto* masih sangat berperan sebagai *self regulating mechanism* atau *community justice system*.

Ke depan diperlukan rekonstruksi politik hukum pengakuan peradilan adat menuju pengakuan yang utuh dan hakiki (*genuine legal recognition*). Disaat kondisi peradilan negara yang carut-marut dan banyaknya kasus “sandal jepit”, keberadaan peradilan adat semakin urgen mengurangi *over loaded* perkara, lebih mewujudkan keadilan restoratif dan meningkatkan akses keadilan bagi masyarakat hukum adat yang jauh dari *coverage* hukum/peradilan negara.

Tandiono Bawor Purbaya : *Perkumpulan HuMa*

**Revitalisasi Peradilan Adat? Ketika Negara Tidak Mengakui Peradilan Adat: Studi Respon Negara terhadap Penyelenggaraan Peradilan Adat dalam Konflik Sumberdaya Alam di Kalimantan Barat**

Amandemen UUD 1945 menegaskan bahwa ‘Negara Indonesia adalah negara hukum’. Hukum dalam hal ini dimaknai sebagai hukum produk negara dan pemerintahan. Upaya pembaharuan hukum yang telah dilakukan terbatas pada tingkatan substansi dan institusi hukum. Namun secara faktual kehidupan ber hukum tidak kunjung membaik bahkan semakin merosot. Hukum tidak mampu memenuhi rasa keadilan masyarakat dan tidak berperspektif keadilan sosial. Hukum digunakan secara efektif untuk mengambil sumber daya alam yang mengakibatkan semakin hilangnya unit-unit kedaulatan rakyat atas sumber-sumber kehidupannya. Berbagai pihak mencoba mencari alternatif penyelesaian yang diharapkan mampu untuk menerobos kemacetan yang terjadi. Salah satu pilihan yang ditawarkan adalah melakukan revitalisasi peradilan adat. The World Bank, secara khusus telah melakukan penelitian tentang keberadaan peradilan non negara dan optimis untuk menggunakan mekanisme peradilan adat/non negara untuk menopang sistem pencapaian keadilan yang sudah dibangun oleh negara. Optimisme tersebut harus dikaji kembali, salah satunya karena meskipun keberadaan kesatuan masyarakat hukum adat diakui dan dijamin konstitusi, namun sistem peradilan nya tidak pernah diakui secara hukum. Penghapusan peradilan adat melalui UU No.1/Drt/1951 telah berdampak pengingkaran terhadap eksistensi keseluruhan mekanisme hukum adat. Dalam berbagai proses yang sifatnya individual dan tidak mengganggu kepentingan pemerintah dan pemilik modal, mekanisme ini diasumsikan dapat digunakan untuk pencapaian pemenuhan rasa keadilan. Namun, jika mengganggu kepentingan modal dan negara dalam pengelolaan dan atau penguasaan sumber daya alam oleh masyarakat adat, maka hukum negara melalui sistem peradilan nya mengingkari keberadaan peradilan adat. Studi ini mengkaji respon negara terhadap keberlakuan peradilan adat yang menangani keberatan-keberatan masyarakat adat dalam perebutan sumber daya alam yang dilakukan oleh pihak luar terhadap masyarakat adat.

Tody Sasmitha Jiwa Utama, S.H., LL.M. : *Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada*

**Mendekatkan Kembali Peradilan Adat:**

**Jalan Panjang Perubahan Kerangka Epistemologi Hukum Nasional**

Pola pembangunan hukum Indonesia saat ini dipengaruhi oleh semangat unifikasi dan rasionalisasi yang mengakibatkan hukum terjebak pada aspek-aspek prosedural semata. Akses terhadap keadilan pada akhirnya diterjemahkan secara sempit sebagai mekanisme teratur dan terstruktur dengan kepastian hukum sebagai panglima. Pada sisi yang berlawanan, hukum adat dan peradilan nya menawarkan pilihan yang sama sekali berbeda. Suatu sengketa dalam kacamata hukum adat dipandang sebagai keadaan rusaknya keseimbangan dalam masyarakat yang perlu dibenahi, meskipun dengan mengorbankan kepastian hukum. Diskursus yang berkembang mengenai hukum dan peradilan adat

seringkali menggiring polarisasi antara hukum modern dan hukum tradisional. Badan peradilan modern-institusional berhadapan dengan pengadilan adat yang tercitrakan sebagai milik masyarakat terbelakang yang menolak ikut dalam arus rasionalisme modernisasi. Dikotomi itu juga yang membentuk pandangan bahwa pengadilan adat kerap mengabaikan Hak Asasi Manusia (HAM) dan bias terhadap kesetaraan gender. Tulisan ini berusaha keluar dari jebakan dikotomi tersebut dengan memandang bahwa pola revitalisasi hukum dan peradilan adat perlu mempertimbangkan dan mengatasi hambatan rasionalitas serta kepastian hukum yang selama ini menjadi kekuatan peradilan modern-institusional. Pengadilan adat harus dipahami tidak sekedar sebagai lembaga alternatif penyelesaian sengketa, melainkan juga bagian yang terintegrasi dari bangunan hukum Indonesia. Revitalisasi pengadilan adat harus diikuti usaha untuk melakukan perubahan kerangka epistemologi hukum nasional yang selama ini kental dengan semangat logosentrisme hukum barat. Kemajemukan masyarakat Indonesia tentunya tidak dapat tunduk hanya pada satu logika. Oleh karena itu menjadi penting untuk menerjemahkan kembali pluralisme hukum di dalam kerangka epistemologi hukum Indonesia. Diharapkan dengan perubahan tersebut, hukum dan peradilan adat dapat terintegrasi dalam bangunan hukum nasional sebagai salah satu pilar yang berwibawa dan mampu mendorong penguatan masyarakat madani di Indonesia.







# CERAMAH KUNCI

PROF. MAHFUD MD

KETUA  
MAHKAMAH KONSTITUSI RI



## **Ceramah Kunci Prof. Mahfud MD - Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia**

Yang saya hormati,

- Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi, Prof. Achmad Sodiki,
- Para Hakim Konstitusi,
- Para Narasumber,
- Para Pegiat dan Pejuang Hukum dan Hak Asasi Manusia, baik dari kampus maupun dari LSM, serta
- Para peserta konferensi dan dialog Nasional Negara Hukum.

Konferensi dan dialog nasional Negara Hukum ini didasari pada kegalauan kita terhadap praktik penegakan hukum kita dewasa ini. Bahkan, ketika reformasi sudah kita lakukan kurang lebih empat belas tahun silam, yang salah satunya agendanya ialah mereformasi hukum, nyatanya hukum kita, baik perumusan maupun penegakannya masih amburadul. Kegalauan terbesar kita dalam berhukum saat ini adalah ketika hukum ditegakkan tetapi tanpa disertai moralitas. Hukum ditegakkan tetapi seringkali kehilangan sukmanya yaitu keadilan. Padahal, hukum minus keadilan bukanlah hukum dalam arti sebenarnya. Hukum harus adil, jika tak adil maka ia bukanlah hukum. Di dalam konstitusi kita, UUD 1945, jelas bahwa hukum dan keadilan merupakan satu paket yang tak mungkin dipisahkan, yang harus pula ditegakkan secara bersama-sama. Kegalauan itulah yang memunculkan pertanyaan: kemana sebenarnya arah pembangunan negara hukum Indonesia? Bagaimana dan sejauhmana implementasi negara hukum ini telah benar-benar mendekatkan kita pada cita-cita negara?

Persoalan yang agak krusial juga ditemukan terkait dengan penegakan hak asasi manusia (HAM) dan hak konstitusional warga negara. UUD 1945 hasil amandemen sering dikatakan sebagai konstitusi dengan kemajuan sangat signifikan dalam pengaturan dan perlindungan hak-hak asasi manusia. Sebagai prasyarat utama tegaknya negara hukum, di samping pemisahan kekuasaan, perlindungan HAM telah dituangkan dalam konstitusi dengan ketentuan-ketentuan yang jelas dan rinci. Dengan memasukkan daftar HAM yang relatif panjang ke dalam UUD 1945, berarti UUD 1945 telah menjadikan HAM sebagai hak konstitusional. Tidak semua hak konstitusional adalah HAM, sementara semua HAM adalah hak konstitusional. Sayangnya, di tataran implementasi, penegakannya masih sering terkendala oleh praktik-praktik pelanggaran hukum yang mencederai hak asasi dan hak konstitusional. Bahkan, dalam beberapa peristiwa, praktik pencederaan HAM terkesan menafikkan kenyataan bahwa kita menganut prinsip Negara Hukum.

Terhadap kondisi itu, tentu kita tak tinggal diam. Upaya perbaikan terhadap kondisi demikian bukannya tidak pernah dilakukan. Berbagai aturan hukum baru telah dibentuk, bermacam policy telah diambil, forumforum ilmiah pun telah pula diselenggarakan untuk mengevaluasi dan memberikan rekomendasi bagi pembangunan dan penegakan hukum. Upaya-upaya nyata dalam bentuk reformasi birokrasi, perbaikan sistem dan kelembagaan, serta pembentukan berbagai lembaga pendukung untuk perbaikan hukum juga telah

dilakukan sepanjang era reformasi. Namun, perubahan yang terjadi belum cukup menggembirakan. Oleh karena itu, nampaknya kita perlu menelisik lebih jauh dan lebih dalam terhadap problem hukum di Negara Hukum Indonesia.

Pada saat upaya instrumental baik berupa aturan, sistem, maupun reposisi personal ternyata tidak dapat menghasilkan perbaikan, maka sudah selayaknya kita harus melihat pada persoalan paradigmatis, persoalan pada tatanan nilai atau spirit Negara Hukum Indonesia. Pada titik inilah kita perlu merefleksi kembali wilayah yang memang sangat jarang disentuh, bahkan tidak pernah dimasuki oleh aparat penegak hukum, dan mengangkatnya kembali sebagai paradigma negara hukum Indonesia, salah satunya ialah wilayah cita hukum (*rechtsidee*). Untuk itu, pada kesempatan ini, saya akan menyampaikan ceramah kunci yang saya beri judul "Cita Hukum Pancasila dalam Konsepsi Negara Hukum Indonesia". Materi ceramah ini merupakan modifikasi dari materi ceramah yang pernah saya sampaikan di beberapa kampus dan acara lain di berbagai kesempatan sebelumnya.

Hadirin yang saya hormati,

Salah satu gagasan sebagai dasar membentuk negara Indonesia merdeka adalah paham konstitusionalisme dan negara hukum. Jika dikatakan bahwa adanya konstitusi merupakan konsekuensi dari penerimaan atas konsep negara hukum, maka pada saat para pendiri bangsa republik ini menyusun sebuah konstitusi berarti secara sadar konsep negara hukum telah dipilih. Hal itu karena adanya konstitusi sebagai norma hukum berfungsi membatasi kekuasaan pemerintahan agar tidak melanggar hak asasi manusia (HAM) dan melampaui kekuasaan yang diberikan konstitusi. Namun demikian, naskah UUD 1945 yang disahkan PPKI tidak memuat pernyataan yang jelas tentang negara hukum yang dianut Indonesia.

Di dalam Pembukaan UUD 1945, konsep negara hukum tercantum dalam salah satu kalimat pada alinea empat yang menyatakan, " ... maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, ... ". Kalimat tersebut menunjukkan bahwa negara Indonesia merdeka akan dijalankan berdasarkan hukum, dalam hal inilah UUD diletakkan pada posisi sebagai aturan hukum tertinggi. Konsep negara hukum tersebut untuk membentuk pemerintahan negara yang bertujuan, baik untuk melindungi HAM secara individual maupun kolektif yang tercermin dalam kalimat: " ... melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan, sosial, ... " yang kemudian kita sebut sebagai tujuan nasional.

Istilah negara hukum merupakan terjemahan dari dua istilah yang berasal dari dua tradisi hukum berbeda, yaitu *rechtsstaat* dan *the rule of law*. Istilah *rechtsstaat* banyak dianut di negara-negara Eropa Kontinental yang bertumpu pada sistem *civil law*, sedangkan *the rule of law* banyak dikembangkan di negara-negara dengan tradisi Anglo Saxon yang bertumpu pada sistem *common law*. Kedua sistem tersebut memiliki perbedaan 'titik berat pengoperasian. *Civil law* menitikberatkan pada administrasi sedangkan *common law* menitikberatkan pada aktivitas yudisial. Konsep *rechtsstaat* mengutamakan prinsip *wetmatigheid* yang kemudian menjadi *rechtmatigheid* sedangkan *the rule of law* mengutamakan *equality before the law* yang memberi kebebasan kepada hakim untuk menciptakan hukum demi keadilan. Perbedaan-perbedaan tersebut menyebabkan kedua konsep itu memiliki ciri yang berbeda. Ciri-ciri *rechtsstaat* meliputi<sup>1</sup>:

- Adanya perlindungan terhadap HAM;
- Adanya pemisahan dan pembagian kekuasaan;
- Pemerintahan berdasarkan peraturan; dan
- Adanya peradilan administrasi.

Sedangkan ciri-ciri the rule of law adalah<sup>2</sup>:

- adanya supremasi aturan hukum;
- adanya kesamaan kedudukan di depan hukum; dan
- adanya jaminan perlindungan HAM.

Konsep tersebut selalu dikaitkan dengan perlindungan hukum karena keberadaannya tidak dapat dilepaskan dari gagasan pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia (HAM). Untuk adanya jaminan tersebut, negara harus dijalankan berdasarkan aturan hukum yang memberikan legitimasi sekaligus membatasi penyelenggaraan negara. Hukumlah yang menentukan bagaimana penyelenggaraan negara dilakukan. Namun demikian, antara rechtsstaat dan the rule of law memiliki latar belakang dan pelebagaan yang berbeda, meskipun sama-sama mengakui prinsip perlindungan HAM melalui pelebagaan peradilan yang bebas dan tidak memihak. Memang secara dinamis dewasa ini, perbedaan keduanya tidak lagi terlalu dekat, karena di sana sini terjadi kecenderungan untuk berkonvergensi dan saling melengkapi.





Saudara-saudara,

Sebelum perubahan UUD 1945, Penjelasan UUD 1945 menyebut secara eksplisit istilah *rechtsstaats* yang seolah-olah menunjukkan Indonesia menganut konsep negara hukum *rechtsstaats*. Namun, melalui Perubahan UUD 1945 pada Pasal 1 Ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan "Negara Indonesia adalah negara hukum", membuat konsepsi negara hukum yang dulu dikesankan menganut konsepsi *rechtsstaats* dinetralkan menjadi negara hukum saja, tanpa 'embel-embel' *rechtsstaats*.

Sejak itulah, Negara Hukum Indonesia dikonsepsikan secara tegas sebagai negara hukum yang prismatis, yakni yang menggabungkan segisegi positif antara *rechtstaats* dengan kepastian hukumnya dan *the rule of law* dengan rasa keadilannya secara integratif, bukan hanya *rechtstaats* dan bukan pula hanya *the rule of law*. Pasal 1 Ayat (3) UUD 1945 hasil perubahan menyebutkan bahwa Indonesia adalah "negara hukum" titik, tanpa kata *rechtsstaat* yang diletakkan di dalam kurung. Hal itu harus diartikan bahwa negara hukum Indonesia menerima asas kepastian hukum, yang titik beratnya pada *rechtsstaats*, sekaligus menerima asas rasa keadilan, yang titik beratnya pada *the rule of law*. Meskipun sebenarnya tak hanya *rechtsstaats* dan *the rule of law* saja, negara hukum Indonesia juga dipengaruhi oleh sistem hukum lainnya, seperti misalnya menerima nilai spiritual dari hukum agama dan hukum adat, yang kesemuanya menyatu (integratif) dan implementasinya disesuaikan dengan tuntutan perkembangan.

Dalam konteks Negara Hukum, bagi negara Indonesia, hukum dibuat dan diberlakukan dalam kerangka untuk mewujudkan dan mencapai keadilan. Hal ini sebagaimana ditegaskan dalam UUD 1945 yang memberikan porsi besar bagi terwujudnya keadilan. Tidak kurang dari 5 (lima) kali kata "adil" disebut dalam Pembukaan UUD 1945<sup>3</sup>. Apabila dibaca dalam jalinan sistemik, rumusan "keadilan" dalam Pembukaan UUD 1945 dikanalisis ke dalam prinsip keadilan sosial. Dalam kerangka itu pula, hukum dibuat secara adil untuk kemudian ditegakkan secara adil pula. Agar senantiasa berdimensi dan

berorientasi pada keadilan, hukum tidak boleh dipahami bersifat mutlak dan [mal, melainkan penuh dengan sentuhan moral dan bernurani. Inilah konsekuensi hukum yang secara kodrati bertujuan untuk mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia. Itu pula alasan mengapa hukum ada, yaitu untuk mengabdikan kepada kesejahteraan manusia. Maka, agenda penegakan hukum harus sebesar-besarnya diarahkan kepada tujuan tersebut. Hal ini tertuang secara eksplisit dalam Pembukaan UUD 1945 yang jelas-jelas memberikan arahan bagi negara untuk mewujudkan kebahagiaan rakyat Indonesia.

Terkait dengan hukum berkeadilan, garis politik hukum UUD 1945 pun sudah sangat tegas dan jelas. Dalam hal kita berhukum, UUD 1945 mewajibkan kita untuk menggali rasa keadilan. Hukum atau ketentuan tertulis yang menghalangi tegaknya keadilan dapat ditinggalkan melalui penemuan dan penciptaan hukum oleh hakim. Pasal 24 Ayat (1) menyebutkan, kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan "hukum" dan "keadilan". Demikian juga, Pasal 28D ayat (1) menegaskan, setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan "kepastian hukum yang adil". Jadi, titik beratnya bukan semata pada kepastian hukum tetapi kepastian hukum yang adil. Dalam konteks ini, tugas negaralah untuk mengimplementasikan amanat UUD 1945 dalam berbagai produk hukum yang di dalamnya harus terkandung keadilan serta muatan dan tujuan untuk mewujudkan kesejahteraan dan kebahagiaan masyarakat.

Saudara,

Agaknya kita perlu risau dengan kenyataan proses penegakan hukum selama ini yang cenderung kaku, kering, dan tak bernurani. Itu sebabnya, hukum dengan segenap upaya penegakannya dinilai menjauh dari rasa keadilan sehingga lebih sering menuai kritikan ketimbang pujian. Kegagalan hukum mewujudkan keadilan itu merupakan salah satu antropocentric suramnya wajah hukum negara ini. Dalam kondisi penegakan hukum demikian, saatnya sekarang kita serius membicarakan kembali soal cita hukum. Tak sekedar membicarakan tetapi hendaknya benar-benar diinternalisasikan.

Apa itu cita hukum? Cita hukum adalah spirit yang menentukan bagaimana seharusnya rupa dan berjalannya hukum agar dapat mewujudkan masyarakat dan praktik berhukum yang dicita-citakan. Dengan kata lain, cita hukum merupakan konstruksi pikiran yang merupakan keharusan untuk mengarahkan hukum pada cita-cita yang diinginkan masyarakat. Tanpa cita hukum, maka produk hukum yang dihasilkan akan kehilangan maknanya. Konsekuensinya, setiap proses pembentukan dan penegakan hukum tidak boleh bertentangan dengan cita hukum yang telah disepakati.<sup>4</sup> Tanpa cita hukum, tak akan ada hukum yang memiliki watak normatif.<sup>5</sup> Dengan cita hukum pula, hukum akan dibuat dan dibentuk sesuai atau selaras dengan cita-cita dan harapan masyarakat.

Dalam sejarah hukum Indonesia, konsep cita hukum termuat dalam Penjelasan UUD 1945 Bagian III Alenia I sebelum perubahan yang menyatakan "Pokok-pokok pikiran tersebut meliputi suasana kebatinan dari Undang-Undang Dasar Negara Indonesia. Pokok-pokok pikiran ini mewujudkan cita-cita hukum (rechtsidee) yang menguasai hukum dasar negara, baik hukum yang tertulis (Undang-Undang Dasar) maupun hukum yang tidak tertulis." Alinea ini terkait dengan pokok-pokok pikiran yang diuraikan dalam Bagian II yaitu (1) negara persatuan; (2) negara hendak mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat;

(3) negara yang berkedaulatan rakyat berdasar atas kerakyatan dan permusyawaratan perwakilan; dan (4) negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab. Pokok-pokok pikiran inilah yang mewujudkan cita hukum.

Lalu apa yang menjadi cita hukum itu sendiri? Notonagoro menyatakan bahwa Pancasila merupakan cita hukum karena kedudukannya sebagai pokok kaidah fundamental negara (*staatsfundamentalnonn*) yang mempunyai kekuatan sebagai *grundnonn*. Sebagai cita hukum, Pancasila menjadi bintang pemandu seluruh produk hukum nasional. Semua produk hukum ditujukan untuk mencapai ide-ide yang dikandung Pancasila.<sup>6</sup> Sejalan dengan itu, Hamid Attamimi juga menyatakan bahwa sebagai dasar negara, Pancasila merupakan cita hukum yang menguasai hukum dasar negara, baik tertulis maupun tidak tertulis.<sup>7</sup> Sementara, Jimly Asshiddiqie berpandangan bahwa Pancasila adalah cita hukum sebagai *yardstick* dalam menafsirkan konstitusi dan sebagai panduan dalam menata kehidupan berbangsa dan bernegara.<sup>8</sup>

Keseluruhan Pembukaan UUD 1945 di mana Pancasila termaktub di dalamnya adalah *modus vivendi* (kesepakatan luhur) bangsa Indonesia untuk hidup bersama dalam ikatan satu bangsa yang majemuk. Dari sudut hukum, Pembukaan UUD 1945 yang memuat Pancasila itu menjadi dasar falsafah negara yang melahirkan cita hukum dan dasar sistem hukum tersendiri sesuai dengan jiwa bangsa Indonesia sendiri. Pancasila sebagai dasar negara menjadi sumber dari segala sumber hukum yang memberi penuntun hukum serta mengatasi semua peraturan perundang-undangan termasuk UUD 1945. Dengan kata lain, Pancasila adalah tempat berangkat (*berpijak*) sekaligus tempat tujuan hukum.

Sebagai cita hukum, Pancasila menjadi bingkai bagi sistem hukum dalam Negara Hukum Pancasila, sebagai suatu sistem khas Indonesia. Konsep negara hukum Pancasila mengandung 5 (lima) karakteristik, yaitu (1). Negara Hukum Pancasila berasas kekeluargaan, mengakui hak-hak individu tapi dengan tetap mengutamakan kepentingan nasional; (2). berkepastian hukum dan berkeadilan; (3). berlandaskan nilai-nilai keagamaan (*religious nation-state*); (4). memadukan hukum sebagai sarana rekayasa sosial dan hukum sebagai cerminan budaya masyarakat; (5). basis pembentukan hukum mestilah pada prinsip hukum yang bersifat netral dan universal.

Dengan demikian, Pancasila sebagai cita hukum menjadikan hukum Indonesia bukan merupakan hukum yang sekuler dan juga bukan hukum yang hanya didasarkan pada agama tertentu saja. Cita hukum Pancasila mengharuskan hukum Indonesia mengakui manusia sebagai individu yang memiliki hak dan kewajiban sesuai dengan prinsip kemanusiaan yang adil dan beradab, sekaligus mengakui bahwa fitrah manusia adalah makhluk sosial yang tidak bisa menjadi manusiawi dan beradab manakala tidak hidup bersama dengan manusia lain. Sebagai cita hukum, Pancasila ibarat nyawa yang tidak hanya memberikan panduan kemana hukum dan penegakannya akan di bawa, tetapi sekaligus memberikan nilai *axiologis* dalam menentukan hukum apa yang akan dibentuk dan bagaimana menjalankannya.

Saudara-saudara,

Persoalan hukum yang semakin rumit dan kompleks ini tidak memberi arti lain kecuali pembentukan dan penegakan hukum telah nyata-nyata meminggirkan Pancasila sebagai cita hukum. Sangat sulit mengharapakan hukum yang 'menyingkirkan' cita hukum Pancasila dari



dirinya akan dapat mewujudkan keadilan bagi masyarakat. Dalam konteks sistem peradilan kita misalnya, adalah sesuatu yang ideal ketika prinsip kepastian hukum saja tidak lagi cukup diandalkan menjadi pertimbangan, melainkan hakim harus menyertakan pula pertimbangan rasa keadilan. Hanya saja, akomodasi atas kedua prinsip tersebut kemudian justru menimbulkan dilema. Sebab, yang terjadi dalam praktik ialah kedua prinsip itu bukannya diperlakukan secara integratif melainkan secara alternatif. Pemberian tempat pada kedua prinsip tersebut menimbulkan ambiguitas orientasi konsep yang sering dipergunakan untuk mencari "kemenangan" semata dan bukan "kebenaran" di pengadilan, terutama dalam perkaraperkara pidana.

Proses mencari kemenangan di pengadilan sering dilakukan melalui manipulasi atas pilihan antara kepastian hukum dan rasa keadilan. Di sinilah letak paling rawan bagi terjadinya mafia peradilan (judicial corruption) atau mafia hukum. Dengan keleluasaan memilih pilihan antara kepastian hukum atau rasa keadilan, maka terbuka kemungkinan bagi penegak hukum itu untuk menegosiasikan putusan tertentu melalui politik transaksional, baik berimbangan uang maupun yang lainnya. Jika keinginan memvonis satu kasus sudah ditentukan melalui transaksi maka tinggal memilih, apakah isi vonis itu bisa didukung dengan asas kepastian hukum atautkah asas keadilan yang bisa dikarang-karang sesukanya. Jadi, mafia peradilan yang terus terjadi dan sulit diberantas ini sebenarnya dilakukan melalui cara-cara manipulasi atas konsep-konsep itu. Jika satu kasus korupsi misalnya, dapat dimenangkan menurut kehendak proses mafia melalui prinsip kepastian hukum, maka proses mafianya mengarahkan putusan pengadilan untuk menggunakan hukum-hukum tertulis dan bukti formal. Tetapi sebaliknya, jika kasus itu tak bisa dimenangkan, dalam arti negatif bagi proses mafia, yang dipergunakan adalah dalil-dalil tentang rasa keadilan. Ini parah dan sangat memprihatinkan, tetapi itulah kenyataan praktik hukum kita. Itulah sebabnya mengapa kemudian hukum dikatakan seolah lepas dari cita moralnya, tak pernah bisa adil, sehingga tidak mengherankan jika hukum Indonesia yang tengah kehilangan nyawa itu lantas dapat dengan mudah dimasuki oleh kepentingan-kepentingan sesaat dan pragmatis yang bertentangan dengan cita hukum itu sendiri.

Oleh karena itu, Pancasila sebagai cita hukum mendesak untuk direvitalisasi, bukan untuk sekedar diwacanakan, melainkan harus dijalankan. Revitalisasi perlu dilakukan untuk dapat memastikan bahwa nilai-nilai Pancasila senantiasa bersemayam dalam praktik pembuatan maupun penegakan hukum. Hal terpenting yang perlu dilakukan untuk merevitalisasi Pancasila sebagai cita hukum Negara Hukum Indonesia adalah perlunya kembali menginternalisasi nilai-nilai dasar Pancasila sebagai rambu-rambu pembangunan hukum nasional. Nilai-nilai dasar dalam Pancasila melahirkan 4 (empat) kaidah penuntun hukum harus dipedomani dalam pembangunan hukum, yaitu:<sup>9</sup>

Pertama, hukum nasional harus dapat menjaga integrasi (keutuhan kesatuan) baik ideologi maupun teritori sesuai dengan tujuan "melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia". Harus dicegah munculnya produk hukum yang berpotensi memecah-belah keutuhan bangsa dan negara Indonesia. Kedua, hukum nasional harus dibangun secara demokratis dan nomokratis dalam arti harus mengundang partisipasi dan menyerap aspirasi masyarakat luas melalui mekanisme yang fair, transparan, dan akuntabel. Ketiga, hukum nasional harus mampu menciptakan keadilan sosial dalam arti harus mampu memperpendek jurang antara yang kuat dan yang lemah serta memberi proteksi khusus terhadap golongan yang lemah dalam berhadapan dengan golongan yang kuat baik dari luar maupun dari dalam negeri sendiri. Tanpa proteksi khusus dari hukum, golongan yang lemah

pasti akan selalu kalah jika dilepaskan bersaing atau bertarung secara bebas dengan golongan kuat. Dan, keempat, hukum harus menjamin toleransi beragama yang berkeadaban antar pemeluknya. Tidak boleh ada pengistimewaan perlakuan terhadap agama hanya karena didasarkan pada besar dan kecilnya jumlah pemeluk. Negara boleh mengatur kehidupan beragama sebatas pada menjaga ketertiban agar tidak terjadi konflik serta memfasilitasi agar setiap orang dapat melaksanakan ajaran agamanya dengan bebas tanpa mengganggu atau diganggu oleh orang lain.

Berdasarkan kaidah-kaidah penuntun itu maka jelas bahwa untuk dapat mewujudkan Negara Hukum Indonesia bercita hukum Pancasila, salah satu yang penting dilakukan ialah mengarahkan penegakan hukum secara berkeadilan, termasuk agar hukum lebih mampu memberikan perlindungan terhadap hak-hak konstitusional warga negara. Konstitusionalisasi HAM secara komprehensif dalam Bab XA UUD 1945 meniscayakan agar hukum benar-benar tampil dalam rangka melindungi hak konstitusional warga negara. Pengikutsertaan ketentuan tentang hak-hak konstitusional di dalam UUD 1945, seharusnya secara radikal merubah paradigma para pembuat undang-undang dan para penegak hukum untuk lebih mengedepankan perlindungan hak konstitusional warga negara dalam setiap produk hukumnya. Secara konstitusional, persoalan perlindungan hak konstitusional sudah selesai karena telah demikian jelas ketentuannya. Persoalannya sekarang tinggal pada bagaimana mengatasi kendala dan hambatan ketika ketentuan-ketentuan itu dioperasionalkan di lapangan. Dengan kata lain, praktik-praktik pelanggaran atau pencederaan hak konstitusional warga negara yang terjadi bukanlah persoalan di tataran norma konstitusi melainkan karena implementasinya, termasuk ketika ketentuan itu diderivasi ke dalam peraturan. perundang-undangan turunannya, yang acapkali tidak konsisten dan pasti menimbulkan persoalan dalam penegakannya.

Saudara,

Paling tidak sekarang ini terdapat 2 (dua) persoalan besar yang harus diselesaikan dalam upaya mewujudkan Negara Hukum Indonesia yaitu pertama, persoalan paradigmatik berupa ambiguitas orientasi atas konsepsi negara hukum, dan kedua, persoalan politik, antara lain berupa warisan birokrasi yang korup dan rekrutmen politik yang keliru.<sup>10</sup>

Persoalan paradigmatik merupakan persoalan yang sifatnya jangka panjang dan mendasar. Untuk mewujudkan Negara Hukum Indonesia yang berorientasi pada keadilan substantif, pembangunan hukum harus dibangun secara prismatic dengan titik berat, pada penegakan keadilan substantif. Prismatika itu melahirkan Sistem Hukum Pancasila, yakni sebuah sistem yang khas Indonesia karena berpaham kekeluargaan, permusyawaratan, dan gotong royong. Sistem Hukum Pancasila mengambil segi-segi baik dari *rechtstaat* yang menekankan pada *legisme*, *civil law*, kepastian hukum, dan hukum tertulis lainnya dan segi-segi baik *the rule of law* yang menekankan pada peranan yudisial, *common law*, dan substansi keadilan. Permusyawaratan dan gotong royong yang dilandasi semangat kekeluargaan merupakan hal paling menonjol dalam Sistem Hukum Pancasila, sehingga membawa perkara ke pengadilan misalnya, hanya akan ditempuh jika penyelesaian dengan kekeluargaan ternyata gagal dicapai. Dengan paradigma ini, setiap upaya penegakan hukum akan mampu melepaskan diri dari jebakan-jebakan formalitas prosedural serta mendorong para penegak hukum untuk kreatif dan berani menggali nilai-nilai keadilan serta menegakkan etika dan moral di dalam masyarakat dalam setiap penyelesaian kasus hukum.

Penguatan paradigma ini harus diartikan pula sebagai upaya mengembalikan rasa keadilan dan moral sebagai sukma hukum yang akan dibangun untuk masa depan negara hukum Indonesia.

Sedangkan persoalan politik yang kita hadapi saat ini adalah masih banyaknya aktor, baik politik maupun birokrat lama, yang cenderung pro status quo, yang menghambat upaya penegakan hukum. Akan selalu muncul aktor-aktor politik baru yang ternyata juga korup karena memaknai kehadirannya di pentas politik sebagai kesempatan melakukan balas dendam politik atau untuk menikmati apa yang pada masa lalu tidak dapat dinikmati akibat dominasi kekuatan politik tertentu. Pertemuan antara aktor lama dan aktor baru yang sama-sama korup itu mensinergikan munculnya banyak korupsi dan kolusi baru di bawah birokrasi dan prosedur-prosedur yang memang masih korup. Persoalan tersebut harus diselesaikan dengan upaya reformasi birokrasi agar segera bersih dari sistem, prosedur, dan pejabat-pejabat yang korup. Sedangkan untuk mengatasi kasus-kasus KKN dan pelanggaran HAM warisan masa lalu kiranya perlu segera diselesaikan dengan keputusan politik yang tegas untuk bisa memutuskan hubungan dengan kasus-kasus peninggalan masa lalu.

Untuk lebih menjamin tampilnya aktor-aktor politik yang kapabel dan kredibel, rekrutmen politik untuk lembaga perwakilan perlu dipayungi dengan sistem pemilu yang lebih sesuai dengan cita hukum kita. Terkait dengan sistem pemilihan Presiden secara langsung, harus disertai dengan instrumen atau sub sistem rekrutmen pejabat yang mendorong Presiden dapat membentuk kabinet yang ahli, bersih, dan profesional, yang berarti membebaskannya dari belenggu politik transaksional. Untuk itu juga, diperlukan penataan sistem kepartaian terutama menuju jumlah partai yang tidak terlalu banyak jumlahnya.

Hadirin yang saya hormati,

Keadaan saat ini hendaknya dijadikan sebagai tantangan yang harus dihadapi untuk mendekatkan kita pada terwujudnya Negara Hukum Indonesia berdasarkan UUD 1945, yang demokratis, berkedaulatan rakyat, berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, dan berkeadilan sosial.<sup>11</sup> Realitas sosial, politik, ekonomi, dan kultural yang saat ini seolah-olah menghalangi jalan kita mewujudkan Negara Hukum Indonesia, tidak semestinya membuat kita beringsut mundur dari cita-cita itu. Upaya menegakkan Negara Hukum Indonesia yang akan selalu beriringan dengan perjuangan menegakkan hukum dan keadilan berdasar moralitas dan hati nurani harus terus dilakukan. Sebab bagaimanapun, Negara Hukum Indonesia dirumuskan dan disepakati agar pada akhirnya mampu menciptakan keadilan sosial bagi seluruh rakyat.

Mudah-mudahan Konferensi dan Dialog Nasional ini, sebagaimana tujuan diselenggarakannya, betul-betul bisa merumuskan langkah-langkah tepat untuk mewujudkan Negara Hukum Indonesia melalui penegakan hukum berkeadilan yang benar-benar mengindonesia, dalam arti selaras dengan cita hukum Pancasila dan cita-cita negara sebagaimana tertuang dalam UUD 1945.

## Bahan Bacaan

Abdulkadir Besar, *Pancasila: Refleksi filsafati, transformasi ideologik, niscayaan metoda berfikir*, Pustaka Azhary, Jakarta, 2005.

A. Hamid S. Attamimi, *Pancasila Cita Hukum Dalam Kehidupan Hukum Bangsa Indonesia dalam Pancasila Sebagai Ideologi Dalam Berbagai Bidang Kehidupan Bennasyarakat, Berbangsa dan Bernegara* disunting oleh: Oetojo Oesman & Alfian, BP-7 Pusat, Jakarta, 1992.

Mukhtie Fadjar, *Tipe Negara Hukum*, Bayumedia-Intrans, Malang, 2004,

Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Bandung: Mandar Maju, 2000.

B. Herry Priyono, *Agenda Indonesia: Sebuah Bangsa hanya Dibentuk dengan Sengaja*, Makalah disampaikan pada Kongres Pancasila 2009. Diselenggarakan oleh Mahkamah Konstitusi RI bekerjasama dengan Universitas Gadjah Mada. Yogyakarta, 30 Mei-1 Juni 2009.

E.C.S. Wadedan G. Gogfrey, *Constitutional Law: An Outline of the Law and Practice of the Citizen and the Including Central and Local Government, the Citizen and State Administrative Law*, 7th Edition, Longmans, London, 1965.

Jimly Asshiddiqie, *Ideologi, Pancasila, dan Konstitusi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2007.

Maruarar Siahaan, *Hak Konstitusional dalam UUD 1945*, Makalah yang dalam beberapa seminar, 3 Desember 2011.

Mohammad Noor Syam, *Sistem Filsafat Pancasila: Tegak sebagai Sistem Kenegaraan Pancasila-UUD Proklamasi 1945*, Makalah yang disajikan dalam Konggres Pancasila yang diselenggarakan UGM-MKRI pada 30-31 Mei dan 1 Juni 2009 di Kampus UGM, Yogyakarta.

Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 2006

\_\_\_\_\_, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009.

Notonagoro, *Pancasila Dasar Falsafah Negara*, Pantjuran Tujuh, Jakarta, 1974.

Oemar Sena Adji, *Prasaran dalam Seminar Ketatanegaraan UUD 1945*, Seruling Masa, Jakarta, 1966.

<sup>1</sup> Oemar Seno Adji, *Prasarari dalam Seminar Ketatanegaraan UUD 1945*, (Jakarta: Seruling Masa, 1966), hal. 24.

<sup>2</sup> E.C.S. Wadedan G. Gogfrey, *Constitutional Law: An Outline of the Law and Practice of the Citizen and the Including Central and Local Government, the Citizen and State Administrative Law*, 7th Edition, (London: Longmans, 1965), hal. 50-51.

<sup>3</sup> Di dalam Pembukaan UUD 1945, kata 'adil' terdapat di seluruh alenia, kecuali Alinea Ketiga, Kata 'keadilan' dijumpai sebagai kata terakhir pada Alenia Pertama dalam frasa • ... *tidak sesuai dengan peri kemanusiaan dan peri keadilan*'. Selanjutnya, kata 'adil' terdapat pada akhir Alinea Kedua dalam frasa •... *kemerdekaan Negara Indonesia yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur*". Berikutnya, tiga kata lagi ada di Alenia Keempat, dalam frasa (1). • ... *berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial*', (2). • ..... *Kemanusiaan yang Adil dan Beradab*", dan (3). • ... *serta dengan mewujudkan suatu keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia*'.

---

<sup>4</sup> B. Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Bandung: Mandar Maju, 2000, hal. 181.

<sup>5</sup> Abdulkadir Besar, *Pancasila: Refleksi Filsafati, Transformasi Ideologik, Niscayaan Metoda Berfikir*, Jakarta: Pustaka Azhary, 2005, hal. 102.

<sup>6</sup> Notonagoro, *Pancasila Dasar Falsafah Negara*, Jakarta: Pantjuran Tujuh, 1974, hal. 17-19.

<sup>7</sup> A. Hamid S. Attamimi, *Pancasila Cita Hukum dalam Kehidupan Hukum Bangsa Indonesia*, dalam *Pancasila sebagai Ideologi dalam Berbagai Bidang Kehidupan Bermasyarakat, Berbangsa, dan Bernegara*, disunting oleh Oetojo Oesman & Alfian, Jakarta: BP-7 Pusat, 1992, hal. 7.

<sup>8</sup> Jimly Asshiddiqie, *Ideologi, Pancasila, dan Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, 2007.

<sup>9</sup> Moh Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES, 2007, hal. 48-49.

<sup>10</sup> *Ibid.*, hal. 153-182.

<sup>11</sup> A. Mukhtie Fadjar, *Tipe Negara Hukum*, Malang: Bayumedia-Intrans, 2004, hal. 34.



# PETA PEMAHAMAN NEGARA HUKUM DAN ALUR KONFERENSI



## Peta Pemahaman Negara Hukum dan Alur Konferensi

Di bawah ini ditampilkan hasil presentasi mengenai peta pemahaman negara hukum dan alur konferensi negara hukum yang disampaikan oleh peneliti senior Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Bivitri Susanti. Secara garis besar, dan sesuai dengan perannya sebagai peta, presentasi ini menampilkan beberapa konsep kunci dalam memahami negara hukum beserta permasalahan-permasalahan yang meliputinya. Pemikiran pokok tentang negara hukum, *rule of law*, dan konstitusi di sini ditampilkan dengan tetap mengakar pada *locus* utama, yakni negara bangsa Indonesia.

### PETA PEMAHAMAN NEGARA HUKUM & ALUR KONFERENSI

Bivitri Susanti

Peneliti PSHK (Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia)

[www.pshk.or.id](http://www.pshk.or.id) | [www.parlemen.net](http://www.parlemen.net) | [www.danlevlibrary.net](http://www.danlevlibrary.net)



“negara Indonesia adalah negara berdasarkan hukum (*rechtsstaat*), bukan negara berdasarkan kekuasaan belaka (*machtstaat*).”



## Rechtsstaat, Rule of Law, Constitutionalism

“No man is punishable ... except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Courts of the land. In this sense, the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary power of constraint”

*(Dicey, 1888, dikutip dari Tamanaha, 2004)*



### Kategori Rule of Law

	Thinner -----> to ----->	-----> Thicker
FORMAL VERSIONS:	1. Rule-by-law – law as instrument of government action	2. Formal Legality – general prospective, clear, certain
SUBSTANTIVE VERSIONS:	4. Individual Rights – property, contract, privacy, autonomy	3. Democracy + Legality – consent determines content of law  5. Rights of Ignity and/or Justice  6. Social Welfare – substantive equality, welfare, preservation of community

*Tamanaha, 2004*

## 1945: Lahirnya Negara Modern



“negara Indonesia adalah negara berdasarkan hukum (*rechtsstaat*), bukan negara berdasarkan kekuasaan belaka (*machtstaat*).”

## Negara Hukum dan Demokrasi Terpimpin

- UU MA 1964: Hukum sebagai alat revolusi
- Ketua MA anggota kabinet
- Praktek korupsi dan pemerasan mulai mewabah



## Negara Hukum Orde Baru



- Masuknya Donor asing
- Pembangunanisme
- Wacana Hukum dan pembangunan

Foto: KOMPAS-Agus Susanto

## Negara Hukum sebagai wacana tandingan



Kata kunci “negara hukum” digunakan oleh aktivis untuk menentang tindakan negara yang sewenang-wenang.

## 1998: ruang perubahan



- Perubahan Struktur Mahkamah Agung
- Ketentuan dan lembaga untuk HAM
- Mahkamah Konstitusi

## Ruang Terbuka Reformasi

- Advokasi oleh Ornop
- Pemaknaan oleh donor asing sesuai wacana global
- Pemerintah lebih terbuka dan “mengadopsi” wacana negara hukum masyarakat sipil
- Kelompok-kelompok anti-demokrasi memanfaatkan ruang pertarungan wacana yang terbuka.

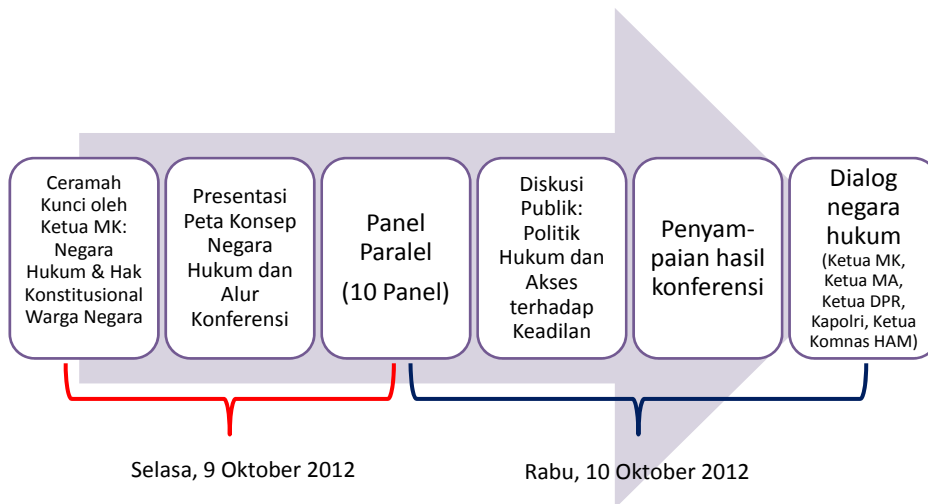


## Negara Hukum Indonesia: Ke Mana Akan Melangkah?



Konferensi dan Dialog Nasional  
Jakarta, 9-10 Oktober 2012

## Alur Konferensi



## Pertanyaan kunci panel



- Isu-isu apa yang banyak dibahas dalam topik panel?
- Isu-isu apa yang cenderung di/terabaikan?
- Bagaimana isu-isu itu terkait dengan negara hukum? Dalam hal institusi, pranata hukum, proses, aktor
- Rekomendasi panel?



# DISKUSI PLENO



MAHKAMAH KONSTITUSI  
REPUBLIK INDONESIA



**HuMa**  
<http://www.huma.or.id>





## Diskusi Pleno

### Catatan Diskusi

Diskusi mengenai negara hukum diadakan sebagai bagian dari rangkaian acara Konferensi dan Dialog Nasional Negara Hukum. Diskusi mengangkat topik besar yakni: Politik Hukum dan Akses Terhadap Keadilan, dan menghadirkan tiga orang narasumber yang mempresentasikan pembahasannya masing-masing. Ketiga narasumber tersebut adalah Dr. Artidjo Alkostar, S.H., LL.M. yang merupakan Ketua Muda Pidana Mahkamah Agung Republik Indonesia; Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H., salah satu hakim konstitusi pada Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Guru Besar Perundang-undangan di Fakultas Hukum Universitas Indonesia; Prof. Soetandyo Wignjosoebroto, MPA. dari Guru Besar Universitas Airlangga sekaligus pendiri Perkumpulan Hukum dan Masyarakat (HuMa) dan Epistema Institute. Acara diskusi sendiri dimoderatori oleh Sandra Moniaga.

Masing-masing narasumber menyampaikan materi presentasi sebagai titik pijak diskusi. Dr. Artidjo Alkostar menjelaskan tentang praktek penegakan hukum dalam kaitannya dengan akses terhadap keadilan. Menurutnya, norma hukum di Indonesia bukan hanya norma hukum yang dibuat dan diberlakukan secara nasional, tapi tidak dapat dipungkiri adanya pengaruh serta perkembangan dari konvensi-konvensi hukum internasional. Tantangan saat ini adalah bagaimana mengadopsi perubahan-perubahan dari konvensi hukum internasional untuk diberlakukan pada sistem hukum nasional. Beliau, selanjutnya, mengungkapkan tugas-tugas dari negara yang apabila diterapkan di Indonesia, masih terlihat lemah pelaksanaannya. Refleksi terhadap tata hukum, termasuk tata hukum Indonesia, menggambarkan adanya evolusi dari chaos, ke cosmos, lantas membentuk logos. Pada peristiwa evolusi itulah tata hukum terbentuk. Akan tetapi, ketidak-adilan masih tetap dirasakan di masyarakat Indonesia oleh karena aturan hukum positif sebagai nomologosnya dan hukum acara sebagai teknologos, tidak sesuai dengan alam cosmos keindonesiaan yang telah berkembang sedemikian rupa. Pranata hukum acara dan hukum pidana di Indonesia merupakan dua bidang yang paling mendasar permasalahannya di sini.

Prof. Maria Farida membicarakan perihal Politik Perundang-undangan dalam Memberikan Akses Keadilan. Beliau berpendapat bahwa setiap peraturan perundang-undangan mempunyai dasar-dasar pemikirannya. Politik perundang-undangan sendiri tidaklah secara eksplisit bisa ditemukan pada suatu peraturan perundang-undangan, maka lewat dasar-dasar pemikiran tersebut politik perundang-undangan dilacak. Suatu keniscayaan bagi negara Indonesia adalah sejarah ketatanegaraan dan perundangan yang mengalami perubahan, seperti yang teralami di dalam UUD 1945. Namun niscaya pula bahwa Pembukaan Dasar UUD 1945 tidak mengalami perubahan. Politik perundang-undangan haruslah mengacu pada dasar pemikiran Pembukaan UUD 1945 ini. Walaupun segala peraturan pasal di batang tubuh UUD 1945 bisa berubah, apa yang menjadi 'isi' pasal peraturan tersebut yang lebih penting untuk dipahami, dan politik perundang-undangan memainkan peran penting di sini. Peran politik perundang-undangan mengacu pada pemahaman sistematika dan koherensi perundang-undangan. Di sini, pelbagai asas hukum juga tidak bisa dilupakan. Asas-asas seperti asas *rule of law*, asas legalitas, asas pembagian kekuasaan (bukan pemisahan kekuasaan), asas perlindungan kepentingan, dan pengawasan peradilan. Dengan koridor asas-asas hukum, suatu produk perundang-undangan pada dasarnya bukanlah sebuah produk politik yang koalitif belaka. Sorotan utama dari Prof. Maria Farida adalah pemahaman kita akan norma ketatanegaraan di UUD 1945 dan

pelaksanaannya yang seringkali berbeda-beda, bahkan cenderung bertentangan antara pemahaman dan pelaksanaannya.

Selaku pembicara ketiga, Prof. Soetandyo mencoba memaparkan perspektif lain mengenai permasalahan konsepsi dan penerapan negara hukum di Indonesia. Metode yang diupayakan untuk menjernihkan permasalahannya yaitu dengan menggeser pertanyaan masalahnya dari *'what'* ke *'why'*. Persoalannya bukanlah persoalan struktur legal belaka, tapi juga mengakar pada suatu tradisi hukum. Istilah *rechstaat* sendiri merupakan istilah yang sangat tua, dan barangkali mungkin karena istilah ini tidak berakar pada kultur budaya Indonesia sehingga problem-problem negara hukum kerap bergulir tanpa tanda selesai. Dualisme sistem hukum, yurisdiksi yang dualistik penerapan hukumnya, dan feodalisme yang tegak berdiri menjadi ciri-ciri awal masyarakat kolonial Hindia-Belanda. Sejarah hukum memberi pelajaran yang patut dikaji dengan serius yaitu: *how to manage the country?*

Setelah presentasi dari para narasumber, diskusi dilanjutkan dengan tanya jawab bersama para peserta yang hadir. Any Anjarwati dari Universitas Gajah Mada misalnya, mengekspos permasalahan hukum yang lintas bidang secara cukup panjang-lebar. Intinya dari tanggapan beliau, perlu ada rekonstruksi dan reinterpretasi perundangan yang ada berdasarkan bidang-bidang tertentu secara berkelanjutan. Hamidi dari Universitas Brawijaya mengupas pertentangan antara kaidah hukum di dalam Perma dan KUHP termasuk pelaksanaannya. Selain itu, beliau juga melihat adanya keadilan bagi masyarakat adat yang tidak diharaukan oleh negara. Otong Rosadi dari Universitas Ekasakti memandang minimnya politik hukum di Indonesia; yang ada cuma politik undang-undang. Diki Elnanda dari Universitas Gajah Mada mengarahkan pertanyaan kritis tentang pengujian undang-undang yang diuji menurut nilai Pancasila langsung, beserta sistem seleksi hakim-hakim di Indonesia yang kerap manipulatif.

## Kumpulan Makalah Pembicara

**Dr. Artidjo Alkostar, S.H., LL.M.** - Ketua Muda Pidana Mahkamah Agung RI

### **Praktek Penegakan Hukum dan Akses Terhadap Keadilan**

#### **I. Entitas Penegakan Hukum**

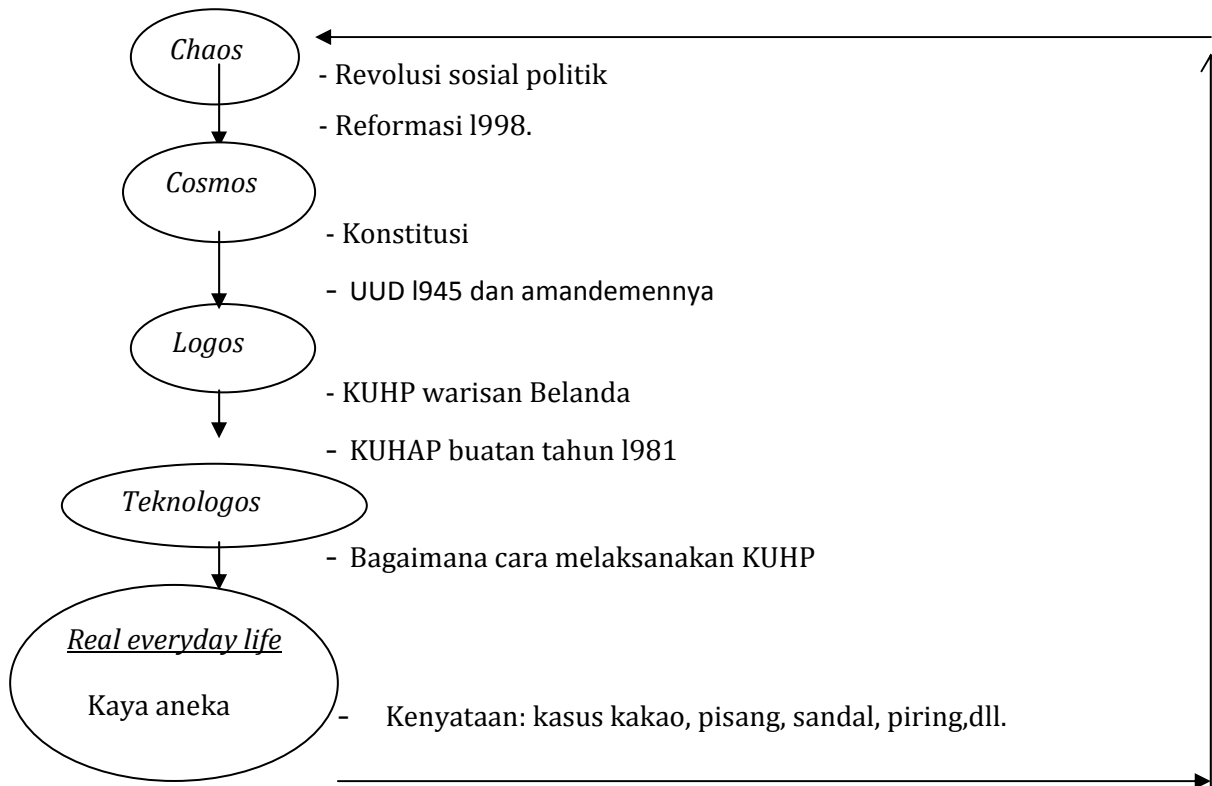
Proses penegakan hukum selalu terkait dengan beberapa variabel yaitu substansi hukum, hukum acara, kondisi sosial politik, tingkat kesadaran hukum masyarakat, para aparat hukumnya, tersedianya fasilitas bantuan hukum. Peradilan pidana suatu negara, termasuk di Indonesia mencerminkan kewibawaan bagi negara, baik secara nasional maupun di mata internasional. Misi perangkat hukum pidana, tidak akan memiliki daya penjeratan dan prevensi bagi masyarakat luas, jika pejabat negara dan warga masyarakat yang mempunyai potensi korupsi masih memiliki persepsi bahwa proses penegakan hukum di Indonesia rentan diintervensi. Baik intervensi kekuasaan politik maupun kekuatan uang suap dengan berbagai *modus operandi*-nya. Terutama dalam kasus-kasus korupsi yang berdimensi vertikal, yaitu korupsi level bawah yang langsung maupun tidak langsung mempunyai hubungan kausal dengan jaringan yang lebih tinggi.

Korupsi politik telah menjadi kendala struktural dalam upaya mencapai visi bangsa Indonesia: masyarakat demokratis, egaliter, berkeadilan, dalam bingkai kedaulatan hukum. Untuk selanjutnya mencapai dataran idaman masyarakat yang adil dan makmur. Proses pencapaian masyarakat yang berkeadilan dan berkemakmuran berprasyarat adanya perubahan sistem hukum dan sistem pendistribusian kekayaan negara. Tidak semua warga negara dan rakyat Indonesia menyadari kewajiban negara untuk menegakkan pilar-pilar tegaknya kewibawaan negara tersebut. Pilar tersebut adalah: negara harus memberi makan rakyatnya, harus menyediakan sarana kesehatan dan transportasi bagi rakyatnya, harus menegakkan keadilan bagi segenap warga negara, dan negara harus dapat menjaga territorial wilayahnya. Tanpa bisa menegakkan 4 pilar tersebut, negara akan kehilangan kewibawaannya di mata rakyatnya dan masyarakat dunia internasional. Ideologi pembangunan pemerintahan Orde Baru, tidak ternyata dapat menegakkan keadilan yang menjadi perekat kohesi sosial masyarakat bangsa. Ternyata memprioritaskan stabilitas berakibat menimbulkan pelanggaran Hak Asasi Manusia.

Dalam perspektif perangkat hukum, meskipun telah ada perubahan dalam ranah konstitusi (*cosmos*) yaitu dijaminnya hak-hak asasi warga negara dalam hubungannya dengan penegakan hukum, tetapi KUHP (*nomologos*) dan KUHP (*teknologos*) paradigmanya belum berubah. Kesenjangan ideologi hukum yang ada dalam perangkat hukum ini telah menimbulkan berbagai fenomena ketidakadilan hukum dan kesenjangan sosial.

## Skema

### Hubungan antara *Chaos, Cosmos, Logos, Teknologos* dan Aneka Realita Kehidupan



Tersumbatnya arus keadilan sebagai kebutuhan pokok rokhaniah bagi rakyat yang lemah, karena paradigma KUHP dan KUHAP belum berubah, belum mengadopsi prinsip *Restorative Justice, Plea Bargaining, Crown Witness* dan proses penyelesaian perkara kecil melalui penyelesaian prosedur informal, serta mediasi penal. Sehingga kelompok masyarakat yang rentan secara politik dan lemah secara ekonomi menjadi sulit memperoleh keadilan.

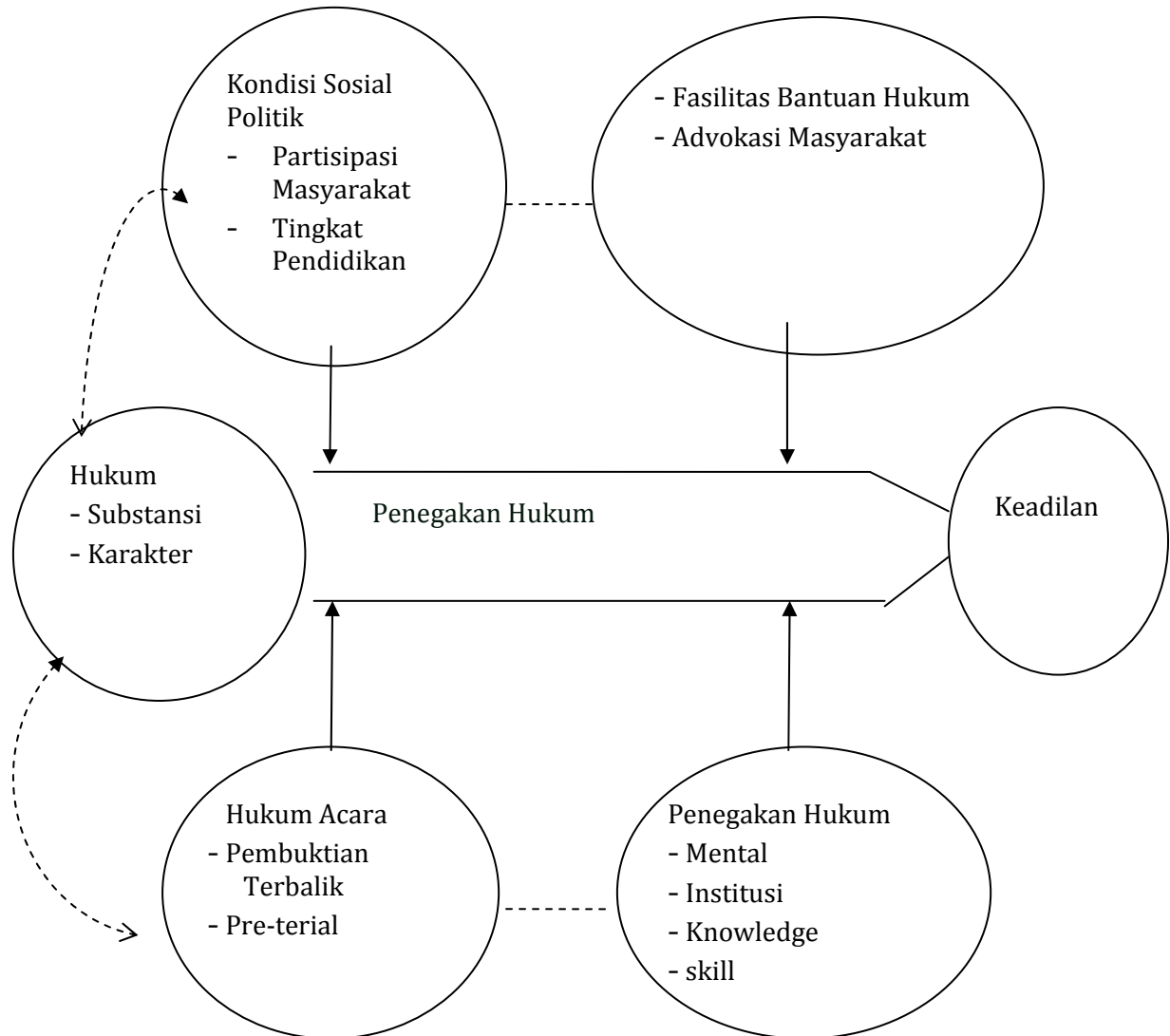
Komponen *Restorative Justice* antara lain:

1. *The victim has to agree;*
2. *The violence has to stop;*
3. *The perpetrator has to take responsibility;*
4. *The perpetrator is the only to blame-not to victim;*
5. *The process only goes ahead with the agreement of the victim.*

Dari struktur dan korelasi perangkat perangkat hukum tersebut di atas terlihat bahwa nilai dasar HAM, substansi hukum (*justice*), dan asas persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*) yang ada dalam ranah UUD 1945 dan amandemennya sejak reformasi belum ditransformasi ke ranah praxis penegakan hukum sehingga rakyat yang rentan secara politik dan ekonomi sulit memperoleh keadilan hukum (*access to justice*) padahal elemen tersebut merupakan determinan dalam proses pembangunan yang inklusif.

**Skema**

**Faktor-faktor yang Terlibat dalam Proses Penegakan Hukum**



Dari konstelasi tujuan untuk mencapai keadilan, terlihat masih ada kelemahan dalam ranah substansi hukum yaitu ideologi hukum yang termuat dalam KUHP dan KUHPA mengandung beberapa kendala untuk pencapaian keadilan. dan budaya hukum berupa kesadaran kolektif bangsa yang sejatinya merupakan perangkat lunak (*software*) sistem hukum. Begitu pula struktur hukum, belum memberikan fasilitas lorong keadilan bagi segenap warga negara. Apalagi dimensi keadilan semakin bertambah, antara lain: *Total Justice, Global Justice, Cosmic Justice*, dll.

**II. Tantangan penegakan hukum**

Proses penegakan hukum dituntut untuk memenuhi variabel-variabel secara positif, dalam arti substansi hukum harus bersukma keadilan dan berspirit kerakyatan, hukum acara dituntut untuk dapat memenuhi hak-hak konstitusional rakyat, mengadopsi nilai-nilai kearifan lokal dan meratifikasi konvensi-konvensi internasional, kondisi sosial politik harus kondusif bagi pemenuhan hak-hak strategis rakyat. Masyarakat yang berkemampuan harus memiliki empati bagi rakyat yang memerlukan bantuan hukum.

Dalam perkara korupsi vertikal di mana hanya kejahatan tingkat bawah yang ajukan ke pengadilan, sedangkan yang level menengah dan atas tidak pernah dibawa ke proses pengadilan, maka skeptisisme masyarakat akan terus muncul. Defisit kewibawaan penegakan hukum korupsi vertikal akan semakin bertimbun, jika korupsi yang bertegangan politik tinggi, tidak dituntut dan dibawa ke pengadilan, sehingga menimbulkan kabut diskriminasi hukum. Korupsi politik berpotensi menimbulkan berbagai bentuk oligarki. Untuk itu, diperlukan adanya advokasi sosial yang bertujuan untuk melindungi dan memajukan hak-hak dasar rakyat yang memfokuskan upaya menuju ke arah tatanan sosial yang berkeadilan.

Masyarakat madani yang berspirit kerakyatan perlu dipupuk bagi rakyat lemah dalam menuju keadilan (*access to justice*) dan mampu menghilangkan kendala-kendala penegakan hukum, Masyarakat tidak boleh terpojok menjadi pengeluh yang kronis. Potensi intelektual, moral dan spiritual para pecinta keadilan harus selalu digerakkan dan diefektifkan dalam posisi sosial bersama dengan *stakeholder* (pemangku kepentingan) tegaknya keadilan sosial-ekonomi. Ruang gerak pelaku korupsi vertikal, oligar, pelanggar HAM akan semakin sempit, jika sikap kritis dan spirit para pecinta keadilan selalu terhubung dengan gelombang sinyal batin martabat rakyat miskin yang terkoyak kemanusiaannya akibat korupsi dan pelanggaran HAM. Alangkah malangnya republik ini, jika penegak hukum dan masyarakat (LSM, ORMAS, PERS, PERGURUAN TINGGI) kalah pintar dari koruptor dan pelanggar HAM.

Senjata insan pecinta keadilan dan antikorupsi, LSM lainnya adalah kebenaran moral dan konsistensi dan persistensi sikap menentang segala bentuk ketidakadilan. Pelanggar HAM dan koruptor politik dan potensial koruptor sangat takut dengan cahaya kebenaran transparansi, kecaman publik dan sanksi hukum yang tegas.

Penegak hukum yang bervisi bahwa korupsi menimbulkan kemiskinan bagi rakyat banyak, harus merasa memiliki kesamaan misi dengan segenap pemangku kepentingan (*stakeholder*) pemberantasan korupsi seperti Ormas, LSM, *Mass Media*, perguruan tinggi, tokoh masyarakat. Jika di negara kita saat ini tidak ada komitmen politik dari kekuasaan elektoral dan minim contoh positif pemberantasan korupsi dari penguasa, maka pemangku kepentingan pemberantasan korupsi harus tetap berkomitmen menjaga marwah atau martabat diri bangsa agar terus menyalakan obor memburu koruptor dan pelanggar HAM. Negara kita harus dijaga jangan sampai menjadi kumuh secara sosial-politik, karena banyak koruptor yang berkeliaran di ranah kekuasaan politik dan berkolaborasi dengan kerakusan ekonomi. Kewibawaan hukum harus dapat mengembalikan arah pendulum kedaulatan hukum kepada rakyat yang menjadi korban korupsi dan pelanggaran HAM karena korupsi merupakan *extra ordinary crime* yang merampas hak-hak sosial ekonomi rakyat dan beroperasi secara sistemik dan meluas.

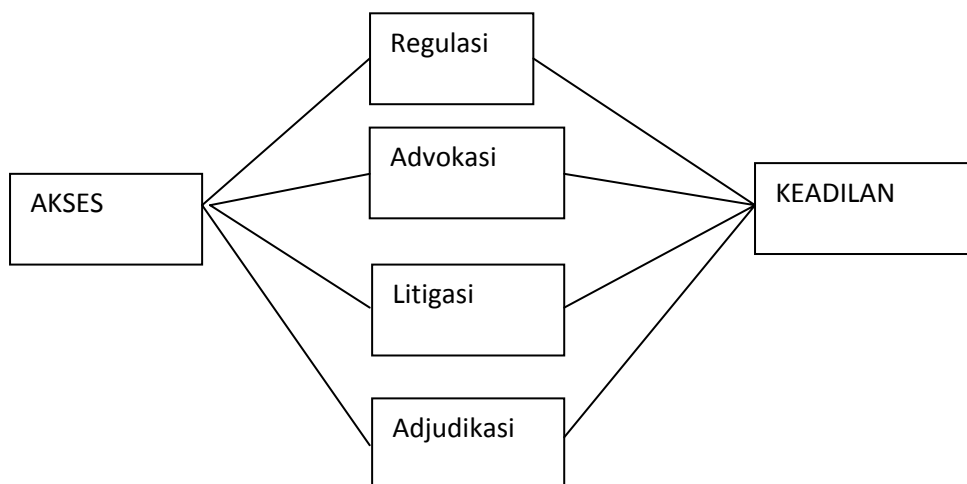
### III. Perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM)

#### – Hak Asasi sebagai Konstitusi Kehidupan

Manusia tidak akan dapat hidup sesuai dengan fitrah kemanusiaannya jika hak-hak dasarnya tidak dimiliki, seperti hak untuk hidup, hak untuk bebas, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk berinteraksi dengan lingkungan sosial dan alamnya.

1. REGULASI merupakan proses penentuan Hak dan Kewajiban warga negara yang mempunyai konsekuensi hukum. Keseimbangan antara hak dan Kewajiban mencerminkan salah satu aspek dari keadilan. *Justice is Fairness*, John Rawls. Dalam UUD 1945 dengan tegas disebutkan bahwa negara melindungi segenap warga negara. *Regulation: The act of regulating; a rule or order prescribed for management or government; a regulating principle; Rule of order prescribed by superior or competent authority relating to action of those under its control.*

2. ADVOKASI merupakan upaya penyadaran dan pendampingan bagi pihak yang memerlukan bantuan untuk memperoleh hak-hak dasarnya. *Advocacy: The act of pleading for, supporting, or recommending active espousal.*
3. LITIGASI merupakan upaya dan proses legal untuk memperoleh hak-hak yang telah ditentukan dalam perangkat perundang-undangan melalui proses peradilan, demi jaminan tentang hak asasi yang telah ditentukan perangkat perundang-undangan serta demi tata hubungan sosial yang lebih adil. *Litigation: A lawsuit. Legal action, including all proceeding therein. Contest in a court of law for purpose of enforcing a right or seeking remedy. A judicial contest, a judicial controversy, a suit at law.* Dalam hubungannya dengan litigasi, Stuart A Scheingold (1977: 14) mengatakan: *The principal institutional mechanism of the myth of right is litigation, which we are encourage to view as an effective means for obtaining decleration of rights from the courts , for assuring of those rights, and FOR BUILDING A MORE JUST SOCIAL ORDER.*
4. ADJUDIKASI. Adjudikasi merupakan upaya perkara melalui prosedur penyelesaian legal.
  - *Adjudication is the legal process of resolving a dispute. The formal giving or pronouncing a judgement or a decree in a court proceeding; also the judgement or decision given.*
  - *Adjudicative claims arbitration: This form of dispute resolution is concerned primarily with tort and other claims involving small amounts as distinguished from the traditional categories of arbitration in the fields of labor, commerce and international trade. Designed to relieve court of burden of handling such cases.*
  - *Adjudicative facts. Factual matter concerning the parties to an administrative proceeding as contrasted with legislative fact which are general and usually do not touch individual questions of particular parties to a proceeding. Facts which concern a person’s motives and intent, as contrasted with general policy issues.*
  - *Adjudicatory action: Administrative action are “adjudatory” in character when they culminate in final determination affecting personal or personal rights.*
  - *Adjudicatory hearing: A proceeding before an administrative agency in which the right and duties of particular persons are adjudicated after notice and opputunity to be heard.*



Akses terhadap keadilan memerlukan penguatan bidang regulasi, advokasi, litigasi dan adjudikasi yang mengarah kepada perlindungan dan peningkatan martabat kemanusiaan rakyat yang masih lemah secara sosial-ekonomi, sehingga hukum harus memainkan peran protektifnya bagi golongan lemah.

Penegakan hukum harus mencerminkan perwujudan nilai-nilai kebenaran dan keadilan, karena di dalam hukum selalu ada ruang *the golden rule* atau akal semesta yang dapat menyinari masyarakat yang senantiasa berupaya menggapai kemajuan peradabannya.

Tegaknya keadilan selalu menuntut adanya bahan bakar sinar keadilan, yaitu kejujuran, keberanian, dan persistensi (ketekunan).



**Prof. Soetandyo Wignjosebroto, MPA.** – Guru Besar Emeritus Universitas Airlangga

## **Negara Hukum dan Permasalahan Akses Keadilan di Negeri-negeri Berkembang Pasca-Kolonial**

Dalam penjelasan UUD-45 (yang dijadikan bahan penataran P-4 pada masa yang lalu), apa yang disebut 'negara hukum' disebutkan di situ secara lebih lengkap dalam suatu rangkaian kata-kata: 'negara yang berdasarkan hukum'. Sebenarnya istilah ini, entah dituliskan pendek-pendek entah pula dituliskan agak panjang sebagai suatu frase, adalah hasil terjemahan dari istilah hukum berbahasa Belanda *rechtsstaat*. Istilah *rechtsstaat* ini -- atau yang di dalam Bahasa Jerman dituliskan *Rechtsstaat* atau pula yang di dalam Bahasa Inggris dituliskan *the lawstate* atau *the(supreme) state of law*, yang berarti status hukum yang tertinggi dan berkekuatan *ruining*) - tersimak dalam perundang-undangan di Indonesia untuk pertama kalinya pada tahun 1854, ialah tahun diundangkannya *Regeringsreglement* Hindia Belanda.

Istilah *rechtsstaat* dipakai dalam perbincangan kali ini sebagai istilah keilmuan guna menunjuk ke suatu pengalaman sejarah dalam perkembangan peradaban masyarakat Eropa Barat, namun yang akhir-akhir ini kian kehilangan maknanya yang objektif, yang dapat difungsikan sebagai sarana analisis yang fungsional. Dihubungkan dengan persoalan 'keadilan' dan 'akses untuk memperoleh keadilan', kata istilah 'negara hukum' ini telah kian berkarakter normatif, legalistik dan cenderung dipercaya sebagai jalan pintas untuk menemukan solusi berbagai permasalahan yang menghadang negeri-negeri baru pasca-kolonial, yang kini tengah berupaya mengembangkan diri ke arah modernitas. Karena berkonsep normatif, dan tak lagi semata-mata prekriptif-positivistik, secara konseptual kata istilah 'negara hukum' ini lalu juga menjadi bersifat *judgmental*, dan kehilangan fungsinya sebagai sarana analisis untuk mendapatkan simpulan "apa sesungguhnya yang tengah terjadi menurut fakta sosio-historisnya", pada perkembangan negara hukum ini, *as a matter of fact*, di negeri-negeri yang tengah berkembang pasca-kolonial, khususnya Indonesia.

### **Tentang Istilah dan Konsep 'Negara Hukum'**

Apa yang disebut dalam bahasa Indonesia 'Negara Hukum' itu - seperti yang telah dikatakan di muka -- sesungguhnya mulai dikenal dalam perbincangan hukum tata pemerintahan dan tata negara di Indonesia sejak dicantumkannya kata istilah ini dalam bahasa asalnya *rechtsstaat* di dalam *Reglement ofhet Beleid der Regering van Nederlands - Indie* (Peraturan Tentang Kebijakan Pemerintahan Hindia Belanda, disingkat *Regeringsreglement* atau RR begitu saja) dari tahun 1854. Ketika RR diganti dengan *Indische Staasregeling* (Peraturan Ketatanegaraan Tanah Hindia, disingkat IS, yang berlaku sejak tahun 1926), sehubungan dengan persiapan pemberian kekuasaan pemerintahan yang lebih terdesentralisasi dari Negeri Belanda kepada Tanah Hindia), janji untuk tetap mempertahankan tanah jajahan Hindia sebagai suatu *rechtsstaat* tetap tertulis di IS, dan diterima dalam maknanya sebagai dasar konstitusional pemerintahan di Tanah Hindia.

Syahdan, apa yang semula dituliskan dalam RR 1854 jo IS 1925 itu jelas tak luput dari perhatian para juris nasionalis Indonesia yang belajar di sekolah-sekolah tinggi Hindia Belanda pada era kolonial. Konsep yang dimaknakan sebagai dasar konstitusional suatu pemerintahan demokratik, baik yang dinyatakan dalam bahasa asalnya, '*rechtsstaat*', maupun terjemahannya yang dipopulerkan kemudian, ialah 'negara hukum', mengisyaratkan bahwa suatu organisasi pemerintahan yang baik mestilah disusun atas dasar kesiapannya untuk menundukkan diri pada ketentuan-ketentuan hukum, dan tidak secara vulgar mendasarkan diri semata pada besarnya kekuasaan politik (*machtstaat*).

Tetapi akan diketahui kemudian dalam praktek ketatanganan di negeri-negeri berkembang pasca-kolonial bahwa apa yang disebut *rechtsstaat* atau 'negara hukum' ini ternyata amat mudah diniatkan dan dituliskan di naskah-naskah atau dibicarakan dalam sidang-sidang pertemuan politik daripada dilaksanakan *in concreto*.

Sesungguhnya, konsep '*rechtsstaat*' atau 'negara hukum' ini adalah konsep yang datang dan berasal dari luar wilayah peradaban pribumi. Inilah konsep yang termutakhirkan lewat revolusi kerakyatan yang terjadi di kawasan peradaban Eropa Barat, khususnya Amerika dan Perancis. Konsep ini merupakan paradigma baru bahwa negara dan alat kekuasaannya (yang disebut pemerintah) tak dibenarkan apabila bertindak atas dasar kekuasaannya belaka; alih-alih, haruslah ditumpukan pada dasar kebenaran hukum yang telah dipositifkan; ialah undang-undang, yang pada gilirannya bertegak di atas kebenaran "hukum" (*ius > iustia*) yang telah disepakati dan dibentuk bersama dalam wujud undang-undang (*ius constitutum*), khususnya yang paling dasar, ialah Undang-Undang Dasar. Inilah yang dalam perbendaharaan istilah bahasa Inggris disebut *the state of law* atau *the lawstate* atau *l'etat des lois* dalam bahasa Perancis. Dari sinilah lahirnya sekurang-kurangnya 3 (tiga) karakteristik yang melekat, *sine qua non*, tak boleh tidak dalam konsep *rechtsstaat*, ialah tatkala harus diterapkan dalam kehidupan bernegara bangsa.

Yang pertama ialah, bahwa apa yang disebut 'hukum' dalam negara hukum itu harus dibentuk dalam wujudnya yang positif. Demi kepastian berlakunya di alam yang objektif (yang dalam bahasa falsafah positivisme Perancis disebut 'alam positif'), hukum mestilah dibentuk ke dalam preskripsi-preskripsi, ialah rumus-rumus tertulis yang mendalilkan adanya hubungan sebab-akibat antara suatu perbuatan hukum atau peristiwa hukum tertentu dengan akibat hukumnya. Kedua, apa yang disebut hukum (yang telah selesai dalam bentuknya yang preskriptif-positif itu, dan boleh disebut *ius constitutum* atau *lege* alias undang-undang itu) harus merupakan hasil proses kesepakatan kontraktual antara golongan-golongan partisan dalam suatu negeri, langsung ataupun melalui wakil-wakilnya, melalui suatu proses yang disebut 'proses legislasi'. Ketiga, hukum yang telah diwujudkan dalam bentuk undang-undang (berikut undang-undang yang paling dasar yang disebut Undang-Undang Dasar) dan bersifat kontraktual itu akan mengikat seluruh warga bangsa secara mutlak, mengalahkan aturan-aturan normatif macam apapun, yang lokal ataupun yang sektarian, namun yang belum disepakatkan melalui proses legislatif agar diberlakukan sebagai bagian dari hukum nasional.

Tiga karakteritik pokok seperti itu berimplikasi konsep dasar bahwa hukum (undang-undang nasional hasil kesepakatan legislatif) itu berkedudukan tertinggi. Tak ayal lagi, konsep *rechtsstaat* itu sekaligus juga menyatakan asas bahwa hukum undang-undang nasional itu merupakan hukum yang berstatus paling tinggi, (mengatasi norma macam apapun yang berlaku secara informal dalam masyarakat). Dinyatakan di dalam bahasa Belanda, *rechtsstaat* itu boleh juga terbaca sebagai singkatan dari *de hoogste rechtsstaat*, atau yang dikatakan di dalam bahasa Inggris sebagai *the supreme state of law*, yang apabila diterjemahkan balik ke dalam bahasa Indonesia tidak lagi berarti 'negara hukum', melainkan 'status supremasi hukum perundang-undangan nasional', yang akan mengikat sesiapaupun yang berada di teritori berlakunya hukum nasional hasil kerja legislasi itu, baik yang awam biasa maupun yang memngemban jabatan di struktur kekuasaan.

### **Distorsi Konsep Negara Hukum di Negara-negara Baru Pasca-Kolonial**

Masalah bermula dari ketiadaan paham yang benar oleh para nasionalis pribumi -- yang berhasil mengambil alih kekuasaan dari para penguasa Barat -- tentang konsep dan sejarah lahirnya konsep *law state* atau *rechtsstaat* dalam kehidupan berbangsa dan bernegara bangsa di Eropa. Konsep 'negara hukum' itu berasal dari pengalaman Barat dan merupakan bagian dari tradisi yang berkembang dalam sejarah politik dan budaya Barat. Harold Berman, dalam bukunya *Law And Revolution: The Development of Western Legal*

*Tradition* - menulis dengan runtut lahir dan perkembangan konsep *the (supreme) state of law* yang juga disebut *de hogere rechtsstaat*. Inilah konsep *rule of law*. *Law* adalah hasil kesepakatan, dan hanya hukum yang dibentuk melalui kesepakatan sajalah yang akan berlaku dalam statusnya yang tertinggi, dan buka kehendak seseorang secara sepihak, entah itu perintah, titah ataupun fatwa. Inilah konsep yang dikisahkan oleh Berman, bermula dari terjadinya kesepakatan untuk menyelesaikan konflik dalam perebutan supremasi kekuasaan antara Paus Gregorius VII dan Kaisar Heinrich pada tahun 1178, atau pula antara Paus Incentious dan Raja John (1209-1213), berlanjut ke kesepakatan serupa antara Raja John dan para baron yang dipegamkan dalam Magna Charta Libertatum (1215), sampai pun ke hari-hari pecahnya revolusi liberal di Perancis yang menghasilkan kesepakatan konstitusional (1889) sebagai realisasi teori Kontrak Sosial sebagaimana yang dikemukakan antara lain oleh Jean Jacques Rousseau (1776).

Perkembangan historik konsep atau dalil kebenaran 'supremasi hukum' dalam kehidupan bemegara bangsa - ialah hukum yang *ruling* sebagai hasil kesepakatan, yang karena itu mesti dihormati dan akan mengikat para pihak di bawah adagium *pacta sunt servanda* - tidaklah dikenal di negeri-negeri Timur. Dunia Timur baru mulai mengenal konsep dan dalil moral politik hukum ketatanegaraan Barat ini ketika Dunia Timur, sebagai akibat penjelajahan bangsa Barat, terimbas masuk menjadi bagian dari sejarah bangsa-bangsa Barat. Pada periode kolonialisme, sesungguhnya pengenalan itu dilakukan oleh para penguasa kolonial secara berangsur dan amat hati-hati agar tidak terjadi gegar budaya. Dalam persoalan ini, Robert Seidman, dalam bukunya *The State, Law and Development* (1978) pernah menuliskan suatu dalil bahwa hukum yang tumbuh kembang sebagai hasil sejarah budaya suatu bangsa tak akan dapat ditransfer begitu saja ke kehidupan bangsa lain yang bersejarah dan bertradisi lain. Itulah yang menjadi dasar kebijakan pemerintah kolonial Inggris untuk tetap menjalankan kebijakan *rule of (educated) man* di daerah jajahannya di Afrika, walau di negerinya sendiri Inggris menerapkan secara konsekuen prinsip *the rule of law*.

Kebijakan kolonial Inggris untuk daerah jajahannya di Afrika, sebagaimana dilaporkan Seidman, rupanya bersejajar benar dengan kebijakan kolonial Belanda untuk Indonesia pada masa lalu. Itulah yang menjadi dasar rasionalisasi politik kolonial Belanda untuk bekerja pada alur kebijakan dualisme. Karena diketahui bahwa hukum itu - dalam bentuknya yang formil maupun dalam substansinya yang materiil -- merupakan suatu produk sejarah bangsa, maka penguasa kolonial Belanda masa itu memisahkan secara jelas dua wilayah yurisdiksi hukum, satu yang berlaku untuk warga negara Belanda dan orang Barat asing lainnya, dan satu untuk golongan penduduk non-Eropa. Untuk orang-orang dari golongan penduduk Bumiputera berlaku dalam wilayah yurisdiksinya "*zijn eigen gewoonte, gebruiken en godsdienstige instellingen*" (adat tradisi, kebiasaan dan lembaga-lembaga keagamaan mereka sendiri).

## Permasalahan *Access to Justice* : Kasus Indonesia

Kebijakan dualisme kolonial ini ternyata tak lagi diikuti ketika kekuasaan kolonial berakhir di Indonesia. Para nasionalis pribumi menganggap, bahkan menuduh, bahwa kebijakan dualisme adalah kebijakan diskriminatif yang akan menghambat kemajuan bangsa pribumi memasuki dunia modern. Dualisme yurisdiksi -- yang secara implisit juga merupakan pemisahan antara kawasan 'negara hukum' yang nasional-modern dan kawasan 'masyarakat hukum' yang lokal-adat (yang dalam literatur Belanda diistilahi *adat rechtsgemeenschap*) dianggap tak lagi sejalan dengan cita-cita modernisasi bangsa. Akan tetapi, ketika konsep negara hukum diambil alih untuk dipakai begitu saja, ternyata dalam praktek terjadi kebijakan-kebijakan nasional yang mendasar juga di sini. Konsep negara hukum yang berasal dari bumi asing diambil untuk ditumbuhkembangkan di suatu bumi tradisi yang masih banyak dicoba dipertahankan berdasarkan "kepribadian bangsa sendiri", *nota bene* yang untuk sebagian besar masih mencerminkan kuatnya budaya patron-klien, yang tidak memuliakan kebebasan melainkan kesetiaan klien. Di sini hukum (undang-undang) tak selalu dijadikan rujukan. Alih-alih, kebijakan atau fatwa yang bersifat non-kontraktual itulah yang acap dijadikan rujukan.

Di mana keadilan? Keadilan yang mana? 'Keadilan komutatif' yang dikonstruksi menurut kesepakatan legislatif dalam bingkai *rechtsstaat*, atautah 'keadilan distributif' sebagaimana yang dititahkan sang *tribunus* yang 'kepala suku', yang bisa bertindak sebagai patron yang baik bagi para kliennya dalam kehidupan *rechtsgemeenschappen*? Ke mana menemukan keadilan? Ke hakim negara yang berstatus pejabat negara, yang karena itu harus memberikan putusan berdasarkan hukum materiil dan formil yang telah diundangkan badan legislatif dan ditegakkan oleh aparat eksekutif, atautah mencari penyelesaian ke tokoh-tokoh informal yang acapkali masih berwibawa tinggi dalam kehidupan masyarakat?

Tak muhal dan tak jarang pula resistensi terhadap hukum undang-undang justru diprakarsai oleh para patron atau elit lokal yang konservatif namun berpengaruh. Para elit lokal ini acapkali lebih mampu memobilisasi klien-kliennya berdasarkan sentimen-sentimen lokal daripada para birokrat nasional. Menghadapi kenyataan seperti ini, hukum (undang-undang) yang dimuliakan dalam kehidupan bermegara hukum seakan-akan kehilangan legitimasinya dan kehilangan daya keefektifan serta kebermaknaan sosiologiknnya. Persoalannya kini ini ialah, bahwa pelanggaran dan/atau pengabaian hukum undang-undang itu tidak hanya dilakukan oleh seorang dua orang saja, yang akan bisa ditindak dengan penjatuhan sanksi terhadapnya, melainkan oleh beratusribu orang. Persoalannya yang paling mendasar adalah bahwa para "pelanggar" itu berkilah dengan merujuk ke dasar pembenar yang berada di ranah kesadaran dan keyakinannya sendiri. Itulah keyakinan hukum yang berakar dalam-dalam di dalam struktur budaya warga masyarakat, yang bisa sungguh berbeda dengan postulat yang diambil sebagai premis kebijakan negara, baik kebijakan yang terproses di badan-badan legislatif maupun yang diimplementasi di badan-badan eksekutif dan/atau yudisial.

Semua pengabaian yang berujung pada menjadi tak bermaknanya hukum undang-undang itu bersebab dari kenyataan bahwa hukum undang-undang ini acapkali dipandang tidak atau kurang bersesuaian dengan rasa kepatutan yang telah terlanjur diadatkan. Dalam banyak peristiwa, pengabaian itu mungkin pula disebabkan oleh kenyataan bahwa kebijakan yang terkandung dalam hukum undang-undang itu dipandang kurang berpihak kepada -- dan oleh sebab itu juga dinilai kurang menguntungkan -- kepentingan warga masyarakat dalam jumlah signifikan. Kebijakan investasi, misalnya dipandang kurang adil dan kurang menguntungkan apabila diawasi dari pertimbangan para buruh yang "ngeri" pada kebijakan *outsourcing*. Pengabaian dan penolakan seperti itu akan kian nyata lagi apabila hukum negara ini nyatanya hanya hendak memperbanyak jumlah kewajiban yang mesti dipenuhi warga negara, dan bukan hendak memberikan hak-hak baru yang akan menjamin warga untuk memperoleh layanan sosial yang lebih memadai daripada layanan yang terdahulu diberikan para pejabat negara. Kenyataan ini tak hanya terjadi tatkala para ahli

hukum di negeri ini getol mengembangkan teori 'hukum pembangunan' dengan doktrin *law is a tool of social engineering*, akan tetapi masih juga terjadi ketika banyak pemikir hukum mulai mencoba melakukan siaran ajaran hukum progresif, yang diam-diam menyiratkan kembali ajaran hukum kodrat rintisan Romo Jesuit Fransisco Suarez (1548-1617) dari madhab Salamanca.[\*\*\*]



# PEMBAHASAN MAKALAH PER PANEL

## PANEL 1

### PANCASILA DAN ARSITEKTUR NEGARA HUKUM INDONESIA



## Pembahasan Makalah per Panel

### Panel 1

Judul Panel : Pancasila dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia

Pengelola : Epistema Institute

### **Pancasila Dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia: Upaya Dekolonisasi Dan Rekonstruksi Tradisi**

**Aidul Fitriadi**

#### **A. Pendahuluan**

Perubahan Ketiga UUD 1945 telah menambah norma tentang Negara Hukum pada Pasal 1 ayat (3) Perubahan Ketiga UUD NRI 1945 yang berbunyi: “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Ketentuan tersebut merupakan bentuk penormaan yang berasal dari muatan dalam Penjelasan UUD 1945 yang menyebutkan “Negara Indonesia berdasar atas Hukum (*Rechtsstaat*) tidak berdasar atas kekuasaan belaka (*Machtsstaat*)”.<sup>1</sup> Dengan pemuatan dalam norma UUD 1945, maka konsep Negara Hukum dalam Penjelasan UUD 1945 memiliki kekuatan hukum yang mengikat sebagai norma tertinggi dalam tata hukum nasional negara Indonesia.

Secara terminologis, istilah “negara hukum” pada ketentuan Pasal 1 ayat (3) Perubahan Ketiga UUD 1945 tidak merujuk secara khusus pada salah satu konsep utama dalam tradisi hukum Barat, baik *Rechtsstaat* maupun *Rule of Law*. Artinya, istilah “negara hukum” dalam UUD 1945 merupakan konsep yang relatif ‘netral’ yang membuka ruang tafsir bagi pemahaman baru sesuai dengan paradigma dan realitas negara RI.

Namun, secara historis istilah “negara hukum” dalam UUD 1945 tersebut bersumber dari rumusan dalam Penjelasan UUD 1945. Sekalipun agak berbeda dengan istilah “negara berdasar atas hukum” dalam Penjelasan UUD 1945, tetapi istilah “negara hukum” dalam Penjelasan UUD 1945 jelas mengacu pada konsep *Rechtsstaat* yang berkembang dalam tradisi hukum Eropa Kontinental. Oleh karena itu, secara historis istilah “negara hukum” dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) Perubahan Ketiga UUD 1945 juga merujuk pada konsep *Rechtsstaat*, dan bukan merujuk pada konsep *Rule of Law*. Rujukan pada konsep *Rechtsstaat* tersebut sudah tentu memiliki konsekuensi yang berbeda dibandingkan bila merujuk pada konsep *Rule of Law*. Bagaimanapun kedua konsep tersebut bukan merupakan konsep yang arbitrer, melainkan terkait dengan tradisi hukum tertentu yang memiliki latar historis dan sosial-budaya masyarakat tertentu yang berbeda dengan Indonesia. Konsekuensinya, manakala diadopsi dalam sistem hukum nasional Indonesia mengandung beberapa implikasi yang diperlukan oleh konsep tersebut untuk dapat beroperasi secara efektif.

Pada sisi lain, para pendiri negara telah memilih suatu paradigma bernegara yang tidak hanya mengacu pada tradisi hukum Barat, melainkan juga berakar pada tradisi asli bangsa Indonesia. Paradigma bernegara itu dirumuskan dengan memadukan secara



paripurna 5 (lima) prinsip bernegara, yakni Ketuhanan (theisme), kemanusiaan (humanisme), kebangsaan (nasionalisme), kerakyatan (demokrasi), dan keadilan sosial (sosialisme) ke dalam suatu konsep *Pancasila*. Kelima prinsip Pancasila itu mengandung nilai universal, tetapi juga memiliki basis partikularitas pada tradisi bangsa Indonesia. Dimensi universalitas dan partikularitas itu menyebabkan adanya ketegangan konseptual dalam Pancasila yang menunjukkan bahwa para pendiri negara Indonesia hendak mendirikan negara-bangsa berciri modern, tetapi tetap berbasis pada tradisi bangsa Indonesia. Demikian pula halnya, para pendiri negara mengadopsi konsep negara hukum dari konsep *Rechtsstaat* pada tradisi hukum Eropa Kontinental, tetapi berupaya untuk memberi muatan substantif yang berbasis pada tradisi bangsa Indonesia sehingga pada akhirnya dapat dihasilkan suatu konsep Negara Hukum Indonesia.

Makalah ini hendak mengkaji tentang wacana negara hukum yang berlandaskan Pancasila beserta relevansinya dalam kehidupan negara Indonesia pascaamandemen UUD 1945. Telaah atas wacana tersebut tidak semata-mata secara normatif, tetapi juga dengan menelisik basis material yang melandasi wacana tersebut untuk kemudian diproyeksikan ke dalam konsep negara hukum di Indonesia.

## B. Makna Hukum dalam Tradisi Timur dan Barat

Secara etimologis, wacana “negara hukum” berakar pada pemaknaan atas kata “hukum” itu sendiri yang berbeda antara tradisi Barat dan Timur. Secara umum, dalam tradisi Barat hukum dimaknai sesuatu yang lurus, tegas, sebagaimana tercermin dari makna literal dari kata *recht* (Belanda, Jerman) yang semakna dengan *right* (Inggris) dan *Droit* (Prancis) yang bermakna “lurus, kanan (kebalikan dari kiri), baik, benar” (Online Etymology Dictionary). Namun, tradisi Barat membedakan antara istilah “hukum” dan “aturan/undang-undang”. Dalam beberapa bahasa Eropa, menggunakan istilah *recht* (Belanda, Jerman), *law* (Inggris), *droit* (Prancis), *derecho* (Spanyol) untuk pengertian “hukum”. Sementara untuk istilah “undang-undang” digunakan istilah *wet* (Belanda), *gesetz* (Jerman), *loi* (Prancis), *ley* (Spanyol), *act* (Inggris).

Pembedaan tersebut sangat menentukan makna negara hukum dalam pengertian sempit atau luas. Dalam pengertian sempit, makna negara hukum mengacu pada pengertian ‘undang-undang’ sebagai aturan tertulis yang dibuat oleh badan legislatif. Pengertian sempit ini kemudian melahirkan makna negara hukum sebagai *negara undang-undang*, *Wetsstaat*, *Gesetsstaat*, *Etat de Loi*—yang bertujuan semata-mata untuk memperoleh ketertiban dan kepastian hukum. Sementara itu makna negara hukum dalam pengertian luas mengacu pada dimensi hukum yang bersifat etis, sehingga melahirkan makna negara hukum sebagai *Rechtsstaat*, *Etat de Droit*, atau *Rule of Law*. Makna negara hukum dalam pengertian luas ini bukan semata-mata bertujuan untuk mencapai kepastian hukum, melainkan juga untuk memperoleh keadilan dan kemashlahatan.

Sementara itu, dalam tradisi Timur hukum dipahami sebagai sesuai yang lebih cair, sebagaimana tercermin dalam makna literal *shariah* yang berarti “jalan menuju sumber air” yang menunjukkan air sebagai elemen penting dalam hidup.<sup>2</sup> Makna hukum yang serupa terdapat dalam karakter China untuk kata *fǎ* (法) yang berarti “jujur, lurus, adil”, yang berakar pada makna *air* (Zhiping, 1989:56). Karakter *fǎ* tersebut selalu disandingkan dengan *li* (禮) yang mengacu pada moralitas. Dalam tradisi hukum China, *fǎ*, atau hukum formal,

memusatkan pada penegakan aturan hukum, sedangkan *li*, atau kode moral lebih menekankan pada pencegahan. Dalam hubungan *fā* dan *li*, kedudukan *li* lebih diutamakan di atas *fā*, sehingga moralitas menjadi dasar bagi penegakan hukum (Liu, 2007). Makna literal *fā-li* tersebut serupa dengan *sharia*, yakni hukum sebagai sesuatu yang cenderung mengutamakan keadilan dan kemashlahatan dibandingkan dengan kepastian hukum. Dalam hukum Islam, misalnya, sanksi atas pembunuhan adalah *qishash* (Arab: *اصرقص*) yang bermakna pembalasan setimpal. Tetapi, hukuman tersebut dapat diganti dengan *diyat* (Arab *دية*) atau kompensasi dalam bentuk uang atau makanan. Artinya, hukum itu lebih mengutamakan kemashlahatan dibandingkan dengan kepastian hukum.

Perbedaan makna literal seperti itu membuat perbedaan persepsi antara hukum dalam tradisi Barat dan Timur. Secara umum perbedaan itu terutama terletak pada : tradisi hukum di Barat lebih menekankan pada konflik (*lawsuit*), individualisme, kepastian hukum, dan hukum formal, sedangkan tradisi hukum di Timur lebih menekankan pada harmoni sosial, kolektivisme, kemashlahatan, dan hukum informal (Feng, 2009:9). Pada kedua tradisi hukum itu lahir konsep-konsep negara hukum yang khas: dalam tradisi Barat lahir konsep *Rechtsstaat* (Eropa Kontinental) dan *Rule of Law* (Anglo Sakson), sedangkan dalam tradisi Timur lahir konsep *al-Siyasa al-shar'iyya* (Islam) dan *fā zhì* (法治 -China) yang bermakna sama: suatu negara yang diperintah berdasarkan hukum.

Sepanjang sejarah tradisi-tradisi hukum tersebut saling mempengaruhi satu sama lain. Sebagai contoh, tradisi hukum Anglo Saxon yang melahirkan konsep *Rule of Law* sangat dipengaruhi oleh Hukum Islam. Selain mewarisi hukum kebiasaan Normandia, tradisi hukum Anglo Saxon yang berkembang sejak abad ke-12 memperoleh pengaruh dari Hukum Islam sebagai akibat dari keterlibatan bangsa Inggris dalam Perang Salib (*Crusade*) di Yerusalem. Pengaruh Hukum Islam itu nampak dalam lembaga hukum yang menekankan pada otoritas hakim sebagaimana otoritas *qadhi* dalam Hukum Islam serta model pendidikan hukum yang mengadopsi model madrasah yang melekat ke Mesjid, sehingga lembaga pendidikan hukum pertama di Inggris, yakni *the Inns of Court* pun melekat ke Gereja (Glenn, 2000:209; Makdisi, 1981). Tidak heran bila konsep *Rule of Law* dalam tradisi hukum Anglo Saxon dan *al-Siyasa al-Shar'iyya* dalam tradisi hukum Islam memiliki beberapa kesamaan, terutama dalam otoritas hakim sebagai pusat tata hukum yang menjamin supremasi hukum (*supremacy of law* atau *siyādat al-sharīa*) (Harris, 2008).

### C. Konsep Negara Hukum: Tipe Ideal, Tujuan, dan Unsur-unsur

Khusus dalam tradisi Barat dikenal ada dua macam tipe negara hukum, yakni *Rechtsstaat* yang berkembang dalam tradisi hukum Eropa Kontinental dan *Rule of Law* yang berkembang dalam tradisi hukum Anglo Saxon. Secara umum *Rechtsstaat* berkembang dari konsep *Liberaal Rechtsstaat* (Negara Hukum Liberal) pada abad ke-19 yang memandang peran negara harus dikurangi untuk melindungi dan memajukan kebebasan personal dan hak milik pribadi (*grondrechten*) yang secara struktural dilakukan dengan pemisahan kekuasaan (*scheiding van machten*). Dalam perkembangannya, konsep *Liberaal Rechtsstaat* ini bergerak ke arah *Formaal Rechtsstaat* (Negara Hukum Formal) seiring dengan bangkitnya pemikiran positivisme hukum dan kodifikasi hukum yang menekankan pada prinsip legalitas (*wetmatigeheid van bestuur*) serta pemisahan pengadilan administrasi (*administratieve rechtspraak*) sebagai instrumen untuk melindungi setiap individu dari penyalahgunaan kekuasaan oleh pejabat administrasi. Pada masa Republik Weimar, konsep *Formaal*

*Rechtsstaat* ini berkembang menjadi totalitarian yang hanya menekankan pada prinsip legalitas dan karenanya menolak adanya pengujian atas Undang-Undang (*Gesetz*). Setelah Perang Dunia II muncul kesadaran baru ke arah *Rechtsstaat* yang lebih substantif sekalipun tetap mempertahankan aspek formalnya yang kemudian melahirkan konsep *Sozialen Rechtsstaat* (Negara Hukum Sosial).<sup>3</sup> Konsep terakhir ini memadukan antara perlindungan hak-hak fundamental dan peran negara yang secara aktif mempromosikan kesejahteraan warga negara (Caldwell, 1997:102-103; Schmitt, 2008:167-196; Hayek, 2011:287-307).

Dalam kaitan dengan gagasan *Rechtsstat* dan *Rule of Law* itu, Richard H. Fallon menggolongkan negara hukum ke dalam 4 (empat) tipe ideal negara hukum, yakni tipe negara hukum *historis, formalis, prosedural, dan substantif*.

- 1) Konsepsi negara hukum historis memaknai “*the Rule of Law with rule by norms laid down by legitimate authorities prior to their application to particular cases*” (Fallon, 1997: 11). Artinya, negara hukum tipe historis lebih menekankan pada makna orisinal hukum sebagaimana yang dimaksudkan oleh para pembuatnya;
- 2) Konsepsi negara hukum formalis terungkap dalam ungkapan Hakim Antonin Scalia yang mengatakan “*The Rule of Law as a Law of Rules*” (Negara Hukum adalah hukum dari aturan-aturan). Konsepsi Sementara itu, dalam tradisi Anglo Sakson berkembang konsep *Rule of Law* yang berkembang seiring dengan pertumbuhan konstitusionalisme Inggris—sejak lahirnya *Magna Charta* pada abad ke-13—yang menekankan pada supremasi hukum umum (*the absolute supremacy or predominance of regular law*) sebagai penolakan atas kekuasaan sewenang-wenang, persamaan kedudukan di depan hukum (*equality before the law*) sehingga setiap orang tunduk pada hukum umum yang diputuskan oleh pengadilan umum, serta hak-hak individual yang tidak dijamin oleh aturan dalam suatu dokumen formal melainkan sebagai konsekuensi dari hak-hak yang ditetapkan dan ditegakkan oleh pengadilan (Hayek, 2011:232-260; Wade & Bradley, 1989:94). Negara hukum formalis ini menekankan pada “aturan” yang menyediakan “*maximally effective guides to behaviour and ensure that judges, as much as other officials, are bound by law*” (Fallon, 1997:15). Konsepsi negara hukum formal ini sangat memusatkan pada penegakan aturan hukum tertulis, khususnya aturan perundang-undangan, dengan tujuan terutama untuk kepastian hukum;
- 3) Konsepsi negara hukum prosedural menekankan pada gabungan dari: (i) *procedural fairness in the development and application of legal norms*, (ii) *an (assumed) internal connection between notions of law and reasonableness*, (iii) *reasoned elaboration of the connection between recognized, pre-existing sources of legal authority and the determination of rights and responsibilities in particular cases*, and (iv) *judicial review as a guarantor of procedural fairness and rational deliberation by legislative, executive, and administrative decisionmakers* (Fallon, 1997:18). Intinya, negara hukum prosedural menekankan pada pemaknaan hukum sebagai produk dari proses deliberasi yang rasional;
- 4) Konsepsi negara hukum substantif memaknai “*the Rule of Law implies the intelligibility of law as a morally authoritative guide to human conduct.*” Jadi, tipe substantif tidak memandang negara hukum semata-mata penegakan aturan tertulis, maksud dari pembentuk hukum, atau proses deliberatif yang rasional, melainkan lebih menekankan pada aspek etis atau moralitas dari hukum, seperti keadilan dan HAM.

Sekalipun terdapat perbedaan tipe ideal, tetapi terdapat kesepakatan berkenaan dengan tujuan dan unsur-unsur dari konsep Negara Hukum. Secara umum konsep Negara Hukum memiliki tiga tujuan utama, yakni:

- 1) Negara Hukum harus melindungi masyarakat dari anarki dan kekacauan;
- 2) Negara Hukum memberikan kesempatan kepada rakyat untuk merencanakan urusan-urusan mereka berdasarkan pertimbangan rasional bahwa mereka dapat mengetahui konsekuensi legal dari segala aktivitas yang akan dilakukannya;
- 3) Negara Hukum harus memberikan jaminan kepada masyarakat dari segala macam bentuk kesewenang-wenangan (Fallon, 1997:7-8).

Berdasarkan tujuan-tujuan tersebut, umumnya konsep Negara Hukum modern menekankan pada lima unsur yang menentukan Negara Hukum dapat dilaksanakan:

- 1) Kapasitas aturan-aturan, standar-standar, atau prinsip-prinsip hukum untuk memandu masyarakat dalam melaksanakan urusan-urusannya. Masyarakat harus mengetahui hukum dan mematuhi;
- 2) Efektivitas hukum. Dalam ungkapan Joseph Raz, "rakyat harus diperintah oleh hukum dan mematuhi" (*People should be ruled by law and obey it*);
- 3) Stabilitas hukum. Hukum harus memungkinkan stabilitas, agar dapat memfasilitasi perencanaan dan mengkoordinasikan berbagai tindakan sepanjang waktu;
- 4) Supremasi otoritas hukum. Hukum harus mengatur para pejabat, termasuk hakim dan para penegak hukum, maupun masyarakat biasa;
- 5) Pengadilan yang tidak memihak. Pengadilan harus disediakan untuk menegakan hukum dan harus melaksanakan prosedur yang jujur dan adil (Fallon, 1997:8-9).

#### **D. Basis Sosial-Ekonomi *Rechtsstaat***

Dalam konteks negara Indonesia, secara historis konsep Negara Hukum dalam UUD 1945 berasal dari konsep *Rechtsstaat* yang berkembang dalam tradisi Eropa Kontinental. Para pendiri negara yang terdidik dalam tradisi hukum Eropa Kontinental mengadopsi konsep *Rechtsstaat* yang pertama kali diatur dalam *Regeringsreglement* (RR) 1854. Peraturan Konstitusional tersebut merupakan peraturan dasar pertama yang menjadi petunjuk dari perkembangan konstitusionalisme di negara Hindia Belanda dalam bentuk pengakuan atas supremasi hukum (Furnival, 1939/1967: 157-158). Peraturan itupun menjadi tanda dari suatu "era legalitas" yang menjadi unsur pokok dari konsep *Rechtsstaat* (Furnival, 1939/1967:187). Pada Pasal 18 RR 1854 disebutkan, bahwa "*tidak seorang pun dapat dituntut dan dihukum kecuali dalam suatu kasus dan berdasarkan prosedur yang telah ditetapkan dalam aturan perundang-undangan.*" Selain itu, RR 1854 juga menekankan pada pemisahan kekuasaan, khususnya antara eksekutif dan judisiari yang menjadi tanda paling jelas dari prinsip negara hukum liberal (Furnival, 1939/1967:188).

Munculnya konsep *Rechtsstaat* dalam RR 1854 tersebut menandai beroperasinya sistem ekonomi liberal di negara Hindia Belanda. Ketentuan tentang *Rechtsstaat* tersebut terkait dengan kebijakan agraria dan perburuhan. Ketentuan RR 1854 menetapkan penghapusan kewajiban tanam paksa yang berlaku sejak tahun 1830. Penghapusan tanam paksa itu membuka kemungkinan bagi pemilik modal (kapitalis) untuk memperoleh hak

sewa turun temurun (*erfpacht*) dari Pemerintah yang diperkuat dengan *Agrarische Wet 1870* dapat dikuasai selama 75 tahun (Furnival, 1939/1967:178). Penghapusan tanam paksa juga memungkinkan adanya buruh bebas yang dapat digunakan oleh perusahaan swasta dengan upah yang lebih kompetitif (Furnival, 1939/1967:182-183).

Kaitan antara *Rechtsstaat* dan sistem ekonomi liberal tampak pada pembatasan atas kekuasaan Ratu Belanda dengan pembentukan Parlemen (*Volksraad*) yang berwenang membuat Undang-Undang (*Wet/Ordonantie*) yang harus dilaksanakan oleh administrasi negara. Penekanan pada supremasi UU tersebut diperkuat dengan prinsip legalitas yang memberikan kepastian hukum bagi para pemilik modal dan perusahaan-perusahaan swasta (Furnival, 1939/1967). Secara konseptual, *Rechtsstaat* pada dasarnya merefleksikan secara paralel antara rasionalitas hukum dan rasionalitas ekonomi pasar bebas. Dalam kaitan ini Franz Neumann mengatakan :

*The Rechtsstaat is the creation of the bourgeoisie as an economically rising but politically stagnant class .... The fundamental principle is the legality of administration, that is to say, the postulate that the administration of the state is bound by its own laws, and that every interference of the state must be reducible to such law. This implies the supremacy of the law and only of the law; but of a certain type of law, namely the general law. From this it follows that the relation between the state and individuals must be determined in advance by formal rational law. The interference of the state with liberty and property must be predictable and calculable; in Stahl's words, it must be exactly defined. From this it follows that interferences must be controllable, and indeed by independent judges (Neumann, 1986:182).*

Berdasarkan pendapat Neumaan tersebut jelas bahwa konsep *Rechtsstaat* merupakan kreasi kaum borjuis yang memiliki kekuatan ekonomi, tetapi secara politis tidak berkembang. Oleh karena itu, diperlukan konsep hukum yang memiliki karakter yang paralel dengan sistem ekonomi pasar bebas, yakni rasional-formal, dapat diramal (*predictable*) serta dapat dikalkulasi (*calculable*). Kebutuhan yang sama pula yang mendorong diadopsinya konsep *Rechtsstaat* dalam RR 1854, yakni untuk memfasilitasi sistem ekonomi *laisser-faire* yang menghendaki "*free cultivation, free labour, and individual possession*" (Furnival, 1939/1967:174-175).

Konsep *Liberaal Rechtsstaat* yang diterapkan oleh pemerintahan kolonial tersebut terbukti mampu mendorong pertumbuhan ekonomi negara Hindia Belanda. Akan tetapi, pada saat yang sama menimbulkan kesenjangan ekonomi di antara penduduk Hindia Belanda. Penggolongan penduduk menjadi tiga golongan: Eropa, Timur Asing, dan Pribumi telah mengakibatkan penduduk yang berasal dari latarbelakang Eropa dan China memperoleh keuntungan dari sistem kapitalisme tersebut, sementara penduduk pribumi hanya mengalami kemajuan yang terbatas. Opini umum saat itu: "*The natives grow in numbers, the European and Chinese, in wealth*" (Furnival, 1939/1967: 404). Sistem ekonomi pun akhirnya berkembang ke arah dualisme ekonomi, yakni ekonomi industri modern yang melibatkan penduduk kalangan Eropa dan China dan ekonomi agraris tradisional yang melibatkan mayoritas penduduk pribumi. Dalam sistem ekonomi dualis atau pluralis seperti itu, maka konsep *Rechtsstaat* tak lebih dari legitimasi legal atas eksploitasi kapitalisme terhadap kaum pribumi (Furnival, 1939/1967:446-469;)

Para pendiri negara Indonesia sangat menyadari basis material konsep *Rechtsstaat* tersebut. Dalam pandangan mereka, ada keterkaitan antara kolonialisme dan sistem ekonomi liberal. Demikian pula dengan konsep *Rechtsstaat* yang dipandang sebagai bagian integral dari sistem ekonomi liberal yang berwatak kolonialistik. Karenanya penentangan atas kolonialisme searah dengan penolakan atas liberalisme ekonomi. Artinya, dekolonisasi bukan hanya proses emansipasi politik sebagai bangsa, tetapi juga penghapusan sistem ekonomi kapitalistik yang menjadi basis material bagi kolonialisme di Indonesia (Azhari, 2011). Pendirian seperti itu tampak sangat jelas dalam ketentuan Pasal 33 UUD 1945 yang menghendaki adanya sistem ekonomi terencana dan penguasaan sektor-sektor ekonomi penting oleh negara. Artinya, penerimaan atas konsep *Rechtsstaat* oleh para pendiri negara disertai dengan kritik atas sistem kapitalisme yang menjadi basis material *Rechtsstaat*. Posisi ini paralel dengan konsep *Sozialen Rechtsstaat* yang berkembang di Jerman Barat selepas Perang Dunia II, sehingga secara konseptual konsep *Rechtsstaat* yang dimaksud oleh para pendiri negara Indonesia adalah *Sozialen Rechtsstaat* atau Negara Hukum Sosial dengan basis sistem ekonomi kesejahteraan atau negara kesejahteraan (*welfare state*).<sup>4</sup>

#### **E. Konsep Negara Hukum: Dekolonisasi dan Rekonstruksi Tradisi**

Kesadaran akan basis sosial-ekonomi *Liberaal Rechtsstaat* membuat para pendiri negara Indonesia menerima konsep *Rechtsstaat* sebagai konsep ideal, tetapi dengan basis material yang tidak liberal. Pendirian para pendiri negara itu pada dasarnya menunjukkan adanya tujuan dekolonisasi yang tidak hanya untuk emansipasi bangsa Indonesia, tetapi juga penghapusan atas sistem sosial ekonomi warisan kolonial yang berwatak liberal-kapitalistik. Dekolonisasi itu diungkapkan dalam sila “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia” yang memantulkan kehendak untuk mengakhiri sistem kapitalisme kolonial yang telah menciptakan dualisme ekonomi dan menyebabkan terjadinya ketimpangan dan diskriminasi ekonomi di kalangan penduduk Indonesia. Secara filosofis, prinsip keadilan sosial itu merefleksikan adanya tujuan keadilan dan kemashlahatan dibandingkan dengan kepastian hukum. Hukum tidak dipahami sebagai norma yang bersifat formal-rasional, tetapi merupakan ungkapan dari tujuan yang bersifat etis-transenden. Karena itulah para pendiri negara Indonesia menyepakati prinsip “Ketuhanan Yang Maha Esa” yang menunjukkan bahwa sistem hukum Indonesia mengalir dari sumber norma yang bersifat etis-transenden yang disediakan oleh moralitas agama. Pengungkapan hukum yang bersifat etis-transenden itu juga merupakan ungkapan dari rekonstruksi tradisi hukum yang hidup di tengah rakyat, yakni tradisi hukum Islam dan tradisi hukum adat. Pada kedua tradisi hukum tersebut, tujuan keadilan dan kemashlahatan lebih diutamakan dibandingkan dengan kepastian hukum.<sup>5</sup>

Secara normatif pendirian para pendiri negara itu diungkapkan dalam tiga pasal yang disebut sebagai “essensialia UUD 1945”, yakni Pasal 27 tentang persamaan kedudukan di depan hukum dan pemerintahan dan hak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak, Pasal 29 tentang prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa dan kebebasan beragama, serta Pasal 33 tentang perencanaan ekonomi dan hak menguasai negara. Ketiga pasal tersebut merupakan pasal-pasal yang tidak boleh berubah sekalipun terjadi perubahan UUD 1945 (Azhari, 2011). Ketiga pasal tersebut pada dasarnya menjadi bingkai dari konsep Negara Hukum dalam UUD 1945, yakni perlindungan atas hak-hak sipil-politik dan ekonomi-sosial-kebudayaan (Pasal 27), sistem hukum yang bersifat etis-transenden (Pasal 29), dan prinsip negara kesejahteraan (Pasal 33).

Instrumen untuk perlindungan HAM adalah kekuasaan kehakiman yang merdeka serta adanya lembaga DPR-MPR sebagai wujud pemerintahan yang bertanggung jawab. Instrumen bagi sistem hukum yang bersifat etis-transenden terungkap dalam pembentukan hukum, baik oleh legislatif maupun yudisiari, yang harus mengacu pada moralitas agama—setidaknya terungkap dalam kepala “Dengan Rahmat Tuhan Yang Maha Esa” pada setiap produk legislasi dan “Putusan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” pada putusan Pengadilan. Sementara instrumen untuk melaksanakan negara kesejahteraan adalah perencanaan ekonomi yang dituangkan dalam GBHN yang ditetapkan oleh MPR serta hak menguasai negara yang diwujudkan dengan adanya perusahaan-perusahaan negara (Hatta, 2004:46).

Dengan demikian, penerimaan konsep *Rechtstaat* atau Negara Hukum oleh para pendiri negara disertai dengan kritik dan penolakan atas rasionalitas hukum formal yang berwatak sekular dan basis sosial-ekonomi liberal-kapitalistik yang telah melahirkan diskriminasi ekonomi. Sebagai gantinya, konsep Negara Hukum tersebut didasarkan pada karakter hukum yang etis-transenden serta basis sosial ekonomi negara kesejahteraan. Konsep Negara Hukum tersebut dibentuk sejalan dengan tujuan dekolonisasi sosial-ekonomi dan rekonstruksi tradisi hukum bangsa Indonesia.

#### **F. Negara Hukum Pascaamandemen UUD 1945**

Selain secara normatif mengadopsi konsep Negara Hukum menjadi ketentuan resmi dalam UUD 1945, amandemen UUD 1945 telah melahirkan perubahan penting dalam dua hal utama, yakni penguatan dalam perlindungan HAM dan pemisahan kekuasaan. Kedua hal tersebut merupakan unsur utama dalam konsep *Rechtsstaat*. Selain itu secara normatif ditegaskan pula adanya lembaga peradilan tata usaha negara (Pasal 24 ayat (2) Perubahan Ketiga UUD 1945). Amandemen UUD 1945 secara eksplisit juga menyebutkan asas legalitas berupa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut atau prinsip non-retroaktif (Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945) serta jaminan dan pengaturan dalam peraturan perundang-undangan (*general rules*) sebagai wujud dari prinsip negara hukum demokratis (Pasal 28I ayat (5) Perubahan Kedua UUD 1945). Akan tetapi, amandemen UUD 1945 menerima lembaga *judicial review* atau pengujian atas UU terhadap UUD berupa pembentukan Mahkamah Konstitusi. Keberadaan MK ini menunjukkan bahwa amandemen UUD 1945 juga menerima konsep Negara Hukum yang berwatak material atau substantif, sehingga tidak ada pemutlakan atas Undang-Undang (*general rules*).

Pada sisi lain, Amandemen UUD 1945 tetap mempertahankan Pasal 33 yang mengandung materi muatan sistem ekonomi terencana dan hak menguasai negara. Akan tetapi, bersamaan dengan itu Amandemen UUD 1945 melucuti wewenang MPR untuk menetapkan GBHN. Dengan penghapusan GBHN itu, maka pada hakikatnya Amandemen UUD 1945 telah menghilangkan instrumen untuk melaksanakan Pasal 33 UUD 1945, terutama berkaitan dengan sistem ekonomi terencana.

Berdasarkan perubahan-perubahan dalam amandemen UUD 1945 tersebut, maka secara konsepsional amandemen UUD 1945 pada hakikatnya tetap mengadopsi konsep *Formaal Rechtsstaat*, tetapi dilengkapi dengan lembaga *judicial review* yang memberikan dimensi substantif pada Negara Hukum. Sekalipun demikian, amandemen UUD 1945 tidak sepenuhnya mengubah basis materialnya yang ditunjukkan dengan penghapusan GBHN

sebagai instrumen sistem ekonomi terencana. Dengan demikian, terjadi inkohereni antara konsep negara hukum dan basis sosial ekonomi dalam UUD 1945.

Inkohereni tersebut dapat mengarahkan dimensi Negara Hukum di Indonesia ke arah Negara Hukum yang berwatak liberal. Tidak adanya kepastian normatif atas sistem ekonomi terencana akan membuka peluang ke arah berlakunya sistem ekonomi pasar bebas di Indonesia. Secara konsepsional, sistem ekonomi pasar bebas membutuhkan rasionalitas hukum yang paralel dengan rasionalitas ekonomi dalam sistem pasar bebas. Konsekuensinya, keadilan sosial yang menjadi tujuan etis negara Indonesia tidak akan terwujud. Demikian pula, hukum tidak akan sensitif terhadap dimensi etis-transenden sehingga lebih mementingkan kepastian hukum dibandingkan keadilan dan kemashlahatan. Pada akhirnya, hukum hanya responsif terhadap kepentingan kaum pemilik modal (kapitalis) dibandingkan dengan kepentingan rakyat kebanyakan. Dalam situasi seperti itu, hukum pun tidak akan responsif terhadap kepentingan ekologis karena hanya melayani kepentingan pemilik modal belaka yang cenderung eksploitatif. Sekalipun tidak akan mengulang otoritarianisme masa Orde Lama dan Orde Baru, tetapi situasi hukum seperti tersebut di atas akan mengakibatkan terbentuknya sistem kenegaraan yang serupa dengan masa Hindia Belanda—yang diistilahkan oleh Soepomo sebagai “sistem memeras” (*uitbuiting systeem*) atau sistem eksploitatif yang secara yuridis difasilitasi oleh konsep *Rechtsstaat* yang berwatak liberal (Kusuma, 2004:125).

Dengan demikian, secara normatif konsep Negara Hukum pascaamandemen UUD 1945 tidak memiliki koherensi dengan tujuan keadilan sosial yang menjadi salah satu prinsip pokok negara Indonesia. Kesalahan utamanya, amandemen UUD 1945 tidak menjaga koherensi antara konsep Negara Hukum dan basis sosial ekonomi yang menjadi infrastruktur material bagi pembentukan Negara Hukum Sosial di Indonesia. Tanpa mempertahankan sistem ekonomi terencana secara konsisten, maka secara praktis akan terbentuk Negara Hukum yang berwatak liberal yang secara prinsipil bertentangan dengan tujuan keadilan sosial dalam UUD 1945 sendiri.

Oleh karena itu, untuk mewujudkan Negara Hukum Indonesia yang berlandaskan pada Pancasila diperlukan koherensi normatif dengan pembentukan basis sosial-ekonomi yang berwatak kesejahteraan. Untuk itu pemulihan sistem ekonomi terencana melalui instrumen GBHN yang ditetapkan oleh MPR menjadi salah satu cara untuk menjaga koherensi antara gagasan Negara Hukum dan tujuan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

## G. Penutup

Konsep Negara Hukum yang diatur dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 pada dasarnya merupakan adopsi atas konsep *Rechtsstaat* yang telah digunakan dalam *Regeringsreglement 1854*. Pemerintah Hindia Belanda menerima konsep *Rechtsstaat* itu untuk memfasilitasi kepentingan ekonomi liberal yang membutuhkan kepastian hukum dalam berusaha. Para pendiri negara menerima konsep *Rechtsstaat* tersebut, tetapi dengan mengubah basis sosial-ekonomi kepada sistem ekonomi terencana. Hal itu dilakukan dengan melancarkan proses dekolonisasi sosial-ekonomi dan rekonstruksi tradisi, sehingga Negara Hukum Indonesia memiliki basis negara kesejahteraan dan berakar pada tradisi hukum bangsa Indonesia. Tujuannya: bukan semata-mata menjamin kepastian hukum bagi usaha ekonomi, tetapi juga memberikan keadilan dan kemashlahatan bagi rakyat banyak.



Sekalipun amandemen UUD 1945 secara normatif menerima konsep Negara Hukum, tetapi amandemen UUD 1945 tidak secara tegas menolak sistem ekonomi pasar bebas yang dibuktikan dengan penghapusan GBHN sebagai instrumen untuk melaksanakan sistem ekonomi terencana yang diatur pada Pasal 33 UUD 1945. Konsekuensinya, sistem ekonomi cenderung bergerak ke arah sistem pasar bebas yang secara paralel membutuhkan konsep Negara Hukum yang berwatak liberal. Secara prinsipil tentu saja konsep Negara Hukum berwatak liberal bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila yang bertujuan untuk mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

## Daftar Pustaka

### A. Buku dan Jurnal

- Azhari, Aidul Fitriadi, 2011, "The Essential of the 1945 Constitution and the Agreement of the Amendment of the 1945 Constitution: A Comparison of the Constitutional Amendment" dalam *Jurnal Hukum* Vol. 18, No. 3, Juli 2011.
- Azhari, Aidul Fitriadi, 2011, *UUD 1945 sebagai Revolutivegrondwet Tafsir Postkolonial atas Gagasan-gagasan Revolusioner dalam Wacana Konstitusi di Indonesia*, Yogyakarta, Jalasutra.
- Badan Pekerja MPR, 2000, *Perubahan Pertama dan Perubahan Kedua UUD 1945: Bahan Penjelasan BP-MPR dalam Rangka Memasyarakatkan Hasil Sidang Umum MPR 1999 dan Sidang Tahunan MPR 1999*, Jakarta, Sekretariat MPR-RI.
- Caldwell, Peter C., 1997, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham/London, Duke University Press.
- Furnivall, J.S., 1939/1967, *Netherlands India: A Study of Plural Economy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Fallon, Richard H., 1997, "The Rule of Law as A Concept in Constitutional Discourse, Vol. 97, No. 1.
- Glenn, H. Patrick, 2000, *Legal Tradition of the World*, Oxford, Oxford University Press.
- Hatta, Muhammad, 2004, *Demokrasi Kita*, Jakarta: Balai Pustaka.
- Harris, Khalif Mu'ammarr A., 2008, "Supremacy of Shari'ah (Siyadat al-Shari'ah) and Its Political Implications: An Analytical Study of the Notion of Constitutional Government in Islam," *Disertasi* pada International Institute of Islamic Thought and Civilization (ISTAC) International Islamic University Malaysia.
- Hayek, F.A., 2011, *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Kusuma, RM. A.B., 2004, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Makdisi, G, 1981, *The Rise of College: Institutions of Learning in Islam and West*, Edinburg: Edinburg University Press.
- Neumann, Franz, 1986, *The Rule of Law Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg: Berg.

Schmitt, Carl, 2008, *Constitutional Theory*, Durham/London, Duke University Press.

Wade, E.C.S. dan A.W. Bradley, 1989, *Constitutional and Administrative Law*, Essex, Longman.

Zhiping, Liang, "Explicating 'Law': A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture" *Journal of Chinese Law Vol. 3 (1)*, 1989

### **B. Internet**

Feng, Yujun, *Legal Culture In China: A Comparison To Western Law*,  
<[http://www.victoria.ac.nz/law/nzacl/PDFS/Vol\\_15\\_2009/01%20Feng.pdf](http://www.victoria.ac.nz/law/nzacl/PDFS/Vol_15_2009/01%20Feng.pdf)>  
diakses 4 Oktober 2012.

Jianhong, Liu, *Philosophical Ideas of Confucius and Values of Restorative Justice*  
<<http://www.restorativejustice.org/10fulltext/liujianhong/view>> diakses 3 Oktober  
2012.

*Online Etymology Dictionary*, <[http://www.etymonline.com/index.php?allowed\\_in\\_frame=0&search=right&searchmode=none](http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=right&searchmode=none)> Diakses 2 Oktober 2012.

*What is Shariah*, <<http://suite101.com/article/what-is-shariah-a71667>> diakses 3 Oktober  
2012.

## Sistem Hukum Sebagai Kunci Supremasi Hukum Indonesia

Any Andjarwati

### A. Pengantar

Pada dasarnya tulisan ini merupakan pengembangan dan revisi dari tulisan "Sistem sistem Hukum Khusus suatu Tuntutan Supremasi Hukum Di Indonesia" (Any, 2011), Konstruksi Pembentukan sistem Hukum Pertanian suatu Konsep (Any, 2012), yang merupakan kristalisasi dari kajian-kajian tentang kompleksitas permasalahan hukum agraria (bumi, air, ruang angkasa serta kekayaan alam yang ada didalamnya), khususnya hukum pertanian, yang didukung dan/ atau dipadukan dengan kajian dan perenungan terutama dengan sistem pembelajaran Teori Hukum, sehingga menghasilkan keyakinan bahwa hanya dengan berpegang prinsip pada dan menjalankan Teori Sistem Hukum saja bangsa Indonesia dapat mengatasi kemelut kompleksitas permasalahan yang ada, dan ini merupakan proyek supremasi hukum Indonesia, dimana logika hukum ada pada substansinya, penghormatan manusia yang plural sebagai pusat hukum, yang menuntut politik hukum berkonsentrasi pada ketidak samaan, yang bertujuan untuk menjamin kesejahteraan dan kecerdasan kehidupan bangsa Indonesia dalam pergaulan dengan bangsa-bangsa lain.

### B. Tujuan Negara Dan Hak Mengembangkan Diri Untuk Setiap Orang Dalam Hukum

Bangsa Indonesia memproklamirkan diri sebagai Negara Kesejahteraan dan Negara Hukum, yang berdasarkan Konstitusi (Pembukaan Alinea ke IV Undang-Undang Dasar Tahun 1945) mempunyai tujuan untuk:

*...membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/ Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.*

Dalam rangka untuk mencapai tujuan tersebut salah satunya diperkuat dengan landasan isi yang dituangkan dalam pasal 28C ayat 1 UUD 1945, yang menegaskan:

*Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia*

Hukum harus dapat menjaga hak-hak pribadi manusia.<sup>6</sup> Jika tata hukum tidak memenuhi syarat prinsip-prinsip keadilan, maka hukum tidak dapat dibedakan lagi dari kekuasaan.<sup>7</sup> Kebutuhan dasar manusia berkaitan dengan kebenaran dalam hidupnya, yang bertransformasi dari masa lalu dan yang akan datang (termasuk talentanya<sup>8</sup>). Ini yang dituntut dari Negara, c.q. Pemerintah, oleh rakyatnya, untuk dapat bertindak adil (masing-masing mendapatkan haknya berdasarkan kebenarannya), dengan berkonsentrasi pada ketidak samaan (pluralisme dalam kesatuan). Tidak dipenuhi hak-hak manusia adalah kemiskinan, yang berarti bukan semata-mata materi, tapi juga ketidakberdayaan, terlucutnya ketidakberdayaan yang mendasar dan kebebasan untuk memilih (Amartya Sen).<sup>9</sup> Kebebasan untuk memilih merupakan ciri-ciri manusia yang mempunyai akal (*Gedanken*) dan budi (*Geist*) sebagai makhluk tidak sempurna, sehingga dapat memutuskan keinginannya. Hal ini yang membedakan dengan binatang sebagai makhluk sempurna (begitu adanya), sehingga tidak punya pilihan, kebebasan, dan keputusan. Masalah pemenuhan materi berkaitan erat dengan kapital. Adalah suatu kenyataan, bahwa melalui penyebaran demokrasi dan kapitalisme, persoalan kemiskinan dunia telah berhasil dikurangi secara dramatis, dengan kata lain keyakinan kapitalisme adalah keyakinan terhadap kemanusiaan.<sup>10</sup> Hal ini logis, karena bicara masalah kapitalisme, berarti bicara masalah system, yang bersifat tertentu, otonom, *selfsregulation*, terbuka, dan berkelanjutan.

Berkaitan dengan pluralisme dalam kesatuan, penting memperhatikan diskusi para filosof dunia yang dituangkan dalam buku wolfgang Welsch<sup>11</sup>, a.l. adanya tanda berlakunya pergantian politik dalam pemikiran negara nasionalis ke interaksi global (Arnold Toynbees, 1947), dalam tulisan Jean-Franqois Lyotard dalam buku *La Condition postmodern* (Inti Postmodern, 1979), yang mendefinisikan "postmodern" sebagai "*Ende der Meta-Erzaehlungen*" (Akhir dari Cerita-cerita Besar), semua kebersitegangan inti dan praktek kehidupan suatu waktu berkumpul menyatu dan pada satu tujuan: Emansipasi manusia dalam jaman pencerahan (*Aufklaerung*), roh teologi dalam idealismus, keberuntungan semua orang melalui kekayaan dalam kapitalismus, pembebasan manusia ke otonomi dalam marxismus, dll. Bagaimanapun juga *Cerita-cerita Besar* kadang-kadang menghasilkan pengalaman yang menyakitkan, dengan itu orang menjadi tidak percaya. "Kehilangan" ini orang bereaksi tidak lagi berkabung dan melankolie, karena kehilangan ini merupakan suatu kemenangan. Karena orang mengenali pada sisi lain dari kesatuan seperti itu, yang menggemakan pemaksaan dan teror, kehilangannya membawa kemenangannya pada otonomi dan suatu pembebasan dari berbagai hal yang berkaitan. Perubahan ini menentukan. Penalaran perbedaan dan heterogenitas menentukan orientasi. Filsafat postmodern secara bebas sebagai pengacara pluralitas tidak hanya dalam tujuan, bahwa dia aturan dasarnya memungkinkan radikal konfrontasi dan pembelaan, tetapi ia harus juga – walau secara terbuka mengandung tingkat konfliknya yang tinggi - dikaitkan dengan masalah pluralitas dan kemungkinan-kemungkinan pemecahan yang baru tetap kelihatan. Ini menandakan diri – sisi semua yang klise – duduk tegar berhadapan dengan wakil posisi-posisi "modern". Bagi Lyod post modern menandakan untuk "suatu *Gemuetszustand*" (inti perasaan hati) atau lebih dari itu suatu *Geisteszustand* ( Inti Roh atau budi atau jiwa), yang mana itu sebagai suatu tanggungan obsesi kesatuan dari keanekaragaman yang tidak dapat dipungkiri, seperti bentuk bahasa, pikiran dan bentuk kehidupan.

Berdasarkan itu *Ketuhanan Yang Maha Esa* seyogyanya diterjemahkan sebagai sesuatu yang tidak dapat dijangkau (oleh akal dan budi), *Kemanusiaan yang adil dan beradab* seyogyanya memenuhi hak-hak setiap orang berdasarkan kebenarannya, *Persatuan*

*Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/ Perwakilan* seyogyanya menyuarakan ketidak sepakatan, *Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia* seyogyanya merupakan toleransi maksimal dalam pluralisme.

Kata "seyogyanya" pada dasarnya sebagai suatu norma atau kaidah yang ditempatkan dalam wadah yang memandang manusia sebagai pusat hukum, yang diterjemahkan sebagai hukum berlapis, yang melingkupi hukum positif dan praktek hukum, ilmu hukum, teori hukum dan filsafat hukum sebagai kesatuan dalam pengembaraan dan pengembanan keadilan sampai keakar-akarnya.

### C. Roh Dasar Politik - Demokrasi Dalam Pluralisme<sup>12</sup>

- Dalam masyarakat ada kesadaran pluralitas, yang masing-masing mempunyai bentuk kehidupan, konsep ilmu dan pandangan-pandangan yang pada akhirnya **menuntut kekhususan**.
- **Pluralitas diketahui dan di-iyakan sebagai undang-undang dasar dari kenyataan**. Tidak lagi kebenaran mutlak "sendiri" (*das Eigene*), tetapi **prinsip hukum perbedaan** – yang mana "sendiri" hanya suatu kebetulan/ kasus saja - yang membentuk basis pandangan dunia dan perdagangan.
- **Toleransi modern** terhadap yang lainnya ditawarkan melalui **perbedaan pengakuan pluralitas (postmodern)**.
- Pluralitas (**Posmodern**) pada dasarnya berjalan dari **penghancuran pandangan politik**, karena pembebasan radikalnya dari kebanyakan yang diberikan kesepakatan minimal (*Minimalkonsens*)<sup>13</sup>, tidak akan ada tanpa politik.
- **Politik seharusnya sebagai pengacara untuk semuanya**, untuk memutus rangkaian panjang ketidakadilan.
- **Postmodern tiada jalan lain pada dasarnya berarti akhir dari politik**, tetapi hanya perpisahan dari type politik ini dan transisi ke politik yang lainnya, yang mana **dirinya tidak lagi primer sebagai kesatuan yang berjalan sendiri**, tetapi dimengerti sebagai pengacara dari kesatuan keanekaragaman.
- **Politik tidak dimulai dari tingkat administrasi global masyarakat, tetapi sudah dimulai dari perbuatan sehari-hari**. Orang dapat membedakan keduanya sebagai **tingkat makro dan mikro politik**. **Posmodern pluralitas berkaitan dengan tingkat mikro**. Dari sini diketahui postmodern sebagai dasar dari politik. **Politik tidak mengumumkan mengenai suatu inti tertentu (idealisme, marxisme, kapitalisme, dll.) yang ideal**, tetapi tujuannya menempatkan diri pada perlindungan terhadap inti yang banyak, konsep-konsep yang saling bertentangan, dan bentuk kehidupan yang beraneka ragam, yang memandang tugasnya tidak pada **penindasan** pertengkarannya yang saling bertentangan, tetapi pada **perkembangan dari bentuk-bentuk yang ditanggung oleh kemungkinan keberlanjutan potensi konflik**, dia melakukan **tidak atas nama dari sesuatu kesatuan**, tetapi dalam **tujuan keanekaragaman** (*Sinn der Vielheit*) sebagai kewajiban.

- Politik-Postmodern memecahkan intensionitas demokrasi dengan tepat, yang **langsung menunjuk langsung pada Visi (tujuan)**. Oleh karena itu jelas: **Demokrasi adalah suatu bentuk organisasi tidak sebegitu saja untuk kesepakatan (konsen), tetapi lebih banyak untuk ketidak sependapatan (disssen) dari tuntutan dan hak**. Demokrasi dipotong tepat pada situasi menghadapi beban/ kesulitan pluralitas.
- **Organisasi adalah bentuk organisasi untuk suatu heterogenitas yang istimewa. Dasar konsensusnya, yang berkembang melalui pengalaman-pengalaman sejarah (dan yang pada akhirnya pada sejarah yang dilegimitasikan itu sendiri), yang ditemukan dalam hukum-hukum dasar kodifikasinya, dan hukum dasar ini langsung berkaitan dengan hukum perbedaan dan struktur pluralitas. Hukum dasar adalah, jelas melihat, hukum untuk ketidak sepakatan (dissen).**
- Sebagai pencarian demokrasi seperti ini, dia dijamin. Sejauh ini berlaku keduanya: **Postmodern begitu radikal plural, bahwa dia hanya dapat dicapai dengan demokratisasi**. Dan **demokrasi dipotong dari prinsipnya yang begitu elementar pada situasi pluralitas**, yang dalam postmodern sebagai **urat nadi** yang harus ditanggungnya.
- Dari pluralitas sebagai fokus postmodern, menghasilkan penempatan pertanyaan suatu **bentuk kehidupan khusus postmodern**. Disini dapat berlaku sebagai garis pemandu (*Leitlinie*), bahwa **individu di masa depan diperkuat, tidak lagi hanya begitu saja dikejar suatu bentuk eksistensi, tetapi dimungkinkan beberapa bentuk eksistensi**. Subyektivitas postmodern dan identitas pada akhirnya memproklamirkan diri tidak termasuk dalam masing-masing bentuk kehidupan, tetapi dalam **transisi/ transformasi** diantaranya. **Individualitasnya membangun diri dalam konstelasi perbedaan**. Subyek postmodern berkaitan dengan paradigma yang berbeda-beda dan terutama **berkemampuan transisi/ transformasi. Transisi adalah kekayaannya yang luar biasa**.

#### D. Sistem Sistem Hukum Khusus Dan Sistem Hukum Nasional

Pada dasarnya suatu sistem harus mengandung sifat-sifat khusus (tertentu), penggunaan kata "khusus" diartikan sebagai bidang atau interest tertentu (yang membedakan dengan yang lainnya), untuk mencapai tujuan khusus berkelanjutan, menjamin kesejahteraan, keamanan dan ketertiban yang berkeadilan, terutama untuk kelompok manusia tertentu (*normadressat*), misal Sistem Hukum Agraria, Sistem Hukum Pertanian (a.l. Sistem Hukum Pupuk, Sistem Hukum Bibit, Sistem Hukum Gula, Sistem Hukum Tembakau, Sistem Hukum Beras), Sistem Hukum Pertambangan (Sistem Hukum Minyak dan Gas, Sistem Hukum Batubara), Sistem Hukum Kehutanan, Sistem Hukum Spektrum Frekuensi, dll..

Sistem berasal dari bahasa Yunani "systema", yang berarti "suatu keseluruhan yang tersusun dari sekian banyak bagian (*whole compound of several parts*).<sup>14</sup> Menurut Elias M. Award sistem mempunyai ciri-ciri terbuka (berinteraksi dengan lingkungannya), terdiri dari dua atau lebih subsistem, dan setiap sub sistem terdiri lagi dari subsistem lebih kecil dan begitu seterusnya, setiap sub sistem bergantung satu sama lain dan saling memerlukan, mampu mengatur diri sendiri (*self regulation*), mempunyai tujuan dan sasaran<sup>15</sup>. Sebuah

sistem adalah sebagai keseluruhan yang terkait dan saling berhubungan antara bagian-bagiannya (Dewey)<sup>16</sup>, sekelompok variabel-variabel yang saling ketergantungan yang disusun untuk membentuk suatu keseluruhan (Johnson)<sup>17</sup>. Lebih lanjut oleh Prof. Sudikno Mertokusumo dikemukakan "Sistem hukum adalah suatu kumpulan unsur-unsur yang ada dalam interaksi satu sama lain yang merupakan satu kesatuan yang terorganisasi dan kerja sama ke arah tujuan kesatuan"<sup>18</sup>, yang mana perilaku sistem ditentukan sepenuhnya oleh bagian-bagian yang terkecil dari sistem itu, dan teori hukum mampu menjelaskan persoalannya sebagaimana adanya tanpa keterkaitan dengan orang (pengamat).

Pengadaan sistem-sistem hukum (khusus) merupakan syarat adanya Sistem Hukum Nasional (*das Sollen*), dengan kata lain sistem-sistem hukum khusus merupakan sub-sub sistem sebagai struktur dari sistem hukum Nasional, yang bertujuan untuk kesejahteraan rakyat, yang berkeadilan.<sup>19</sup> *Keadilan berarti mengakui kebenaran masing-masing*<sup>20</sup>, yang merupakan kristalisasi dari perspektif atau pandangan hidup dalam *kehidupan* (kelompok) individu, yaitu segala sesuatu yang ber-*transformasi* antara yang lalu (*Vergehen*) dan yang akan datang (*Werden*), yang terkandung kekacauan (*chaos*).

#### **E. Manusia Sebagai Titik Pusat Hukum**

Manusia adalah subyek maupun obyek hukum (yang dinamis, hukum progressif), dengan kata lain manusia sebagai titik pusat (*Der Mensch steht im Mittelpunkt- Nietzsche*), dimana manusia merupakan segala-galanya, yang eksis, punya subyektivitas, gairah, interest, keputusan, (Soren Kierkegaard)<sup>21</sup>, mempunyai "kehendak untuk berkuasa" (*Der Wille zur Macht- Nietzsche*), yang semua kelakuannya bertujuan untuk kebahagiaan (Aristoteles), dan Eduard Spranger mengemukakan, manusia terdiri dari *Geist* (jiwa) dan *Gedanken* (rasio, pikiran), yang dalam *Lebensraum* (ruang hidup)-nya, mempunyai nilai-nilai, yaitu nilai ekonomi, nilai ilmu (didominasi interest untuk menemukan kebenaran, nilai politik (kekuasaan), nilai seni/ estetika ( nilai bentuk dan harmoni adalah yang tertinggi/ *form and harmony*), nilai religi atau kepercayaan (yang memandang nilai paling tinggi yaitu keesaan/ *unity*), dan nilai sosial-hukum (yang memandang nilai tertinggi yaitu mencintai masyarakat/ *love of people*)<sup>22</sup>.

#### **F. Paradigma Dan Sistem Sistem Hukum Khusus**

Sebuah sistem hukum dituntut tidak hanya berbasis pada bentuk kehidupan sosial dan kultural bangsanya, tetapi melihat paradigma yang ada secara keseluruhan, sehingga dalam memandang realitas tidak hanya pada masa lalu, masa kini, tetapi juga masa depan dengan bantuan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi (Umberto Eco), agar manusia terhindar dari bencana, kesengsaraan dan penderitaan. Paradigma ini berkaitan dengan kemajuan ilmu pengetahuan, teknologi, transportasi dan komunikasi yang begitu cepat, yang berakibat kebudayaan-kebudayaan manusia dunia saling bertemu dan menyatu. Terakhir diberitakan dari PBB, yang menyatakan perlunya revolusi untuk pemikiran ulang model ekonomi tingkat yang paling mendasar, ada konflik dunia: persaingan antar negara dalam mendapatkan akses terhadap pangan, energi, dan air, ketidak seimbangan ekonomi global, munculnya penyakit-penyakit menular yang baru, perubahan iklim - pemanasan global. Negara-negara anggota ASEAN tidak dapat bekerjasama, baik dibidang ekonomi (berebut pasar bebas a.l. sawit, kopi, beras), pendidikan, sosial dan budaya.<sup>23</sup> Sedangkan keadaan dalam negeri

Indonesia menghadapi kondisi kekacauan (*chaos*), dalam situasi carut-marut, kemiskinan, korupsi, mafia hukum, bencana alam, *kehampaan hukum* (ada dan tiadanya hukum), tiadanya supremasi hukum, dll.<sup>24</sup> Berdasarkan paradigma (realitas maupun *Hyperrealitas*) tersebut, sebagai *woldview* atau *working assumption* untuk pembentukan sistem-sistem hukum khusus, yang dapat memenuhi tuntutan kepentingan-kepentingan masyarakat Indonesia yang plural, sehingga semua merasa aman dan terlindungi, karena diperlakukan secara adil. Untuk ini mutlak dituntut menghindari adanya totalitarian politik yang berbasis apapun. Hal ini dapat dilakukan dengan mengambil contoh dari negara-negara maju yang sistem-sistem hukum khususnya sudah relatif stabil, untuk pemenuhan terwujudnya kesejahteraan rakyatnya. Patron atau Pola yang baku tsb., mampu dijelaskan persoalannya sebagaimana adanya oleh teori hukum, tanpa keterkaitan dengan orang (pengamat). Paradigma selalu dikaitkan dengan *revolusi keilmuan* (*krisis* teratasi bila lahir paradigma yang baru sepenuhnya dan menarik makin banyak kepercayaan para ilmuwan). Aktivitas yang terpisah-pisah dan tidak terorganisasi yang mengawali pembentukan suatu ilmu akhirnya menjadi tersusun dan terarah pada saat suatu paradigma tunggal telah dianut oleh suatu masyarakat ilmiah.

#### G. Argumentasi Pembentukan Sistem Sistem Hukum Khusus Indonesia

- Hukum dipandang sebagai suatu sistem tidak dapat dipertentangkan dengan teori keos, karena keos adalah bagian dari proses pembentukan dan/ atau bekerjanya sistem hukum, yang secara substansial bersifat progresif atau dinamis, seiring dengan berkembangnya tuntutan kebutuhan hidup manusia (sebagai subyek dan obyek hukum).
- Sistem hukum berfungsi mempermudah pemecahan kompleksitas permasalahan<sup>25</sup>, sehingga lebih memungkinkan untuk mencapai pemenuhan tuntutan kebahagiaan individu-individu secara efektif dan efisien. Tanpa adanya sistem sistem hukum khusus, terlalu berat dan/ atau tidak memungkinkan dapat bekerja dengan *baik* bagi para pembuat peraturan-perundangan dan penegak hukum, sehingga keadilan dapat senantiasa terancam pencapaiannya secara laten.
- Memungkinkan pembentukan struktur organisasi lembaga Legislatif, Eksekutif maupun yudikatif secara konstruktif, sistematis dan logis berdasarkan sistem-sistem hukum khusus, untuk kesejahteraan rakyat.
- Dengan adanya sistim-sistem hukum khusus meminimalisir semaksimal mungkin lobang-lobang hukum, sehingga pada dasarnya itu salah satu unsur pemberantasan *absolut* akar korupsi.
- Dengan adanya sistem-sistem hukum khusus memungkinkan supremasi hukum di Indonesia, begitu juga memungkinkan bagi semua subyek yang berkecimpung dibidang hukum menjadi dan/ atau mengembangkan profesinya (era spesialisasi).
- Dengan pembentukan sistem-sistem hukum khusus, membuka pintu dan jalan menuju kesejahteraan bagi bangsa Indonesia, sejajar dengan bangsa-bangsa dari negara-negara maju.



## H. Hal Hal Penting Dalam Pengadaan Sistem Hukum Khusus

- Seni tidak percaya dalam memandang hukum (*the art of mistrust* – F. Nietzsche), yang mempertanyakan penuh curiga terhadap hukum yang ada, sikap menolak perspektif resmi, yang mendorong orang bersikap curiga untuk melihat tembus dan gerilya pemikiran (*under-ground*).
- Dalam mengadakan sistem-sistem hukum khusus, khususnya cabang ekonomi, penting diperhatikan adanya keterkaitan pasar dengan struktur hukum (David Trubek). Disamping itu pengikut Luthianian menyatakan, “*if you don't create a free market, a black market will emerge*”. *Black Market (the underground economy; underdog, shadow economy or parallel economy)*. Hal ini dapat ditemukan dalam hukum pasar tanah pertanian Indonesia, yang terjadi adalah pasar tanah pertanian ilegal yang dilegalkan, dimana dalam “sistem-nya”. tidak dipenuhi syarat asas keseimbangan subyek-subyek dalam pasar tanah pertanian yang sehat.<sup>26</sup> Ini juga berkaitan erat dengan apa yang dikemukakan oleh Lionel Jospin, yang menekankan pentingnya “ekonomi pasar”, bukan “masyarakat pasar”, dan oleh Johan Norberg<sup>27</sup>, yang dari hasil kajian-kajiannya menemukan kenyataan, bahwa melalui penyebaran demokrasi dan kapitalisme, persoalan kemiskinan dunia (bukan semata-mata materi, tapi juga ketidakberdayaan, terlucutnya ketidakberdayaan yang mendasar dan kebebasan untuk memilih – Amartya Sen), telah berhasil dikurangi secara dramatis, dengan kata lain keyakinan kapitalisme adalah keyakinan terhadap kemanusiaan.
- Dalam pengadaan sistem-sistem hukum khusus dibutuhkan metode *dikonstruksi (dibangun)* sebagaimana kaum konstruktivis menjelaskan, *diciptakan* menurut istilah positivistik<sup>28</sup>, atau *ditafsirkan* menurut bahasa kaum hermenian. Sehubungan dengan itu mutlak adanya penilaian kembali semua nilai (*Umwertung aller Wertre*), yang dimulai dari hidup manusia itu sendiri (Nietzsche)
- Dalam mengadakan sistem-sistem hukum khusus mutlak adanya “demokrasi substantif”. Hal ini untuk menghindari adanya interes-teres pribadi maupun kelompok yang tidak berpihak pada kesejahteraan rakyat (pengetrapan partisipasi masyarakat dalam demokrasi proses secara proporsional).

## I. Kendala Pembentukan Sistem Hukum Khusus

Kendala yang dihadapi dalam pengadaan (pembentukan) Sistem Hukum Khusus biasanya yaitu orang-orang yang mempunyai interest, dan tidak ingin tersentuh oleh sistem hukum khusus (*das Sollen*) tersebut, ikut didalam proses pengadaannya, sehingga sistem hukum yang dicita-citakan sulit atau tidak mungkin terwujud.

## J. Kesimpulan Dan Saran

- Proyek mendesak pengadaan sistem-sistem hukum khusus, terutama sistem hukum khusus pertanian pangan, sebagai kunci supremasi hukum, yang dapat menjanjikan jaminan kesejahteraan bangsa Indonesia untuk masa kini dan masa depan, karena kemiskinan dan kesengsaraan bukan sesuatu yang alami (nasib).
- Pembentuk sistem hukum dituntut memandang Manusia sebagai pusat hukum

- Pembentuk sistem hukum dituntut merekonstruksi, menciptakan dan menafsirkan kembali hukum
- Pembentuk sistem hukum dituntut mengadakan tindakan preventif dan represif yang menghalangi dapat diciptakannya sistem hukum khusus dan sistem hukum nasional
- Pembentuk sistem hukum dituntut mempunyai cara-fikir hukum berlapis dalam pengembangan dan pencarian keadilan
- Pembentuk sistem hukum dituntut berfikir kapitalis, yang humanis

### Referensi

- Hukum Pertanian Indonesia Suatu Konsep*, disampaikan dalam Diskusi Rutin Unit Penelitian dan Pengembangan Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, tgl. 23 Februari 2008;
- Any Andjarwati, *Politik Pertanian dan Ketahanan Pangan Suatu Konsep Kebijakan* Seminar nasional: Revitalisasi Kebijakan Menuju Industrialisasi Pertanian yang Berkeadilan dan Berkelanjutan, diselenggarakan oleh Guru Besar UGM dalam Dies Natalis ke 5-7 UGM dengan Thema Dies: Revitalisasi Pertanian Menuju Bangsa yang Mandiri, Bermartabat dan Berdaulat Berdasarkan Pancasila, 8-9 desember 2006;
- Any Andjarwati, *Negara Kesejahteraan dan Pasar Tanah Pertanian*, Bulletin LAND LMPDP, Media Pengembangan Kebijakan Pertanahan, Edisi 08, Agustus-Oktober 08, hal. 19-23;
- Any Andjarwati, *Rantai Permasalahan Pendaftaran Tanah Pertanian Indonesia*, Bulletin LAND, LMPDP Bappenas, no. 5, April 2008;
- James Rachels, *Filsafat Moral*, Pustaka Filsafat, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2004, hal. 286-288;
- Jean Paul Satre, *Eksistensialisme dan Humanisme*, Pustaka Pelajar, cet-1, 2002;
- Johan Norberg, *Membela Kapitalisme Global*, Freedom Institut, Jakarta, 2008;
- Wolfgang Welsch (editor), *Wege Aus der Moderne: Schlusstexte der Postmoderne-Diskussion* (Jalan dari Modern: Teks Kunci Diskusi-Postmodern), Acta Humaniora, Weinheim, 1988. Bedah buku, tgl. 14 April 2007, disampaikan oleh Dr. jur. Any Andjarwati;
- Otje Salman S/ Anthon F. Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*, Aditama, cetakan ke-5, Bandung, 2009;
- St. Sunardi, *Nietzsche*, cetakan ke-6, Lkis, Yogyakarta, 2009;
- Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum; Sebuah Pengantar*, Liberty, cet. Ke-3, Yogyakarta, 2004;
- S. Takdir Alisjahbana, *Values as Integrating Forces of Humanity and Community*;
- T. Jacob, *Tragedi Negara Kesatuan Kleptokratis*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta 2004;
- Kumpulan Tulisan, *Indonesia Dalam Kritis 1997 -2002*, Kompas, Jakarta, 2002;
- Kumpulan Tulisan, *Indonesia 2001 Kehilangan Pamor*, Kompas, Jakarta, 2001; Harian Kompas dan Kedaulatan Rakyat, Wikipedia.

## K. Lampiran

### KONSTRUKSI PEMBENTUKAN SISTEM HUKUM PERTANIAN PANGAN INDONESIA SUATU KONSEP<sup>29</sup>

#### Pengantar

Paradigma pertanian pangan Indonesia yang carut-marut, yang berada dalam krisis, tiadanya konstruksi berkelanjutan, adanya pengabaian penderitaan yang terinstitusi, menyentuh inti terdalam dari kehidupan bangsa Indonesia atas jaminan pangan, terutama bagi “petani” pangan, yang dituntut mampu menghadapi hidup dalam masyarakat industri dan berbagai tantangan yang ada. Keadaan ini menuntut negara untuk memulai merumuskan kembali masa lalu, dan menegaskan keberadaan masa kini.

Konsep konstruksi sistem hukum pertanian pangan pada dasarnya suatu teori sistem hukum, sebagai salah satu sub-sistem hukum pertanian – salah satu sub-sistem sistem hukum agraria, yang berarti pengembaraan pencarian kebenaran yang berkaitan dengan pangan, untuk tujuan adanya keadilan (*Gerechtigkeit*), jaminan kepastian (*Rechtsicherheit*) dan kemanfaatan (*Gesetzmaessigkeit*). Hukum pertanian pangan sebagai suatu sistem terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur dari perusahaan lahan subur secara ekonomis berkelanjutan untuk produksi pertanian pangan dari tanaman maupun hewan, sebagai suatu kesatuan yang terorganisasi, terkait, saling berhubungan dan ketergantungan, yang dirumuskan dalam hubungan yang teratur dan logis, yang disusun secara sistematis dalam rangkaian sebab akibat. Dengan demikian, seperti juga syarat sistem hukum lainnya, sistem hukum pertanian pangan dituntut untuk dapat mengatur dirinya sendiri (*selfregulation*), terbuka, mempunyai tujuan berkelanjutan.

#### Rantai Permasalahan Konstruksi Hukum Pertanian Pangan

1. Tiadanya peta dasar tunggal (exisnya multi peta dasar), menyebabkan tidak dapat dimungkinkan dibuatnya perencanaan, keuangan, pelaksanaan dan kontrol (sistem organisasi administrasi) untuk penguasaan tanah (*land tenure*) dan/ atau penggunaan tanah (*land use*) dari masing-masing sektor secara konstruktif dan tidak dimungkinkannya adanya penataan ruang dan zonasi yang stabil atau *sustainable*. Exisnya multi peta dasar paralel dengan adanya egoisme sektoral dan internsektoral dalam administrasi negara, serta impotensialnya implementasi produk-produk lembaga Legislatif, seperti UU no 4 tahun 2011 tentang Informasi Geospasial serta per-Undang-Undang-an lainnya.
2. Hukum penataan ruang berdasarkan UU no 26 tahun 2007 tentang Penataan Ruang yang didominasi dengan “sistem perencanaan” (*Planungssystem*) – “sistem penataan ruang dari atas ke bawah”, yang menimbulkan banyak korban, kerugian, penderitaan dan kesengsaraan, yang tidak terkirakan (aspek ekonomi, non-ekonomi – ekologi, sosial), karena mengabaikan *Gegenstromprinzip* dalam penataan ruang (prinsip saling berdampingan), yang memulai penataan ruang dari bawah keatas, yaitu dari Tata Ruang Desa ke Tata Ruang Supra Desa, sebagai dasar sistem perencanaan dalam penataan

ruang, sehingga penataan ruang tendensial “sekedar” koreksi terhadap tata ruang yang ada untuk kepentingan yang sifatnya *darurat*, misalnya prioritas untuk kepentingan keamanan lingkungan dari bencana banjir, longsor (“sistem pengembangan” - *Entwicklungssystem*). Prinsip tata ruang ini pada dasarnya menuntut adanya perencanaan daerah (perencanaan sektor-sektor), uang (investasi) dan waktu diadakan dalam waktu bersamaan.

3. Selain disebut diatas, tiadanya pengertian petani yang konstruktif (petani masih digolongkan sebagai tenaga kerja informal), yang tidak dapat dijadikan dasar kebijakan dan pembentukan hukum pertanian untuk dapat menyesuaikan perkembangan ekonomi, serta tiadanya pengaturan tentang lalu lintas usaha pertanian pangan (a.l. waris usaha pertanian, jual beli usaha pertanian, dll.), dimana PP no 24 tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah tidak membedakan pengaturan pendaftaran tanah antara tanah pertanian dengan tanah non-pertanian, walaupun keduanya mempunyai karakter dan syarat-syarat yang berbeda, berakibat pada tidak dimungkinkannya adanya data dan informasi tentang subyek hukum “petani” dan obyek hukum tanah pertanian. Akibat lebih lanjut tidak dimungkinkannya secara konstruktif adanya jaminan hukum tentang hubungan-hubungan hukum antara petani dengan lahan pertaniannya (misal: adanya asas keberlanjutan berarti melarang adanya sita jaminan usaha pertanian), hubungan hukum antara petani dengan petani, petani dengan pelaku usaha pertanian lainnya (pedagang dibidang pertanian).
4. Adanya *gerontonisasi* “petani” (petani tua), yang menguasai lahan-lahan sempit (petani gurem) dan tidak tertariknya kaum muda sebagai “petani” karena penuh resiko;
5. Carut marutnya tata niaga pangan seperti beras, cabai, gula, ikan, dll. <sup>30</sup>;
6. Sarana logistik tak efisien (seperti container sayur maupun hampir semua komoditas pangan ekspor yang terpaksa lama di pelabuhan, biaya tinggi)<sup>31</sup>
7. Adanya distorsi organisasi administrasi pertanian (Kementrian Pertanian, Perdagangan dan Perindustrian, BULOG, dll., termasuk lemahnya penyelenggaraan negara, mis. angka konsumsi umum dan industri dalam negeri tidak pernah klop antar kementrian; lemahnya kelembagaan pangan seperti Dewan Ketahanan Pangan yang beranggotakan berbagai kementrian dan lembaga tinggi negara.<sup>32</sup>

### **Syarat Mutlak Tujuan Politik Sistem Hukum Pertanian Pangan**

Tujuan politik sistem hukum pertanian pangan merupakan syarat mutlak, tahap (awal) untuk memungkinkan dapat menarik strukturnya (keseluruhan unsur-unsur yang terkait, yang merupakan kesatuan), sebagai landasan konsep dan strategi pembentukan sistem hukum pertanian pangan yang *konstruktif*, berdasarkan *realitas in abstracto* dan *realitas in concreto*, - keseluruhan asumsi-asumsi dasar atau *worldview*) dan sebagai dasar untuk *merekonstruksi, menciptakan dan menafsirkan* kembali norma-norma atau kaidah-kaidah pertanian pangan, sehingga memungkinkan dapat disusun secara sistematis dan logis.

Tujuan politik sistem hukum pertanian: jaminan kesejahteraan petani dan jaminan pangan penduduk dengan harga yang pantas (Penjelasan Umum I UUPA, UU Landreform, UU Pangan) serta jaminan lingkungan hidup dan pemeliharaan pemandangan (a.l. UU Kehutanan, UU Pertambangan, UU SDAir), yang ketiganya saling berkaitan dan tidak dapat dipisahkan dalam pencapaiannya. Sedangkan tujuan politik pertanian selama ini, pada

dasarnya keluar dari kerangka hukum, yaitu "sekedar" meningkatkan produksi dan meningkatkan kesejahteraan petani. Kata "meningkatkan" dapat merupakan bagian (jika dibutuhkan) dari kata "jaminan". Jaminan pangan dengan harga yang pantas, ada kalanya diperlukan penurunan produksi, karena dengan adanya kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, usaha pertanian berkecenderungan adanya *over* produksi, yang dapat berakibat terancamnya nilai tukar petani menurun, sementara "harga pangan yang pantas" mutlak harus tetap dijaga (berkaitan dengan *income* penduduk rata-rata dan jaminan kesejahteraan rakyat). Disini subsidi di bidang pertanian tidak dapat dipisahkan dari Sistem Hukum Sosial (*social law*, bukan *poor law*), dimana peranan Pemerintah sebagai mobilisator dan regulator sifatnya absolut – mutlak, sebagai pembatas dan pengendali pasar bebas dalam rangka negara kesejahteraan (*Welfarestate*), sehingga pengaturan unsur-unsur atau faktor-faktor dalam struktur pasar pangan secara sistematis dan logis mencapai tujuan (pasar dipengaruhi oleh struktur (Trubek); Sehubungan dengan itu bicara tentang kapitalisme pangan yang konstruktif sama dengan bicara masalah kemanusiaan (Johan Nornberg).

Dalam rangka mencukupi sendiri kebutuhan pangan rakyatnya dan menghadapi perdagangan bebas di bidang pangan, jaminan kesejahteraan rakyat (termasuk jaminan petani pangan) diprioritaskan – *das Sollen* - merupakan tujuan politik hukum nasional, dimana barisan paling depan tanggung jawab ada ditangan Negara, c.q. Pemerintah. Untuk itu adanya konstruksi pengadaan Sistem Hukum Pertanian Pangan Indonesia adalah mendesak dan mutlak dalam penataan dalam negeri, dengan menjalankan proses *demokrasi substantif*, dimana partisipasi masyarakat diterjemahkan sebagai partisipasi dari *hanya* anggota masyarakat yang profesional dan obyektif di bidangnya, yang berkaitan dengan sistem hukum pertanian pangan, serta menutup pintu bagi mereka yang mempunyai interest pribadi atau golongannya.

### **Struktur Sistem Hukum Pertanian Pangan**

Struktur sistem hukum pertanian pangan dapat digolongkan kedalam tiga faktor, yaitu faktor teknis (berkaitan dengan pra-tanam atau pra-ternak untuk pangan sampai pasca panen atau pascaproduksi, a.l. lahan pertanian pangan, peraturan-perundangan, kelembagaan, pendidikan), faktor ekonomi (berhubungan dengan nilai tukar petani, a.l. ongkos dan/ atau biaya, pajak, pungutan) dan faktor sosial (berkaitan dengan jaminan kesejahteraan pelaku usaha pertanian, a.l. jaminan kesehatan, jaminan kecelakaan kerja, jaminan hari tua, jaminan perawatan petani, jaminan resiko produksi dari a.l. penyakit atau puso-nya tanaman atau hewan).

### **Jaminan Kesejahteraan Petani**

Tujuan jaminan kesejahteraan petani mengindikasikan adanya subyek usaha pertanian berkelanjutan dari generasi ke generasi, yang berarti institusi lembaga waris usaha pertanian dan jaminan lalu lintas (peralihan) usaha pertanian lainnya dituntut mensyaratkan subyek petani sebagai institusi yang profesional (lapangan kerja formal), yang mengkriterikan petani adalah mereka yang mempengaruhi perkembangan ekonomian.

### **Pertanian Dalam perjanjian**

Pertanian dalam perjanjian sebagai organisasi hubungan barang, atau integrasi vertikal, diadakan antara “*integrator*” (mis. a.l. pengusaha industri, koperasi untuk pengelolaan produksi pertanian pangan) dengan *sejumlah petani*. Isi perjanjian pertanian berisi tentang perjanjian tentang ternak atau tentang tanaman serta pengirimannya, untuk jangka waktu yang lama, yang dituangkan dalam bentuk tertulis dalam satu kesatuan formular, yang mana integrator *menjamin penggunaan kapasitas* dan *petani menjamin memberikan produksi yang dijanjikan*. Setiap produk pertanian pangan mempunyai isi perjanjian sendiri-sendiri, karena masing-masing mempunyai karakter yang berbeda, baik dari pra-tanam atau pra-ternak sampai pasca-panen.

### **Keharusan Intervensi Negara untuk Perlindungan Hukum di Bidang Pertanian<sup>33</sup>**

Suatu study hukum Uni Eropa menunjukkan adanya perbedaan antara pasar untuk produksi agraria dengan pasar untuk produk komersial, yaitu ditandai dengan sangat kuat dan luasnya intervensi dari Negara pada instrumentarium dan pasar, yang bertujuan untuk memperkuat posisi pasar petani, dengan melalui akta hukum (*Rechtsakte*) Uni Eropa, dan peraturan pelaksanaannya (*Rechtsvorschriften*) dari negara negara anggota UE. Disana menuntut para petani dalam wadah kebersamaan pemanen dalam perhimpunan bersama, dengan demikian terdapat cabang-cabang perserikatan (*Brancheverbande*), yang secara bersama sepakat, berdasarkan “aturan hukum khusus”, tentang sistem perdagangan suatu produk pertanian *tertentu*, dari seluruh tahap usaha pertanian, dari tahap pengerjaan sampai pemasaran.

Kesepakatan bersama secara horizontal dan vertikal, dan perjanjian pertanian (*Vertragslandwirtschaft*) merupakan institusi-institusi penting dalam perekonomian agraria. Petani masuk dalam ikatan perjanjian dalam jangka waktu yang lama dengan pengusaha pengelolaan dan pemasaran. Kepentingan pemanen dapat dipenuhi, yaitu *jaminan kesatuan kestabilan kualitas* dan *kesamaan besarnya panen pertanian*, sesuai permintaan massa konsumen tentang produksi pertanian yang bernilai tinggi dan terstandardisasi; yang secara langsung dipengaruhi oleh proses produksi yang dilakukan oleh partner perjanjian pertaniannya melalui *peratur-peraturan tentang bibit, pengelolaan, panen, pakan, dll*. Di sisi lain petani dijamin harga pasti tentang hasil panennya dalam perjanjian berdasarkan undang-undang. Perlindungan maksimal risiko pasar terhadap petani adalah *mutlak*, karena usaha khusus pertanian mendatangkan resiko produksi yang ditinggi.

Pembuat undang-undang mempunyai *tugas* mengatur tentang perserikatan horizontal dan vertical dan perjanjian pertanian dalam pasar agrarian. Tentang bentuk-bentuk perusahaan dan perhimpunan pembuat UU tidak ikut campur, tetap dibawah hukum umum, mempunyai kebebasan dalam memutuskan sesuai dengan performennya. Pembuat undang-undang menghormati kebebasan perjanjian antara petani dan pengusaha untuk tahap-tahap perdagangan yang ada. Namun ia mengatur jalannya perserikatan horizontal dan vertical, perjanjian pertanian sebagai sesuatu khusus yang harus diatur tersendiri.

## **Kesimpulan**

Dasar Hukum Tujuan Politik Hukum Pertanian (pangan) berkelanjutan masih lemah, yang tersebar dibergai Undang-Undang tidak dapat diimplenetasikan dengan exisnya multi peta dasar serta, vacuumnya sistem perencanaan sektor-sektor, khususnya sistem pangan, serta sistem penataan ruang yang mengabaikan prinsip saling berdampingan (*Gegenstromprinsip*), yang tidak dapat diselesaikan hanya sekedar koordinasi dan integrasi. Untuk itu, penyelesaiannya yang konstruktif, terutama dari Presiden dan lembaga Legislatif, adalah mutlak dan mendesak, untuk masa kini dan masa depan, tanpa itu adalah logis bangsa Indonesia tidak bisa dan tidak perlu mengharap banyak, selain kehancuran.

## **Degradasi Nilai-Nilai Pancasila dalam Negara Hukum Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945**

**Diki Caniago**

### **A. Pendahuluan**

Reformasi telah berumur kurang lebih tiga belas tahun. Sejak meletus dan berhasil menumbangkan rezim Orde Baru dari tampuk kekuasaan di negara ini, Bangsa Indonesia kemudian berbenah. Segenap perbaikan dilakukan, apa yang dinilai tidak baik diubah atau ditiadakan, dan beberapa lembaga dan hal-hal baru dibentuk untuk memperbaiki keadaan.

Merujuk pada terminologi “reformasi”, maka spirit utama yang dilakukan adalah mereposisi atau mengembalikan susunan yang tidak baik dan tidak benar menuju pada kebaikan dan kebenaran seperti apa yang telah digariskan, dicita-citakan, serta disepakati bersama oleh para pendiri bangsa ini pada tahun 1945, dan segala apa yang dimanipulasi oleh rezim sebelumnya dikembalikan pada posisinya semula.

Menjawab segala tuntutan dan aspirasi pada saat reformasi, maka salah satu hal yang dilakukan bangsa ini adalah mengamandemen Undang-Undang Dasar 1945, dan amandemen UUD NRI 1945 merupakan tuntutan seluruh masyarakat Indonesia saat itu atau tuntutan Reformasi (Jimly Asshiddiqie, 2006: 1). Tim Kajian Amandemen Fakultas Hukum Universitas Brawijaya mengklasifikasikan beberapa kelemahan UUD 1945, antara lain: UUD 1945 telah memposisikan kekuasaan Presiden terlalu besar (*executive power*), sistem *checks and balances* tidak secara tegas diatur di dalamnya, ketentuan UUD 1945 banyak yang tidak tegas dan multitafsir, minimnya pengaturan Hak asasi manusia, sistem kepresidenan, dan sistem perekonomian yang kurang jelas (Tim Kajian Amandemen FH Unibraw, 2000: 1-2). Dahlan Thaib dan kawan-kawan, mengatakan bahwa alasan lain yang dapat dijadikan alasan amandemen adalah secara historis UUD 1945 memang didesain oleh para pendiri negara sebagai konstitusi yang bersifat sementara dan ditetapkan dalam suasana tergesa-gesa (Dahlan Tahib, dkk, 2008: 147).

Di lain pihak, implementasi dan konsistensi pelaksanaan nilai-nilai Pancasila sebagai dasar negara mengalami pasang-surut bergantung keadaan/ kondisi, baik itu kondisi internal bangsa dan negara maupun kondisi eksternal (berupa globalisasi dan ancaman dari luar negeri lainnya). Pelaksanaan nilai-nilai Pancasila sejak Refomasi 1998 sampai saat ini mengalami penurunan, diabaikan bahkan dilupakan. Efek negatif dari hal ini dapat kita lihat dimana pelaksanaan kehidupan berbangsa dan bernegara kita sangat jauh dari nilai-nilai Pancasila. Dalam bidang Hukum, Politik serta Ketatanegaraan, Pancasila juga mengalami degradasi yang sangat akut. Ada banyak undang-undang, dan berbagai produk hukum lainnya serta kebijakan dan tindakan politik dari elit-elit bangsa ini yang sengaja atau tidak disengaja telah melanggar nilai-nilai Pancasila.

Oleh karena itu, karya ilmiah ini disusun untuk mencoba menemukan hal-hal yang menyebabkan degradasi nilai-nilai Pancasila dalam Negara Hukum Indonesia Pasca amandemen UUD 1945 sehingga hal-hal tersebut dapat diantisipasi oleh segenap elemen bangsa dan negara.



## B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian tersebut di atas, yang menjadi rumusan masalah yang akan dibahas pada bab-bab selanjutnya adalah: Hal-hal apakah yang menyebabkan terjadinya degradasi nilai-nilai Pancasila setelah adanya amandemen UUD 1945?

## C. Posisi Pancasila Dalam Negara Hukum Indonesia

Posisi Pancasila bagi Indonesia sebagai suatu negara dan bangsa memiliki variasi yang sangat beragam. Berbagai pendapat dan gagasan posisi Pancasila pernah dikemukakan oleh para pakar. Keanekaragaman ini disebabkan sudut pandang pakar atau para ahli dalam memandang dan mengartikan Pancasila dan ini merupakan konsekuensi logis dari keberadaan Pancasila sebagai ideologi terbuka. Dalam pandangan filsafat misalnya, Pancasila bisa diartikan sebagai pandangan hidup bangsa dan dasar falsafah ideologi bangsa. Dari aspek politik, Pancasila dianggap sebagai *modus vivendi* atau kesepakatan luhur yang mempersatukan semua ikatan primordial ke dalam suatu bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia yang sangat luas dan majemuk dalam prinsip persatuan (Mahfud MD, 2010:52). Pandangan ini tentu tidak sama ketika Pancasila dipandang dari segi yuridis dan konstitusional. Bahkan secara yuridis dan konstitusional pun, terdapat beberapa makna dan pandangan mengenai nilai-nilai Pancasila yang pernah dikemukakan oleh para pakar dan ahli. Ada yang menyebutnya sebagai *staatsfundamentnorm* (Notonegoro pada pidato Dies Natalis Universitas Airlangga Pertama, 10 November 1955), *Gurndnorm* (Usep Ranuwijaya, 1983: 48), Paradigma hukum, Pandangan yang beragam ini tidak dapat dipertentangkan antara satu pandangan dengan pandangan yang lain, melainkan saling melengkapi satu sama lain.

Dalam pandangan Darji Darmodiharjo, menurut sejarahnya, Pancasila diadakan atau dirumuskan dengan tujuan untuk dipakai sebagai dasar negara Indonesia merdeka / Republik Indonesia (Darji Darmodiharjo dalam Darji Darmodiharjo, dkk, 1979: 9).

A. Hammid S. Attamimi mengemukakan Cita Hukum (*Rechtsidee*) digunakan untuk menggantikan kata ideologi dalam kaitan Pancasila dengan kehidupan hukum bangsa Indonesia (A. Hamid S. Attamimi dalam Oetoyo Oesman dan alfian (Editor), 1991: 63). Sebelum amandemen UUD 1945, penegasan Pancasila sebagai Cita Hukum (*Rechtsidee*) terdapat pada Penjelasan tentang Undang-Undang Dasar 1945, angka III yang menentukan sebagai berikut:

“Undang-Undang Dasar menciptakan pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam pembukaan di dalam pasal-pasalannya. Pokok-pokok pikiran tersebut meliputi suasana kebatinan dari Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia. Pokok-pokok pikiran ini mewujudkan cita-cita hukum (*rechtsidee*) yang menguasai hukum dasar negara, baik hukum yang tertulis (Undang-Undang Dasar) maupun hukum tak tertulis. Undang-Undang Dasar menciptakan pokok-pokok pikiran ini dalam pasal-pasalannya”

Menurut A. Hammid S. Attamimi istilah “Cita-cita Hukum” di dalam Penjelasan UUD tersebut kurang tepat, yang lebih tepat adalah “Cita Hukum”, karena cita adalah gagasan, rasa, cipta, pikiran, sedangkan cita-cita adalah keinginan, kehendak, harapan, yang selalu ada dipikiran atau di hati (A.Hammid S. Attamimi, 1990:308).

Cita hukum menurut Rudolf Stamler, sebagaimana dikutip A. Hamid S. Attamimi (A. Hamid S. Attamimi, 1990: 308-309) adalah konsturksi pikir yang merupakan keharusan bagi mengarahkan hukum kepada cita-cita yang diinginkan masyarakat. Lebih lanjut, cita hukum ini berfungsi sebagai bintang pemandu (*Leitstern*) bagi tercapainya cita-cita masyarakat. Meski merupakan titik akhir yang tidak mungkin dicapai, namun cita hukum memberi manfaat karena mengandung dua sisi: dengan cita hukum, hukum positif yang berlaku dapat diuji, dan kepada cita hukum, hukum positif sebagai usaha menuju sesuatu yang adil dengan sanksi pemaksa dapat diarahkan.

Selain itu, Pancasila juga biasa diistilahkan sebagai *Staatsfundamentalnorm*. Istilah Pancasila sebagai *Staatsfundamentalnorm* pertama kali diungkapkan oleh Notonagoro dalam Pidatonya pada Dies Natalis Universitas Airlangga yang Pertama (10 November 1955). *Staatsfundamentalnorm* diartikan oleh Notonagoro dengan istilah Pokok Kaidah Fundamental Negara. Berikut petikan Pidato tersebut:

“Di dalam tertib hukum dapat diadakan pembagian susunan yang hierarchis dari pada peraturan-peraturan hukum, dan dalam susunan itu undang-undang dasar, yang merupakan hukum ddasar negara, tidak merupakan peraturan hukum yang tertinggi, seperti juga dinyatakan dalam penjelasan resmi dari pada Oendang-oendang Dasar 1945, karena diterangkan masih mempunyai dasar-dasar pokok. Dasar-dasar pokok undang-undang dasar ini, yang pada hakekatnya terpisah dari undang-undang dasar, dinamakan pokok kaidah negara yang fundamental (*Staatsfundamentalnorm*), yang mengandung tiga syarat mutlak, yaitu ditentukan oleh pembentuk negara, memuat ketentuan-ketentuan pertama yang menjadi dasar negara dan kedua bukan yang hanya mengenai organisasi negara.

Maka dari itu karena memenuhi pensifatan ini Pemboekaan Oendang-oendang Dasar 1945 mempunyai kaedah pokok fundamental Negara Indonesia.”

(Pidato Notonagoro dalam Pidatonya pada Dies Natalis Universitas Airlangga yang Pertama /10 November 1955).

Sedangkan menurut A. Hamid S. Attamimi, *Staatsfundamentalnorm* diartikan dengan istilah norma fundamental negara (A. Hamid S. Attamimi, 1990 : 359).

Norma Fundamental Negara yang merupakan norma tertinggi dalam suatu negara ini merupakan yang tidak dibentuk oleh suatu norma yang lebih tinggi lagi, tetapi bersifat *'pre-supposed'* atau ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat dalam suatu negara dan merupakan norma yang menjadi tempat bergantungnya norma-norma hukum di bawahnya (Maria Farida Indrati, 2007: 46).

Hamid Attamimi berpendapat dengan ditetapkannya Pancasila sebagai cita hukum dan sekaligus sebagai norma fundamnetal negara, maka sistem hukum Indonesia, baik dalam pembentukannya, dalam penerapannya, maupun dalam penegakkannya, tidak dapat melepaskan diri dari nilai-nilai Pancasila sebagai cita hukum yang konstitutif dan regulatif, dan dari ketentuan-ketentuan Pancasila sebagai norma tertinggi yang menentukan dasar keabsahan (*legitimacy*) suatu norma hukum dalam sistem norma hukum Republik Indonesia (A.Hamid S. Attamimi, 1990 : 359).

#### D. Hal-Hal Yang Menyebabkan Degradasi Nilai-Nilai Pancasila

Penyelenggara negara dalam kehidupan berbangsa dan bernegara secara formalitas tetap bersandar pada nilai-nilai Pancasila. Terminologi “formalitas” penulis pilih karena memang bisa kita lihat pada beberapa gejala, seperti adanya pertemuan petinggi-petinggi negara membahas pelaksanaan Pancasila, begitu juga pidato-pidato kenegaraan serta pembicaraan pada seremonial kenegaraan selalu menyebut-nyebut Pancasila dan menjadi semacam *lip service*, kemudian dicantumkannya nilai-nilai Pancasila dalam pertimbangan peraturan atau kebijakan yang akan diambil tetapi tidak tercermin dalam pasal atau norma-norma yang terdapat di dalamnya.

Secara substansi, pengamalan nilai-nilai Pancasila menjadi masalah. Upaya tersebut secara garis besar masih belum maksimal, kalau kita meminjam istilah statistika, grafik pelaksanaannya naik-turun, tidak stabil, tidak konsisten. Pertanyaan sederhana, misalnya : Mengapa lahir Undang-Undang yang tidak pro rakyat, pro keadilan, berbau liberalisme? Kenapa terjadi pembiaran kekerasan atas nama agama dan keyakinan? Kenapa ada putusan-putusan pengadilan yang tidak mencerminkan keadilan sosial? Tentu dapat dijawab karena tidak optimal dilaksanakannya Pancasila. Pelanggaran-pelanggaran terhadap nilai-nilai Pancasila ini berulang berkali-kali dan setiap mendapat sorotan publik diperbaiki, kemudian diulang kembali. Maka, tepat kiranya kita menyebut pelaksanaan nilai-nilai pancasila mengalami degradasi dalam Negara Hukum Indonesia. Degradasi secara etimologi dapat diartikan : Penurunan derajat (kedudukan, dsb), penurunan mutu yang diakibatkan oleh penanganan (Kamus Besar Bahasa Indonesia, Tim Penyusun Kamus Besar Bahasa Indonesia; 1990, 193)

Pertanyaan kemudian muncul, hal-hal apakah yang menyebabkan terjadinya degradasi Pancasila pada Negara Hukum Indonesia setelah amandemen UUD 1945? Ada beberapa hal yang menyebabkannya, yaitu sebagai berikut:

Pertama, terjadi pendangkalan pemahaman serta pengamalan Pancasila di dalam masyarakat Indonesia itu sendiri. Maria Farida mengatakan :Indonesia telah mengalami “Degradasi Wawasan Nasional”, bahkan juga degradasi kepercayaan atas keunggulan dasar negara Pancasila, sebagai sistem ideologi nasional (Maria Farida, <http://www.pelita.or.id/baca.php?id=45875>, diakses pada tanggal 1 Oktober 2012).

Memang sulit untuk menghindari dari adanya kesan yang sangat kuat bahwa saat ini bangsa ini mengalami permasalahan baru yang mendasar, yaitu masalah identitas dan jati sebagai suatu diri bangsa. Sistem politik, hukum, ekonomi, dan budaya kita saat ini berkembang begitu saja tanpa memiliki karakter dan orientasi yang jelas sesuai dengan jati diri bangsa. Perkembangan kehidupan berbangsa dan bernegara lebih ditentukan oleh kepentingan pragmatis jangka pendek dan dipengaruhi oleh kebudayaan global.

Pancasila juga ditinggalkan masyarakat sebagai falsafah dan ideologi bangsa akibat perjalanan sejarah, dimana Orde Baru yang pada awalnya betul-betul bertujuan untuk melaksanakan Pancasila secara konsekuen di dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, pada akhirnya hanya merupakan alat untuk mempertahankan kekuasaannya. Sehingga Pancasila terlanjur tercemar atau ikut-ikutan dicap masyarakat sebagai alat politik kekuasaan, yang pada akhirnya menyebabkan masyarakat melupakan Pancasila sebagai ideologi bangsa. Senada dengan pendapat tersebut, Arief Hidayat mengatakan “Sebagai akibat yang cukup serius atas manipulasi politik atas Pancasila pada masa-masa sebelumnya

lahirlah asumsi masyarakat bahwa Pancasila hanyalah sekedar merupakan instrumen kekuasaan yang otoriter” (Arief Hidayat, 2012: 2).

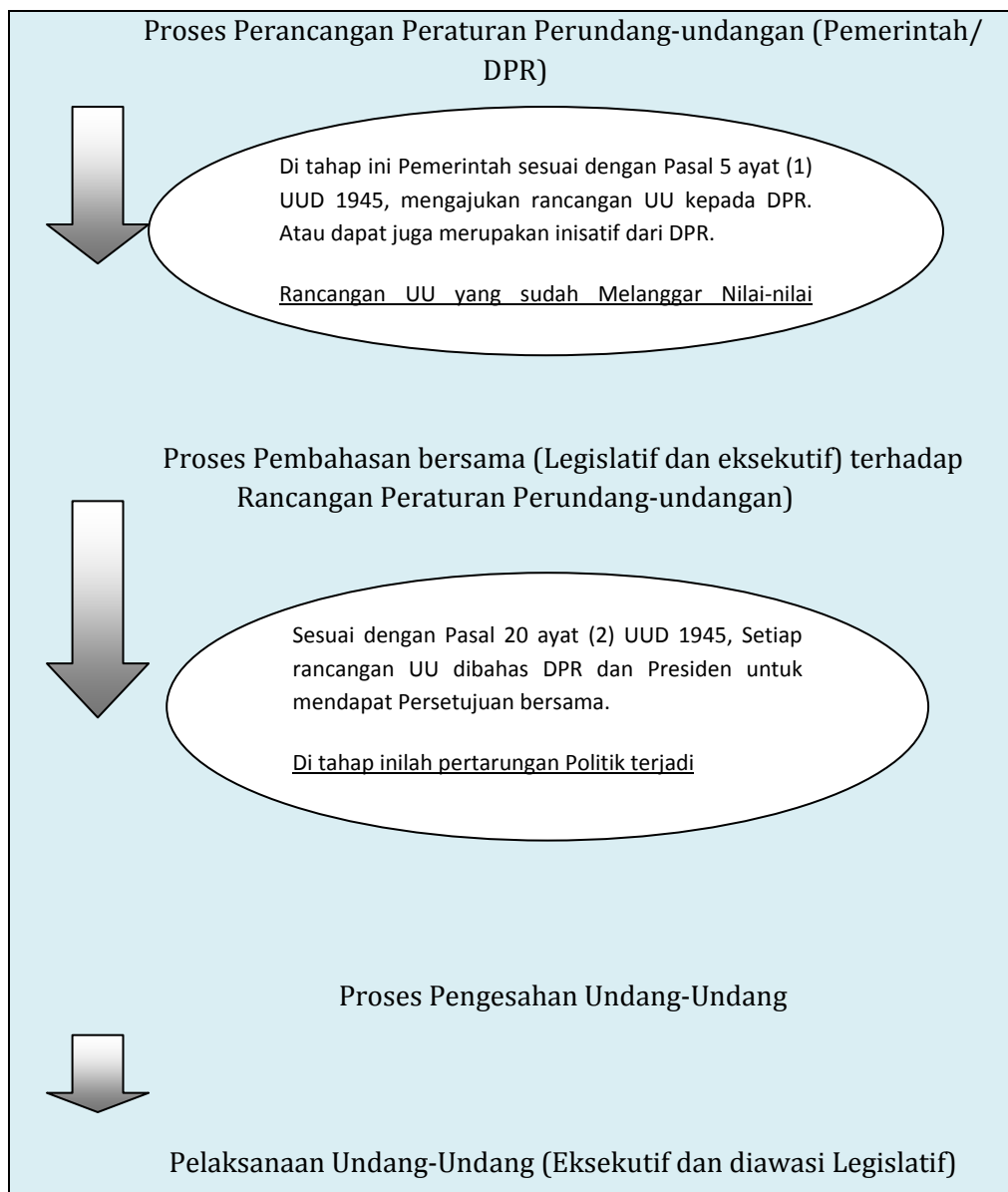
Sebagai akibat dari penyebab pertama maka lahirlah sistem kepemimpinan dan perpolitikan yang tidak memperdulikan Pancasila sebagai dasar negara dan ideologi bangsa. Terjadi pertarungan antara kepentingan politik dan pelaksanaan nilai-nilai Pancasila, dan sayangnya kepentingan politik sering kali yang menang sehingga lahirlah produk-produk hukum dan kebijakan yang bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila. Sehubungan dengan hal ini, Mahfud MD mengatakan bahwa yang sering terjadi, kepentingan politik mengeliminasi kemauan untuk menginternalisasikan Pancasila. (Mahfud MD, 2011: 3).

Lebih jauh, Kaelan (M.S. Kaelan, 2011: 2) berpendapat bahwa jikalau demokrasi di negeri ini kekuasaan di tangan rakyat, dalam kenyataannya para elit baik eksekutif maupun legislatif tidak membawakan aspirasi rakyat, namun para elit rakyat hanya sibuk merebut kekuasaan dengan wacana koalisi, oposisi, Pemilu Kada, Pansus dan lainnya sehingga rakyat justru merasa tidak memiliki kedaulatan di era reformasi ini.

Pertarungan antara kepentingan politik dan pelaksanaan nilai-nilai Pancasila ini lebih cenderung terjadi di ranah eksekutif dan legislatif. Kita tahu bahwa kedua lembaga negara ini memang tidak bisa lepas dari kepentingan-kepentingan politik. Presiden dalam menjalankan tugas dan kewajibannya juga membutuhkan dukungan politik yang kuat agar efektif menjalankan tugasnya. Demikian juga DPR yang merupakan lembaga politik. Miriam Budiarjo menyebutnya sebagai perwakilan yang bersifat politik, dimana anggota badan legislatif (Anggota DPR) dipilih mewakili rakyat melalui partai politik (Miriam Budiarjo, 2008: 317).

Ketika kepentingan-kepentingan politik diperjuangkan dalam proses penyusunan perundang-undangan ini, nilai-nilai Pancasila yang sebenarnya dasar negara dan landasan filosofis bangsa tidak diutamakan bahkan dilupakan karena yang diutamakan adalah kepentingan politik semata. Hasil dari keadaan seperti inilah yang menghasilkan produk-produk hukum yang bertentangan atau tidak sesuai dengan nilai-nilai Pancasila.

Proses seperti tersebut di atas dapat digambarkan pada skema sebagai berikut:



**Gambar 1**

Skema Pelanggaran Nilai-Nilai Pancasila dalam Proses Penyusunan Peraturan Perundang-undangan

”Sikap pragmatis pembentuk undang-undang pun telah menjadi penyakit tersendiri. Penyakit itu kemudian membuat proses transaksi kepentingan tanpa malu-malu dilakukan secara terbuka. Apalagi dalam proses pembahasan dan pengesahan rancangan undang-undang di bidang politik dan sumber daya alam” (Yuliandri dalam Jurnal Legislasi Indonesia Vol.8 No. 4 Desember 2011: 641).

Penyebab ketiga adalah masih kuatnya Korupsi dan Mafia Hukum yang sangat berdampak pada pelaksanaan nilai-nilai Pancasila. Benarkah Korupsi dan Mafia Hukum dapat menyebabkan tidak dilaksanakannya Nilai-nilai Pancasila? Atau apakah ini hanya

sebuah isu atau anggapan tanpa fakta? Ternyata tidak, data serta fakta yang ada dapat membuktikan hubungan yang sangat kuat antara Korupsi dan Mafia Hukum dengan Pelaksanaan Nilai-nilai Pancasila. Kalau pada penyebab kedua yang menjadi penyebab tidak dilaksanakannya nilai-nilai Pancasila adalah kepentingan dan dominasi politik, maka keadaan diperparah lagi dengan korupsi serta mafia hukum yang memang telah merasuki seluruh sendi kehidupan bangsa dan negara ini, terlebih pada tiga cabang kekuasaan negara, yaitu eksekutif, legislatif, dan yudikatif.

Korupsi dan Mafia hukum menyebabkan legislatif (DPR) tidak melaksanakan nilai-nilai Pancasila karena dengan adanya korupsi dan mafia hukum penyusunan sebuah undang-undang dapat diintervensi dengan uang. Para pihak yang berkepentingan dengan sebuah produk hukum yang tidak sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dapat memesan dan menjanjikan sejumlah uang kepada oknum di ranah legislatif. Inilah yang lazim disebut jual-beli pasal dalam proses legislasi. Kita misalkan akan dibentuknya sebuah Undang-Undang Pengelolaan Sumber Daya Alam. Disini, para pemangku kepentingan seperti pemilik modal besar sangat berkepentingan agar undang-undang tersebut nantinya dapat melindungi para pemilik modal besar dan liberalisasi sumber daya alam di Indonesia. Disinilah nantinya proses penyuapan dan gratifikasi terjadi sehingga lahir produk hukum yang tidak hanya menyengsarakan rakyat kecil juga terindikasi melanggar nilai-nilai Pancasila.

Tahun 2011 yang lalu, survey yang dilakukan menempatkan Dewan Perwakilan rakyat (DPR), Eksekutif, dan lembaga Penegak Hukum sebagai institusi paling korup di Indonesia. Data ini patut menjadi indikasi kepada kita semua bagaimana korupsi dan Mafia Hukum mempengaruhi pelaksanaan Pancasila.

Korupsi dan Mafia Hukum juga memberi dampak yang sangat besar kepada Yudikatif melaksanakan tugasnya, yaitu menciptakan keadilan dan kepastian hukum. Beberapa kali hakim telah diseret ke Pengadilan Tindak Pidana Korupsi karena terbukti melakukan korupsi dan tertangkap tangan sedang disuap oleh yang berperkara. Kejadian-kejadian seperti turut menyuburkan pelanggaran-pelanggaran terhadap nilai-nilai Pancasila khususnya Sila Kelima, yang berbunyi Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Mahkamah Konstitusi yang saat ini mendapat kepercayaan besar dari rakyat juga tidak lepas dari ancaman jaringan korupsi dan mafia hukum. Kasus Pemalsuan Surat Sengketa Hasil Pemilu yang terjadi pada Mahkamah Konstitusi tentu membuktikan bahwa korupsi dan mafia hukum berusaha mencoba masuk ke dalam sistem Mahkamah Konstitusi. Kita berharap Konsistensi Hakim-hakim Konstitusi serta seluruh jajaran di Mahkamah Konstitusi tetap solid untuk menjaga agar Mahkamah Konstitusi selalu bersih dan terhindar dari Korupsi dan Mafia Hukum.

Penyebab keempat adalah desakan serta dorongan dari luar yang memasukkan kepentingan serta nilai-nilai yang bertentangan dengan Pancasila. Negara Indonesia, saat ini sedang menjadi sorotan dan incaran negara serta kepentingan lain yang melihat Indonesia sebagai negara besar yang dapat memberi keuntungan bagi mereka. Kekayaan alam Indonesia yang kaya, populasi yang besar sehingga potensial menjadi pasar bagi produk yang mereka jual, sampai dengan pengaruh politik dan pertahanan yang sekarang ini sedang menjadi persaingan di dunia ini.

Tekanan politik dan ekonomi tersebut timbul akibat langsung dari berkembangnya paham ekonomi pasar yang menjadi arus pemikiran utama dalam globalisasi ekonomi. Tekanan-tekanan tersebut dilancarkan oleh negara-negara maju yang menganut paham

ekonomi pasar dengan menggunakan lembaga-lembaga keuangan multilateral, seperti IMF, ADB dan lain sebagainya (Kuntana Magnar, dkk, dalam Jurnal Konsitusi, Volume 7 No.1, Februari 2010 : 115). Pada masa transisi di negara-negara berkembang, seperti Indonesia, dan negara bekas komunis terdapat gelombang penetrasi modal yang berupaya membuat negara berkembang untuk melakukan adaptasi dengan sistem perekonomian global yang berpaham neoliberal. (Yance Arizona, 2008).

Penyebab terdegradasinya nilai-nilai Pancasila yang kelima adalah masih ambigunya konsep Negara Hukum Indonesia yang merupakan percampuran antara Konsep Negara Hukum *Rechtsstaat* dan *Rule of Law*. Hal ini sangat berdampak pada pelaksanaan nilai Pancasila khususnya Sila Kelima (Keadilan Sosial bagi seluruh rakyat Indonesia) dalam penegakkan hukum.

Mahfud MD Mengatakan:

"Konsepsi negara hukum di Indonesia merupakan konsepsi sintetis dari beberapa konsep yang berbeda tradisi hukumnya. Dengan kata lain, dapat dikemukakan bahwa negara hukum Indonesia secara campur aduk oleh konsep-konsep *rechtsstaat*, *the rule of law*, negara hukum formal, dan negara hukum material yang kemudian diberi nilai keindonesiaan sebagai nilai spesifik sehingga menjadi negara hukum Pancasila" (Mahfud MD, 1999 : 138).

Untuk mengetahui penyebab bercampur aduknya konsep *Rechtsstaat* dan *Rule of law* pada negara hukum kita dapat kita lihat pada saat awal dari berdirinya Republik ini. Naskah UUD 1945 yang disahkan pada tanggal 18 Agustus 1945 oleh Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) tidak memuat pernyataan yang jelas tentang negara hukum dalam konsep mana yang dianut di Indonesia, bahkan istilah tersebut tidak secara eksplisit muncul baik di dalam Pembukaan maupun Batang Tubuh UUD 1945.

Kemudian lebih lanjut, kedua konsep tersebut dianut secara bersamaan dalam rancangan UUD 1945. Hal tersebut dimulai dari perdebatan Soekarno-Soepomo di satu pihak dan Hatta-Yamin di pihak lain ketika sidang BPUPK terlibat dalam perbedaan pendapat tentang pencantuman materi mengenai HAM di dalam UUD. Perdebatan tersebut pada akhirnya menghasilkan kompromi dengan dimuatnya secara terbatas ketentuan-ketentuan tentang HAM seperti pasal 27,28,29,30 dan 31 dengan rumusan yang juga masih memberikan pembatasan karena untuk sebagian disertai dengan ketentuan bahwa dalam pelaksanaannya akan diatur dengan undang-undang.

Mahfud MD Menjelaskan:

"Masuknya pasal-pasal tersebut memperlihatkan bahwa konsepsi negara hukum dari tradisi *Anglo Saxon* yang bernama *rule of law* itu masuk di dalam UUD 1945, sesuatu yang dapat dilihat minimal dari Pasal 27 yang menentukan bahwa setiap warga negara berkedudukan sama di depan hukum dan pemerintahan. Namun, pada saat yang sama kita melihat penggunaan istilah *rechtsstaat* dan pelembagaan dunia peradilan yang membuka lingkungan peradilan administrasi (tata usaha) negara sebagai cermin dari penganutan atas konsep negara hukum yang bersumber dari tradisi Eropa Kontinental" (Mahfud MD, 1999 : 136-137).

Sesudah adanya amandemen UUD 1945 (dari tahun 1999 sampai dengan tahun 2002), penekanan akan pentingnya menentukan apakah konsep yang kita anut, apakah *rechstaat* ataukah *rule of law* tidak menjadi perhatian oleh MPR ketika itu. Penegasan akan keberadaan negara ini sebagai negara hukum, memang terjadi yaitu dengan adanya Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, yang berbunyi: “Indonesia adalah negara hukum” (amandemen ketiga). Lebih lanjut, Peniadaan Penjelasan UUD 1945 kata “*Rechstaat*” di dalamnya menyebabkan percampuran kedua konsep ini semakin nyata. Pihak yang berpendirian kuat kalau kita penganut konsep *rechstaat* tidak mempunyai alasan lagi mengklaim bahwa Negara Hukum Indonesia tergolong ke dalam konsep *rechstaat*.

Percampuran kedua konsep tersebut secara bersama-sama di Negara Hukum Indonesia, pada awalnya tidak menjadi masalah yang sangat mengganggu, karena percampuran tersebut hanya terjadi dalam konsep atau teori semata. Namun, terjadi masalah yang serius, tatkala di dalam penegakkan hukum terjadi inkonsistensi oleh pihak tertentu untuk memenangkan kepentingannya. Pada satu sisi, pihak tersebut berpegang pada kepastian hukum untuk bersembunyi dan mengamankan kepentingannya, dan di lain kesempatan, pihak ini mempertanyakan keadilan jika ia merasa dapat dilindungi olehnya. Mafia hukum, koruptor, serta aparat penegakkan hukum yang curang sering memanfaatkan kesempatan ini.

Bahkan tidak jarang penafsir atau penegak hukum yang sama bersikap tidak konsisten memilih yang berbeda-beda untuk kepentingan perkara yang berbeda. Untuk satu kasus misalnya dia mengutamakan undang-undang yang resmi berlaku atas nama kepastian hukum karena dengan itulah perkara yang ditanganinya dapat dimenangkan, tapi untuk kasus yang lain, atas nama keadilan, yang bersangkutan menolak undang-undang yang masih resmi berlaku karena dinilainya tidak sesuai dengan rasa keadilan di dalam masyarakat.

Negara kita juga kembali menjadi gamang, ketika Nek Minah yang menurut undang-undang (hukum) dalam hal ini dibela mati-matian oleh pendukung kepastian hukum hendak dijadikan sebagai pesakitan di pengadilan, namun oleh sebagian yang lain (dalam hal ini dapat dikatakan merupakan suara mayoritas masyarakat) Nek minah berdasarkan rasa keadilan masyarakat tidak pantas dihukum dan dipersalahkan. Begitu juga dengan kasus-kasus yang lain, kasus Pencurian semangka, kasus charger HP, Pencurian Piring, dan lain-lain dimana “suara-suara yang meneriakkan keadilan” atau “melukai keadilan masyarakat”, menjadi suatu fenomena yang membuat masyarakat Indonesia terbelah pendiriannya.

Penyebab keenam terjadinya degradasi nilai-nilai Pancasila adalah terdapat beberapa kelemahan dalam sistem ketatanegaraan kita yang memungkinkan terulangnya pelanggaran nilai-nilai Pancasila. Apa yang menjadi konsekuensi logis bagi eksekutif, Legislatif, dan Yudikatif apabila melanggar nilai-nilai Pancasila? Atau Bagaimana sistem *Check and balances* antara lembaga-lembaga negara dalam menjalankan nilai-nilai Pancasila? Hal ini belum terakomodir dalam sistem ketatanegaraan kita. Di Indonesia setelah amandemen UUD 1945, DPR memegang kekuasaan membentuk Undang-Undang (Pasal 20 ayat (1) UUD 1945) dan Setiap Undang-Undang dibahas bersama DPR dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama. Apabila Presiden (Eksekutif) mampu menguasai DPR dengan menempatkan anggota partai atau pun “orang-orangnya Presiden” di DPR, maka tidak ada lagi yang dapat mengimbangi dan saling mengawasi antara eksekutif dan legislatif. Kita bisa lihat misalnya saat ini terjadi koalisi antara beberapa partai sehingga apabila koalisi ini bersatu maka apapun rancangan perundang-undangan yang disodorkan



oleh pemerintah tidak ada yang mampu mengawasinya meskipun hal tersebut tidak sesuai atau bahkan bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila.

Sebenarnya, di Indonesia ada dua lagi lembaga perwakilan, yaitu Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) dan Dewan Perwakilan Daerah (DPD), namun, kedua lembaga ini sangat terbatas kewenangannya dalam bidang legislasi. MPR berdasarkan Pasal 3 UUD 1945 hanya berwenang mengubah dan menetapkan Undang-Undang Dasar serta melantik Presiden dan/ atau Wakil Presiden. Sebelum amandemen, MPR memiliki kewenangan menetapkan Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN). Implikasi tidak adanya GBHN mulai mengemuka akhir-akhir ini. Hal ini berkaitan dengan keadaan di masyarakat, khususnya pelaksanaan penyelenggaraan negara setelah tidak adanya GBHN sebagai pedoman dan pegangan pemerintah dan penyelenggara negara lainnya. Masyarakat mulai merasakan dan menganggap pembangunan saat ini tidak jelas dan bahkan tidak memihak kepada rakyat. Jawahir Thontowi mengatakan terhapusnya kewenangan MPR dalam menetapkan GBHN sekaligus menandakan hilangnya institusi pelindung Pancasila/*Guardiance* (Jawahir Thontowi, 2010: 1).

Sementara itu, DPD berdasarkan Pasal 22D UUD 1945, hanya dapat mengajukan Rancangan Undang-Undang kepada DPR serta ikut membahas RUU tersebut, dan keputusan menerima atau tidak semata-mata ada di tangan DPR. Rancangan RUU yang melibatkan DPD juga terbatas pada RUU 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 yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah.

Di Indonesia, hubungan DPR dan DPD tidak mungkin menciptakan hubungan antar kamar yang dapat saling mengecek satu sama lain. Pasal 20 ayat (1) UUD 1945 secara tegas menyatakan bahwa fungsi legislasi hanya dimiliki oleh DPR. Dengan tidak adanya pengaturan yang menyatakan DPD memiliki fungsi legislasi, Pasal 20A ayat (1) UUD 1945 makin memunculkan superioritas DPR atas DPD dalam proses pembentukan undang-undang (Raymond Donald Cibero, 2010:68).

Bisakah pelanggaran terhadap nilai-nilai Pancasila dapat dijadikan alasan memberhentikan pejabat pada ketiga cabang kekuasaan negara tersebut? Ternyata tidak atau belum pernah dilakukan. Lihat misalnya, alasan pemberhentian Presiden dan/ atau Wakil Presiden dalam masa jabatannya, yaitu: Apabila terbukti telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela ataupun terbukti tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/ atau Wakil Presiden. Dengan tidak dijadikannya pelanggaran terhadap nilai-nilai Pancasila sebagai alasan memberhentikan pejabat pada ketiga cabang kekuasaan negara ini menyebabkan tidak adanya kehati-hatian serta efek jera bagi pejabat pada ketiga cabang kekuasaan negara sehingga pelanggaran terhadap nilai-nilai Pancasila terjadi berulang-ulang kali.

## E. Penutup

Degradasi nilai-nilai Pancasila yang terjadi di Negara Hukum Indonesia setelah amandemen UUD 1945 terjadi pada saat hukum itu sendiri sedang disusun/ Pembentukan peraturan perundang-undangan, Pelaksanaan hukum, sampai dengan Penegakkan hukum tersebut. Adapun hal-hal yang menyebabkan terjadinya degradasi nilai-nilai Pancasila tersebut adalah sebagai berikut: (1) Terjadi pendangkalan pemahaman serta pengamalan Pancasila di dalam masyarakat Indonesia itu sendiri. Hal ini disebabkan oleh 2 hal, yaitu : Bangsa kita mengalami permasalahan baru yang mendasar, yaitu masalah identitas dan jati sebagai suatu diri bangsa, dan Pancasila terlanjur tercemar atau ikut-ikutan dicap masyarakat sebagai alat politik kekuasaan, yang pada akhirnya menyebabkan masyarakat melupakan Pancasila sebagai ideologi bangsa, (2) Sistem kepemimpinan dan perpolitikan yang tidak memperdulikan Pancasila sebagai dasar negara dan ideologi bangsa, (3) Masih kuatnya Korupsi dan Mafia Hukum yang sangat berdampak pada pelaksanaan nilai-nilai Pancasila, (4) Desakan serta dorongan dari luar yang memasukkan kepentingan serta nilai-nilai yang bertentangan dengan Pancasila, (5) Masih ambigu konsep Negara Hukum Indonesia yang merupakan percampuran antara Konsep Negara Hukum *Rechtsstaat* dan *Rule of Law* yang berdampak pada pelaksanaan Sila “Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia” pada penegakan hukum, dan (6) Terdapat beberapa kelemahan dalam sistem ketatanegaraan kita yang memungkinkan terulangnya pelanggaran nilai-nilai Pancasila.

Segegap elemen bangsa hendaknya menyadari apa yang terjadi pada nilai-nilai Pancasila yang mengalami degradasi dalam Negara Hukum Indonesia pasca amandemen UUD 1945. Sebagai dasar negara serta ideologi bangsa, apabila degradasi ini terus berlangsung tanpa ada upaya untuk menghentikannya sangat berpengaruh terhadap eksistensi kita sebagai sebuah bangsa dan negara karena posisi Pancasila sebagai dasar negara dan ideologi bangsa.

### Daftar Pustaka

- Arizona, Yance, 2008, *Konstitusi dalam Intaian Neoliberalisme: Konstitusionalitas Penguasaan Negara atas Sumber Daya Alam dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, Makalah, Disampaikan pada Konferensi Warisan Otoriterianisme: Demokrasi Indonesia Di bawah Tirani Modal, Panel Tirani dan Ketatanegaraan, Selasa, 5 Agustus 2008 di Fakultas FISIP UI.
- Ashiddiqie, Jimly, 2006, *Implikasi Perubahan UUD 1945 terhadap Sistem Hukum Nasional*, Makalah, disampaikan pada Lokakarya Nasional Perkembangan Sistem Sistem Hukum Nasional Pasca Perubahan UUD 1945, diselenggarakan oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Surabaya, 27-29 April 2006.
- Attamimi, A. Hamid S., 1990, *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*, Desertasi, Fakultas Pasca Sarjana UI.
- Budiarjo, Miriam, 2008, *Dasar-dasar Ilmu Politik Edisi Revisi*, Jakarta, PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Cibero, Raymond Donald, 2010, *Implikasi Kehadiran Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dalam Lembaga Legislatif terhadap Fungsi Legislasi setelah Amandemen Ketiga UUD 1945*, Skripsi, Tidak Disebarluaskan, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta.
- Darmodiharjo, Darji, dan kawan-kawan, 1979, *Santiaji Pancasila- Suatu Tinjauan Filosofis, Historis, dan Yuridis Konstitusional, Kumpulan Karangan*, Surabaya, Penerbit Usaha Nasional.
- Hidayat, Arief, 2012, *Negara Hukum Pancasila (Suatu Model Ideal Penyelenggaraan Negara Hukum)*, Makalah, Disampaikan pada Kongres Pancasila IV, yang diselenggarakan oleh Pusat Studi Pancasila UGM bekerjasama dengan Mahkamah Konstitusi, Yogyakarta, 31 Mei 2012.
- Indrati, Maria Farida, 2007, *Ilmu Perundang-undangan: Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Yogyakarta, Penerbit Kanisius.
- MD, Moh. Mahfud, 1999, *Hukum dan pilar-pilar Demokrasi*, Yogyakarta, Penerbit Gama Media.
- \_\_\_, Mahfud, 2010, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta, Rajawali Pers.
- \_\_\_, Mahfud 2011, *Pancasila sebagai Tonggak Konvergense Pluralitas Bangsa*, *Keynote Speech*, Disampaikan pada Sarasehan Nasional Implementasi Nilai-nilai Pancasila dalam Menegakkan Konstitusionalitas Indonesia, Yogyakarta, 2-3 Mei 2011.
- MS, Kaelan, 2011, *Fungsi Pancasila sebagai Paradigma Hukum dalam Penegakkan Konstitusionalitas Indonesia*, Makalah, Disampaikan pada Sarasehan Nasional Implementasi Nilai-nilai Pancasila dalam Menegakkan Konstitusionalitas Indonesia, Yogyakarta, 2-3 Mei 2011.
- Oesman, Oetoyo dan alifan (Penyunting), 1991, *Pancasila sebagai suatu Ideologi*, Jakarta, Penerbit BP-7 Pusat.
- Ranuwijaya, Usep, 1983, *Hukum Tata Negara Dasar-dasarnya*, Jakarta, Ghalia Indonesia.
- Thaib, Dahlan, dkk, 2008, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Jakarta, Raja Grafindo Persada.

Tim Penyusun Kamus Besar Bahasa Indonesia, 1990, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta, Balai Pustaka.

Tim Kajian Amandemen FH Unibraw, 2000, *Amandemen UUD 1945: Antara Teks dan Konteks dalam Negara yang Sedang Berubah*, Jakarta, Sinar Grafika.

Thontowi, Jawahir, 2010, Meneguhkan Rumah Hukum Pancasila: Kajian Yuridis Sosiologis Nilai-nilai Pancasila ke dalam Pembentukan Undang-Undang Pasca Amandemen UUD 1945, Makalah, Disampaikan pada Kongres Pancasila II yang diselenggarakan di Denpasar, 2010.

Jurnal Legislasi Indonesia Vol. 8 No.4 Desember 2011.

Jurnal Konsitusi, Volume 7 No.1, Februari 2010.

## **Menggugat Diskriminasi Atas Nama Agama: Konsep Keadilan dalam Islam, Perlindungan Terhadap Kaum Minoritas, dan Negara Hukum Pancasila**

**Endra Wijaya dan Ziatun Abdulah**

“Jika urusan dunia ini diperintah dengan keadilan, maka masyarakat akan menjadi sehat, biarpun terdapat keburukan moral pribadi para penguasa ... Dan jika urusan dunia ini diperintah dengan kezaliman, maka masyarakat akan runtuh tanpa peduli kesalahan individu para penguasa yang tentunya akan diberi pahala di akhirat kelak” (Ibn Taimiyah).

### **A. Pendahuluan**

Indonesia, di satu sisi, selama ini dikenal sebagai negara yang penduduknya mayoritas memeluk agama terbesar di dunia (Islam) yang konon sukses pula dalam mengembangkan demokrasi. Namun di sisi lain, ternyata masih pula ditemukan sejumlah perlakuan diskriminatif terhadap kaum minoritas. Minoritas yang dimaksud bukan hanya terhadap penganut agama lain (yang berbeda agama), bahkan juga terhadap mazhab dalam Islamnya itu sendiri.

Masalah perlakuan diskriminatif seperti disebutkan di atas salah satu contohnya dapat dilihat pada aksi kekerasan yang menimpa kelompok masyarakat di Sampang, Madura, yang beraliran (bermazhab) Syiah.

Selain itu, contoh lain dari perilaku diskriminatif yang “mengatasnamakan” agama di Indonesia dapat dilihat pula pada kasus pelarangan ibadah bagi jemaat GKI Yasmin, Bogor, serta ceramah bernuansa suku, agama, ras, dan aliran (SARA) yang diarahkan kepada salah satu calon pasangan pada pemilihan Gubernur Daerah Khusus Ibu Kota Jakarta yang lalu.

Kaum minoritas, dalam hal apapun, baik itu minoritas karena dasar mazhab, agama, ataupun suku, belum sepenuhnya mendapatkan (terlindungi) hak-hak asasinya. Terkait kelompok minoritas karena dasar agama, aliran, ataupun mazhab, maka hak asasi mereka yang sering dilanggar ialah terutama menyangkut hak kebebasan beragama atau berkeyakinan serta untuk melakukan ibadah sesuai dengan agamanya atau keyakinannya itu.

Perlakuan diskriminatif, yang termasuk sebagai salah satu bentuk pelanggaran hak asasi manusia (HAM), yang dialami kelompok minoritas ternyata bukan hanya dilakukan oleh kelompok mayoritas dalam masyarakat, tetapi juga dapat dilakukan oleh pihak penguasa (aparatur negara). Mengenai keterlibatan aktor negara ini, sebagai contoh, dapat dilihat pada terbitnya:

1. Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri Nomor 9 Tahun 2006 dan Nomor 8 Tahun 2006 tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Bergama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Bergama, dan Pendirian Rumah Ibadat.<sup>34</sup>
2. Keputusan Fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) Provinsi Jawa Timur Nomor Kep-01/SKF-MUI/JTM/I/2012 tentang Kesesatan Ajaran Syi'ah.

Memang secara historis, bangsa Indonesia telah “dilatih” untuk hidup dalam diskriminasi oleh Pemerintah Kolonial Belanda, misalnya dengan melalui kebijakan penggolongan hukum bagi warga negara yang terdiri dari golongan Eropa, Timur Asing, dan pribumi. Namun untungnya, setelah Indonesia merdeka, para pendiri negara ini bertekad untuk menghilangkan diskriminasi tersebut, sehingga kemudian di dalam Undang-Undang Dasar 1945 ditetapkanlah beberapa pasal yang memberikan jaminan perlindungan HAM yang bertujuan menghilangkan praktik diskriminasi. Pasal 27 ayat (1), misalnya, telah secara tegas menjamin bahwa: “Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.”

Namun demikian, ironisnya, walaupun sudah ada jaminan perlindungan HAM dan tekad untuk menghilangkan diskriminasi sebagaimana yang terdapat dalam konstitusi, praktik diskriminasi ini terus saja masih terjadi. Apabila hal tersebut dihubungkan dengan fakta bahwa hingga saat ini mayoritas masyarakat Indonesia ialah pemeluk agama Islam, maka tentunya kondisi ini sangat menyedihkan. Ditambah lagi kenyataan bahwa mereka semuanya hidup di dalam Negara Indonesia yang dasar negaranya Pancasila. Inikah “wajah” para pemeluk agama Islam di Indonesia sesungguhnya? Apakah Islam (di Indonesia) “merestui” perlakuan diskriminatif?

## **B. Minoritas dan Masalah Diskriminasi**

Helen O’Nions memberikan beberapa kriteria bagi apa yang disebut sebagai minoritas. Menurut O’Nions, ciri-ciri atau kriteria umum dari minoritas ialah (O’Nions, 2007: 180):

1. Merupakan kelompok nondominan yang berbeda;
2. Berasal dari atau memiliki hubungan yang erat dengan wilayah tertentu yang menjadi daerah asal (tanah air) kelompok yang bersangkutan;
3. Secara kuantitas jumlah anggota kelompoknya relatif sedikit;
4. Merupakan kelompok-kelompok yang dikecualikan, seperti pengungsi (*refugee*), orang asing, dan buruh migran yang ada di suatu negara;
5. Memiliki loyalitas terhadap sesuatu;
6. Adanya ikatan kesatuan yang kuat di antara anggota kelompok yang bersangkutan.

Namun, harus diakui juga bahwa kriteria mengenai apa yang dapat disebut sebagai minoritas tersebut masih sangat longgar dan mengandung kelemahan. Sebagai salah satu contohnya, menurut O’Nions, dapat dilihat pada unsur memiliki loyalitas terhadap sesuatu (O’Nions, 2007: 183-184). Ialah tidak mungkin bahwa di dalam suatu kelompok itu semua anggotanya loyal sepenuhnya. Pada kenyataannya, dalam setiap kelompok, baik itu mayoritas maupun minoritas akan selalu ada pihak yang tidak loyal, dan apabila pihak yang tidak loyal ini ada di dalam kelompok minoritas, lantas bagaimanakah status minoritas dari kelompok tersebut? Inilah salah satu contoh kesulitannya apabila menggunakan ukuran loyalitas terhadap sesuatu sebagai salah satu kriteria bagi kelompok minoritas.

Jennifer Jakson Preece merumuskan definisi kelompok minoritas sebagai kelompok yang tidak memiliki karakteristik peradaban menurut ukuran tertentu, serta tidak memiliki

hak-hak penuh dalam masyarakat politis karena identitas agama, ras, bahasa, dan etnisnya berbeda dengan identitas publik (Susanto, 2009: 102).

Lebih lanjut menurut Preece, minoritas agama terjadi ketika ada intervensi terhadap keyakinan beragama seseorang, minoritas ras terjadi ketika tidak ada kesempatan yang sama untuk mendapatkan hak-hak hidup pada ras yang berbeda, minoritas bahasa menjelaskan ketersingkirannya bahasa-bahasa etnis karena ditentukannya bahasa resmi pada suatu negara yang penggunaannya tidak seimbang dalam kehidupan sehari-hari, dan minoritas etnis dialami ketika masyarakat internasional dan kewarganegaraan negara-bangsa cenderung menganggap etnis sebagai wilayah privat, sehingga keberadaannya sering dikalahkan dalam pengakuan dan kebijakan publik terutama pada negara-negara yang lebih mementingkan kohesi sosial (Susanto, 2009: 102).

Yang perlu juga dipahami ialah bahwa konsep minoritas dapat pula terkait dengan praktik memarjinalkan kelompok tertentu sehingga mereka ini tidak memiliki lagi "posisi tawar" (lemah) dalam masyarakat.

Oleh karena itu, maka definisi minoritas ada kalanya juga dirumuskan dengan menghubungkannya dengan tindakan atau perlakuan diskriminatif yang dialami oleh kelompok tertentu. Berkaitan dengan hal itu, kelompok minoritas (*minority group*) dapat pula didefinisikan sebagai kelompok yang diakui berdasarkan perbedaan ras, agama atau suku bangsa, yang mengalami kerugian sebagai akibat prasangka (*prejudice*) atau diskriminasi. Diskriminasi tersebut mengandung makna adanya perlakuan yang tidak seimbang terhadap sekelompok orang, yang pada hakikatnya sama dengan kelompok pelaku diskriminasi (Theodorson dan Theodorson, 1979: 258-259).

Menurut Preece, pada praktiknya, perbedaan agama, ras, bahasa, dan etnis bisa menyebabkan adanya diskriminasi, penganiayaan dalam tingkatan verbal maupun tindakan yang dilakukan secara sadar maupun tidak sadar oleh masyarakat mayoritas atau bahkan melalui kebijakan di suatu negara. Demi menjaga stabilitas politik, suatu negara dapat melakukan pemaksaan pada kelompok minoritas, yang selain dengan cara-cara tadi, dapat pula melalui asimilasi dan pemisahan (Susanto, 2009: 102).

Asimilasi merupakan upaya menyerap minoritas dalam masyarakat yang lebih besar, yang bisa jadi merupakan hasil dari tekanan sosial terhadap kelompok minoritas untuk menyesuaikan diri. Sedangkan pemisahan ditempuh dengan cara menjauhkan mereka dari masyarakat kebanyakan (Susanto, 2009: 102).

Secara konsep dan praktik, pemisahan dapat dibedakan menjadi 3 (tiga) bentuk, yaitu (Budiman, 2009: 15):

1. Pemisahan yang didasari asumsi bahwa perbedaan-perbedaan antarkelompok sama sekali tidak bisa dicarikan jalan keluar selain dengan secara kaku melakukan segregasi antarkelompok. Contohnya ialah pada politik segregasi yang pernah dilakukan Pemerintah Kolonial Belanda terhadap warga Hindia Belanda.
2. Pemisahan dalam bentuk tuntutan-tuntutan bagi otonomi politik, ekonomi, dan sosial yang berujung pada tuntutan pendirian sebuah negara yang berdiri sendiri, seperti yang pernah dilakukan oleh Gerakan Aceh Merdeka beberapa tahun yang lalu.
3. Pemisahan yang tidak selalu harus berarti negatif, yaitu yang tampil dalam bentuk pendirian lembaga-lembaga atau praktik-praktik yang secara khusus ditujukan untuk membantu kelompok sosial tertentu.

Bentuk pemisahan yang pertama dan ke dua akan cenderung mengarah kepada praktik diskriminasi negatif, sedangkan yang ke tiga akan mengarah kepada praktik diskriminasi positif.

McKean mendefinisikan diskriminasi sebagai setiap tindakan atau sikap yang menyangkal (tidak mau mengakui) adanya perlakuan yang sama bagi setiap individu, karena alasan individu tersebut merupakan bagian dari kelompok tertentu di masyarakat (O'Nions, 2007: 69).

Sedangkan menurut Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Pasal 1 angka 3, diskriminasi adalah setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tak langsung didasarkan pada pembedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya, dan aspek kehidupan lainnya.

Dalam perkembangannya, seperti halnya yang terjadi dalam bidang hukum internasional, tidak semua bentuk diskriminasi menjadi sesuatu yang dilarang. Diskriminasi dalam pengertian perbedaan penanganan terhadap kelompok-kelompok tertentu dalam masyarakat, yaitu yang berbeda karena keadaan jenis kelamin mereka, ras, agama, dan bahasa, tetap diperlukan selama untuk kepentingan menjamin dan melindungi hak-hak mereka yang rentan untuk dilanggar oleh pihak lain (O'Nions, 2007: 69). Kini, perlindungan yang diberikan tersebut tidak lagi hanya berdasarkan jenis kelamin mereka, ras, agama, dan bahasa, tetapi juga telah diperluas hingga meliputi berdasarkan pendapat atau pandangan politik, asal kebangsaan atau asal-muasal sosial, hak milik, kelahiran, dan status lainnya (O'Nions, 2007: 69).

Konsep perlindungan seperti itulah yang dimaksud sebagai diskriminasi positif, dan hal ini telah dimuat, antara lain, di dalam berbagai kovenan internasional, *The Universal Declaration of Human Rights*, dan juga *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* (O'Nions, 2007: 69). Konsep seperti ini tentunya juga dapat dimanfaatkan sebagai solusi dalam menangani permasalahan diskriminasi yang dihadapi oleh kelompok minoritas.

### **C. Keadilan dan Perlindungan Minoritas dalam Islam**

Menurut *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, "keadilan" merupakan kata sifat yang artinya perbuatan yang adil. "Adil" artinya tidak berat sebelah, tidak memihak (Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1990: 6-7). Menurut *Ensiklopedi Hukum Islam*, kata "adil" secara terminologi berarti mempersamakan sesuatu dengan yang lain, baik dari segi nilai maupun dari segi ukuran, sehingga sesuatu itu menjadi tidak berat sebelah dan tidak berbeda satu sama lain (Tim Redaksi IBVH, 2000: 25).

Secara etimologis, Islam mempunyai akar kata yang menyimpan makna perdamaian, keselamatan, kemaslahatan, dan keadilan. Secara kebahasaan, Islam sebenarnya mempunyai perhatian mendasar terhadap perdamaian, keadilan dan kemaslahatan. Oleh karena itu, banyak sekali ayat yang mendukung terjadinya perdamaian dan keadilan, serta memberi kebebasan manusia untuk memilih jalannya, sehingga Allah berfirman melalui Al-Qur'an



Surat Al-Baqarah: 256 yang berbunyi: “Tidak ada paksaan untuk (memasuki) agama (Islam), sesungguhnya telah jelas jalan yang benar daripada jalan yang salah. Karena itu barang siapa yang inkar kepada *Thaghut* dan beriman kepada Allah, maka sesungguhnya ia telah berpegang teguh kepada tali yang sangat kuat yang tidak akan putus. Dan Allah Maha Mendengar lagi Maha Mengetahui.”

Dari ayat tersebut jelas terlihat bahwa Islam diposisikan sebagai agama *rahmatan lillalamin*, rahmat bagi sekalian alam (agama yang mengayomi seluruh alam). Melalui ayat tersebut pesan yang diusung ialah kebebasan dalam melakukan pilihan berkeyakinan, karena Allah telah memberikan piranti berfikir akan kebenaran, yaitu akal manusia. Dan juga dalam Al-Qur’an Surat An-Nahl: 125, Allah berfirman: “Serulah manusia kepada jalan Tuhanmu dengan hikmah dan pelajaran yang baik. Dan bantahlah mereka dengan cara yang baik. Sesungguhnya Tuhanmu Dialah yang lebih mengetahui siapa yang tersesat dari jalan-Nya dan Dialah yang lebih mengetahui orang-orang yang mendapat petunjuk.”

Ayat serupa juga ditemui dalam Al-Qur’an Surat An-Najm: 30 yang berbunyi: “... Sesungguhnya Tuhanmu Dialah yang paling mengetahui siapa yang tersesat dari jalan-Nya dan Dia pulalah yang paling mengetahui siapa yang mendapat petunjuk.”

Bahkan dalam Al-Qur’an Surat Al-Kahf: 29 Allah berfirman: “Dan katakanlah: kebenaran itu datangnya dari Tuhanmu, maka barang siapa yang ingin beriman hendaklah ia beriman dan barang siapa yang ingin kafir biarlah ia kafir ...”

Akibat logis dari kebebasan memilih tersebut ialah timbulnya pluralitas di dalam segala bidang (dimensi) berkehidupan, termasuk memilih keyakinan. Pluralitas dalam berbagai dimensi ini sejatinya kehendak Tuhan (*sunnatullah*) karena dengannya manusia bisa saling melengkapi, oleh sebab itu, perbedaan yang ada patut dijaga dalam keadilan dan keseimbangan selama tidak menimbulkan kezaliman pada manusia lain.

Untuk bisa memahami pesan-pesan Tuhan harus pula dilandasi dengan moral yang baik. Ketika Rasul masih berada di Makkah<sup>35</sup> turunlah Al-Qur’an Surat An-Nahl: 90 yang berbunyi: “Sesungguhnya Allah menyuruh kamu berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran.”

Ayat tersebut menanamkan nilai kemanusiaan dan keadilan yang universal. Universalisme keadilan dalam Islam tidak mengenal batas-batas (*boundaries*) nasionalisme, kesukuan, etnis, bahasa, warna kulit, status sosial ekonomi, dan bahkan batasan agama. Terhadap ayat itu Sayyidina Ali berkomentar: “Ikutilah perintah itu niscaya kamu akan beruntung. Demi Allah, sesungguhnya Allah mengutus Rasul-Nya untuk mengajarkan budi pekerti yang mulia.” Tidak sampai di situ, Abu Thalib, paman Rasulullah, ayah dari Ali ra., yang tidak pernah menyatakan iman secara terbuka mengatakan: “Ikutilah anak saudaraku itu, demi Allah, sesungguhnya dia tidak akan menyuruhmu kecuali terhadap akhlak yang baik.”

Dari ayat tersebut dapat dikatakan bahwa ada signifikansi moral dalam Al-Qur’an yang penekanannya adalah pada konsep keadilan. Terhadap perintah berkeadilan, Allah telah banyak menurunkan ayat-Nya, antara lain, dalam Al-Qur’an Surat An-Nisa: 135 yang berbunyi: “Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang-orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu. Jika ia (yang terdakwa) kaya atau miskin maka Allah lebih tahu

kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutarbalikan kata-kata atau enggan menjadi saksi maka sesungguhnya Allah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.”

Berdasarkan adanya ayat tersebut, Abou El Fadl Khaled berpendapat bahwa Al-Qur'an ialah sebuah kitab suci yang memberontak, dalam arti memberontak dari otoritarianisme, kekuasaan yang tidak adil, dan membela mereka yang lemah (Khaled, 2004).

Keadilan, menurut Quraisy Syihab, adalah menempatkan sesuatu pada tempatnya (Shihab, 2008: 238). Sedangkan menurut Miskawaihi, sebagaimana dikutip oleh Ahmad Azhar Basyir, keadilan adalah keutamaan jiwa yang terjadi dari kumpulan hikmah (*wisdom*), *iffah* (kesucian) dan *syajaah* (keberanian) (Basyir, 1993: 102).

Masih dalam kaitannya dengan Al-Qur'an Surat An-Nahl: 90, Ibn 'Araby mengartikan keadilan sebagai sikap mengambil posisi di tengah antara 2 (dua) kutub yang ekstrim baik dalam hubungan dengan Allah, hubungan dengan manusia lain maupun dengan diri sendiri (Abd Karim, 1960: 23-25).

Konsep keadilan dalam Al-Qur'an bukan hanya norma hukum melainkan menempatkannya pula sebagai bagian integral dari takwa. Demikian juga halnya takwa di dalam Islam bukan hanya sebuah konsep ritual, namun secara integral terkait pula dengan keadilan sosial dan ekonomi (Engineer, 1999: 58).

Istilah keadilan sosial dalam Islam telah digunakan oleh Sayyid Qutb dalam bukunya *Al'adalah al-Ijtima'iyah (Keadilan Sosial dalam Islam)*. Dalam buku itu, Qutb menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan keadilan adalah persamaan kemanusiaan (Qutb, 1984: 37). Keadilan sosial merupakan keadilan kemanusiaan yang tidak berhenti pada masalah materi dan ekonomi tetapi mencakup hal-hal yang imateriel (Qutb, 1984: 41).<sup>36</sup> Ada 3 (tiga) asas dasar dalam menegakkan keadilan, yaitu: kebebasan jiwa yang mutlak, persamaan kemanusiaan yang sempurna, dan jaminan sosial yang kuat.

*Kebebasan jiwa yang mutlak* dimaksud adalah keadilan sosial tidak mungkin dicapai hanya dari hal-hal yang bersifat materiel tetapi justru dimulai dari persoalan-persoalan jiwa. Jadi ada keseimbangan antara hal-hal yang materiel dan imateriel, memadukan tuntutan jasmani dan dorongan jiwa dalam suatu aturan. *Persamaan kemanusiaan* memberi jaminan bahwa manusia adalah sederajat walaupun berbeda suku, bangsa, maupun jenis kelamin (laki-laki dan perempuan). *Persamaan kemanusiaan* tersebut ada di segala bidang termasuk dalam kepemilikan harta. Sedangkan *jaminan sosial* dimaksudkan agar kebebasan manusia ada batasnya sehingga tidak mengganggu manusia lain. Prinsip jaminan dalam Islam banyak bentuknya, mulai dari jaminan individu atas dirinya sendiri sampai kepada jaminan dari satu lapisan masyarakat kepada lapisan masyarakat lain secara timbal balik.

Berdasarkan penjelasan dari Qutb tersebut, dapat terlihat betapa sebenarnya Islam benar-benar menginginkan adanya persamaan kedudukan setiap manusia (tegaknya prinsip egaliter), dan prinsip egaliter ini merupakan pilar dalam proses penegakan keadilan.<sup>37</sup> Singkatnya, ada keterkaitan yang sangat erat antara prinsip egaliter dan prinsip keadilan dalam Islam. Sejalan dengan hal itu, Asghar Ali Engineer menjelaskan bahwa: "... komitmen kepada tatanan sosial yang adil, nir eksploitasi dan egaliter adalah semangat Islam yang sejati" (Engineer, 1999: 234).

Selanjutnya Engineer berpendapat bahwa Islam menekankan 4 (empat) sifat untuk bisa mencapai keadilan, yaitu: kesatuan (*unity* atau tauhid), keseimbangan atau kesejajaran (*equilibrium* atau *al-adl wal ihsan*), kebebasan (*free will* atau *ikhtiar*) dan tanggung jawab (*responsibility* atau *fardh*). Ini secara tidak langsung tentunya juga mengisyaratkan bahwa Islam melarang adanya praktik diskriminasi yang menempatkan kelompok tertentu dalam posisi subordinat (minoritas) ketika ia berhadapan dengan kelompok yang lain (mayoritas).

#### **D. Keadilan dan Perlindungan Minoritas dalam Negara Hukum Pancasila**

Untuk memahami konsep keadilan di dalam tubuh Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI), maka yang menjadi landasannya haruslah (harus diawali dengan) pemahaman terhadap konsep keadilan yang terkandung dalam sila-sila pada Pancasila sebagai falsafah negara Indonesia.

Secara eksplisit, kata “adil” dan “keadilan” muncul di 2 (dua) sila dari Pancasila, yaitu sila ke dua yang berbunyi “Kemanusiaan yang adil dan beradab”, dan sila ke lima yang berbunyi “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.”

Walaupun kata “adil” dan “keadilan” hanya muncul pada kedua sila tersebut, namun yang harus tetap dipahami ialah bahwa kelima sila yang terdapat di dalam Pancasila merupakan satu-kesatuan sistem yang tidak bisa dipisah-pisahkan satu dengan yang lainnya (“interrelasi antarkonsep antarsila”).<sup>38</sup> Salah satu penjelasan mengenai saling keterkaitan antarsila itu dapat dilihat pada ajaran Notonagoro, pakar filsafat Pancasila, mengenai susunan sila-sila Pancasila yang bersifat hierarkis piramidal (Besar, 2005: 83). Oleh karena itu, maka konsep keadilan yang bisa “dipetik” dari sila ke dua dan sila ke lima tetap harus dipahami dalam kaitannya dengan sila-sila yang lain dari Pancasila.

Rumusan sila ke dua dari Pancasila tersusun dari subjek, yaitu “kemanusiaan,” dan predikat, yaitu “adil” dan “beradab.” Ungkapan “Kemanusiaan yang adil dan beradab” pada sila ke dua menunjuk pada karakteristik ideal dari manusia sebagai subjek, yang karakteristik ideal dan alaminya bersifat adil dan beradab (Besar, 2005: 26).

Dalam alam semesta, manusia itu secara alami tidak mandiri berdiri sendiri. Dia sewajarnya dalam keadaan kebersamaan dengan manusia lain beserta segenap fenomena yang ada dalam lingkungannya. Keadaan kebersamaan ini tidak lain ialah rakitan integral antarfenomena yang berelasi ekuivalensi (Besar, 2005: 27). Paham ini mengisyaratkan bahwa antarmanusia itu terjalin relasi saling tergantung, dan keniscayaan bentuknya ialah saling memberi. Oleh karena itu, menurut Besar, tugas hidup manusia pada hakikatnya ialah *a priori* memberi kepada lingkungan sekitar (Besar, 2005: 28-29).

Lebih lanjut, Besar menjelaskan, bahwa makna ungkapan “yang adil” dalam kaitannya dengan “yang beradab” ialah bahwa hanya manusia (sebagai subjek) yang melaksanakan kewajiban memberi kepada lingkungannya saja yang sewajarnya mendapatkan hak. Sebaliknya, manusia yang tidak melaksanakan kewajiban memberi kepada lingkungan, maka dia menghapus dirinya sebagai subjek, juga sekaligus menghapus kualitasnya sebagai penerima hak (Besar, 2005: 29).

Sedangkan makna ungkapan “yang beradab” dalam kaitannya dengan “yang adil” ialah bahwa keadilan itu intersubjektif, yaitu subjeknya jamak, sebagai manifestasi dari hakikat manusia sebagai makhluk sosial (Besar, 2005: 29).

Selanjutnya, menurut Abdulkadir Besar, konsep universal yang terkandung di dalam sila “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia” ialah: keadilan itu produk dari interaksi antarsubjek, bukan barang jadi (*ready-made thing*) yang terkualifikasi sebagai hak bawaan dari tiap individu manusia sejak dia dilahirkan. Konsep yang mendasari keadilan ialah keseimbangan antara kewajiban dan hak. Dan karena antarmanusia itu terjalin relasi saling tergantung, maka subjek dari keseimbangan antara kewajiban dan hak ialah jamak (Besar, 2005: 40).

Manusia mengemban kewajiban alami memberi kepada lingkungan sekitarnya. Hasil pelaksanaan kewajiban memberi manusia yang satu (subjek) kepada manusia yang lain (sebagai objek), dipersepsi (dirasakan atau dihayati) oleh objek itu sebagai haknya. Oleh karena itulah, dapat disimpulkan bahwa hakikat dari hak ialah relasi, dan hak ialah derivat dari kewajiban (Besar, 2005: 40-41).

Proses saling menunaikan kewajiban antarmanusia sebagaimana dijelaskan di atas berlangsung secara berantai, dari manusia yang satu kepada manusia yang lainnya, bahkan dari manusia kepada lingkungannya. Dengan demikian, dalam interaksi tersebut terwujudlah keseimbangan antara kewajiban dan hak antara segenap pasangan subjek (yang memberi) dan objek (yang diberi), sehingga secara keseluruhan membentuk totalitas keseimbangan. Lebih lanjut, keseimbangan inilah yang akan mewujudkan keadilan (Besar, 2005: 41-42).

Berarti, dalam setiap interaksi antara manusia dan lingkungannya terwujudlah keadilan, dan melalui relasi satu-banyak terwujudlah keadilan sebagai suatu totalitas, yang identik dengan keadilan sosial (Besar, 2005: 42).

Simpulannya, menurut Abdulkadir Besar, ciri khas paham keadilan menurut Pancasila ialah (Besar, 2005: 42):

1. Subjeknya jamak yang berinteraksi secara berpasangan;
2. Bahan baku dari keadilan ialah hasil tunaian kewajiban memberi dari para subjek;
3. Keadilannya bersifat fungsional;
4. Dengan terjadinya transformasi kewajiban menjadi hak antarpasangan-subjek yang jamak, melalui relasi satu-banyak, keadilan sosial terwujud.

Berdasarkan penjelasan mengenai konsep keadilan Pancasila tersebut di atas, apabila kemudian hal itu dihubungkan dengan upaya perlindungan HAM kaum minoritas, maka akan diperoleh pemahaman bahwa keadilan dalam Pancasila jelas mengisyaratkan adanya perlindungan bagi kelompok minoritas oleh kelompok mayoritas. Antara subjek yang saling terjalin dalam relasi ekuivalensi, mereka berada di dalam “relasi samaan” sekaligus “relasi tak samaan.” Menurut Besar, relasi samaan ialah terkait dengan kesamaan tujuan yang hendak dicapai oleh unsur-unsur yang saling berinteraksi, dan relasi tak samaan ialah terkait dengan keadaan tertentu yang berbeda yang mengakibatkan antarunsur tadi saling bergantung (Besar, 2005: 21 dan 123). Dalam konteks keadaan masyarakat Indonesia yang di dalamnya terdapat kelompok minoritas dan mayoritas, maka ini mengisyaratkan perlunya kedua belah pihak untuk saling bekerja sama, saling melengkapi, untuk kemudian secara bersama-sama berupaya mewujudkan kesejahteraan.<sup>39</sup>

Bahkan dari perspektif historis, apabila kembali melihat pada perdebatan dalam proses perumusan dasar falsafah Negara Indonesia pada tahun 1945 dan 1957, maka konsep keadilan yang ingin dimiliki oleh bangsa Indonesia di dalam falsafah negaranya juga jelas berupaya agar dapat memberikan perlindungan kepada kaum minoritas.

Pokok pembicaraan mengenai dasar negara awalnya bermula dari proses perumusan konstitusi dalam Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), yang berlangsung dari tanggal 29 Mei sampai dengan 1 Juni 1945 (Nasution, 2009: 57). Perdebatan mengenai dasar negara terjadi sengit di antara 2 (dua) kubu, yaitu kelompok yang menginginkan dasar negara Islam (menganjurkan bentuk negara Islam) dan kelompok yang menginginkan negara yang bebas dari campur tangan agama (Nasution, 2009: 59).

Dalam perdebatan di BPUPKI, salah satu pidato yang menarik ialah pidato yang disampaikan oleh Soekarno. Pidatonya ini berhubungan erat dengan dasar negara yang seperti apa yang sebaiknya dirumuskan dan dimiliki oleh Indonesia. Selain itu, pidatonya ini juga mencerminkan upaya untuk mengakhiri kontroversi antara penganjur negara Islam dan penganjur negara sekuler yang dapat membahayakan kesatuan nasional, serta sekaligus dapat memberikan jaminan perlindungan bagi kelompok minoritas terkait dengan latar belakang agama dan keyakinan mereka. Soekarno menjelaskan bahwa: "Prinsip Ketuhanan! Bukan saja bangsa Indonesia ber-Tuhan, tetapi masing-masing orang Indonesia hendaknya ber-Tuhan. Tuhannya sendiri ... Hendaknya Negara Indonesia ialah negara yang tiap-tiap orangnya dapat menyembah Tuhannya dengan leluasa. Segenap rakyat hendaknya ber-Tuhan secara kebudayaan, yakni dengan tiada 'egoisme-agama' ... Marilah kita amalkan, jalankan agama, baik Islam, maupun Kristen, dengan cara yang berkeadaban ... Hormat-menghormati satu sama lain" (Nasution, 2009: 61).

Rangkaian pidato dari Soekarno tadi kemudian dikenal sebagai "Lahirnya Pancasila," yang di dalamnya juga memuat penjelasan mengenai 5 (lima) sila yang saling berkaitan, yaitu (Nasution, 2009: 61):

1. Nasionalisme Indonesia;
2. Internasionalisme atau perikemanusiaan;
3. Mufakat atau demokrasi;
4. Keadilan sosial;
5. Ketuhanan.

Setelah melalui beberapa perdebatan lagi, akhirnya pada tanggal 18 Agustus 1945, Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) mensahkan Pancasila sebagai dasar negara, dengan sebelumnya diadakan perubahan pada sila pertamanya. Kata-kata "dengan kewajiban menjalankan Syari'at Islam bagi pemeluk-pemeluknya" dicoret dari sila pertama (Mahfud MD., 2010: 241). Alasan pencoretan itu, menurut Hatta, ialah karena adanya desakan dari orang yang berasal dari bagian timur Indonesia yang menilai ketujuh kata tersebut bersifat diskriminatif, dan apabila tidak dicoret, maka ia mengatakan bahwa pihaknya lebih baik tidak ikut merdeka bersama Indonesia (Mahfud MD., 2010: 241).

Hatta lalu menyampaikan peristiwa tersebut kepada beberapa tokoh Islam, dan menurutnya, prakarsa untuk mencoret ketujuh kata yang dipermasalahkan oleh orang dari bagian timur Indonesia tadi kemudian disetujui oleh 4 (empat) orang tokoh wakil Islam dalam PPKI, yaitu: Ki Bagus Hadikusumo, Wahid Hasyim, Tengku M. Hasan, dan Kasman Singodimejo (Mahfud MD., 2010: 240).

Selanjutnya, perdebatan mengenai dasar falsafah bagi Negara Indonesia juga terjadi di dalam Konstituante yang berlangsung dalam 2 (dua) babak dari tanggal 11 November hingga 7 Desember 1957. Terdapat 3 (tiga) posisi ideologis yang diajukan untuk dijadikan dasar negara, yaitu: Pancasila, Islam, dan paham yang dianut oleh blok sosial ekonomi, yaitu struktur sosio-ekonomi yang berdasarkan asas kekeluargaan seperti yang ditetapkan dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945, yang pelaksanaannya harus dijamin oleh struktur politik yang dirumuskan dalam Pasal 1 Undang-Undang Dasar 1945 tersebut (Nasution, 2009: 49).

Perdebatan dibuka dengan laporan yang disusun oleh Panitia Persiapan yang berisi pernyataan singkat mengenai posisi blok sosial ekonomi, yang sesuai dengan Pasal 33 dan Pasal 1 Undang-Undang Dasar 1945, diikuti dengan sejumlah pernyataan yang mendukung Islam dan Pancasila sebagai dasar falsafah yang pantas untuk mendirikan negara (Nasution, 2009: 49).

Di satu pihak, argumen utama yang diajukan untuk mendukung Islam didasarkan pada kedaulatan hukum Ilahi. Namun, golongan ini juga mengajukan demokrasi berdasarkan permusyawaratan antara wakil-wakil rakyat yang dipilih, yaitu bentuk demokrasi yang akan menegakkan kebenaran dan keadilan. Sedangkan di pihak lain, argumen penting yang diajukan pendukung Pancasila ialah bahwa Pancasila akan menjadi forum bagi semua golongan dan aliran yang berbeda-beda dalam masyarakat Indonesia, sehingga tidak satupun golongan atau aliran yang akan dirugikan dalam usaha menerapkan ideologinya masing-masing. Pancasila juga dinilai sebagai ideologi yang baik untuk menggalang persatuan negara (Nasution, 2009: 50).

Laporan Panitia Persiapan Konstitusi kemudian menghasilkan 5 (lima) butir permufakatan mengenai dasar negara. Di dalamnya disebutkan bahwa (Nasution, 2009: 50): "Semua pembicara pada pokoknya mempunyai pendapat yang sama agar dasar negara seharusnya:

1. Sesuai dengan kepribadian bangsa Indonesia.
2. Dijiwai semangat revolusi 17 Agustus tahun 1945.
3. Musyawarah hendaknya menjadi dasar dalam segala peundingan dan penyelesaian mengenai segala persoalan kenegaraan.
4. Terjamin adanya kebebasan beragama dan beribadat.
5. Berisikan jaminan sendi-sendi perikemanusiaan, kebangsaan yang luas dan keadilan sosial."

Bahkan, ada beberapa golongan manusia yang mempunyai hak-hak asasi yang dibahas secara khusus dalam perdebatan mengenai beberapa pertanyaan sekitar bentuk hukum HAM pada Konstituante tersebut, yaitu: golongan buruh, perempuan, anak-anak, kaum minoritas, dan lawan-lawan politik (Nasution, 2009: 219).

Salah satu yang juga menarik dalam proses perdebatan mengenai dasar negara pada tahun 1957 di Konstituante ialah adanya kesediaan dari para pemimpin Islam untuk akhirnya menerima Pancasila sesuai dengan usul dari Hatta (Nasution, 2009: 55). Ini menunjukkan adanya paham kearifan yang menjadi pegangan para pemimpin Islam dalam usaha memperjuangkan cita-cita mereka, seperti dikatakan oleh Wahid Hasyim pada tahun 1945 (sebelumnya), bahwa: "Sejarah masa lampau kita menunjukkan bahwa kita belumlah mencapai kesatuan. Demi kepentingan kesatuan ini, yang sangat kita butuhkan ... dalam pikiran kita pertanyaan yang paling penting bukanlah, 'Di mana akhirnya tempat Islam?' Pertanyaan yang penting seharusnya, 'Dengan cara apa kita dapat menjamin tempat bagi agama kita di dalam Indonesia merdeka?'" (Nasution, 2009: 55).

Para pendiri Negara Indonesia ("*The Founding Fathers*") juga telah mengonsepsikan bahwa Negara Indonesia merupakan negara yang berdasarkan hukum, negara yang demokratis, berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, dan berkeadilan social (*Theo-Demokratische-Sozial-Rechtstaat*) (Fadjar, 2005: 85).

Perumusan yang dipakai oleh para pembentuk Undang-Undang Dasar 1945, ialah: "Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas hukum" dengan rumusan "*Rechtstaat*" di antara 2 (dua) tanda kutip, yang menurut Padmo Wahjono, menunjukkan bahwa pola yang diambil tidak menyimpang dari konsep negara hukum pada umumnya (*genusbegrip*), tetapi tetap disesuaikan dengan kondisi bangsa Indonesia (Fadjar, 2005: 85).

Dalam suatu simposium tentang "Indonesia-Negara Hukum" di Universitas Indonesia pada tahun 1966 telah dikemukakan bahwa: "Negara Republik Indonesia adalah suatu negara hukum yang berdasarkan Pancasila. Pancasila sebagai dasar negara yang mencerminkan jiwa bangsa Indonesia harus menjiwai semua peraturan hukum dan pelaksanaannya. Dalam Negara Indonesia, di mana falsafah Pancasila begitu meresap, hingga negara kita ini dapat dinamakan negara Pancasila, asas kekeluargaan merupakan titik tolak kehidupan kemasyarakatan" (Fadjar, 2005: 86).

Selain itu, dalam seminar di Universitas Gadjah Mada pada tahun 1967 telah disimpulkan pula bahwa: "Negara Republik Indonesia adalah negara berdasar atas hukum yang terjelma dalam tata tertib dan oleh karenanya merupakan suatu negara hukum (Pancasila)" (Fadjar, 2005: 86).

Oleh karena itu, dapat dikatakan, bahwa konsep negara hukum Indonesia menurut Undang-Undang Dasar 1945 ialah "negara hukum Pancasila," yaitu konsep negara hukum di mana di satu pihak harus memenuhi kriteria dari konsep negara hukum pada umumnya (yaitu dengan ditopang oleh 3 (tiga) pilar: pengakuan dan perlindungan HAM, peradilan yang bebas serta tidak memihak, dan asas legalitas dalam arti formal maupun materiel), dan di lain pihak, diwarnai juga oleh aspirasi-aspirasi keindonesiaan, yaitu 5 (lima) nilai fundamental dari Pancasila (Fadjar, 2005: 86).

Secara konsep, menurut Padmo Wahjono, negara hukum Pancasila dapat dirumuskan baik secara materiel maupun yuridis formal. Rumusan secara materiel negara hukum Pancasila didasarkan cara pandang (paradigma) bangsa Indonesia dalam bernegara yang bersifat integralistik khas Indonesia, yaitu asas kekeluargaan yang maknanya ialah bahwa yang diutamakan ialah rakyat banyak, namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai, dan paradigma bangsa Indonesia tentang hukum yang berfungsi penganyaman, yaitu menegakkan demokrasi termasuk mendemokratiskan hukum, menegakkan kehidupan yang berkeadilan sosial, dan berperikemanusiaan (Wahjono, 1991: 39).

Atas dasar paradigma bangsa Indonesia tentang negara dan hukum itu, rumusan secara materiel negara hukum Pancasila menurut Padmo Wahjono ialah sebagai berikut: “keadaan kehidupan berkelompok bangsa Indonesia berdasarkan rahmat Allah Yang Maha Kuasa dan didorongkan oleh keinginan luhur untuk suatu kehidupan kebangsaan yang bebas berdasarkan suatu ketertiban dan kesejahteraan sosial” (Wahjono, 1991: 41).

Sedangkan secara formal yuridis, menurut Padmo Wahjono, dengan memperhatikan ketentuan pasal-pasal dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan dengan membandingkannya dengan konsep negara hukum liberal<sup>40</sup> serta konsep *rule of law*,<sup>41</sup> negara hukum Pancasila mengandung 5 (lima) unsur sebagai berikut (Wahjono, 1991: 41 dan Fadjar, 2005: 88-90):

1. Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum. Artinya, bangsa Indonesia menghendaki satu sistem hukum nasional yang dibangun atas dasar wawasan kebangsaan, wawasan nusantara, dan wawasan *bhinneka tunggal ika*.
2. Majelis Permusyawaratan Rakyat ialah lembaga tinggi negara, yang berwenang mengubah dan menetapkan undang-undang dasar yang melandasi segala peraturan perundang-undangan lainnya, di mana undang-undang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat bersama-sama dengan Presiden. Hal itu menunjukkan prinsip legislatif yang khas Indonesia, yang mencerminkan prinsip kekeluargaan atau kebersamaan.
3. Pemerintahan berdasarkan sistem konstitusi dan bukan absolutisme, yaitu suatu sistem yang pasti dan yang jelas di mana hukum yang hendak ditegakkan oleh negara dan yang membatasi kekuasaan pemerintahan (penguasa) agar pelaksanaannya teratur harus merupakan satu tertib dan satu-kesatuan tujuan.
4. Segala warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan serta wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya. Prinsip itu lebih jelas daripada prinsip *equality before the law* dalam konsep *rule of law*, karena selain menyangkut persamaan dalam hak-hak politik, juga menekankan persamaan dalam kewajiban. Penekanan pada aspek kewajiban ini tentunya merupakan sesuatu yang khas dalam sistem nilai Pancasila, mengingat dalam sistem Pancasila, yang pertama muncul ialah tunaian (pelaksanaan) kewajiban untuk memberi, sedangkan hak merupakan derivat dari kewajiban tersebut (Besar, 2005: 40-41). Sehubungan dengan prinsip persamaan bagi seluruh warga negara dalam bingkai Pancasila ini, maka sangat jelas di dalam Negara Indonesia tidak boleh ada bentuk-bentuk praktik diskriminasi dalam bidang hukum maupun pemerintahan (Fadjar, 2005: 98).
5. Kekuasaan kehakiman ialah kekuasaan yang merdeka, artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah. Prinsip itu dimaksudkan terutama untuk menjamin adanya suatu peradilan yang benar-benar adil dan tidak memihak (*fair tribunal and independent judiciary*).



### E. Titik Temu yang Konstruktif

Berdasarkan penjelasan mengenai konsep keadilan dan perlindungan minoritas dalam Islam dan dalam konteks negara hukum Pancasila, maka dapat terlihat bahwa keduanya memiliki beberapa titik persamaan.

*Pertama*, baik Islam maupun negara hukum Pancasila keduanya jelas sama-sama memiliki landasan filsafat Ketuhanan. Di Islam, ada tauhid sebagai “puncaknya.” Sedangkan pada Pancasila ada sila pertama, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, sebagai “puncaknya,” sebagaimana ajaran dari Notonagoro mengenai susunan sila Pancasila yang bersifat hierarkis piramidal (Besar, 2005: 83).

Dalam Islam, seperti melalui apa yang telah tercantum dalam Al-Qur’an Surat An-Najm: 30 dan Surat Al-Kahf: 29, menimbulkan akibat logis adanya kebebasan memilih sehingga terdapat pluralitas di dalam segala bidang (dimensi) berkehidupan, termasuk memilih keyakinan. Bahkan, pluralitas itu sejatinya merupakan kehendak Tuhan (*sunnatullah*) karena dengannya manusia bisa saling melengkapi. Oleh karena itu, perbedaan yang ada patut dijaga dalam keadilan dan keseimbangan selama tidak menimbulkan kezaliman pada manusia lain.

Secara historis, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, dapat dikatakan bahwa rumusan sila pertama Pancasila tersebut merupakan kompromi dari perdebatan yang terjadi antara kubu penganjur negara Islam dan penganjur negara sekuler. Dari hal itu sebenarnya ada pelajaran yang penting mengenai kearifan dan toleransi yang dapat dipetik dari penerimaan para tokoh Islam, baik dalam proses perdebatan mengenai dasar negara yang terjadi dalam BPUPKI maupun dalam Konstituante.

Dalam konteks masa kini, pelajaran untuk menghargai dan memahami pluralitas, juga pelajaran mengenai kearifan dan toleransi seperti yang telah dicontohkan oleh para tokoh pendiri negara Indonesia tentunya dapat dijadikan masukan (pertimbangan) dalam menghadapi secara wajar fakta adanya perbedaan paham, agama, atau aliran yang dapat menimbulkan adanya kelompok minoritas di masyarakat.

*Ke dua*, Islam dan juga negara hukum Pancasila sama-sama memiliki konsep keadilan yang terkait erat dengan upaya perlindungan HAM, termasuk HAM bagi kelompok minoritas.

Dalam Islam, misalnya sebagaimana yang tercantum dalam Al-Qur’an Surat An-Nahl: 90 dan Surat An-Nisa: 135, telah ditanamkan nilai kemanusiaan dan keadilan yang universal, dalam pengertian tidak mengenal batas-batas nasionalisme, kesukuan, etnis, bahasa, warna kulit, status sosial ekonomi, dan bahkan batasan agama. Dengan adanya ayat tersebut, Al-Qur’an sebenarnya juga dapat dipahami sebagai sebuah kitab suci yang menentang otoritarianisme (kesewenang-wenangan), kekuasaan yang tidak adil, dan membela mereka yang lemah (Khaled, 2004).

Sedangkan dari sisi negara hukum Pancasila, sebagaimana telah dijelaskan, secara formal yuridis, memiliki 5 (lima) unsur yang saling terkait, dan salah satunya ialah unsur adanya jaminan bahwa segala warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan serta wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya. Sehubungan dengan prinsip persamaan bagi seluruh warga negara dalam bingkai Pancasila ini, maka sangat jelas di dalam Negara Indonesia tidak boleh ada bentuk-bentuk praktik diskriminasi dalam bidang hukum maupun pemerintahan (Fadjar, 2005: 98).

Unsur dari negara hukum Pancasila yang menjamin persamaan bagi seluruh warga negara dalam hukum dan pemerintahan seharusnya dapat menjadi pedoman yang dipatuhi seluruh masyarakat dan pihak penyelenggara negara, termasuk dalam hal ini pihak pemerintah, dalam menjalankan wewenang yang ada padanya. Sehingga untuk masa yang akan datang dapat dihindari terulangnya kejadian di mana justru aparat negara terlibat dalam tindakan diskriminasi terhadap kelompok minoritas tertentu.

Bahkan untuk ke depan, untuk mengoptimalkan perwujudan unsur-unsur yang ada di dalam negara hukum Pancasila tersebut, mungkin perlu pula dipikirkan cara bagaimana agar kelompok-kelompok minoritas yang ada dalam masyarakat dapat memiliki lebih banyak saluran (sarana) untuk memperjuangkan kepentingan atau hak asasi mereka yang masih rentan mengalami pelanggaran.

Untuk keperluan hal tersebut di atas, mungkin upaya membangun sarana-sarana perwakilan bagi kelompok minoritas perlu dipikirkan secara serius. Florian Bieber menjelaskan ada beberapa sarana perwakilan yang dapat dimanfaatkan atau dibentuk oleh kelompok-kelompok minoritas, yaitu: perkumpulan-perkumpulan untuk menyuarakan kepentingan kelompok minoritas, institusi-institusi khusus, seperti dewan, yang dibentuk untuk mewakili kepentingan kelompok minoritas, partai politik yang bisa saja bukan partai politik khusus yang dibentuk untuk menyuarakan kepentingan kelompok minoritas, tetapi lebih merupakan partai politik yang program-programnya juga menjangkau kepentingan kelompok minoritas, atau bahkan membentuk partai politik yang memang khusus mewakili kepentingan kelompok minoritas (Bieber, 2008: 11).

## **F. Penutup (Simpulan)**

Praktik diskriminasi dengan mengatasnamakan agama tertentu masih sering terjadi di Indonesia, dan biasanya yang menjadi korbannya ialah dari kelompok yang minoritas. Peristiwa itu tentu sangat disayangkan terjadi di Indonesia, mengingat masyarakat Indonesia mayoritasnya ialah pemeluk agama Islam dan mereka ini juga menetap di wilayah Negara Indonesia yang memiliki dasar negara Pancasila.

Baik Islam maupun Pancasila, sebenarnya sama-sama memiliki perhatian yang sangat mendalam terhadap masalah keadilan, persamaan (prinsip egaliter), dan perlindungan terhadap HAM, termasuk bagi kelompok minoritas.

Islam pada prinsipnya merupakan ajaran yang membawa rahmat untuk semesta alam (*rahmatan lilalamin*) yang menghargai pluralitas dalam berbagai dimensi, sebagaimana contohnya terdapat dalam Al-Qur'an Surat Al-Baqarah ayat 256. Pluralitas tersebut diamanatkan untuk dijaga dalam keadilan serta keseimbangan selama tidak menimbulkan kezaliman dan bencana bagi kelangsungan hidup.

Konsep dalam Islam yang seperti itu tentunya sejalan dengan pemikiran bahwa di dalam negara hukum Pancasila juga tidak boleh ada diskriminasi. Hal yang demikian bahkan telah menjadi tema utama dalam perdebatan mengenai dasar negara pada tahun 1945 di BPUPKI maupun pada tahun 1957 di Konstituante. Pada perdebatan di BPUPKI, misalnya, telah ada seruan untuk beragama namun tanpa "egoisme agama" disertai dengan sikap harus saling menghormati. Begitu pun pada perdebatan di Konstituante, telah disampaikan argumen bahwa Pancasila ialah wadah bagi semua golongan (aliran) sehingga tidak akan ada golongan yang dirugikan karenanya.

Pada akhirnya dapat dipahami bahwa sebenarnya apabila konsep keadilan dalam Islam benar-benar ditegakkan, maka itu berarti juga akan membawa pengaruh yang positif bagi perwujudan negara hukum Pancasila. Karena keduanya, yaitu Islam dan negara hukum Pancasila, memiliki kesesuaian prinsip untuk menegakkan keadilan, menjamin persamaan setiap orang, dan mengupayakan perlindungan HAM, termasuk bagi kelompok minoritas. Oleh karena itu, sinergi di antara keduanya perlu diupayakan secara optimal dan berkesinambungan. \* \* \*

### Daftar Pustaka

- Abd Karim, Fathi Ahmad, 1960, *Al-Akhlaak fil Islam*, Kairo, Muassasah al-Matbu'at al-Haditsah.
- Asshiddiqie, Jimly, 2005, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta, Konstitusi Press.
- Azhary, 1991, *Filsafat Pancasila*, Jakarta, Ind-Hill-Co.
- Basyir, Ahmad Azhar, 1993, *Refleksi atas Persoalan Keislaman*, Bandung, Mizan.
- Besar, Abdulkadir Besar, 2005, *Pancasila: Refleksi Filsafati, Transformasi Ideologik, Niscayaan Metoda Berfikir*, Jakarta, Pustaka Azhary.
- Bieber, Florian, 2008, "Introduction: Minority Participation and Political Parties" dalam Florian Bieber *et al*, *Political Parties and Minority Participation*, Skopje, Friedrich Ebert Stiftung.
- Budiman, Hikmat, 2009, "Pengantar: Minoritas E Pluribus Unum dan Demokrasi" dalam Hikmat Budiman ed., *Hak Minoritas: Ethnos, Demos, dan Batas-Batas Multikulturalisme*, Jakarta, The Interseksi Foundation.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1990, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta, Balai Pustaka.
- Engineer, Asghar Ali, 1999, *Islam dan Teologi Pembebasan*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Fadjar, A. Mukthie, 2005, *Tipe Negara Hukum*, Malang, Bayumedia Publishing.
- Hanafi, Hassan, 2003, *Bongkar Tafsir Liberalisasi, Revolusi, Hermeneutik*, Yogyakarta, Prismsophi Pustaka Utama.
- Khaled, Abou El Fadl, 2004, *Islam dan Tantangan Demokrasi*, Jakarta, Ufuk Press.
- Mahfud MD., Moh., 2010, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pascaamandemen Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers.
- Muthahhari, Murthadha, 1990, *Kebebasan Berfikir dan Berpendapat dalam Islam*, Jakarta, Risalah Masa.
- Nasution, Adnan Buyung, 2009, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia: Studi Sosio Legal atas Konstituante 1956-1959*, Jakarta, Grafiti.
- O'Nions, Helen, 2007, *Minority Rights Protection in International Law: The Roma of Europe*, England, Ashgate.
- Qutb, Sayyid, 1984, *Keadilan Sosial dalam Islam*, Bandung, Penerbit Pustaka.

Setara Institute, 2010, "Mengenal Lokus Diskriminasi dalam PBM 2 Menteri," Jakarta, Setara Institute.

Shihab, M. Quraisy, 2008, *Lentera Al-Qur'an*, Bandung, Mizan.

Susanto, Dina Amalia, 2009, "Minoritisasi Masyarakat Sakai di Riau" dalam Hikmat Budiman ed., *Hak Minoritas: Ethnos, Demos, dan Batas-Batas Multikulturalisme*, Jakarta, The Interseksi Foundation.

Theodorson, George A. dan Achilles G. Theodorson, 1979, *A Modern Dictionary of Sociology: The Concepts and Terminology of Sociology and Related Disciplines*, New York, Barnes and Noble Book.

Tim Redaksi, 2000, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jakarta, Ichtiar Baru Van Hoeve.

Wahjono, Padmo, 1991, *Membudayakan Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta, Ind-Hill-Co.

## **Pembangunan Hukum di Bidang Ekonomi adalah Bagian dari Pelaksanaan Nilai Nilai Pancasila dan Pembangunan Kerangka Hukum Nasional**

**Firdaus Rumbia**

### **Pendahuluan**

Sebagaimana kita maklumi bersama bahwa Pancasila secara tersirat ada dalam pembukaan UUD 1945 dengan uraian kalimat sebagai berikut :

“kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu pemerintahan negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan untuk melaksanakan ketertiban dunia dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat, dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indoensia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indoensia”.

Bila kita lihat rangkaian kalimat diatas, maka dapat kita ambil kesimpulan bahwa kemerdekaan Indonesia mempunyai tujuan antara lain :

1. Membentuk suatu pemerintahan negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa dan tumpah darah Indonesia,
2. Pemerintah sebagaimana dimaksud memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan
3. Pemerintahan dimaksud melaksanakan ketertiban dunia dan keadilan sosial.

Tujuan dari pembentukan Pemerintahan Indonesia inilah yang kemudian melahirkan suatu Undang Undang Dasar (Undang Undang Dasar 1945). Sedangkan keberadaan pasal pasal yang ada dalam Undang Undang Dasar dimaksud, (apabila kita berpegang pada kalimat pada pembukaan Undang Undang Dasar diatas), akan senantiasa berpegang pada sila sila Pancasila sebagaimana telah disebutkan.

Sementara itu, sebagian besar ahli sosial di barat, pada umumnya menyatakan bahwa bangsa bangsa maju menjalani suatu proses pembangunan dengan tiga tahap pembangunan. Ketiga tahap pembangunan tersebut adalah *Unification, Industrialization* dan *Sosial Welfare*. Dalam ketiga proses pembangunan tersebut, Parlemen, Pengadilan para sarjana hukum dan mereka yang berprofesi di bidang hukum mempunyai peranan yang sangat penting<sup>42</sup>. Proses dan tahapan yang terjadi dapat kita lihat secara utuh dalam sejarah bangsa bangsa maju saat ini. Mereka memulainya dengan tahap pembentukan suatu Negara., Kemudian setelah Negara benar benar telah teruji soliditasnya, maka dimulailah masa pembangunan, atau lebih dikenal dengan proses indrusrtialisasi. Dan dalam kurun waktu tertentu, proses Industrialisasi akan menunjukkan hasilnya dan Negara tersebut secara

perlahan akan mewujudkan kemakmuran bagi rakyatnya. Namun apa yang dilakukan dan dialami oleh Negara Negara berkembang saat ini, termasuk Indonesia, adalah suatu hal yang luar biasa. Dalam suatu proses yang tidak lama, Negara Negara berkembang ingin mencapai tiga tahap sekaligus. Baik berupa Unifikasi yaitu penyatuan sebagai sebuah Negara utuh dan berdaulat. Melakukan proses Industrialisasi dengan melakukan pembangunan di berbagai sektor, khususnya di sektor yang menunjang pertumbuhan ekonomi nasional. Dan disisi lain Pemerintah Indonesia juga sudah harus dituntut melakukan Pemerataan kesejahteraan. Baik bagi mereka yang berada maupun bagi mereka yang ada dibawah garis kemiskinan, dan yang terpenting adalah adanya keadilan kesejahteraan bagi rakyat baik di Pusat maupun di daerah<sup>43</sup>. Bukan merupakan suatu kebetulan, apabila kita melihat tahapan tahapan yang ada hamper sama apabila kita sandingkan dengan tujuan kemerdekaan sebagaimana diuraikan dalam pembukaan Undang Undang Dasar. Negara tidak hanya sekumpulan orang, Negara adalah sebuah sistem yang dibangun dengan nilai nilai. Keberadaan sistem inilah yang mengaskan pentingnya suatu aturan. Dalam konteks keindonesiaan, peraturan adalah suatu produk hukum yang terdiri antara lain: Undang Undang Dsar 1945, TAP MPR, Undang Undang, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, serta berbagai peraturan lain yang diatur oleh suatu mekanisme peraturan perundang undangan negara

### **Peranan Hukum**

Bicara mengenai hukum bukan berarti bicara tentang masalah pengadilan, Jaksa atau Penuntut Umum. Bicara mengenai hukum juga bukan bicara tentang teks-teks tebal berbahasa belanda atau kemampuan untuk menghafal pasal-pasal di luar kepala. Bicara mengenai hukum tidak saja berbicara tentang teori dan kepastian hukum, namun bicara mengenai hukum adalah bicara tentang cita-cita, kesepakatan, dan solusi untuk menghadapi berbagai masalah yang terjadi.

Pada sistem hukum terdapat jauh dari sekedar menyelesaikan perselisihan dan memelihara ketertiban untuk satu hal, sistem hukum merupakan suatu kerangka yang di dalamnya harapan-harapan bersama tertentu tentang transaksi-transaksi, hubungan-hubungan, peristiwa-peristiwa terencana danantisipasi dalam menghadapi kehidupan mendatang.

Beberapa waktu yang lalu peranan Negara sangat menonjol sebagai agen pembangunan. Akibatnya hak-hak politik warga Negara kerap kali terdesak untuk memenuhi hak-hak sosial, ekonomi dan kebudayaan.<sup>44</sup> Hal ini lahir dari pandangan bahwa hak-hak politik dan hak-hak warganegara menghambat pertumbuhan ekonomi. Kemajuan sosial dan ekonomi dapat tercapai dengan lebih efektif, bila usaha-usaha Pemerintah tidak dihalangi oleh oposisi.<sup>45</sup> Pendapat ini ternyata membawa krisis berat dibidang ekonomi, politik dan hukum. Sebenarnya inti dari demokrasi adalah "*sharing of power*" diantara kelompok-kelompok yang berbeda dalam suatu masyarakat nasional, termasuk hak untuk menyatakan pendapat dan bersaing mendapat kesempatan membuat atau mempengaruhi keputusan-keputusan. Unsur yang penting adalah terdapatnya mekanisme arus balik dan penyesuaian yang mendorong pemerintah menjawab dan menyesuaikan sikap terhadap pandangan-pandangan lain.<sup>46</sup> Namun sebaliknya, dalam situasi perubahan sosial dimana individu, kelompok, maupun suku terancam oleh kekuasaan negara maupun kekuatan-kekuatan sosial lainnya, hak-hak azasi manusia semakin menjadi sarana untuk menjamin kebutuhan individu, kelompok, golongan atau suku.<sup>47</sup>

Krisis ekonomi Indonesia antara lain karena terjadinya *moral hazard* diberbagai sektor ekonomi dan politik. Permasalah *moral hazard* sudah cukup luas dan mendalam. Dalam skala yang luas, faktor moral dan etika harus dimasukkan sebagai *variable* ekonomi yang penting, khususnya dalam pola tingkah laku berekonomi dan berbisnis.<sup>48</sup>

Faktor utama bagi hukum untuk dapat berperanan dalam pembangunan ekonomi adalah apakah hukum mampu menciptakan "*stability*", "*predictability*" dan "*fairness*". Dua hal yang pertama adalah prasyarat bagi sistem ekonomi apa saja untuk berfungsi. Termasuk dalam fungsi stabilitas (*stability*) adalah potensi hukum menyeimbangkan dan mengakomodasikan kepentingan-kepentingan yang saling bersaing. Kebutuhan fungsi hukum untuk dapat meramalkan (*predictability*) akibat dari suatu langkah-langkah yang diambil khususnya penting bagi negeri yang sebagian besar rakyatnya untuk pertama kali memasuki hubungan-hubungan ekonomi melampaui lingkungan sosial yang tradisional. Aspek keadilan (*fairness*), seperti perlakuan yang sama dan standard pola tingkah laku Pemerintah adalah untuk menjaga mekanisme pasar dan mencegah birokrasi yang berlebihan.<sup>49</sup>

Keberadaan Pemerintah untuk terlibat dalam kegiatan ekonomi masyarakat tersebut tercermin dari pengaturan-pengaturan yang dilakukan. Mengenai pentingnya peranan hukum (kepastian hukum) dalam perekonomian ini, diakui oleh beberapa ahli diantaranya seperti yang dinyatakan J.D Nyhart, bahwa pertimbangan-pertimbangan ekonomi tentu sejalan dengan pikiran-pikiran serta sikap-sikap budaya dari masyarakat, bahkan mungkin ada hal-hal yang berlawanan diantaranya keduanya. Efisiensi, rasionalisasi, mekanisasi dan sebagainya yang merupakan keharusan-keharusan-keharusan di dalam proses perkembangan ekonomi mungkin akan menimbulkan benturan-benturan serta ketegangan dengan tata nilai yang berlaku di dalam masyarakat. Mengenai keadaan yang demikian ini, hukum diharapkan akan mempertemukan tuntutan serta keharusan-keharusan yang berbeda itu ke dalam satu rangkaian yang serasi.<sup>50</sup>

Pandangan senada disampaikan oleh H.W. Robinson yang menyatakan, peningkatan efisiensi secara terus-menerus memang merupakan salah satu perhatian sistem ekonomi. Oleh karena itu, sistem ini harus senantiasa diusahakan dengan kondisi yang berubah apabila ia hendak memperoleh tingkat efisiensi yang setinggi-tingginya. Dalam hubungan ini kata H.W Robison di atas dan dikaitkan dengan realita perekonomian dewasa ini, maka persoalan baru yang muncul adalah, sudahkah peraturan hukum itu sesuai dengan yang dikehendaki konstitusi.<sup>51</sup>

Masalah keselarasan dalam kehidupan masyarakat dan adanya kepastian hukum, adalah dua kata kunci yang hampir mirip dengan masalah keadilan dan kepastian hukum. Apakah itu sudah terpenuhi dalam peraturan perundangan di Indonesia ?

## **Beberapa Contoh**

### **1. Undang Undang Tidak Sejalan Dengan Konstitusi**

Sebelumnya ada Mahkamah Konstitusi (MK), norma hukum yang mengatur perekonomian sulit dikontrol apakah sudah sesuai dengan jiwa konstitusi atau tidak terutama Pasal 33 UUD 1945. Pada saat itu, meskipun dirasakan ketentuan hukum yang dibuat mengandung unsure-unsur monopoli sehingga rakyat banyak dirugikan, tetap saja ketentuan itu dapat terus eksis, karena ketentuan tersebut tidak dapat dituntut pembatalannya di pengadilan. Kini,

setelah MK terbentuk berdasarkan UUD 1945, jika ada ketentuan hukum yang dinilai mengandung unsure monopoli dan diskriminasi ekonomi sehingga merugikan ekonomi rakyat, maka ketentuan tersebut dapat diajukan permohonan ke pengadilan untuk dimintakan pembatalannya. Ketentuan hukum yang berupa undang-undang pengajuan pembatalannya (pengujiannya) di pengadilan MK, sedang ketentuan hukum di bawah undang-undang, pengajuan pengujiannya di pengadilan Mahkamah Agung (MA).<sup>52</sup>

Dari periode antara tahun 2004 – 2009, dari 23 putusan MK yang ditolak ada delapan perkara, dan yang tidak dapat diterima ada delapan perkara, sementara putusan MK yang mengabulkan baik sepenuhnya atau sebagian ada tujuh perkara. Jadi dapat dikatakan bahwa ada tujuh Undang Undang yang tidak sesuai dengan jiwa konstitusi. Untuk mengetahui perkara yang dikabulkan tersebut dapat dilihat pada tabel berikut ini.

#### Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Perekonomian 2004 – 2009

No	Perkara	Keterangan
1.	Pengujian Undang-Undang nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (Putusan Nomor 2/PUU-VI/2008)	Tidak dapat diterima
2.	Pengujian Undang-Undang nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (Putusan Nomor 015/PUU-VI/2005)	Di tolak
3.	Pengujian Undang-Undang nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (Putusan Nomor 19/PUU-VI/2009)	Di tolak
4.	Pengujian Undang-Undang nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (Putusan Nomor 18/PUU-VI/2008)	Di tolak
5.	Pengujian Undang-Undang nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang Perkara Nomor : 071/PUU-II/2004 dan Perkara Nomor : 001-002/PUU-III/2005)	Dikabulkan sebagian. Menyatakan pasal 6 ayat (3) beserta penjelasannya dan pasal 224 ayat (6) sepanjang menyangkut kata "ayat(3)" UU Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.



6.	Pengujian Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2008 tentang Perubahan Keempat Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1983 tentang Pajak Penghasilan  (Putusan Nomor 1/PUU-VII/2009)	Di tolak
7.	Pengujian Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2007 tentang Perubahan Ketiga Atas Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1983 tentang Ketentuan Umum dan Tata Cara Perpajakan  (Putusan Nomor 3/PUU-VI-2008)	Tidak dapat diterima
8.	Pengujian Undang-Undang Nomor 1 tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara  (Putusan Nomor 46/PUU-VI/2008)	Tidak dapat diterima
9.	Pengujian Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas  (Putusan Nomor 53/PUU-VI/2008)	Di tolak
10.	Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1995 tentang Cukai  (Putusan Nomor 54/PUU-VI/2008)	Dikabulkan sebagian  Menyatakan Pasal 66A ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1995 tentang Cukai, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang semua provinsi yang berhak memperoleh alokasi cukai hasil tembakau, Menetapkan agar pengalokasian dana hasil cukai tembakau untuk provinsi penghasil tembakau dipenuhi paling lambat mulai Tahun Anggaran 2010
11.	Pengujian Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara  (Putusan Nomor 058/PUU-VI/2008)	Tidak dapat diterima
12.	Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 49 Prp.Tahun 1960 tentang Panitia Urusan Piutang Negara  (Putusan Nomor 023/PUU-IV/2006)	Di tolak
13.	Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 1974 tentang Ketentuan-	Tidak dapat diterima

	Ketentuan Pokok Kesejahteraan Sosial (Perkara Nomor 005/PUU-II/2004)	
14.	Pengujian Undang-Undang nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan (Putusan Nomor 001-021-022/PUU-II/2003)	Dikabulkan seluruhnya. Menyatakan UU No.20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat
15.	Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (Perkara Nomor 002/PUU-I/2003)	Dikabulkan sebagian; Menyatakan: Pasal 12 ayat (3) sepanjang mengenai kata-kata “diberi wewenang”; Pasal 22 ayat (1) sepanjang mengenai kata-kata “paling banyak”; Pasal 28 ayat(2) dan (3) yang berbunyi “(2) Harga Bahan Bakar Minyak dan Gas Bumi diserahkan pada mekanisme persaingan usaha yang sehat dan wajar; (3) Pelaksanaan kebijaksanaan harga sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak mengurangi tanggung jawab sosial pemerintah terhadap golongan masyarakat tertentu”;
16.	(Perkara No.003/PUU-I/2003) Pengujian UU Nomor 24 Tahun 2002 Tentang Surat Utang Negara.	Di tolak
17.	Pengujian Pasal 77A Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia (Putusan Nomor 8/PUU-V/2007)	Tidak dapat diterima
18.	Pengujian Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan (Perkara Nomor 012/PUU-I/2003)	Dikabulkan sebagian. Menyatakan Pasal 158; Pasal 159; Pasal 160 ayat (1) sepanjang mengenai anak kalimat “....bukan atas pengaduan pengusaha ...”; Pasal 170 sepanjang mengenai anak kalimat “....kecuali Pasal 158 ayat (1) ...”; Pasal 171 sepanjang menyangkut anak kalimat “....Pasal 158 ayat (1) ...”; dan Pasal 186 sepanjang mengenai anak kalimat “....Pasal 137 dan Pasal 138 ayat (1) 2003 tentang ketenagakerjaan tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat)

19.	Pengujian Undang-Undang Nomor 17 Tahun 1006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1995 tentang Kepabeanan (Putusan NOMOR 12/PUU-VII/2009)	Tidak dapat diterima
20.	Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2004 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2005 (Putusan Nomor 012/PUU-III/2005)	Tidak dapat diterima
21.	Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 13 Tahun 2005 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2006 (Putusan Nomor 026/PUU-III/2005)	Tidak dapat diterima
22.	Pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2008 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 45 Tahun 2007 tentang Anggaran dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2008 (Putusan Nomor 13/PUU-VI/2008).	Dikabulkan. Menyatakan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2008 tentang perubahan atas Undang-Undang nomor 45 Tahun 2007 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2008 tetap berlaku sampai diundangkannya Undang-Undang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun 2009).
23.	Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (Perkara Nomor 008/PUU-III/2005)	Di tolak

## 2. Undang Undang ditenggarai 'rawan'

Undang-Undang APBN adalah Undang-Undang yang dibuat setiap tahun merupakan hasil kerja bersama antara pemerintah dan DPR. Ada beberapa hal yang harus dibenahi dalam Undang-Undang APBN ini. Khususnya dalam proses pembuatannya sehingga dapat menutup kemungkinan adanya pihak-pihak yang mengambil keuntungan dari Anggaran Belanja Negara.

Di bawah ini adalah proses penyusunan Undang-Undang APBN yang didalamnya di bahas mengenai Anggaran Belanja Negara.

1. Proses pembahasan anggaran di DPR RI bermula dari penyampaian nota keuangan dari pemerintah pada sidang paripurna di DPR RI.
2. Kemudian fraksi-fraksi di DPR RI, sebanyak Sembilan fraksi memberikan tanggapannya atas pidato penyampaian nota keuangan tersebut.

3. Selanjutnya pemerintah memberikan jawaban atas tanggapan fraksi-fraksi sekaligus menyampaikan draft Rancangan APBN melalui sidang paripurna.
4. Pimpinan DPR RI lalu menyerahkan draft RAPBN kepada Banggar DPR RI untuk dibahas.
5. Banggar kemudian membentuk beberapa panitia kerja untuk membahas RAPBN dan selanjutnya kepada ko misi-komisi sesuai bidangnya untuk dibahas versana nitra kerjanya yakni kementerian dan lembaga pemerintah.
6. Setelah dibahas dan disetujui di Komisi kemudian dikembalikan lagi ke Banggar DPR RI untuk dibahas kembali bersama pemerintah.
7. Sidang Paripurna DPR.<sup>53</sup>

Mekanisme penyusunan Anggaran tersebut ditenggarai rawan dan menimbulkan berbagai prasangka. Berikut adalah ungkapan yang tercetus dari kalangan DPR sendiri terhadap pembahasan anggaran yang dilakukan atau proses penyusunan Undang-Undang APBN.

1. Mantan anggota Badan Anggaran DPR RI yang saat ini non-aktif, Wa Ode Nurhayati, pernah menyatakan dirinya adalah korban praktik mafia anggaran di DPR RI  
Politisi Partai Amanat Nasional (PAN) tersebut menilai dirinya hanya aktor kecil dari sistem parlemen yang berkompromi.  
Wa Ode mengatakan hal itu ketika membacakan eksepsinya pada sidang di Pengadilan Tipikor Jakarta, 19 Juni lalu.  
Ia mensinyalir, ada kekuatan lebih besar yang mengendalikan praktik mafia anggaran di DPR RI.  
"Saya korban konspirasi mafia," katanya tanpa menjelaskan lebih lanjut.
2. Staf Banggar DPR RI, Kaeruddin, ketika menjadi saksi pada sidang kasus yang dihadapi Wa Ode di Pengadilan Tipikor Jakarta, Selasa (14/8), menjelaskan, ada kode-kode yang digunakan pada pembahasan anggaran. Untuk lokasi DPID, menurut dia, ada nama daerah dan alokasi dan kemudian diberi warna serta kode simbol.
3. Wakil Ketua DPD RI, La Ode Ida mensinyalir adanya praktik anggaran di DPR RI sehingga ia pernah membuka Poska Pengaduan Mafia Anggaran di ruang stafnya di DPR RI, pada Desember 2011.  
La Ode menyatakan, ada sejumlah pejabat daerah yang menyampaikan pengaduan ke posko tersebut. Namun posko tersebut kemudian ditutup setelah mendapat sorotan dan teguran dari pimpinan DPR dan DPD yang dinilainya membuka praktik LSM di parlemen.<sup>54</sup>

### 3. Undang Undang yang mengundang tanya

Terdapat perbedaan penerapan Pajak Pertambahan Nilai dengan beberapa Negara yang juga menerapkan Pajak Pertambahan Nilai sebagai pajak tidak langsung, misalkan Singapura, Thailand dan Australia. Sebagai contoh adalah komoditas Migas dan Pertambangan yang diambil langsung dari sumbernya.

Di Indonesia barang-barang tersebut adalah barang tidak kena pajak, sedangkan di Australia komoditas tersebut adalah barang kena pajak sepanjang ada transaksi penjualan. Dan emas batangan, baik di Australia, Singapura maupun Thailand adalah barang kena pajak, namun untuk Indonesia tidak.

Bahan-bahan kebutuhan pokok seperti beras, ikan, dan daging adalah barang tidak kena pajak di Indonesia tetapi merupakan barang kena pajak di tiga negara tersebut.

Untuk sektor jasa, di Indonesia membebaskan jasa-jasa perbankan dan perasuransian dari pajak. Namun, jasa-jasa tersebut dikenakan pajak secara selektif di Singapura, sedangkan di Thailand hampir semua jasa perbankan dan perasuransian dikenakan pajak.<sup>55</sup>

### 4. Undang Undang tanpa rencana matang

Banyaknya permasalahan lintas sektoral di sektor jasa keuangan, yang meliputi tindakan *moral hazard*, belum optimalnya perlindungan konsumen jasa keuangan, dan terganggunya stabilitas sistem keuangan semakin mendorong diperlukannya pembentukan lembaga pengawasan di sektor jasa keuangan yang terintegrasi. Sehubungan dengan hal tersebut di atas, perlu dilakukan penataan kembali struktur pengorganisasian dari lembaga-lembaga yang melaksanakan tugas pengaturan dan pengawasan di sektor jasa keuangan yang mencakup sektor perbankan, pasar modal, perasuransian, dana pension, lembaga pembiayaan, dan lembaga jasa keuangan lainnya. Penataan dimaksud dilakukan agar dapat mencapai mekanisme koordinasi yang lebih efektif di dalam menangani permasalahan yang timbul dalam sistem keuangan sehingga dapat lebih menjamin tercapainya stabilitas sistem keuangan.<sup>56</sup>

Begitu pentingnya pengaturan di sektor keuangan ini tidak serta-merta menjadikan para pengambil kebijakan untuk mendahulukan skala prioritas. Sebagaimana kita maklumi bahwa sampai saat ini Undang-Undang Jaring Pengaman Sektor Keuangan belum ditetapkan. Sehingga untuk sementara waktu dasar hukum penanganan stabilitas sektor keuangan menggunakan Undang-Undang lembaga penjamin simpanan. Sedangkan pengaturan kerjasama kelembagaan untuk penanganan masalah di sektor keuangan ini dilakukan lewat *Memory Of Understanding* (MOU). Hal ini akan menjadi lebih rumit apabila ternyata keberadaan RUU JPSK benar benar disepakati secara bulat oleh Dewan Perwakilan Rakyat. Karena beberapa draft pasal di RUU JPSK yang diajukan kepada DPR mengandung ketidakjelasan bahkan tidak sejalan dengan Undang Undang yang berlaku saat ini ( misalkan dengan Undang Undang OJK atau UU LPS). Belum lagi berderetnya pekerjaan rumah tentang berbagai Undang Undang yang harus diubah terkait dengan pembentukan OJK.

Mengingat UU JPSK dapat dikatakan sebagai Undang Undang induk dalam penanganan stabilitas sektor keuangan, maka seyogyanya Undang undang ini harus memuat kerangka yang jelas dan tegas tentang norma norma yang diaturnya. Sedangkan Undang Undang lainnya, semisal UU OJK, UU LPS, UU BI ataupun Undang Undang lainnya mencantumkan

masalah Stabilitas Sektor Keuangan sebagai bagian dari tugas dan fungsi dari organisasi atau unit yang diatur oleh Undang undang dimaksud.

### **Kesimpulan**

Dari beberapa contoh di atas, terlihat jelas betapa lemahnya sistem perundang-undangan Indonesia, khususnya di bidang ekonomi. Bagaimana mungkin beberapa Undang-Undang yang telah disusun melalui proses yang panjang dan menelan biaya besar ternyata diputuskan bertentangan dengan konstitusi. Bagaimana mungkin suatu peraturan perpajakan yang notabene merupakan sumber terbesar dari pendapatan negara ternyata masih memiliki kelemahan khususnya bila dibandingkan dengan beberapa negara lain. Bagaimana mungkin stabilitas sistem keuangan yang telah terbukti dapat berdampak pada krisis yang berkepanjangan, tidak benar-benar diatur secara serius dan komperhensif. Makalah ini hanya ide awal yang harus terus dituangkan dalam suatu bentuk penelitian peraturan perundangan, bahkan dalam suatu kegiatan pembenahan hukum yang bersifat nasional

### **Rekomendasi**

Pancasila sebagai norma dasar telah melingkupi Undang-Undang Dasar 1945 sebagai Dasar Negara. Hampir setiap Undang Undang, senantiasa mencantumkan UUD 1945 sebagai dasar hukum. Khidupan ekonomi terus berjalan kencang, arus informasi dan globalisasi menjadi tak terhindar. Maka seyogyanya dilakukan suatu pembenahan secara serius bagi seluruh peraturan perundang-undangan (baca : Undang-Undang), khususnya di bidang ekonomi.

Terdapat begitu banyak Undang-Undang di bidang ekonomi, namun terdapat begitu banyak juga kelemahan pengaturan di bidang ini. Sebagai usulan kongkrit, kami menyarankan agar dibentuk suatu lembaga khusus (bisa memanfaatkan lembaga yang sudah ada, misalkan departemen Hukum dan HAM) namun tetap diperkuat oleh kalangan Akademisi, LSM, dan masyarakat luas untuk melakukan identifikasi masalah secara keseluruhan dan kemudian merumuskan prioritas-prioritas pembenahan perundang-undangan di bidang ekonomi.

Hal ini tidak mudah karena pasti terbentur oleh mekanisme legislasi sebagaimana peraturan perundang-undangan yang ada. Namun dengan itikad baik dan semangat patriotisme seyogyanya dapat ditemukan solusi dan kompromi agar pembenahan perundang-undangan secara komprehensif tersebut dapat segera dilaksanakan.

### **Penutup**

Tantangan untuk mewujudkan soliditas sebagai sebuah bangsa, sekaligus meningkatkan taraf perekonomian nasional dengan pembangunan di berbagai bidang, serta memenuhi kesejahteraan seluruh rakyat tidak akan dapat tercapai apabila tidak dibarengi dengan pembenahan peraturan perundang-undangan secara serius, karena sistem hukum adalah inti dari sistem kenegaraan. Tujuan-tujuan luhur didirikannya republik ini hanya akan dapat dicapai dengan sistem kenegaraan yang kuat. Sistem kenegaraan yang kuat akan ada apabila kita mempunyai sistem hukum yang kuat.



## Konvergensi Hukum Asing dan Nilai-nilai Pancasila dalam Hukum Nasional dan Konsekuensinya

Hari Purwadi

### A. Pendahuluan

Globalisasi telah meruntuhkan batas-batas negara bangsa (*borderless world*), sehingga mereduksi aspek-aspek tertentu dari kedaulatan negara. Di samping itu, tercipta keadaan yang *semi-equilibrium*, yakni keadaan aliran ekonomi dan adaptasi politik yang dinamis. (Cereiyo, dalam Larry Catá Backer, 2007 : 5) Berbagai sistem bersaing, sehingga sistem kapitalis bukan satu-satunya yang menjadi aspirasi global. Persaingan itu untuk hegemoni global dengan sistem internasional negara, sistem global agama, sistem lingkungan global, dan sistem lainnya. (Sklair, dalam Larry Catá Backer, 2007 : 6) Hukum sebagai wadah kepentingan ekonomi maupun politik menerima konsekuensi membingkai persaingan sistem-sistem yang bertemu itu, termasuk menghadapi pertemuan antar sistem hukum yang berbeda. Sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law system*), *common law system*, sistem hukum islam, atau sistem hukum lokal (*folk law*) bertemu atau saling menyilang (*reciprocal influences*). Seperti dikatakan oleh von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann, dan Anne Griffiths dengan mengutip pendapat McGrew bahwa :

*As in the general literature on globalization, the analysis of the effects of globalization of law is usually situated at the nexus of national, international and transnational levels. This idea of a single site of legal sovereignty embodied in the state is undermined by patterns of global legal interaction which erode the boundaries between domestic and international law, foreign and domestic legal systems and practices, as well as internal and external juridical authorities.”*  
(Franz von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann, dan Anne Griffiths, 2005 : 4)

Pertemuan hukum itu dapat muncul dalam berbagai wujud melalui transplantasi (*legal transplants*), baik karena alasan-alasan pembangunan atau reformasi hukum, maupun hubungan timbal-balik antara dua negara atau lebih, seperti perdagangan, juga pemanfaatan tenaga ahli yang pemikiran hukumnya memiliki karakteristik hukum asing. *Legal transplants* dimaksud, yaitu *the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another – have been common since the earliest recorded history.* (Alan Watson, 1993 : 21)

Pertemuan (sistem) hukum tersebut bukan tanpa akibat, namun menimbulkan persaingan, yang memungkinkan dominasi salah satu di antaranya atau setidaknya pencampuran di antara dua atau lebih (sub)-sistem hukum, yang menimbulkan fragmentasi dalam berbagai sistem hukum, baik itu *civil law*, *common law*, hukum islam dan sistem hukum lainnya. Tulisan ini bermaksud menjelaskan terjadinya pertemuan berbagai sistem hukum di Indonesia yang mempengaruhi arsitektur hukum Nasional. Indonesia sendiri tidak dapat disangkal telah menegaskan bahwa Pancasila menjadi pandangan hidup filsafat bangsa. (B. Arief Sidharta, tanpa tahun, 8) Hal ini berarti di Indonesia terjadi pertemuan antara Pancasila sebagai falsafah bangsa dan sistem hukum asing dengan filsafat hukum



Barat-nya. Secara lebih spesifik akan dijelaskan warna Pancasila dan hukum asing dari hasil konvergensi melalui pembentukan peraturan perundang-undangan.

Indonesia tidak dapat disangkal telah masuk dalam pusaran globalisasi. Artinya, konsekuensi-konsekuensi sebagai yurisdiksi tempat pertemuan berbagai sistem hukum terbuka lebar. Dalam konteks pembangunan atau reformasi hukum Nasional – dari tingkatan konstitusi sampai peraturan daerah, transplantasi hukum secara sukarela (*voluntary reception*) atau paksaan (*imposed reception*) telah sering dilakukan yang berasal dari berbagai hukum asing (*foreign law*) melalui perbandingan hukum (*comparative law*).

Mengikuti pemikiran madzab sejarah, yaitu “hukum sebagai jiwa bangsa” (*the law is located in the spirit of the people; the volkgeist*), maka hukum memiliki basis sosial tertentu. Seperti bahasa, hukum masyarakat terwujud secara spontan dari jalan hidup masyarakat itu : budaya, tradisi, dan kebiasaannya – yang menunjukkan gambar dasar dari “kesadaran umum” (*common consciousness*) masyarakat suatu negara. (Raymond Wacks, 2009 : 238) Dalam konteks pembangunan atau reformasi hukum Nasional dengan menempuh jalan transplantasi hukum, maka jiwa bangsa “asing” dipertemukan dengan jiwa bangsa Indonesia yang plural dan dikristalisasi atau dikonstruksi sebagai Pancasila. Jiwa bangsa Indonesia dan asing belum tentu memiliki persamaan signifikansi yang bersifat historis, sehingga transplantasi hukum menjadi tidak bermasalah sama sekali.

Berdasarkan hal-hal tersebut, permasalahan yang penting untuk dikemukakan, yaitu: (1) bagaimanakah posisi Pancasila dalam Tata Hukum Indonesia (hukum Nasional) yang dibangun dengan meminjam model asing, khususnya tradisi hukum Barat ?; (2) bagaimanakah konvergensi hukum dalam pembangunan hukum Nasional niscaya dilakukan ?

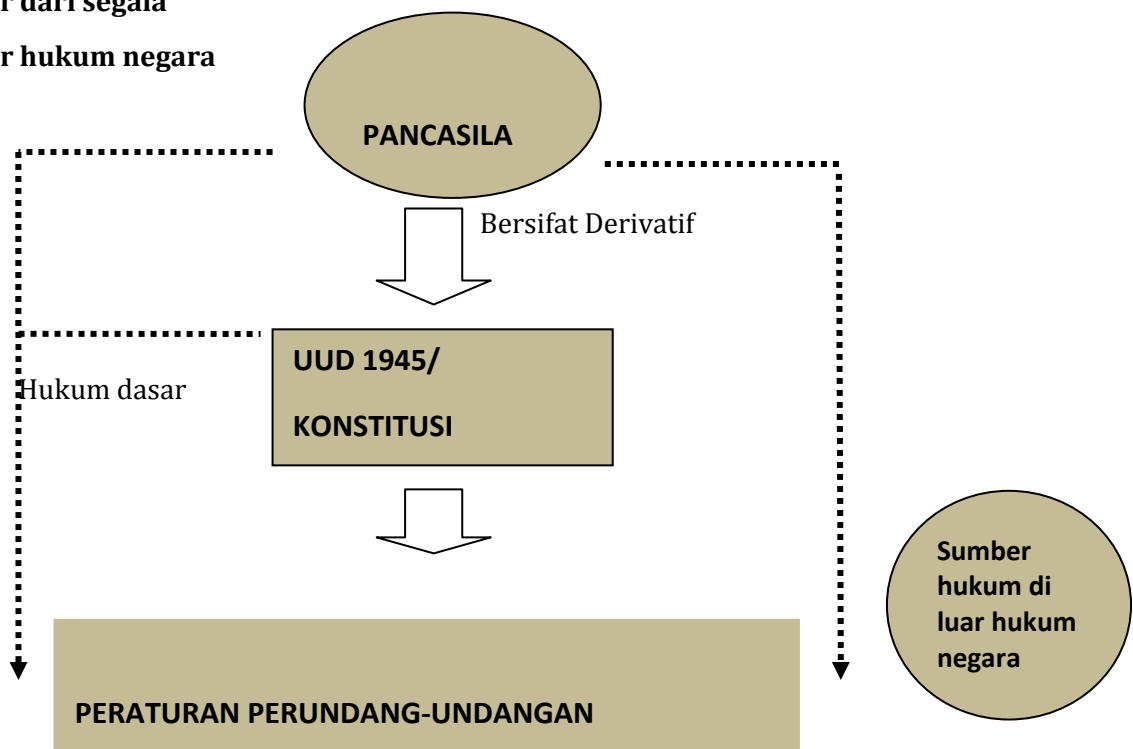
## **B. Posisi Pancasila dalam Tata Hukum Indonesia (Hukum Nasional) dengan Model Asing**

Konstitusi dan peraturan perundang-undangan lain sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (selanjutnya disingkat UU 12/2011) tidak dapat dilepaskan dari Pancasila. Sebab secara hukum, (Pasal 2 UU 12/2011) Pancasila telah diposisikan sebagai “sumber segala sumber hukum negara”. Sumber hukum (*source of law*) secara konseptual dapat dibedakan antara “*law-sources*” dan “*law-foundation-sources*” (*only with a plural “s”*). (J. Paul Lomio, et all., 2011 : 2) “*Law-sources*” (sumber hukum) diartikan “*something [such as a constitution, treaty, statute, or custom] that provides authority for legislation and for judicial decisions; a point of origin for law or legal analysis.*” (Bryan A. Garner, ed., 2004 : 1429, bandingkan dengan J. Paul Lomio et all., 2011 : 2). Sedangkan “*law-foundation-sources*” (sumber-dasar-hukum) diartikan “*the science/knowledge on/of jurisprudence/origins of legal concepts and ideas*”. (J. Paul Lomio et all., 2011 : 2) Dengan demikian, secara konseptual, sumber hukum tidak terbatas pada peraturan perundang-undangan yang diatur dalam UU 12/2011 atau hukum negara (*state law*), namun meliputi juga sumber hukum tertulis atau tidak tertulis di luar yang diatur oleh UU 12/2011 serta ilmu hukum atau ilmu mengenai asal-usul konsep-konsep dan ide-ide hukum. Ini berarti secara substansial, keseluruhan peraturan perundang-undangan, termasuk Konstitusi Indonesia seyogianya diderivasi dari Pancasila. Demikian pula sumber hukum di luar hukum negara juga sesuai dengan Pancasila. Dalam Penjelasan Pasal 2 UU 12/2011 dikemukakan dengan ungkapan “Menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis negara, sehingga setiap

materi muatan Peraturan Perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.” Penjelasan Pasal tersebut hanya menyebut peraturan perundang-undangan atau hukum negara, meskipun sesungguhnya baik secara konseptual/teoritis maupun praktis, sumber hukum bukan hanya peraturan perundang-undangan atau hukum negara, namun juga norma-norma sosial lainnya.

**Sumber dari segala**

**Sumber hukum negara**



Berdasarkan Pasal 2 dan Penjelasannya tersebut menandai bahwa UUD 1945 dan peraturan perundang-undangan lainnya secara substansial tidak disyaratkan diderivasi langsung dari ide dan konsep Pancasila. Namun, dapat dibawa atau dipindahkan dari sistem asing (*foreign system*), asalkan tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila. Dalam hal inilah sesungguhnya muncul persoalan kesesuaian peraturan perundang-undangan, termasuk Konstitusi dengan nilai-nilai Pancasila. Selama ini, pengujian peraturan perundang-undangan berhenti di satu sisi sampai pada batas pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan di sisi lain pengujian undang-undang terhadap UUD 1945. Terkesan *taken for granted* (diterima begitu saja) UUD 1945 sesuai dengan/tidak bertentangan dengan Pancasila, meskipun terdapat mekanisme perubahan UUD 1945 sebagaimana diatur dalam Pasal 37 UUD 1945, yang menunjukkan perubahan pemaknaan terhadap nilai-nilai Pancasila melalui UUD 1945. Oleh karena perubahan UUD 1945 secara prosedural bukan hal yang mudah, maka ketentuan-ketentuan atau prinsip dan norma dalam UUD 1945 niscaya menjadi cermin penuh dari nilai-nilai Pancasila.

Lebih dari itu, dalam kenyataannya bahwa UUD 1945 merupakan cermin penuh dari nilai-nilai Pancasila atau juga menampung model asing yang problematis dalam konteks Pancasila masih membutuhkan penjelasan. Hal ini berarti substansi peraturan perundang-

undangan di bawah UUD 1945 masih problematis untuk memastikan bahwa nilai-nilai Pancasila mengambil bagian penting. Hal itu disebabkan transplantasi hukum telah menjadi cara penting dalam pembangunan hukum nasional, sebagaimana juga dilakukan negara-negara lain. Upaya harmonisasi atas transplantasi tidak selalu berhasil seperti diharapkan, sehingga kemungkinan terjadi distorsi.

Dalam konsep harmonisasi hukum, Christopher Stuart yang mencontohkan kasus harmonisasi konteks Islam dan tradisi hukum Barat, menunjukkan ada 3 (tiga) pengertian ; (1) sebagai adopsi bentuk sistem hukum lain; (2) sebagai integrasi melalui perjanjian antar negara; dan (3) sebagai konvergensi melalui pertemuan tujuan pengaturan yang sama. Bentuk pertama harmonisasi memerlukan suatu proses menetapkan hukum domestik identik dengan hukum negara lain. Ini berarti harmonisasi berbasis cara (*means-based harmonization*) dan biasanya dibuktikan melalui restrukturisasi hukum domestik, sehingga memasuki jalur hukum yurisdiksi lain. Hal ini lazimnya menghasilkan substitusi (penggantian) bentuk asli pada sistem legislasi asing, yang kebanyakan melahirkan divergensi. Bentuk kedua dari harmonisasi tidak mensyaratkan untuk meninggalkan atau menanggalkan sistem lokal. Namun, dilakukan modifikasi sistem-sistem lokal sebagai hasil negosiasi yang mana semua negara yang berpartisipasi memiliki saham. Harmonisasi ini dilakukan melalui konsensus, dan kadang-kadang dapat dilihat melalui integrasi persetujuan internasional, seperti kesepakatan GATT atau WTO, yang diundangkan sebagai jembatan antar sistem hukum. Ketiga, bentuk luas harmonisasi didasarkan pada suatu pendekatan kerangka kerja. Negara bekerja ke arah tujuan umum legislasi melalui modifikasi sistem masyarakat setempat untuk menghasilkan sesuai yang dikehendaki. Bentuk harmonisasi ini lebih banyak menghargai sistem masyarakat setempat. Berkebalikan dengan bentuk harmonisasi yang mensyaratkan keefektifan yang luas, yaitu hukum baru menyerupai bentuk rezim hukum yang di-copy. Fokusnya harmonisasi berbasis tujuan (*ends-based harmonization*), yaitu kesesuaian tujuan reformasi hukum dengan bentuk sistem masyarakat setempat. (Christopher Stuart, dalam Lary Cata Backer, 2007 : 281-282)

Indonesia tampaknya juga mengalami ketiga bentuk harmonisasi hukum itu. Namun, masalahnya pengabaian terhadap hukum masyarakat setempat, seperti pada bentuk pertama mendominasi dalam pembangunan hukum di Indonesia.

Di samping itu, apabila bentuk kedua atau ketiga ditempuh dalam pembangunan hukum, secara teoritis, pertemuan institusi hukum atau sistem hukum itu tidak akan pernah menjadi suatu "*tailor-made model*". Hal itu di antaranya disebabkan ketidaksepadanan (*mismatch*) dari kedua jiwa bangsa itu tidak dapat dielakkan (Esin Örüçü, 2000 : 14) Dengan ungkapan lain, memunculkan paradoks akibat adanya diversitas di samping similaritas (kesamaan) antara sistem hukum penerima (*host system, recipient*) dan asal (*home system, models*). Di samping itu, memungkinkan terjadinya "kontaminasi" (*contaminations*), seperti terjadi di Uni Eropa. Sebagai contoh, dalam konteks Uni Eropa, konsep-konsep hukum "*civilian*" memasuki *common law* di Inggris pada tingkatan konsep, dan tidak pada tingkatan struktur dan teknik. Demikian pula di Hongkong, *Common law* sekarang dikelilingi oleh hukum Cina (*Chinese law*), variasi dari tradisi Civilian, di dalam struktur, jika tidak dalam isi, dan akan terjepit di antara lapisan bawah hukum tradisional dan hukum Cina/civilian pada lapisan atas. (Esin Örüçü, 2000 : 23) Secara hipotesis, hal itu yang menyebabkan nilai-nilai atau konsep-konsep yang berkarakter Pancasila lebih banyak tidak dimengerti daripada nilai-nilai dan konsep-konsep hukum Barat, yang *nota bene* liberal-kapitalistik.

Hukum Nasional tidak dapat disangkal dipengaruhi oleh warisan teorisasi hukum Barat (*heritage of Western legal theorizing*). Maksudnya bukan sekadar warisan hukum kolonial, namun dibangun dan dikembangkan atas dasar ilmu hukum Barat (*Western jurisprudence*) entah *civil law* atau *common law system*. Dalam kaitan dengan *jurisprudence* sebagai warisan hukum Barat, William Twining menegaskan bahwa :

.....*general jurisprudence, work exclusively within the Western legal tradition. Their perspective is generally secular and they pay little or no attention to religion other than Christianity or to non-Western culture and traditions.*

.....*and related to this, almost all of Western jurisprudence has focused on state law, especially the domestic (municipal) law of sovereign, industrialised nation state.* (William Twining, 2009 : 11-12)

Sejak mahasiswa kuliah pada semester awal, pertama kali sudah diajarkan ilmu hukum (*jurisprudence*) utamanya Barat modern, yang sama sekali tidak mengandung warisan pemikiran hukum Pancasila. Hal tersebut menyebabkan arsitektur hukum Nasional meskipun berkarakter sistem hukum campuran (*mixed legal system*), namun variannya didominasi tradisi hukum Barat, baik dalam area hukum publik maupun hukum privat. Variasi hasil pertemuan sistem hukum itu, menurut Esin Örüçü (2000 : 27), dapat terjadi pada tingkatan ide, konsep, dan solusi serta pada tingkatan struktur, institusi, dan metode. Transplantasi hukum Barat pada tingkatan ide, konsep, dan solusi atau tingkatan struktur, institusi, dan metode dianggap lebih tepat dimaknai berdasarkan ajaran atau doktrin warisan hukum Barat yang dikemas dalam istilah ilmu hukum (*jurisprudence*), baik tataran dogmatik hukum (*legal dogmatic*), teori hukum (*legal theory*), atau filsafat hukum (*legal philosophy*). Itu sebabnya, teori hukum dan filsafat hukum Pancasila tidak muncul, alih-alih dalam proses pembentukan hukum dan penegakan hukum, dalam kurikulum pendidikan hukum pun tidak ditemukan.

Sehingga, *ratio legis* dari suatu peraturan hukum atau asas hukum Nasional lebih mudah dicari dalam pemikiran-pemikiran hukum Barat daripada Pancasila. Persoalan yang kemudian muncul dan dihadapi bangsa Indonesia, yaitu problem kemampuan asas hukum Barat menjembatani cita-cita sosial dan peraturan hukum yang dibentuk. Bisa jadi, pembentukan peraturan hukum melalui transplantasi dengan alasan untuk perubahan sosial (*social change*) di Indonesia. Namun, apakah harus meninggalkan atau menanggalkan nilai-nilai Pancasila.

Realitas ini tidak hanya menjelaskan kegagalan mengintegrasikan nilai-nilai atau norma-norma lokal (Pancasila) ke dalam jaringan global yang lebih luas melalui pendekatan teoritis dari hukum, namun juga mengutarakan kekalahan Pancasila dalam persaingan nilai dan norma ketika berhadapan dengan hukum Barat.

### **C. Konvergensi Hukum ke Depan**

Berdasarkan pandangan instrumentalisme (*instrumentalism*), suatu nilai atau ideologi itu berguna ditentukan atas dasar pada berfungsi atau berpengaruhnya secara efektif dalam memenuhi tuntutan sosial, politik, dan ekonomi kehidupan berbangsa. Keberadaan secara aktual yang menentukan instrumental (berpengaruh)-nya suatu nilai atau ideologi, bukan sekadar pengakuan secara yuridis-konstitusional. Berdasarkan pandangan ini, lunturnya atau diabaikannya nilai dan ideologi Pancasila dalam kehidupan sosial, politik, dan ekonomi

menadai bahwa ada persoalan terhadap berfungsinya Pancasila dalam kehidupan bangsa Indonesia. Lebih dari itu, Pancasila nyaris menjadi tidak instrumental. Hal itu dapat disebabkan mulai dari ketidakpahaman bangsa terhadap nilai-nilai Pancasila sampai nilai-nilai Pancasila itu justru kalah bersaing di rumah sendiri, yaitu dalam tertib kehidupan bangsa, khususnya peraturan perundang-undangan, mulai dari Konstitusi sampai peraturan daerah. Apabila demikian, maka pertanyaannya, yaitu mengapa bangsa Indonesia tidak paham terhadap nilai-nilai Pancasila? Nilai-nilai yang ideologis itu tergusur lazimnya karena digantikan oleh nilai-nilai ideologi lain yang dianggap lebih fungsional, misalnya dari nilai-nilai komunal ke individual, dari ekonomi kerakyatan ke kapitalistis-liberalistis. Kehidupan bangsa Indonesia memang tidak hanya dilingkupi dan diatur oleh hukum atau peraturan perundang-undangan, namun juga agama, komitmen-komitmen politik, dan keyakinan-keyakinan lainnya, sehingga ideologi itu menjadi penting (William Twining, 2009 : 8) Sehingga, tergerusnya nilai-nilai Pancasila sebagai ideologi oleh nilai-nilai ideologi lain menjadi persoalan penting juga.

Sebenarnya ketika peraturan perundang-undangan, termasuk Konstitusi mencerminkan sepenuhnya nilai-nilai atau ideologi Pancasila, maka sesungguhnya tidak perlu dikhawatirkan terjadinya pengabaian terhadap Pancasila. Sebab, persoalannya tinggal penegakan hukum. Namun, apabila pada tingkatan peraturan perundang-undangan saja nilai-nilai atau ideologi Pancasila sulit dideteksi keberadaannya, maka tidak ada jaminan sama sekali nilai-nilai Pancasila dapat instrumental (berpengaruh) dalam pergaulan hidup berbangsa dan bernegara. Oleh karena itu, pekerjaan besar kita, yaitu membangun kembali pemahaman terhadap Pancasila dan pengembangan ide, konsep, dan solusi maupun struktur, institusi, dan metode yang mencerminkan nilai-nilai Pancasila dalam peraturan perundang-undangan. Persoalannya lebih dari sekadar mengisi Konstitusi Indonesia dengan materi muatan Pancasila. Sebab, hal itu niscaya didahului pengembangan, bahkan pembentukan teori-teori normatif, seperti teori-teori keadilan dan hak berbasis nilai-nilai Pancasila. Itu artinya, Pancasila masuk dalam studi-studi mengenai "*jurisprudence as activity*" (lihat William Twining, 2009 : 9) Dalam konteks inilah, Pancasila perlu menjadi bagian dalam "*jurisprudence*", bukan sekadar pelajaran (mata kuliah) Pancasila yang belum terkoneksi secara konseptual/teoritis dengan "*jurisprudence*".

Bangsa Indonesia telah bersepakat bahwa Pancasila sebagai dasar filosofis dan ideologis, di samping dasar negara dan sumber dari segala sumber hukum negara. Sehingga, Pancasila harus selalu berpengaruh dalam kehidupan bangsa dan negara. Berdasarkan posisinya sebagai dasar negara, dasar filosofis, dan dasar ideologis, serta sumber dari segala sumber hukum negara, maka Pancasila bukan suatu instrumen (alat) untuk mencapai tujuan Nasional Indonesia sebagai bangsa yang merdeka, meskipun sering dalam kehidupan keseharian diinstrumentalisasi (difungsikan sebagai alat) untuk kepentingan-kepentingan pragmatis. Akibat instrumentalisasi terhadap Pancasila menjadikan validitasnya ditentukan oleh keberhasilan aksi dalam pencapaian tujuan penggunaannya. Ketika Pancasila tidak berhasil mencapai tujuan yang diharapkan penggunaannya, maka menjadikan Pancasila kehilangan validitasnya.

Pancasila niscaya menjadi kategori validitas (keabsahan) filosofis dan ideologis peraturan perundang-undangan, termasuk Konstitusi. Sehingga, peraturan perundang-undangan, termasuk Konstitusi itu yang menjadi instrumen pencapaian tujuan negara (alinea ke-4 UUD 1945) dan berbagai tujuan pragmatis kehidupan berbangsa dan bernegara, yang selalu didasari Pancasila. Dalam hal ini, instrumentalisasi Konstitusi juga untuk tujuan

pemahaman dan implementasi nilai-nilai Pancasila itu sendiri dalam berbagai bidang sosial, politik, dan ekonomi.

Pancasila dan Konstitusi tidak dapat disangkal “hidup” dalam ruang yang tidak hampa dan kedap pengaruh. Globalisasi yang meruntuhkan sekat antara yang internasional dan domestik karena hubungan-hubungan internal dan eksternal tidak lagi menjadi jelas telah menjadi kekuatan utama di balik perubahan-perubahan sosial, ekonomi, dan politik yang tengah menentukan kembali masyarakat modern dan tatanan dunia (Budi Winarno, 2007 : 13), sehingga Pancasila harus berhadapan-hadapan dengan kekuatan dan transformasi itu. Persoalannya adalah ketika Konstitusi dan peraturan perundang-undangan yang ada di bawahnya dipergunakan sebagai instrumen perubahan sosial (*social change*) menyesuaikan dengan transformasi sosial, ekonomi, dan politik masyarakat modern pada satu sisi dan Pancasila sebagai dasar filosofis dan ideologis negara pada sisi lain menimbulkan persaingan. Persaingan ini tidak dapat dihindari karena globalisasi memang telah membuat negara tidak lagi dapat menjalankan fungsi yang benar-benar otonom. (Budi Winarno, 2007 : 11) Pertanyaannya, yaitu akankah Pancasila memenangkan persaingan itu ?



Keberhasilan memenangkan persaingan itu sangat bergantung tidak saja pada Majelis Permusyawaratan Rakyat yang memiliki ruang untuk mengubah Konstitusi dan Dewan Perwakilan Rakyat yang memiliki kekuasaan membentuk undang-undang serta Presiden yang memiliki hak mengajukan dan memberi persetujuan, serta mengesahkan rancangan undang-undang, namun juga bergantung pada komitmen masyarakat untuk menerima atau meresistensi (sebagian atau seluruh) arus besar perubahan itu. Oleh karena itu, pada tingkatan undang-undang perlu diadakan “undang-undang harmonisasi” yang mensyaratkan langkah-langkah tertentu, yang secara substantif menjamin penghormatan dan perhatian terhadap nilai-nilai Pancasila dan norma-norma masyarakat lokal. Sehingga, ketika harus meloloskan dominasi ide, konsep, dan solusi atau institusi, struktur, dan metode hukum asing, khususnya hukum Barat dalam pembentukan hukum, memiliki rasionalitas yang memadai. Kecuali, bangsa Indonesia merelakan nilai-nilai Pancasila tererosi secara dominan oleh nilai-nilai asing, baik dalam wujud ide, konsep, dan solusi maupun institusi, struktur, dan metode hukum.

### Daftar Pustaka

- Backer, Larry Catá, 2007, "Harmonizing Law in an Era of Globalization – Convergence, Divergence, and Resistance : An Introduction and Analysis", dalam Larry Catá Backer (ed), *Harmonizing Law in an Era of Globalization – Convergence, Divergence, and Resistance : An Introduction and Analysis*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press.
- Benda-Beckmann, Franz von; Benda-Beckmann, Keebet von; and Griffiths, Anne, "Mobile People, Mobile Law: An Introduction", dalam Franz von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann, dan Anne Griffiths (ed.), *Mobile People, Mobile Law, Expanding Legal Relations in a Contracting World*, England, Ashgate Publishing Limited.
- Garner, Bryan A. (ed.), 2004, *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, St Paul, USA, West.
- Lomio, J. Paul; Spang-Hanssen, Henrik S. & Wilson, George D., 2011, *Legal Research Methods in a Modern World: a Coursebook*, Copenhagen Denmark, DJØF Publishing.
- Órücü, Esin, "Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition", Vol.4.1, June 2000, Netherlands Comparative Law Association, [www.ejcl.org/41/art41-1.html](http://www.ejcl.org/41/art41-1.html), diunduh 3 Oktober 2012
- Sidharta, B. Arief, tanpa tahun, "Pancasila sebagai Filsafat Bangsa Indonesia".
- Stuart, Christopher, 2007, "From 'Mother of the World' to the 'Third World' and Back Again : The Harmonization Cycle Between Islam and the Global Economy", dalam Larry Catá Backer (ed), *Harmonizing Law in an Era of Globalization – Convergence, Divergence, and Resistance : An Introduction and Analysis*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press.
- Twining, William, 2009, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective (Law in Context)*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Wacks, Raymond, 2009, *Understanding Jurisprudence, An Introduction to Legal Theory*, second edition, New York, Oxford University Press.
- Watson, Alan, 1993, *Legal Transplants, an Approach to omparative Law*, Athens and London, The University of Georgia Press.
- Winarno, Budi, 2007, *Globalisasi & Krisis Demokrasi*, Jakarta, Buku Kita.

## Pancasila dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia

### Pancasila: Solusi Problema Patologis Multidimensi Negara Bangsa Indonesia

Kamarudin Hasan

#### Latar belakang

Tulisan ini sengaja dibuat bersifat populis. Dengan pertimbangan, kalau sebuah tulisan terlalu ilmiah dan hanya tersentuh aspek kognitif (pengetahuan) saja, percuma, akan sama nasibnya dengan empat (4) pilar kebangsaan terutama pancasila saat ini. Padahal pancasila sangat *acceptable, transformatif dan* dinamis dalam praktek keseharian ketika mampu menyentuh aspek afektif. Maka tulisan ini lebih kepada aspek psikomotor (pengalaman), aspek afektif (sikap) dan terakhir aspek kognitif. Semestinya ketiga aspek tersebut berjalan secara seimbang.

Manusia sebagai khalifah dimuka bumi oleh Allah SWT dengan dibekali keinginan, kebutuhan, cita-cita, nilai-nilai yang dimuliakan, serta akal, budi dan daya untuk mewujudkan semua itu. Maka demi memperbesar daya manusia untuk lebih mampu mewujudkan segenap keinginan, kebutuhan dan cita-citanya membangun negara sebagai tempat atau wahana untuk berkarya sekaligus tempat tinggal berdiam yang semestinya tenteram menikmati jerih karya upayanya. Negara semestinya menjadi pranata yang dibuahkan oleh prestasi peradaban manusia untuk tujuan-tujuan fitrahnya, yang diselenggarakan dengan nilai-nilai ketuhanan, keadilan, peradaban, kebersamaan yang kemudian mengkristalkan kesadaran mengenai mutlaknya azas kedaulatan rakyat.

Dapat dikatakan negara adalah organisasi manusia yang dibentuk yang menjalankan dan menghidupkannya pun adalah manusia itu sendiri. Karena manusia sebagai pusat yang melahirkan, menjalankan dan menghidupkan negara, maka manusianya yang harus paham akan hakikat dirinya sebagai khalifah di muka bumi.

Dalam Al-Quran 49:13, dijelaskan bagaimana mesti memahami manusia walaupun berbeda suku, bangsa, agama, bahasa, budaya dan lain-lain.

*Hai manusia, sesungguhnya Kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan, dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling kenal-mengenal. Sesungguhnya orang paling mulia di antara kamu di sisi Allah ialah orang yang paling bertaqwa di antara kamu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui dan Maha Mengetahui.*

Suatu petunjuk Allah SWT, menyangkut hal ikhwal alam kodrat manusia dalam urusan bagaimana merajut dan membangun suatu kehidupan berbangsa-bernegara secara bersama. Allah SWT memberi pedoman kepada manusia yang berpikir, bahwa eksistensi makhluk manusia memiliki sifat-sifat, hukum-hukum dan norma-norma yang secara kodrati melekat sebagai suatu keniscayaan universal. Konsekwensi logisnya, kehidupan manusia yang berkelompok-kelompok itu mensyaratkan perlunya membangun relasi, interaksi, komunikasi, interkoneksi dan jejaringan dan kerjasama, untuk kemudian satu sama lain hendaknya menjadi saling mengenal, mengerti dan memahami, bersama segala bentuk keharusan komunikatif dan sosiologis lainnya, seperti tolong menolong, berkorban, toleransi



dan gotong royong. Karena hal-hal tersebut adalah sangat berperan penting dan berguna dalam membangun dan membina suatu tata kehidupan bersama dalam bernegara berbangsa yang harmonis, saling mengayomi dan mendamaikan.

Realitas pengalaman sejarah kehidupan yang panjang ini, terbentuklah berbagai unsur alam pikiran dasar yang meliputi: world-view, common sense, kepercayaan, tata-nilai, upacara-upacara dan prinsip-prinsip, sistem kebudayaan, mitologi, totemisme dan ritual. Semua ini disepakati, dipercayai, dipegang-teguh dan diyakini secara bersama sebagai kaedah-kaedah normatif yang mengikat dan mejadi elemen-elemen dasar bagi konstruksi kehidupan berbangsa dan bernegara, untuk kemudian dilahirkan pandangan hidup, dasar dan filsafat bernegara.

Tatkala bangsa Indonesia berkembang menuju fase nasionalisme modern, diletakkanlah prinsip-prinsip dasar filsafat sebagai suatu asas dalam hidup berbangsa dan bernegara. Temuan bersama para *founding fathers* yang kemudian melakukan suatu penyelidikan oleh badan BPUPKI, dalam rapat dilaksanakan 29 Mei 1945, pidato pembukaan tentang dasar negara dimulai oleh Mr. Muhammad Yamin yang menyebutkan konsep lima dasar (peri Kebangsaan, peri Kemanusiaan, peri Ketuhanan, peri Kerakyatan, dan Kesejahteraan Rakyat). Meskipun memiliki perbedaan aksentuase dengan Soekarno (Kebangsaan Indonesia, Internasionalisme atau peri Kemanusiaan, Mufakat atau Demokrasi, Kesejahteraan Sosial, dan Ketuhanan yang berkebudayaan) namun keduanya memiliki prinsip yang sama. Keduanya menekankan pada aspek kebangsaan sebagai hal tertinggi dari seluruh nilai. Soekarno baru menyampaikan gagasannya tiga hari setelah M. Yamin (1 Juni 1945). Bahkan sebelum itu, Muhammad Hatta dan Soepomo lebih dahulu menyampaikan gagasan prinsip ekonomi dan bentuk negara "Indonesia baru". Bisa disimpulkan bahwa nilai Pancasila menjadi ruh dasar (*philosofische grondslag*) yang diperas dari – mengutip bahasa Ernest Renan – "pengalaman menderita bersama" (*having suffered together*) yang lebih bernilai untuk mempersatukan ketimbang kesenangan yang pernah dirasakan bersama. Sebuah semangat anti-kolonialisme dan perbudakan dengan sebenar-benarnya dan seluas-luasnya

Prinsip-prinsip dasar itu ditentukan oleh para pendiri bangsa tersebut yang diangkat dari filsafat hidup atau pandangan hidup manusia bangsa Indonesia, yang kemudian diabstrasikan menjadi suatu prinsip dasar filsafat negara yaitu Pancasila.

Berdasarkan kenyataan objektif, untuk memahami jati diri bangsa Indonesia serta identitas keIndonesia, tidak dapat dilepaskan dengan akar budaya yang mendasari identitas nasional Indonesia. Kepribadian, jati diri serta identitas nasional Indonesia yang terumuskan dalam filsafat Pancasila harus dilacak dan dipahami melalui sejarah terbentuknya bangsa Indonesia sejak zaman kerajaan-kerajaan Nusantara; Samudera Pase, Perlak, Kutai, Sriwijaya, Majapahit, serta kerajaan lainnya sebelum penjajahan bangsa asing di Indonesia.

Nilai-nilai esensial yang terkandung dalam Pancasila; Ketuhanan, Kemanusiaan, Persatuan, Kerakyatan serta Keadilan, dalam kenyatannya secara objektif telah dimiliki oleh bangsa Indonesia sejak zaman dahulu kala sebelum negara ini lahir. Proklamasi Kemerdekaan Negara Kesatuan RI adalah peletakkan dasar tentang pentingnya Hak Asasi Manusia; Negara yang didirikan adalah atas kehendak bersama, bukan atau kehendak sekelompok; Negara yang dicita-citakan adalah atas kehendak bersama dalam nuansa keadilan; Negara berdiri atas Ridha Allah SWT. Meskipun ada perdebatan tentang apa saja yang menjadi hak kewargaan, paling tidak tiga hak dasar kewargaan ini harus dijamin hadir

sebagai bagian dari penyelenggaraan negara. Hak itu meliputi, kesamaan di depan hukum (*rule of law*), hak dalam pemilihan (*voting rights*), dan hak untuk mendapatkan jaminan kebutuhan dasar (pendidikan, kesehatan, perumahan, dan pendapatan minimal). Sesungguhnya kemerdekaan itu adalah hak setiap manusia untuk dimanfaatkan bagi kehidupannya dan pencapaian kebahagiaannya. Oleh karena itu, untuk menjaga dan selalu mempertahankan kemerdekaan, persatuan dan kesatuan bangsa negara adalah wujud rasa syukur atas karunia dan ridha Allah SWT.

### **Kewargaan Minoritas; Daerah yang terpinggirkan**

Nusantara ini adalah ruang komposisi etnis dan kultural yang dibentuk oleh budaya tempatan dan pendatang. Arkeologi budaya yang turun-temurun dan menempel pada masing-masing komunitas harus dipertahankan. Itu adalah endapan sejarah yang tak mungkin hilang. Secara antropologis negara bangsa ini cukup kaya, memiliki 300 kelompok etnik dan lebih 700 bahasa dan dialek; bangsa terkaya bahasa lokal kedua di dunia setelah Papua Nuigini. Keberagaman itu menjadi bermakna jika hak-hak etnik (terutama minoritas-daerah), agama, dan masyarakat terasing dipenuhi secara maksimal.

Namun negara telah menjadi alat dari penghayatan kehidupan bersama, berbangsa, berbudaya beragama jauh dari nilai-nilai pancasila. Pembantaian, intimidasi, pengusiran, pemgasingan, intoleransi dan ketidakadilan, yang dilancarkan dengan menggunakan kekuasaan negara, sudah menimpa begitu banyak manusia. Sistem pembangunan keliru yang dijalankan oleh negara telah membuahakan ketimpangan yang lebar, segelintir warga telah menikmati hasil pembangunan ekonomi yang membawa mereka kedalam kehidupan modern di tengah rakyat kebanyakan yang masih hidup dalam taraf sangat rendah dan yang tanpak tak manusiawi atau mirip kotoran yang melekat di baju modernitas, kotaran yang harus hapus.

Provinsi Aceh misalnya, ditengah kemajuan dari hasil- pembangunan pasca konflik dan tsunami, masih terlalu banyak Gampong-gampong di Simeulu, Aceh Utara, Takengon, Singkil dan lain-lain, yang tanpak teduh oleh budaya bisu dari mereka yang tersisih atau yang tak terangkut kereta pembangunan dan perberadaban. Anak-anak kurus ringkih duduk dengan pandangan mata yang kosong - pandangan tanpa keinginan dan harapan; mereka bukan anak-anak yang melenggang di Mall-Mall, plaza-plaza gemarlap sebagai ciri kota modern atau sedang kursus komputer-bahasa asing, mereka bahkan tidak tercatat sebagai murid sekolah, tidak juga sedang memasak dengan riang sebab tak ada yang bisa dibeli, hal serupa juga sangat banyak terdapat di Papua, negeri yang kendati kekayaan alamnya setiap hari memberikan kemewahan dan kemajuan hidup sangat jauh bagi sejumlah orang hingga dinegeri-negeri yang jauh.

Sulawesi Tenggara, bagaimana nasib suku Bajo, sebagai masyarakat yang tinggal di "laut", masyarakat Bajo mengalami marjinalisasi. Jangankan negara, provinsi, bahkan pemerintah kabupaten Wakatobi sendiri (wilayah administratif komunitas Bajo) menganggap mereka masyarakat laut yang tidak perlu "registrasi daratan".

Demikian pula masyarakat Ammatoa, Kajang, Bulukumba, Sulawesi Selatan. Masyarakat pedalaman ini sering dituduh komunitas sihir. Agama yang dianut dianggap "Islam separuh" karena ritual dan konsep teologinya tidak umum. Pemerintah Bulukumba berupaya menjalankan program "pemberadaban" suku ini dengan membangun jalan yang

nyatanya malah merusak hutan, dan membangun sekolah yang akhirnya ditinggalkan karena tidak ada muatan lokal.

Hampir sama buruknya juga nasib etnis Mentawai, Pulau Siberut, Sumatera Barat. Mereka dianggap *the significant others* oleh PNS pendatang yang bekerja di pulau itu dan juga oleh masyarakat Sumatera Barat umumnya. Mereka dilihat sebagai penyembah berhala. Etnik Mentawai cuma menjadi komunitas “stempel atas nama”. Baik negara atau pun LSM internasional sibuk mengimajinasikan pulau Siberut menurut selera masing-masing. Apa yang dianggap peradaban hanya menjadi kebiadaban bagi mereka.

Berapa banyak komunitas sub-nasional terancam oleh praktik politik yang berorientasi kepada pengutamaan kepentingan negara dan masyarakat (*state centric vs social centric*). Negara memiliki logikanya sendiri, demikian pula masyarakat mayoritas memiliki libidonya sendiri untuk memaksakan selernya kepada minoritas. Ini tentu bertentangan dengan prinsip demokrasi, *majority rules, minority rights*. Mayoritas memiliki kuasa dan *previlese* untuk berkuasa dan membuat kebijakan. Namun kepastian kebijakan bagi minoritas harus terjamin dengan keras dan tegas, jangan sampai kezaliman (*ruthlessness*), penindasan, unmanusiawi dan perang terus diproduksi.

Penggalan-penggalan sketsa itu adalah kumpulan makalah, yang merupakan hasil riset para aktivis LSM, akademisi, dan penulis sosial-humaniora yang dipresentasikan pada seminar internasional Komunitas Percik, Salatiga, 10-14 Juli 2012 lalu. Tema besar yang diangkat adalah “Kewargaan Subnasional dan Cita-cita Negara Bangsa dalam Dinamika dan Perspektif Lokal”. Ada 33 pemateri yang memberikan pandangan tentang status kewargaan (*citizenship*) di dalam masyarakat-masyarakat marjinal dan minoritas di seluruh Indonesia, dari Aceh sampai Papua.

Mestinya kembali diinsyafi, konsep kemerdekaan yang diperjuangkan *the founding fathers* adalah melindungi jati diri kewargaan dan keindonesian melalui kehadiran demokrasi dan kesejahteraan. Cita-cita demokrasi mengharuskannya peka dengan aneka perbedaan dan merepresentasikan perbedaan itu secara etik dan moral. Adapun cita-cita kesejahteraan menjadi *ultimate virtue* bagi setiap negara untuk merealisasikan kemakmuran, kebahagiaan, dan potensi untuk bisa terus berkembang bagi setiap warga bangsa.

Di dalam setiap mosaik itulah tercakup semua kebudayaan dari masyarakat yang lebih kecil yang membentuk terwujudnya masyarakat yang lebih besar, yang mempunyai kebudayaan seperti sebuah mosaik tersebut (Suparlan, 2002). Model multikulturalisme ini sebenarnya telah digunakan sebagai acuan oleh para pendiri bangsa Indonesia dalam mendesain apa yang dinamakan sebagai kebudayaan bangsa, sebagaimana yang terungkap dalam penjelasan Pasal 32 UUD 1945, yang berbunyi: “kebudayaan bangsa (Indonesia) adalah puncak-puncak kebudayaan di daerah”.

Hal itu bisa diperbaiki jika pemerintah memiliki perspektif sensitif budaya dan etnografis dalam agenda pembangunan. Strategi kebangsaan hanya berhasil jika mengakui keragaman dan bersedia membela segala upaya—baik sistematis atau reaktif—yang makin memminoritaskan minoritas. Salah satu upaya mungkin melalui pembuatan ensiklopedia suku-suku bangsa Nusantara secara lengkap, yang didistribusi kepada lembaga-lembaga pendidikan dan tamu negara asing. Agar lebih banyak yang tahu, di luar Jawa dan Islam, ada ratusan etnik, budaya, dan agama di Indonesia yang mulai tersingkir oleh pertambangan, rusaknya hutan, sawitisasi, dan agenda politik lokal yang anti-perbedaan.

Belum lagi jika melihat hak “istimewa” lainnya, seperti yang telah diratifikasi dari Kovenan internasional tentang hak ekonomi sosial budaya (UU No. 11/2005), bahwa status minoritas sebuah masyarakat dan budaya menyebabkan ia memperoleh keistimewaan dan perlindungan khusus. Strategi multikulturalisme Indonesia seharusnya menjadi pertemuan budaya yang memperkaya perbedaan. Tidak membiarkan ada yang sampai bangkrut atau jatuh miskin.

### **Defisit Kebangsaan; Pancasila terluka**

Problem yang dihadapi bukan saja masalah tidak aktualnya nilai-nilai Pancasila dalam implementasi kebangsaan dan kenegaraan, tapi juga karena ada tantangan baru akibat mondialisasi problem-problem sosial-ekonomi, masuknya nilai-nilai baru seperti HAM yang tidak diikuti kemampuan negara untuk mengurainya, dan perkembangan teknologi informasi yang manipulatif dan mendangkalkan.

Teknologi informasi telah membangun kultur serba tahu masyarakat – melalui televisi, internet, media sosial pop – namun di saat yang sama mengonsumsi “kebenaran” yang banal dan superfisial. Ketahyulan media lebih dipercayai dibandingkan otentisitas sejarah dan keunggulan nilai-nilai warisan para leluhur. Berapa banyak anak pemuda saat ini benar-benar meleak sejarah bangsa, membuka-buka risalah BPUPKI dan PPKI yang begitu dalam dan filosofis argumentasinya, dan melihat sungguh-sungguh problem bangsa ini sekaligus ikut rembuk mengartikulusikannya? Berapa banyak dari elite percaya pada kekuatan gotong-royong untuk membangun bangsa dan bukan malah gotong-royong memiskinkan bangsa melalui korupsi?

Di tengah kegalauan itu, nilai-nilai global yang nir-otentik masuk dan bermutasi menjadi energi ekstrem, baik dalam bentuk *westernisasi* atau *primordialisasi* agama, yang meledak ke dalam (implosi) sehingga mengganggu keragaman yang menjadi keniscayaan bangsa negara ini.

Defisit kebangsaan ini tidak mudah ditalangi ketika elite-elite bangsa tak kunjung memberikan contoh dan tuntunan. Pelbagai kasus mafia hukum, mafia proyek, dan premanisme parlemen menjadi reportoar dan sinetron politik nasional. Wujud elite dalam dramaturgi kekuasaan berwajah penuh ketegaan. Mereka menonjolkan pamer kebencian atas lawan politik dan sekuat tenaga mengintip untuk membuka borok politik setiap kesempatan itu datang. Argumentasi pasaran masuk dalam sesi sidang di parlemen atau saat memberikan pernyataan resmi. Dalam *amook* politikus seperti itu, bagaimana pula rakyat akan mengambil suri tauladan?

Dalam situasi ini sebenarnya Pancasila dilukai sendiri oleh elite-elite bangsa. Orde Baru telah memberikan pendarahan yang cukup dalam pada Pancasila. Kejadian yang selalu diingat adalah ketika nilai-nilai Pancasila direduksi (melalui P4/Eka Prasetya Pancakarsa), diputus dari nadi sejarahnya, dimistifikasi dan dipersonifikasi kepada figur Soeharto sebagai penyelamat Pancasila (1 Oktober). Monumen Pancasila Sakti, Film *Gerakan 30 S/PKI*, diorama di Lubang Buaya menjadi bagian untuk memistifikasi sehingga Pancasila menjadi alat untuk menghantu-hantui masyarakat/kelompok masyarakat yang menentang kekuasaan saat itu. Lukanya makin mengganggu dalam pengalaman perih masyarakat Aceh, Papua, Maluku Utara, Lampung (Warsidi), Tanjung Priok, dan lain-lain.

Maka tak heran ketika di Aceh saat ini sering dilakukan seminar yang terkait upaya membangkitkan nilai-nilai nasionalisme dan aktualisasi nilai-nilai Pancasila ditanggapi sinis di sudut kiri atau mistifikasi di sudut kanan. Sudut kiri direpresentasi oleh masyarakat korban konflik dan sudut kanan adalah komunitas yang diuntungkan dengan situasi konflik. Sebenarnya kedua ekstrimitas ini harus dihindari, karena nilai-nilai Pancasila bertujuan memoderasi, dan bukan menjebak masyarakat pada fanatisme atau militansi. Artikulasi nilai-nilai kebangsaan seharusnya muncul dalam kesadaran kreatif untuk mengembangkan masyarakat dan kebudayaan. Tidak sekedar dalam bentuk pidato, seremonial, atau perlombaan. Problem sebenarnya bukan pada nilai-nilai ideal yang ada di dalam Pancasila, tapi tangan-tangan kotor yang telah mengatas-namakan Pancasila; yang memberlakukan nilai-nilai sebaliknya, seperti menolak kerahiman Tuhan dengan bersikap sadis pada keyakinan berbeda, anti-kemanusiaan, anti-kebangsaan, anti-musyawaharah/mufakat, dan menjauhi keadilan sosial.

Yang diperlukan saat ini bukan mengaksarakan Pancasila dalam ungkapan verbal, yang ketika tak bisa dilafalkan akan dihukum dengan rendaman di comberan atau pukulan - seperti pengalaman di era Orde Baru. Tidak begitu penting mengaksarakan Pancasila, malah beberapa pemimpin negeri ini juga ketahuan tak persis melafalkannya. Yang utama adalah bagaimana mengaktualisasikan Pancasila dengan segenap keinginan memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa: seluruh tumpah darah Indonesia. Tanpa menumpahkan lagi darah anak bangsa di Nusantara.

Ketika hal itu tertanam secara afektif dalam diri manusia Indonesia, niscaya Pancasila akan sakti kembali. Karena kesaktian Pancasila tidak memerlukan hal-hal yang sifatnya formal, seperti penerbitan SK ataupun peringatan-peringatan. Pancasila sebagai nilai yang sudah hidup ratusan tahun dan mengakar dalam jiwa bangsa Indonesia. Ia ada dalam alam kesadaran masyarakat sebagai alam sadar orang akan tergerak melaksanakan nilai-nilai Pancasila dalam kehidupan bermasyarakat seperti halnya menjaga kebersamaan, prinsip-prinsip nilai kebenaran dan keadilan. Pancasila yang merupakan ideologi yang hidup dalam jiwa dan kehidupan rakyat Indonesia.

### **Nasionalisme yang terabaikan**

Meskipun menggelitik, karena mulai banyak penggunaan istilah etno-nasionalisme, terutama dalam khazanah post-colonial studies. Banyak kemacetan fungsional yang mungkin akan menghadang karena asal-usul kata itu sendiri dalam bahasa Yunani, *ethnikos*, berarti “yang bukan orang Yahudi” (*gentile/non-israelite*) atau “penyembah berhala” (*heathen*), yang sebenarnya berkonotasi menghina atau mengecilkan. Menyebut *ethnic* sama dengan menyebut segerombolan orang yang berada di sebelah hutan sana, dan kita tak tahu apa (Bill Ashcroft, et.al, *The Post-Colonial Studies Reader*, 1995 : 219).

Lagipula, penyebutan etno-nasionalisme, secara terminologis mengandaikan adanya pusat yaitu (*Ethnic*, Jawa) dan pinggiran (*ethnics*, non-Jawa) dalam nasionalisme Indonesia. Padahal, jika merujuk kepada catatan Benedict R.O’G Anderson (*Indonesian Nationalism Today and in the Future*, 1999 dan *Revoloesi Pemoeda*, 1988) tentang nasionalisme Indonesia, permasalahan *ethnocentrism* telah selesai dengan diakuinya “berbangsa satu” jauh sebelum pengesahan kemerdekaan Indonesia oleh seluruh elemen masyarakat nusantara, bahkan juga oleh Ambon, Papua, dan Manado. Saat itu, suku-suku yang ada telah melupakan, bahwa kerajaan Aceh pernah suatu waktu “menjajah” daerah pesisir

Minangkabau, atau para raja-raja Bugis pernah memperbudak masyarakat dataran tinggi Toraja. Seratus delapan puluh derajat seluruh suku-suku bangsa nusantara melupakan sejarah persengketaan mereka, dan bersegera menyongsong semangat bersama, semangat nasional untuk lepas dari kolonisasi bangsa kulit putih.

Dalam pembukaan UUD 1945 yang menjadi rujukan sah konstitusional, terbaca tanpa keraguan bahwa budaya yang akan dibangun adalah budaya nasional yang berangkat dari kesadaran bersama, sebagai jajahan. Menolaknyapun dengan alasan yang khas orang terjajah; “karena tidak sesuai dengan peri-kemanusiaan dan peri-keadilan.” Inilah proses pembentukan nasionalisme modern Indonesia. Tidak diawali oleh kekalahan Belanda pada tahun 1942, tapi jauh sebelum itu ketika gerakan kebangkitan nasional mulai marak di tahun 20-an hingga 30-an (Lihat Onghokham, *Runtuhnya Hindia Belanda*, Jakarta:Gramedia, 1987).

Inilah karya imajinatif yang sesungguhnya sangat cerdas dihasilkan oleh para pejuang nasional sejak 1930-an itu. Jelasnya, tak ada yang menjadi pusat dan *perifer* dalam pembentukan asal-usul nasionalisme itu. Pilihan menamakan bahasa nasional dengan Bahasa Indonesia adalah indikator tersendiri bahwa proses *hibridasi* berlangsung sempurna. Tidak hanya mengadopsi Bahasa Melayu-Malaka, tapi menghimpunnya dengan dialek, pengaruh yang sama banyaknya dari Jawa, Padang, Sunda, Ambon, Sulawesi, Kalimantan, dan lain-lain.

Jika demikian, pantaskah menilai bahwa sebenarnya nasionalisme daerah-daerah yang pernah dilanda konflik seperti Aceh terbangun karena penderitaan yang bertubi-tubi datang-pergi dan tak berhenti? Pantas saja, meskipun tidak sepenuhnya. Meski kita mengira ketika secara psikologis orang disakiti dan ketika serangan terjadi secara rutin terhadap fisik, orang akan membuat tuntutan sebagai harga yang harus dibayar. Bisa jadi ya, tapi bukan itu yang utama. Harga bisa jadi hal lain lagi. Tuntutan tetap muncul bahkan dengan makin beragam. Yang pasti kekerasan hanya membuatnya makin terlihat spesifik. Tuntutan yang hadir dari kelompok tetindas selalu terlihat sebagai ironi.

Kiranya makin jelas saja posisi dari nasionalisme kedaerah saat ini, bahwa kelahirannya tak mungkin tertahankan lagi ketika kezaliman (*ruthlessness*) dan perang terus diproduksi. Perang itu sendiri juga bukan demi keutuhan nasionalisme Indonesia, karena tak ada yang “luar biasa” terjadi sehingga perang itu harus hadir, kecuali provokasi beberapa elite kekuasaan yang punya motif permusuhan yang berlebihan terhadap sebuah komunitas yang berbeda dengannya.

Strategi perang bukan cara untuk menyelamatkan, tapi menghilangkan (*wiçirna sahana*) sebuah komunitas dalam skala besar. Terbukti perang telah berperan sangat signifikan dalam menghancurkan selera kehidupan masyarakat Aceh. Hancurnya sektor pendidikan, pemiskinan, dan korupsi menjadi faktor bahwa perang hanya peduli kepada motif kekuasaan dan bukan pembebasan.

Seperti yang dikatakan Gellner (1964), “nasionalisme bukanlah tentang bangkitnya kesadaran diri bangsa, ia adalah bikinan yang sebelumnya tidak pernah ada.” Ia seperti melati yang kuncup dan mekar. Ketika ia tumbuh di tanah terlarang sekalipun, ia harus diperiksa berdasarkan motif-motifnya, gagasan-gagasannya, dan perilaku libidalnya. Sebagai sebuah gagasan ia punya alur narasinya sendiri, dan ini yang lebih menarik untuk dilihat dan dipelajari, bukan direpresi.

## Reformasi Mental birokrasi; Moral Bangsa Negara

Sebuah pengalaman Penulis 2012 juga dialami oleh kawan penulis di Aceh Teuku Kemal Fasya. Disebabkan mesti membawa keluarga ke luar negeri – penang untuk berobat, dan telah habisnya masa berlaku paspor, akhirnya penulis harus bergerak cepat untuk mengurus paspor baru. Penulis tahu untuk pengurusan cepat administrasi negara seperti ini memerlukan “mahar”. *Speed means extra-cost*, demikian kira-kira yang harus dipahami oleh setiap pemohon di lembaga perizinan negara. Ternyata kultur birokrasi yang dulu begitu banyak calo sejak langkah pertama masuk kantor imigrasi, kini tidak ada orang seorang pun yang bersedia membantu lewat pintu belakang. Seluruh ruangan ditempel peringatan untuk tidak menggunakan calo. Pengurusan dilakukan dengan cara normal. Namun mengingat untuk pengurusan normal pun diperlukan durasi paling cepat lima hari, tetap tidak akan cukup karena berhubungan dengan pemesanan tiket. Pegawai di tingkat pemohon mencoba membantu, namun tetap memerlukan waktu minimal tiga hari.

Ketika masuk di ruangan wawancara, pegawai di sana menilai objektif alasan penulis dan membantu secepatnya mengeluarkan paspor. Untuk segala kemudahan itu tak ada uang terima kasih yang harus dikeluarkan. Di tambah lagi seluruh ruangan foto dan administrasi ditempel kalimat untuk tidak memberikan apapun kepada pegawai imigrasi.

Pengalaman di kantor imigrasi Lhokseumawe itu bukanlah hal biasa. Karakter pelayanan publik yang diberikan oleh kantor itu melebihi ekspektasi dari lembaga pelayanan publik mana pun yang pernah penulis temui di Aceh. Bahkan dunia kampus pun belum mencapai derajat apa yang dilakukan lembaga birokratis itu. Watak birokratisme telah luntur dan muncul semangat *human* dan kultural dalam melayani.

Perubahan drastis kantor imigrasi Lhokseumawe itu tidak dapat dikatakan silang dialektika positif reformasi birokrasi semata, seperti keluarnya regulasi tentang indeks kepuasan masyarakat dan pelayanan publik (KepmenPAN No. 25/2004 dan UU No. 25/2009), tapi juga “inisiatif-inisiatif lokal” untuk berubah dengan cepat. Terbukti, meskipun regulasi indeks kepuasan masyarakat telah hadir delapan tahun lalu dan pelayanan publik sejak tiga tahun lalu (bahkan bisa dikatakan sembilan tahun lalu jika dihubungkan dengan KepmenPAN No. 63/Kep/M.PAN/7/2003), banyak lembaga pemerintah dan pelayanan publik masih bersemangat *bossy*. Perubahan birokrasi sangat tergantung pada teladan pimpinan. Kecenderungan pimpinan lembaga pelayanan publik (negara) sering kali menjadi negatif saat mencapai posisi tertinggi. Sang pimpinan berhenti melayani dan berubah menjadi *la petite bourgeoisie*, tuan kecil yang manja dan malas. Dengan situasi seperti itu tidak akan kunjung datang perubahan dan kultur birokrasi.

Jika dibandingkan, terlihat ada disparitas jauh antara lembaga swasta dengan negara. Lembaga swasta sangat sensitif dengan perbaikan kinerja karena bergantung pada daya pikat responden atau pengguna jasa layanan. Karena jika tidak, responden akan lari ke lembaga swasta yang lebih berkinerja baik. Ada konstruksi saling menguntungkan; semakin baik semakin banyak kepercayaan dan semakin kuat lembaga itu di mata masyarakat dan rekanan bisnis lain. Derajat terpercaya (*trusted*) dan diandalkan (*reliable*) membuat lembaga pelayanan publik bertahan dan berkembang. Lembaga swasta sangat mempercayai bahwa memperbaiki perilaku organisasi akan berhubungan luas, bukan saja pada responden tapi juga dunia luar yang semakin tak terbatas.

Makanya apa yang terjadi di lembaga seperti kantor imigrasi Lhokseumawe atau lembaga-lembaga *low profile* lainnya harus diinfeksi ke publik agar menjadi pemicu bagi lembaga lain untuk berubah. Mereka yang telah bekerja dengan baik itu harus dijadikan model. Penulis yakin ada beberapa lembaga lain, meskipun tidak banyak, yang harus ditemukan dan diberi apresiasi. Pola *reward and punishment* harus diberlakukan. Semakin baik kinerjanya, dengan terpenuhinya aspek profesionalitas, keramahan, anti-korupsi, keterbukaan, tidak diskriminatif, ketepatan, kecepatan, kemudahan dan keterjangkauan, maka sewajarnya semakin besar insentif yang harus diterima oleh lembaga itu. Demikian pula sebaliknya.

Watak organisasi pemerintahan harus populis yang dekat dengan publik, baik pada kepentingan atau ide-ide yang berkembang di dalamnya. Penataan internal harus dilakukan dengan baik sebelum ke publik. Jadilah pemenang untuk perubahan. Sebab perubahan datang tidak oleh regulasi tapi dari pikiran keras untuk berkomitmen pada perubahan dan nilai-nilai progresif. Perubahan birokrasi akan terjadi jika *mentaliteit* birokrasi dibenahi. Dunia sedang berlari cepat, jika terus berlambat-lambat maka tak akan mendapatkan apapun di arus besar perubahan global ini.

### **Identitas Kebangsaan di tengah Arus Globalisasi**

Eksistensi suatu bangsa di era globalisasi mendapat tantangan yg sangat kuat, terutama karena pengaruh kekuasaan internasional, seperti dikutip oleh Berger dalam *The Capitalis Revolution*, era globalisasi dewasa ini ideologi kapitalislah yg akan menguasai dunia. Kapitalisme telah mengubah masyarakat satu persatu dan menjadi sistem internasional yang menentukan nasib ekonomi sebagian besar bangsa-bangsa di dunia, dan secara tidak langsung juga nasib, sosial, politik dan kebudayaan. Berbeda dengan Berger, Fukuyama (1989 : 48) menyatakan bahwa Perubahan global akan membawa perubahan suatu ideologi, yaitu dari ideologi partikular ke arah ideologi universal dan dalam kondisi seperti ini kapitalismelah yang akan menguasainya.

Identitas atau ciri khusus yang dimiliki kelompok, komunitas, suku, bangsa tidak cukup hanya dipahami secara statis mengingat kelompok, komunitas atau bangsa adalah merupakan kumpulan dari manusia-manusia yang senantiasa berinteraksi dengan bangsa lain di dunia dengan segala hasil budayanya. Identitas nasional suatu bangsa termasuk identitas nasional Indonesia, juga harus dipahami dalam konteks dinamis. bahwa selain faktor etnisitas, teritorial, bahasa, agama serta budaya juga faktor dinamika suatu bangsa tersebut dalam proses pembangunan Ilmu Pengetahuan dan Tehnologi.

Identitas nasional bangsa Indonesia juga harus dipahami dalam pembangunan, termasuk proses interaksinya secara global dengan bangsa lain di dunia internasional. Di dunia internasional bahwa bangsa-bangsa besar yang telah mengembangkan identitasnya secara dinamis membawa nama bangsa tersebut baik dalam khasanah dunia ilmu pengetahuan maupun dalam khasanah dunia pergaulan antar bangsa di dunia.

Pengamat dari Universitas Airlangga Surabaya Bambang Budiono MS M.Sosio menyebutkan Pancasila dikepung dua ideologi fundamentalisme yakni fundamentalisme pasar dan fundamentalisme agama, terbukti 72 undang-undang di Indonesia diintervensi asing. Kepemilikan asing itu antara lain 70 persen jaringan telekomunikasi yang dimiliki Kuwait, sedangkan agroindustri antara lain 65 persen kecap dikuasai AS, delapan persen



sawit dikuasai Singapura, dan 12 persen sawit dikuasai Malaysia. Selain itu, 100 persen teh dan makanan ringan merk tertentu juga dimiliki Inggris, kemudian 74 persen minuman ringan dikuasai Prancis. Kepemilikan asing itu masuk dalam 72 UU dengan kompensasi utang dan bantuan teknis kepada Indonesia, di antaranya UU minyak dan gas, UU telekomunikasi, UU listrik, UU sumberdaya air, Sekarang 49 persen pemain asing sudah diizinkan masuk pendidikan, dan juga swastanisasi rumah sakit dan sebagainya.

## Kesimpulan

Pertama, tidak ada pemaksaan penafsiran Pancasila menurut pemikiran dan keinginan masing-masing. Untuk memperoleh tafsiran yang benar dan efektif sebagai landasan Hukum dalam penataan kehidupan kenegaraan dan kebangsaan, mesti mengikuti keinginan Pancasila secara alamiah.

Kedua, pemerintah mesti memiliki perspektif sensitif budaya dan etnografis dalam agenda pembangunan. Strategi kebangsaan hanya berhasil jika mengakui keragaman dan bersedia membela segala upaya-baik sistematis atau reaktif-yang makin memminoritaskan minoritas. Salah satu upaya mungkin melalui pembuatan ensiklopedia suku-suku bangsa Nusantara secara lengkap, yang didistribusi kepada lembaga-lembaga pendidikan dan tamu negara asing. Termasuk kurikulum pendidikan berbasis multikultur, termasuk Pendidikan Pancasila

Ketiga, Pemerintah dan para elit politik harus mulai melakukan perubahan tingkah laku (*behavioral changes*). Terutama dalam kaitannya dengan gaya hidup masing-masing pejabat tinggi. Mulai dari presiden sampai ke anggota kabinetnya, pimpinan partai politik dan tokoh panutan masyarakat lainnya, perlu meneladani sebuah cara memerintah yang empati terhadap krisis dan nasib masyarakat kebanyakan. Pendekatan elitis harus disingkirkan. Pemerintah mesti menerapkan prinsip-prinsip Tata Kelola Pemerintahan yang Baik (*Good Governance*) secara konsekuen dan konsisten.

Keempat, pendekatan yang sifatnya Jakarta Sentris -Centered Bias harus dipadukan dengan pendekatan yang memperhatikan kepentingan lokal serta masyarakat. Demokratisasi meniscayakan hilangnya monopoli penafsiran dan kekuasaan. Keadilan dan pembagian (*sharing*) antar komponen bangsa di seluruh Indonesia harus dijadikan paradigma utama dalam mempertahankan eksistensi nasionalisme ke Indonesiaan yang menghargai ke-Bhinneka-an dan ke-Tunggal Ika-an. Dengan kata lain, krisis kepercayaan (*crisis of trust*) antara elit dengan massa, intra pemerintah sendiri, antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah, antara negara dan masyarakat, antara partai politik dengan *civil society*, antara pengusaha dengan buruh, serta intra masyarakat itu sendiri, mesti dihilangkan.

Kelima, lahirnya Pancasila selain mempersatukan setiap keberagaman yang ada mulai dari Sabang sampai Merauke, juga untuk memperkuat dan memperkokoh soal *concord* (kerukunan) *freedom* (kebebasan), *integrity* (keutuhan), *justice* (keadilan), *unity* (persatuan), *deliberation* (musyawarah). Sehingga eksistensi Pancasila yang kokoh perlu di upayakan secara terus menerus.

Keenam, reformasi mental birokrasi negara dan lembaga-lembaga *low profile* lainnya. Mesti diinfeksi ke publik agar menjadi pemicu bagi lembaga lain untuk berubah. Mereka yang telah bekerja dengan baik itu harus dijadikan model. Pola *reward and punishment* harus diberlakukan. Sebab perubahan datang tidak oleh regulasi tapi dari

pikiran keras untuk berkomitmen pada perubahan dan nilai-nilai progresif. Perubahan birokrasi akan terjadi jika *mentaliteit* birokrasi dibenahi.

#### Daftar Bacaan

Ashcroft, Bill, et.al, *The Post-Colonial Studies Reader*, 1995 : 219

Benedict R.O'G Anderson (*Indonesian Nationalism Today and in the Future*, 1999 dan *Revoloesi Pemoeda*, 1988)

-----, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, London, 1983.

C. Scott, *Domination and Art of Resistance*, 1990

Francis Fukuyama, *Trust: The Social Virtues & The Creation of Prosperity*, The Free Press, New York, 1995.

Fasya, Teuku Kemal, *Pancasila Yang Tak Beraksara*, Sinar Harapan, 7 Juni 2011.

....., *Memaknai Status Kewargaan Minoritas*, materi ini dibawakan pada acara Seminar Sehari Bertema “Peranan Wanita Dalam Memahami Arti Politik Serta Ideologi Negara” yang diselenggarakan oleh Lembaga BUDI bekerja sama dengan Badan Kesatuan Bangsa Politik dan Perlindungan Masyarakat Kementerian Dalam Negeri Republik Indonesia, di Banda Aceh pada hari Jum’at 21 September 2012. Tulisan pernah dimuat di *Jurnal Nasional*, 27 Agustus 2012.

Hasan, Kamaruddin, *Nasionalisme KeIndonesiaa*, makalah dibawakan pada acara Seminar Sehari Bertema “ Nasionalisme Pemuda dan Mahasiswa Aceh” yang diselenggarakan oleh LSM Lipmaga-Aceh bekerja sama dengan Badan Kesatuan Bangsa Politik dan Perlindungan Masyarakat Kementerian Dalam Negeri Republik Indonesia, di Lhokseumawe-Aceh pada tanggal 3 Juni 2011.

-----, *Multikulturalisme dan Fluralisme*, Makalah dibawakan pada acara Seminar Sehari Bertema “Multikulturalisme Indonesia” yang diselenggarakan oleh LSM DeRE-Indonesia bekerja sama dengan Badan Kesatuan Bangsa Politik dan Perlindungan Masyarakat Kementerian Dalam Negeri Republik Indonesia, di Lhokseumawe pada tanggal 19 Desember 2011.

-----, *Kesadaran Bernegara dikalangan Pemuda*, materi dibawakan pada acara Seminar Sehari Bertema “Kesadaran bela negara dikalangan pemuda dan mahasiswa: Antara harapan dan kenyataan” yang diselenggarakan oleh LSM DeRE-Indonesia dan Yayasan Aceh United Care (Y-AUC) bekerja sama dengan Badan Kesatuan Bangsa Politik dan Perlindungan Masyarakat Kementerian Dalam Negeri Republik Indonesia, di Banda Aceh pada tanggal 21-22 September 2012.

....., *Transformasi Damai Aceh*, makalah dibawakan pada acara Seminar Sehari Bertema “Penguatan Konsep Perdamaian Aceh Dalam Memperkuat Persatuan Dan Kesatuan Bangsa,” yang diselenggarakan oleh LSM Lipmaga-Aceh bekerja sama dengan Badan Kesatuan Bangsa Politik dan Perlindungan Masyarakat Kementerian Dalam Negeri Republik Indonesia, di Lhokseumawe-Aceh pada tanggal 23 Desember 2011.

....., *Memaknai Nasionalisme Keacehan*, makalah dibawakan pada acara Seminar Sehari Bertema “Kesadaran Bernegara Dan Bela Negara” yang diselenggarakan oleh LSM

JKSA bekerja sama dengan Badan Kesatuan Bangsa Politik dan Perlindungan Masyarakat Kementerian Dalam Negeri Republik Indonesia, di Banda Aceh pada tanggal 22 September 2012.

....., *Pilkada, Partai Lokal dan Masa Depan Aceh* (Harapan Berakhirnya Transisi) 2008, dalam *Beranda Perdamaian: Aceh Tiga Tahun Pasca MoU Helsinki* (Verandah of Peace – Three Years After Helsinki Agreement), (judul tulisan: / Provincial Elections, Lokal Parties And The Future Of Aceh (Hope for an End to the Transition Periode) P2P – LIPI – Pustaka Pelajar.

....., *Libidinal Economic dalam Media Televisi: Analisis Postmodernisme Dekonstruktif Televisi Indonesia*, Jurnal, Fak. ISIP Univ. Baturaja Sumatera Selatan, Vol. 1, No. 1, ISSN 1979-0899, Juni 2008.

....., *Imperialisme Budaya Melalui Televisi*, Jurnal, Fak. ISIP Univ. Muhammadiyah Lampung, Vol. 1, No. 1, ISSN 1979-1186, Juli 2008

....., *Kapitalisme dalam Perspektif Ekonomi Politik Media*, Jurnal Fisip UNIMAL, Vol. VIII, No.1, Hal. 25-48, ISSN 1693-8569, April 2010

..... dan Fasya, Kemal Teuku, *Reformasi mental birokrasi, Serambi Indonesia*, 30 Mei 2012

Matindas, Benni E, 2007, *Negara Sebenarnya, Widyaparamitha-Jakarta*

Onghokham, *Runtuhnya Hindia Belanda*, Jakarta:Gramedia, 1987).

Oetama, Jakob, *Pers Indonesia: Berkomunikasi dalam Masyarakat Tidak Tulus*, Penerbit Buku Kompas, 2001, hlm. 61.

Tolstoy Stephen Nathanson, *Patriotism, Morality, and Peace*, 1993 : 13

## **Nomokrasi Konstitusional Pancasila (Antitesis Terhadap Diskursus Pemikiran Negara Hukum Dalam Konstitusi Indonesia)**

**Ria Casmi Arrsa**

### **A. Pendahuluan**

Perkembangan ilmu hukum Indonesia berjalan secara dinamis di tengah situasi pemikiran global yang berkembang dan telah melahirkan berbagai paradigma pemikiran hukum untuk menopang jagad ketertiban manusia baik dalam berbagai sendi kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Oleh karena itu pula dalam perkembangan studi ilmu hukum dalam konteks bernegara telah melahirkan gagasan negara hukum untuk menghindarkan dari praktek-praktek otoritarianisme penyelenggaraan negara yang berujung pada *absolutisme*.

Mengacu pada konteks ke Indonesiaan tentunya kelahiran pemikiran tentang negara hukum memiliki dampak sistemik terhadap pengembangan dan pembangunan hukum di Indonesia. Sebagaimana diutarakan oleh Satjipto Rahardjo bahwa, "Negara Republik Indonesia yang berdasarkan atas hukum adalah suatu bangunan yang belum selesai disusun dan masih dalam proses pembentukannya yang intensif" (Satjipto Rahardjo:2003: 45). Lebih lanjut Soetandyo Wignyosoebroto mengutarakan bahwa konsep Negara hukum di Indonesia merupakan cita-cita bangsa Indonesia dan telah diatur dalam setiap Undang-Undang Dasar. Namun demikian konsep Negara hukum itu sendiri bukanlah asli dari bangsa Indonesia. Negara hukum Indonesia merupakan produk yang diimport atau suatu bangunan yang dipaksakan dari luar "imposed from outside" yang sebagian ditransplantasikan atau dipinjam (*borrowing*) melalui politik konkordansi kolonial Belanda (Soetandyo Wignyosoebroto: 2007:97)

Oleh karena itu sebagai bentuk dari proses transplantasi hukum yang berjalan ditengah situasi pengembangan dan pembangunan hukum di Indonesia tentunya gagasan negara hukum dalam konstitusi Indonesia tidak hanya diterima apa adanya tanpa ada proses filterisasi. Perihal ini sangat penting mengingat bahwa menurut A.Mukhtie Fadjar UUD 1945 itu diwarnai oleh berbagai gagasan yang sangat kontra produktif (kontroversial) atau setidak-tidaknya rancu, sehingga pengki-dahannya dalam tatanan (pasal-pasal batang tubuh) bersifat kabur yang mengundang multi intepretasi, dan akibatnya dapat diduga bahwa penerapannya selalu distorsi tergantung dari kehendak yang menguasai kosmos (dalam hal ini adalah penguasa).(A Mukhtie Fadjar:2003:3).

### **B. Pembahasan**

Beranjak dari latar belakang diatas maka perumusan terhadap *antitesa* dalam diskursus pemikiran negara hukum Indonesia dengan corak *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* diharapkan dapat meletakkan khasanah intelektual serta landasan paradigmatic dalam kerangka pembangunan konstruksi hukum yang selaras dengan dengan jati diri bangsa. Adapun secara sistematis perkembangan pemikiran negara hukum dapat dijelaskan sebagaimana berikut ini:

## 1. Perkembangan Pemikiran dan Karakteristik Gagasan Negara Hukum dalam Konteks Studi Ilmu Hukum

Sejarah perkembangan pemikiran negara hukum berjalan beriringan dan menempatkan hubungan yang erat antara negara (*state*) dan warga negara (*civil society*). Adapun tipologi negara hukum sebagaimana dimaksud antara lain:

### a) Negara Hukum Islam (*Nomokrasi Islam*)

Menelaah konsep negara hukum dalam perspektif Islam maka akan merujuk pada dimensi kehidupan yang bersifat transendental mengingat bahwa gagasan pemikirannya bersumber dari Kitab Suci Al-qur'an dan Al-Hadits. Beranjak dari uraian tersebut maka karakteristik negara hukum dalam perspektif Islam menempatkan kerangka paradigmatis pada dimensi Ketauhidan yang kemudian diturunkan pada derajat kekhilafahan manusia di muka bumi. Dalam pengalaman kesejarahan Robert N. Bellah mengatakan bahwa Negara Madinah pimpinan Nabi Muhammad SAW adalah model bagi hubungan antara agama dan negara dalam Islam. Perihal ini diperkuat oleh Mohammad Arkoun bahwa, Piagam Madinah telah menyajikan kepada umat manusia contoh tatanan sosial politik yang luhur dan penuh toleransi. (Muhammad Iqbal: 2007: IX).

Mengacu pada uraian di atas maka prinsip-prinsip negara hukum dalam perspektif Islam mengacu pada beberapa prinsip dasar antara lain: Prinsip kekuasaan sebagai amanah (Surat an-Nisa 4:58, Surat Al-Hujarat 49:13), Prinsip musyawarah (Surat Al-Syura 42:38, Ali-Imran 3: 59), Prinsip keadilan (Surat An-Nisa 4:135, Al-Maidah 5:38, An-Nahl 16:90, As-Syura 42:15, Surat Al-An'am 6:160), Prinsip persamaan (Surat Al-Hujarat 49:13), Prinsip pengakuan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia (Surat Al-Isra 17:70,73, Al Maidah 5:32), Prinsip peradilan bebas, Prinsip perdamaian, Prinsip kesejahteraan, Prinsip ketaatan rakyat. (M.Tahir Azhary: 2010:83). Dengan demikian maka hakikat dari pada hukum Islam sendiri tiada lain memiliki tujuan primer yang disebut dengan *al-dlaruriyyat* antara lain memelihara agama (*Hifdz al-din*), memelihara jiwa, (*Hifdz al-nafs*), memelihara akal (*Hifdz al-aql*), memelihara keturunan dan kehormatan (*Hifdz al-irdl*), memelihara harta (*Hifdz al-mal*). (Abdul Shomad: 2010: 73).

### b) Negara Hukum (*Rechtstaat*)

Meskipun secara terminologi penamaan konsep negara hukum memiliki pengertian harfiah yang sama namun jika dicermati terdapat perbedaan fundamental baik dari sisi paradigma dan kesejarahan. Pengertian negara hukum dalam istilah *Rechtstaat* merupakan gagasan pemikiran yang berkembang di kawasan Eropa dengan tradisi hukum *civil law system*. Pada konteks tersebut perkembangan hukum di Eropa tidak terlepas dari pengaruh budayawan sains yang mulai berkembang di Barat sekitar abad XVI dan ditandai dengan masa *Renaissance* (Nur Rachmi: 2005: 1-3).

Menurut Soetandyo Wignyosoebroto sekurang-kurangnya 3 karakter konsep *rechtsstaat* dalam kehidupan bernegara bangsa antara lain **Pertama** ialah, bahwa apa yang disebut hukum itu harus dibentuk dalam wujudnya yang positif. **Kedua**, apa yang disebut hukum harus merupakan hasil proses kesepakatan melalui suatu proses yang disebut proses legislasi. **Ketiga**, hukum yang telah diwujudkan dalam

bentuk undang-undang (berikut undang-undang yang paling dasar yang disebut Undang-Undang Dasar) dan bersifat kontraktual yang akan mengikat seluruh warga bangsa secara mutlak. (Soetandyo Wignyoebroto: 2009: 2).

### c) Negara Hukum (*The Rule of Law*)

Pada awal kelahirannya gagasan *rule of law* mempersoalkan batas-batas kekuasaan para raja dan para ulama gereja yang masing-masing mengklaim bahwa kekuasaannya bersifat mutlak dan segala titah-titahnya bersifat universal, mengikat siapapun namun tak pernah akan mengikat dirinya sendiri. Konflik memperebutkan kekuasaan tertinggi dalam penataan tertib dunia ini terjadi antara Paus Gregorius VII dan Kaisar Heinrich IV, yang dalam riwayatnya melahirkan untuk pertama kalinya konsep *the rule of law* untuk menggantikan *the rule of man*. Menurut John N Moore bahwa:

*The rule of law concept has a deep historical lineage, being traced in some scholarly views to the concepts of justice and fairness discussed by Aristotle. But while Greek civilization gave rise to the western concept of democracy, albeit limited in actual practice in Athenas, it was the undemocratic Roman Empire that gave birth to the western tradition of a well codified and broadly applied body of law".*(Barry M Hager: 2000: 3).

Brian Tamanaha membagi konsep *rule of law* dalam dua kategori yaitu secara formal dan substantif sehingga konsep Negara Hukum atau *rule of law* itu sendiri menurutnya mempunyai bentuk sebagai berikut **pertama** *Rule by Law*, dimana hukum hanya difungsikan sebagai *instrument of government action*. **Kedua**, *Formal Legality*, bentuk yang formal legality itu, diidealkan bahwa prediktabilitas hukum sangat diutamakan. **Ketiga**, *Democracy and Legality*. Demokrasi yang dinamis diimbangi oleh hukum yang menjamin kepastian. *Substantive Views yang menjamin "Individual Rights", Rights of Dignity and/or Justice, Social Welfare, substantive equality, welfare, preservation of community.*(Jimly Asshidiqie: 2010: 7-8)

### d) Negara Hukum Sosialis (*Socialist Legality*)

Dalam konteks perkembangan pemikiran global keberadaan paham sosialisme-marxisme merupakan salah satu corak pemikiran yang memiliki pengaruh terhadap perubahan eskalasi politik, ekonomi maupun hukum. Adalah Karl Marx dan Engels murid tokoh filsafat sejarah yaitu Hegel yang berpengaruh terhadap pemikiran sosialisme yang *notabanya* anti terhadap bentuk feodalisme dan borjuisme. Mengacu pada uraian tersebut dalam konteks relasi teori Marxisme dengan negara dapat di jelaskan dalam tiga prinsip yang bersifat fundamental antara lain **Pertama**, Marx memandang bahwa kondisi material dari masyarakat sebagai basis dari struktur sosial dan kesadaran manusia. Maka bentuk negarapun muncul dari hubungan-hubungan produksi, dan bukannya berasal dari perkembangan umum pemikiran manusia, atau keinginan manusia untuk berkolektif.(Nezar Patria dan Andi Arief: 2003: 10-11). **Kedua**, Marx berpendapat bahwa negara merupakan ekspresi politik dari struktur kelas yang melekat dalam produksi.(Georg Lukacs, 2010, 327-329).

**Ketiga**, teori fundamental dari Karl Marx tentang negara adalah bahwa suatu negara dalam masyarakat borjuis merupakan senjata represif dari kaum borjuis.

**e) Negara Hukum Skandinavia**

Perkembangan ilmu hukum di Skandinavia tidak terlepas dari tradisi negara hukum Eropa yang berkembang. Sementara itu cara pandangan dalam berhukum dalam lingkungan negara-negara Skandinavia dipengaruhi oleh aliran *realism*. Aliran Realis Skandinavia berpandangan bahwa hukum adalah putusan hakim yang dipengaruhi oleh kondisi kejiwaan atau psikologi yang tidak lebih dari reaksi otak. Dalam kerangka pemikiran psikologi itulah, keharusan yuridis seluruhnya bersangkut paut dengan realitas sosial (Surya Prakas Sinha: 1993: 280).

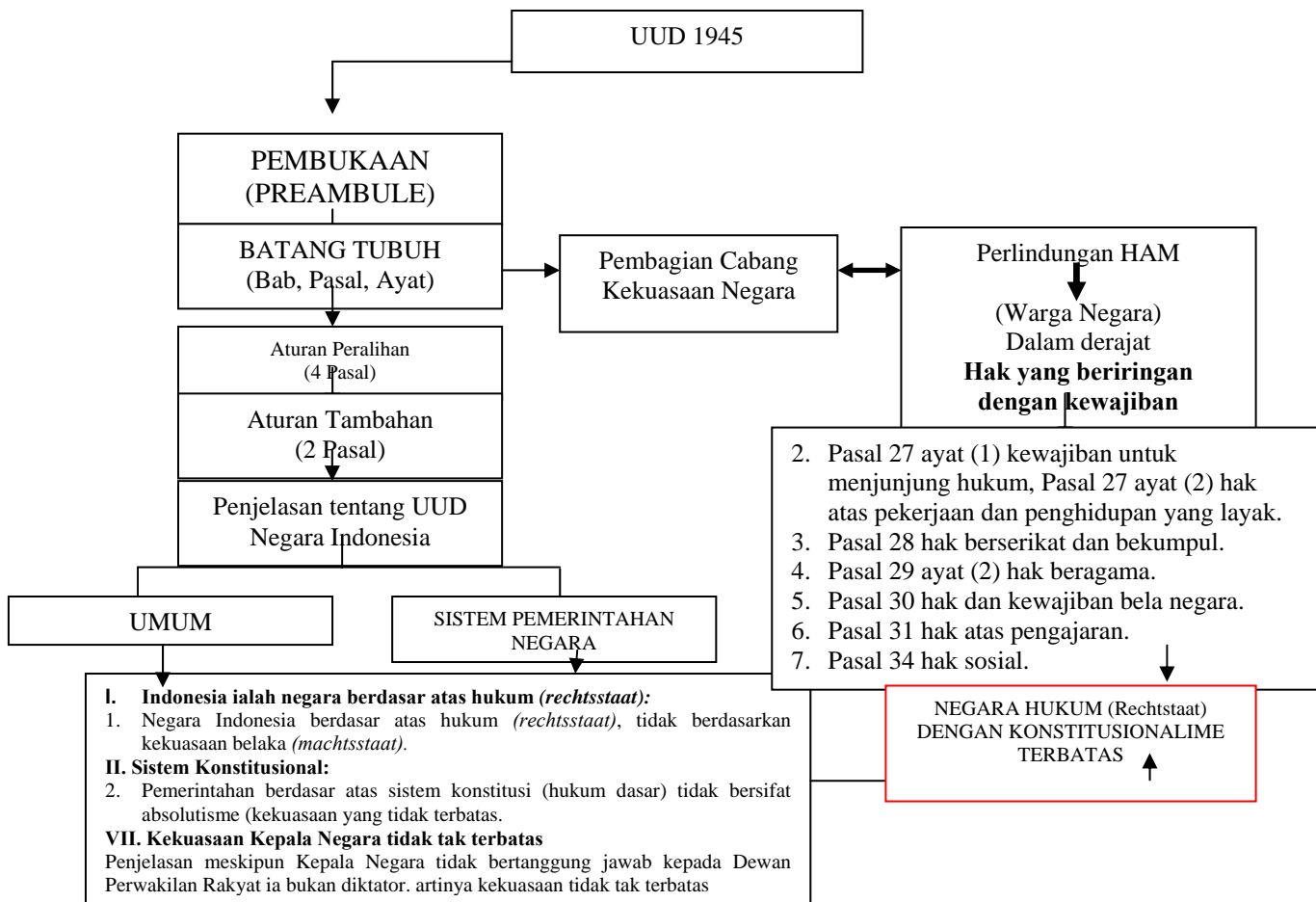
**2. Perkembangan dan Pengaturan Konsep Negara Hukum Dalam Sejarah Keberlakuan Konstitusi di Indonesia**

Beranjak dari analisis kesejarahan dan paradigmatik sebagaimana diuraikan di atas maka sangatlah penting untuk menepohng perkembangan konsep negara hukum di Indonesia. Menelisik aspek kesejarahan keberlakuan konstitusi di Indonesia maka dapat diklasifikasikan dalam periode keberlakuan antara lain:

**a) Periode UUD 1945**

Penjelasan UUD 1945 menyatakan bahwa **Pertama**, *Indonesia, ialah Negara yang berdasar atas Hukum (Rechtsstaat) tidak berdasar atas kekuasaan belaka (Machtsstaat)*. Adapun konstruksi negara hukumnya adalah sebagai berikut ini:

**Gambar 1**  
**Konstruksi Negara Hukum dalam UUD 1945**



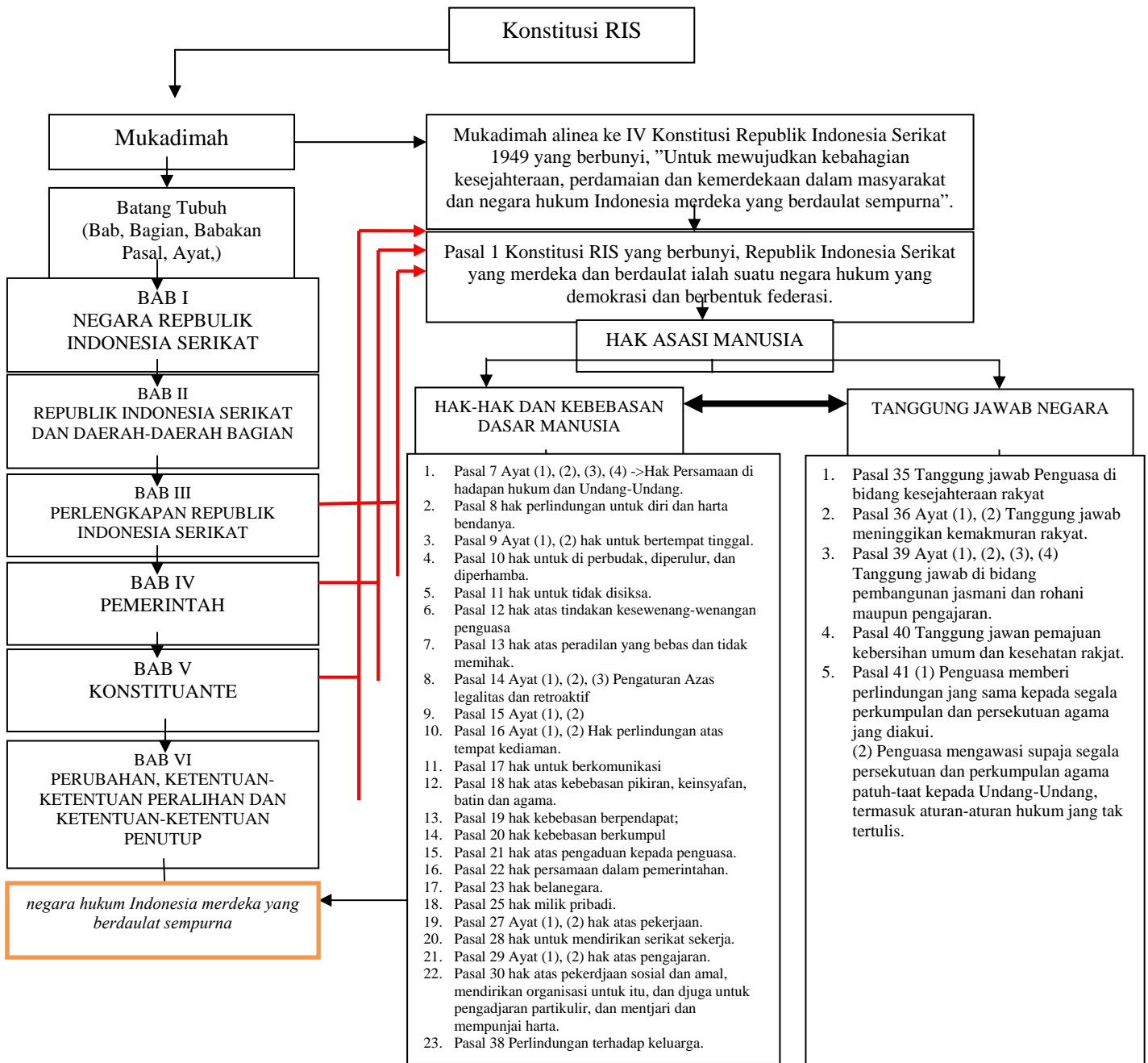
**b) Periode Konstitusi RIS**

Secara tekstual gagasan negara hukum ditemukan di dalam Mukadimah alinea ke IV Konstitusi Republik Indonesia Serikat 1949 dan ketentuan Pasal 1 Konstitusi RIS. Adapun konstruksi negara hukum dalam konstitusi RIS dapat dijabarkan pada gambar berikut:



Gambar 2

Konstruksi Negara Hukum dalam Konstitusi RIS

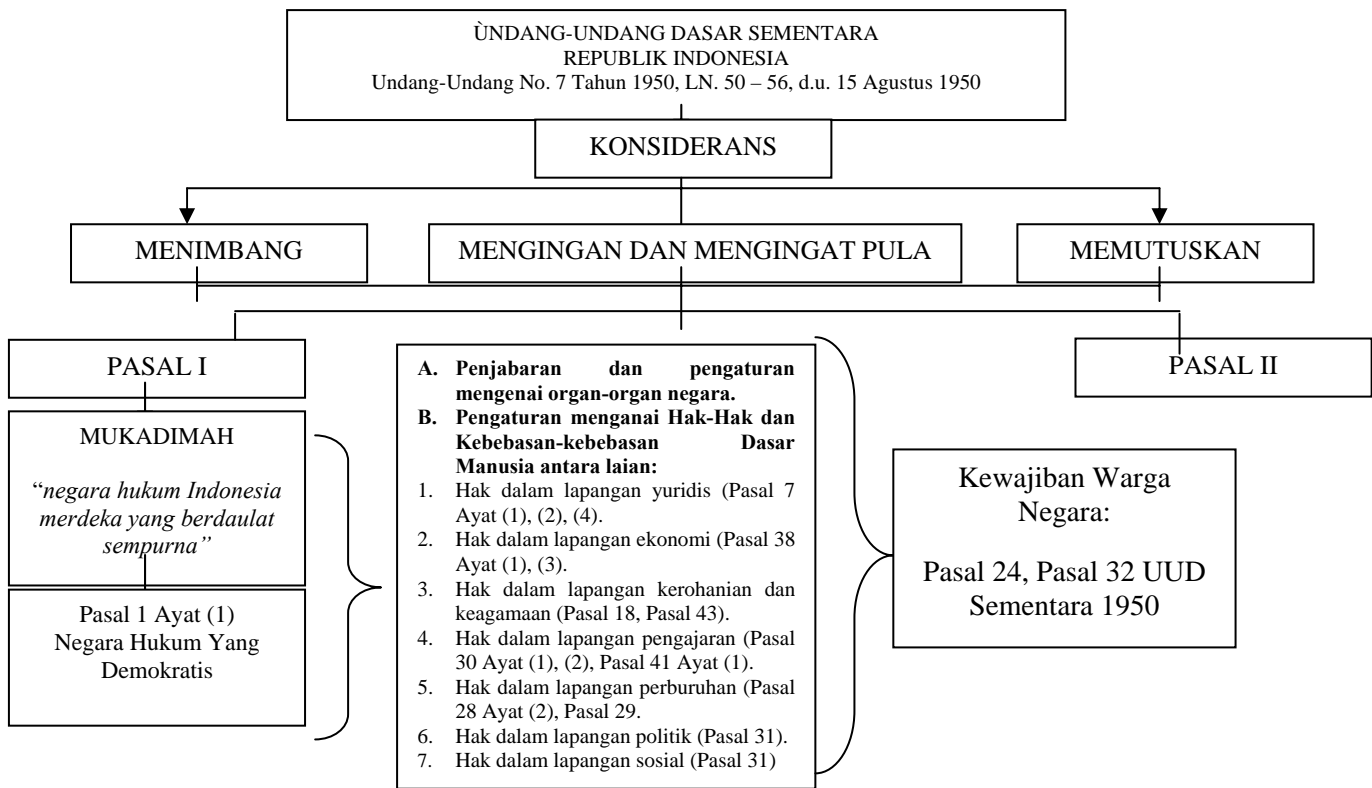


c) Periode UUD Sementara Tahun 1950

Secara tekstual gagasan negara hukum di dalam Mukadimah alinea ke IV dan ketentuan Pasal 1 Ayat (1). Adapun konstruksi negara hukum dalam UUD Sementara 1950 sebagai berikut ini:

**Gambar 3**

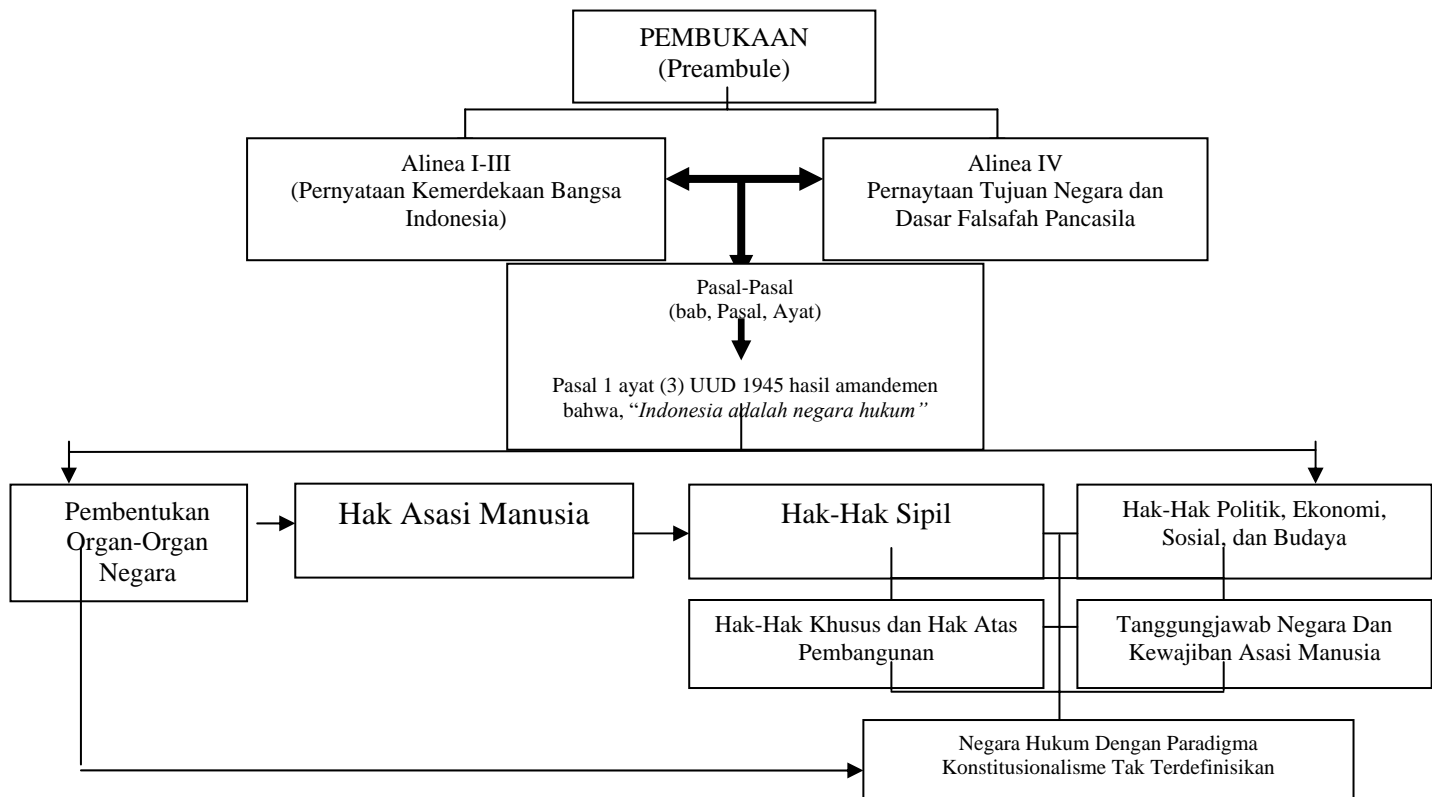
**Konstruksi Negara Hukum dalam UUDS 1950**



**d) Periode UUD NRI Tahun 1945**

Salah satu tuntutan aganeda reformasi yang bergulir pada tahun 1998 adalah melakukan amandemen terhadap UUD 1945. Kesepakatan dasar yang timbul dalam mengamandemen UUD 1945 antara lain Tidak mengubah bagian Pembukaan UUD 1945, Tetap mempertahankan Negara Kesatuan Republik Indonesia, Perubahan dilakukan dengan cara *addendum*, Mempertegas sistem pemerintahan presidensil, Penjelasan UUD 1945 ditiadakan, hal-hal normatif dalam bagian penjelasan diangkat ke dalam pasal-pasal. Ketentuan Pasal 1 Ayat (3) UUD 1945 "*Indonesia adalah Negara hukum*". Berdasarkan uraian diatas maka konstruksi negara hukum dalam UUD NRI Tahun 1945 adalah sebagai berikut:

**Gambar 4**  
**Konstruksi Negara Hukum dalam UUD NRI Tahun 1945**



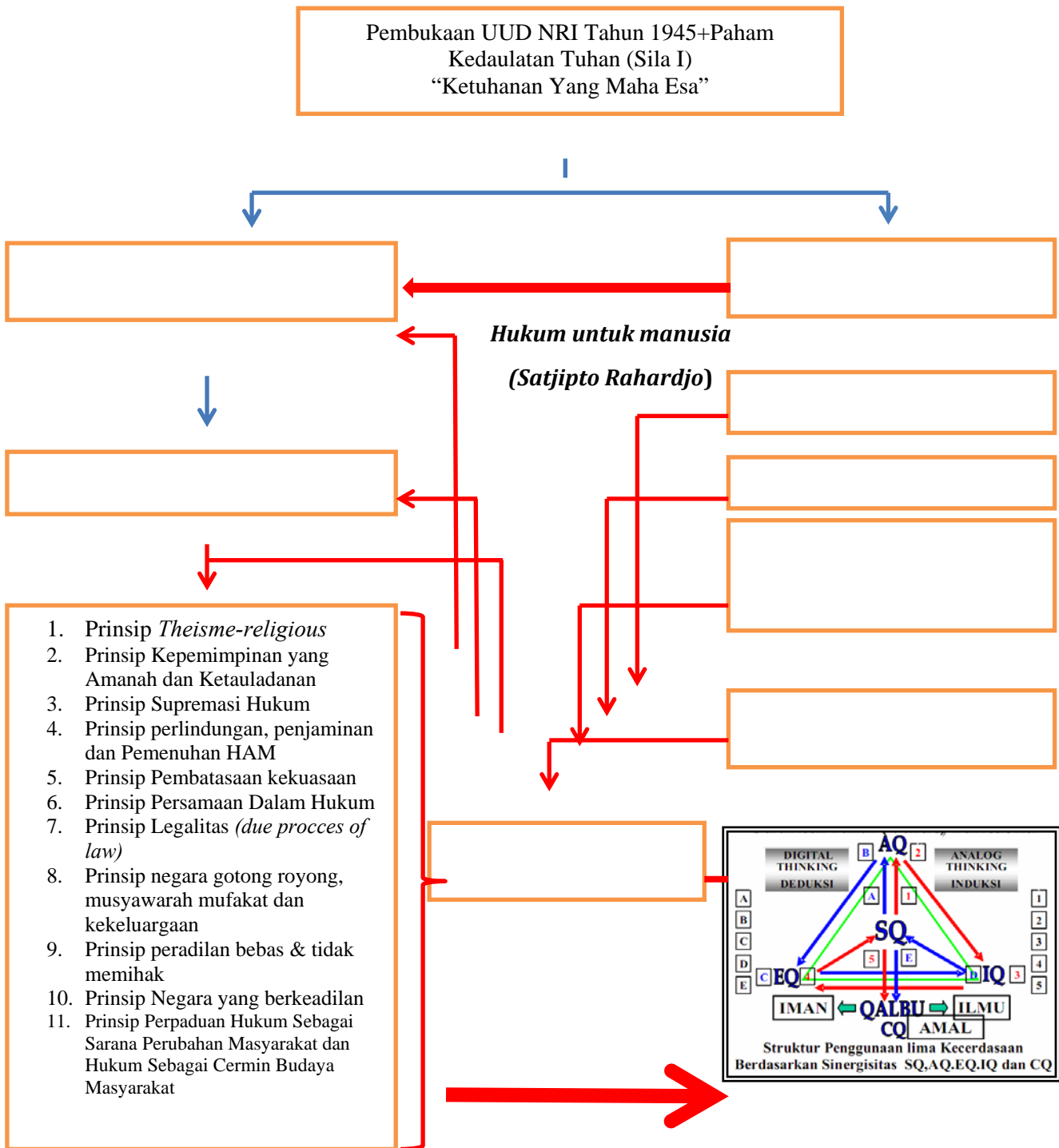
Berdasarkan konstruksi negara hukum sebagaimana termaktub di dalam sejarah pengaturan dan keberlakuan dalam dinamika konstitusi di Indonesia maka penulis memberikan catatan kritis antara lain **Pertama**, bahwa konstruksi paradigma pemikiran negara hukum yang berkembang di Indonesia masih didominasi oleh poros pemikiran negara hukum yang datang dan diadopsi dari luar. **Kedua**, bahwa bangunan negara hukum belum di konstruksikan secara tuntas dan paripurna mengingat bahwa desain kedaulatan yang ada dalam konsep demokrasi belum menemukan formulasi dengan paham Kedaulatan Tuhan dan Kedaulatan Hukum. **Ketiga**, bahwa gagasan pembentukan dasar negara Pancasila belum diterjemahkan derajat abstraksinya secara konsisten dan berkelanjutan.

### 3. Model Konstruksi Paradigmatik Gagasan *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* Di Masa Yang Akan Datang

Gagasan *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* merupakan suatu keniscayaan mengingat bahwa universalitas nilai-nilai Pancasila merupakan warisan para pendiri bangsa yang belum di terjemahkan dalam gagasan negara hukum di Indonesia guna menegakkan konstitusionalisme di Indonesia. Beranjak dari diskursus diatas maka gagasan *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* oleh penulis dapat dikonstruksikan sebagaimana berikut ini

Gambar 5

**Konstruksi Yuridis Paradigmatik *Nomokrasi Konstitusional Pancasila***



*(Menjalankan dan Mengamalkan gagasan Nomokrasi Konstitusional Pancasila dengan Kecerdasaan)*

Keterangan:

Garis — Gagasan NKP  
 Garis — Gagasan Demokrasi (Politik)

**(Rancangan**

**ini merupakan konsep penulis yang dimodifikasi**

**dengan Gagasan 5 Kecerdasan oleh Turiman PDIH Undip)**

Beranjak dari konstruksi paradigmatik *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* sebagaimana telah dipaparkan diatas maka dapat diformulasikan bahwa derajat abstraksi nilai dan ruh sebagaimana terejawantahkan di dalam pembukaan diturunkan kedalam gagasan negara hukum sebagaimana termaktub didalam ketentuan pasal 1 ayat 3 UUD NRI Tahun 1945. Pasca terumuskannya gagasan *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* maka konsekuensi logis dari gagasan tersebut penulis menggunakan pendekatan prismatic atau eklektisisme melalui telaah komparatif dengan berbagai model pemikiran negara hukum yang berkembang sebagaimana telah diuraikan dimuka.

Adapun penjelasan terhadap ruang lingkup terpenuhinya konsep *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* dapat dijelaskan sebagaimana berikut ini:<sup>57</sup>

- a. **Prinsip *theisme-religious***, gagasan *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* adalah sebuah konsep negara yang berketuhanan. Secara rasional paham ***Ketuhanan YME*** >< ***Atheisme***. Namun demikian perlu dipahami bahwa *atheisme* buka berarti *anti-theis*. Sepanjang pemahaman penulis bahwa *atheisme* merupakan paham yang tidak percaya atas peran agama. Oleh karena itu Berketuhanan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara Indonesia didasarkan atas keyakinan dan kepercayaan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, dengan begitu maka terbukalah suatu kebebasan bagi warga negara untuk memeluk agama dan kepercayaan sesuai keyakinan nurani.
- b. **Prinsip Kepemimpinan yang Amanah dan Ketauladanan**, bahwa dimensi Ketuhanan di jabarkan dalam konteks kenegaraan melalui kepemimpinan. Pilihan rasional terebut diambil sebagai rasionalitas antara ***Kepemimpinan*** >< ***Kekuasaan (absolutisme)***. Sikap dan tindak-tanduk para penyelenggara negara antara lain dipengaruhi oleh beberapa hal yaitu akibat negatif daripada pola bernegara yang pernah kita kenal sebelum merdeka misalnya feodalisme dan bermacam-macam falsafah dasar yang menyelina di dalam pelaksanaan penyelenggaraan negara. (Padmo Wahyono: 1979: 98).
- c. **Prinsip Supremasi Hukum (*Supremacy of Law*)**, bahwa adanya pengakuan normatif dan empirik akan prinsip supremasi hukum, yaitu semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum pada hakikatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya, bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum yang tertinggi. Rasionalitas pilihan sebagaimana dimaksud terletak pada pardok pemikiran antara ***Supremacy of law*** >< ***Supremacy of power***.
- d. **Prinsip Perlindungan, Penjaminan, Pemajuan, dan Pemenhunan Hak Asasi Manusia**, Bahwa prinsip ini lahir sebagai konsekuensi logis terhadap rasionalitas ***Humanisme*** >< ***Dehumanisme*** sebagai penjabaran atas gagasan *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* bahwa hukum adalah untuk manusia. Derajat kemanusiaan merupakan prinsip yang universal dan dipandang ideal tanpa melihat latar belakang suku, agama, ras, dan etnis.

- e. **Prinsip Persamaan dalam Hukum (*Equality before the Law*)** Adanya persamaan kedudukan bahwa setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, diakui secara normatif dan dilaksanakan secara empirik sebagai konsekuensi logis atas prinsip *Equality >< Discrimination*. Dalam rangka prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan *affirmative actions* guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu untuk mengejar kemajuan.
- f. **Azas Legalitas** dalam setiap negara hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya. Segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Hal ini merupakan konsekuensi logis perwujudan suatu negara konstitusional. Negara konstitusional merupakan negara yang mengakui dan menjamin hak-hak asasi warga negara. (Adnan Buyung Nasution: 1995:119).
- g. **Prinsip Pembatasan Kekuasaan (*limited of power >< abuse of power*)**, bahwa dengan adanya pembatasan kekuasaan Negara dan organ-organ Negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal.
- h. **Prinsip Peradilan Bebas dan Tidak Memihak**, yaitu dengan adanya peradilan yang bebas dan tidak memihak. Peradilan bebas dan tidak memihak ini mutlak harus ada dalam setiap Negara Hukum. Ismail Sunny menyatakan bahwa kebebasan pengadilan dan jaminan tidak memihaknya adalah kondisi-kondisi yang tidak dapat ditiadakan dalam suatu negara yang merdeka dan demokratis. (Ismail Sunny: 1978: 13)
- i. **Adanya Peradilan Tata Negara (*Constitutional Court*)**, Keberadaan peradilan sebagaimana dimaksud merupakan sarana hukum dalam kerangka mewujudkan konstitusionalitas produk perundang-undangan yang sejalan dengan nilai-nilai Pancasila dan konstitusi. Menurut Mahfud MD kemajuan dalam perkembangan ketatanegaraan adalah menguatnya gagasan demokrasi sebagai pengimbang atas demokrasi. (Mahfud MD: 2009: 415)
- j. **Prinsip negara gotong royong, musyawarah mufakat dan kekeluargaan**, bahwa dalam suatu negara kekeluargaan dan gotong royong terdapat pengakuan terhadap hak-hak individu dalam kehidupan sosial (termasuk pula hak milik) tetap mengutamakan kepentingan nasional (kepentingan bersama) diatas kepentingan individu tersebut dengan semangat nasionalisme.
- k. **Prinsip negara yang berkeadilan (*Social Justice >< Individual Justice*)**, Perspektif keadilanmemilikicakupan yang luas, mulaidari yang bersifatetik, agama, sosial, ekonomi, politik, filosofis, hukum, sampaipadakeadilansosial. Prinsip negara berkeadilan di perkuat oleh pandangan Soediman Kartohadiprojobahwa jikalau orang-orang yang diberi kekuasaan dalam suatu negara tidak menjalankan kekuasaanya dengan jiwa perikemanusiaan dan keadilan maka tidaklah mungkin dicapai suatu cita negara hukum.(Soediman Kartohadiprojo: 1999: 45)
- l. **Prinsip Perpaduan Hukum Sebagai Sarana Perubahan Masyarakat dan Hukum Sebagai Cermin Budaya Masyarakat**, perpaduan konteks hukum dan budaya sangat penting mengingat bahwa dalam kerangka negara hukum universalitas nilai-

nilai Pancasila sebagai *staat fundamental value* merupakan warisan luhur budaya bangsa.

Beranjak dari gagasan *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* diatas maka dalam kerangka pelaksanaan dan pengamalan dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara harus disertai pula dengan pola pengamalan berbasis kecerdasan. Oleh karena itu mengamalkan 5 Sila Pancasila dibutuhkan 5 kecerdasan. Kelima potensi kecerdasan yang dimiliki oleh manusia sebagai cara pandang hidup bersama yang berlandaskan pada universalitas nilai-nilai Pancasila dapat dijelaskan antara lain:

*Pertama*, Kecerdasan spiritual (*spiritual quotient*) adalah kemampuan manusia untuk mengenal diri, menuju sadar diri dan menemukan fitrah sebagai manusia. Dengan potensi kecerdasan spiritual inilah pengamalan hidup bersama yang berlandaskan Pancasila menjadi barometer utama mengingat bahwa sila pertama Pancasila mengamanatkan terwujudnya negara yang berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa.

*Kedua*, Kecerdasan intelektual (*intellegent quotient*), adalah kemampuan otak kiri manusia secara numerikal, spasial dan linguistik ketika manusia membaca dirinya sendiri, situasi sosial dan alam semesta secara verbal berdasarkan persepsi yang telah dipelajari.

*Ketiga*, Kecerdasan emosional (*emotional qoutient*) adalah kemampuan otak kanan manusia untuk memahami dan ikut merasakan apa yang dialami diri sendiri, orang lain dan kemampuan untuk mendiagnosa emosi orang lain atau membaca fenomena dirinya sendiri, situasi sosial dan alam semesta tempat kita berada dan menanggapi dengan benar dan tepat.

*Keempat*, Kecerdasan inderawi (*adversity quotient*) adalah kecerdasan manusia setelah membaca dalil-dalil Tuhan Yang Maha Esa di alam semesta dan di dalam diri manusia sendiri maka secara berkelanjutan setiap manusia dalam berbuat dan bertindak akan melihat dahulu, berpikir, baru berbicara. Kecerdasan inderawi akan menjadikan tantangan bahkan ancaman menjadi sebuah peluang.

*Kelima*, Kecerdasan kreatifitas (*creativity quotient*) sinergisitas antar kecerdasan SQ, EQ, IQ dan AQ serta merupakan representasi qalbu yang terhubung dengan kemampuan manusia membaca dengan mata hati berbasiskan kepada iman, ilmu, dan amal menurut ruang lingkup keagamaan, keyakinan, dan kepercayaannya masing-masing. Disinilai peran keterpaduan antara ruang lingkup Ketuhanan, Kemanusiaan, Persatuan, Kerakyatan, dan Keadilan menjadi suatu derajat universalitas nilai dalam mengarungi bahtera kehidupan sendi-sendi penyelenggaraan negara.

### **C. Penutup**

Berdasarkan pemaparan diatas maka diharapkan gagasan *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* ke depan mampu berkembang menjadi konstruksi arsitektur negara hukum yang selaras dan senafas dengan falsafah hidup bangsa. Namun demikian di tengah dinamisasi perkembangan pemikiran tentang negara hukum maka dalam lingkup pelaksanaan dan pengamalannya harus dilandaskan pada aspek kecerdasan baik secara spiritual, intelektual, emosional, kreativitas, dan inderawi sehingga pemahaman dan penghayatan terhadap gagasan *Nomokrasi konstitusional pancasila* mampu didudukkan dalam konteks

bermasyarakat, berbangsa dan bernegara secara tuntas dan paripurna. Oleh karena itu sumbangsih gagasan *Nomokrasi Konstitusional Pancasila* diharapkan mampu menjadi secercah harapan dalam menyongsong amandemen terhadap UUD maupun menjadi referensi dan/atau telaah akademik sehingga terbuka ruang diskursus guna mencari format yang dianggap ideal dalam rangka mewujudkan negara hukum yang bermartabat, berjatidiri, berwibawa, dan berkarakteristikan jiwa bangsa Indonesia.

### Daftar Pustaka

- Asshidiqie, Jimly, *Negara Hukum Indonesia*, Makalah diakses dari <http://www.jimly.com>, diakses pada tanggal 12 April 2012.
- Azyhary, Muhammad Tahrir, 2010, *Negara Hukum: Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah dan Pada Masa Kini*, Jakarta: Kencana.
- Fadjar, Abdul Mukhtie, 2003, *Reformasi Konstitusi dalam Masa Transisi Paradigmatik*, Malang: In-Trans.
- Hager, Barry M, 2000, *The Rule of Law (A Lexicon for Policy Makers)*, London: The Mansfield Center for Pacific Affairs.
- Hidayat, Arief, 2010, *Negara Hukum Pancasila (Suatu Model Ideal Penyelenggaraan Negara Hukum)*, Makalah disampaikan pada acara Semiloka Pendidikan Pancasila dan Konstitusi 2011 yang diselenggarakan oleh Mahkamah Konstitusi di Jakarta.
- Iqbal, Muhammad, 2007, *Fiqh Siyasah Kontekstualisasi Doktrin Politik Islam*, Jakarta: Gaya Media Pratama.
- Kartohadiprodo, Soediman, 1953, *Negara Republik Indonesia Negara Hukum*, Pidato Pengukuhan disampaikan pada penerimaan pengangkatan sebagai Guru Besar pada Universitas Indonesia di Jakarta tanggal 17 Januari 1993.
- Lukacs, Georg, 2010, *Dialektika Marxis (Sejarah dan Kesadaran Kelas)*, Yogyakarta: Penerbit Arruz Media.
- Mahfud MD, 2009, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: PT. Rajawali Grafindo Persada.
- Nasution, Adnan Buyung, 1995, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia (Studi Socio-Legal atas Konstituante 1956-1959)*, Jakarta: PT. Intermedia.
- Patria, Nezar dan Andi Arief, 2003, *Antonio Gramsci (Negara dan Hegemoni)*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Rachmi, Nur, 2005, *Humanisme Renaissance*, Makalah diunduh dari <http://www.rumahkiri.org>, diakses pada tanggal 12 April 2012.
- Rahardjo, Satjipto, 2007, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Kompas Group.
- Shomad, Abdul, 2010, *Hukum Islam (Penormaan Prinsip Syariah Dalam Hukum Indonesia)*, Jakarta: Prenada Media Group.
- Sunny, Ismail, tanpa tahun, *Kepastian Hukum Menuju Stabilisasi Politik dan Ekonomi*, Pidato di hadapan Seminar PERSAHI, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI.



Wahyono, Padmo, 1979, *Indonesia Ialah Negara Yang Berdasar Atas Hukum*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia disampaikan di Jakarta 17 November 1979.

Wignyosoebroto Soetandyo, 2007, *Hukum Dalam Masyarakat (Perkembangan dan Masalah) sebuah Pengantar ke Arah Sosiologi Hukum*, Malang: Bayumedia Publishing.

Wignyosoebroto, Soetandyo, 2009, Makalah Bahan Diskusi, *Memperbincangkan Hukum dari Perspektif Filsafat: Paradigma Hukum dan Pergeserannya Dalam Sejarah*, dikases dari <http://soetandyo.wordpress.com/>, diakses pada tanggal 3 Januari 2012.

## Relasi Heuristik Filsafat Pancasila Dalam Tata Hukum Yang Plural

Yamin

### Pendahuluan

Tradisi pemikiran tentang Pancasila, atau yang dikenal dengan istilah *Filsafat Pancasila* di dalam berbagai literatur, sangat tergantung pada teks dan konteksnya. Dengan meminjam istilah M.H. Abrams dalam *Mirror and Lamps*, setiap teks akan memantulkan diri si pengarang, teks dan konteks yang melingkupinya, serta pembaca atau pemerhati teks. Dalam hal ini perlu didudukkan kembali Teks Pancasila dalam perspektif dunia pencetus atau pengarangnya (*sender*), dunia teks (yang biasanya merupakan tiruan atau mimesis dari dunia ide), dan pembacanya (*reader* dengan segala cakrawala atau horison yang diharapkan mampu memahami dan menjelaskannya kembali).

Dunia pengide Pancasila adalah para tokoh pendiri negara, khususnya Ir. Soekarno dalam Pidato 1 Juni 1945 yang dikenal sebagai *Lahirnya Pancasila*. Istilah *Pancasila* diusulkan Ir. Soekarno sebagai pengganti istilah *Pancadharm* (*dharma* yang bermakna 'kebijaksanaan'. Rumusan Teks Pancasila yang diusulkan Ir. Soekarno adalah sebagai berikut:

- (1) paham kebangsaan atau nasionalisme;
- (2) internasionalisme atau perikemanusiaan;
- (3) musyawarat-mufakat-perwakilan;
- (4) kesejahteraan sosial (*social welfare*) yang kemudian rumusan menjadi *keadilan sosial*; dan
- (5) ketuhanan.

Usul Ir. Soekarno diterima. Kemudian pada 11 Juli dr. Radjiman, selaku Ketua Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia, membentuk tiga kelompok panitia, yaitu:

- (1) panitia perancang hukum dasar yang diketuai oleh Soekarno;
- (2) panitia perancang keuangan dan ekonomi yang diketuai Mohammad Hata; serta
- (3) panitia perancang pembelaan tanah air.

Dalam rangka menjalankan tugasnya pada 22 Juni telah disepakati oleh para pendiri negara dengan istilah *Piagam Djakarta* atau *Djakarta Charter*. Dalam konteks tersebut dasar negara versi Piagam Jakarta merupakan fase negosiasi antara negara agama (*clerical state*) dan negara sekuler (*secular state*). Kedua tipe hukum tersebut juga berdampak pada karakter rujukan interpolasi norma hukumnya. Kajian mendalam tentang hal ini silakan dielaborasi dalam disertasi Ratno Lukito yang berjudul *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler: Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Indonesia*. Berkat kecerdasan dan berbudaya para pendiri negara kita menghasilkan tipe negara ketiga, yakni **Negara**

***Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*** yang disahkan dasar eksistensi konstitusionalnya pada 18 Agustus 1945.

### **Relasi Heuristik dari Filsafat Pancasila ke dalam Tata Hukum Indonesia**

Salah satu upaya untuk menunjukkan relasi heuristik dari Filsafat Pancasila sampai ke tata hukum Indonesia dilakukan dengan melakukan aktualisasi. Upaya aktualisasi dapat dilakukan interpolasi dan kajian intertekstual dalam suatu pemikiran tentang kedudukan nilai-nilai Pancasila yang pernah dilakukan oleh para ahli hukum. Beberapa sarjana (seperti R. Soepomo, Notonagoro, Padmo Wahjono, A. Hamid S. Attamimi, Abdulkadir Besar, dan Soejadi) pernah mengaktualkan nilai-nilai Pancasila dengan menggunakan berbagai pola (seperti deduktif, penjabaran, interpretasi normatif, atau transformasi) karena pada prinsipnya nilai (*value*) merupakan ranah filsafat –dalam pembidangan filsafat disebut aksiologi atau nomotetis.<sup>58</sup> Para sarjana tersebut tentu memiliki penerus dan tradisi akademik di almahaternya yang dalam keterbatasan tulisan ini tidak perlu disebutkan satu per satu.<sup>59</sup> Namun, yang terpenting adalah komitmen tentang nilai dasar dan nilai instrumental yang berparadigma Pancasila.

Sehubungan dengan hal tersebut, dalam konteks menunjukkan relasi heuristik (esensi kebenaran yang ditransformasi bagi setiap negara yang niscaya memiliki filsafat negara, ideologi negara, politik negara, dan manifestasinya dalam hukum dasar perlu diidentifikasi dua persoalan sebagai berikut:

- (1) Bagaimana aktualisasi konsep yang terkandung dalam tiap sila dan antarkonsep antarsila dalam Pancasila mewarnai pembentukan, penemuan, dan pelaksanaan tata hukum (*legal order*) Indonesia?
- (2) Apakah penyelenggara negara yang memegang kekuasaan ***membentuk peraturan perundang-undangan*** (presiden, c.q. kementerian teknis terkait dan Dewan Perwakilan Rakyat dengan pertimbangan Dewan Perwakilan Daerah –*vide* Pasal 5 dan Pasal UUD 1945), ***menemukan hukum*** (Mahkamah Agung beserta lembaga peradilan di bawahnya dan Mahkamah Konstitusi *vide* Pasal 24 UUD 1945), serta ***melaksanakan peraturan perundang-undangan*** sudah mengaktualisasi konsep yang terkandung dalam tiap sila dan antarkonsep antarsila dalam Pancasila?

Untuk menjawab identifikasi masalah tersebut diperlukan kerja dan dedikasi yang sangat besar meskipun anggarannya tidak sebesar biaya pembangunan gedung para anggota Dewan Perwakilan Rakyat. Dalam rangka menjawab kedua identifikasi masalah tersebut dikemukakan upaya yang pernah dilakukan dalam mengaktualkan konsep yang terkandung dalam tiap sila dan antarkonsep antarsila dari Pancasila menurut beberapa sarjana secara *montage* karena tata hukum di Indonesia masih belum merupakan ***sistem*** yang ***utuh*** dan ***tuntas***.<sup>60</sup> Menurut Wahjono (1986), Tata hukum Indonesia pada saat sekarang belumlah didasarkan pada satu sistem, karena pada saat sekarang khususnya yang mengenai peraturan perundangan, terdiri dari berbagai peraturan perundangan yang bersumber dari berbagai hukum dasar dan mungkin pula berbagai falsafah dasar.

Hal ini terutama disebabkan untuk mencegah adanya kekosongan hukum, dengan suatu peraturan peralihan berlakulah semua ketentuan masa lalu, selama tidak bertentangan dengan keadaan atau belum digantikan dengan ketentuan yang baru.

Pembentukan suatu tata hukum nasional Indonesia yang erat hubungannya dengan pembangunan, selain mengundang peranan ilmu hukum menghadapkan pada kita suatu permasalahan utama, yaitu apakah sebenarnya bidang-bidang pembangunan itu baik secara keseluruhan maupun pada setiap tahapnya, serta bagaimanakah bidang-bidang tersebut hendak diaturnya. Dengan kata lain, kita belum punya pola sistem pembangunan hukum nasional yang terpadu dengan melibatkan segenap komponen bangsa dan melaksanakannya dengan komitmen. Kita dihinggap oleh doktrin-doktrin asing (seperti pemisahan kekuasaan dan *chek and balances*) yang kadang-kadang belum tentu cocok dengan filsafat negara dan jiwa bangsa kita. Di tengah tata pergaulan Indonesia dengan mancanegara dan kontelasi perdagangan bebas pun Indonesia didera untuk melaksanakan sistem hukum asing, terutama negara pendonor atau pengijon.

Dalam wacana akademik sudah muncul kembali semacam kerinduan untuk mereposisi Pancasila sebagai sumber tertib hukum. Salah satu upaya yang baru saja dilakukan adalah Sarasehan Nasional yang bertemakan “Implementasi Nilai-Nilai Pancasila dalam Menegakkan Konstitusionalitas Indonesia” yang diselenggarakan pada 2—3 Mei 2011 di Graha Sabha Pramana, Universitas Gadjah Mada. Wacana akademik ini dimulai dengan pendapat Notonagoro yang disampaikan pada Pidato Dies Natalis I Universitas Airlangga yang diselenggarakan pada 10 November 1955.<sup>61</sup> Notonagoro mengelaborasi kedudukan Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 dalam tata hukum Indonesia. Menurut Notonagoro (1955), Pancasila yang terdapat dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 memang dapat dimaknai memiliki susunan hierarki dan bentuk piramidal, namun tidak dapat dipisahkan antara satu sila dan sila yang lainnya, sehingga menjadi satu kesatuan yang utuh (*integrated wholeness*).

Kedudukan Pancasila dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 dapat dijadikan **sumber dari segala tertib hukum**. Notonagoro (1955) menyatakan bahwa **tertib hukum** (dalam terminologi saat ini disebut **tata hukum** yang dalam bahasa Belanda dikenal istilah *rechtsorde* atau dalam bahasa Inggris dipadankan dengan *legal order*) adalah keseluruhan peraturan hukum yang memenuhi empat syarat, yaitu:

- (1) ada kesatuan subyek yang mengadakan peraturan-peraturan hukum,
- (2) ada kesatuan kerohanian yang meliputi yang meliputi segala peraturan hukum itu,
- (3) ada kesatuan waktu dalam rentang waktu yang berlaku, dan
- (4) ada kesatuan wilayah atau daerah.<sup>62</sup>

Selaras dengan konsep Nawiasky, Notonagoro dan Soejadi menempatkan Pancasila sebagai norma fundamental negara (*Staatsfundamentalnorm*) yang menciptakan semua norma-norma yang lebih rendah dalam sistem norma hukum dan menentukan berlaku atau tidak norma-norma tersebut. Di samping Notonagoro dan Soejadi, A. Hamid S. Attamimi menyatakan bahwa dalam tata hukum yang berlaku bagi bangsa Indonesia, Pancasila berada dalam dua kedudukan, yaitu sebagai **cita hukum** (*Rechtsidee*) dan **norma** yang tertinggi dalam sistem norma hukum Indonesia yang berasal dari pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945.<sup>63</sup> Dalam kedudukannya sebagai **cita hukum** Pancasila berada di luar sistem norma, namun Pancasila berfungsi sebagai konstitutif dan regulatif terhadap norma-norma yang ada dalam sistem norma.

Dengan mengutip pendapat Rudolf Stammler (1856—1939), seorang ahli filsafat hukum beraliran neo-Kantian, A. Hamid S. Attamimi berpendapat bahwa **cita hukum** adalah konstruksi pikir yang merupakan keharusan bagi mengarah hukum kepada cita-cita masyarakat. Dalam konteks ini **cita hukum** berfungsi sebagai ‘bintang pemandu’ (*Leitstern*) bagi tercapainya cita-cita masyarakat. Meskipun merupakan titik akhir yang mungkin sulit dicapai, **cita hukum** memberi manfaat karena mengandung dua sisi, yaitu:

- (1) menguji hukum positif yang berlaku;
- (2) mengarahkan hukum positif sebagai usaha dengan sanksi pemaksa menuju sesuatu yang adil (*‘Zwangversuch zum Richtigen’*).<sup>64</sup>

Setara dengan pendapat A. Hamid S. Attamimi, Abdulkadir Besar (2002) juga mengelaborasi **cita hukum**. **Cita hukum** adalah seperangkat nilai instrinsik yang bersifat normatif dan konstitutif; serta merupakan syarat transedental yang mendasari hukum. Dengan kata lain, **cita hukum** adalah suatu *apriori* yang bersifat normatif, sekaligus konstitutif, dan yang mendasari tiap hukum positif yang bermartabat. Artinya, tanpa **cita hukum**, tidak akan ada hukum yang memiliki *watak normatif*.<sup>65</sup>

Yang dimaksud dengan *apriori* adalah keyakinan ontologik mengenai **ide keadilan** yang dianut oleh suatu masyarakat. *Ide keadilan* dari masyarakat Indonesia adalah *keadilan integral*, seperti yang tercermin dalam empat ciri sebagai berikut.

- a. subyeknya jamak;
- b. bahan baku keadilan adalah tertunainya kewajiban memberi dari para subyek;
- c. keadilannya bersifat fungsional, karena orang yang tidak pernah melaksanakan kewajiban memberi tidak akan mendapatkan hak, mengingat hak adalah hasil transformasi dari kewajiban ke hak antarpasangan subyek;
- d. dengan terjadinya transformasi kewajiban ke hak antarsubyek yang jamak, keadilan sosial terjamin terwujudnya.

Selain A. Hamid S. Attamimi dan Abdulkadir Besar, Padmo Wahjono (1981) menyatakan bahwa suatu kerangka hukum berdasarkan ilmu hukum akan membentuk suatu pertingkatan hukum dengan undang-undang dasar sebagai puncak pertingkatan secara formal, karena merupakan sumber dari keseluruhan tata hukum atau dasarnya. Secara materiel, yang akan berada pada puncak pertingkatan hukum di dalam ilmu hukum disebut dengan istilah cita-cita hukum.

Cita-cita hukum inilah yang secara materiel akan menentukan pula kerangka tata hukum. Di dalam Penjelasan Umum Angka III Undang-Undang Dasar 1945 bahwa **cita hukum** yang menguasai hukum dasar negara, baik **hukum yang tertulis** (Undang-Undang Dasar) maupun **hukum yang tidak tertulis** ialah pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar yang juga merupakan suasana kebatinan (*geistlichen Hintergrund*) dari pada Undang-Undang Dasar Negara Indonesia.<sup>66</sup>

Pokok pikiran tersebut ialah sebagai berikut:

- (1) ide negara persatuan,
- (2) ide negara yang mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat,
- (3) ide negara yang berkedaulatan Rakyat berdasar atas kerakyatan dan permusyawaratan perwakilan,
- (4) ide negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab.

Di samping itu, Padmo Wahjono juga menyatakan bahwa ***hukum dasar tidak tertulis*** pada hakikatnya tidak berupa peraturan perundangan sehingga ***sistem hukum dasar tertulis*** atau sistem undang-undang dasar sangat menentukan pembentukan kerangka tata hukum nasional kita. Di dalam Penjelasan Umum Angka IV Undang-Undang Dasar 1945 terumus antara lain:

- (1) Bahwa Undang-Undang Dasar hanya memuat aturan-aturan pokok, hanya memuat garis-garis besar,
- (2) Aturan-aturan pokok yang merupakan garis-garis besar tersebut merupakan instruksi kepada pemerintah pusat dan lain-lain penyelenggara negara,
- (3) Bahwa instruksi-instruksi tersebut adalah untuk:
  - (a) menyelenggarakan kehidupan negara, dan
  - (b) menyelenggarakan kesejahteraan sosial,
- (4) Bahwa aturan yang menyelenggarakan aturan pokok itu diserahkan kepada undang-undang yang lebih mudah membuat, mengubah, dan mencabut.

Di masa lampau, Padmo Wahjono memadukan cita-cita hukum nasional dengan ***sistem undang-undang dasar*** dan ***sistem garis-garis besar haluan negara*** sehingga menghasilkan ***kerangka hukum nasional*** dalam membentuk sistem hukum nasional. Kerangka Hukum Nasional yang diusulkan Padmo adalah penyelenggaraan kehidupan bernegara dan penyelenggaraan kehidupan sosial, yaitu:

- (1) Bidang penyelenggaraan kehidupan negara meliputi:
  - (a) Segala hal ihwal yang bersangkutan paut dengan bentuk, susunan, dan kekuasaan tertinggi (organisasi) negara.
  - (b) Segala hal ihwal yang bersangkutan paut dengan persatuan nasional,
  - (c) Kelembagaan negara termasuk hubungan fungsionalnya,
  - (d) Kewajiban dan hak anggota (organisasi) negara.
- (2) Bidang penyelenggaraan kesejahteraan sosial meliputi:
  - (a) Segala hal ihwal yang bersangkutan paut dengan penyelenggaraan pembuatan peraturan perundang-undangan untuk penyelenggaraan kesejahteraan,

- (b) Segala hal ihwal yang bersangkutan paut dengan penyelenggaraan kekuasaan pemerintahan untuk kesejahteraan sosial,
- (c) Segala hal ihwal yang mengenai penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang bebas demi kesejahteraan rakyat,
- (d) Pemerintahan daerah,
- (e) Hal Keuangan,
- (f) Agama,
- (g) Pertahanan Negara,
- (h) Pendidikan,
- (i) Kesejahteraan Sosial,
- (j) Hubungan Luar Negeri,
- (k) Gelar, tanda jasa, dan lain-lain tanda kehormatan.

### **Pancasila dan Tata Hukum Yang Plural**

Dalam makna relasi heuristik terdapat konsep kesadaran tentang ide benar Filsafat Pancasila ditransformasi ke tata hukum yang plural, baik tertulis maupun tidak tertulis. Tata hukum yang tertulis telah ditunjukkan kerangka atau pola penjabaran, deduksi, atau transformasi. Bagaimana kedudukan norma-norma yang tidak tertulis dan oleh sejumlah yuris di Indonesia diberi nama sebagai *hukum adat*? Padahal sejumlah yuris yang lain pernah melihat bahwa norma-norma adat tersebut ada yang dikitabkan (atau dikodifikasi) demi kepastian hukum. Akibat pandangan yang terbelah di kalangan para yuris dan upaya moderenisasi hukum yang didominasi *legal positivism* ikut menelantarkan naskah-naskah yang dikitabkan tersebut. Kondisi naskah-naskah hukum adat yang dulu mendapat dasar eksistensi konstitusional melalui Pasal 75 RR dan diperbaharui dalam Pasal 131 *Indische Staatsregeling*.

Apabila sudah dikitabkan atau dihimpun dalam suatu 'kodifikasi' –meskipun belum dipoitifkan melalui lembaga legislasi, dalam kajiannya diperlukan disiplin ilmu filologi yang membuka teks atau bahkan melakukan tradukologi lintas kultural dari bahasa yang kurang familiar ke dalam bahasa sasaran yang mungkin lebih dikenal. Filologi adalah ilmu yang mempelajari khazanah masa lampau dalam manifestasi tradisi tulis. Dalam beberapa situasi filologi berkaitan juga dengan etnografi yang kadang-kadang memanfaatkan tradisi lisan. Adapun tahapan kajian filologi dilakukan dengan:

- (1) Melakukan inventarisasi naskah hukum (untuk mnengetahui jumlah dan tempat koleksi penyimpanan);
- (2) Melakukan deskripsi, baik fisik maupun isi;
- (3) Perbandingan teks (yang sama tidak menjadi persoalan, sedangkan yang beda ditentukan varian atau versi);serta
- (4) Penentuan edisi teks yang akan disajikan dan dijelaskan konteksnya.

Salah satu karya besar yang mengakui tata hukum yang beragam dan menghormati sistem hukum adat yang plural adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (yang biasa dikenal dengan istilah UUPA). Salah satu asas dalam UUPA adalah penghormatan terhadap hukum adat yang plural. UUPA mampu bertahan sampai 52 tahun. Meskipun demikian, UUPA sebagai payung hukum 'digerogoti' oleh norma-norma organik lainnya. Yang patut dicatat bahwa UUPA lahir dalam suasana politik yang berpotensi konflik, bahkan ideologinya terpaksa mengakui 'sosialisme Indonesia yang oleh Prof. Budi Harsono dimaknai –atau diganti dengan— Pancasila.

Latif (2011) merumuskan permasalahan bagaimana pemahaman, penghayatan, dan kepercayaan terhadap nilai-nilai yang terkandung pada setiap sila Pancasila dan kesalingterkaitannya satu sama lain, untuk kemudian diamalkan secara konsisten di segala lapis dan bidang kehidupan berbangsa dan bernegara. Dengan menyitir pendapat Kuntowijoyo, lebih lanjut Latif (2011) menunjukkan bahwa konteks tersebut perlu dilakukan 'radikalisasi Pancasila'. Yang dimaksud dengan '*radikalisasi Pancasila*; adalah revolusi gagasan demi membuat Pancasila tegar, efektif, dan menjadi petunjuk bagaimana negara ini ditatakelola dengan benar. Radikalisasi Pancasila dilakukan dengan:

- (1) mengembalikan Pancasila sebagai ideologi negara;
- (2) mengembangkan Pancasila sebagai ideologi menjadi Pancasila;
- (3) mengusahakan Pancasila mempunyai konsistensi dengan produk-produk peraturan perundang-undangan dengan merujuk koherensi antarsila dan korespondensinya dengan realitas sosial;
- (4) mendudukkan Pancasila yang semula hanya melayani kepentingan vertikal (negara) menjadi Pancasila yang juga mengabdikan pada kepentingan horizontal;
- (5) menjadikan Pancasila sebagai kritik kebijakan negara.

## Penutup

Dalam topik relasi heuristik dari Filsafat Pancasila ke dalam tata hukum yang plural menunjukkan hal-hal yang patut dicermati lebih lanjut:

- (1) Teks Pancasila dan perkembangan teksnya perlu dijelaskan dan dipahami kepada setiap generasi. Dalam konteks ini dapat dilihat dengan skema pemikiran M.H. Abrams yang dapat didekati dengan prinsip pengide atau pencetus (dengan presepektif biografisme), teks dan perkembangan teks (obyektif), serta penerima atau pembaca teks yang mungkin menjadi puritan dan bermutasi dan bertransformasi sesuai dengan keadaan zaman.
- (2) Dari tataran filsafat yang bedimensi ontologi, aksiologi, dan epistemologi juga perlu dirumuskan Filsafat Hukum Pancasila, Teori Hukum Pancasila (asas etik hukum dengan melakukan identifikasi sesegera mungkin agar setiap produk hukum tidak bertentangan dengan asas), serta hukum positif yang berparadigma Pancasila.
- (3) Tata hukum yang menjunjung pluralism dalam kebersamaan akan memiliki daya uji maksimal karena sesuai dengan selendang yang bertuliskan sasanti ***Bhinneka Tunggal Ika*** dalam cengkraman lambang negara.



- (4) Pancasila dijadikan Cita hukum, baik tertulis maupun tidak tertulis. Khusus yang dianggap hukum adat adalah tidak tertulis perlu diluruskan kembali konteksnya dalam upaya kodifikasi terhadap norma-norma di masa itu.
- (5) Apabila sudah dicitakan atau dihimpu dalam suatu 'kodifikasi' –meskipun belum dipositifkan melalui lembaga legislasi, dalam kajiannya diperlukan disiplin ilmu filologi yang membuka teks atau bahkan melakukan tradukologi lintas kultural dari bahasa yang kurang familiar ke dalam bahasa sasaran yang mungkin lebih dikenal.

### Daftar Pustaka

- Attamimi, A. Hamid S. "Pancasila: Cita Hukum dalam Kehidupan Bangsa Indonesia," dalam Oetojo Oesman dan Alfian, ed. *Pancasila sebagai Ideologi dalam Berbagai Bidang Kehidupan Bermasyarakat, Berbangsa, dan Bernegara*, (Jakarta: BP-7 Pusat, 1991).
- Besar, Abdulkadir. *Perubahan UUD 1945 Tanpa Paradigma, Amandemen Bukan, Konstitusi Baru Setengah Hati*. Jakarta: Pusat Studi Pancasila Universitas Pancasila, 2002.
- Kartohadiprojo, Soediman. *Pancasila sebagai Pandangan Hidup Bangsa Indonesia*. Jakarta: Gatra Pustaka, 2010.
- Latif, Yudi. *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2011.
- Lukito, Ratna. *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler: Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Indonesia*. Jakarta: Alvabet, 2008.
- Notonagoro, "Pantjasila Dasar Filsafat Negara Republik Indonesia: Kumpulan Tiga Uraian Pokok-Pokok Persoalan tentang Pancasila", Tanpa Impresum.
- Wahjono, Padmo. *Penjababaran Pancasila dalam Peraturan Perundang-Undangan*, (Jakarta: CV Niagara, 1986

### Lampiran

#### KERANGKA ACUAN HUKUM TATA HUKUM INDONEASIA

#### YANG DIUSULKAN PADMO WAHJONO

1	Bidang hukum dasar tidak tertulis	Penjelasan Undang-Undang Dasar	
2	Organisasi negara		
3	Persatuan nasional	Bidang hukum dasar tertulis, Bab I + Bab XV,	
4	Kelembagaan negara	Bab II, III, IV, V, VII, VIII, IX	
5	Kewarganegaraan	Bab X	Bid. III s.2.
6	Kekuasaan legislatif	Pasal, 5, 20, 21, 22	Bid. III s.3.
7	Kekuasaan eksekutif	Bab III,	Bid. III s.3.
8	Kekuasaan kehakiman	Bab IX + Pasal 14, Pasal,	Bid. III s.1.3.4
9	Hak dan kewajiban warganegara dan	27, 28, 29, 30, 31, 34	

	penduduk		
10	Hukum pidana, pemasyarakatan, amnesti, abolisi dll	Pasal 14	
11	Hukum acara pidana.		
12	Hukum perdata perorangan		Bid. II s.1.
13	Hukum perdata harta kekayaan		Bid. I.
14	Hukum perdata keluarga		Bid. IV
15	Hukum perdata waris		Bid. II s.2.
16	Hukum perdata perjanjian		Bid. II s.3.
17	Hukum perdata acara		Bid. II s.4.
18	Agama	Bab VIII	Bid. III s.5.
19	Keuangan	Bab XII + Pasal 12	Bid. II s.9.
20	Pertahanan Dan Keadaan Bahaya	Bab XIII	Bid. I. s.1.
21	Pendidikan	Pasal 32	Bid I. s.2.
22	Kebudayaan		Bid. 1. s.3.
23	Ilmu dan Teknologi	Fasal 11 + fasal 13	Bid. I s.4.
24	Hubungan Luar Negeri	Bab XIV	Bid. I. s.5.
25	Kesejahteraan Sosial		Bid. I. s.6.
26	Pertanian		Bid. I. s.7.
27	Industri		Bid. I. s.8.
28	Pertambangan		Bid. I. s.9.
29	Energi		
30	Prasarana		Bid. I. s.10.
31	Pariwisata		Bid. I. s.11.
32	Perdagangan		Bid. I. s.12.
33	Koperasi		Bid. I. s.13.
34	Usaha Swasta dan Golongan Ekonomi Lemah		Bid. II. s.5. Bid. II. s.6.
35	Tenaga Kerja		Bid. II. s.7.
36	Transmigrasi		Bid. II. s.8.
37	Pembangunan Daerah		Bid. II. s.10.
38	Sumber Alam dan Lingkungan Hidup		Bid. II. s.11.
39	Kesehatan		

40	Keluarga berencana	Pasal 15	
41	Kependudukan		
42	Perumahan		
43	Generasi muda		
44	Peranan wanita dalam Pembangunan dan Pembinaan Bangsa		
45	Tanda jasa, gelar, dan tanda kehormatan lainnya		

**RELASI ANTARA PASAL UUD 1945, POKOK PIKIRAN, DAN PANCASILA  
DALAM MENYELENGGARAKAN FUNGSI NEGARA**

No.	UUD 1945	KETENTUAN HUKUM TRANSFORMASIAN DARI POKOK PIKIRAN	DEMI TERWUJUDNYA FUNGSI NEGARA	UNTUK MEWUJUDKAN PANCASILA
1.	Pasal 1 Pasal 2	I, II, III, dan IV (integrasi) III (subyek)	I, II, III, dan IV (integrasi)	Sila 1, 2, 3, 4, dan 5 (seluruhan)
2.	Pasal 3	I, II, III, dan IV (integrasi)	I, II, III, dan IV (integrasi)	Sila 1, 2, 3, 4, dan 5
3.	Pasal 4 Ayat (1)	I, II, III, dan IV (integrasi)	I, II, III, dan IV (integrasi)	Sila 1, 2, 3, 4, dan 5
4.	Pasal 5 Ayat (1) Pasal 10 Pasal 11 Pasal 12 Pasal 13 Pasal 14	I I I I I	I, II, III, dan IV (integrasi) I, II, III, dan IV (integrasi) I, II, III, dan IV (integrasi) I, II, III, dan IV (integrasi) I, II, III, dan IV (integrasi)	Sila 1, 2, 3, 4, dan 5      I
5.	Pasal 15	III	I	
6.	Pasal 23	I dan IV		Sila 4
7.	Pasal 29	I		Sila 1 dan 2
8.	Pasal 30	III		Sila 3
9.	Pasal 31	I	II	Sila 4
10.	Pasal 32	II	I dan IV	Sila 3
11.		I	I	Sila 5

	Pasal 33	I	III	Sila 3
	Pasal 35		I	Sila 3
	Pasal 36		II	
			I	
			I	

Sumber : Abdulkadir Besar. *Perubahan UUD 1945 Tanpa Paradigma, Amandemen Bukan, Konstitusi Baru Setengah Hati*, ( Jakarta: Pusat Studi Pancasila Universitas Pancasila, 2002), hlm.27.

## Menilik Kepantasan Labelisasi Pancasila Sebagai *Staatsfundamentalnorm* Dalam Sistem Hukum Indonesia

Shidarta

Pancasila dapat diposisikan dalam banyak tempat di dalam sistem hukum Indonesia. Predikatnya sebagai jiwa bangsa, *Weltanschauung*, *Leitstern*, pandangan hidup bangsa, ideologi negara, cita negara, cita hukum, sumber dari segala sumber hukum, bahkan (sebagian mengkategorikannya sebagai) *Staatsfundamentalnorm*, menunjukkan keragaman posisi Pancasila yang justru berpotensi merugikan eksistensi dan peran Pancasila dalam menjaga kepaduan sistem hukum nasional. Untuk itu, perlu ada kejelasan sampai pada batas mana label-label itu dapat dikorelasikan dengan kebutuhan ber hukum di Indonesia. Kerancuan dalam pemberian label ini terbukti telah menimbulkan kebingungan, sehingga memunculkan anggapan bahwa Pancasila telah kehilangan fungsinya untuk memberi ciri keindonesiaan dalam format bernegara-hukum Indonesia.

Di antara keragaman predikat itu, tampaknya posisinya sebagai *Staatsfundamentalnorm* menarik untuk ditelaah. Tulisan inipun akan lebih memfokuskan perhatian pada salah satu label yang paling mengundang polemik itu, mengingat norma fundamental negara memiliki posisi strategis. Secara hierarkis ia menduduki tempat tertinggi dalam konstruksi sistem norma hukum. Jika menilik pada teori jenjang, kedudukan *Staatsfundamentalnorm* ini sangat vital karena merupakan sumber referensi bagi pembentukan norma di bawahnya. Beberapa pandangan menilai posisi *Staatsfundamentalnorm* ini lebih pantas diberikan kepada Pembukaan UUD 1945 atau kepada Proklamasi 17 Agustus 1945 daripada secara spesifik diserahkan kepada Pancasila. Di sisi lain, ada pandangan yang menyatakan bahwa Pancasila adalah ketentuan normatif yang digali dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat Indonesia dan telah diformulasikan sebagai norma hukum. Ia mengejawantah atau seyogianya dapat ditelusuri jejaknya di dalam sistem hukum Indonesia itu, atau tepatnya di dalam konstruksi sistem norma hukum, mulai dari yang tertinggi sampai terendah, bahkan sampai ke tataran praktik hukum sekalipun. Alasan-alasan dari berbagai pandangan inilah yang akan dianalisis dan dikritisi dalam tulisan ini, sehingga pada akhirnya dapat ditarik kesimpulan seberapa pantas Pancasila dijadikan *Staatsfundamentalnorm* dalam sistem hukum Indonesia, yang pada gilirannya juga di dalam bangunan negara hukum Indonesia.

Tulisan berikut ini tidak akan banyak menyoroti Pancasila mengikuti perjalanan diakroniknya, mengingat hal tersebut sudah terlalu banyak dibahas. Makalah kecil ini justru ingin membatasi diri ulasannya dengan menggunakan pendekatan sinkronik, dengan menjadikan topik Pancasila dan *Staatsfundamentalnorm* ini sebagai isu di dalam wacana filsafat hukum.

### NORMA DAN NORMATIF

Kata “*Staatsfundamentalnorm*” terdiri dari tiga kata, dan kata terakhir yang dilekatkan adalah kata “*norm*” (norma). Dalam kosa kata bahasa Indonesia, kata “norma” dipadankan dengan “kaidah”. Dalam pembelajaran di perguruan tinggi hukum, dikenal ada beberapa jenis norma. Pengklasifikasian yang paling lazim dianut berasal dari Purnadi Purbacaraka

dan Soerjono Soekanto (1978: 21-37), ketika mereka berdua membedakan antara norma pribadi (otonom) dan antar-pribadi (heteronom). Norma pribadi dibedakan menjadi norma keagamaan dan norma kesusilaan. Sementara itu, norma antar-pribadi terdiri dari norma sopan-santun dan norma hukum.

Semua yang disebut normatif pada hakikatnya membuka peluang untuk disimpangi. Hal inilah yang secara tegas membedakan antara ketentuan normatif dan ketentuan alamiah (*law of nature*). Manusia adalah makhluk normatif sekaligus makhluk alamiah. Sebagai makhluk normatif, ada serangkaian norma yang berlaku dan dibebankan padanya, namun manusia sesungguhnya masih dapat menyimpangi norma-norma itu dengan risiko tertentu. Di sisi lain, sama seperti makhluk lain di luar dirinya, manusia pun tunduk pada ketentuan alamiah yang tidak bisa disimpanginya. Norma bahwa membunuh adalah tindakan yang buruk merupakan contoh sebuah ketentuan normatif, sedangkan proses makin menua seiring perjalanan waktu (*aging process*) adalah contoh ketentuan alamiah.

Oleh karena semua ketentuan normatif itu dapat disimpangi, maka berarti ketentuan ini merupakan hasil pilihan manusia. Dalam skala mikro, pilihan itu bisa saja masih berupa kaidah otonom, tetapi pada skala makro, pilihan tersebut dapat berupa kaidah heteronom karena sudah melibatkan otoritas di luar pribadi-pribadi. Kemungkinan penyimpangan ini pada hakikatnya tidak dikehendaki, sehingga keseyogiaan menjadi ciri penting di dalam semua ketentuan normatif. Itulah sebabnya, Kelsen (1967) menyebutkan norma ini sebagai “... *that something ought to be or ought to happen, especially that a human being ought to behave in a specific way.*”

Hal lain yang dapat dilekatkan pada label norma dan normatif adalah keniscayaan untuk dipahami oleh subjek norma yang terkena ketentuan itu. Artinya, pilihan-pilihan itu tadi harus diposisikan di dalam konteks kesadaran si subjek. Di sinilah diperlukan adanya upaya pelebagaan norma karena tanpa pemahaman dan kesadaran, norma menjadi tidak layak untuk diseyogikan. Aspek *mens rea* (*guilty mind*) dalam hukum pidana, misalnya, menunjukkan betapa aspek kesadaran ini menjadi penting untuk diletakkan.

Hanya saja, khusus untuk norma hukum, aspek pemahaman ini mengalami simplifikasi agar tidak terjadi “kebutaan yang disengaja” (*willful blindness*) dalam penerapannya sebagaimana terungkap dalam asas semua orang dianggap tahu hukum (*nemo ius ignorare consetur*) dan ketidaktahuan terhadap undang-undang tidak merupakan alasan pemaaf (*ignorantia legis excusat neminem*). Demi kepastian itulah maka pemahaman atau kesadaran akan dipahami hanya sebatas tindakan sepihak penguasa pembuat hukum (*lawgivers*) dengan cara mengumumkannya (misalnya melalui publikasi di lembaran negara atau lembaran daerah). Sejurus kemudian pemahaman dan kesadaran itu sudah harus dianggap hadir di dalam ladang penerapan hukum. Asas hukum yang absurd dan fiktif seperti ini jelas-jelas telah mereduksi ketentuan normatif menjadi sekadar gejala-gejala yang terobservasi. Tolok ukur ketaatan normatif, khususnya pada norma-norma heteronom, hanya diletakkan pada gejala ketaatan fisik.

Tatkala kita berbicara tentang *Staatsfundamentalnorm*, maka karakter normatif dari *Staatsfundamentalnorm* ini juga berlaku. Hanya saja, posisinya sebagai norma primer yang isinya dipersangkakan telah ada mendahului hukum positif, membuatnya tidak membutuhkan proses pelebagaan seperti yang dikemukakan di atas.

## STAATSFUNDAMENTALNORM ADALAH NORMA

Memang, akan menjadi sebuah *contradictio in terminis* untuk masih mempertanyakan apakah *Staatsfundamentalnorm* merupakan sebuah norma. Hanya saja, menjadi penting juga untuk mempertanyakan: apakah ia merupakan norma hukum atau norma lain di luar itu?

Sewaktu membahas tentang *Grundnorm* dalam teori Kelsen, J.H.M. Klandermaan menegaskan bahwa *Grundnorm* tersebut bukanlah sebuah norma hukum tetapi norma pikiran (... *de Grundnorm niet een rechtsnorm maar gedachte norm*) (Soejadi, 1999: 116). Padahal, posisi *Grundnorm* ini jika disandingkan dengan teori Nawiasky, tidak lain adalah kelompok norma yang disebut *Staatsfundamentalnorm*.

Dalam rangka membandingkan antara *Grundnorm* (teori Kelsen) dan *Staatsfundamentalnorm* (teori Nawiasky) biasanya ditunjukkan persamaannya adalah bahwa kedua sama-sama menjadi norma tertinggi yang bersifat *pre-supposed* dan aksiomatis, serta menjadi sumber atau dasar bagi norma di bawahnya. Perbedaannya adalah bahwa Kelsen tidak mengelompokkan susunan norma itu, sementara Nawiasky membedakannya ke dalam empat kelompok dengan posisi tertinggi ditempati oleh *Staatsfundamentalnorm*. Selain itu, penjenjangan norma di mata Kelsen berlaku untuk norma-norma secara umum, sedangkan Nawiasky secara khusus menghubungkannya dengan negara. Ditambahkan pula bahwa *Staatsfundamentalnorm* mempunyai kecenderungan untuk dapat berubah sewaktu-waktu, sementara *Grundnorm* berkecenderungan tetap (Indrati S., 2007: 47-48). Perbedaan strategis bahwa *Grundnorm* adalah sebuah norma pikiran (*gedachte norm*) sebagaimana disebutkan oleh Klandermaan dan *Staatsfundamentalnorm* sebagai norma hukum (*rechtsnorm*), tidak banyak ditegaskan dalam buku-buku yang beredar.

Jika *Staatsfundamentalnorm* adalah sebuah norma hukum, maka apakah norma hukum ini merupakan sebuah produk hasil temuan atau hasil kreasi (*is it discovered or is it created*)? Dalam konstelasi aliran-aliran filsafat hukum, sebenarnya hanya ada dua aliran utama yang dapat dikategorikan ke dalam pandangan *law is discovered*. Aliran pertama adalah aliran hukum kodrat (*natural law thought*) dan berikutnya adalah mazhab sejarah (*historical school of law*). Dalam perspektif aliran hukum kodrat, norma hukum ditemukan melalui khazanah moralitas yang universal. Secara ontologis, hukum adalah asas kebenaran dan keadilan yang tunduk pada pakem-pakem idealisme, yakni sebuah gagasan tentang nilai-nilai yang sudah ada dan benar dengan sendirinya (*self-evidence*). Idealisme adalah sebuah proyek yang sudah selesai dan oleh sebab itu ia tinggal ditemukan, bukan dikreasikan. Mazhab sejarah sebenarnya menyepakati hal ini, tetapi tidak berangkat dari optik yang persis sama. Oleh karena hukum tidak dibuat dan tumbuh bersama dengan masyarakat, maka aliran ini menolak untuk memposisikan penguasa sebagai kreator hukum. Lalu, apakah berarti masyarakat yang menciptakan hukum? Secara empiris, seharusnya demikian. Namun, gejala-gejala empiris ini mengalami proses abstraksi sehingga mencapai puncaknya, yang oleh para eksponen mazhab sejarah lazim disebut sebagai jiwa rakyat (*Volksgeist*). Konsep jiwa rakyat ini dapat disandingkan dengan konsep nilai-nilai universalitas dalam aliran hukum kodrat. Kendati demikian, lingkup atau skalanya berbeda. Dalam kaca mata mazhab sejarah, konsep ini memuat nilai-nilai yang partikular, bukan universal.

Dalam konteks berpikir filsafat hukum, orang dapat saja mengidentikkan konsep jiwa rakyat ini dengan konsep cita hukum (*rechtsidee*). Bagi sebuah rakyat yang memutuskan untuk mengubah diri menjadi sebuah bangsa yang menegara (berdaulat) maka jiwa rakyat itu adalah juga sebuah jiwa bangsa sekaligus pengejawantahan dari cita negara (*staatsidee*). Artinya, di dalam cita negara seharusnya terkandung cita budaya, cita sosial, cita hukum, cita politik, dan seterusnya. Pandangan demikian terutama muncul dari para penganut teori kedaulatan negara. Kondisinya agak berbeda menurut optik penganut teori kedaulatan hukum, yang mendudukan cita hukum lebih dulu ada daripada cita negara. Dengan meminjam kaca mata mazhab sejarah yang biasanya lebih mendekati ke arah teori kedaulatan rakyat, Moh. Koesnoe (1995: 79-80) pernah menggambarkan perjalanan terbentuknya *rechtsidee* itu berawal dari alam nilai, yang kemudian ditangkap, diolah, dan diramu oleh filsafat hidup, baru kemudian terbentuklah *rechtsidee*. Dari sini lalu terumuskan asas hukum yang kategoris, dan kemudian dapatlah ditarik asas-asas hukum. Proses berikutnya, lahirlah *staatsidee*. Gagasan *staatsidee* ini diberi bentuk yuridis menjadi hukum dasar negara (konstitusi) dan berlanjut ke aturan hukum positif.

Tatkala Radjiman Wediodiningrat pada tanggal 29 Mei 1945 menantang para anggota BPUPK (wilayah Jawa-Madura)<sup>67</sup> untuk mencari dasar negara Indonesia merdeka, maka yang dimintanya harus dibaca dalam konteks *staatsidee* bukan *rechtsidee*. Tampaknya, tokoh-tokoh bangsa yang tampil menyampaikan pendapatnya (untuk menjawab pertanyaan Radjiman) memang memilih untuk mendekati kerangka berpikir mereka dengan konsep jiwa bangsa ala mazhab sejarah. Dengan menyitir Yudi Latif (2011: 4), dikatakan bahwa permintaan itu memang telah menimbulkan rangsangan *anamnesis* yang memutar kembali ingatan para pendiri bangsa ke belakang; hal ini mendorong mereka untuk menggali kekayaan kerohanian, kepribadian, dan wawasan kebangsaan yang terpendam dalam lumpur sejarah.

Hasil penggalian ini di kemudian hari dikenal dengan dasar negara Pancasila. Persoalannya adalah apakah Pancasila inilah yang kemudian layak dinobatkan sebagai *Staatsfundamentalnorm*? Jika ya, lalu apakah Pancasila sebagai dasar negara itu identik dengan Pancasila sebagai *Staatsfundamentalnorm*?

Sebelum pertanyaan inti ini dijawab dalam tulisan ini, pertama-tama harus diperhatikan bahwa Pancasila sebagai dasar negara adalah Pancasila sebagai landasan falsafah bernegara (*philosophische grondslag*). Jadi rumusan final yang dikenal selama ini adalah memang sebuah rumusan filosofis yang sengaja disusun secara sistematis dan logis. Posisi sila-sila yang dikenal sekarang ini sama dengan formasi yang terdapat dalam alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945, tetapi berbeda dengan usulan awal Soekarno saat diucapkan dalam sidang BPUPK tanggal 1 Juni 1945. Lebih menarik lagi, rumusan final ini berbeda pula dengan pokok-pokok pikiran Pembukaan UUD 1945 sebagaimana dulu tercantum dalam dokumen Penjelasan UUD 1945.

Sebagai sebuah rumusan filosofis, kelima sila Pancasila itu wajar saja jika tidak disusun sebagaimana layaknya suatu norma legislasi. Misalnya, objek norma (*normgedrag*) yang lazimnya terdiri dari kata-kata kerja, tidak ditemukan di dalam rumusan sila-sila itu. Formulasi Pancasila justru terdiri dari kata-kata benda abstrak. Oleh sebab itu tidak heran jika suatu ketika Damardjati Supajar pernah mengusulkan untuk mengefektifkan Pancasila dengan cara mengubah rumusan sila-silanya ke dalam kata kerja aktif, seperti “Mengesakan Tuhan, membangun kemanusiaan yang adil dan beradab, mempersatukan Indonesia, dan seterusnya” (lihat catatan kaki pada Yudi Latif, 2011: 47).



Apabila *Staatsfundamentalnorm* ini hendak diposisikan sebagai norma hukum, maka secara doktrinal aksiomatis ia memang harus mengikuti “*the rule systematizing logic of legal science*” yang mensyaratkan empat asas: (1) eksklusif (*exclusion*), yaitu norma hukum itu menunjukkan kekhasan (eksklusif) yang berbeda dengan norma-norma sosial lainnya; (2) subsumsi (*subsumption*), yakni ia adalah bagian dari peraturan perundang-undangan dengan tata susunan yang hierarkis; (3) derogasi (*derogation*), yaitu susunan itu tidak menghendaki ada konflik, sehingga UU yang lebih rendah harus mengalah pada UU yang lebih tinggi; dan (4) non-kontradiksi (*non-contradiction*), yakni sifat norma-normanya tidak boleh saling meniadakan, seperti mewajibkan seseorang melakukan suatu tindakan tetapi juga sekaligus memberinya dispensasi untuk tidak melakukan tindakan tersebut.

Jika mengikuti pandangan Nawiasky, posisi puncak dalam tata susunan sistem norma hukum itu diduduki oleh kelompok norma yang disebut *Staatsfundamentalnorm*. Dalam kedudukannya sebagai norma tertinggi ini, ia bersifat *pre-supposed* (ditetapkan terlebih dulu) oleh masyarakat dalam suatu negara dan merupakan norma yang menjadi tempat bergantungnya norma-norma hukum di bawahnya. Fungsinya menjadi dasar bagi pembentukan konstitusi atau undang-undang dasar suatu negara (*Staatsverfassung*), termasuk norma pengubahannya. Keberadaannya merupakan syarat bagi berlakunya konstitusi atau undang-undang dasar. Ia lebih dulu ada sebelum adanya konstitusi atau undang-undang dasar (Indrati S., 2007: 46).

Apabila *Staatsfundamentalnorm* lebih dulu ada sebelum adanya konstitusi atau undang-undangan dasar, maka muncul pandangan bahwa kedua posisi ini harus dipisahkan. Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at (2006: 169 et seq.), misalnya, menyatakan bahwa *Staatsfundamentalnorm* tidak boleh merupakan satu kesatuan dengan konstitusi itu, sehingga antara lain atas dasar ini pula mereka sampai pada kesimpulan untuk menolak menempatkan Pembukaan UUD 1945 (termasuk di dalamnya Pancasila) sebagai *Staatsfundamentalnorm*.<sup>68</sup> Sebagai alternatifnya, mereka mengajukan Proklamasi Kemerdekaan 17 Agustus 1945 sebagai *Staatsfundamentalnorm*. Menurut mereka, proklamasi menurut hukum yang berlaku pada saat itu bukan merupakan tindakan hukum karena dilakukan oleh bukan organ negara dan tidak sesuai dengan prosedur hukum. Proklamasi itu menandai berdirinya negara Republik Indonesia yang berarti terbentuknya suatu tata hukum baru (*new legal order*). Adanya negara Indonesia setelah diproklamasikan merupakan dasar keberlakuan UUD 1945 sebagai konstitusi negara Indonesia, sebagai presuposisi validitas tata hukum Indonesia berdasarkan UUD 1945. Jika mengikuti pandangan ini, berarti akan banyak negara merdeka yang menempatkan proklamasi kemerdekaannya sebagai *Staatsfundamentalnorm*, mengingat semua argumentasi yang dipakai oleh Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at di atas juga akan berlaku buat negara-negara pada umumnya.

Untuk kasus Indonesia, sesungguhnya momentum Proklamasi lebih tepat disebut sebagai momentum pembentukan negara daripada pembentukan suatu bangsa. Soekarno dan Hatta memproklamasikan kemerdekaan Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945 atas nama bangsa Indonesia. Pernyataan politis ini menegaskan bahwa di Indonesia, bangsa lahir mendahului negara (lihat juga pernyataan serupa dari Magnis-Suseno dalam Yudi Latif, 2011: xxi). Ini berarti argumentasi untuk menempatkan momentum Proklamasi Kemerdekaan 17 Agustus 1945 sebagai tindakan non-hukum yang dilakukan bukan oleh organ negara, secara diakronik masih bisa ditarik lagi lebih ke belakang, misalnya ke momentum Sumpah Pemuda pada tahun 1928. Sebagian dari pelaku kunci sejarah di tahun

1928 ini adalah mereka yang juga menjadi pelaku kunci sejarah pada tahun 1945. Artinya, idealisme Sumpah Pemuda dan Proklamasi Kemerdekaan memang berasal dan dipelihara oleh figur-figur yang sama, yakni putera-puteri terbaik bangsa. Dengan meminjam terma dari von Savigny, mereka inilah yang mampu menyerap dan memformulasikan *Volksgeist* bangsa Indonesia tersebut.

### **PANCASILA SEBAGAI STAATSFUNDAMENTALNORM?**

Dengan demikian, Staatsfundamentalnorm seharusnya dilekatkan pada suatu bentuk norma dasar yang di dalamnya tercermin cita hukum (*rechtsidee*) dan cita negara (*staatsidee*). Konstelasi berpikir seperti ini serta merta menggiring pada pendapat bahwa *Staatsfundamentalnorm* itu seyogianya dilabelkan kepada Pancasila.

Kendati demikian, ada perbedaan gradasi yang harus diperhatikan untuk menyematkan Pancasila pada label ini. Ada gradasi Pancasila yang berada dalam tataran norma hukum, dan ada yang bukan lagi sebagai norma hukum. Formulasi lima sila dari Pancasila itu adalah sebuah format nilai dan/atau asas hukum, sehingga tidak membutuhkan pemenuhan unsur-unsur norma yang lazim dikenal dalam doktrin. Sementara itu, ada gradasi yang lebih konkret yang dapat ditunjukkan kandungan Pancasila di dalamnya. Posisi ini kiranya pantas diberikan pada Pembukaan UUD 1945.

Dalam format nilai dan/atau asas, Pancasila masih merupakan bintang pemandu (*Leitstern*) bagi keseluruhan sistem hukum. Posisi Pancasila demikian bukanlah *Staatsfundamentalnorm*. Posisi ini ada di luar sistem norma hukum positif. Ia bahkan tidak perlu harus dipositifkan karena ia sudah dipersangkakan ada sejak dalam kurun pra-positif. Pancasila seperti inilah yang diupayakan dicari oleh para pendiri negara dalam rangka menjawab pertanyaan tentang apa dasar negara Indonesia merdeka.

Untuk dapat menjadi *Staatsfundamentalnorm*, ada keharusan norma demikian dieksklusikan sehingga ia membutuhkan suatu format atau bentuk tertentu. Format ini dapat berbentuk dokumen hukum tertulis dan/atau berupa momen historis yang di dalamnya tercipta sebuah preseden baru yang menginspirasi lahirnya sebuah sistem norma hukum Indonesia.

Dengan menyimpang dari cara pandang paham legisme, substansi (isi) *Staatsfundamentalnorm* ini tentu tidak boleh sembarangan. Secara tersirat, minimal ia harus mengandung pesan agar setiap warganegara menaati konstitusi atau undang-undang dasar. Substansi demikian dipandang paling realistis karena ia memang memiliki fungsi konstitutif dan regulatif terhadap konstitusi dan undang-undang dasar yang ditetapkan pertama kali sejak kemerdekaan Indonesia. Substansi ini juga wajib menderivasi posisi Pancasila sebagai bintang pemandu sistem hukum tersebut.

Secara meyakinkan, posisi demikian dapat disematkan pada Pembukaan UUD 1945, yang secara historis memang pernah dipersiapkan sebagai naskah proklamasi kemerdekaan. Keterkaitan Pancasila dan Pembukaan UUD 1945 tentu saja tidak boleh hanya dibaca dari bunyi alinea ke-4 Pembukaan. Roh keterkaitan itu justru harus ditelusuri melalui pokok-pokok pikiran Pembukaan UUD 1945. Rumusan empat pokok pikiran tersebut tercantum dalam dokumen Penjelasan UUD 1945.

Pandangan politik hukum telah menggeser Penjelasan UUD 1945 ini, dari semula merupakan tafsir otentik sekarang diposisikan [sekadar] menjadi tafsir historis. Dalam tafsir historis itulah dapat digali pernyataan mendasar yang mendudukkan hubungan Pancasila, Pembukaan, dan [Batang Tubuh] UUD 1945. Di situ dinyatakan bahwa undang-undang dasar menciptakan pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam pembukaan di dalam pasal-pasal-pasal. Kalimat ini memberi penegasan bahwa di dalam Pembukaan UUD 1945 terdapat pokok-pokok pikiran, dan pokok-pokok pikiran itulah yang kemudian dijabarkan oleh pasal-pasal (Batang Tubuh) UUD 1945.

Pokok pikiran pertama menyatakan, bahwa negara melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia berdasarkan atas persatuan dengan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia (pokok pikiran ini mengandung muatan sila ke-3 Pancasila). Pandangan inilah yang kemudian dikenal sebagai paham negara persatuan. Pokok pikiran kedua menyatakan bahwa negara hendak mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia (mengandung muatan sila ke-5). Pokok pikiran ketiga menyatakan bahwa negara berkedaulatan rakyat, berdasar atas kerakyatan dan permusyawaratan perwakilan (sila ke-4). Pokok pikiran terakhir menegaskan bahwa negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab. Oleh karena itu, undang-undang dasar mewajibkan pemerintah dan lain-lain penyelenggara negara untuk memelihara budi pekerti kemanusiaan yang luhur dan memegang teguh cita-cita moral rakyat yang luhur (sila ke-1 dan ke-2).

Dalam perspektif filosofis, urutan pokok pikiran ini dapat dipahami secara logis sebagai berikut. Pertama-tama, adanya negara merupakan dimensi ontologis yang wajib dipertanyakan. Apabila bangsa Indonesia, keberadaan negara seperti apa yang akan mereka bentuk itu. Jawabannya adalah negara persatuan, yakni negara yang mengatasi kebhinnekaan dan mengada sebagai keekaan. Kedua, dimensi aksiologisnya lalu diajukan, yakni hendak dibawa ke mana negara yang baru dibentuk itu. Jawabannya tegas dan visioner, yaitu ke kondisi yang berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat. Pertanyaan berikutnya menyentuh area epistemologis, yakni tentang metode yang dipakai untuk membawa dari kondisi ada menuju kepada yang belum ada itu. Prosesnya harus berlangsung secara demokratis, yang dinyatakan dengan kata-kata “kerakyatan dan permusyawaratan perwakilan”. Pada tahap terakhir, kembali dimensi nilai-nilainya dikedepankan lagi, dengan memberi nuansa interaktif secara vertikal (dengan Tuhan) dan horisontal (dengan sesama umat manusia). Apabila pada alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945, pokok-pokok pikiran ini mengalami penyusunan ulang, sehingga dimensi nilai-nilai vertikal dan horisontal diletakkan lebih awal, selanjutnya didudukkan aspek ontologis, epistemologis, dan aksiologisnya, maka hal itu sebenarnya sekadar sistematika ulang. Urutan sila-sila tadi menjadi tidak relevan untuk diperdebatkan sepanjang keseluruhan sila itu wajib dipahami secara bulat utuh (tidak parsial).

Tentu saja, anggapan untuk menolak posisi *Staatsfundamentalnorm* Pembukaan UUD 1945 karena ia merupakan satu kesatuan dengan Batang Tubuh UUD, perlu diberikan penjelasannya. Pembukaan UUD 1945 memuat pokok-pokok pikiran, yang secara logis mengacu kepada sila-sila Pancasila. Secara historis juga dapat dibuktikan bahwa Pembukaan ini adalah dokumen yang disusun dan disahkan oleh organ pembentuk negara, sebuah organ yang lebih tinggi daripada lembaga tinggi negara yang manapun. Dengan mengacu pada asas *lex superior derogat legi inferiori*, maka produk organ pembentuk negara ini tidak dapat dibatalkan oleh lembaga-lembaga negara di bawahnya. Dengan demikian, sebenarnya posisi

Pembukaan tidak boleh diletakkan pada derajat yang sama dengan Batang Tubuh UUD. *Staatsfundamentalnorm* lebih tinggi kedudukannya daripada *Staatsverfassung*.

### CATATAN PENUTUP

Sebagai rangkuman, dapat dinyatakan bahwa dari semua alternatif format norma yang tersedia saat ini, Pembukaan UUD 1945 merupakan pilihan yang paling logis untuk dilabelkan *Staatsfundamentalnorm*. Pemberian tempat *Staatsfundamentalnorm* untuk Pancasila, dengan demikian, tidak sepenuhnya keliru karena pokok-pokok pikiran Pembukaan UUD 1945 itu tidak lain mengacu pada keseluruhan sila-sila Pancasila. Namun, karena *Staatsfundamentalnorm* dalam susunan hierarkis ini lebih diperuntukkan untuk menjawab bentuk daripada substansi (isi), maka memang sebaiknya jawaban yang diberikan untuk itu adalah Pembukaan UUD 1945.

Risiko dari uraian yang mengambil pijakan filosofis adalah wajib merelatifkan pandangannya agar kadar spekulatif dari tulisan ini tetap bisa dihadirkan. Dan sejak awal memang juga disadari bahwa makalah singkat ini tidak mungkin dapat menampung semua argumen pendukung berkenaan dengan topik di atas. Kendati demikian, diskursus tentang topik *Staatsfundamentalnorm* yang paling tepat bagi bangsa dan negara Indonesia, tampaknya perlu terus diwacanakan.

### DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly & M. Ali Safa'at. 2006. *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI.
- Darmodiharjo, Darji & Shidarta. 1996. *Penjabaran Nilai-Nilai Pancasila dalam Sistem Hukum Indonesia*. Jakarta: RajaGrafindo Persada.
- Indrati S., Maria Farida. 2007. *Ilmu Perundang-undangan: Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*. Yogyakarta: Kanisius.
- Latif, Yudi. 2011. *Negara Paripurna: Historitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Nawiasky, Hans. 1948. *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*. Zurich: Verlagsanstalt Benziger & Co.
- Notonagoro. 1988. *Pancasila Dasar Falsafah Negara (Kumpulan Tiga Uraian Pokok-Pokok Persoalan tentang Pancasila)*. Jakarta: Bina Aksara.
- Notonagoro. 1994. *Pancasila secara Ilmiah Populer*. Jakarta: Bina Aksara.
- Pranaka, A.M.W. 1985. *Sejarah Pemikiran tentang Pancasila*. Jakarta: Yayasan Proklamasi-CSIS.
- Purbacaraka, Purnadi & Soerjono Soekanto. 1978. *Perihal Kaedah Hukum*. Bandung: Alumni.
- Kelsen, Hans. 1967. *The Pure Theory of Law*. Translated by Max Knight. Berkeley: University of California Press.
- Koesnoe, Moh. 1995. "Perumusan dan Pembinaan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional." *Majalah Hukum Nasional*. Edisi Khusus No. 2. Hlm. 70-118.

Kusuma, A.B. 2004. *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Soejadi. 1999. *Pancasila sebagai Sumber Tertib Hukum Indonesia*. Yogyakarta: Lukman Offset.



<sup>1</sup> Pada 1999, di kalangan anggota MPR terdapat kesepakatan dasar berkenaan dengan amandemen UUD 1945, yakni: (1) Tidak mengubah Pembukaan UUD 1945; (2) Mempertahankan Negara Kesatuan RI; (3) Tetap mempertahankan sistem presidensial; (4) Penjelasan UUD 1945 yang memuat hal-hal yang bersifat normatif akan dimasukkan ke dalam pasal-pasal (batang tubuh); dan (5) Perubahan dilakukan dengan cara “adendum”. Badan Pekerja MPR, *Perubahan Pertama dan Perubahan Kedua UUD 1945: Bahan Penjelasan BP-MPR dalam Rangka Memasyarakatkan Hasil Sidang Umum MPR 1999 dan Sidang Tahunan MPR 1999*, Sekretariat MPR:2000, hlm. 10-13; Lihat pula kajian Aidul Fitriadi Azhari, *The Essential of the 1945 Constitution and the Agreement of the Amendment of the 1945 Constitution: A Comparison of the Constitutional Amendment*, Jurnal Hukum Vol. 18, No. 3, Juli 2011, hlm. 305-319.

<sup>2</sup> *What is Shariah*, <<http://suite101.com/article/what-is-shariah-a71667>> Diakses 3 Oktober 2012

<sup>3</sup> Konsep *Sozialen Rechtsstaat* diterima pada Pasal 28 ayat (1) Hukum Dasar Jerman Barat 1949 yang berbunyi: “*Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.*”

<sup>4</sup> Bung Hatta mengistilahkan negara kesejahteraan dengan sebutan “*negara pengurus*” yang dipandang sebagai perwujudan dari sistem demokrasi Indonesia menurut Hatta merupakan “*demokrasi sosial dan kolektif*”. Lihat RM. A.B. Kusumah, Jakarta: BP-FHUI, 2004, hlm. 355; Muhammad Hatta, *Demokrasi Kita*, Jakarta: Balai Pustaka, 2004, hlm. 46.

<sup>5</sup> Keadilan dan kemashlahatan adalah tujuan utama dari hukum Islam (*maqasid al-sharia*). Pada saat penyusunan UUD 1945, para pemimpin Islam secara eksplisit mengungkapkan ayat-ayat Al-Quran yang menyebutkan keharusan untuk menegakkan hukum secara adil serta didasarkan pada pertimbangan kemashlahatan yang ditempuh melalui musyawarah. Lihat di antaranya pidato Ki Bagoes Hadikoesoemo dalam RM. A.B. Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta:BP-FHUI, 2004, hlm. 143.

<sup>6</sup> Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, cetakan ke-6, Pustaka Filsafat, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1990, hal. 287-288.

<sup>7</sup> Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, cetakan ke-6, Pustaka Filsafat, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1990, hal. 276.

<sup>8</sup> Talenta adalah pembawaan seseorang sejak lahir, bakat, diambil dari Kamus Besar bahasa Indonesia, Pusat Bahasa, edisi ke IV, Jakarta 2011, hal. 1384.

<sup>9</sup> Diambil dari Johan Norberg, *Membela Kapitalisme Global*, Freedom Institut, Jakarta, 2008

<sup>10</sup> Johan Norberg, *Membela Kapitalisme Global*, Freedom Institut, Jakarta, 2008,.

<sup>11</sup> Wolfgang Welsch (editor), *Wege Aus der Moderne: Schlusstexte der Postmoderne-Diskussion* (Jalan dari Modern: Teks Kunci Diskusi-Postmodern), Acta Humaniora, Weinheim, 1988. Bedah buku, tgl. 14 April 2007, disampaikan oleh Dr. jur. Any Andjarwati.

<sup>12</sup> Mengambil inti dan pemikiran dari tulisan buku *Wege Aus der Moderne: Schlusstexte der Postmoderne-Diskussion* (Jalan dari Modern: Teks Kunci Diskusi-Postmodern), Wolfgang Welsch (editor), Acta Humaniora, Weinheim, 1988. Bedah buku, tgl. 14 April 2007, disampaikan oleh Dr. jur. Any Andjarwati.

<sup>13</sup> Krisis modern memberi kesempatan postmodern akan keadilan, pluralitas dan ... yang radikal

<sup>14</sup> Otje Salman S/ Anthon F. Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*, Aditama, cetakan ke-5, Bandung, 2009, hal. 87

<sup>15</sup> Otje Salman S/ Anthon F. Susanto, *Teori Hukum*, hal. 85

<sup>16</sup> Otje Salman S/ Anthon F. Susanto, *Teori Hukum*, hal. 88

<sup>17</sup> Otje Salman S/ Anthon F. Susanto, *Teori Hukum*, hal. 88

<sup>18</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, cet. Ke-3, Yogyakarta, 2004, hal. 18.

<sup>19</sup> “Hukum Kesejahteraan Indonesia Suatu Harapan”, Orasi Ilmiah Dies Natalis Fakultas Hukum ke 61, Yogyakarta tgl. 17 Januari 2007

<sup>20</sup> Kebenaran dan hukum, berkait erat dengan kebebasan dan persamaan hak didepan hukum, yang didukung ide-ide fundamental seperti konstitusi, demokrasi, hak asasi manusia, kapitalisme, perdagangan bebas dan pemisahan Negara dan lembaga keagamaan apapun. Tidak terbuka pada orientasi ideologi.

<sup>21</sup> *Filsafat Eksistensialisme*, Soren Kierkegaard; Jean Paul Satre, *Eksistensialisme dan Humanisme*, Pustaka Pelajar, cet-1, 2002

<sup>22</sup> S. Takdir Alisjahbana, *Values as Integrating Forces of Humanity and Community*; [http://en.wikipedia.org/wiki/Eduard\\_Spranger](http://en.wikipedia.org/wiki/Eduard_Spranger)

- 
- <sup>23</sup> Pendapat Ichlasul Amal, bandingkan dengan Uni Eropa, "Mulai Januari Indonesia Ketua ASEAN, harian Kedaulatan Rakyat, 28 Januari 2011; PBB: Dunia Butuh Revolusi, Perlu Memikirkan Ulang Model Ekonomi Tingkat yang Paling Dasar, Harian Kompas, tgl. 29 Januari 2011.
- <sup>24</sup> Lihat T. Jacob, Tragedi Negara Kesatuan Kleptokratis, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta 2004; Kumpulan Tulisan, Indonesia Dalam Kritis 1997 -2002, Kompas, Jakarta, 2002; Kumpulan Tulisan, Indonesia 2001 Kehilangan Pamor, Kompas, Jakarta, 2001; Berita-berita tentang Korupsi, mafia-hukum a.l . Cencury, Gayus Tambunan, dll..
- <sup>25</sup> Lihat Sudikno Mertokusumo, Penemuan Hukum, hal. 20
- <sup>26</sup> Any Andjarwati, Negara Kesejahteraan dan Pasar Tanah Pertanian,
- <sup>27</sup> Johan Norberg, Membela Kapitalisme Global, Freedom Institut, Jakarta, 2008,.
- <sup>28</sup> Positivisme adalah cara pandang dalam memahami dunia dengan berdasarkan sains. Penganut paham positivisme meyakini bahwa hanya ada sedikit perbedaan (jika ada) antara ilmu sosial dan ilmu alam, karena masyarakat dan kehidupan sosial berjalan berdasarkan aturan-aturan, demikian juga alam.
- <sup>29</sup> Dr. jur. Any Andjarwati, S.H., M. jur., Disampaikan dalam diskusi bulanan Unit Pusat Penelitian, Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta tgl. 17 Desember 20011
- <sup>30</sup> Politik Pangan: Olong Karena Tanpa Arah Yang jelas, Harian Kompas, 2 Desember 2011
- <sup>31</sup> Politik Pangan: Olong Karena Tanpa Arah Yang jelas, Harian Kompas, 2 Desember 2011
- <sup>32</sup> Politik Pangan: Olong Karena Tanpa Arah Yang jelas, Harian Kompas, 2 Desember 2011
- <sup>33</sup> Wolfgang Winkler, Struktur Horisontal dan Vertikal Pasar Agraria Menurut Hukum Uni Eropa, Jerman, Perancis dan Belanda: Perhimpunan Pemanen, Cabang Organisasi, Perjanjian Pertanian, Ankara, Maret 2003
- <sup>34</sup> Di dalam Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri Nomor 9 Tahun 2006 dan Nomor 8 Tahun 2006 tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Bergama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Bergama, dan Pendirian Rumah Ibadah ini terdapat 9 (sembilan) *locus* diskriminasi yang tersebar di 6 (enam) pasal. Diskriminasi tersebut terkait dengan kebebasan untuk beribadah dan untuk mendirikan rumah ibadah (Setara Institute, 2010: 5-11).
- <sup>35</sup> Ayat-ayat Al-Qur'an yang turun di Makkah dikenal dengan sebutan ayat Makiyah. Ayat Makiyah umumnya berisi tentang tauhid dan ajaran moral.
- <sup>36</sup> Bandingkan dengan Murthadha Muthahhari. Menurutnya, aplikasi keadilan sosial dapat dilihat dari 2 (dua) model, *pertama*, model yang memusatkan pada masyarakat, yaitu sama rasa, sama rata, artinya setiap orang wajib bekerja berdasarkan keahliannya dan memperoleh penghasilan sesuai kebutuhannya. Aplikasi *ke dua*, ialah model yang memusatkan diri pada individu, yaitu setiap orang harus berusaha mengetahui apa yang bisa dia lakukan untuk memperoleh penghasilan, dan penghasilannya menjadi miliknya sendiri tanpa harus peduli dengan orang lain. Keadilan sosial yang ingin direalisasikan Islam ialah model yang serupa dengan sosialisme etis, yaitu setiap orang mengerahkan seluruh kemampuannya agar dapat maju dengan mengandalkan dirinya sendiri yang berpijak dari kemanusiaannya yang luhur, spiritualisme yang tinggi, dan kemuliaan rohani, yang bersedia mengalirkan sebagian dari hartanya untuk saudara-saudaranya yang membutuhkan tanpa dipaksa. Jadi, Islam memandang bahwa spiritualisme ialah bagian yang tak terpisahkan dari keadilan sosial (Muthahhari, 1990: 155-161).
- <sup>37</sup> Bandingkan dengan konsep transenden dari Hassan Hanafi. Menurut Hassan Hanafi, revolui transenden muncul dalam masyarakat untuk mengimplementasikan keadilan sosial, dan menjadi fondasi bagi masyarakat egalitarian (Hanafi, 2003: 82).
- <sup>38</sup> Istilah yang digunakan oleh oleh Abdulkadir Besar.
- <sup>39</sup> Kesejahteraan, menurut Azhary, memiliki pengertian makmur baik secara spiritual maupun materiel (Azhary, 1991: 97).
- <sup>40</sup> Negara hukum liberal (*Rechtsstaat*), menurut Frederich Julius Stahl, memiliki 4 (empat) unsur, yaitu (Asshiddiqie, 2005: 152): Perlindungan terhadap hak asasi manusia (*grondrechten*), adanya pembagian kekuasaan (*scheiding van machten*), pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan (*wet matigheid van het bestuur*), dan adanya peradilan administrasi (*administratief rechtspraak*).
- <sup>41</sup> A.V. Dicey menguraikan adanya 3 (tiga) ciri penting dalam setiap negara hukum, yang disebutnya dengan istilah *the rule of law*, yaitu: *supremacy of law*, *equality before the law*, dan *due process of law*.
- <sup>42</sup> Thomas M Frack dalam Erman Rajagukguk 2000 h 2
- <sup>43</sup> Thomas M Frack dalam Erman, op cit h 3



- 
- <sup>44</sup> Yemi Osinbajo and Olukonyisola, "Human Rights and Economic Development in Developing Countries", *The International Lawyer* vol.28 no.3 (1994), h.728 dalam Erman Rajagukguk 2000
- <sup>45</sup> Amrtya Sen, "Human Rights and Economic Achievements", dalam Joanne R. Banerand Daniel A. Bell (Eds). *The East Asian Challenger For Human Rights*. (Cambridge : Cambridge University Press, 1999), h.90-91 dalam Erman Rajagukguk 2000
- <sup>46</sup> Russel Lawrence Barch, "democratization and Development", *Human Rights Wwaterly* vol.14 (1992) h.121 dalam Erman Rajagukguk 2000
- <sup>47</sup> Franz Magnis – Suseno, "Hak – Hak Azasi Manusia dalam Konteks Sosio Kultural dan Religi di Indonesia", dalam *Hak Azasi Manusia Dalam Perspektif Budaya Indonesia* (Jakarta : PT. Gramedia Pustaka Utama, 1997) h.56-57 dalam Erman Rajagukguk 2000
- <sup>48</sup> Charmeida Tjokrosuwarno, "Strategi Pemulihan Ekonomi Indonesia Pasca Pemilu 1999", *Bisnis & Ekonomi Politik* vol.3 (2) April 1999, h.35-39-40. Lihat juga Anwar Nasution, "Lesson From The Revent Financial Crisi in Indonesia", dalam *Sustaining Economic Growth in Indonesia: A Framework For The Twenty – First Century*. (Jakarta : USAID, LPEM-UI, ACAES, REDECON, 1999) h.53. Sri Mulyani Indrawati, "Krisis Ekonomi Indonesia dan Langkah Reformasi", pidato ilmiah disampaikan pada Dies Natalis Universitas Indonesia ke-48, 7 Februari 1998, h.6-7 dalam Erman Rajagukguk 2000
- <sup>49</sup> Leonard J. Theberge, "Law and Economic Development", *Journal of International Law and Politic* vol.9 (1980). H.232 dalam Erman Rajagukguk 2000
- <sup>50</sup> Tafsir Konstitusi berbagai Aspek Hukum, DR.Taufiqurrohman Syahuri, SH.,M.H - 2011
- <sup>51</sup> Tafsir Konstitusi berbagai Aspek Hukum, DR.Taufiqurrohman Syahuri, SH.,M.H - 2011
- <sup>52</sup> Tafsir Konstitusi berbagai Aspek Hukum, DR.Taufiqurrohman Syahuri, SH.,M.H - 2011
- <sup>53</sup> Warta Perundang-Undangan Edisi 34|02 Oktober – 08 Oktober 2012
- <sup>54</sup> Warta Perundang-Undangan Edisi 34|02 Oktober – 08 Oktober 2012
- <sup>55</sup> Almizan Ulfa, Pajak Pertambahan Nilai : Indonesia dan Beberapa Negara Mitra Dagang Utama, Penerbit Deepublish - 2012
- <sup>56</sup> UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA Nomor 21 Tahun 2011 tentang OTORITAS JASA KEUANGAN
- <sup>57</sup> Adapun gagasan ini dikompilasikan dari pemikiran Jimly Asshidiqie, Arief Hidayat dan dikembangkan lebih lanjut oleh penulis dengan mengutip beberapa pandangan dari tokoh hukum.
- <sup>58</sup> Abdulkadir Besar menyarankan agar sebelum mengatualkan atau mengimplementasi Pancasila dalam tata hukum di Indonesia, para ahli filsafat dan hukum perlu mengidentifikasi konsep yang terkandung dalam tiap sila dan antarkonsep antarsila sebagai satu kesatuan yang integral.
- <sup>59</sup> Dalam tulisan singkat ini diilustrasikan di Universitas Indonesia terdapat para sarjana, seperti R. Soepomo dan Djokosoetono yang pemikirannya diteruskan oleh Padmowahyono, A. Hamid S. Atamimi, dan Abdulkadir Besar (yang kemudian berkarir di Pusat Studi Pancasila Universitas Pancasila). Pemikiran A. Hamid S. Atamimi diteruskan oleh Maria Farida Indratni S. (sekarang berkarir sebagai Hakim Konstitusi). Di Universitas Gadjah Mada ada Notonagoro yang di ranah filsafat diteruskan Kuntowibisono Siswomiharjo dan Abdulkadir Besar (di ranah filsafat dan hukum tata negara). Pemikiran tentang Pancasila dan penjabarannya di Universitas Gadjah Mada diteruskan oleh Kaelan.
- <sup>60</sup> Padmo Wahjono, *Penjabaran Pancasila dalam Peraturan Perundang-Undangan*, (Jakarta: CV Niagara, 1986), hlm.1.
- <sup>61</sup> Notonagoro, "Pantjasila Dasar Filsafat Negara Republik Indonesia: Kumpulan Tiga Uraian Pokok-Pokok Persoalan tentang Pancasila", Tanpa Impresum, hlm.31.
- <sup>62</sup> *Ibid.*, hlm.44.
- <sup>63</sup> A. Hamid S. Attamimi, "Pancasila: Cita Hukum dalam Kehidupan Bangsa Indonesia," dalam Oetojo Oesman dan Alfian, ed. *Pancasila sebagai Ideologi dalam Berbagai Bidang Kehidupan Bermasyarakat, Berbangsa, dan Bernegara*, (Jakarta: BP-7 Pusat, 1991), hlm.70.
- <sup>64</sup> Menurut Stammler (dalam Attamimi, 1992:68), keadilan adalah usaha atau tindakan mengarahkan hukum positif kepada *cita hukum*. *Ibid.* hlm.68.
- <sup>65</sup> Abdulkadir Besar, *Perubahan Undang-Undang Dasar 1945: Amandemen Bukani, Konstitusi Baru Setengah Hati*, (Jakarta: Pusat Studi Pancasila Universitas Pancasila, 2002), hlm.14.
- <sup>66</sup> Wahjomo. *Op.Cit.*

---

<sup>67</sup> Menurut A.B. Kusuma (2004: 1), “BPUPK” sebaiknya tidak ditulis menjadi “BPUPKI” karena badan ini adalah bentukan Rikugun XVI (Angkatan Darat Jepang yang kewenangannya hanya mencakup Jawa dan Madura). Di luar badan bentukan Rikugun XVI ini sebenarnya ada juga BPUPK Sumatera yang baru dibentuk tanggal 25 Juli 1945 dan tidak sempat bekerja kecuali menyatakan siap berjuang bersama Dai Nippon. Wilayah Indonesia Timur dikuasai oleh Kaigun (Angkatan Laut) Armada II yang berpendapat daerah ini belum matang untuk merdeka sehingga tidak perlu dibentuk BPUPK.

<sup>68</sup> Ada pernyataan dalam buku yang ditulis oleh Asshiddiqie dan Safa’at (2006: 173-174) yang menarik ketika mereka menyimpulkan: “Berdasarkan uraian antara pandangan Kelsen dan Nawiasky tersebut dapat disimpulkan bahwa *staatsfundamentalnorm* yang dikemukakan oleh Nawiasky adalah presuposisi validitas norma dasarnya Kelsen. Sedangkan *staatsgrundgesetz*-nya Nawiasky adalah konstitusi atau *grundnorm* [*Sic!*] dalam pandangan Kelsen.” Ini berarti, mereka berdua memandang Nawiasky telah memosisikan *Grundnorm* lebih rendah daripada *Staatsfundamentalnorm*.



# PEMBAHASAN MAKALAH PER PANEL

## PANEL 2

### NEGARA HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA



## Panel 2

Judul Panel : Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia

Pengelola : Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

### **Pendirian Rumah Ibadah Dalam Perspektif Hukum Dan Hak Asasi Manusia: Kajian Atas Peraturan Bersama Menteri Agama Dan Menteri Dalam Negeri No. 9/2006 Dan No. 8/2006**

**Ahmad Asroni**

#### **Pendahuluan**

Kendatipun pemerintah melalui Departemen Agama dan Departemen Dalam Negeri (kini menjadi Kementerian Agama dan Kementerian Dalam Negeri) telah menerbitkan PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 yang antara lain mengatur tentang pendirian rumah ibadah, namun dalam realitasnya konflik di seputar rumah ibadah masih tetap saja terjadi dan jumlahnya kian meningkat. Menurut catatan Center for Religious and Cross-cultural Studies Universitas Gadjah Mada, pada tahun 2008 setidaknya terdapat 12 kasus konflik di seputar rumah ibadah (Bagir, 2009: 17). Sementara pada tahun 2009 terdapat 18 kasus (Bagir, 2010: 27) dan pada tahun 2010 terdapat 39 kasus (Bagir, 2011: 34). Salah satu kasus konflik di seputar rumah ibadah yang menyita perhatian publik adalah kasus Gereja Huria Kristen Batak Protestan (HKBP) Ciketing, Kecamatan Mustika Jaya, Kota Bekasi. Kasus yang terjadi pada 12 September 2010 itu mengakibatkan dua pemuka Gereja HKBP Ciketing harus dirawat secara intensif di rumah sakit lantaran dianiaya oleh anggota Islam garis keras tertentu.

Sebagian besar problem di seputar rumah ibadah adalah konflik pendirian rumah ibadah di mana perijinan menjadi penyebab utamanya (CRCS UGM, 2011: 36). Terjadinya konflik pendirian rumah ibadah hampir semuanya dilatarbelakangi oleh penolakan kelompok agama tertentu atas keberadaan suatu rumah ibadah yang dianggap meresahkan masyarakat. Di samping itu, konflik pendirian rumah ibadah juga dilatarbelakangi oleh argumen bahwa bangunan atau rencana pembangunan tidak sesuai dengan peruntukkan atau menyalahi konsep tata ruang (Firdaus, dkk., 2011: 61).

Merebaknya konflik pendirian rumah ibadah di Indonesia belakangan ini semakin mengkonfirmasi bahwasannya keberadaan PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 tidak cukup efektif dalam mereduksi konflik pendirian rumah ibadah. Bertitik tolak dari realitas inilah yang melatarbelakangi penulis untuk mengkaji secara kritis PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006. Sebelum penulis mengkritisi lebih jauh tentang keberadaan PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006, penulis terlebih dahulu akan mendiskusikan latar belakang munculnya regulasi tersebut.

### **Latar Belakang Lahirnya PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006**

PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 merupakan revisi atas SKB Dua Menteri No.1/BER/mdn-mag/1969 tentang "Pelaksanaan Tugas Aparatur Pemerintahan dalam Menjamin Ketertiban dan Kelancaran Pelaksanaan Pengembangan dan Ibadat Agama oleh Pemeluk-Pemeluknya". PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 merupakan realisasi dari tuntutan masyarakat yang menghendaki adanya revisi atas SKB Dua Menteri 01/BER/mdn-mag/1969. SKB Dua Menteri ini ditetapkan pada 13 September 1969. Pada saat itu, Menteri Dalam Negeri dijabat oleh K.H. Muhammad Dahlan.

Regulasi ini lahir untuk menjawab tantangan baru hubungan antaragama pada masa Orde Baru. Pada masa awal Orde Baru berkuasa, banyak terjadi konflik antara umat Islam dengan umat Kristen cukup tinggi. Konflik tersebut pada umumnya berbentuk perusakan, penutupan, dan pembakaran gereja. Menurut Rumadi, munculnya SKB Dua Menteri tersebut tidak terlepas dari kontestasi kelompok Islam dan Kristen. Menurutnya, isu Kristenisasi saat itu menjadi momok yang menakutkan bagi kalangan Islam. Ketegangan-ketegangan sosial akibat rumah ibadah sudah muncul saat itu. Pada tahun 1967 misalnya, terjadi kasus penolakan pendirian gereja di Meulaboh, Aceh. Kalangan Muslim berargumen bahwa mereka tidak mentoleransi adanya pendirian gereja karena di Meulaboh dihuni oleh mayoritas Muslim. Sementara pihak Kristen merasa bahwa mendirikan gereja merupakan bagian dari kebebasan beragama (Rumadi, dkk., 2009: 10-11).

SKB Dua Menteri Nomor 01/BER/mdn-mag/1969 tidak secara khusus mengatur tentang pendirian rumah ibadah. Peraturan tersebut secara umum mengatur tentang pengembangan dan penyiaran agama yang di dalamnya terkait pula dengan keberadaan rumah ibadah. Pada pasal pendirian rumah ibadah, SKB Dua Menteri ini menyatakan bahwa pendirian rumah ibadah harus mendapatkan ijin dari kepala daerah setempat. Ijin pendirian rumah ibadah keluar jika pemohon sudah mendapatkan rekomendasi dari kepala perwakilan Departemen Agama, peneliti planologi, dan tidak ada masalah dengan masyarakat. Lebih dari itu, peraturan ini menyatakan bahwa jika diperlukan, kepala daerah meminta pendapat kepada organisasi keagamaan, ulama atau rohaniwan setempat (Fauzi, dkk., 2011: 34).

Pada pasal berikutnya dalam SKB Dua Menteri ini disebutkan jika terjadi perselisihan, termasuk perselisihan terkait rumah ibadah, maka kewenangan penyelesaiannya ada di tangan kepala daerah. Jika tidak selesai dan menimbulkan tindak pidana, maka penegak hukum akan menangani sesuai hukum yang berlaku. Kepala daerah hanya mau mengeluarkan surat ijin pendirian jika telah mendapatkan rekomendasi dari Laksusda (Pelaksana Khusus Daerah). Laksusda merupakan lembaga keamanan pada masa Orde Baru di bawah Komando Pemilihan Keamanan dan Ketertiban (KOPKAMTIB). Laksusda merupakan organ KOPKAMTIB di tingkat lokal dan sebagian besar diisi oleh militer. Laksusda mengadakan sebulan sekali untuk membahas ijin beberapa rumah ibadah. Parameter yang digunakan untuk mengeluarkan ijin pendirian rumah ibadah adalah stabilitas sosial dan aspek keamanan. Jika ijin Laksusda keluar, maka gubernur yang diwakili oleh wakil gubernur bidang kesejahteraan rakyat akan mengizinkan permohonan pendirian rumah ibadah yang bersangkutan (Fauzi, dkk., 2011: 34).

Selain berisi tentang kewenangan kepala daerah untuk mengeluarkan ijin pendirian rumah ibadah, SKB Dua Menteri No. 01/BER/mdn-mag/1969 ini juga mengatur syarat-syarat jumlah anggota jamaah yang selayaknya memiliki tempat ibadah (Saidi, dkk., 2004:

67). Kendatipun Laksusda merupakan kepanjangan tangan dari rezim Orde Baru yang berfungsi menjamin keamanan, namun realitasnya cukup banyak rumah ibadah terutama gereja yang mengalami perusakan. Pada masa transisi menuju masa reformasi, pelaku perusakan rumah ibadah kerap menggunakan SKB Dua Menteri ini sebagai legitimasi untuk menyerang, merusak, dan menutup tempat ibadah yang tidak memiliki ijin, terutama gereja (Fauzi, dkk. 2011: 34). Karena itu, banyak pihak yang menginginkan pencabutan atau revisi atas SKB Dua Menteri No. 01/BER/mdn-mag/1969. Menurut mereka, regulasi tersebut merugikan kelompok agama minoritas. Alih-alih menjamin kebebasan agama, regulasi tersebut justru memasung kebebasan beragama yang dijamin oleh UUD 1945. Respons bertolak belakang ditunjukkan oleh pendukung SKB yang sebagian besar berasal dari ormas Islam. Mereka justru menghendaki agar SKB ditingkatkan statusnya menjadi undang-undang. Dalam pandangan mereka, SKB dapat mengatur hubungan antaragama dan mencegah aksi anarkis akibat konflik pendirian rumah ibadah. Bagi mereka, selama rumah ibadah memiliki ijin, maka aksi anarkhis tidak akan terjadi (Fauzi, dkk., 2011: 35).

Pemerintah sendiri menyadari banyaknya kelemahan yang terdapat dalam SKB Dua Menteri No.01/BER/mdn-mag/1969. Muhammad Maftuh Basyuni, Menteri Agama RI Periode 2004-2009, mengatakan bahwa revisi SKB Dua Menteri No.01/BER/mdn-mag/1969 penting untuk dilakukan karena SKB Dua Menteri tersebut dinilai banyak kalangan sarat dengan multi tafsir (*Suara Merdeka*, 23 Maret 2006). Pemberlakuan SKB dalam masyarakat menuai berbagai kendala. Hal itu terjadi lantaran beberapa faktor antara lain dalam SKB Dua Menteri No.01/BER/mdn-mag/1969 terdapat sejumlah kalimat yang multitafsir, sehingga tidak ada kejelasan siapa yang disebut pemerintah daerah (Pemda), tidak adanya kejelasan siapa yang disebut “pejabat pemerintahan di bawahnya yang dikuasakan untuk itu”, tidak adanya kejelasan siapa yang disebut organisasi keagamaan dan ulama/rohaniawan setempat, serta apa yang dimaksud dengan kata-kata “planologi” dan “kondisi dan keadaan setempat” (Kustini, dkk., 2009: 1-2).

Problematika pendirian rumah ibadah kembali mencuat terutama pada akhir tahun 2004 dan awal tahun 2005. Pro-kontra masyarakat mengenai SKB Dua Menteri No.01/BER/mdn-mag/1969 menghiasi berbagai media massa. Sebagian pemuka agama mengusulkan SKB Dua Menteri tersebut dicabut, sementara sebagian pemuka agama lainnya mengusulkan untuk tetap dipertahankan. Merespons berbagai dinamika yang berkembang di masyarakat terkait SKB Dua Menteri No.01/BER/mdn-mag/1969, Menteri Agama bersama Menteri Dalam Negeri, Menteri Hukum dan HAM, Jaksa Agung, dan pejabat lain yang terkait mengadakan rapat untuk membahas revisi SKB Dua Menteri tersebut dan melahirkan draf awal rancangan peraturan baru tentang kerukunan umat beragama dan pendirian rumah ibadah. Draft revisi SKB Dua Menteri menuai kontroversi di kalangan umat beragama. Kalangan yang setuju atas draft revisi SKB Dua Menteri yaitu Majelis Ulama Indonesia (MUI), Partai Keadilan Sejahtera (PKS), dan Front Pembela Islam (FPI) menilai bahwa peraturan ini lebih baik karena secara detail mengatur kerukunan umat beragama, terutama pengaturan pendirian rumah ibadah. Sementara pihak yang menentang draft revisi SKB Dua Menteri yaitu Partai Damai Sejahtera, Aliansi Masyarakat Peduli Kebebasan Beribadah, Nusa Tenggara Timur, dan beberapa komunitas Muslim di Bali dan Nusa Tenggara Barat menilai bahwa peraturan baru hanya memperburuk keadaan. Kendatipun demikian, PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 dengan segala keterbatasannya dipandang sebagai jalan tengah oleh lembaga-lembaga agama ‘resmi’ di Indonesia seperti Konferensi Waligereja Indonesia (KWI), Persekutuan Gereja Indonesia (PGI), Majelis Ulama Indonesia

(MUI), Parisada Hindu Dharma Indonesia (PHDI), dan Wali Umat Buddha Indonesia (Walubi). Pada 21 Maret 2006, Menteri Agama Maftuh Basyuni bersama Menteri Dalam Negeri Muhammad Ma'ruf menandatangani PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 (Fauzi, dkk., 2011: 35).

Ada perbedaan yang cukup mendasar antara SKB Dua Menteri No. 01/BER/mdn-mag/1969 dengan PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006. Jika SKB Dua Menteri No. 01/BER/mdn-mag/1969 mengatur kerukunan umat beragama secara umum, maka PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 lebih detail mengatur kewenangan pemeliharaan kerukunan umat beragama, mekanisme perijinan rumah ibadah, dan penyelesaian jika terjadi konflik. Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri No. 9/2006 dan No. 8/2006 terdiri dari 30 pasal yang dibagi dalam 10 bab, yakni: (1) Ketentuan Umum; (2) Tugas Kepala Daerah; (3) Tugas dan Peran Forum Kerukunan Umat Beragama (FKUB); (4) Pendirian Rumah Ibadah (5) Rumah Ibadah Sementara; (6) Ijin Sementara Pemanfaatan Gedung; (7) Penyelesaian Perselisihan; (8) Pengawasan dan Pelaporan; (9) Sumber Dana FKUB; dan (10) Mekanisme Peralihan dan Penutup (Fauzi, dkk., 2011: 36).

Pemeliharaan kerukunan beragama merupakan tanggung jawab bersama antara pemerintah dan umat beragama. Pemerintah diwakili gubernur atau bupati/walikota untuk tingkat kabupaten/kota. Sementara aspirasi umat beragama diwakili oleh pemimpin agama 'resmi' yang tergabung dalam FKUB. Anggota FKUB berjumlah 21 orang untuk tingkat provinsi dan 17 orang untuk tingkat kabupaten atau kota. Kuota perwakilan masing-masing agama berdasarkan perbandingan jumlah pemeluk agama masing-masing daerah, minimal satu agama diwakili oleh satu orang. PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 antara lain mengatur bahwa pendirian rumah ibadah wajib memenuhi syarat, yaitu (1) Daftar nama dan Kartu Tanda Penduduk (KTP) 90 orang pengurus rumah ibadah yang disahkan oleh pejabat sesuai dengan batas wilayah setempat, (2) KTP 60 orang warga setempat yang disahkan oleh kepala desa atau lurah, (3) Rekomendasi tertulis dari kantor Departemen Agama kabupaten atau kota setempat, (4) Rekomendasi dari FKUB kabupaten setempat. Rekomendasi tersebut harus didasarkan pada musyawarah mufakat dan tidak dapat dilakukan dengan voting (Fauzi, dkk., 2011: 36).

Apabila persyaratan berupa dukungan dari masyarakat sekitar tidak terpenuhi, pemerintah wajib mencarikan lokasi baru. Menyangkut bangunan lain yang digunakan sebagai rumah ibadah sementara terlebih dahulu harus mendapatkan ijin dari pemerintah kabupaten atau kota. Ijin tersebut dapat keluar jika kantor Departemen Agama dan FKUB telah mengeluarkan surat rekomendasi. Ijin bangunan sebagai rumah ibadah sementara hanya berlaku sampai dua tahun. Jika terjadi konflik di seputar pendirian rumah ibadah, maka pertama-tama diselesaikan melalui musyawarah mufakat bersama masyarakat setempat. Jika tidak tercapai, maka pemerintah kabupaten atau kota wajib memfasilitasi musyawarah secara adil dan netral. Manakala mediasi pemerintah kabupaten atau kota menemui jalan buntu, penyelesaian akhir ditetapkan melalui pengadilan setempat (Fauzi, dkk., 2011: 36).



## **Mengenali Lokus Diskriminasi dalam PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006**

Sejak diundangkan pada 21 Maret 2006, PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 dianggap oleh sejumlah pihak memiliki banyak kelemahan dan celah diskriminasi. Celah diskriminasi terlihat dalam beberapa hal sebagai berikut:

Pertama, politisasi kewenangan pemerintah daerah dalam mengeluarkan IMB. Fakta ini misalnya dapat ditilik dari salah seorang calon kepala daerah di Bogor yang dalam kampanyenya menjanjikan untuk tidak mengeluarkan IMB bagi agama tertentu. Politisasi bentuk lainnya adalah manakala eksekutif daerah berasal dari partai bercorak Islamis yang memanfaatkannya untuk menerapkan agenda Islamis di daerahnya. Di antaranya adalah menghentikan laju pertumbuhan rumah ibadah non-Islam. Kewenangan rekomendasi di tangan pemerintah daerah tanpa adanya kontrol ketat dari legislatif dan masyarakat sipil amat rentan melahirkan kebijakan yang diskriminatif.

Kedua, keanggotaan FKUB yang didasarkan pada representasi pemeluk agama. Artinya, semakin banyak suatu agama memiliki pemeluk di suatu daerah, maka semakin besar pula jumlah keanggotaannya di FKUB. Di level pengambilan keputusan, kendatipun dalam PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 disebutkan bahwa keputusan FKUB didasarkan atas musyawarah mufakat, namun dalam realitasnya keputusan FKUB seringkali diambil melalui *voting*. Hal ini tentu saja merugikan agama minoritas yang hanya bisa menempatkan sedikit wakilnya di FKUB. Ketentuan representasi juga menimbulkan masalah bagi agama-agama yang memiliki banyak denominasi.

Ketiga, persyaratan dukungan masyarakat yang berwujud 60 KTP berpotensi menimbulkan diskriminasi. Di suatu wilayah yang masyarakatnya toleran, persyaratan tersebut tentu saja tidak menjadi masalah, namun di daerah yang memiliki sikap toleransi yang rendah pastinya akan menghambat pendirian rumah ibadah. Selain itu, persyaratan dukungan masyarakat juga rawan dijadikan lahan bisnis. Dalam beberapa kasus, persyaratan dukungan masyarakat ini menjadi celah kelompok tertentu untuk mendapatkan uang. Artinya, kelompok tertentu menjanjikan dukungan dari masyarakat jika panitia pembangunan rumah ibadah membayar sejumlah uang. Jika tidak dipenuhi, maka pembangunan akan dihambat dan bahkan dukungan yang telah terkumpul akan dipermasalahkan. Bagi panitia pembangunan rumah ibadah yang memiliki dana lebih, situasi ini tidak menjadi masalah. Namun bagi mereka yang tidak memiliki sumber daya finansial yang besar, persyaratan dukungan masyarakat tersebut acapkali menjadi masalah (Fauzi, dkk., 2011: 37-38).

## **Implikasi Pemberlakuan PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 bagi Kebebasan Beribadah di Indonesia**

Selain memiliki celah diskriminasi, diberlakukannya PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 berimplikasi negatif terhadap kebebasan beribadah di Indonesia yakni terenggutnya hak-hak umat beragama untuk beribadah. Menurut hemat penulis, ada dua implikasi negatif diberlakukannya PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006:

### **1. Bagi (Pemeluk) Agama Minoritas**

Kehadiran PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 sejatinya menyulitkan agama minoritas untuk mendirikan rumah ibadah. Betapa tidak, bukan perkara yang mudah untuk mendapatkan rekomendasi dari masyarakat sekitar berupa 60 KTP sebagaimana diamanatkan dalam PBM

No. 9/2006 dan No. 8/2006. Sebagaimana telah disinggung di atas, di suatu wilayah yang masyarakatnya toleran persyaratan tersebut tentu saja tidak menjadi masalah, namun di daerah yang memiliki sikap toleransi yang rendah tentu saja akan menghambat pendirian rumah ibadah. Apalagi menurut survei Lembaga Survei Indonesia (LSI)-Lazuardi Birru pada 2010, mayoritas Muslim di Indonesia pada umumnya tidak toleran terkait pendirian rumah ibadah. Sebanyak 64,9% umat Islam keberatan bila di daerahnya dibangun rumah ibadah agama lain. Sementara menurut survei Lingkaran Survei Indonesia (LSI) pada 2010, sebagian besar umat beragama (42,8%) kurang bisa menerima apabila ada yang mendirikan tempat ibadah di lingkungan mereka (Lingkaran Survei Indonesia, 2010: 14).

PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 ini nyatanya tidak saja akan menyulitkan bagi pemeluk agama-agama minoritas non-Islam untuk mendirikan rumah ibadah, namun juga menyulitkan pemeluk agama Islam di daerah-daerah minoritas Islam seperti di Indonesia bagian Timur. Realitas tersebut sesungguhnya telah disadari oleh pemerintah. Hal ini dapat ditengok dari pernyataan Mantan Menteri Agama, Muhammad Maftuh Basyuni yang memaparkan bahwa umat Muslim di Indonesia bagian Timur seperti di Papua dan Nusa Tenggara Timur (NTT) mengalami kesulitan dalam mendirikan masjid (*Suara Merdeka*, 23 Maret 2006).

Sulitnya mendirikan rumah ibadah bagi pemeluk agama minoritas diperparah lagi dengan adanya aturan dalam PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 yang mengharuskan pemeluk agama yang hendak mendirikan rumah ibadah untuk meminta rekomendasi dari FKUB. Sebagaimana disinggung di awal, komposisi keanggotaan FKUB yang didasarkan pada representasi jumlah pemeluk agama kerap merugikan kelompok agama minoritas. Semakin sedikit jumlah penduduk agama di suatu daerah, maka semakin sedikit pula peluang mendudukkan wakilnya di FKUB. Bahkan bila suatu agama hanya memiliki segelintir pemeluk bisa saja agama tersebut tidak memiliki wakil di FKUB. Karena itu, tepat bila Moch. Nur Ichwan menyebutkan bahwa FKUB sama dan bahkan lebih "elitist" ketimbang lembaga-lembaga serupa yang dibentuk pada masa Orde Baru. Paradigma yang digunakan oleh FKUB pun bersifat "politis" dan lebih menyuburkan penegasan identitas masing-masing "perwakilan" agama (Ichwan, 2011: 11).

Kritik terhadap FKUB yang tidak kalah pedas juga dilontarkan Ahmad Suaedy. Di matanya, FKUB yang berada di bawah pemerintah daerah Tingkat I dan II dan keputusannya di bawah kontrol Kepala Daerah secara langsung bisa dikatakan bersifat represif. Ia lebih lanjut mengkritik berbagai fungsi FKUB yang kerap merugikan kelompok agama minoritas yang justru bertentangan dengan misi FKUB itu sendiri yaitu mencari penyelesaian damai dan adil dalam berbagai sengketa. Pertimbangan FKUB tentang isu kerukunan kepada Kepala Daerah menurutnya juga sering di-*by pass* oleh Bupati/Walikota untuk kepentingan politiknya. Di samping itu, ia mengkritik rekrutmen anggota FKUB yang didasarkan pada besarnya populasi kepeemelukan agama tanpa melalui pemilihan dan juga bukan atas pertimbangan profesionalitas dan kapabilitas. Dalam jangka tertentu hal tersebut akan membahayakan lantaran akan selalu berorientasi pada kepentingan mayoritas (Suaedy, 2010: 2-3).

Susahnya mendirikan rumah ibadah bagi pemeluk agama minoritas tidak semata-mata terkait soal perijinan saja. Buktinya, meski pun mereka telah mengantongi ijin dari pihak-pihak yang berwenang, namun dalam praktiknya mereka banyak yang mengalami kesulitan dalam mendirikan rumah ibadah. Contoh ini dapat ditengok dalam kasus pencabutan IMB Gereja HKBP Pangkalan Jati Gandul, Kecamatan Limo, Kota Depok, Jawa

Barat oleh Walikota Depok, Nurmahmudi Ismail. Ironisnya, argumentasi yang mendasari dicabutkannya IMB adalah bahwa Gereja HKBP Pangkalan Jati Gandul dianggap meresahkan masyarakat (Khalikin, 2010: 190-211).

Di samping itu, banyak pula umat beragama yang telah mengajukan ijin pendirian rumah ibadah, namun tak kunjung keluar. Padahal, mereka telah memenuhi seluruh persyaratan yang diminta PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006. Terkait hal ini, ada beberapa kasus yang bisa disuguhkan semisal kasus Gereja Santo Johannes Baptista Parung, Bogor, yang telah mengajukan ijin sejak 2007 dan Gereja HKBP Pondok Timur Indah, Mustika Jaya, Bekasi, Jawa Barat yang telah mengajukan ijin sejak 1995. Lantaran sulit mendapatkan ijin pendirian rumah ibadah, barangkali dapat dipahami manakala umat Kristiani terpaksa menggunakan rumah tinggal mereka sebagai rumah ibadah.

## **2. Bagi Agama Berdenominasi Banyak**

Kehadiran PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 sesungguhnya telah menutup mata terhadap realitas pluralisme beragama. Regulasi ini tidak memberikan ruang bagi keberagaman denominasi di beberapa agama. Regulasi ini mengabaikan denominasi yang terdapat dalam sejumlah agama. Sebut saja misalnya agama Kristen Protestan yang memiliki banyak sekte seperti Lutheran, Calvinis, Baptis, Methodis, Pentakostal, Kharismatik, Injili (*Evangelical*), Adventis, dan Saksi Yehova. Setiap sekte terdiri atas gereja-gereja yang dalam beberapa hal berbeda, sehingga tidak bisa disatukan.

Gereja-gereja tersebut antara lain Huria Kristen Batak Protestan (HKBP), Gereja Kristen Protestan Simalungun (GKPS), Gereja Punguan Kristen Batak (GPKB), Gereja Kristen Indonesia (GKI), Gereja Kristen Jawa (GKJ), Gereja Injil di Tanah Jawa (GITJ), Gereja Kristen Jawi Wetan (GKJW), Gereja Kristen Perjanjian Baru (GKPB), Gereja Kristen Sumba (GKS), Gereja Kristen Sulawesi Tengah (GKST), Gereja Toraja, Gereja Toraja Mamasa (GTM), Gereja Protestan di Sulawesi Tenggara (GEPUSLTRA), Persekutuan Gereja-gereja Baptis Irian Jaya (PGBIJ), Gabungan Gereja Baptis Indonesia (GBI), Gereja Perhimpunan Injili Baptis Indonesia (GPIBI), Kerapatan Gereja Baptis Indonesia (KGBI), Gereja Baptis Independent di Indonesia (GBII), Sinode Gereja Kristen Baptis, Gereja Isa Al-masih (GIA), Gereja Gerakan Pentakosta (GGP), Gereja Bethel di Indonesia (GBI), Gereja Tuhan di Indonesia (GTdI), Gereja Kharismatik, dan Gereja Advent. Karena itu, mereka tidak mungkin dan tidak bisa dipaksa untuk beribadah dalam satu gereja.

Pemerintah seharusnya memahami keragaman dan perbedaan teologis yang terdapat dalam internal agama-agama. Pemerintah harus mengakomodasi dan memfasilitasi manakala pemeluk agama dari agama berdenominasi banyak yang hendak mendirikan rumah ibadah, bukan malah membatasi dan menghalang-halangnya. Namun, alih-alih mengakomodasi dan memfasilitasi pendirian rumah ibadah, pemerintah justru menyalahkan kelompok-kelompok agama dari agama berdenominasi banyak (seperti Kristen Protestan) yang ingin mendirikan rumah ibadah. Fakta ini antara lain dapat disimak dari pernyataan Saeroji, Kepala Kantor Wilayah Kementerian Agama Jawa Barat, yang menghimbau supaya umat Kristen Protestan beribadah bersama dalam satu gereja. Alasannya, supaya tidak menimbulkan konflik di tengah masyarakat terkait pendirian rumah ibadah (*Republika*, 24 September 2010).

**PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 dalam Perspektif Hukum dan Hak Asasi Manusia (HAM)**

Menurut Testriono (2012), peneliti Pusat Pengkajian Islam dan Masyarakat (PPIM) UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, pengaturan pendirian rumah ibadah melalui PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 merupakan sesuatu yang wajar dan sah-sah saja. Apalagi jika kehadirannya dimaksudkan untuk membangun kerukunan antarumat beragama. Namun sayangnya, regulasi tersebut terjebak pada tendensi diskriminasi, sehingga banyak kalangan agama minoritas menilai kehadiran regulasi tersebut lebih menguntungkan mayoritas Muslim. Padahal, sebuah regulasi pada dasarnya dibuat untuk menciptakan keadilan dan melindungi seluruh masyarakat, termasuk kelompok agama minoritas. Keberadaan regulasi mestinya tidak boleh mendiskriminasi suatu kelompok (agama) tertentu. Sebab, setiap orang atau kelompok (agama) bebas dari setiap perlakuan diskriminatif dan berhak mendapat perlindungan dari perlakuan diskriminatif (Lihat UUD Tahun 1945 Pasal 28I ayat 2).

Pendapat Testriono tersebut tepat dan beralasan. Pasalnya, pengaturan pendirian rumah ibadah di Indonesia melalui PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 dalam praktiknya banyak dilakukan dengan cara-cara yang diskriminatif dan acapkali memihak kelompok mayoritas (Islam). Wajar bila banyak kalangan non-Muslim menilai bahwa PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 hanya berlaku bagi kelompok agama minoritas saja. Tidak sedikit kelompok minoritas agama yang menganggap bahwa kehadiran regulasi tersebut justru menjadi penghalang bagi mereka dalam beribadah.

Testriono lebih lanjut menuturkan bahwa mengguritanya konflik pendirian rumah ibadah seharusnya dapat menyadarkan pemerintah dan menjadikannya sebagai momentum untuk merevisi PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006. Fakta bahwa keberadaan regulasi tersebut menjadi salah satu faktor yang memicu berbagai konflik pendirian rumah ibadah harus disadari oleh pemerintah. Evaluasi atas kehidupan keberagamaan selama empat tahun terakhir merupakan cara paling tepat untuk menilai apakah regulasi tersebut berkontribusi atau malah kontraproduktif bagi kerukunan hidup umat beragama (Testriono, 2012).

Menyimak data akan banyaknya konflik di seputar pendirian rumah ibadah belakangan ini jelaslah bahwa kehadiran PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 kontraproduktif bagi kerukunan hidup beragama dan HAM. Oleh karena itu, tidak ada alasan bagi pemerintah untuk tidak segera mengevaluasi keberadaan PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006. Jika tidak segera dievaluasi, maka keberadaan regulasi tersebut akan selamanya memasung hak asasi umat beragama dalam mendirikan rumah ibadah. Padahal, hak untuk mendirikan rumah ibadah merupakan hak asasi umat beragama (*religious human right*) yang dijamin oleh konstitusi, regulasi negara, dan sejumlah instrumen hukum internasional yang telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia.

Jaminan konstitusional ini antara lain dapat ditilik dalam UUD Tahun 1945 Pasal 28E ayat (1), Pasal 28I ayat (1), Pasal 29 ayat (2), dan Pasal 22 Undang-Undang (UU) Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (HAM). Jaminan serupa juga dapat ditemukan pada beberapa hukum internasional yang telah diratifikasi pemerintah seperti Pasal 18 *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR/Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik), Pasal 18 *Universal Declaration of Human Rights* (Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia), dan Pasal 6 Deklarasi Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama atau Keyakinan (*Declaration on The Elimination of All*

*Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief*) yang dicetuskan melalui resolusi Sidang Umum PBB No 36/55 pada 25 November 1981.

Hak mendirikan rumah ibadah merupakan bagian dari kebebasan memmanifestasikan agama/kepercayaan. Hal ini dapat dilihat dalam Paragraf 4 Komentar Umum Nomor 22 atas Pasal 18 Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik (UU Nomor 12 Tahun 2005) yang menyebutkan bahwa makna ibadah terdiri dari ritual dan upacara keagamaan yang merupakan ekspresi langsung dari ajaran agama/kepercayaan, juga berbagai jenis kegiatan keagamaan yang terintegral dengan kegiatan ritual keagamaan dan lain-lain seperti bangunan rumah ibadah, penggunaan dan pemasangan objek/symbol keagamaan, menjalankan libur/hari keagamaan (Aminah dan Sihombing, 2010: 5). Hak mendirikan rumah ibadah sejatinya tidak dapat dipisahkan dari hak untuk beribadah. Pendapat ini dikemukakan oleh Paul M. Taylor (2005: 242) yang menyebutkan bahwa hak untuk beribadah mencakup dua hal, yaitu hak mendirikan rumah ibadah (*to establish*) dan hak untuk menjalankan atau menjaga rumah ibadah tersebut (*to maintain*).

Berdasarkan instrumen-instrumen hukum di atas (baca: konstitusi dan berbagai regulasi nasional/internasional) dapat disimpulkan bahwa tidak ada alasan bagi siapa pun, termasuk negara untuk melarang umat beragama mendirikan rumah ibadah. Sebaliknya, negara wajib memenuhi, memfasilitasi, dan memproteksi warga negaranya yang hendak mendirikan rumah ibadah. Terkait hal ini, M. Amin Abdullah (2011: 14-15) menyatakan bahwa sebagai negara anggota PBB dan telah banyak meratifikasi produk undang-undang yang dideklarasikan oleh badan dunia tersebut, Indonesia wajib melaksanakan seluruh ketentuan yang terdapat dalam produk undang-undang yang telah diratifikasinya tersebut. Hal ini mengandung pengertian bahwa negara berkewajiban untuk menjamin, menghormati, dan melindungi hak-hak asasi warga negaranya, tak terkecuali hak untuk mendirikan rumah ibadah.

Meskipun demikian, negara diperbolehkan untuk melakukan pembatasan terhadap kebebasan mendirikan rumah ibadah. Pembatasan tersebut hanya dapat dibenarkan melalui aturan hukum dan dengan alasan untuk melindungi keamanan publik, ketertiban umum, kesehatan publik, atau moral publik, atau hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang-orang lain. Pernyataan tersebut tertuang dalam Pasal 18 ayat (3) Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik (UU Nomor 12 Tahun 2005). Pernyataan yang kurang lebih sama juga dapat dilihat dalam Pasal 28J UUD Tahun 1945 yang menyebutkan bahwa pembatasan terhadap manifestasi beragama hanya dapat dilakukan melalui undang-undang dalam rangka melindungi keamanan dan ketertiban umum, moral, nilai-nilai agama, dan untuk menghormati hak dan kebebasan orang lain.

Pembatasan –atau lebih tepatnya pengaturan— terhadap rumah ibadah diperbolehkan lantaran mendirikan rumah ibadah merupakan manifestasi agama yang masuk dalam kategori *forum externum* (kebebasan eksternal). Dalam ranah *forum externum*, negara diperbolehkan melakukan pembatasan kebebasan beragama/berkeyakinan – termasuk pembatasan kebebasan mendirikan rumah ibadah— dengan pertimbangan yang sejalan dengan prinsip-prinsip HAM. Pembatasan (pengaturan) tidak boleh diterapkan untuk tujuan-tujuan yang diskriminatif atau diterapkan dengan cara yang diskriminatif. Konsep moral sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 18 ayat (3) Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik (UU Nomor 12 Tahun 2005) dan Pasal 28J UUD Tahun 1945 harus berasal dari banyak tradisi sosial, filsafat, dan agama (The Wahid Institute, 2010: 19). Pembatasan

(pengaturan) pendirian rumah ibadah sudah semestinya didasarkan pada prinsip-prinsip moral yang diambil dari semua agama.

Pemerintah dalam merumuskan dan membuat regulasi pendirian rumah ibadah seharusnya tidak lagi berorientasi pada kepentingan kelompok agama mayoritas, namun harus berorientasi pada kepentingan semua kelompok agama. Dengan demikian, regulasi pendirian rumah ibadah nantinya tidak ada lagi celah diskriminasi dan tidak dianggap hanya merepresentasikan kepentingan kelompok agama tertentu. Karenanya, pemerintah harus melibatkan seluruh agama dan meninggalkan politik representasi-konfesialisasi. Regulasi pendirian rumah ibadah harus berpatokan pada etika, nilai-nilai kemanusiaan, dan hak asasi manusia. Dengan demikian, akan tercipta sebuah regulasi pendirian rumah ibadah yang netral, non-diskriminatif, dan memenuhi rasa keadilan seluruh pemeluk agama.

### **Penutup**

Keberadaan PBM No. 9/2006 dan No. 8/2006 dalam realitasnya acapkali menjadi sumber konflik pendirian rumah ibadah. Regulasi yang sarat dengan potensi diskriminasi ini kerap dimanfaatkan oleh kelompok-kelompok agama radikal untuk memberangus hak kebebasan mendirikan rumah ibadah. Karenanya, pemerintah bersama para pemangku kepentingan (*stakeholders*) hendaknya segera merumuskan regulasi pendirian rumah ibadah yang humanis, berkeadilan, dan non-diskriminatif.

Lebih dari itu, pemerintah juga mesti netral dalam menangani konflik pendirian rumah ibadah. Pemerintah harus berani menindak dengan tegas kelompok-kelompok agama radikal yang dengan sewenang-wenang melakukan perusakan dan penutupan terhadap rumah ibadah. Ketidaktegasan pemerintah akan menjadi pintu masuk dan legitimasi bagi kelompok-kelompok agama garis keras untuk senantiasa memperagakan kekerasan terhadap kelompok-kelompok agama lain. Dalam konteks inilah penegakan supremasi hukum menjadi keniscayaan. Tanpa adanya penegakan supremasi hukum, konflik pendirian rumah ibadah (dan konflik-konflik lainnya) akan terus berulang di negeri multireligi ini.

### **Daftar Pustaka**

- Abdullah, M. Amin, "Kebebasan Beragama Atau Berkeyakinan Dalam Perspektif Kemanusiaan Universal, Agama-Agama dan Keindonesiaan". Makalah disampaikan pada "Training HAM Lanjutan untuk Dosen Hukum dan HAM" yang diselenggarakan oleh Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (Pusham UII) bekerja sama dengan Norks Senter for Menneskerettigheter Norwegian Centre for Human Rights di Jogjakarta Plaza Hotel, 8-10 Juni 2011.
- Aminah, Siti dan Uli Parulian Sihombing, 2010, *Memahami Kebijakan Rumah Ibadah*, Jakarta, The Indonesian Legal Resource Center-Freedom House.
- Bagir, Zaenal Abidin, dkk., 2009, *Laporan Tahunan Kehidupan Beragama di Indonesia Tahun 2008*, Yogyakarta, CRCS UGM.
- , 2010, *Laporan Tahunan Kehidupan Beragama di Indonesia Tahun 2009*, Yogyakarta, CRCS UGM.

- , 2011, *Laporan Tahunan Kehidupan Beragama di Indonesia Tahun 2010*, Yogyakarta, CRCS UGM.
- Fauzi, Ihsan Ali-, dkk., 2011, *Kontroversi Gereja di Jakarta*, Yogyakarta, CRCS UGM.
- Firdaus, Akhol, dkk., 2011, *Negara Menyangkal: Kondisi Kebebasan Beragama/Berkeyakinan di Indonesia 2010*, Jakarta, Pustaka Masyarakat Setara.
- Ichwan, Moch. Nur, "Menuju Governansi Humanis Agama: Refleksi Ulang Tahun Ke-64 Kementerian Agama". Makalah disampaikan dalam seminar HUT Kementerian Agama RI, Jakarta 21 Januari 2011.
- Khalikin, Ahsanul, 2010, "Pendirian Rumah Ibadah dalam Perspektif PBM Nomor 9 dan 8 Tahun 2006: (Kasus Pencabutan IMB Gereja HKBP Pangkalan Jati Gandul, Kec. Limo Kota Depok), *Harmoni, Volume IX, Nomor 35*.
- Kustini, dkk., 2009, *Efektivitas Sosialisasi Peraturan Bersama Menteri Nomor. 9 dan 8 Tahun 2006 tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama, dan Pendirian Rumah Ibadat*, Jakarta, Puslitbang Kehidupan Keagamaan, Badan Litbang dan Diklat Departemen Agama RI.
- Lingkarana Survei Indonesia, "Meningkatkan Intoleransi Beragama Masyarakat Indonesia" *Kajian Bulanan LSI*, Edisi No.23, Oktober 2010.
- Republika*, 24 September 2010, "Repot Enggak Ya, Bila 350 Sekte di Kristen Protestan Bangun Gereja".
- Rumadi, 2007, "Mengawal Pluralisme di Tengah Kegamangan Negara" dalam Ahmad Suaedy, dkk., *Politisasi Agama dan Konflik Komunal: Beberapa Isu Penting di Indonesia*, Jakarta, The Wahid Institute.
- Saidi, Anas, dkk., 2004, *Menekuk Agama, Membangun Tahta: Kebijakan Agama Orde Baru*, Jakarta, Desantra.
- Suaedy, Ahmad, "Kondisi Minoritas Beragama dan Berkeyakinan di Indonesia dan Tantangan Ke Depan". Makalah disampaikan dalam "Seminar Nasional Hak Asasi Manusia, Kerukunan Kehidupan Beragama dan Berkeyakinan di Indonesia," di Komnas HAM, Jakarta 29 Juli 2010.
- Suara Merdeka*, 23 Maret 2006, "Menag: Sudah Tidak Multitafsir".
- Taylor, Paul, 2005, *The Right to Manifest Religious Belief and Applicable Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Testriono, "Menyegel Kebebasan Beragama", <http://islamlib.com/id/artikel/menyegel-kebebasan-beragama>, diunduh 15 Mei 2011.
- The Wahid Institute, 2010, *Annual Report Kebebasan Beragama dan Kehidupan Keagamaan di Indonesia Tahun 2009*, Jakarta, The Wahid Institute.

**Tidak Ada Hukum(An)  
bagi Pelanggar(An) HAM Di Timor-Leste?  
Perspektif Sejarah Dan Ingatan**

**Dedy Kristanto**

Herminia Mendes begitu dia sering dipanggil. Dia adalah salah satu penyintas tragedi di Gereja Liquica pada 6 April 1999 di Timor-Leste. Dalam laporan *Chega!*, tuturan narasinya tentang tragedi tersebut dituliskan dengan lengkap dan dramatis. Waktu itu di Timor-Leste menunjuk pukul 9 pagi. Eurico Guterres dan anak buahnya mendatangi kantor Gereja di Liquica. Mereka kemudian melakukan pembicaraan dengan Padre Rafael dan Padre José. Menurut kesaksian Mendes, diperoleh kesepakatan dengan para pengungsi bahwa Eurico Guterres akan mengajukan sebuah permintaan kepada Bupati Leoneto Martins. Para milisi itu mengatakan bahwa mereka akan membiarkan warga untuk pulang ke rumah dengan aman jika Bupati Leoneto memenuhi tuntutan mereka. Namun, pertemuan Eurico dengan Leoneto tidak menghasilkan jaminan tersebut.

Dan setelahnya, Brimob tiba di lokasi. Seolah-olah Brimob akan menyelamatkan para pengungsi yang berada di Gereja Liquica. Namun pada kenyataannya, Brimoblah yang terlebih dahulu melakukan penembakan. Sekitar jam satu siang, Milisi Besi Merah Putih, polisi dan militer mengepung dan akan menyerang gereja. Polisi dan militer melepaskan tembakan ke udara untuk memberikan sinyal agar milisi menyerang gereja. Setelahnya, mereka mulai menembaki orang-orang yang berada di dalam dan sekitar gereja. Dengan menggunakan topeng, para milisi, polisi dan militer melakukan penyerangan dengan menggunakan kapak, pedang, pisau, bom, dan senjata api. Felix, kakak laki-laki Herminia Mendes, ditembak oleh polisi. Saudara sepupunya, Domingos dan Emilio dibacok oleh milisi beserta seorang bayi umur 8 bulan. (CAVR, *Chega!*, Volume II, 2010: 1176).

Narasi Herminia Mendes merupakan salah satu narasi dari ribuan narasi yang mengungkap brutalnya kekerasan yang dilakukan oleh milisi dan aparat (militer) negara Indonesia yang terjadi di Timor Leste. Narasi yang sama bisa kita temukan dan baca dalam laporan CAVR (*Comissao de Acolhimento, Verdade e Reconcilicao de Timor-Leste*/Komisi Penerimaan, Kebenaran, dan Rekonsiliasi Timor-Leste). Laporan *Chega!* menjadi *signifiant* yang sangat kuat dan penting bagi pengungkapan kebenaran bagaimana aparat (militer) negara Indonesia bersama dengan milisi melakukan pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan di Timor-Leste. Namun, kebenaran yang sudah terang benderang terungkap di depan mata, belum tentu bisa menjadi dasar untuk menuntut hukum(an) dan tanggung jawab aparat (militer) negara yang terlibat dalam peristiwa pembantaian tersebut. Dalam konteks tersebut, epistemologis-kebenaran menjadi hancur lebur dan ontologi-rasa keadilan tidak



pernah terwujud dalam ruang dan ingatan publik. Mengapa bisa terjadi demikian? Karena hukum tidak berjalan dan seandainya hukum pernah dicoba untuk dijalankan, hal itu tidak lebih sebagai jalan untuk melanggengkan impunitas.

### A. KKP HAM dan “Teater Keadilan”

Lumpuhnya penegakan hukum sebenarnya tidak bisa dilepaskan dari kebudayaan dan tradisi sistematis penggelapan fakta dan bukti yang dilakukan oleh rezim otoriter-totaliter Orde Baru. Tindakan itu terus dilakukan sebagai cara untuk menutupi semua warisan kekerasan dan kejahatan kemanusiaan selama rezim tersebut berkuasa. Karenanya, saat sejarah (historiografi) selalu ditebuk dan dipelintir untuk kepentingan rezim berkuasa, biasanya juga terjadi banyak hambatan dalam mengungkap kebenaran dan menegakkan keadilan. Pilihannya akan jatuh pada kompromi politik. Sikap ini merupakan cara paling populer untuk menghindari dari persoalan dasar dan sama sekali bukan penyelesaian terhadap warisan kekerasan, pelanggaran HAM dan kejahatan masa lalu.

Priscilla B. Hayner mengatakan bahwa hukum (proses peradilan dan pengadilan) seringkali tidak mampu menyelesaikan secara tuntas dan memuaskan dalam mencari solusi terhadap kekerasan yang berakibat pada pelanggaran HAM dan kejahatan masa lalu warisan rezim totaliter-otoriter dan perang saudara. Demikian tulisnya,

*“Dunia kini tampaknya menghadapi masalah keadilan dan pertanggungjawaban secara terus-menerus, baik setelah akhir rezim militer atau pemerintahan represif, atau setelah perang saudara. Telah menjadi jelas bahwa terdapat sejumlah besar hal yang timbul dari kondisi-kondisi tersebut yang tidak bisa diselesaikan secara memuaskan oleh pengadilan – bahkan bila badan peradilan bekerja dengan baik, dan tidak ada batasan dalam menghukum para pelaku kejahatan, yang jarang ditemui. Banyak pendekatan alternatif dan komplementer mengenai pertanggungjawaban secara perlahan-lahan dikembangkan. Kebutuhan konkret para korban dan komunitas yang dirusakkan oleh kekerasan tidak dapat diselesaikan dengan penuntutan, selain memberikan sedikit kelegaan bila para pelaku tersebut dibuktikan bersalah. Kondisi-kondisi institusional atau kemasyarakatan yang memungkinkan kekerasan besar-besaran untuk terjadi – struktur militer, peradilan atau perundang-undangan yang seharusnya membatasi tindakan pejabat, misalnya – bisa tidak berubah meskipun pemerintahan berganti menjadi lebih demokratis dan kurang menindas. Banyak pertanyaan tetap tidak terjawab, tentang apa yang terjadi pada masa penindasan, dan ketegangan antar-komunitas tetap ada, malah semakin parah, jika diabaikan begitu saja.” (Hayner, 2005 : 22).*

Refleksi Hayner tersebut sangat relevan dengan kenyataan yang terjadi di Indonesia. KontraS dan ICTJ (*International Center for Transitional Justice*) mengeluarkan laporan evaluasi terkini bagaimana kegagalan Indonesia dalam menyelesaikan pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan di masa lalu, termasuk dalam kasus tragedi kemanusiaan di Timor-Leste. Dalam laporan yang diberi judul "*Keluar Jalur/Derailed*" tersebut ada bagian penting yang menyoroti hasil kerja Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP) HAM antara Indonesia dan Timor-Leste. Demikian dituliskan dalam laporan tersebut:

*"Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP) yang merupakan komisi bilateral Indonesia dan Timor-Leste untuk pelanggaran HAM di Timor Timur tahun 1999, menggelar sejumlah dengar pendapat publik (public hearing) yang bermasalah karena orang yang diduga sebagai pelaku kekerasan diberi peluang untuk menghadirkan versi berbeda yang tak terbantahkan dihadapan media nasional. Meski begitu, Komisi ini menemukan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan termasuk pembunuhan, perkosaan, dan penyiksaan memang dilakukan oleh kelompok milisi dengan dukungan dan keterlibatan militer, polisi dan otoritas sipil Indonesia. Diterimanya laporan Komisi ini oleh Presiden dari kedua negara menunjukkan pergeseran dramatis sikap pemerintah Indonesia yang sebelumnya menyangkal tanggung jawab atas kekerasan di Timor Timur. Namun, penerimaan laporan tersebut diduga bukan dilakukan sebagai upaya positif menuju pertanggungjawaban atas kejahatan yang terjadi, tapi lebih sebagai perjanjian 'bawah tangan' untuk menutup pintu keadilan atas kekerasan di Timor Timur. Sehingga mengabaikan hak-hak korban sebagaimana dijamin dalam hukum internasional."* (ICTJ (*International Center for Transitional Justice*) dan KontraS (Komisi untuk Orang Hilang dan Korban Tindak Kekerasan), Maret 2001: 3).

Masih dalam konteks yang sama, Suparman Marzuki dalam penelitiannya menegaskan bahwa KKP HAM antara Indonesia dan Timor-Leste mengalami kerancuan dan cacat sejak penyusunan Kerangka Acuan (TOR). Kelemahan mendasar dari KKP HAM yang mendapat kritik tajam, yaitu: (a) tidak membedakan antara kategori pelaku dan kejahatan yang tingkatannya berbeda; (b) diberikannya kewenangan untuk merekomendasikan amnesti, tetapi dibatasinya mekanisme akuntabilitas dan tidak disebutnya reparasi; (c) diberikannya akses bagi Komisi terhadap bukti-bukti rahasia (*confidential evidence*) yang dikumpulkan melalui mekanisme keadilan transisi sebelumnya; (d) keprihatinan berkaitan kemandirian Komisi dari pemerintah Timor-Leste dan Indonesia; dan (e) lemahnya konsultasi publik yang dilakukan dalam pembuatan TOR, serta kurangnya dukungan publik di Timor-Leste terhadap proses KKP. (Marzuki, 2012: 197).

Pembentukan KKP HAM, semula ada niatan baik untuk memperbaiki kegagalan Pengadilan HAM *ad hoc* kasus Timor-Leste yang sangat mengusik rasa keadilan rakyat Timor-Leste. Namun dengan tidak dibukanya peluang bagi tuntutan hukum(an) dan pertanggungjawaban bagi para pelaku pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan di Timor-Leste, maka KKP HAM tidak lebihnya sebuah panggung teatrikal. Pertunjukkan yang akhir ceritanya sudah bisa ditebak yaitu membebaskan para pelaku pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan di Timor-Leste bebas dari jerat hukum(an) dan tanggung jawabnya sebagai individu. Selain itu, ada gagasan dasar yang sangat mengganggu akal sehat kemanusiaan berkaitan dengan pembentukan KKP HAM. Di dalam TOR awal dikatakan bahwa pengadilan akan melukai usaha rekonsiliasi dan persahabatan antara Timor-Leste dan Indonesia. Maka dengan demikian, KKP HAM sebenarnya tak ubahnya sebuah kedok untuk memberikan impunitas kepada para pelaku pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan berat di Timor-Leste dalam skenario besar yang sangat indah: rekonsiliasi dan persahabatan.

Tidak adanya rumusan yang detail dan lengkap dalam kerangka acuan KKP HAM untuk menyelidiki pelaku pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan sampai dalam wilayah kewenangan hukum jelas merupakan usaha sistematis dari Komisi ini untuk segera mengubur persoalan HAM dan kejahatan kemanusiaan masa lalu di Timor-Leste. Dan yang paling menyedihkan sejak awal KKP HAM dengan sengaja melupakan keberadaan para korban dan penyintas. Kelompok ini tentu saja menuntut agar “kebenaran dan keadilan” bisa benar-benar disambungkan antara “logika dan perasaan”. Namun, pada praktiknya, mereka harus menerima kenyataan betapa hukum benar-benar lumpuh. Mengapa hukum menjadi lumpuh? Karena rezim (militer) Orde Baru berhasil dengan gemilang melakukan pembangunan (kekerasan) di Timor-Leste. Sebagai fakta sejarah yang tidak terbantahkan, selama 24 tahun rezim (militer) Orde Baru membangun “fisik” Timor-Leste, namun sekaligus juga merusak dan menghancurkan kehidupan “psikis”-nya selama 24 tahun invasi di wilayah tersebut. Dan penghancuran “psikis” rakyat Timor-Leste memuncak saat terjadi proses alih kekuasaan pada tahun 1999.

Joseph Nevins menggambarkan bagaimana kekerasan diwujudkan sebagai ungkapan sifat kekanak-kanakan rezim (militer) Orde Baru. Legalisasi kekerasan dalam proses alih kekuasaan di Timor-Leste benar-benar telah membuat hukum lumpuh. Demikian tulisnya:

Jose Ramos-Horta sebelumnya memandang teror itu sebagai pelaksanaan dari ancaman lama pihak Indonesia, *“Sebelum penarikan [Indonesia] mereka mau menimbulkan kehancuran luas dan destabilisasi seperti yang mereka janjikan”*, jelasnya pada 2 Februari 1999. *“Kami terus-menerus mendengarnya selama bertahun-tahun dari tentara Indonesia di Timor Timur. Mereka mengatakan kepada rakyat kami bahwa jika suatu hari mereka harus pergi mereka akan menghancurkan seluruh Timor Timur.”* (Nevins, 2008: 112-113).

Teror dan ancaman tersebut sungguh direalisasikan oleh (militer) Indonesia. Kebrutalan dan kekerasan aparat (militer) negara Indonesia secara leluasa dilakukan karena mendapat legalitas dalam ingatan sejarah. Legalitas aparat (militer) negara Indonesia untuk melakukan kekerasan di Timor-Leste belum pernah mendapat *counter-memory* yang menyatakan bahwa tindakan itu adalah salah dan secara moral keliru. Maka dari itu, adanya data, bukti, dan fakta yang cukup kuat untuk mengungkapkan kebenaran, ternyata masih berujung pada kenyataan negatif pada usaha untuk menuntut keadilan yang dikehendaki para korban. Dalilnya pun akan berbunyi demikian: pengungkapan kebenaran ternyata tidak secara niscaya diikuti oleh perwujudan keadilan. Karena itu, pembentukan KKP HAM antara Indonesia dan Timor-Leste semakin menegaskan bahwa Komisi ini dibentuk sebagai usaha “pura-pura” untuk mewujudkan keadilan bagi para korban. Maka, Komisi ini bukan tempat untuk menjawab keadilan, namun lebih ruang untuk meremukkan konsep keadilan itu sendiri.

Dari kenyataan ini, penyelesaian pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan berat masa lalu harus bisa melampaui ruang pengadilan. Seperti dikatakan oleh Catherine M. Cole demikian,

*“When addressing crimes against humanity, the law is often called upon (a) to place those crimes into the public record; (b) to convey to the public both the documentary facts of what happened and the historical context of those crimes, and finally (c) to perform the restoration of the rule of law.”* (Cole, 2007: 169).

Selain itu, kita bisa berkaca dari proses pengadilan Nuremberg, ruang pengadilan atas kasus kejahatan kemanusiaan (*Holocaust*) di Jerman. Pengadilan ini juga merepresentasikan apa yang disebut dengan panggung teater. Lawrence Douglas menuliskannya demikian:

*“The trial was understood as an exercise in the reconstitution of the law, an act staged not simply to punish extremes crimes but to demonstrate visibly the power of the law to submit the most horrific outrages to its sober ministrations. In this regard, the trial was to serve as a spectacle of legality, making visible both the crimes of the Germans and the sweeping neutral authority of the rule of law.”* (Cole, 2007: 169).

Douglas menggunakan terminologi yang persis sama seperti dalam bahasa panggung atau teater yaitu “act”, “stage” dan “spectacle”. Penggunaan bahasa itu bukanlah sebuah kesengajaan dan kebetulan. Memang demikianlah apa yang juga kita saksikan dalam pembentukan berbagai Komisi dan pengadilan untuk menyelesaikan persoalan pelanggaran HAM dan kejahatan masa lalu. Tidak jauh bersingsut dari tampilan teatral, KKP HAM juga telah mempertontonkan secara sempurna dan sangat menawan akhir sebuah cerita dari remuknya keadilan bagi

para korban dalam judul besar rekonsiliasi dan persahabatan. Dalam panggung KKP HAM, kita bisa melihat bagaimana “act” diperankan dengan sangat baik oleh para pemimpin kedua negara, baik oleh Xanana Gusmao sebagai presiden Timor-Leste dan Megawati Soekarno Putri sebagai presiden Indonesia. Sebuah “stage” yang meyakinkan untuk memberikan amnesti tanpa akuntabilitas kepada para pelaku dilakoni dengan sangat bagus juga oleh Marty Natalegawa sebagai juru bicara Departemen Luar Negeri (Deplu). Dia mengatakan bahwa penyelesaian masa lalu antara Indonesia dan Timor-Leste, termasuk dalam proses pelanggaran HAM yang berat, hanya akan menggunakan KKP, dan komisi ini dibentuk untuk mendapatkan kebenaran sekaligus mendorong rekonsiliasi antara rakyat dan pemerintah kedua negara. Maka Komisi menampik kehadiran Komisi Ahli (*Commission of Experts*) dari PBB untuk mengawasi kinerja KKP HAM (Marzuki, 2012:196).

KKP HAM yang semula dibentuk untuk memperbaiki kegagalan Pengadilan HAM *ad hoc* akhirnya berhasil membuat “spectacle” yang sangat dramatis tentang usaha tersebut. Akhir ceritanya berhasil membuat para penonton terperangah yaitu tidak ada satu pun para pelaku pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan di Timor-Leste mendapat hukuman. Dalam kasus pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan di Timor-Leste hanya dua orang yang dihukum yaitu Abilio Soares dijatuhi hukum 3 tahun, namun dalam tingkat PK bebas dan Eurico Gutteres dijatuhi hukuman 10 tahun dan dalam tingkat PK juga bebas. Tokoh lain yang dimainkan dalam teater tersebut, seperti Timbul Silaen, Endar P, Adam Damiri, S. Suratman, M. Noer Muis, Yayat Sudrajat, Hulman Gultom, Sodjarwo, Herman Sedyono, Lilik Koeshardianto, Gatot Subiaktoro, Syamsudin, Sugito, Asep Kuswani, Adios Salova, Leoneto Martins, akhirnya divonis bebas. Fakta ini menjadi *signifiant* yang sangat keras bahwa proses pengadilan bagi kejahatan kemanusiaan sebenarnya tidak lebih dari sebuah teater keadilan. Hal ini menegaskan kembali apa yang dituliskan oleh Hannah Arendt saat dia merefleksikan proses pengadilan Adolf Eichman. Demikian katanya, “*It was precisely the play aspect of the trial that collapsed under the weight of the hair-raising atrocities.*” (Cole, 2007: 169).

Menggunakan apa yang digagas oleh Arendt, proses peradilan di ruang pengadilan bagi kejahatan kemanusiaan di Timo-Leste berakhir bagaikan dalam sebuah panggung teater. Panggung itu menampilkan permainan yang sangat buruk bagi para korban dan pencari keadilan, namun akan memberikan sebuah “happy ending” bagi para pelaku. Tontonan yang sempat kita lihat baik dalam proses Pengadilan HAM *ad hoc* di Jakarta dan KKP HAM rasanya tidak bisa menjawab tuntutan mendasar atas pengalaman penderitaan yang dialami secara kolosal dan masif rakyat Timor-Leste. Inilah kenyataan yang sangat dramatis dan selalu kita saksikan dalam usaha untuk menyelesaikan berbagai kasus pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan. Penderitaan kolosal rakyat Timor-Leste akibat pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan harus mengalami reduksi total dalam skenario besar dalam panggung teater yang bernama pengadilan *ad hoc* dan komisi rekonsiliasi dan persahabatan. Arendt menyatakan dengan dengan sangat lugas

bahwa korban tidak pernah ada dalam proses hukum dan pengadilan terhadap kejahatan kemanusiaan dan juga berbagai bentuk komisi.

## **B. Peran Ingatan (Wacana) Sejarah dalam Impunitas**

Pembentukan komisi kebenaran dan rekonsiliasi, seperti KKP HAM atau CAVR, yang memiliki mandat untuk penyelesaian pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan bekas rezim (militer) Orde Baru ternyata bukan menjadi penjamin untuk segera menuntaskan berbagai efek negatif yang terjadi pada masa lalu. Kebenaran yang bisa diungkap hanyalah titik awal untuk proses panjang perjuangan untuk mencapai keadilan. Itu pun jika konsep keadilan itu masih ada dalam struktur bahasa hukum di Indonesia. Rachel Sieder mengungkapkan mengapa kebenaran untuk mengungkap tindakan jahat dan pelanggaran HAM yang dilakukan oleh rezim otoriter-militeristik seringkali tidak diikuti oleh keadilan. Sieder menuliskan demikian:

*“Governmental and nongovernmental perspectives on how to address the problem of past violations of human rights have often conflicted: while most transitional regimes have broadly endorsed the view that some kind of truth telling constitutes a valuable contribution to national reconciliation, they have rejected putting those responsible for human rights violations on trial, claiming that this would prejudice the democratic transition. By contrast, many human rights activists have argued that while uncovering the truth constitutes an important form of sanction in itself, alone it is insufficient. From this latter perspective, investigations without at least some measure of legal accountability and punishment of those responsible in effect means the institutionalization of impunity, with detrimental consequences for strengthening the rule of law.”* (dalam Biggar (Ed.), 2001: 184).

Dari penjelasan Sieder dimengerti bahwa betapa sulitnya data, bukti dan fakta yang sudah terungkap baik lewat laporan berbagai komisi, seperti KKP HAM dan CAVR, langsung menjawab keadilan formal-legal sebagai bentuk penegakan hukum. Laporan akhir berbagai Komisi tersebut sebenarnya sudah memberikan gambaran tentang siapa sebenarnya pelaku sebagai pelanggar HAM dan kejahatan masa lalu di Timor-Leste, namun hukum(an) tidak pernah berhasil menyeret mereka untuk bertanggungjawab atas perbuatan mereka. Bahkan saat laporan *Chega!* akan disebarkan ke hadapan publik, Juwono Sudarsono yang pada waktu itu menjabat sebagai Menteri Pertahanan Indonesia menuduh CAVR telah mengisahkan kembali cerita-cerita lama yang telah digunakan pada masa lalu yang tujuannya adalah menjelek-jelekkan Indonesia. (CAVR, *Chega!*, Buku Panduan, 2010: 10)

Ungkapan Juwono Sudarsono menggambarkan secara tepat sikap para pelaku pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan di Timor-Leste. Tidak ada penyesalan, justru sikapnya adalah sebaliknya, mempersalahkan pihak-pihak yang berpihak pada korban. Sieder mengatakan sikap demikian sebagai *“legacy of violence.”*

Senada dengan hal itu, Judith Herman menyatakan demikian:

*“Untuk menghindari pertanggungjawaban atas kejahatannya, pelaku melakukan apa saja yang bisa dilakukan untuk melupakan. Kerahasiaan dan kebungkaman adalah garis pertahanan pertama pelaku. Kalau kerahasiaan gagal, pelaku menyerang nama baik korbannya. Kalau tidak bisa membungkamnya, ia berusaha memastikan bahwa tidak ada orang yang mendengarkan suara korbannya. Untuk tujuan ini, ia mengumpulkan banyak argumen, dari pengingkaran terang-terangan sampai rasionalisasi yang paling canggih dan indah[...].”* (Nevins, 2008: 182).

Kembali ke masa lalu yang dibebani oleh persoalan kekerasan dan kejahatan kemanusiaan kolosal menjadi sangat problematis karena selalu diwarnai oleh pertarungan akan ingatan. Pihak penguasa atau siapa saja yang mewakili kekuasaan negara akan terus berupaya untuk melupakan atau membungkam segala kejahatan dan kekerasan massal yang sudah dilakukan pada masa lalu. Sedangkan pihak korban dan orang-orang yang peduli kepada korban akan terus mengoyak kebungkaman itu. Tindakan ini merupakan bentuk tuntutan atas pertanggungjawaban para penguasa dan pelaku atas tindakannya yang sudah menghancurkan hak-hak hidup para korban. Dalam pertarungan wacana akan ingatan masa lalu tersebut, pelaku dan korban selalu bertahan pada perspektif kepentingan mereka masing-masing.

Mereka seringkali terjebak pada sistematika bahasa yang sebenarnya tidak pernah bisa dipertemukan dalam ruang ingatan yang sama. Tarik menarik kepentingan politis dan hasrat untuk mempertahankan diri sebagai kelompok yang paling benar dalam sebuah tragedi kejahatan kemanusiaan kolosal membuat wacana ingatan masa lalu tidak mampu terkomunikasikan dengan jujur. Para pelaku pelanggaran HAM dan kejahatan pada masa lalu lebih suka untuk melupakan dan membiarkan apa yang terjadi pada masa lalu sebagai artefak yang harus disimpan dalam gudang kerahasiaan. Sedangkan para korban menginginkan agar masa lalu diungkap secara terbuka dan akuntabel. Karenanya, wacana pembentukan berbagai Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi untuk menyelesaikan pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan masa lalu sebenarnya tidak bisa menganut logika linear.

Logika linear tidak bisa diterapkan karena jaringan para aktor yang terlibat dalam persoalan pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan massal masa lalu sangat beragam dan kompleks. Kompleksitas peran dan kepentingan para aktor bisa mencakup wilayah dan kepentingan politik yang sangat luas, mulai dari lingkup nasional sampai dengan internasional. Aktor-aktor yang berkepentingan pun sangat

beragam, mulai dari para pelaku yang mengatasnamakan otoritas negara, NGO (*non-government organization*), kelompok-kelompok para korban, para penggiat HAM, dan tentu saja seluruh komponen masyarakat sipil. Karenanya, penyelesaian pelanggaran HAM berat dan kejahatan kemanusiaan masa lalu, tidak bisa parsial, namun harus lintas sektoral dan komprehensif. Hanya saja, seringkali hambatan datang dari hegemoni sejarah resmi negara yang masih sangat dominan dalam mengintervensi ruang publik selama proses transisi kekuasaan. Maka, ingatan menjadi kunci yang sangat penting dalam dekonstruksi dan rekonstruksi sejarah untuk membantu restrukturisasi logika hukum dalam proses peradilan dan ruang pengadilan.

Dalam konteks Timor-Leste pasca Jajak Pendapat tahun 1999, interpretasi sejarah yang dominan dan keliru sangat berpengaruh pada proses pengadilan *ad hoc* dan pembentukan KKP HAM. Dominasi sejarah resmi versi aparat (militer) negara Indonesia masih berpengaruh secara kuat di kalangan para pemimpin politik dalam menginterpretasikan dan merepresentasikan sejarah Timor-Leste. Mereka tidak pernah menyebutkan TNI atau tentara Indonesia sebagai pihak yang bersalah dan bertanggungjawab dalam setiap jengkal kekerasan dan kejahatan yang terjadi di Timor-Leste dari tahun 1975-1999. Dan juga tidak ada satu pun yang secara eksplisit menyebutkan bagaimana aparat (militer) negara Indonesia harus bertanggungjawab terhadap tragedi kemanusiaan yang begitu kejam di Timor-Leste. Penderitaan rakyat Timor-Leste sepertinya tidak ada artinya dalam wacana dan komoditas politik tingkat tinggi, baik dalam lingkup domestik dan internasional.

Jebakan dominasi interpretasi tersebut juga sangat berpengaruh dalam penyusunan bahasa hukum di ruang-ruang pengadilan untuk kasus Timor-Leste. Maka manipulasi sejarah yang dilakukan oleh aparat (militer) negara Indonesia sangat berperan pada proses penyusunan landasan pembentukan Pengadilan *ad hoc* dan KKP HAM. Kita sendiri bisa melihat bahwa para pemimpin kedua negara pun akhirnya mencoba untuk berkelit dan menghindar dari tuntutan tanggung jawab moral terhadap semua peristiwa pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan yang telah melumat hak hidup sebagian besar warga Timor-Leste. Rumitnya, media massa membantu membangun wacana yang sesat dalam ruang publik. Ingatan media massa tentang penderitaan rakyat Timor-Leste tidak lebih upaya pelanggengan mitos-mitos. Dan mitos itu mengalami reifikasi sedemikian rupa sehingga sangat mudah dan enak untuk menjadi santapan komoditas politik. Demikian tulis Joseph Nevins,

*“Ingatan sejarah”, tulis wartawan Chris Hedges, “dibajak oleh pihak-pihak yang melakukan perang. Mereka berusaha, ketika ingatan bertentangan dengan mitos, menghapuskan atau menyembunyikan bukti yang mengungkapkan mitos sebagai kebohongan. Penghancuran ini meluas, dibantu oleh pihak yang berkuasa, termasuk media, yang menirukan slogan-slogan dan eufemisme-eufemisme yang diulang-ulang oleh pihak yang kuat.” Pengamatan ini tidak hanya berlaku untuk pihak-pihak yang secara langsung melakukan perang tetapi juga relevan untuk praktik*



*politik luar negeri umumnya. Jadi, dalam kasus keterlibatan dalam invasi Indonesia dan perang terhadap Timor Timur, media cenderung lebih sering "membeo pihak yang kuat". Representasi yang terdistorsi mengenai masa lalu yang dihasilkannya terus menang. Memang representasi ini dominan dalam kehebohan tidak lama peliputan media yang meliputi perayaan kemerdekaan Timor Timur pada Mei 2002." (Nevins, 2008: 197-198).*

Pelanggaran HAM dan kejahatan massal yang terjadi di Timor-Leste jelas akan menyeret pertanggungjawaban banyak pemimpin politik di dunia. Mengapa? Karena tidak bisa dipungkiri bahwa rakyat Timor-Leste sudah menjadi komoditas politik dan bisnis militer yang dilakukan oleh negara-negara adi kuasa seperti, Amerika Serikat, Inggris, Jepang, Australia dan lain sebagainya. Sedangkan untuk Indonesia, Timor-Leste sudah dijadikan sebagai alat transaksi kekuasaan lewat bisnis kekerasan yang sangat masif. Ironisnya tertuduh utama, yaitu militer atau tentara Indonesia, meleset dan bahkan luput dari ingatan yang dilakukan oleh para penguasa dalam wacana nasional dan internasional yang dituliskan oleh para wartawan dalam media massa.

Persoalannya, siapa yang akan menerima kalau pelaku utama dalam kekerasan dan kejahatan kemanusiaan kolosal yang terjadi di Timor-Leste adalah aparat (militer) negara Indonesia? Bukti sudah sangat kuat mengarah pada peran aparat (militer) Indonesia dalam pelanggaran HAM dan kejahatan terhadap warga sipil Timor-Leste. Namun, mengapa mereka masih bisa keluar dari tuntutan pertanggungjawaban sebagai pelaku pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan? Bahkan kenyataan yang terjadi justru sebaliknya, banyak di antara mereka masih diberi ruang dan kesempatan untuk mulai berperan lagi dalam ruang publik. Sederet partai politik di masa reformasi justru mengusung tokoh-tokoh dari kalangan militer yang terlibat dalam pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan di Timor-Leste untuk dicalonkan dan dipercaya sebagai pejabat publik.

Munculnya kembali kalangan militer yang diduga kuat melakukan pelanggaran HAM masa lalu ke panggung politik, sebenarnya menjadi salah satu indikator bahwa masa transisi kekuasaan masih dominan dikuasai oleh kekuatan-kekuatan lama. Selain itu bisa dibaca, betapa pendeknya ingatan masyarakat sendiri akan sebuah tragedi kemanusiaan yang sangat kejam yang sudah dilakukan oleh aparat (militer) Indonesia terhadap rakyat Timor-Leste. Oleh karena itu, ingatan dalam konteks masa transisi kekuasaan memiliki peran yang sangat politis dan sekaligus sosial. Ingatan tidak saja menjadi bagian untuk mendobrak kebuisan yang terlalu lama bagi persoalan-persoalan masa lalu yang penuh dengan pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan. Lebih dari itu, ingatan menjadi faktor penentu dari konstruksi kesadaran baru yang terjadi dalam ruang-ruang sosial dan terutama ruang pengadilan.

Sikap untuk segera menguburkan dan melupakan masa lalu tanpa legitimasi hukum dan moral yang jelas merupakan pilihan yang banyak diambil oleh para mantan pejabat dan pemimpin aparat (militer) politik yang masih terkait dan terikat oleh rezim lama. Keputusan dan sikap kompromis semacam itu menandakan bahwa perilaku pejabat dan pemimpin politik sebenarnya tidak pernah peduli dengan penderitaan kolosal rakyat Timor-Leste. Situasi ini diperparah saat bahasa hukum sama sekali gagal dalam mengungkap sisi paling traumatis dari penderitaan tersebut. Mengapa hal ini selalu terjadi? Karena bahasa hukum ada kecenderungan besar untuk mereduksi penderitaan kolosal manusia ke dalam logika prosedural dan linear. Seperti dikatakan oleh Cole demikian,

*“In addition, the principle of evidence and truth operative in the court are often woefully inadequate to grapple with the psychological complexity of trauma, especially trauma perpetrated on a massive scale. The role of the victim in prosecuting crime against humanity is vexing.”* (Cole, 2007: 171).

Dengan demikian, palanggengan mitos terus berlangsung dan yang paling mengerikan adalah tidak ada satu pun orang yang bersalah dalam pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan yang begitu masif yang telah menghancurkan prinsip-prinsip dasar hak asasi manusia tersebut. Semua orang, terutama para elit politik, tampak ingin lekas mencuci tangannya dan tidak lagi mau mengatakan yang sejujurnya tentang kebenaran yang terjadi di Timor-Leste. Mengatakan dengan jujur tentang kejahatan keji yang terjadi di Timor-Leste sama saja dengan menyatakan identitas diri mereka ikut sebagai bagian dari kelompok manusia yang bertindak dan berperilaku jahat. Dan bagi para aparat (militer) negara Indonesia, mereka selalu beranggapan bahwa diri mereka tidaklah jahat, meskipun ribuan dan bahkan jutaan hidup rakyat Timor-Leste sudah mereka siksa dan bantai dari tangan-tangan kekuasaan yang selalu mereka citrakan sebagai pembela harkat hidup orang banyak.

Pilihan untuk mengubur dan melupakan masalah pelanggaran HAM dan kejahatan massal yang terjadi di Timor-Leste menjadi sikap paling populer yang diambil oleh para politisi dan pejabat (militer) Indonesia yang terlibat dalam masalah masa lalu di Timor-Leste. Pilihan-pilihan pragmatis-politis itu bisa dipahami sebagai tindakan paling kotor tetapi aman bagi semua pihak yang seharusnya bertanggungjawab terhadap persoalan masa lalu di Timor-Leste. Akan tetapi pilihan sikap tersebut sama sekali tidak menyelesaikan akar terdalam dari persoalan masa lalu. Sikap itu sekedar menyimpannya dalam dunia bawah sadar yang masih terus aktif menggerogoti kesadaran pada masa kini yang menimbulkan efek negatif dan destruktif.

Maka, blok sejarah masa lalu akan dipenuhi kenyataan-kenyataan traumatis yang tidak disikapi secara jujur, dewasa dan kritis sehingga masih merupakan tumpukan-tumpukan emosi bawah sadar yang karakternya masih sangat labil dan tidak terkendali. Di sana belum terjadi pendewasaan sikap politis, karena ingatan

hanya bertumpu pada tanda (*sign*) kebenaran yang masih diinterpretasikan sepihak, yaitu kebenaran dari sisi pelaku, penguasa dan kelompok yang masih merasa diri paling kuat dan benar. Alhasil, logika hukum menuai persoalan mendasar saat harus memberikan *signifie* pada prinsip keadilan.

### C. Semiotika Penyintas dalam Realisme Hukum di Indonesia

Dominick LaCapra dalam bukunya *Writing History, Writing Trauma* mengelaborasi pendekatan psikoanalisa dan dekonstruksi untuk membaca kembali pengalaman traumatis masyarakat Jerman dalam ingatan sejarah mereka tentang *Holocaust*. Seperti diterangkannya demikian:

*"I would make a correlation that will be significant in my later argument – a correlation that indicates the desirability of relating deconstructive and psychoanalytic concepts. I would argue, or at least suggest, that undecidability and unregulated difference, threatening to disarticulate relations, confuse self and other, and collapse all distinctions, including that between present and past, are related to transference and prevail in trauma and in post-traumatic acting out in which one is haunted or possessed by the past and performatively caught up in the compulsive repetition of traumatic scene – scenes in which the past returns and the future is blocked or fatalistically caught up in a melancholic feedback loop. In acting out, tenses implode, and it is as if one were back there in the past reliving the traumatic scene."* (LaCapra, 2001: 21).

LaCapra menegaskan cara pandang psikoanalisa tentang masa lalu dalam dua kategori yang tegas dan berbeda, namun saling terkait satu sama lainnya yaitu: *acting out* dan *working through*. Namun demikian, konsep *working through* haruslah menjadi pijakan dasar untuk bersikap terhadap masa lalu. Demikian ungkapnya,

*"Any duality (or double inscription) of time (past and present or future) is experientially collapsed or productive only of aporias and double binds. In this sense, the aporia and the double bind might be seen as marking a trauma that has not been worked through. Working through is an articulatory practice: to the extent one works through trauma (as well as transferential relations in general), one is able to distinguish between past and present and to recall in memory that something happened to one (or one's people) back then while realizing that one is living here and now with openings to the future."* (LaCapra, 2001: 21-22).

LaCapra mengangkat peran ingatan (*memory*) dalam menyikapi pengalaman traumatis masa lalu. Dia menekankan bahwa perlu adanya usaha untuk melakukan dekonstruksi dan rekonstruksi sejarah atau historiografi lewat pengalaman

traumatis para korban. Baginya, trauma masa lalu bukan saja bagian dari pengalaman yang sekedar dihadirkan kembali pada masa sekarang dan kemudian langsung bisa digunakan untuk menata masa depan. Tentu saja tidak semudah itu, karena tindakan mengingat dan menghadirkan trauma masa lalu yang terkait dengan kejadian kejam selalu membawa kompleksitasnya sendiri. Tindakan ini semakin rumit jika pengalaman trauma dibebani oleh berbagai persoalan politik dan dibalut oleh berbagai kepentingan untuk melanggengkan narasi-narasi besar dalam sejarah atau historiografi. Jika demikian, narasi-narasi besar itu pasti juga akan digunakan untuk melanggengkan impunitas atau sakralisasi terhadap berbagai bentuk pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan berat.

Tentu saja banyak hal terkait dengan pelanggaran HAM, pembunuhan massal, penangkapan misterius, penyiksaan, dan lain sebagainya, tidak bisa langsung diungkap kebenarannya. Diterbitkannya laporan *Chega!* sebagai laporan final CAVR dan *Per Memoriam Ad Spem* sebagai laporan KKP HAM antara Indonesia dan Timor-Leste ternyata tidak membuat satu pun pelaku, terutama dari kalangan pejabat tinggi (militer) Indonesia dapat dituntut secara hukum dan dimintai pertanggungjawaban atas perbuatannya yang kejam. Kenyataan ini membuktikan bahwa ingatan akan trauma masa lalu, sebenarnya bukan saja sebuah tindakan mengingat dan menghadirkan peristiwa keji masa lalu, namun memiliki dampak yang kompleks menyangkut sebuah pertarungan politik dan kekuasaan. Persoalan masa lalu masih terus dibayangi dan diikat oleh narasi besar dalam sejarah atau historiografi rezim penguasa yang totaliter-otoriter.

Ingatan tentang masa lalu menjadi sangat rumit karena berisi tentang berbagai distorsi, mitos dan terlebih kebohongan yang sengaja dilakukan oleh rezim totaliter-otoriter. Dalam sejarah atau historiografi versi rezim totaliter-otoriter, pengalaman-pengalaman traumatis para korban dengan sengaja dihilangkan dan bahkan dianggap tidak pernah ada. Maka dari itu, LaCapra dengan sangat jelas menegaskan bahwa struktur narasi sejarah atau historiografi harus dibaca kembali dengan metode psikoanalisa, yakni lewat cara "*acting out*" dan terlebih untuk sampai pada kesadaran "*working through*". Kedua konsep itu merupakan tindakan untuk kembali menghadirkan pengalaman masa lalu, terutama terkait dengan peristiwa traumatis, namun keduanya berbeda dalam cara dan landasan kesadaran dalam menghadirkan masa lalu tersebut.

"*Acting out*" adalah sebetulnya tindakan repetitif dan usaha untuk menghadirkan masa lalu, namun dorongan kompulsif masih mendominasi kesadaran orang dalam mengingat masa lalu dan menghidrarkannya kembali di masa sekarang. Sumber dari dorongan *acting out* adalah pengalaman ketiadaan. Pengalaman ketiadaan ini mengakibatkan situasi kedirian manusia dipenuhi oleh perasaan takut yang mendalam. Maka orang tidak dikendalikan oleh rasionalitasnya, namun lebih oleh perasaan emosinya. Untuk mengatasi rasa takut itu, seseorang justru terus berkubang dalam cengkraman kolonisasi naluri kematian. Naluri kematian inilah yang akan menimbulkan ketidaksadaran berlangsung terus dan pada akhirnya akan

menimbulkan mesin-mesin destruksi yang mematikan dalam berbagai bentuknya, seperti perasaan dendam, benci, marah, curiga, tidak percaya dan lain sebagainya.

Sedangkan, "*working through*" adalah sebuah tindakan kembali ke masa lalu, menghadirkannya kembali di masa sekarang, namun ada unsur kesadaran untuk mengambil jarak secara kritis sehingga ada usaha untuk meletakkan kesadaran itu baik di masa lalu, sekarang dan waktu yang akan datang. Ingatan pun tidak lagi dikuasai oleh ikatan-ikatan emosi-kompulsif. Asalkan tindakan ini dilambri oleh kesadaran rasional-kritis. *Working through* bisa terjadi saat seseorang melepaskan diri dari pengalaman-pengalaman romantisme-melankolia masa lalu. Sikap terhadap masa lalu tidak lagi terjerat oleh situasi ketiadaan total, namun bisa menggeser pengalaman ketiadaan itu menjadi pengalaman kehilangan.

Dari sana muncul sebuah dorongan untuk melakukan ratapan atas pengalaman kehilangan bukan sebagai bentuk romantisme-melankolia, namun dengan menumbuhkan ingatan dan kesadaran rasional-kritis terhadap perasaan kehilangan. Dan dalam proses waktu seseorang akan menemukan dirinya mampu menerobos belenggu ketakutan akan kehilangan dan berbalik melakukan perlawanan terhadap perasaan takut yang mengurungnya itu. Perlawanan ini bukan dalam arti emosional-kompulsif, namun dalam rangka untuk lepas dari kendali naluri kematian. Pada momen itu, perasaan takut akan berubah menjadi pengalaman sadar dan ingatan membantu untuk memutuskan rantai ketidaksadaran. Dalam situasi ini, kesadaran diri tidak lagi dicengkram oleh pengalaman traumatis, melainkan ada keberanian untuk menempatkan naluri kehidupan dalam kesadaran yang lebih rasional-kritis baik di masa lalu, masa sekarang dan yang akan datang.

Selain itu, LaCapra juga menggunakan gagasan Jacques Derrida tentang dekonstruksi untuk membedah pengalaman traumatis akibat kejahatan kemanusiaan masa lalu. Pokok pemikiran yang dikembangkan oleh Derrida dalam gagasan dekonstruksinya adalah tentang "*differance*." Cara berpikir dekonstruktif ini digunakan oleh LaCapra untuk menganalisa cara kerja yang berbeda dari "*working through*" dan "*acting out*." Berpijak dari dua konsep ini, LaCapra tidak sedang menghilangkan keberadaan peran dari dua konsep tersebut, melainkan sedang menunjukkan bagaimana kedua konsep tersebut kalau tidak hati-hati digunakan bisa terjebak pada perangkap oposisi biner.

LaCapra menekankan bahwa dalam sebuah proses tindakan untuk mengingat peristiwa pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan masa lalu, konsep "*working through*" harus menjadi metode yang kuat, agar tindakan mengingat tidak sekedar didorong oleh perasaan kompulsif-emosional. Meskipun tidak bisa dihindari bahwa "*acting out*" yang mengandung tindakan emosional-kompulsif akan selalu muncul dalam semua tindakan mengingat tragedi kekerasan masa lalu. Maka dari itu, perangkap oposisi biner mengintai tindakan kita mengingat masa lalu yang dipenuhi oleh berbagai pelanggaran HAM dan tindakan kejahatan terhadap kemanusiaan. Pendekatan dekonstruksi Derrida membantu untuk membuat "jeda" antara tindakan mengingat *acting out* yang emosional-kompulsif dan tindakan *working through* yang

didasarkan pada kesadaran rasional-kritis. Meski demikian, kedua konsep ini sebenarnya masih menyimpan berbagai pola oposisi biner yang sangat kuat.

Dalam perangkap oposisi biner, kebenaran dan keadilan di tengah pusaran persoalan pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan masa lalu selalu terancam untuk di-peti-es-kan atau dikubur bersama matinya para korban. Karena itu, seperti diungkapkan oleh Frank Ankersmit menjadi sangat problematis, demikian katanya:

*“Picture of the past.”...Saying true things about the past is easy – anybody can do that – but saying rights things about the past is difficult. That truly (sic) requires historical insight and originality....I have elsewhere called these “picture of the past” narrative substance.”(LaCapra, 2001: 10).*

Pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan masa lalu tidak mudah untuk selalu diingat apalagi dicarikan “bukti-bukti” pendukung agar ingatan atasnya terus berjalan. Karena kebenaran di masa lalu selalu berhasil dimanipulasi dalam berbagai usaha untuk menuntut keadilan dalam konteks logika hukum. Mengapa? Karena apa yang dijadikan bahan dasar untuk berbicara tentang masa lalu merupakan tuturan lisan dan ingatan dari para penyintas, sejauh ingatan itu pernah diungkapkan oleh para penyintas itu sendiri. Namun demikian, ingatan tetap menjadi kunci dalam membuka kedok kejahatan kemanusiaan masa lalu. Sulitnya, ingatan tentang masa lalu yang mengandung perhatian pada pengalaman traumatis para korban kekerasan selalu mendapat ancaman dari historiografi dalam paradigma dokumenter atau *self-sufficient* model.

Paradigma *self-sufficient* ini hendak menghasilkan historiografi yang pendakuan kebenarannya didasarkan bukti otentik (*irreducible “aboutness”*) dan menekankan penggunaan pernyataan langsung, dan referensi resmi fakta-fakta masa lalu. Historiografi-pun akan disusun berdasarkan struktur dan data resmi yang komprehensif yang kemudian dituangkan dalam alur narasi, interpretasi dan analisa yang ketat. Dalil-dalil tersebut akan membedakan penulisan historiografi dengan penulisan fiksi.(LaCapra, 2001: 4-5). Paradigma historiografi model ini yang digunakan oleh rezim (militer) Orde Baru untuk memutarbalikkan berbagai fakta sejarah. Akibatnya, ingatan terberangus dalam satu kebenaran tunggal versi resmi dari negara. Karena itu, pendekatan historiografi baru harus ditemukan dan dijadikan model dalam penyusunan narasi historiografi. Historiografi sebagai teks tidak sekedar mendaku kebenaran berdasarkan otentisitas dokumen atau tafsir tentang kejadian masa lalu dari sudut para pelaku atau penguasa yang mengatasnamakan dokumen resmi negara.

Oleh karena itu, menurut LaCapra , pendakuan kebenaran terhadap masa lalu sangatlah penting, namun itu tidak cukup. Kebenaran masa lalu haruslah ada korelasinya dengan dimensi-dimensi lain dari historiografi, seperti empati, konteks peristiwa, pengalaman traumatis para korban dan sikap defensif para pelaku kejahatan kemanusiaan. Maka (re)produksi historiografi harus melihat bagaimana

peran bahasa dalam membangun dialog antara para pelaku kejahatan kemanusiaan dan korbannya. Karenanya, bagi LaCapra, “*middle voices*” dan “narasi”-nya memiliki peranan yang amat fundamental dalam historiografi dalam konteks penyelesaian kekerasan dan kejahatan masa lalu. Maka untuk menetak sebuah model pendekatan lain, pengalaman traumatis para korban harus menjadi “substansi narasi”. Historiografi harus memuat pengalaman trauma para korban atau penyintas yang menanggung dampak paling jelas dan konkrit dari kejadian-kejadian masa lalu yang penuh diselimuti oleh kekerasan dan kejahatan kemanusiaan.

Sebagai sebuah teks, historiografi tidak memberikan langsung pendakuan kebenarannya, namun kebenaran itu bisa terpenuhi setelah dipahami dengan pendekatan lain. Karena itu, dalam keseluruhan proses “pembentukan” historiografi (sebelum, setelah dan sesudah historiografi itu ada), pendekatan lain penting digunakan sebagai cara untuk menemukan makna dari penanda (*signifiant*) sampai dengan proses terbentuknya petanda (*signifie*) dari historiografi tersebut. Maka salah satu hal yang sedang saya lakukan dengan inspirasi dari LaCapra adalah bagaimana memahami historiografi sebagai teks dalam nalar berpikir semiotis.

Meminjam gagasan Umberto Eco, historiografi rezim Orde Baru sebenarnya merupakan manifestasi dari bentuk politik “supra individual” yang membatasi gerak dan keputusan-keputusan praktis setiap warga Indonesia. Pembatasan ini begitu kuatnya sehingga bisa menjadi sebuah penindasan terhadap “otonomi individu.” (Hoed, 2011: 24-26). Historiografi rezim (militer) Orde Baru bisa menyeting kreativitas individu untuk membuat pemahaman dan penafsiran terhadap sejarah Indonesia, termasuk bagaimana rezim (militer) Orde Baru telah merepresentasikan semua peristiwa yang terkait dengan Timor-Leste. Jika kekuatan historiografi ini menjadi satu-satunya faktor dalam membangun narasi tentang Timor-Leste, maka tidak mungkin ditemukan jalan keluar dari jerat hegemonik sejarah yang dilakukan oleh aparat (militer) negara Indonesia.

Namun faktanya, narasi dan testimoni yang di(re)produksi dari pengalaman para korban atau penyintas memiliki penanda (*signifiant*) yang tidak sejalan dengan maksud dari historiografi versi aparat (militer) Indonesia. Hal ini menyiratkan bahwa ada proses pembacaan dan pemahaman yang sama sekali lain tentang historiografi Orde Baru. Oleh karena itu, saya menegaskan bahwa narasi dan testimoni para korban atau penyintas yang mengalami langsung penderitaan selama konflik di Timor-Leste harus menjadi penanda (*signifiant*) bagi model historiografi versi lain. Narasi para korban atau penyintas memiliki kekuatan untuk mendobrak historiografi resmi versi rezim (militer) Orde Baru. Narasi dan testimoni para korban dan penyintas di Timor-Leste bisa menjadi penanda (*signifiant*) lain tentang masa lalu Timor-Leste. Historiografi itu seharusnya dimaknai sebagai proses pembebasan manusia dari jerat-jerat kekuatan politik “supra individual” rezim otoriter-totaliter Orde Baru.

Narasi dan testimoni para korban dan penyintas tersebut menjadi bentuk historiografi dari bawah yang menyumbangkan pemaknaan yang lebih luas (konotasi) tentang “ingatan” masa lalu. Itu berarti bahwa ingatan, tidak saja mengacu pada (re)produksi wacana resmi penguasa, namun bisa menjadi bagian integral dengan pengalaman orang-orang biasa yang mengalami penderitaan akibat konflik dan kekerasan pada masa lalu. Argumentasi ini mau menekankan bahwa “semiotika para penyintas” seharusnya menjadi penentu perubahan dalam berbagai mitos-mitos yang di(re)produksi oleh wacana penguasa dalam historiografi versi resmi.

Karenanya, teks historiografi para penyintas bisa menjadi substitusi ketidakhadiran kebenaran dan keadilan dalam totalitasnya dalam proses peradilan dan ruang pengadilan. Persis seperti dalam kerangka berpikir psikoanalisa bagaimana impian seorang anak perempuan merindukan sebuah *phallic*. Namun demikian, ayunan antara apa yang benar dan kebenaran masa lalu belumlah selesai. Mengatakan apa yang benar (*true*) tentang masa lalu seringkali mudah dilakukan, namun mengatakan kebenaran (*truth*) tentang masa lalu tidak selalu mudah. Maka dari itu, historiografi seharusnya memuat keduanya. Mengatakan kebenaran tentang masa lalu, harus juga mengikutsertakan apa yang benar dalam cara mengatakannya (dan juga menuliskannya). Dalam konteks ini, bahasa hukum(an) memiliki peran yang fundamental dalam mengkonstruksi simbol-simbol tentang keadilan dalam mengatakan tentang kebenaran masa lalu. Sejauh bahasa hukum memiliki keberanian untuk lepas dari jerat kolonisasi kematian yang dilegalisasi lewat narasi sejarah resmi rezim (militer) Orde Baru.

Oleh karena itu, jika teks historiografi dibaca dalam kerangka nalar semiotika, sebenarnya tidak mungkin akan terjadi kebenaran tunggal tentang masa lalu. Kompleksitas masa lalu yang dihadirkan pada masa kini, terutama terkait dengan berbagai peristiwa kekerasan dan kejahatan kemanusiaan, terlalu kering dan sempit ruang tafsirnya kalau hanya ditumpukan pada reinterpretasi resmi otoritas kekuasaan. Di sini, peran “*middle voices*” dalam memberikan interpretasi dan representasi masa lalu menjadi sangat penting. Sistem peradilan dan ruang pengadilan semestinya bisa berperan sebagai “*middle voices*”. Itu berarti bahwa logika hukum tidak harus terjebak dalam nalar linear dan prosedural, namun bisa mengandung muatan terdalam dari pengalaman traumatis para korban pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan. Maka logika hukum harus berani berpijak dari bahasa pengalaman traumatis para korban dan bukannya tunduk pada logika berpikir para pelaku kejahatan kemanusiaan.

Menurut pendapat saya, selama ini paradigma *self-sufficient* atau dokumenter ini masih sangat lekat mengikat struktur bahasa peradilan dan pengadilan di Indonesia. Bahasa hukum di Indonesia yang terkait dengan penyelesaian kasus Timor-Leste tidak jauh berbeda dari apa yang dilakukan oleh para sejarawan dalam menyusun historiografi konvensional. Narasi akhirnya adalah pelanggaran tentang impunitas bagi para pelaku pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan berat di Timor-Leste. Maka, logika hukum seharusnya bisa menjadi “*middle voices*”, yakni



menjadi acuan utama bagaimana cara membaca, menafsirkan, memahami dan merefleksikan kekerasan dan kejahatan kemanusiaan di Timor-Leste. Logika hukum harus berani menyuarakan harapan seorang gadis kecil dari Desa Lourba (Bobonaro) yang menjadi penyintas dalam tragedi kemanusiaan di Timor-Leste. Demikian nukilan pendek harapannya,

*“Saya merasa sebagai anak perempuan harus bekerja bersama abang-abang saya untuk mencari tulang-tulang mama dan papa di mana, sampai sekarang belum lengkap. Saya tidak tahu bagaimana masa depan kami, karena kami masih kecil siapa yang akan menanggung hidup kami nanti? Saya percaya walau orangtua saya sudah meninggal namun rohnya masih bersama kami. Suatu hari masih ada hukuman bagi mereka yang membunuh orangtua saya. Ini yang saya inginkan, harus ada hukum dan keadilan.”* (CAVR, *Chega!*, Volume II, 2010: 1211-1213).

Dengan demikian, kita bisa melihat bagaimana historiografi dari sudut pengalaman traumatis para penyintas bisa menjadi *symptom-symptom* ingatan yang memberikan sumbangan pada pemutusan rantai “ketidaksadaran” logika hukum yang terus dikuasai oleh para pelaku kejahatan. Maka, logika hukum harus bisa menjadi petanda (*signifie*) lain pada “bohongnya” kebenaran dan “kosongnya” keadilan dalam proses peradilan dan ruang pengadilan. Kebenaran berada dalam ruang kegelapan dan keadilan dikuasai oleh narasi besar versi pelaku (*perpetrators*). Penyelesaian pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan di Timor-Leste menjadi bayang-bayang yang tak berujung pangkal, karena hanya sebuah dalih untuk menutupi dusta dan kepalsuan. Maka, produksi dan reproduksi historiografi dan prosedur hukum di Indonesia bagaikan mencetak ulang “pepesan kosong.” Hanya saja, “pepesan kosong” ini selalu didaku sebagai sebuah kebenaran. Seperti ditulis oleh Jujun Suriasumantri demikian, *“Tapi kebenaran lalu jadi rumit Andai ke-tidakbenar-an, yang dibenarkan...”* (Suriasumantri, 2009: 1).

Dan di sinilah letak persoalannya bagaimana historiografi bisa bertaut erat dengan logika hukum. Saya melihat bahwa historiografi resmi versi rezim (militer) Indonesia yang berhasil menyulap “kebenaran” menjadi “ke-tidakbenar-an” dan “ke-tidakbenar-an yang dibenarkan”, ternyata juga membelenggu sistem peradilan dan ruang pengadilan. Historiografi dan logika hukum di Indonesia sebenarnya telah mengalami trauma yang sama yaitu gagal menciptakan simbol tentang kebenaran dan keadilan bagi para penyintas pelanggar(an) HAM dan kejahatan kemanusiaan masa lalu. Dalam konteks semiotika Lacan, hubungan antara historiografi dan logika hukum sampai saat ini sama-sama tidak dapat dijadikan dasar untuk membangun makna (*signifie*). Mengapa? Karena diferensiasi dalam relasi antar-*signifiant*, baik dalam konteks historiografi dan logika hukum, menciptakan *signifie* dalam bahasa (teks) “tak sadar” tertutup oleh batas yang tak tertembuskan. (Hoed, 2011: 70). Bahasa (teks) “tak sadar” itu merupakan wujud dari kolonisasi naluri kematian yang terus dilakukan oleh aparaturnya (militer) negara Indonesia.

Maka, pendakuan historiografi bisa mendapat kebenaran, sejauh narasi sejarah itu merupakan bentuk dari empati pengalaman traumatis penyintas yang mengalami pahitnya tragedi kemanusiaan. Dan bahasa hukum bisa mepertegaskan kebenaran historiografi itu, sejauh bisa menghancurkan masalah impunitas. Impunitas terus berlangsung karena logika hukum versi penguasa belum dibongkar atau didekonstruksi. Maka, membongkar historiografi resmi tersebut harus dilakukan dengan cara memunculkan historiografi baru (*differance*), agar mitos yang terus mau ditampilkan oleh wacana penguasa lewat narasi (atau) teks historiografinya tidak lagi menjadi landasan bagi pelanggaran impunitas dalam sistem peradilan dan ruang pengadilan.

Impunitas bisa terbongkar jika pengalaman-pengalaman traumatis para penyintas bisa menjadi teks yang memunculkan signifikasi baru pada logika hukum. Jika “pepesan kosong” itu bisa ditangkap struktur dan bentuknya, maka proses dekonstruksi membantu ingatan untuk melawannya, agar “pepesan kosong” itu tidak digunakan untuk mengontrol proses peradilan di dalam ruang pengadilan. Terutama dalam konteks ini, tidak digunakan lagi untuk menghancurkan kerinduan para penyintas di Timor-Leste untuk mendapatkan keadilan bagi pengalaman penderitaan kolosal akibat pelanggaran HAM dan kejahatan kemanusiaan yang dilakukan oleh para aparaturnya (militer) negara Indonesia. (\*\*)

### Daftar Pustaka

- Barthes, Roland, 1981, *Elements of Semiology*, (Tr. Annette Lavers and Colin Smith), New York, Hill and Wang.
- Bertens, K. (Ed. dan Tr.), 2006, *Psikoanalisis Sigmund Freud*, Jakarta, Gramedia.
- Cole, Catherine M, 2007, *Performance, Transitional Justice, and the Law: South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, dalam Project Muse, Baltimore and London, The Johns Hopkins University Press.
- Derrida, Jacques, 1982, *Of Grammatology*, (Tr. Gayatri Chakravorty Spivak), Baltimore and London, The John Hopkins University Press.
- Fink, Bruce, 1995, *The Lacanian Subject, Between Language and Jouissance*, New Jersey, Princeton University Press.
- Hayner, Priscilla B, 2005, *Kebenaran Tak Terbahasakan, Refleksi Pengalaman Komisi-Komisi Kebenaran, Kenyataan dan Harapan*, (Tr. Tim Penerjemah ELSAM), Jakarta, ELSAM.
- Hoed, Benny H, 2011, *Semiotik & Dinamika Sosial Budaya, (Edisi Kedua)*, Jakarta, Komunitas Bambu.
- ICTJ dan KontraS, 2011, *Keluar Jalur, Keadilan Transisi di Indonesia Setelah Jatuhnya Soeharto, Laporan Bersama ICTJ dan KontraS*, Jakarta, ICTJ dan KontraS.

- Lacan, Jacques, 1968, *The Language of The Self. The Function of Language in Psychoanalysis*, (Tr. Anthony Wilden), New York, Delta Book.
- LaCapra, Dominick, 1985, *History and Criticism*, Ithaca, Cornell University Press.
- LaCapra, Dominick, 1998, *History and Memory after Auschwitz*, Ithaca and London, Cornell University Press.
- LaCapra, Dominick, 2000, *History and Reading: Tocqueville, Foucault, French Studies*, Australia, Melbourne University Press.
- LaCapra, Dominick, 2001, *Writing History, Writing Trauma*, Baltimore and London, The Johns Hopkins University Press.
- Laporan Akhir Komisi Kebenaran dan Persahabatan Indonesia-Timor-Leste, 2010, *Per Memoriam Ad Spem. Dilengkapi dengan Laporan Konsultan*, Jakarta, ELSAM.
- Laporan Komisi Penerimaan, Kebenaran, dan Rekonsiliasi Timor-Leste (CAVR), 2010, *Chega!*.
- Ringkasan Eksekutif, Jakarta, Kepustakaan Populer Gramedia.
- Laporan Komisi Penerimaan, Kebenaran, dan Rekonsiliasi Timor-Leste (CAVR), 2010, *Chega!*. Buku
- Panduan, Jakarta, Kepustakaan Populer Gramedia.
- Laporan Komisi Penerimaan, Kebenaran, dan Rekonsiliasi Timor-Leste (CAVR), 2010, *Chega!*.
- Volume I*, Jakarta, Kepustakaan Populer Gramedia.
- Laporan Komisi Penerimaan, Kebenaran, dan Rekonsiliasi Timor-Leste (CAVR), 2010, *Chega!*.
- Volume II*, Jakarta, Kepustakaan Populer Gramedia.
- Marzuki, Suparman, 2012, *Pengadilan HAM di Indonesia, Melanggengkan Impunity*, Jakarta, Penerbit Erlangga.
- Minow, Martha, 1998, *Between Vengeance and Forgiveness, Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston, Beacon Press.
- Nevins, Joseph, 2008, *Pembantaian Timor Timur, Horror Masyarakat Internasional*, (Tr. Nugroho Kacasungkono), Yogyakarta, Galang Press.
- Robinson, Geoffrey, 2011, *"If You Leave Us Here, We Will Die", How Genocide Was Stopped in East in East Timor*, Princeton and Oxford, Princeton University Press.

Sieder, Rachel, 2001, "War, Peace, and the Politics of Memory in Guatemala", dalam Nigel Biggar (ed.), *Burying the Past, Making Peace and Doing Justice after Civil Conflict*, Washington, D.C, Georgetown University Press.

Suriasumantri, Jujun S, 2009, *Ilmu Dalam Perspektif*, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia.

## Paradoks Negara Hukum dan Norma Hukum HAM

P. Donny Danardono

Indonesia telah memiliki berbagai ketentuan hukum di bidang HAM. Beberapa di antaranya adalah UU No. 7/1984 tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita, UU No. 39/1999 tentang HAM, UU No. 23/2002 tentang Perlindungan Anak, UU No. 23/2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga, UU No. 12/2005 tentang Pengesahan Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik, UU No. 12/2006 tentang Kewarganegaraan, dan UU No. 40/2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis.

Berbagai ketentuan hukum di bidang HAM itu makin memastikan konsep negara hukum Indonesia. Sebagai negara hukum (Pasal 1 ayat 3 UUD 1945) negara Indonesia tak hanya membatasi kuasanya dalam bentuk pembagian kuasa negara menjadi kuasa eksekutif, legislatif dan yudikatif, tapi juga secara legal wajib menghormati HAM penduduk dan warganegaranya.

Tapi, dengan demikian, apakah hukum mampu melindungi setiap orang di Indonesia dari pelanggaran HAM? Bagaimana dengan wanita Tionghoa beragama Konghucu—korban pelecehan seksual di tempat kerjanya—yang tak mau menyelesaikan kasusnya secara hukum, karena ia menganggap hukum tak melindungi dirinya sebagai seseorang dari kelompok minoritas etnis dan agama tertentu? Bagaimana dengan para penganut Ahmadiyah dan Komunitas Eden (Lia Aminudin) yang terus menjadi korban diskriminasi tanpa bisa menyuarkan pengalamannya, karena pemerintah tak mengakui agama-agama itu sebagai agama-agama resmi di Indonesia?

Tampak bahwa hukum tak mampu menampung seluruh pengalaman dan identitas para subyek hukum. Sebagai sebuah diskursus, hukum akan menyingkirkan dan menjaga diri dari pengetahuan (pengalaman) lain yang tak mampu menampilkan diri sebagai sebuah diskursus. Hanya dengan cara ini hukum itu akan tampak sebagai diskursus yang tertata dan rasional. Carol Smart—seorang feminis pengamat hukum dari Universitas Warwick, Inggris—menyatakan hal itu sebagai berikut:

...the term 'law' operates as a claim to power in that it embodies a claim to a superior and unified field of knowledge which concedes little to other competing discourses which by comparison fail to promote such a unified appearance".<sup>1</sup>

Sebagai sebuah diskursus, hukum dibangun dari sistem dan prosedur. Ia, untuk itu, membedakan diri dari pengalaman dan pengetahuan yang tak bisa mewujudkan diri dalam sistem dan prosedur hukum itu. Hal ini tak hanya membuktikan kelirunya teori representasi, tapi terutama membuktikan bahwa hukum (dan keadilan) hanya bisa bekerja sembari menyingkirkan pengalaman-pengalaman lain (*the other*) yang tak bisa dirumuskan dalam sistem dan prosedur hukum karena berbagai alasan politik, budaya, teologis atau etis. Pengalaman-pengalaman lain itu lalu dianggap sebagai khaos. Inilah paradoks negara hukum dan norma hukum HAM. Negara Hukum bukan jawaban tuntas bagi berbagai persoalan keadilan.

Itu sebabnya perjuangan "keadilan" di luar hukum tetap penting. Ia penting bagi para korban yang tersingkir dari diskursus hukum yang hegemonik dan juga bagi perbaikan norma hukum dan negara hukum itu sendiri. Tapi reformasi hukum dan negara hukum ini

akan terus memunculkan korban-korban yang pengalamannya akan kekerasan tak terrepresentasikan dalam hukum dan negara hukum hasil reformasi itu. Hidup di bumi memang bukan di surga.

Untuk memperjelas argumen di atas, saya akan membahas ambivalensi Negara Hukum Indonesia, tak mungkin hukum menjadi rumah keadilan, dan beragamnya konsep humanisme yang membuatnya tak tertampung dalam Deklarasi Universal HAM dan berbagai instrumen hukumnya.

### **Ambivalensi Negara Hukum Indonesia**

Sukarno dan Hatta—atas nama bangsa Indonesia—memproklamasikan kemerdekaan negara Indonesia pada 17 Agustus 1945. Proklamasi adalah proses kelahiran suatu institusi baru melalui pemisahan radikalnya dari tatanan hukum lama. Jadi, pada 17 Agustus 1945 itu bukan hanya bangsa Indonesia yang belum ada, tapi pendirian negara Indonesia ini sebenarnya juga tanpa dasar hukum sama sekali. Bagaimana sebuah negara yang berdiri tanpa dasar hukum ini ternyata bukan hanya bisa membuat dan menerapkan hukum, tapi juga mengklaim hukum-hukum itu adil?

Teori-teori keadilan klasik dari Aristoteles sampai Immanuel Kant dan yang kontemporer (Habermas) menganggap keadilan bisa diwadahi dalam hukum atau berbagai azas rasionalisme. Aristoteles menganggap tujuan hidup manusia, sebagai *zoon politicon*, adalah meraih kebahagiaan (*eudaimonia*), yaitu dengan mewujudkan segala potensi diri dalam kehidupan bersama di polis. Konsekuensinya, manusia harus mematuhi berbagai undang-undang yang berlaku di polis. Sebab berbagai undang-undang itu secara tepat (berdasarkan perhitungan aritmetis dan geometris) mengatur pembagian jabatan dan harta publik. Undang-undang adalah wadah keadilan.<sup>2</sup>

Immanuel Kant menolak konsepsi keadilan yang supra-human itu. Baginya hukum dan keadilan adalah wujud dari kemampuan suatu norma merumuskan “perintah mutlak” (imperatif kategoris), bukan “perintah bersyarat” (imperatif hipotetis: motif ekonomi, rasa nikmat, dll). Karena itu, bagi Kant, suatu norma hukum adalah baik bila bisa mengekspresikan moralitas, bukan sekedar legalitas. Moralitas terkait dengan kemanusiaan dan keadilan. Legalitas terkait dengan kuasa negara. Namun sebenarnya Kant juga menganggap hukum adalah wadah keadilan. Sebab hukum adalah rumusan rasional tentang imperatif kategoris, perintah yang bersifat moral.<sup>3</sup>

Habermas, berbeda dari Aristoteles dan Kant, tak percaya bahwa dalam masyarakat majemuk, seorang filsuf atau ahli hukum dapat sendirian merumuskan hukum yang adil. Keadilan juga bukan suatu ide yang transendental. Hukum yang baik—yakni yang bisa menjaga kebersamaan para subyek hukum dari suatu masyarakat majemuk—adalah yang dirumuskan oleh negara bersama para subyek hukum melalui komunikasi yang bebas (*ideal speech situation*) dan suatu ruang publik. Komunikasi ini akan membuat setiap subyek hukum tahu sejauh mana hukum akan membatasi dan mewujudkan kepentingan-kepentingannya. Jadi, seperti Kant, Habermas menganggap hukum yang dirumuskan berdasarkan prosedur komunikasi akan bisa mewadahi keadilan.<sup>4</sup>

Namun, sesungguhnya argumentasi tentang hukum sebagai wadah keadilan tak bisa menjelaskan, bagaimana sebuah negara yang muncul tanpa dasar hukum bisa mengklaim bisa merumuskan dan menerapkan hukum secara adil? Sebab bila hukum diidentikkan

dengan keadilan (hukum mewadahi keadilan), maka bukankah setiap proklamasi kemerdekaan yang tanpa dasar hukum itu adalah praktek kekerasan (*violence*)? Kekerasan itu tak hanya terwujud dalam bentuk pemisahan diri dari tatanan hukum lama, tapi juga menimbulkan korban. Korban utamanya adalah warga Indo-Eropa. Pada tahun 1950-an itu mereka menjadi kelompok yang tak jelas status kewarganegaraannya. Mereka bukan Indonesia, bukan Belanda. Mereka tak terdefiniskan. Mereka adalah “*the other*” *par excellence*.

Maka, pada tahun 1950an mereka harus memilih kewarganegaraan. Banyak dari mereka yang kemudian terpisah dari sahabat dan saudara kandungnya. Kisah ini secara puitis ditulis sebagai lirik lagu “*Afscheid van Indië*” (Terpisah dari Hindia) yang dinyanyikan oleh Wieteke van Dort (seorang Indo kelahiran Surabaya yang menjadi warga negara Belanda). Lirik itu mengisahkan pedihnya perjalanan seorang Indo-Eropa yang memilih menjadi warga negara Belanda melewati berbagai pelabuhan laut internasional sebelum akhirnya tiba di pelabuhan Rotterdam. Perjalanan laut yang panjang itu adalah perpisahannya dari babu, jongos, gunung Sibayak dan gunung Dempo. Perpisahannya dari tanah air, tanah kelahiran.

Atau lirik lagu “*Hallo Bandoeng*” yang berkisah tentang seorang ibu Indo-Eropa yang memilih menjadi warga negara Belanda, sementara anak lelakinya tetap warga negara Indonesia dan tinggal di Bandung. Walau ibu itu telah menjadi warga negara Belanda, tapi ia harus menabung sebulan penuh agar bisa sekejab menelpon anaknya, menanyakan kabarnya. Walau di Hindia Belanda (Indonesia) Indo-Eropa sama statusnya dengan kawula Eropa, tapi di negeri Belanda mereka warga kelas dua: sering mengalami diskriminasi dan bekerja seadanya.

Jadi bagaimana suatu negara yang muncul tanpa dasar hukum bisa merumuskan dan menerapkan hukum yang adil? Jawaban atas pertanyaan itu, mengikuti Derrida,<sup>5</sup> adalah sebenarnya hukum dan berbagai konsep keadilan tak punya dasar pembentukan yang metafisik selain kekerasan. Sebab apabila dasar metafisik itu ada, maka kata Derrida, hukum dan keadilan itu akan otomatis berlaku. Tapi tidak demikian adanya. Negara harus merumuskan dan memberlakukan suatu hukum yang mereka klaim adil. Istilah “merumuskan, memberlakukan dan klaim” adalah ungkapan bahasa yang menimbulkan gambaran tentang paksaan berdasarkan kuasa tertentu. Ketiga istilah itu, dengan demikian, lebih dekat dengan kekerasan daripada keadilan yang anti kekerasan.

Karena itu bagi Derrida keadilan tak mungkin diwadahi atau diidentikan dengan hukum. Baginya keadilan—yang jauh dari kekerasan—itu tak terbahasakan. Ia mengatakan keadilan itu akan pengalaman akan *aporia* (jalan buntu). Tak mungkin merumuskan konsep-konsep keadilan, sehingga orang bisa memilihnya. Merumuskan konsep keadilan adalah mendefinisikan atau memastikan berlakunya salah satu konsep keadilan yang pada saat yang sama berarti menafikan konsep-konsep keadilan yang lain. Maka, perumusan, pendefinisian dan penyingkiran konsep itu sendiri adalah wujud ketidakadilan. Karena atas dasar apa kita dapat menyatakan konsep keadilan ini yang benar dibandingkan yang lain? Keadilan itu bukan *either-or*.

Bagi Derrida keadilan adalah proses dekonstruksi itu sendiri. Karena dekonstruksi adalah upaya menunjukkan peran “*the other*” (sesuatu yang tak terdefiniskan) bagi kehadiran makna sebuah teks. Namun, kemampuan “*the other*” dalam membantu sebuah teks bisa bergerak memungut maknanya tidak dengan sendirinya membuat “*the other*” itu

menjadi jelas dan tak lagi tertindas. Itu sebabnya dekonstruksi adalah hasrat membuat hidup lebih baik. Karena itu dekonstruksi sama dengan keadilan yang tak terbahasakan, tapi yang memunculkan hasrat membuat hidup lebih baik:

*The suffering of deconstruction, what makes it suffer and what makes suffer those who suffer from it, is perhaps the absence of rules, of norms, and definitive criteria to distinguish in an unequivocal manner between law and justice. It is therefore a matter of these concepts (normative or not) of norm, of rule or criteria. It is a matter of judging what permits judgement, of what judgement itself authorizes. Such would be the choice, the "either/or", "yes or no" that one can suspect in this title. To the extent, the title would be virtually violent, polemical, inquisitorial. One can fear that it contains some instrument of torture, a manner of interrogation that would not be the most just. Needless to say already, I will not be able to offer any response, at least no reassuring response, to any questions put in this way ("either/or", "yes or no"), to either of the two expectations formulated of formalized in this way.<sup>6</sup>*

Uraian di atas menunjukkan bahwa negara hukum adalah sebuah konsep yang ambigu dan bahkan ambivalen. Ia ambigu karena dasar pendiriannya adalah kekerasan, bukan hukum yang adil. Ia ambivalen, karena sebenarnya ia tak mampu menjadikan hukum sebagai wadah keadilan. Sebab keadilan itu sendiri tak terumuskan. Karena itu setiap klaim tentang hukum yang adil dilakukan dengan penyingkiran dan pembungkaman mereka yang dijadikan "*the other*" demi tampilnya kesan rasional klaim tersebut. Kisah-kisah Indo-Belanda yang harus memilih kewarganegaraan, ketidakmungkinan perempuan Tionghoa Konghucu korban pelecehan seksual untuk menyelesaikan kasusnya berdasarkan hukum yang berlaku atau agama-agama yang tak diakui oleh pemerintah dan yang terus didiskriminasikan tanpa bisa membela diri adalah kisah-kisah "*the other*" korban perumusan keadilan dalam hukum. Karena itu dekonstruksi hukum dengan sekaligus menampilkan kisah-kisah mereka penting bagi perbaikan konsep negara hukum dan hukum itu sendiri.

### **Paradoks Norma Hukum HAM**

Deklarasi Universal HAM (DUHAM) melarang berbagai bentuk diskriminasi terhadap "*the other*" (dalam bentuk warna kulit lain, ideologi-ideologi lain, opini-opini lain, bahasa-bahasa lain, nasionalisme-nasionalisme lain, jenis kelamin lain, dan seterusnya). Bagaimana teks DUHAM ini bisa memberi inspirasi untuk tak melakukan kekerasan terhadap "*the other*"?

Mengikuti 'logika' Derrida di atas, muncul kesan bahwa teks DUHAM yang melarang segala bentuk diskriminasi terhadap "*the other*" merupakan sebuah teks yang mau berdiri di antara dua hal yang tak mungkin dihubungkan, yaitu di satu pihak melakukan kekerasan terhadap *yang-lain* dengan mengkonstruksikan identitas-identitasnya, tapi pada saat yang sama melarang orang atau institusi melakukan kekerasan terhadap "*the other*" tersebut. Ini adalah paradoks HAM.

Itu sebabnya perumusan konsepsi tertentu tentang manusia dalam DUHAM bukan hanya terus menghasilkan perdebatan tentang apakah HAM itu bersifat universal atau partikular, tapi juga membuat kelompok feminis di PBB misalnya menganggap DUHAM tak



bisa melindungi perempuan. Maka pada 1979 mereka merumuskan Konvensi CEDAW untuk melindungi hak-hak asasi perempuan.

Berbagai perdebatan itu, saya kira, bersumber pada ketidakmungkinan manusia memastikan siapa dirinya atau mendefinisikan dirinya seperti yang tertulis dalam DUHAM itu. Bukankah mendefinisikan diri adalah berbicara tentang diri sendiri kepada diri sendiri: sebuah *solipsisme*?

Itu sebabnya, mengikuti Derrida, perumusan konsep humanisme tertentu (misalnya dalam DUHAM) hanya mungkin dengan secara sadar atau tidak mempertimbangkan "*the other*". Namun, cara ini akan membuat suatu identitas tak pernah pasti, tapi selalu ambigu dan majemuk. Seambigu dan semajemuk identitas "*the other*" yang membantu pembentukan identitasnya.

Hal lain yang disampaikan Derrida adalah karena "*the other*" penting dalam membantu kita membentuk identitas diri kita, maka kita tak mungkin bisa menghapuskan "*the other*". "*The other*" tak terhapuskan, karena tak ada bahasa yang bisa merumuskannya secara pas: *the other itself is most irreducibly other within it: others*".<sup>7</sup> Itu sebabnya Derrida menyatakan: "*The relation with the other is a relation with Mystery*".<sup>8</sup>

Dengan kata lain, memahami *yang-lain* secara linguistik adalah mereduksinya dalam kategori-kategori yang bisa kita pahami. Pereduksian linguistik ini adalah awal dan akar kekerasan terhadap "*the other*". Tak tereduksikannya "*the other*" memang mencemaskan dan mengesankan sebagai ancaman. Hal ini yang juga mendorong seseorang atau kelompok untuk melakukan berbagai bentuk kekerasan terhadap sesamanya, makhluk hidup 'lain', atau alam semesta. Ketidakpastian terhadap "*the other*" itulah yang sebenarnya mendorong perumusan DUHAM. Sebuah perumusan yang bukannya mengakhiri, tapi melahirkan beragam "*the other*".

Itu sebabnya Collin Perrin, seorang Derridarian, menyatakan, bahwa mempraktekkan HAM atau berusaha tak mendiskriminasikan "*the other*" itu seringkali seperti mengambil alih penderitaan dan kematian *yang-lain* yang tertindas itu. Ini adalah sesuatu yang tak mungkin. Karena sebenarnya DUHAM maupun para penegak HAM itu tak bisa pas mendefinisikan "*the other*" dan penderitannya. Satu-satunya cara yang mungkin adalah tetap bungkam (*keep silent*) terhadap penderitaan atau kematian "*the other*" itu:

*I want to pose the problem of responding to human rights' violations in somewhat broader terms: as that of responding to another who is suffering or who is dying. In this situation, the other's singularity is 'presented' at the very point of its irreducibility: in the impossibility of suffering in the other's place or of sharing in his or her death. And in this situation, my sole focus will be upon the argument that as there can be no adequate response to the other's suffering one should not respond at all. In the face of death and in the face of the other who is dying one could never find the right words to say. And so one should keep silent.*<sup>9</sup>

Namun, 'bungkam' di sini tak bisa diartikan sebagai tak melakukan tindakan apapun untuk meringankan penderitaan "*the other*". 'Bungkam' yang dimaksud oleh Perrin adalah upaya menolong "*the other*" tanpa menjadi bagian dari penderitaan atau kematiannya: "*in the impossibility of suffering in the other's place or of sharing in his or her death*".

Jadi 'bungkam' berbeda dari tidak peduli, tapi tidak bertindak heroik. Kira-kira semacam sikap yang menganggap perlunya norma hukum untuk menindak mereka yang melanggar HAM, tapi pada saat yang sama tak terlalu percaya bahwa norma hukum itu bisa mengurangi apalagi menghapuskan penderitaan *yang-lain* yang hak-hak asasinya telah terlanggar. Sebab norma hukum adalah rumusan tentang 'kebenaran' menurut versi tertentu yang pada saat yang sama menafikan 'kebenaran' versi *yang-lain*. Hukum adalah kuasa. Karena itu kita perlu mendengarkan suara "the other" dan upayanya untuk menyelesaikan kasusnya di luar hukum. Kemampuan mendengar ini bukan hanya akan mengasah kepekaan diri, tapi juga merupakan dasar memperbaiki hukum dan negara hukum.

## MIFEE: Proyek Perampasan Tanah Orang Malind-Anim

Siti Rakhma Marry

### Pendahuluan

*“Hari itu, masyarakat pergi ke Tawala. Mereka membawa pula seekor babi yang sudah mati. Disana juga ada aparat pemerintah dan PT Rajawali. Mereka menandatangani perjanjian. Tetapi sebenarnya masyarakat tidak memahami isi perjanjian itu.”*

*(Yannes<sup>10</sup>, penduduk Kampung Domande)*

Hari-hari ini dan yang akan datang, kehidupan orang Malind-Anim di Merauke dalam bahaya. Perusahaan-perusahaan skala luas di bidang perkebunan dan kehutanan, memasuki perkampungan masyarakat: mereka menanamkan modal, mengambil untung, di atas tanah-tanah adat. Tulisan ini membahas bagaimana pelanggaran hak asasi manusia telah terjadi dalam proses kebijakan MIFEE, dan bagaimana institusi-institusi politik dan hukum terlibat dan bertanggung jawab dalam proses kebijakan MIFEE tersebut.

### Tentang Proyek MIFEE

Adalah proyek pemerintah bernama Merauke Integrated Food and Energy Estate (MIFEE). Sampai saat ini, masih banyak masyarakat adat di Merauke yang tidak mengerti tentang MIFEE. “Saya tidak tahu apa itu MIFEE. Hanya melihat tulisannya saja. Tetapi sekarang, jika mendengar tentang MIFEE, yang saya bayangkan adalah sebuah perusahaan yang sangat besar. Tapi ada juga yang mengira MIFEE adalah merek sebuah mobil...”, demikian kata Fransiscus, penduduk Domande. Erne dari Kampung Wayau berkata: “Kami memang pernah mendengar tentang MIFEE, tetapi kami tidak tahu apa itu MIFEE. Kalau ke kota Merauke sering dengar kata MIFEE, kami pikir itu MIFEE itu program lingkungan hidup.”<sup>11</sup>

Studi awal yang ditulis R. Yando Zakaria dkk (2011) menjelaskan bahwa MIFEE pada dasarnya adalah hasil pertemuan dua arus kepentingan. Di satu sisi, MIFEE adalah upaya pemerintah daerah untuk mempercepat upaya-upaya pembangunan Kabupaten Merauke yang telah digagas sejak 2007. Di sisi lain, MIFEE merupakan salah satu muara upaya Pemerintah Pusat dalam mengatasi masalah krisis pangan dan energi, sekaligus sebagai upaya penghematan dan penghasilan devisa.<sup>12</sup> Sebelum dilaunchingnya MIFEE, pada 2007 Pemerintah Kabupaten Merauke telah mencanangkan Tahun Investasi yang ditandai dengan penandatanganan Memorandum of Understanding antara Bupati Merauke dengan sejumlah investor untuk merealisasikan sebuah program yang kala itu masih bertajuk Merauke Integrated Rice Estate (MIRE). MIRE ini tertuang ke dalam program masa jabatan kedua (2005-2010) Bupati John Gluba Gebze. Program ini terfokus pada tanaman padi, yang melibatkan masyarakat dan ditandai dengan membuka ratusan hektar sawah. Sebagai pengembangan MIRE, pada 12 Februari 2010, John Gluba Gebze mencanangkan MIFEE saat perayaan ulang tahun Merauke yang ke 108. Selain John, yang datang pada saat itu adalah Menteri Pertanian Suswono, Menteri Pekerjaan Umum Djoko Kirmanto, Menteri Kelautan dan Perikanan Fadel Muhammad, dan Wakil Ketua Komisi IV DPR Anna Mu’awanah.<sup>13</sup>

MIFEE lebih luas dari MIRE. Ia mencakup pertanian tebu, jagung, perkebunan kelapa sawit, hutan tanaman industri, peternakan sapi, dan perikanan yang berorientasi ekspor. Menurut Suswono, ada 5 pertimbangan pemerintah menetapkan Merauke sebagai lokasi Food Estate. *Pertama*, dalam Rencana Tata Ruang Wilayah Nasional yang diatur dalam PP 26/2008, Merauke ditetapkan sebagai kawasan andalan dengan pertanian sebagai sektor unggulannya. *Kedua*, Merauke memiliki lahan potensial untuk pertanian sangat luas yaitu 2,5 juta hektar dengan topografi datar dan subur ditunjang oleh agroklimat yang sesuai. *Ketiga*, berbagai tanaman pangan tumbuh baik di kawasan ini antara lain: padi, jagung, kedelai, shorgum, gandum, dan hortikultura. *Keempat*, Merauke memiliki savanna yang luas untuk peternakan sapi, kerbau, kuda, kambing, domba, kangguru dan rusa. Dan *kelima*, Merauke memiliki pantai, sungai, rawa untuk pengembangan perikanan.

Untuk tahap awal, pemerintah mengalokasikan tanah seluas 760.897 hektar untuk lahan pengembangan MIFEE. Sedangkan pengembangan lahan sisanya hingga seluas satu juta hektar akan dilakukan bertahap sambil menanti proses penyepakatan RTRW Provinsi Papua dengan RTRW Kabupaten Merauke antara Tim Teknis Badan Koordinasi Penataan Ruang Nasional (BKPRN) dengan Pemda Provinsi Papua dan Pemda Kabupaten Merauke.<sup>14</sup> MIFEE akan dilaksanakan di atas Areal Penggunaan Lain (APL), dan Hutan Produksi yang dapat dikonversi (HPK).

Menurut data Badan Koordinasi Penanaman Modal Daerah dan Perizinan (BKPMDDP) Pemerintah Kabupaten Merauke, sepanjang 2007-2010, 48 perusahaan telah mendapat izin lokasi dengan luas lahan keseluruhan mencapai 2.319.094 hektar. Sementara itu, sampai tahun 2012, 32 perusahaan telah mendapatkan izin prinsip dengan perincian: sektor kelapa sawit (316.347 hektar), perkebunan tebu (156.812 hektar), perkebunan jagung (97.000 hektar), areal Hutan Tanaman Industri (973.057, 56 hektar), areal tanaman pangan (69.000 hektar) pengolahan kayu serpih (2818 hektar) dan areal pembangunan dermaga (1200 hektar). Total keseluruhan izin yang dikeluarkan sebesar 1.616. 234, 56 hektar.<sup>15</sup> Perusahaan-perusahaan besar yang memperoleh izin tersebut diantaranya: Medco group, Rajawali Group, Murdaya Poo Group, Sinar Mas Group, dan Artha Graha Group. Ijin-ijin lokasi dan izin prinsip tersebut dikeluarkan pemerintah sementara rencana tata ruang kabupaten dan rencana tata ruang wilayah provinsi belum ada. Sampai saat ini Rencana Tata Ruang Provinsi bahkan sedang dalam proses pembahasan di DPRD.

### **Mengapa MIFEE?**

Pemerintah menerangkan bahwa MIFEE dilaksanakan untuk mengatasi krisis pangan dan energi yang melanda dunia. Indonesia memang mengimpor sejumlah bahan pangan yang memberatkan devisa negara. Nilai impor pada 2009 untuk 9 jenis komoditi adalah Rp. 51,5 triliun atau setara dengan 5% APBN Indonesia. Sementara di sektor energi adalah kelangkaan energi khususnya BBM dan naiknya harga minyak dunia dari USD 50 per barel pada 2005 menjadi USD 148 per barel pada 2008.<sup>16</sup> Karena itu pemerintah juga bermaksud mendorong ketahanan pangan nasional dengan cara mengembangkan lahan-lahan tidur skala luas yang akan dikelola oleh perusahaan-perusahaan swasta bermodal besar dengan teknologi modern. Pemerintah memilih Merauke karena Merauke dianggap sebagai lahan kosong jutaan hektar dengan kontur wilayah yang datar. Dalam konteks global, keberadaan MIFEE tak dapat dilepaskan dari politik para kapitalis dunia yang sedang berkelana mencari tanah-tanah skala luas untuk dieksploitasi dalam memenuhi kebutuhan akan pangan dan

energi. Upaya-upaya mengatasi krisis pangan dan energi ini memicu fenomena yang disebut *land grabbing*. *Land grabbing* merujuk pada proses peralihan hak penguasaan atas tanah yang terjadi dengan cepat, baik melalui mekanisme jual-beli maupun sewa, dari negara-negara berkembang yang miskin ke negara-negara kaya yang pengadaan bahan pangannya tidak pasti, melalui penanaman modal oleh perusahaan-perusahaan swasta dari negara-negara kaya itu, untuk menghasilkan bahan pangan yang akan diekspor ke negara-negara kaya itu sendiri.<sup>17</sup>

Fenomena *land grabbing* khususnya untuk pengembangan agrofuel juga terjadi di beberapa negara seperti dinegara-negara bekas Uni Soviet, Asia Tenggara, Amerika Latin, dan hendak merambah negara-negara sub sahara Afrika.<sup>18</sup> Para aktor dari perusahaan transnasional dan nasional, pemerintah di level nasional dan lembaga-lembaga keuangan swasta, mencari tanah-tanah kosong, bahkan sampai lokasi yang jauh di negara-negara lain yang bisa digunakan sebagai tempat memproduksi energi dan pangan, untuk kepentingan profit di masa depan.<sup>19</sup> Mann and Smaller (2010, 1-2) menyatakan hal yang sama:

*The new investment strategy is more strongly driven by food, water and energy security than a notion of comparative advantage in the large scale production of indigenous crops for global markets, which has been more characteristic of foreign-owned plantations since the end of the colonial era. The current land purchase and lease arrangements are largely about shifting land and water uses from local farming to essentially long-distance farming to meet home state food and energy needs. It is, in practice, purchasing food production facilities.*<sup>20</sup>

Para investor mencari lahan-lahan skala luas di negara-negara tertentu yang penduduknya miskin. Tujuannya adalah memastikan suplai makanan yang stabil untuk investor. Mereka sama sekali tak bermaksud menyuplai kebutuhan pangan masyarakat internasional, tetapi ingin mengendalikan atau mengontrol kebutuhan pangan dari hulu sampai hilir.<sup>21</sup> MIFEE juga segaris dengan ideologi World Bank dalam World Bank Group, *Agriculture Action Plan 2010-2012*, July 2009. Disini World Bank berkesimpulan bahwa salah satu faktor krisis pangan dalam konteks global adalah kurangnya ketersediaan lahan. Masalah ini bisa diatasi dengan memperkuat hak atas kepemilikan, memfungsikan pasar tanah, dan investasi dalam manajemen tanah yang lebih baik.

### **Merampas tanah secara “legal”**

Proyek MIFEE tak datang begitu saja. Pemerintah telah lama mendesainnya, mempersiapkan seperangkat peraturan sebagai payung hukum sebelum mengukuhkannya melalui MP3EI. Dalam Rencana Induk Percepatan dan perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia (MP3EI) 2011-2025 kita bisa mendapati rencana jangka panjang pemerintah<sup>22</sup>. Untuk itu pemerintah menetapkan beberapa koridor pembangunan jangka panjang Indonesia. Termasuk dalam kelompok satu adalah koridor Sumatera yang akan memfokuskan pada sentra produksi dan pengolahan hasil bumi dan lumbung energi nasional. Sementara itu, koridor Jawa sebagai pendorong industri dan jasa nasional. Koridor dua adalah Kalimantan sebagai pusat produksi dan pengolahan hasil tambang dan lumbung energi nasional. Selanjutnya, koridor Sulawesi-Maluku Utara sebagai pusat produksi dan pengolahan hasil pertanian, perkebunan, serta perikanan nasional. Tergolong kelompok III adalah Bali-Nusa Tenggara sebagai pintu

gerbang pariwisata nasional dan pendukung pangan nasional. Lalu, koridor Papua-Maluku sebagai pengolahan sumber daya alam yang melimpah dan sumber daya manusia. Di dalam dokumen MP3EI tersebut merekomendasikan pula untuk melakukan perubahan regulasi dan kebijakan guna mendorong pelaksanaan pengembangan MIFEE antara lain dengan (a) Pengembangan lahan food estate secara bertahap; (b) Percepatan proses pelepasan kawasan hutan untuk food estate; dan (c) Sosialisasi pada masyarakat setempat tentang pelaksanaan dan manfaat program MIFEE bagi kesejahteraan masyarakat.<sup>23</sup>

Karpet merah bagi para penanam modal di Merauke telah tersedia dalam UU No. 27 tahun 2007 tentang Penanaman Modal, dilanjutkan dengan PP No. 26 tahun 2008 tentang Rencana Tata Ruang Wilayah Nasional menentukan Merauke sebagai kawasan andalan. Kemudian Presiden mengeluarkan Inpres No. 5 tahun 2008 tentang Fokus Program Ekonomi Tahun 2008-2009. Melalui Inpres ini, presiden menginstruksikan kepada beberapa menteri untuk melakukan tindakan-tindakan guna mencapai pertumbuhan ekonomi dan peningkatan ketahanan energi. Diantaranya dilakukan dengan penyederhanaan perizinan usaha, perbaikan iklim investasi, dan peningkatan investasi pangan. Untuk meningkatkan investasi pangan, Presiden menginstruksikan Menteri Pertanian untuk menyusun kebijakan *food estate*. Setelah itu keluar UU No. 39 tahun 2009 tentang Kawasan Ekonomi Khusus No. 41 tahun 2009 tentang Perlindungan Lahan Pertanian Pangan Berkelanjutan. Inpres No. 1 tahun 2010 tentang Percepatan Pelaksanaan Prioritas Pembangunan Nasional Tahun 2010 menginstruksikan kepada Menteri Perekonomian untuk mengoordinasikan kebijakan di bidang ekonomi (ketahanan pangan) dan energi. Kemudian terbit PP No. 18 tahun 2010 tentang Usaha Budidaya Tanaman. Dalam pasal 8 peraturan ini, luas maksimum penguasaan lahan untuk perusahaan budidaya tanaman adalah sepuluh ribu hektar, tetapi khusus untuk Papua, luas lahannya bisa diberikan dua kali lipat. Seperangkat peraturan ini telah diperkuat dengan Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN No. 2 tahun 1999 tentang Izin Lokasi. Permenag ini memberikan kewenangan yang besar kepada Bupati untuk mengeluarkan izin lokasi dengan jumlah yang tidak dibatasi. Pasal 8 peraturan ini mengatur pemegang izin lokasi diizinkan untuk membebaskan tanah dalam areal Izin Lokasi dari hak dan kepentingan pihak lain berdasarkan kesepakatan dengan pemegang hak atau pihak yang mempunyai kepentingan tersebut dengan cara jual beli, pemberian ganti kerugian, konsolidasi tanah atau cara lain sesuai ketentuan yang berlaku. Peraturan lain yang berkaitan adalah PP No. 11 tahun 2010 tentang Penertiban dan Pendayagunaan Tanah Terlantar dan Peraturan Presiden No. 65 Tahun 2011 tentang Percepatan Pembangunan Provinsi Papua dan Papua Barat.

Dalam kasus MIFEE, orang Marind-anim adalah subjek terbesar yang menjadi korban atau menerima dampak MIFEE secara langsung. Perusahaan-perusahaan yang menerima izin lokasi dari pemerintah daerah untuk beroperasi di wilayah Merauke, berhadapan langsung dengan suku Malind-anim, termasuk mengadakan negosiasi dan perjanjian pemaknaan atau penyerahan tanah. Siapakah orang Malind? Untuk mengetahui siapa orang Marind, beberapa penelitian menjelaskan tentangnya.

## Orang Malind-Anim

Secara umum istilah 'Marind' lebih banyak digunakan oleh warga suku ini yang berdiam di pesisir, sementara bagi yang tinggal di pedalaman istilah yang lebih banyak digunakan adalah 'Malind'.<sup>24</sup>

Sebuah artikel lama yang ditulis H. Daeng berjudul Suku Marind-Anim menceritakan bahwa daerah orang Marind adalah daerah dataran rendah di tepi pantai yang terdiri dari bukit-bukit pasir. Pohon-pohon kelapa banyak tumbuh di atas bukit pasir itu. Di belakang bukit pasir terbentang rawa-rawa dan pohon bakau. Di belakang bukit-bukit pasir tadi terbentang daerah rawa-rawa bercampur tanah liat yang menjorok puluhan kilometer ke pedalaman. Disini letak hutan-hutan sagu dan lading penduduk. Makin ke pedalaman hutan makin berkurang dan mulailah daerah sabana yang diselingi rawa-rawa.<sup>25</sup>

Desa-desanya orang Marind banyak yang terletak di tepi pantai. Keberadaan desa di tepi pantai ini tidak terlepas dari sejarah pada masa pendudukan kolonial Belanda. Pada tahun 1891, perusahaan perkapalan Belanda Koninklijke Paketvaart Maatschappij (KPM) membuka jalur kapal beberapa bulan sekali dengan pantai selatan Papua (Irian pada waktu itu). Orang Marind-anim mulai merasakan kekuasaan yang bertambah kuat dari otoritas Belanda setelah Belanda mendirikan dan membangun kota Merauke mulai 1902, sebagai pangkal untuk mengawasi wilayah pantai selatan Irian Barat. Banyak desa-desanya orang Marind-anim yang letaknya di daerah pedalaman di hulu sungai, dipaksa pindah ke tepi pantai, supaya mudah diawasi dari Merauke. Itulah mengapa banyak desa Marind-anim terletak di tepi pantai.<sup>26</sup> Orang Marind memelihara pohon-pohon sagu, kelapa, dan pohon wati untuk kehidupannya. Mereka juga berburu binatang-binatang seperti kanguru, babi hutan, rusa, dan binatang-binatang kecil lain. Tiap-tiap desa menguasai suatu wilayah yang luas, yang selain wilayah perkampungan juga terdiri atas tanah-tanah hutan, padang rumput, daerah-daerah perikanan dalam rawa-rawa dan dalam sungai-sungai. Atas tanah-tanah itu, desa memegang hak ulayat dan hal ini berarti bahwa tiap-tiap anggota desa tanpa memandang dari *boan* (kelompok kekerabatan) mana, boleh berburu, mencari ikan, atau membuka ladang dalam tanah-tanah tadi. Jika seseorang telah mengambil hasil ladang dan meninggalkan ladang itu, maka ladang tadi kembali dibawah kekuasaan hak ulayat desa. Adapun tanah-tanah lain adalah tanah-tanah dengan pohon-pohon kelapa atau daerah rawa-rawa dengan hutan-hutan sagu, biasanya dibawah kekuasaan hak ulayat dari *boan-boan* tertentu. Hal ini berarti bahwa hanya anggota-anggota *boan*-lah yang berhak mengambil hasil dari hutan-hutan sagu atau kelapa tadi, tetapi anggota *boan-boan* lain tidak boleh. Para anggota *boan* lain hanya boleh mengambil dengan izin istimewa dari kepala *boan*, biasanya sesudah membayar sejumlah harta tertentu.<sup>27</sup>

Studi yang dilakukan Emil Kleden menyebutkan bahwa masyarakat Marind memiliki konsep tanah marga dan tanah suku. Ada beberapa marga besar di suku Marind, yaitu Gebze, Mahuze, Kaize, Basik-basik, Ndiken, Balagaize, dan yang agak lebih kecil, seperti Samkakai. Besar kecilnya marga ini tergantung sebaran, populasi, dan penguasaan tanah atau wilayah. Marga-marga ini juga mempunyai hubungan dengan hewan atau tanaman tertentu yang mereka keramatkan. Tiap marga memiliki tanah sendiri-sendiri berikut asal-usulnya. Tiap marga mempunyai sub-sub marga dan sub-sub marga adalah subjek hak atas tanah yang paling kuat di kampung-kampung, sementara marga, selain sebagai subjek hak, juga berwenang mengesahkan sebuah tindakan atas tanah dan sumberdaya alam sebagai objek hak. Kepala Marga pada umumnya hanya punya kewenangan memimpin dan mengatur agar pengalihan hak berlangsung adil dan menjadi pemimpin dan perwakilan marga dalam

berunding dengan pihak lain. Kampung bagi orang Marind hanya merupakan tempat tinggal dan tak punya wewenang dalam pemilikan dan penguasaan tanah. Meski subjek hak atas tanah dan sumberdaya alam adalah marga dan sub-marga, namun penguasaan dan pemilikan tanah di tiap kampung *terbatas* pada marga di kampung tersebut. Jadi tanah Gebze di Zanegi adalah milik marga Gebze yang ada di Zanegi saja, marga Gebze di kampung lain tak berhak atas tanah Gebze di Zanegi.<sup>28</sup>

### **Perusahaan masuk, tanah hilang**

Seiring dengan dicanangkannya proyek MIFEE oleh pemerintah pusat, beberapa perusahaan mulai masuk dan beroperasi di Kabupaten Merauke. Bupati demikian mudah mengeluarkan 48 ijin lokasi bagi para pemodal di Merauke. Sebaliknya menurut Kepala BKPM Merauke, proses pemberian ijin itu sulit. Sebelum ijin lokasi diberikan, ada tim yang turun ke lapangan untuk survey. Tim tersebut beranggotakan Balai Pemantapan Kawasan Hutan (BPKH) yang bergabung dengan Dinas Kehutanan dan Bappeda Kabupaten. Hasil survey lapangan akan dibuat dalam berita acara dan dirapatkan lagi dengan Bupati. Kalau sudah sampai Bupati, menjadi wewenang Panitia Tata Batas Kawasan. Panitia ini diketuai Bupati, dengan sekretaris Kepala Dinas Kehutanan.<sup>29</sup>

Dari penelusuran penulis, ijin-ijin lokasi itu ternyata dikeluarkan di atas tanah-tanah adat Malind-Anim tanpa setahu mereka. Pemerintah secara sewenang-wenang telah mengambil tanah masyarakat untuk diberikan pada perusahaan. Karena masih ada pemiliknnya, para pemilik perusahaan harus mendekati dan membujuk masyarakat untuk menyerahkan tanahnya. Para perwakilan perusahaan datang ke kampung-kampung untuk itu. Diantara perusahaan-perusahaan itu adalah grup Rajawali, PT. Medco, dan PT. Selaras Inti Semesta. Perusahaan-perusahaan tersebut membujuk masyarakat untuk melepaskan tanah, dengan membuat perjanjian-perjanjian yang penuh manipulasi. Sebagai contoh adalah perjanjian yang dibuat PT Rajawali dengan 7 (tujuh) ketua marga di Kampung Domande. PT. Cendrawasih Jaya Mandiri telah memperoleh ijin lokasi tanah dari Bupati Merauke pada tanggal 20 Maret 2010. Pada 28 Maret 2011, Menteri Kehutanan telah memberikan izin prinsip pelepasan kawasan hutan produksi yang dapat dikonversi untuk pembangunan tebu kepada Grup Rajawali, yaitu PT Cendrawasih Jaya Mandiri dan PT Karyabumi Papua. Untuk Cendrawasih Jaya Mandiri, Menhut menyetujui pencadangan kawasan hutan produksi yang dapat dikonversi seluas 22.145 hektare hektar. Sementara untuk Karyabumi Papua, dikeluarkan izin seluas 15.650 hektar.<sup>30</sup>

Setelah mendapat izin lokasi, grup Rajawali baru masuk ke Kampung Domande, menemui masyarakat. Awalnya, ada mobil-mobil grup Rajawali masuk tahun 2010 dan berbicara dengan aparat kampung. Setelah datangnya perusahaan, Kepala Kampung berbicara dengan masyarakat. Ia bilang bahwa akan ada bantuan sapi dari perusahaan. Tetapi sebelum hal itu terealisasi, beberapa bulan kemudian, Kepala Kampung menyampaikan pada masyarakat bahwa perusahaan tebu akan masuk ke kampung. Ia menanyakan pada masyarakat apakah mau menerima atau tidak. Masyarakat ada yang mau menerima, ada yang tidak. Setelah itu kepala distrik dan kepala kampung sering mendatangi masyarakat. Kepala distrik mempengaruhi aparat kampung, dan selanjutnya aparat kampung mempengaruhi masyarakat. Pada 30 November 2010, ditandatangani perjanjian itu. Di Tawala, sebuah tempat yang berjarak 2 kilometer dari Kampung Domande. Aparat pemerintahan dari Bupati Romanus yang waktu itu belum dilantik, kepala distrik



sampai kepala kampung, PT Rajawali, dan masyarakat menghadiri penandatanganan perjanjian itu. Seekor babi yang telah mati, turut dibawa. Ia disertakan sebagai syarat sahnya perjanjian.<sup>31</sup> Menurut Yannes, masyarakat mau menandatangani perjanjian itu karena mereka mau merasakan perbedaan. Yang mereka tahu adalah mereka akan mendapatkan uang karena tanahnya dikontrak. Tetapi sebenarnya sebagian mereka menolak penyerahan tanah ulayat itu. Disisi lain, masyarakat ternyata juga tidak memahami mengenai isi perjanjian itu. Mereka hanya tahu bahwa perusahaan akan meminjam tanah masyarakat dalam waktu tertentu, dan setelah itu akan dikembalikan.<sup>32</sup> Sebagai balasannya, perusahaan akan membangun fasilitas-fasilitas publik seperti jalan, sekolah, perbaikan rumah, dan memberikan uang sebagai tali asih. Detail-detail dalam perjanjian seperti berapa lama seluruh fasilitas itu dibangun, berapa banyak rumah dan sekolah yang akan dibangun, dan berapa anak sekolah yang akan mendapat bantuan beasiswa, tak diketahui masyarakat. Masyarakat pun tak mengetahui dan tak memiliki dokumen-dokumen atau surat perjanjian yang dibuat oleh PT Rajawali bersama para pimpinan kampung. Seluruh dokumen atau salinannya disimpan oleh Sekretaris Kampung.

Jika dibaca, surat perjanjian itu sungguh janggal, dan terlihat manipulasi di beberapa pasal atau kalimat. Sebagai contoh, perjanjian itu berjudul : Perjanjian Kerjasama Pemberdayaan Kampung antara Marga Gebze, Marga Ndiken, Marga Samkakai, Marga Kaize, Marga Mahuze, Marga Balagaize, dan Marga Basik-Basik (sebagai pihak pertama) dan PT Karyabumi Papua dan PT Cendrawasih Jaya Mandiri (secara bersama-sama sebagai pihak kedua). Kejanggalan pertama adalah pihak kedua dalam perjanjian tersebut: dua perusahaan yang berbeda mengikatkan diri secara bersama-sama sebagai satu pihak tetapi dijelaskan hak dan kewajiban masing-masing perusahaan di dalam perjanjian itu. Kejanggalan kedua adalah isi pasal 1 tentang pemberdayaan kampung. Meski judulnya pemberdayaan kampung, tetapi pasal 1 berisi pelepasan tanah. Lengkapnya sebagai berikut:

- 1.1. PIHAK PERTAMA dengan ini setuju untuk menyediakan dan memastikan dilepaskannya dan diserahkan kepada PIHAK KEDUA, hak milik atas tanah ulayat/tanah adat seluas total ± 36.892 ha dan seluruh hak atas tanah tersebut serta segala benda yang berada di atasnya termasuk tetapi tidak terbatas pada air yang mengalir atau yang terkandung di atas tanah dan/atau segala macam tanaman dengan berbagai umur dan segala ketinggian serta segala sesuatunya yang berada di dalam lokasi tanah tersebut dan/atau melekat padanya, yang mana tanah/lahan tersebut terletak di Kampung Nomande, Distrik Malind, Kabupaten Merauke, Provinsi Papua, yang dimiliki dan dikuasai sebagai hak ulayat oleh para anggota masyarakat Marga yang merupakan PIHAK PERTAMA.

Ketidaksesuaian antara judul dan pasal 1 ini sungguh kentara. Perjanjian Pemberdayaan Kampung tetapi berisi pelepasan tanah. Kejanggalan ini memperoleh penjelasan di pasal 5 yang berjudul : Judul Sebagai Referensi. Isinya: Judul dari perjanjian ini hanya sebagai referensi saja dan bukan merupakan unsur dalam menginterpretasikan ketentuan perjanjian ini dan oleh karena itu judul dari perjanjian ini tidak dapat membatasi dan mengubah pelaksanaan perjanjian ini.

Selanjutnya, isi pasal 7 tentang : Lain-lain, pada angka 7.4 berbunyi sebagai berikut :

- 7.4. Untuk keperluan pengakhiran atau pembatalan perjanjian ini, para pihak setuju untuk mengabaikan dan tidak memberlakukan segala ketentuan yang mensyaratkan

adanya persetujuan atau penetapan atau putusan dari hakim atau pengadilan untuk mengakhiri atau membatalkan suatu perjanjian.

Dari klausula di atas, nyata sekali kalau perusahaan menyadari ada manipulasi dalam surat perjanjian ini sehingga tak mau perkaranya dibawa ke pengadilan. Perjanjian “aneh” ini kemudian dilegalisasi oleh Notaris di Merauke. Saat penulis menunjukkan surat ini ke beberapa masyarakat Domande, ternyata mereka tak pernah membaca surat perjanjian ini. Demikian pula mereka tak mengerti isinya. Surat Perjanjian itu dibuat terpisah dengan Berita Acara Musyawarah Pembagian Tali Asih senilai 6 (enam) miliar rupiah untuk tanah seluas ± 36.892 hektar untuk 7 Marga atau 158 KK sehingga setiap KK mendapatkan pembagian uang sekitar Rp. 37 juta.

Hal ini rupanya juga terjadi di Kampung Kaliki, Distrik Kurik. PT Karyabumi Papua dan Cendrawasih membuat perjanjian pemberdayaan kampung yang isinya sama persis dengan yang dibuat di Kampung Domande. Bedanya hanya luasan di lahan, di Kurik lebih kecil, ± 13.834 hektar.

Lain lagi dengan yang terjadi di Kampung Zenegi, Distrik Animha. Surat Perjanjian Pengelolaan Lahan ditandatangani antara Marga Pemegang Hak Ulayat (*atau dengan Pemilik Perorangan*) dengan PT. Selaras Inti Semesta. PT SIS telah memperoleh ijin lokasi sejak 2007, dan memperoleh Izin Usaha Pengelolaan Hasil Hutan Kayu (IUPHHK) Nomor: SK.18/MENHUT-II/2009 untuk membangun Tanaman Industri (HTI) di wilayah Kampung Zenegi, Merauke. Setelah menerima perizinan tersebut, PT SIS membuat perjanjian dengan masyarakat pada 12 Desember 2009. Jadi izin HTI dikeluarkan di atas tanah ulayat marga Kampung Zenegi tanpa sepengetahuan masyarakat. Dalam perjanjian itu disebutkan bahwa pembangunan HTI dilakukan di lahan atau tanah ulayat marga. Apabila di area yang akan diolah terdapat tanaman Tanam Tumbuh dan secara teknis dapat menghambat pekerjaan pihak kedua, maka tanaman tersebut akan digusur dengan kompensasi. Ternyata kompensasi yang dimaksud nilainya hanya Rp. 2.000 (dua ribu rupiah) untuk setiap kubik kayu yang berasal dari hutan alam dan Rp. 1.500 (seribu lima ratus rupiah) untuk setiap kubik kayu yang berasal dari hutan tanaman. Perjanjian ini berlangsung 60 (enam puluh) tahun. PT SIS sudah beroperasi setelah perjanjian itu ditandatangani. Akibatnya luar biasa: hutan-hutan sagu masyarakat hilang, dan kerusakan lingkungan terjadi karena rusaknya hutan dan aktivitas PT SIS.

Di semua perjanjian tersebut, selalu ada pemerintah yang ikut menandatangani perjanjian sebagai yang turut mengetahui. Di Domande ada Kepala Kampung, Kepala Distrik Malind, dan Pj. Bupati Merauke. Di Kaliki ada Ketua Kampung Kaliki, Kepala Distrik Kurik, dan Bupati. Sedangkan di Zanegi, ada pejabat Dinas Kehutanan dan Perkebunan mewakili Bupati Merauke sebagai saksi.

Perjanjian-perjanjian dengan masyarakat adat itu dibuat untuk mendapatkan tanah guna operasionalisasi perusahaan. Ketika para perusahaan itu mendapatkan ijin lokasi, sama halnya mereka hanya mendapatkan cek kosong. Karena seluruh tanah yang bersangkutan dimiliki masyarakat adat. Ketika penulis bertemu dengan staf grup Rajawali bulan Juli 2011 di Kampung Domande, ia menj elaskan bahwa Rajawali sedang mengurus sertifikat Hak Guna Usaha ke Badan Pertanahan Nasional. Itu mereka lakukan pasca mendapatkan tanah dari masyarakat. Untuk mengusahakan perkebunan tebu, sebuah perusahaan memang harus memperoleh sertifikat Hak Guna Usaha (HGU). Berdasarkan Undang-undang Pokok Agraria,

HGU hanya bisa diberikan di atas tanah negara. Itulah mengapa perjanjian-perjanjian dengan masyarakat itu, substansinya adalah pelepasan tanah. Ketika masyarakat adat sudah melepaskan tanahnya, maka tanah itu menjadi tanah negara. Lalu, perusahaan akan bisa memproses sertifikatnya. Hal inilah yang tak diketahui masyarakat secara jelas. Mereka hanya mengetahui, tanah itu akan dipinjam perusahaan selama 35 tahun dan setelah itu akan dikembalikan. Padahal, ketika HGU sudah berakhir 35 tahun mendatang, status tanah akan kembali ke tanah negara, bukan tanah adat.

Yudi<sup>33</sup>, staf grup Rajawali menceritakan isi perjanjian itu, dan mengenai fasilitas-fasilitas umum yang akan dibangun perusahaan ketika perusahaan sudah berdiri. Ia mengatakan Rajawali akan memberikan plasma sebanyak 20% kepada delapan orang pemilik tanah. Sehingga keuntungan plasma bisa berlanjut ke ahli waris delapan orang pemilik tanah itu. Menurutnya, mereka membuat kesepakatan dengan masyarakat dan memberikan tali asih pada masyarakat, karena mereka menghargai dan menghormati hak ulayat masyarakat adat. Dan mereka juga tidak pernah memaksakan masyarakat untuk membuat kesepakatan.<sup>34</sup>

Ada berbagai macam istilah yang diberikan perusahaan untuk memberikan uang pelepasan tanah masyarakat. PT. SIS menyebutnya uang penghargaan dan masyarakat memperoleh piagam penghargaan. Di Kampung Boepe, PT. Medco Papua Industri Lestari juga memberikan uang penghargaan sejumlah 100 juta untuk tanah seluas 1000 hektar ditandai dengan Surat Pelepasan Hak Atas Tanah Adat. Di Kampung Domande, grup Rajawali menyebutnya tali asih. Nilai pelepasan tanah yang tidak layak juga diberikan PT Papua Agro Lestari yang menghargai tanah hanya Rp. 50.000/hektar untuk tanah seluas 39.000 hektar, PT Berkat Cipta Abadi yang hanya menilai Rp. 70.000/hektar untuk 40.000 hektar tanah, dan PT Bio Inti Agrindo yang menghargai Rp. 50.000/hektar untuk tanah seluas 39.800 hektar di Distrik Muting.<sup>35</sup>

Jika datangnya perusahaan itu justru membawa kesulitan bagi masyarakat adat, lalu mengapa beberapa tokoh masyarakat, seperti LMA, Kepala Kampung dan Sekretaris Kampung Domande, menyambut baik kedatangan mereka ke Kampung Domande? Petrus<sup>36</sup>, anggota Lembaga Masyarakat Adat (LMA) mengatakan, sudah lama masyarakat Kampung Domande hidup dalam kemiskinan dan keterbelakangan. Dengan masuknya perusahaan seperti Rajawali, ia berharap masyarakat dapat hidup sejahtera.<sup>37</sup> Padahal, pasca masuknya perusahaan dan pelepasan tanah-tanah adat kepada perusahaan-perusahaan tersebut, masyarakat hidup diliputi pertanyaan-pertanyaan dan ketidakpastian. Saat ini di Kampung Domande misalnya, dalam satu keluarga, ada pertentangan antara orang tua dan anak. Orang tua setuju melepaskan tanahnya untuk merubah kehidupan, sementara si anak menentangnya. Masyarakat mulai mendengar informasi-informasi yang datang dari luar kampung tentang manipulasi surat-surat perjanjian tersebut. Selain memunculkan konflik horisontal, MIFEE juga menimbulkan dampak lingkungan berupa kerusakan hutan-hutan adat. Sagu-sagu yang ada di kampung Kaiburse, Zanegi, dan beberapa kampung lainnya kering karena kena air garam (air laut) yang masuk lewat drainase yang dibuat. Melihat akibat buruk MIFEE pada masyarakat Malind, beberapa kampung telah memutuskan menolak dengan tegas masuknya perusahaan ke kampung mereka.

### **MIFEE dan pelanggaran HAM masyarakat Malind-Anim**

Dari pemaparan di atas, ada dukungan yang nyata dari pemerintah kepada para perusahaan untuk menanamkan modalnya dalam proyek MIFEE mulai dari kebijakan yang dikeluarkan sampai perolehan tanah di lapangan. Kebijakan-kebijakan tersebut berusaha dibuat sewajar dan sistematis mungkin sehingga tak terlihat bahwa pemerintah sedang melakukan pengambilalihan tanah-tanah masyarakat adat secara massal. Misalnya dengan mempersiapkan berbagai aturan mulai Undang-undang, Peraturan Pemerintah, sampai Instruksi Presiden yang merupakan landasan hukum pelaksanaan MIFEE. Penulis berpendapat bahwa negara telah sengaja melakukan tindakan-tindakan yang melanggar hak asasi manusia dalam hal ini masyarakat adat Malind-Anim. Pelanggaran ini terjadi ketika pemerintah mengeluarkan kebijakan yang menghilangkan hak-hak masyarakat Malind atas tanah dan sumber daya alam yang selama ini merupakan ruang hidupnya. Keluarnya berbagai peraturan sampai ijin prinsip, ijin lokasi, dan IUPHHK di atas tanah-tanah masyarakat, adalah bentuk dari pelanggaran hak asasi manusia.

Dalam hukum hak asasi manusia, yang disebut pelanggaran HAM adalah pelanggaran terhadap kewajiban negara yang lahir dari Undang-Undang Dasar, hukum perundang-undangan nasional, maupun instrumen-instrumen hukum internasional hak asasi manusia yang telah diratifikasi dan telah menjadi hukum nasional. Pelanggaran negara terhadap kewajibannya itu dapat dilakukan baik dengan perbuatannya sendiri (*acts of commission*) maupun karena kelalaiannya (*acts of omission*).<sup>38</sup> Ditinjau dari sudut konstitusional, pelanggaran HAM dalam kasus MIFEE jelas mengingkari pasal 28A yaitu setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya, Pasal 28H ayat 1: Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan, dan pasal 28 I yang berbunyi: Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban. Begitu pula, penyelenggaraan MIFEE bertentangan dengan Undang-Undang No. 39 Tahun 1999, khususnya pasal 6 ayat 1: Dalam rangka penegakan hak asasi manusia, perbedaan dan kebutuhan dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat, dan Pemerintah, dan ayat 2: Identitas budaya masyarakat hukum adat, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman. Dalam konteks Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2005, negara melanggar sejumlah hak, antara lain hak atas standar kehidupan yang layak baginya dan keluarganya, termasuk pangan, sandang, dan perumahan dan atas perbaikan kondisi hidup terus-menerus yang tercantum dalam pasal 11.

Sebagai negara hukum yang berdasarkan konstitusi, negara bertanggungjawab melindungi masyarakat, menghormati hak-haknya, dan memenuhi hak-hak masyarakat. Dalam konsep negara hukum Indonesia, pelanggaran hak-hak warga negara – yang terbilang pelanggaran hak asasi manusia – mengingkari fungsi negara hukum secara umum yaitu: membatasi kesewenang-wenangan penggunaan kekuasaan negara dan melindungi kepemilikan dan keselamatan warga negara dari pelanggaran dan serangan warga negara lainnya.<sup>39</sup> Dalam hal ini penting meletakkan hak asasi manusia dalam konteks ketika menggunakannya sebagai batasan-batasan terukur untuk menilai perilaku negara. Dengan kata lain, penting untuk menerapkan penggunaan HAM dalam kerangka negara hukum dan sebaliknya untuk mewujudkan HAM, diperlukan suatu sistem hukum yang efektif.<sup>40</sup>

## Penutup

Proyek MIFEE adalah wujud nyata dari *global land grab*. Perampasan tanah ini telah dan tengah berjalan di tengah harapan masyarakat Malind-Anim untuk meningkatkan kehidupannya. Alih-alih memperoleh kesejahteraan, masyarakat justru kehilangan ruang-ruang hidupnya yang membawa mereka jatuh pada kemiskinan. Negara telah melanggar hak-hak masyarakat adat untuk menikmati sumber daya alam dan kehidupan di atas tanahnya sendiri. Sebelum dampak MIFEE kian meluas, semestinya negara meninjau ulang mega-proyek ini.

## DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad Soim, artikel berjudul: Pengembangan Estate Pangan dan Energi (MIFEE) di Merauke Papua, 13 Agustus 2010
- Bedner, A.W., 2011, Suatu Pendekatan Elementer Terhadap Negara Hukum, dalam: Myrna Safitri, A. Marwan, Y. Arizona, (Eds.), *Satjipto Rahardjo Dan Hukum Progresif: Urgensi Dan Kritik*, Epistema Institute & HuMa, Jakarta
- Borras, Hall, Scoones, White, Wolford, 2011, *Towards a better understanding of global land grabbing: an editorial introduction*, article in *Journal of Peasant Studies*, vol. 38 no. 2, Maret 2011 Bulletin Podium, edisi II, November 2011, Foker LSM Papua
- Emil Kleden, Orang Marind Sebagai Sekelompok Masyarakat Adat, artikel, 2012
- H. Daeng, Orang Marind-Anim, artikel dalam buku berjudul: *Penduduk Irian Barat*, PT Penerbitan Universitas Indonesia
- Mann, H. and C. Smaller. 2010. Foreign land purchases for agriculture: what impact on sustainable development?. *Sustainable development innovation briefs*, United Nations, Department of Economic and Social Affairs (DESA), Issue 8. New York (Jan 2010) dalam Olivier de Schutter, 2010, *How not to think of land-grabbing: three critiques of large-scale investments in farmland*, artikel dalam *Journal of Peasant Studies*, Vo. 38 No. 2, Maret 2011
- Smith, Rhona K dkk, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Pusham UII Indonesia, hal 69R. Yando Zakaria dkk, 2011, *MIFEE, Tak Terjangkau Angan Malind*, Yayasan Pusaka, Jakarta
- Tabloidjubi.com/jayapura/19383-mega-proyek-miffee-kembali-disorot, hasil diskusi di Jayapura 4 Juli 2012
- Analisis Hukum MIFEE, draft sementara, Perkumpulan HuMa, Jakarta, 2012



- 
- <sup>1</sup> Carol Smart, 1989, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, h. 4.
- <sup>2</sup> Theo Huijbers, 1990, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Yogyakarta, Penerbit Kanisius, h. 27-30.
- <sup>3</sup> *Ibid.*, h. 98-99.
- <sup>4</sup> Jürgen Habermas, 1996, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press.
- <sup>5</sup> Jacques Derrida, 2002, "Force of Law: the Mystical Foundation of Authority" dalam Jacques Derrida, *Acts of Religion* (Gil Anidjar, ed.), New York Routledge, h. 230-298.
- <sup>6</sup> *Ibid.*, h. 4.
- <sup>7</sup> Jacques Derrida, 2005, "Violence and Metaphysics: An Essay on the Thought of Emmanuel Levinas" dalam Jacques Derrida, *Writing and Difference*, London, Routledge., h. 103.
- <sup>8</sup> *Ibid.*, h. 139.
- <sup>9</sup> Collin Perin, 2004, "Breath from Nowhere: the Silent 'Foundation' of Human Rights", London, *Socio Legal Studies* Vol. 13 (1), h. 134.
- <sup>10</sup> Bukan nama sebenarnya
- <sup>11</sup> Bulletin Podium, edisi II, November 2011, Foker LSM Papua, hal 36.
- <sup>12</sup> R. Yando Zakaria dkk, 2011, MIFEE, Tak Terjangkau Angan Malind, Yayasan Pusaka, Jakarta, hal 1.
- <sup>13</sup> Bulletin Podium, hal 10.
- <sup>14</sup> Ahmad Soim, artikel berjudul: Pengembangan Estate Pangan dan Energi (MIFEE) di Merauke Papua, 13 Agustus 2010, 501m.wordpress.com/page/2/
- <sup>15</sup> [tabloidjubi.com/jayapura/19383-mega-proyek-miffee-kembali-disorot](http://tabloidjubi.com/jayapura/19383-mega-proyek-miffee-kembali-disorot), hasil diskusi di Jayapura 4 Juli 2012
- <sup>16</sup> R. Yando Zakaria dkk, *ibid* hal 24.
- <sup>17</sup> Shepard Daniel dan Anuradhaa Mittal, 2009, *The Great Land Grab Rush for World's Farmland Threatens Security for The Poor*, Oakland, The Oakland Institute, dalam R. Yando Zakaria, *ibid* hal 37.
- <sup>18</sup> Borras, Hall, Scoones, White, Wolford, 2011, *Towards a better understanding of global land grabbing: an editorial introduction*, article in *Journal of Peasant Studies*, vol. 38 no. 2, Maret 2011, hal 209. Mengenai fenomena *land grabbing* di negara-negara bekas Uni Soviet, Max Spoor menuliskannya dalam artikel berjudul *Land Grabbing in the former Soviet Union*, *Journal of Peasant Studies*, vol. 38 no. 2
- <sup>19</sup> Borras et all, 2011, *op.cit*
- <sup>20</sup> Mann, H. and C. Smaller. 2010. Foreign land purchases for agriculture: what impact on sustainable development?. Sustainable development innovation briefs, United Nations, Department of Economic and Social Affairs (DESA), Issue 8. New York (Jan 2010) dalam Olivier de Schutter, 2010, *How not to think of land-grabbing: three critiques of large-scale investments in farmland*, artikel dalam *Journal of Peasant Studies*, Vo. 38 No. 2, Maret 2011, hal 252-253
- <sup>21</sup> Olivier de Schutter, *ibid* hal 253.
- <sup>22</sup> <http://www.bappenas.go.id/node/165/2974/arahan-presiden-dalam-raker-pemerintah-21-22-februari-2011-di-istana-bogor>
- <sup>23</sup> Analisis Hukum MIFEE, draft sementara, Perkumpulan HuMa, Jakarta, 2012
- <sup>24</sup> Emil Kleden, *Orang Marind Sebagai Sekelompok Masyarakat Adat*, artikel, 2012, hal 3.
- <sup>25</sup> H. Daeng, *Orang Marind-Anim*, artikel dalam buku berjudul: *Penduduk Irian Barat*, PT Penerbitan Universitas Indonesia, hal 251-259.
- <sup>26</sup> *Ibid*, hal 268.
- <sup>27</sup> *Ibid*, hal 258
- <sup>28</sup> Emil Kleden, **ibid, hal 39-40**
- <sup>29</sup> Bulletin Podium, *ibid*, hal 24.
- <sup>30</sup> Keterangan dari Yudi, staf PT Rajawali, 27 Juli 2011 dan berdasarkan data dari peta plotting rencana perbaikan dan pemanfaatan jalan/pelabuhan milik pemerintah. Awalnya, hanya PT Rajawali sendiri yang mengajukan permohonan izin prinsip kepada Menteri Kehutanan. Tetapi karena luas lahan yang diminta melebihi ketentuan, yaitu sekitar 40.000

---

hektar, maka PT Rajawali memecahnya menjadi 2 perusahaan yaitu PT Cendrawasih Jaya Mandiri dan PT. Karyabumi Papua.

<sup>31</sup> Menurut Yannes, seharusnya babi itu dibawa dalam keadaan hidup lalu baru dipukul kepalanya. Di kalangan masyarakat adat, hal ini biasa disebut dengan *toki babi*, yang artinya potong babi. Lain lagi menurut masyarakat Kampung Wendu. Menurut mereka, babi itu harus ada supaya perjanjian sah. Mungkin nilainya sama dengan gambar burung garuda yang ada di materai Rp 6000. Menurut hukum adat, masyarakat harus memelihara babi itu sejak kecil sampai besar, kira-kira berumur dua tahun. Segala beban ritual ditanggungkan kepada orang yang mau mengambil tanah adat, kepada pihak kedua. Artinya, tanahnya akan berpindah tangan. Tetapi yang terjadi sekarang tidak demikian. Babi itu tidak dipelihara, tapi dibeli.

<sup>32</sup> Wawancara dengan Yannes, 27 September 2012 di Manokwari

<sup>33</sup> Bukan nama sebenarnya

<sup>34</sup> Penuturan Yudi, staf bagian Humas PT Rajawali saat kunjungan penulis ke Kampung Domande, 27 Juli 2011.

<sup>35</sup> [https://awasmiffee.potager.org/?page\\_id=25](https://awasmiffee.potager.org/?page_id=25)

<sup>36</sup> Bukan nama sebenarnya

<sup>37</sup> Penuturan Petrus saat kunjungan penulis ke Kampung Domande, 28 Juli 2011.

<sup>38</sup> Hukum Hak Asasi Manusia, Rhona K.M. Smith dkk, Pusham UII Indonesia, hal 69.

<sup>39</sup> A.W. Bedner, 2011, Suatu Pendekatan Elementer Terhadap Negara Hukum, dalam: Myrna Safitri, A. Marwan, Y. Arizona, (Eds.), Satjipto Rahardjo Dan Hukum Progresif: Urgensi Dan Kritik, Epistema Institute & HuMa, Jakarta. hal 143-144

<sup>40</sup> Ibid, hal 164-165



# PEMBAHASAN MAKALAH PER PANEL

## PANEL 3

### PENDIDIKAN TINGGI HUKUM YANG BERBASIS PADA KEADILAN SOSIAL



## Panel 3

Judul panel : Pendidikan Tinggi Hukum Yang Berbasis Pada Keadilan Sosial

Pengelola : The Indonesian Legal Resource Center (ILRC)

### **Pendidikan Hukum: Sebuah Kontemplasi Kritis**

**Otong Rosadi & Awaludin Marwan**

#### **Pendahuluan**

“Mau kemana mbak?” Tanya seorang dosen. “Ya, mau kuliahlah pak”, tukas seorang mahasiswi. “Kok pakai busana serba minim?”. “Ini, model fashion terbaru, bapak sih jadul, potongan rambut belahan pinggir kayak Changcuters!”. Sang dosen menangis dalam hati. Fenomena pendidikan tinggi hukum tidak terlepas dari budaya pop yang melukiskan sindrom kapitalisme kebudayaan telah merangsek ke dalam denyut nadi kehidupan perkuliahan. Produksi kebudayaan telah membuat para insan akademik—mahasiswa-mahasiswa—menjelma layaknya turis-turis kampus atau model-model universitas. Alih-alih kebebasan ‘akademik’ dalam dunia kampus, malah direproduksi menjadi penggambaran gaya hidup. Institusi kampus yang menerapkan ketentuan seragam dikira melembagakan tradisi fasis yang tidak memberikan kebebasan.

Cherry belle dan Smash merupakan simbol politik kebudayaan mahasiswa hari ini. Nampaknya tesis Spivak tentang kolonialisme dalam formula yang baru masih tetap langgeng<sup>1</sup> itu benar-benar terbukti. Kultur akademik kehilangan tradisi ketimuran, nalar kesantunan, dan *taqlid* (taat) pada orang tua atau guru. Memang alih-alih santun bisa saja diasosiasikan pada feodalisme. Namun setidaknya, kultur akademik dibangun dengan idealisme. Krisis ideologi menghantui dunia kampus kita. Mereka berjalan tanpa jiwa!. Watak keartisan Hollywood, bahkan di beberapa kasus melo gaya Bollywood, telah mengisi dunia imajiner insan akademik, tak terkecuali, insan akademika hukum. Kehidupan keseharian mereka, pengalaman mereka, bahasa kebudayaan mereka, telah dikendalikan oleh kuasa wacana—meminjam bahasa Spivak.

Hal ini setidaknya secara empiris diperdebatkan bahwa kehidupan kita sehari-hari, pengalaman psikis, bahasa budaya kita, yang saat ini didominasi oleh ruang yang agak berdasarkan kategori waktu, seperti pada periode sebelumnya modernisme akut yang sesungguhnya.<sup>2</sup>

Budaya hedonisme dan glamaour telah membanjiri kehidupan dunia kampus dengan model-model yang diciptakan oleh kapitalisme. Figur-figur (ideol-ego) dunia kampus telah terkooptasi dengan tokoh-tokoh yang diperankan oleh budaya pop televisi dan jejaring sosial (facebook, twitter, dst). Spivak percaya bahwa kebudayaan telah bermetamorfosis dalam pasar bebas dan memunculkan kebudayaan multinasional. Tidak hanya perusahaan yang berlabel multinasional, kebudayaan juga berfungsi sebagai kapital di era posfordis.

Meskipun kita bisa menilai, bahwa fashion yang dimaksud juga bukan hanya dalam bentuk fisik, melainkan juga teoritis. Para dosen yang menggunakan teori-teori seperti model fashion yang sedang hangat kala itu. Musim postmodern, maka menulis makalah tanpa disertai nama-nama tersebut pun akhirnya terasa tidak mengikuti perkembangan

fashion-sains mutakhir. Namun setidaknya, kesadaran adalah keutamaan dalam ikut arus air tanpa tenggelam di dalamnya. Ideologisasi inilah yang menunjukkan karakter subjek. Kita bukanlah objek, melainkan subjek dengan tindakan radikal.

Seorang subjek tidak akan menyerah dengan realitas, sistem kapitalisme budaya yang mencengkeram, budaya pop yang memabukan, melainkan dengan kesadaran penuh menunjukkan eksistensinya. Maka dalam pandangan Zizek, subjek itu memiliki dua karakter, yakni subjek yang mendeklarasikan diri (*subject of enunciated*) dan subjek yang percaya pada hasratnya (*subject of desire*).<sup>3</sup> Subjek yang mendeklarasikan diri menyediakan pemberontakan brutal pada tirani mayoritas dan kehendak missal kapitalisme, ia tampil dengan kegilaannya, keyakinannya, kekerasan-kepalaannya, dst untuk melawan derasnya arus keinginan publik. Sedangkan subjek yang percaya pada hasratnya mendorong diri menjadi pribadi yang ambisius, tak kenal lelah, terus bermimpi, dan mengejar angan-angannya. Mahasiswa ideal adalah mahasiswa yang memiliki keyakinan kokoh, berdarah-darah dalam memanifestasikan idealismenya, haus akan ilmu, selalu gelisah dalam pencarian tanpa henti, dan melawan mainstream budaya pop. Ia tidak peduli kalau dijuluki anak cupu, kutu buku, bahkan 'kecoa perpustakaan', dan tidak gaul, ia hanya menjadi dirinya yang dihasrati oleh rasa keingintahuan dan pencarian ilmu pengetahuan.

### **Refleksi Kultur Pendidikan Hukum**

Pendidikan formal sepertinya sudah tidak lagi mampu diharapkan. Ia dipenuhi dengan kegagalan-kegagalan besar. Mereka kebanyakan mencetak generasi pekerja dan pengangguran. Mental buruh nampaknya banyak dijumpai di kalangan mahasiswa. Roda kehidupan bagi mereka barangkali hanya seputar kuliah, makan, lulus, cari kerja, dan hidup mapan. Gejolak mahasiswa yang berapi-api telah padam sudah. Mereka datang kuliah hanya ingin mengisi absen (presensi), saat kuliah main facebook atau bbm, tidur di kelas, yang paling parah membuat onar yang sama sekali tidak menunjukkan karakter subjek yang terpelajar.

Di satu sisi lain, perguruan tinggi hukum sudah bermetamorfosis menjadi industri kapitalisme yang memproduksi ladang-ladang perternakan sarjana hukum dalam jumlah besar. Kurikulum Berbasis Kompetensi (KBK) yang dulu pernah digelontorkan hanyalah isapan jempol belaka. Demi memenuhi kebutuhan roda perekonomian fakultas, mahasiswa diuji dalam seleksi masuk skala besar. Alhasil kelas yang besar berjumlah puluhan orang dengan seorang dosen yang suaranya saat mengajar hilang ditelang sang angin, sayup bahkan nyaris tak terdengar tertindig oleh, terlalu gemuk kelasnya. Kegiatan belajar menjadi tidak efektif lagi dan paling mengerikan sudah tidak lagi manusiawi. Hubungan antara dosen-mahasiswa sudah tidak lagi intens, saking banyaknya jumlah mahasiswa. Kini dosen tak mengenali mahasiswanya lagi, dan bahkan ada mahasiswa yang juga tak tahu mana dosernnya, karena tak pernah masuk kuliah dan dosdennya tak sempat mengambil presensi, karena banyaknya mahasiswa yang diajar.

Padahal pendidikan yang humanis itu—meminjam bahasa Freire—hanya dimungkinkan jika adanya revolusi kultural dunia akademik. Dengan kelas yang besar, otoritas dosen semakin besar dalam mekanisme pembelajaran, mahasiswa kesempatan berekspresinya semakin sempit ditengah sistem SKS. Dosen seperti sang diktator yang mengatur secara angkuh kelasnya. Membuat sang dosen seperti bapak yang memperlakukan anaknya sesuka hatinya. Freire menawarkan *conscientização*, sebuah metafora yang

mengajarkan bahwa setiap orang patut dihargai secara personal.<sup>4</sup> Revolusi itu tentunya bukan pekerjaan yang gampang. Birokrasi kapitalisme telah melembaga begitu kokoh di lingkungan akademik kampus Fakultas Hukum. Sebagai pabrik ahli hukum, ia melanggengkan budaya akademik itu dengan memberikan sentuhan legitimasi dan dukungan teori-asas hukum pada praktek kapitalisme pendidikan itu.

Sebut saja undang-undang tentang perguruan tinggi hari ini. Sumbangsih keteledoran juga dimiliki oleh para pakar hukum yang membiarkan praktek budaya kapitalisme merampah ke dunia kampus.<sup>5</sup> Sudah tidak ada tempat lagi bagi ketulusan dalam belajar dalam pendidikan formal, di kelas-kelas gormal. Kecuali dengan membentuk 'komunitas epistemik', sebuah kelompok studi diluar kampus yang terdiri dari mahasiswa, yang secara tulus membedah buku, menganalisis kasus-kasus dengan pikiran sehat-dingin-tidak emosional.

Meskipun demikian, kita masih bisa menyumpangkan secercah optimisme pada pendidikan formal hukum. Walau, cukup naif. Paling tidak pemikiran tentang pembaharuan bisa disematkan didalamnya. Selain revisi kurikulum, disesuaikan dengan pasar, kebutuhan masyarakat dan perkembangan ilmu pengetahuan-sains-teknologi, perlu juga memberikan reformasi konsep seperti: pendalaman materi; penguatan keterampilan, dan membangun tradisi kritis di lingkungan kampus.

Pertama, pendalaman materi. Banyak dosen tua yang bersemboyan, 'belajar 1 (satu) tahun untuk seumur hidup'. Buku diktat ia tulis pada awal mengajar 1 (satu) tahun pertama, misalnya silabus 'Pengantar Ilmu Hukum', namun buku itu tiada pernah diperbaiki lagi hingga ia menjelang pensiun. Padahal Johnstone dan Joughin percaya mutu dan kualitas materi itu mempengaruhi proses dan hasil pembelajaran. Secara praksis ia mengusulkan untuk: memberi mahasiswa lebih banyak kebebasan dimana dan kapan ia belajar; mengizinkan mahasiswa untuk mengakses materi dari berbagai sumber (termasuk up dating bahan-bahan pengajaran), menyediakan interaksi seluas-luasnya di dalam maupun diluar kelas, dan terakhir mempromosikan mahasiswa untuk terlibat dalam konteks perkuliahan—tidak hanya teori, tapi praktek juga.<sup>6</sup>

Kedua, penguatan keterampilan. Sebenarnya ada yang lebih penting ketimbang keterampilan, yakni sensitivitas mahasiswa dalam menanggapi ketidak-adilan yang berlangsung di masyarakat. Nurani mereka dilatih untuk selalu tanggap atas persoalan sosial. Meski keterampilan juga penting dalam prakteknya di lapangan. Backer menyebutkan kemampuan yang perlu dimiliki para calon ahli hukum adalah: penyelesaian sengketa; analisis hukum, penelitian hukum, investigasi faktual, komunikasi, konseling, negosiasi, litigasi dan mediasi, keterampilan administrasi, dan pengetahuan tentang kode etik profesi.<sup>7</sup>

Terakhir, pembangunan tradisi kritis. Perlunya membangun sebuah komunitas diskusi yang detail, mempelajari tentang filsafat Karl Marx, membedah buku-buku Das Kapitalnya per-bab, dan buku-bukunya yang lain. Mendiskusikan pemikiran sosialisme pasca Marx, dan menelitinya dengan detail. Yang paling penting, juga mempelajari sejarah revolusi-revolusi dunia dan politik internasional kontemporer. Dari konteks inilah, budaya kritis ditumbuhkan, institusi kampus tidak hanya ladang bisnis dan komersil,<sup>8</sup> melainkan institusi konterhegemoni dari kapitalisme.

### **Pendidikan Hukum: Sebuah Kontemplasi Kritis**

Pendidikan adalah jantung kehidupan. Filsuf John Locke sendiri, menilai tabula rasa akan beroperasi dengan baik dalam kancah pendidikan,<sup>9</sup> yang pada akhirnya membuat orang sangat berbeda antara satu dengan yang lain.<sup>10</sup> Perhatikan pendidikan hukum kita. Lulusan doktor ilmu hukum akan banyak menduduki posisi penting dan strategis ketimbang orang-orang yang hanya memiliki gelar sarjana. Memang mencapai gelar doktor itu bukanlah pekerjaan yang mudah, melainkan memerlukan perjuangan yang berdarah-darah.

Pendidikan hukum Indonesia kian bertambah baik kualitasnya. Lulusan sarjana hukum sekarang semakin banyak. Kualitasnya juga semakin meningkat. Namun serapan lapangan kerja rupa-rupanya tak sebanyak hasil yang diproduksi dari jebolan fakultas hukum. Hal ini dikarenakan banyak faktor. Pertama, kurangnya kemampuan dan pengalaman sarjana yang pada saat mahasiswa hanya orientasi studi dengan standar IPK saja. Kedua, kondisi perekonomian yang lesu di sektor swasta menyebabkan staf bidang hukum tidak dijadikan prioritas ketimbang tenaga akuntansi, manajemen, dan bidang-bidang umum yang vital lainnya. Namun yang paling terpenting adalah lahirnya sarjana hukum bermental baja dengan semangat kuat memiliki idealisme sehingga tidak terjerembab dalam mekanisme kapitalisme.

Artinya, dulu banyak sarjana hukum yang hidupnya tak karuan di zaman kemerdekaan, lihat saja Muhammad Yamin, Soepomo, dan pendiri bangsa yang lain. Semangat sarjana hukum tidak hanya sekrap kapitalisme yang mendukung berjalannya institusi negara hukum, yang barangkali tak lepas dari persekongkolan permufakatan jahat. Namun mereka pada sarjana hukum yang mewakafkan dirinya duduk di kursi-kursi lembab Lembaga Bantuan Hukum (LBH) dengan bayaran seadanya. Namun tekad untuk berjuang melindungi hak sosial, sipil, politik, dan konstitusional warga begitu kokoh terpatri di dalam dadanya. Semangat sarjana hukum, hendaknya dirubah yang semula mental teknokrasi dan korporasi menjadi mental pengabdian.

Menarik juga apa yang pernah dikatakan oleh Mochtar. Pendidikan hukum itu akan jauh lebih baik bukan karena disempurnakannya perpustakaan berikut koleksinya, dinaikan gaji dosen pengajar, sampai pada lengkapnya fasilitas laboratorium hukum sebuah fakultas hukum. Melainkan bagaimana melakukan pembaharuan kurikulum yang sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Jadi percuma kita memiliki sarjana lulusan hukum yang brilian namun tidak kompatibel dengan apa yang dibutuhkan oleh masyarakat. Menurunnya kualitas pendidikan hukum memang karena tiada perubahan radikal yang direkonstruksikan oleh pendidikan tinggi, ungkap Mochtar.

Pengajaran hukum di kebanyakan tempat pendidikan sudah tidak lebih daripada suatu proses hafal-menghafal. Jika demikian keadaan pendidikan hukum di negara kita ini, apakah persoalan perbaikan pendidikan hukum itu akan tercapai dengan menyediakan fasilitas perpustakaan yang lengkap, menambah gaji para dosen, dan menambah anggaran belanja pendidikan hukum. Jawabnya tidak, walaupun tindakan-tindakan demikian akan banyak menolong keadaan yang sudah parah. Hal ini disebabkan perbaikan pendidikan hukum itu dalam arti yang sebenarnya hanya akan terjadi dalam sistem pendidikan sehingga dapat menjamin dipenuhinya kebutuhan-kebutuhan masyarakat. Jadi, persoalannya adalah untuk menyesuaikan tujuan pendidikan hukum itu dengan kebutuhan masyarakat yang merdeka yang sedang membangun. Hal ini membawa kita pada persoalan apakah tujuan

pendidikan hukum itu hingga kini dan bagaimanakah seharusnya untuk masa yang akan datang.<sup>11</sup>

Mochtar lebih menitik beratkan pada kebutuhan riil masyarakat terhadap pasokan sarjana hukum yang memiliki integritas tidak hanya sekadar mengoperasikan institusi atau mesin hukum negara. Masukan sarjana hukum pada ranah pejabat pemerintahan, pejabat kehakiman dan jaksa, sampai pada polisi dan lawyer. Tapi yang perlu dibutuhkan juga adalah seorang ahli atau pakar, yang bisa menyusun strategi jangka panjang dan bisa mengidentifikasi persoalan secara radikal kehidupan sosial masyarakatnya. Maka struktur kurikulum yang ditawarkan oleh Mochtar pada pertama memang adalah ilmu-ilmu pokok hukum seperti ilmu dan tata hukum Indonesia, serta ilmu negara. Pada tahun kedua mereka mendapatkan pemahaman terhadap hukum prositif, hingga akhirnya tahun berikutnya mahasiswa diberikan mata kuliah sosiologi hukum, sejarah hukum, perbandingan hukum, teknik dan metodologi penelitian.<sup>12</sup> Dengan penelitian, memasok minat baca mahasiswa, diharapkan lulusan hukum bukan lagi bermental budak atau buruh, melainkan berjiwa pembaharu hukum bahkan bisa jadi seorang begawan hukum handal. Kurikulum yang sudah dicatat oleh Mochtar sudah banyak diimplementasikan di saban fakultas hukum. Sampai tesis 'pendidikan klinis hukum' yang ditawarkan kepada mahasiswa untuk membekali keahlian pokok (*shoft skill*) mereka terjun langsung kepada masyarakat.

Memang sepertinya sederhana membahas kurikulum. Seperti yang dipikirkan Mochtar, kurikulum adalah jantung dari hujan-kemaraunya ilmu hukum. Tanpa disadari beberapa fakultas hukum menghapus mata kuliah pokok, seperti sosiologi hukum dan filsafat hukum. Sebuah mata kuliah paradigmatis yang harusnya menjadi panduan filosofis dan metodologis aparatus hukum di lapangan. Mata kuliah pokok itu digantikan dengan pelajaran baru yang dipandang lebih seksi, meski teramat teknis aplikatif.

Hal yang senada diungkapkan oleh Satjipto Rahardjo. Masyarakat berikut kebutuhan sosialnya menjadi tolok ukur arah pendidikan hukum. Bukan 'pasar' yang dijadikan tolok ukurnya. Kondisi yang lazim terjadi di lapangan, hukum dijadikan ladang kapitalistik. Pendampingan hukum menjelma semacam perusahaan raksasa mirip pabrik-pabrik konglomerasi lengkap dengan sistem administrasi dan tata kelola organisasi marketing. Di gedung-gedung bertingkat konsultasi hukum lebih mahal ketimbang pemeriksaan kesehatan rumah sakit besar. Mereka dibayar dengan hitungan per-jam. Profesionalisme menjadi kata mutiara sakti yang membius titik nadir paralegal ini. Jasa hukum bukan lagi sebuah profesi mulia, melainkan mesin pencari uang semata.

Dari sinilah pendidikan hukum sebagai pendidikan manusia dilupakan. Dengan menjalani pendidikan hukum selama beberapa tahun lamanya itu, manusia telah kehilangan sisi kemanusiaannya. Terpangkas hati nuraninya, demi sekadar memenuhi birahi karir dan gelimpangan harta. Iming-iming kemewahan seorang lawyer berjam terbang tinggi dengan ribuan pekerja lengkap dengan sekretaris pribadi yang penuh kemandirian begitu terbayang dalam imajinasi mahasiswa-mahasiswa hukum saat belajar. Nilai-nilai pengabdian telah terhempas jauh dari jiwa mereka. Entah rasa sensitivitas terhadap ketidakadilan melayang tinggi menguap.

Diskursus ilmu hukum di ruang publik sebenarnya sudah tiada lagi kekurangan konsep-konsep hukum yang bombastis. Sudah terlalu banyak gagasan-gagasan pembaharuan hukum yang bertumpuk-tumpuk di lembaga-lembaga negara dan pendidikan tinggi. Namun, yang nihil dalam percaturan itu adalah integritas moral. Kekosongan

panduan moral inilah yang membuat pembangunan hukum berjalan penuh kepincangan. Pendidikan hukum yang dinobatkan sebagai pabrik para profesional tidak punya pengaruh sedikitpun mengubah keadaan menjadi lebih baik. Kecuali pendidikan hukum dikembalikan dalam konstek progresif yang terus-menerus membangun paradigma hukum yang berbasis moral. Kurikulum sudah tidak begitu lagi penting. Sistem pendidikan juga sudah tiada lagi dikultuskan. Namun perhatian ditujukan pada manusianya.<sup>13</sup>

Pertemuan demi pertemuan adalah komunikasi interpersonal yang mengantarkan sebuah refleksi mendalam terhadap sebuah fenomena hukum. Dosen bukanlah seorang subjek yang mendominasi mahasiswa, melainkan menjadikan sebagai subjek juga.<sup>14</sup> Dosen memperhatikan satu per satu mahasiswa, sebagai sahabat, teman diskusi, penuh egaliteran, memancing pembicaraan untuk menyoal problem hukum hari ini. Dalam pergaulan sehari-hari juga, pesan-pesan moral hendaknya selalu disebar luaskan kepada mahasiswa. Saat begawan hukum Satjipto masih hidup, beliau selalu mengungkapkan slogan 'hukum untuk manusia'. Adagium itu diulang terus hingga mahasiswa-mahasiswanya jenggh dan hampir bosan mendengarnya. Namun slogan itulah yang tertancam dalam sanubari mahasiswanya, memberikan bekal selamanya saat sang mahasiswa merantau dalam dunia ilmu hukum.

Pendidikan hukum yang baik adalah pendidikan hukum yang berbasis nilai. Norma-norma transcendental lebih digodok dalam paradigma mahasiswa, sehingga kelak pada saat ia lulus tidak hanya menjadi *kacung* pasar maupun penguasa negara. Namun mampu mengamalkan ilmunya laksana bulldoser yang menggempur tembok ketidak-adilan yang bersarang di muka bumi ini. Pendidikan hukum hendaknya menghasilkan mahasiswa yang peka terhadap perubahan-perubahan sosial, diikuti dengan kreativitas dalam melakukan aktivitas juridis, sehingga apa yang dibutuhkan masyarakat beserta perubahannya mampu ditangkap oleh para sarjana muda hukum yang masih memegang idealismenya.

Tiada yang lebih indah kecuali menyaksikan mahasiswa-mahasiswa hasil binaan kita menjadi agen perubahan sosial dengan penuh kematangan organisasi dan kecerdasan intelektual. Dalam dunia praktek, para pelaku pembangunan tentu kurang memiliki waktu untuk selalu bisa memikirkan tindakan-tindakan yang dilakukannya secara tenang dan berdasarkan kerangka keilmuan yang lebih objektif. Di sinilah dibutuhkan lulusan mahasiswa hukum yang tampil sebagai sosok 'intelektual organik', ia tak hanya berkemampuan akademisi menara gading, melainkan ia juga mampu mengorganisir kegiatan dan massa untuk memperjuangkan hak-hak sipil, politik, dan kebudayaannya.

Dengan tertanamnya jiwa pejuang yang sarat akan pertimbangan moral. Tentu tidak hanya didukung dengan kurikulum, yang mengajarkan tentang, misalnya: hukum dan moral, etika profesi, dst. Tetapi juga paling penting memberikan tauladan kepada para mahasiswa. Resi-resi zaman dahulu memberikan pelajaran weda pada masyarakat bukan hanya melalui sesembahan dan hafalan saja, melainkan juga *lelaku* atau *tirakat*, sebuah kehidupan yang sederhana penuh kesahajaan.

Memang pada level ini, ginjal kurikulum lumayan ditinggalkan oleh Satjipto. Ia lebih memfokuskan diri pada asupan metafisika moral pada mahasiswa. Tesisnya sederhana, hukum yang baik dimulai dari mahasiswa yang baik secara moral. Orang yang memiliki integritas moral kadang memang berada di jalan yang sepi, ditinggalkan, bahkan miskin. Namun kebahagiaan yang ada dalam hati tak akan bisa tergantikan dengan harta dan kekuasaan yang bergelimpahan.

Akan tetapi revolusi kurikulum kembali dibidik oleh mereka orang yang berada di wilayah aliran filsafat hukum kritis. Pakar seperti Duncan Kennedy yang lebih menekankan pada pembaharuan kurikulum pendidikan hukum secara radikal untuk menggulingkan kemapanan dominasi kepentingan status quo yang disusupkan dalam sistem pendidikan tinggi.

Pendidikan hukum didasarkan oleh tiga basis materi, oleh Kennedy klasifikasikan ke dalam: pengetahuan dasar dotrinal dan keterampilan, pengalaman klinik hukum dan studi interdisipliner. Dalam penggalan materi pertama, seperti biasa, mahasiswa untuk memahami logika dasar hukum, asas, dogma, doktrin, prinsip ilmu hukum. Mahasiswa diberikan keterampilan dalam menggunakan perangkat hukum hingga membentuk keterampilan dengan basis latihan yang intens. Pada sisi ini, tidak banyak perbedaan antara usulan Kennedy dengan kurikulum pendidikan hukum yang berkembang kebanyakan di Amerika, entah itu Harvard, Chicago, maupun Winconsin, namun pada sebuah sudut yang sempit, ia mengusul, sesuatu yang nampak sumbing. Yakni pendidikan manipulasi kasus. Karena Kennedy percaya bahwa hukum itu hanyalah sebuah trik, sehingga yang paling liciklah yang kemungkinan besar memenangkan pertarungan, maka mahasiswa pun harus mengetahui realitas itu, bagaimana mengenal skandal, korup, suap, negosiasi, kompromi, dst. Memang satu ini agak riskan, namun begitulah perkembangan di lapangan hukum, tanpa memiliki jaringan yang kuat, seorang pengacara muda hanya menjadi bulan-bulanan dan selalu kalah dalam pertarungan di muka sidang.<sup>15</sup>

Hukum adalah kekuasaan. Untuk merobohkan rejim kekuasaan ini perlu radikalitas gerakan. Termasuk menghancurkan sendi-sendi proseduralistik yang banyak diagungkan oleh paralegal. Dengan merekonstruksi gerakan sosial yang berbasis massa akar rumput, seorang aktivis pergerakan akan mencongkel kemampunan kekuasaan itu untuk dipergunakan sebagai jembatan penghubung antara aspirasi masyarakat dan keadilan sosial. Politik distribusi yang berbasis kesejahteraan sulit dicapai jika hanya mengandalkan pendekatan hukum normatif. Perlu adanya revolusi gerakan yang ditopang dengan pendidikan hukum kritis. Membuat mahasiswa tidak hanya mengenal aturan, melainkan menghafalkan medan pertarungan, di mana hukum banyak melindungi pejabat korup. Hanya dengan membangun kekuatan sosial, berjuang terus-menerus akan mampu mengupas ketidak-beresan yang ada di sistem hukum itu.<sup>16</sup>

Pandangan Kennedy tentu berbeda dengan Satjipto yang sarat akan moralitas. Namun, bukan tidak mungkin pandangan ini bisa disatukan. Dengan cara rekonstruksi sarjana hukum yang penuh idealisme berbasis moral, sementara ia tetap kritis terhadap kekuasaan. Diharapkan filsafat pendidikan hukum yang dilukiskan dari Mochtar, Satjipto, dan Kennedy tadi mampu memberikan inspirasi lebih dalam, luas dan detail bagaimana cara memperbaiki sistem pendidikan tinggi hukum di Indonesia.

## **Penutup**

Tiada bangunan yang lebih indah dari sebuah kebudayaan akademik Fakultas Hukum yang dipenuhi dengan mahasiswa kritis yang mengedepankan idealisme, nurani, dan semangat perjuangannya. Sementara Dosennya adalah teman belajar mahasiswa. Membuat mahasiswa menemukan dirinya sendiri dalam pencarian intelektualisme, mengajak mereka bermimpi tentang keadilan sebagai sebuah utopia suatu saat akan bisa diimplementasikan. Menjadikan



pendidikan hukum sebagaimana direnungkan oleh Satjipto Rahardjo sebagai 'Pendidikan Manusia'. Karena bukankah hukum itu hadir untuk manusia?

## **Pemikiran Ke arah Perubahan Paradigma Pendidikan Tinggi Hukum: Dinamika dan Orientasi**

**Khudzaifah Dimyanti**

### **Pengantar**

Pada dasarnya institusi pendidikan hukum tak pernah dikenal dalam tatanan dan sistem hukum penduduk asli di Kepulauan Nusantara. Harus diakui sebagai realitas sejarah, bahwa pendidikan hukum dan profesi hukum itu adalah *invensi* dari peradaban Eropa Barat, yang mulai dikenal di Indonesia belum lama berselang.<sup>17</sup> Sebagai implikasinya, perkembangan hukum Indonesia pada tahun-tahun pertama kemerdekaan dalam praktiknya hanyalah merupakan kelanjutan dari apa yang telah dipraktikkan pada masa-masa sebelumnya.<sup>18</sup>

Kesadaran untuk melakukan pembaruan di bidang pendidikan hukum, pada hakikatnya telah mulai dicetuskan menjelang akhir tahun 1950-an. Di dalam Konferensi antar Fakultas Hukum tahun 1962 di Yogyakarta, gagasan-gagasan pembaruan telah pula diketengahkan.<sup>19</sup>

### **Gagasan Pembaruan Pendidikan Tinggi Hukum**

Usaha pembaruan hukum di Indonesia adalah suatu "*conditio sine qua non*", sebagai suatu usaha yang harus dilakukan, karena hukum yang berlaku sebagian terbesar masih merupakan warisan tata hukum dari masa sebelum Perang Dunia ke II.<sup>20</sup> Disebutkan misalnya, dalam prasarana Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran:<sup>21</sup>

*"Di dalam zaman pembangunan, pembinaan hukum baru menjadi kewajiban dan tanggungjawab para Sarjana Hukum, maka Sarjana Hukum harus mendapat perlengkapan berupa pendidikan keahlian/kesarjanaan yang lebih sempurna daripada waktu silam."*

Gagasan-gagasan pembaruan pendidikan yang dikembangkan dalam Sub Konsorsium Ilmu Hukum diperkenalkan kepada seluruh Fakultas Hukum Negeri dalam pertemuannya di Lembang akhir tahun 1973. Khusus mengenai peranan Fakultas Hukum dalam Pembinaan Hukum Nasional, pertemuan Lembang telah diformulasikan sebagai berikut<sup>22</sup>:

1. Pembinaan hukum nasional merupakan unsur penting dalam pembangunan nasional;
2. Dalam melaksanakan pembinaan hukum nasional, fakultas memegang peranan penting;
3. Untuk dapat melaksanakan peranan yang penting itu dengan yang sebaik-baiknya diperlukan pembinaan fakultas hukum, baik di bidang pendidikan, penelitian maupun di bidang pengabdian masyarakat;
4. Setiap fakultas hukum seyogyanya memiliki pengertian, sikap dan perubahan cara berpikir agar dapat menyelenggarakan pendidikan hukum guna menunjang pembinaan hukum nasional : bahwa pembinaan hukum nasional dalam jangka panjang hanya dapat

- diselenggarakan dengan baik, apabila dilakukan pembaruan pendidikan hukum yang memperhatikan latihan keterampilan disamping ilmu pengetahuan hukum;
5. Di dalam pembinaan hukum nasional, penelitian adalah mutlak perlu; bahwa dalam kegiatan penelitian yang menunjang pembinaan hukum nasional, fakultas hukum dan lembaga penelitian dapat dan wajar memainkan peranan yang lebih besar; bahwa agar peranan tersebut dilakukan dengan efektif, dirasakan mendesak untuk meningkatkan kemampuan dan kegiatan penelitian;
  6. Fakultas hukum dapat memberikan sumbangan nyata dalam kegiatan bantuan hukum, pembentukan hukum (perencanaan undang-undang) dan penyuluhan hukum; bahwa para ahli hukum di perguruan tinggi dapat menyumbangkan tenaga dan pikirannya secara langsung membantu pemerintah dalam memperjuangkan kepentingan nasional

Sebuah lembaga seperti *International Legal Center* (ILC), yang tugasnya melakukan penelitian mengenai pendidikan hukum di negara-negara berkembang, menyatakan bahwa pendidikan di wilayah tersebut umumnya disusun menurut model negara-negara Eropa.<sup>23</sup> Oleh karena itu, Mochtar Kusumaatmadja<sup>24</sup> mengusulkan penyusunan sistem pendidikan hukum nasional untuk kepentingan membina kemampuan penanganan masalah-masalah hukum dan untuk mempersiapkan orang-orang agar supaya dapat melakukan pembinaan hukum nasional termasuk pembaruannya. Oleh karena itu, perlunya penyempurnaan kurikulum pendidikan hukum, agar pendidikan dapat secara lebih mudah mengkaitkan peranannya pada kemajuan-kemajuan yang terjadi dalam masyarakat. Artinya, yang perlu mendapat perhatian khusus pendidikan, adalah kemajuan-kemajuan dibidang-bidang ekonomi, sains dan teknologi.<sup>25</sup>

### **Diskursus Pendidikan Tinggi Hukum: Dominasi Optik Preskriptif**

Kritik tajam terhadap penyelenggaraan pendidikan hukum di Indonesia yang masih terlalu berat ke pembinaan keahlian sebagai “*tukang-tukang hukum*”, daripada ilmuwan hukum yang sesungguhnya, dilancarkan Prof. Satjipto Rahardjo, yang dinyatakan secara kritis sebagai berikut:<sup>26</sup>

*“...Optik yang digunakan dalam dunia pendidikan hukum terutama adalah optik preskriptif. Dengan optik yang demikian, hukum dilihat sebagai suatu sarana yang harus dijalankan. Lembaga pendidikan yang menggunakan optik ini akan mengajarkan kepada mahasiswa ketrampilan tentang bagaimana menguasai sarana itu dan bagaimana pula menggunakannya. Hal ini berarti, bahwa pendidikan hukum tidak mendidik mereka untuk benar-benar dan sistematis mengkaji hukum sebagai suatu sarana pengatur dalam masyarakat, melainkan hanya tentang bagaimana menjalankan hukum itu dengan benar. Secara singkat bisa dikatakan bahwa ketrampilan yang diajarkan adalah ketrampilan tukang atau craftsmanship”.*

Penggunaan *optik preskriptif* yang dominan dalam dunia pendidikan hukum di Indonesia, berimplikasi pada kurang membantu dan mendorong para mahasiswa untuk menghadapi hukum secara kritis dan kreatif. Oleh karena dunia pendidikan yang

berorientasi pada *optik preskriptif* itulah maka *out put* yang dihasilkan pada akhirnya membentuk alam pikiran mereka, terutama adalah: (1) Peraturan apakah yang harus dipakai dalam suatu kasus tertentu? (2) Bagaimana teknik penerapannya? Keadaan demikian mengandung risiko terjadinya semacam penyempitan dalam kemampuan intelektual mereka yang bertentangan dengan usaha ke arah pembinaan seorang ilmuwan sesungguhnya.<sup>27</sup> Dalam realitasnya fakultas-fakultas hukum di Indonesia kurang mencoba untuk secara sistematis menjelaskan fenomena hukum itu, melainkan mengajarkan tentang bagaimana hukum itu dijalankan. Karakteristik pendidikan hukum yang memberikan kepada mahasiswa kemampuan untuk menjelaskan fenomena hukum dalam masyarakat dapat dilihat pada beberapa pertanyaan sentral yang mendasarinya.<sup>28</sup> Lebih jauh Prof. Satjipto Rahardjo menyatakan:<sup>29</sup>

“Ilmuwan hukum dalam arti yang sesungguhnya adalah yang mampu untuk melakukan *“theory building”*. Untuk bisa mengembangkan kemampuan ini disarankan agar pendidikan hukum tidak hanya menyebarkan ilmu hukum sebagai *“applied science”*, tetapi juga sebagai sebagai *“basic science”*. Dengan memberikan kesempatan kepada pengkajian terhadap hukum yang bersifat dogmatis dan positivistic untuk mendominasi pendidikan hukum secara mutlak, para mahasiswa kurang disiapkan untuk menjadi ilmuwan yang sesungguhnya. Mereka lalu terbiasa dengan pekerjaan penerapan hukum, tetapi tidak atau kurang mengembangkan kultur bertanya, mempersoalkan dan memberikan penjelasan mengenai hukum itu”

Pemikiran Prof. Satjipto Rahardjo yang menyatakan bahwa pendidikan hukum pada S-1 (Stratum Satu) di Indonesia hanya sekedar “menciptakan tukang” dinilai Prof. Sri Redjeki Hartono, sebagai sebuah pemikiran yang kurang bijak. Berikut tanggapannya:<sup>30</sup>

*“.....Saya sangat berkeberatan dengan pernyataan tersebut yang terasa sangat sederhana, bahwa sarjana hukum sebagai sekedar tukang membuat surat: gugatan, dakwaan, pembelaan dan permohonan dan seterusnya. Masalahnya adalah, bahwa seharusnya mahasiswa tidak dilatih untuk sekedar membuat surat/dokumen saja, tetapi seharusnya mahasiswa dilatih untuk beradu argumentasi yang benar dan sah, adil dan tidak adil, patut dan tidak patut mengenai isi surat-surat tersebut. Surat-surat dokumen tersebut pada dasarnya mengandung banyak hal yang menyangkut harkat, martabat, status, tetapi juga hak dan kewajiban dari semua kepentingan manusia pada satu konteks tertentu.”*

Bagi Prof. Redjeki Hartono tugas utama pendidikan adalah menyiapkan mahasiswa untuk kehidupan di masa depan, sebagian besar untuk meraih lapangan kerja yang sangat luas ditawarkan oleh masyarakat.<sup>31</sup> Perspektif tersebut, mengisyaratkan pemikiran yang cenderung bahwa *out put* yang dihasilkan Perguruan Tinggi lebih berorientasi pada dunia praktis, artinya, lulusannya memang disiapkan secara seksama untuk mengisi pasar tenaga kerja. Dengan demikian, maka pendidikan hukum menjadi tempat menyiapkan mahasiswa menjadi pelaku hukum profesional. Sementara Prof. Barda Nawawi Arief,<sup>32</sup> menjelaskan, bahwa kebijakan pendidikan tinggi hukum pada program S-1 yang digariskan Konsorsium Ilmu Hukum saat ini adalah: “keahlian dan kemahiran profesional sebagai sarjana hukum.” “Pendidikan tinggi hukum pada tingkat S-1 lebih diharapkan sebagai *‘profesional law school’* yang berbeda dengan di tingkat S-2 dan S-3. Dengan berorientasi pada kebutuhan praktis, kemahiran yang lebih ditekankan pada program S-1 tidak pada kemahiran teoretis akademis

atau kemampuan berpikir kritis ilmiah (“*critical academic thinking*”) seperti pada program S-2 dan S-3, tetapi ditekankan pada kemahiran praktis dalam menguasai hukum positif untuk menyelesaikan masalah-masalah hukum. Oleh karena itu, pengetahuan hukum yang diberikan pada S-1 lebih ditekankan pada pemberian ‘pengetahuan hukum substantif’ (*substantive legal knowledge*); terbatas pada penguasaan hukum positif yang berlaku dan terbatas pada teori-teori (doktrin) hukum yang terkait langsung dengan norma atau isi (substansi) hukum positif yang bersangkutan.<sup>33</sup>

Narasi di atas memperlihatkan secara tegas adanya dikotomi dalam dunia pendidikan tinggi hukum, antara S-1 di satu pihak dan S-2, S-3 di pihak lain, yang pada dasarnya memiliki karakteristik dan *domain* masing-masing, artinya, program S-1, lebih di arahkan *out put*-nya bagi pasar tenaga kerja.

Inti pendidikan hukum profesi yang disebut sebagai pengembangan keterampilan adalah di arahkan kepada kemampuan dan keterampilan untuk membuat putusan (*decision*). Kalau kepada mahasiswa diajarkan “penalaran hukum”, maka yang dimaksud disitu adalah penalaran dalam rangka membuat putusan hukum. Sesungguhnya, kepada mereka terutama tidak diperkenalkan kepada suatu tipe studi yang membicarakan dan mencari kebenaran, melainkan jauh ditekankan kepada keterampilan menggunakan hukum untuk mengambil putusan. Studi yang benar-benar ilmiah atau melihat kebenaran, baru nanti ditekankan pada program S-2 dan puncaknya pada S-3 atau Program Doktor. Jika program di Fakultas Hukum tetap hendak dikaitkan dengan ilmu, maka disebut sebagai ilmu praktis (*practical science*).<sup>34</sup>

Paradigma pendidikan hukum di Indonesia, tampaknya masih didominasi oleh penggambaran mengenai kebenaran profesional daripada kebenaran ilmiah. Keadaan seperti itu tampaknya dipengaruhi oleh mapannya program pendidikan hukum untuk melayani kebutuhan profesi, yang diselenggarakan Fakultas-fakultas Hukum. Selama ini *out put* dari Fakultas Hukum, hanya akan menghasilkan para yuris profesional<sup>35</sup> yang berpandangan normatif, tidak mampu melihat kebenaran yang sesungguhnya, sehingga cenderung melihat hukum sebagai “*rulee and logic*”, sebagai implikasinya gambar yang lengkap mengenai hukum menjadi cacat. Oleh karena itu, perlu ada “*paradigm shift*”, mengenai pendidikan hukum di Indonesia, yang cenderung positivistik, menuju pendidikan hukum dengan pemahaman holistik dengan dibantu ilmu lain, sehingga produknya tidak melihat hukum dengan model “*kaca mata kuda*”.

Diabaikannya konsep-konsep kesatuan ilmu yang utuh berakibat lemahnya persepsi para pendidik itu; dari persepsi serupa itulah lahir berbagai tindakan yang juga berdampak sangat lemah, kalau tidak dapat dinilai negatif.<sup>36</sup> Akibat logis dari tidak adanya perangkat konsep yang utuh dan ilmiah itu, banyak pendidik yang tidak lagi mampu mengaitkan secara nyata tugas-tugas kependidikan dengan berbagai implikasi perubahan sosial yang semakin hari semakin cepat, atau dengan pertumbuhan aspirasi politik dan kultural yang semakin dinamis, atau dengan perkembangan ilmu dan teknologi yang semakin canggih dan semakin berkonsekuensi luas.<sup>37</sup> Sebaliknya, mereka tetap tinggal terpaku pada persoalan *periferik*, dan berfikir dalam dunia profesionalisme kependidikan yang sempit. Dari sini lahirlah tindakan yang semakin tidak menguntungkan sektor kependidikan itu sendiri, jenjang kependidikan yang lebih banyak lahir karena pertimbangan praktis dan bukan karena pertimbangan ilmiah, tidak lagi secara serius dipertanyakan.<sup>38</sup>

## Perubahan Paradigma

Pendidikan hukum di masa depan perlu disesuaikan dengan orientasi penataan sistem hukum di masa depan. Misalnya, untuk memberikan peran lebih besar kepada hakim dan jurisprudensi dalam proses pembentukan hukum, maka sistem pendidikan tinggi hukum juga harus menempatkan “*case law*” dan praktik hukum sebagai bagian penting dalam sistem kurikulum pendidikan hukum di fakultas-fakultas hukum.<sup>39</sup> Tidak boleh terjadi seorang calon sarjana hukum perdata tidak pernah mengunjungi pengadilan dan menyaksikan proses peradilan berlangsung. Juga tidak boleh terjadi calon seorang sarjana hukum tatanegara belum pernah berkunjung dan menyaksikan perdebatan mengenai RUU di Dewan Perwakilan Rakyat. Demikian pula, telaah mengenai suatu ketentuan hukum tidak boleh hanya terpaku pada teks ketentuan perundang-undangan secara normatif, tetapi harus menelaah kasus-kasus berkenaan dengan perkara di pengadilan mengenai hal tersebut, seperti yang dipelajari dalam sistem *common law*.<sup>40</sup>

Dengan demikian, perkembangan ilmu hukum di masa depan perlu diarahkan secara lebih empiris dan induktif daripada kecenderungan yang bersifat deduktif dan normatif seperti yang selama ini dikembangkan, ketika paradigma ini tidak mampu lagi menerangkan realitas yang diamatinya. Oleh karena, sisa-sisa dari materi pendidikan hukum dogmatik, baru diisi dengan materi yang sifatnya mengasah nalar. Misalnya, Penalaran Hukum, Metodologi Hukum, Sosiologi Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum. Dalam kajian hukum yang teoretis, teks atau pasal-pasal suatu aturan hukum justru menjadi masalah dan bukan sebatas pelera konflik yang muncul dalam masyarakat. Jarang sekali peserta didik tertarik untuk menerima model pengajaran yang mengembangkan studi komparatif atas ajaran-ajaran normatif-dogmatik itu.<sup>41</sup> Dengan demikian, pendidikan keilmuan di bidang ilmu hukum di Indonesia akan senantiasa berubah<sup>42</sup> sesuai perbatasan yang selalu bergeser dan lebih maju.<sup>43</sup> Dalam perspektif bangsa Indonesia, hal ini merupakan persoalan yang sangat serius, oleh karena tidak terlampaui banyak ahli hukum yang menaruh perhatian terhadap masalah-masalah hukum yang bersifat konseptual.<sup>44</sup> Hal ini sebagai akibat dari kondisi dan desakan kebu-tuhan yang mengakibatkan sebagian besar ahli hukum lebih mencurahkan perhatiannya pada persoalan-persoalan hukum yang bersifat praktis.

Sejak dicanangkan penandatanganan kesepakatan GATT, dan kesepakatan lainnya seperti NAFTA, APEC, serta didirikannya WTO dan dilaksanakannya *Structural Adjustment Program* oleh Bank Dunia merupakan pertanda globalisasi tengah berlangsung. Bahkan, dengan tumbuhnya kawasan-kawasan segi tiga pertumbuhan regional antar negara maupun kawasan pertumbuhan terpadu suatu kawasan industri yang bebas dari campur tangan pemerintah maupun kawasan pertumbuhan terpadu di berbagai wilayah, maka sesungguhnya proses globalisasi telah mulai.<sup>45</sup>

Dalam kaitannya dengan era globalisasi, Indonesia diperkirakan akan menerima masuknya sistem hukum negara luar, yang secara langsung mempengaruhi pengembangan dan penataan sistem hukum nasional, yang bertitik tolak dari Pancasila dan Undang Dasar 1945. Sejalan dengan *trend* tersebut bagi bangsa Indonesia perlu dilakukan sejak dini penataan pendidikan tinggi hukum.<sup>46</sup> Oleh karena itu, pengembangan kualitas sumber daya manu-sia dan program-program pendidikan tinggi hukum dalam era globalisasi harus peka terhadap gejala perubahan yang terjadi di berbagai bidang kehidupan.

### Catatan Penutup

Pendidikan tinggi hukum dalam dunia global seharusnya merujuk kepada realitas dinamika masyarakatnya, dan bukan mengingkarinya sehingga tercerabut dari akar kehidupan masyarakatnya.<sup>47</sup> Oleh karena itu, pendidikan tinggi hukum merupakan bagian yang tak terpisahkan dari kehidupan masyarakat dunia yang senantiasa berubah. Dengan demikian, perkembangan ilmu hukum harus dilihat sebagai sebuah proses dialektik yang merupakan bagian dari khasanah pergulatan intelektual. Untuk merubah paradigma Pendidikan Tinggi Hukum, maka harus dimulai dengan merubah secara fundamental pendidikan sebagai subyek dinamik realitas kehidupan masyarakat, sehingga pemahaman tentang hukum menjadi holistik, visioner dan bermakna.

### DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly. 1998. *Agenda Pembangunan Hukum Nasional di Abad Globalisasi*. Jakarta: Balai Pustaka
- Asy'arie, Musa. 2002. "Pendidikan Sekolah Kita Antirealitas". Dalam Kompas, 9 Juli.
- Arief, Barda Nawawi. 1994. "Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)". Makalah diucapkan pada persemian Penerimaan Jabatan Guru Besar Dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 25 Juni 1994.
- Abdurahman. 1996. "Hukum Adat dan Hukum Islam Dalam Tatanan Hukum Nasional Dalam PJP II". Dalam Majalah Hukum Nasional Badan Pembinaan Hukum Nasional, No.1 Tahun 1996.
- Dhofier, Zamakhsyari. 1986. "Transformasi Pendidikan Islam di Indonesia", dalam Prisma, No.2, 1986, Jakarta: LP3ES.
- Fakih, Mansour. 2001. *Sesat Pikir Teori Pembangunan dan Globalisasi*. Yogyakarta: Insist Press.
- Hutabarat, M.H. "Pendidikan Hukum Dalam PJP II.", dalam Majalah Hukum Nasional, Badan Pembinaan Hukum Nasional, No.1 Tahun 1996.
- Hasibuan, Albert. 1996. *Pembinaan Profesi Hukum Dalam PJP II*. Dalam Majalah Hukum Nasional, Badan Pembinaan Hukum Nasional, No.1 Tahun 1996
- Hartono, Sri Redjeki. 1995. "Perspektif Hukum Bisnis Pada Era Teknologi". Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar di dalam Hukum Dagang pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 18 Desember 1995.
- Kusumaatmadja, 1975. *Pembaharuan Pendidikan Hukum dan Pembinaan Profesi*. Bandung: Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran.
- Kusumaatmadja, Mochtar. 1995. "Pendidikan Hukum di Indonesia dan Liberalisasi Perdagangan", Makalah disajikan dalam Temu Ilmiah Senat Mahasiswa Fakultas Hukum Se-Indonesia, Yogyakarta, 11-12 April 1995.

- Lev, Daniel S. 1990. *Hukum dan Politik di Indonesia, Kestinambungan dan Perubahan*. Jakarta: LP3ES.
- Mangan, James. 1986. "Pengaruh Sekolah pada Masyarakat Tradisional di Indonesia", dalam Prisma, No.2/1986, Jakarta: LP3ES
- Putra, Anom Surya. 2000. "Manifesto Hukum Kritis: Teori Hukum Kritis, Dogmatika dan Praktik Hukum", dalam Wacana, Jurnal Ilmu Sosial Transformatif, Edisi, 6, Tahun II, 2000.
- Rasjidi, Lili. 1995. "Pembangunan Sistem Hukum Dalam Rangka Pembinaan Hukum Nasional", dalam "Bunga Rampai Pembangunan Hukum Indonesia." Bandung: Eresco.
- Reksodiputro, Mardjono.1996. "Pembinaan Pendidikan Tinggi Hukum Dalam Pembangunan Jangka Panjang Kedua", dalam "Media Pembangunan dan Pembinaan Hukum". Jakarta: Majalah Badan Pembinaan Hukum Nasional No.1 tahun 1996.
- Radhie, Teuku Mohammad. 1982. "Peranan Badan Pembinaan Hukum Nasional Dalam Pengembangan Hukum Angkasa di Indonesia. Dalam Majalah Nasional Badan Pembinaan Hukum Nasional, No,1 Tahun 1982.
- Rahardjo, Satjipto. 1992. "Hukum Kebiasaan Dalam Sistem Hukum Nasional (Hasil Penelitian Tahun 1989/1990)", dalam "Penyajian Hasil Penelitian tentang Peranan Hukum Dalam Hukum Nasional". Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman.
- \_\_\_\_\_. 1994. "Perkembangan Pendekatan Ilmu Sosial Dalam Kajian Hukum". Dalam Majalah Hukum Nasional, Badan Pembinaan Hukum Nasional, No.2, 1994.
- \_\_\_\_\_. 2000. *Rekonstruksi Pemikiran Hukum di Era Reformasi*. Makalah disajikan dalam Seminar Nasional "Menggugat Pemikiran Hukum Positivistik di Era Reformasi", yang diselenggarakan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.
- \_\_\_\_\_. 1985. *Beberapa Pemikiran Tentang Ancangan Antardisiplin Dalam Pembinaan Hukum Nasional*. Bandung: Sinar Baru.





<sup>1</sup> Sejarah imperialisme dalam peradaban dunia tidak akan pernah berakhir, melainkan terus mengalami kontingensi menerpa aspek budaya, ekonomi, dan politik. Dalam konteks ini batasan teritorial kekaisaran bangsa (*the empire-nation*) telah runtuh, dengan kata lain agenda nasionalisme tiada mungkin terwujud lagi. Stephen Morton. *Gayatri Chakravorty Spivak*. 2003. Routledge. London&New York. p.129-131

<sup>2</sup> It is at least empirically arguable that our daily life, our psychic experience, our culture languages, are today dominated by space rather by categories of time, as in the preceding period of high modernism proper. Gayatri Chakravorty Spivak. *A Critique of Postcolonial Reason. Toward a History of the Vanishing Present*. 1999. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, London. p. 323-4. Bagi Spivak, dominasi kebudayaan itu telah beroperasi dalam alam bawah sadar kolektif masyarakat melalui negara, institusi-institusi sosial, ritual kepahlawanan, dan pranata lain dengan sifatnya 'nomads' atau berpindah-pindah, ruang begitu terbuka, hiperkosmopolitanisme telah menggejala pada posglobalisasi hari ini.

<sup>3</sup> Slavoj Žižek. *The Cartesian Subject without Cartesian Theatre*. On Karren Ror Malone&Stephen Friedlander. *The Subject of Lacan: A Lacanian Reader for Psychologists*. 2000. State University of New York Press. P. 23-34. Karakter Lenin, memang diktator, tapi ia memiliki keyakinan yang kokoh laksana gunung yang tak akan roboh oleh badai sekalipun. Ia memiliki idealisme, dan hidup adalah perjuangan mencapai idealisme itu.

<sup>4</sup> Otoritas bapak dan anak ini menyebabkan sebuah relasi yang tidak seimbang dalam kelas, menekan hasrat aktualisasi mahasiswa dan pada akhirnya membentuk struktur feodal yang kaku. Revolusi kebudayaan dalam kelas diperlukan untuk memelihara jejak sejarah dalam sebuah superstruktur yang selalu bertransformasi dan penguasaan dibawah transformasi revolusioner yang terus menerus berlangsung. *Conscientização* sebagai kreasi praksis dari masyarakat baru, masyarakat yang menginginkan transformasi jejak mistik masyarakat lama hidup dalam kebaruan itu sendiri. Paulo Freire. *Pedagogy of the Oppressed*. 2005. Continuum. New York&London. p. 159.

<sup>5</sup> Menurut UU ini, bidang keilmuan didisiplinkan: menteri berwenang untuk memberikan dan mencabut izin penyelenggaraan program studi (pasal 7 ayat 4 huruf e); rumpun ilmu pengetahuan dan teknologi lainnya diatur dengan peraturan menteri (pasal 10 ayat 4). Bagaimana mungkin kebebasan akademik yang menjadi adagium suci bagi perguruan tinggi ditekan oleh regulasi unifikasi yang bersifat represif. Penelitian dan pengabdian masyarakat pun dikendalikan oleh kementerian, bukan inisiatif perguruan tinggi yang bersangkutan lagi (pasal 46 ayat 4 dan pasal 48 ayat 5). Bidang organisasi diatur sedemikian detailnya oleh kementerian, tidak berdasarkan kebutuhan perguruan tinggi masing-masing yang biasanya disesuaikan dengan perkembangan masyarakat setempat (pasal 71). Kementerian memiliki otoritas penuh dalam mengatur dari kebijakan paling umum hingga pada level dapur sebuah lembaga perguruan tinggi. Tak hanya birokrat kampus yang akan terkena getahnya dari RUU ini, tapi juga lembaga kemahasiswaan (pasal 13 ayat 7). Hal ini mengingatkan kita pada memori sejarah kelam dunia akademik nusantara yang dikuasai penuh oleh rejim orde baru melalui terbitnya Keputusan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Daed Joesoef Nomor 0156/ U/ 1978 tentang Normalisasi Kehidupan Kampus dan Nomor 037/ U/ 1979 tentang Badan Koordinasi Mahasiswa (NKK/ BKK). Dengan regulasi berpostur seperti ini, kebebasan akademik jelas terbungkam, nuansa intelektual kampus tiada lagi bisa berkembang sesuai dengan hukum kodratnya, melainkan dibonsai tak dibiarkan mengalir menuai takdirnya. Yang paling parah dalam RUU ini adalah rotasi dosen oleh kementerian. Memungkinkan para dosen yang kritis mudah sekali disingkirkan dari peredaran dunia akademik-intelektual (pasal 73 ayat 3).

<sup>6</sup> Richard Johnstone&Gordon Joughin. *Designing Print Materials For Flexible Teaching and Learning in Law*. 1997. Cavendish Publishing. New South Wales. p. 3.

<sup>7</sup> Larry. Cata Backer. *Internationalizing the American Law School Curriculum (in Light of the Carnegie Foundation's Report*. Jan Klabbbers&Mortimer. *The Internationalization of Law and Legal Education*. 2008. Springer. 42.

<sup>8</sup> Raquel Medina Plana. *Critical Thinking Inside Law Schools: An Outline*. Onati-Socio-legal Series, 2 (5), 7-24

<sup>9</sup> Jo-Anne Dillabough, dalam artikelnya yang berjudul *Degrees of Freedom and Deliberations of Self The Gendring of Identity in Teaching*, percaya bahwa pendidikan tidak hanya merekonstruksi pengetahuan, tetapi juga membangun karakter-j jiwa sebagaimana yang diyakini oleh Descartes dan pembangunan kekuasaan politis diri sebagaimana yang diungkapkan oleh John Locke. p. 345.

<sup>10</sup> Pendidikan pada akhirnya membangun sikap-sikap yang berbasis nilai kesopanan, sehingga semua aktivitas pada akhirnya dikontrol (*behaviorism*). Selain kontrol pada aktivitas, pendidikan juga mengendalikan informasi yang dikelola dalam sistem persepsi peserta didik, hingga akhirnya apa yang mereka ketahui nyaris seragam dan homogeny (*cognitivism*). Terakhir, tradisi konstruktivisme (*constructivism*) mengantarkan pada perkembangan seorang yang sejalan dengan keputusan kekuasaan. Margaret Walshaw. *Working with Foucault in Education*. 2007. Sense Publishers. p. 27-32

<sup>11</sup> Mochtar Kusumaatmadja. *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan: Kumpulan Karya Tulis Prof. Dr. Mochtar Kusumaatmadja. SH. LL.M.* 2002. Alumni. Bandung. Hlm. 25.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 27

<sup>13</sup> Satjipto sebenarnya pada tahun 1979 juga lebih fokus pada kurikulum pendidikan tinggi, sebagaimana ia ungkapkan dalam disertasinya bahwa kurikulum pendidikan tinggi hukum hendaknya memegang kedaulatan untuk menentukan kemana arah sesuai dengan falsafah bangsa ini. Lebih lanjut, Satjipto mengamati masih bercokolnya beberapa mata kuliah dan sistem pendidikan bermateri dan bergaya kolonial. Misalnya pada saat *Rechtshoogeschool*, pada tahapan *candidaatsexamen eerste gedeelte*: mereka memiliki mata kuliah seperti *Inleiding tot de rechtswetenschap*, *de beginselen van't Neder Indich*, *de Staatshuis-houkunde*, *De instellingen van den Islam*, *Net Javansch*, *het Maleisch of eene andere Indonesische*. Sementara Pada tahapan persiapan kurikulum minimum fakultas hukum, mahasiswa juga diberikan mata kuliah pengantar ilmu hukum, ilmu negara, sosiologi, antropologi budaya, pengetahuan bahasa, dst. Satjipto Rahardjo. *Hukum dan Perubahan Sosial*. 1979, dicetak ulang pada 2009, Genta Publishing. Yogyakarta. Hlm. 237

<sup>14</sup> Dalam terminologi Lacanian, subjek adalah penemuan jati diri seorang manusia secara otentik. Sebelumnya manusia hanya bilangan yang ditandai simbol, sehingga tak mampu menggapai siapa sesungguhnya dirinya yang sebenarnya. Dengan menemukan kembali ke-jati diri-an (the real) manusia bisa melakukan perubahan radikal atas masalahnya dan masyarakatnya. Bruce Fink. *The Lacanian Subject Between Language and Jouissance*. 1995. Princeton University Press. New York. p. 25-8

<sup>15</sup> Awaludin Marwan. *Studi Hukum Kritis: Dari Modern, Posmodern hingga Posmarxis*. 2012. Satjipto Rahardjo Institute. Semarang. p. 45

<sup>16</sup> Duncan Kennedy. *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy A Polemic Against The System*. New York University Press. 2004. p. 120

<sup>17</sup> Soetandyo Wignjosebroto, "Perkembangan Hukum Nasional dan Pendidikan Hukum di Indonesia Pada Era Pascakolonial", dalam Bunga Rampai Pembangunan Hukum Indonesia, Eresco, Bandung, 1995, hal.416.

<sup>18</sup> Tak dapat disangkal bagan dan kerangka konfigurasi yang bersifat Barat itu tak mudah dihilangkan begitu saja, dan nyatanya tetap saja bertahan bertahun-tahun kemudian, dan tanpa dapat dielakkan amat mensyaratkan perkembangan dan pembangunan hukum nasional (dengan segenap institusinya) sepanjang tahun-tahun itu, *ibid*, hal.417.

<sup>19</sup> Bagi Prof. Sudarto, persoalannya adalah apakah pembaruan itu hanya berupa suatu revisi atau suatu perombakan sama sekali, meminjam Gustav Radbruch, bahwa membaharui hukum pidana tidak berarti memperbaiki hukum pidana, melainkan menggantikannya dengan yang lebih baik, lihat Sudarto, "Suatu Dilema Dalam Pembaharuan Sistem Pidana Indonesia", Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Dalam Mata Pelajaran Hukum Pidana Universitas Diponegoro, Semarang, 21 Desember 1974, dalam "Beberapa Guru Besar Berbicara Tentang Hukum dan Pendidikan Hukum (Kumpulan Pidato-Pidato Pengukuhan)", Alumni, Bandung 1981, hal.43-44.

<sup>20</sup> Teuku Mohammad Radhie, "Peranan Badan Pembinaan Hukum Nasional Dalam Pengembangan Hukum Angkasa di Indonesia", Majalah Badan Pembinaan Hukum Nasional, No.1, Tahun 1982, Jakarta, hal, 36; Lihat, Abdurrahman, "Hukum Adat dan Hukum Islam Dalam Tatanan Hukum Nasional Dalam PJP II", dalam Majalah Hukum Nasional, Badan Pembinaan Hukum Nasional, No.1 Tahun 1996, hal.123.

<sup>21</sup> Lihat, Sekretariat Sub-Konsorsium Ilmu Hukum, "Pembaharuan Pendidikan Hukum Dalam Rangka Pembinaan dan Pembaharuan Hukum Nasional", dalam Seminar Hukum Nasional Ke-III, Tahun 1974, Buku Ke-II, Prasaran, Lembaga Pembinaan Hukum Nasional, Jakarta, 1974, hal.18.

<sup>22</sup> *Ibid*, hal. 19.

<sup>23</sup> Satjipto Rahardjo, "Hukum Kebiasaan dalam Sistem Hukum Nasional", dalam "Penyajian Hasil Penelitian tentang Peranan Hukum Kebiasaan Dalam Hukum Nasional", Badan Pembinaan Hukum Nasional, 1992, hal.15.

<sup>24</sup> Mochtar Kusumaatmadja, "Pendidikan Hukum di Indonesia dan Liberalisasi Perdagangan", Makalah disajikan dalam Temu Ilmiah Senat Mahasiswa Fakultas Hukum se Indonesia, Yogyakarta, 11-12 April 1995, Mochtar misalnya, mengajukan pemikiran yang berkaitan dengan persolan teknis pendidikan yang berhubungan dengan tujuan yang dicapai oleh pendidikan hukum klinis, dengan ciri-ciri: (a) dekat dengan keadaan yang nyata (*relevan*); (2) mempersiapkan dimilikinya keterampilan teknis hukum (*legal skill*) bagi lulusan; dan (3) menanamkan suatu "*problem solving attitude*". Mochtar Kusumaatmadja, "Pembaharuan Pendidikan Hukum dan Pembinaan Profesi", Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung, 1975, hal.12.

<sup>25</sup> Mardjono Reksodiputro, "Pembinaan Pendidikan Tinggi Hukum Dalam Pembangunan Jangka Panjang Kedua", dalam "Media Pembangunan dan Pembinaan Hukum", Majalah Badan Pembinaan Hukum Nasional No.1 tahun 1996, Jakarta, hal. 65; M.H. Hutabarat, "Pendidikan Hukum Dalam PJP II", dalam Majalah Hukum Nasional, Badan Pembinaan Hukum Nasional, No. 1 Tahun 1996, hal.77

<sup>26</sup> Satjipto Rahardjo, "Manfaat Telaah Ilmu Sosial Terhadap Hukum," Pidato Pengukuhan Penerimaan Jabatan Sebagai Guru Besar Tetap Dalam Mata Kuliah Sosiologi Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 13 Desember 1980, dalam "Beberapa Guru Besar Berbicara Tentang Hukum dan Pendidikan Hukum (Kumpulan Pidato-Pidato Pengukuhan)", Alumni, Bandung 1981, hal..169.

<sup>27</sup> Menurut Satjipto, kewajiban seorang ilmuwan yang utama adalah untuk memberikan penjelasan mengenai fenomena-fenomena di dunia ini, khususnya yang terletak dalam bidang keahliannya. Apa yang mungkin oleh orang awam dilihat sebagai kenyataan-kenyataan yang terlepas satu sama lain, oleh seorang ilmuwan bisa ditunjukkan hubungannya dan disajikan kembali dalam bentuk konsep yang bermakna, *ibid*, hal.170.

<sup>28</sup> Pertanyaan sentral tersebut menurut Satjipto antara lain: (1) Fungsi apakah yang dijalankan oleh hukum dalam masyarakat? (2) Keterbatasan apakah yang dihadapinya dalam menjalankan fungsi tersebut? Apakah hukum itu otonom? (3) Di manakah tempat hukum dalam masyarakat? Bagaimana hubungannya dengan komponen-komponen masyarakat lain? (4) Bagaimana hubungan antara tata hukum dengan struktur masyarakatnya? (5) Faktor-faktor apakah yang perlu diperhatikan apabila hukum itu hendak dipakai sebagai sarana efektif untuk mengatur masyarakatnya?, *ibid* hal.171;

<sup>29</sup> Lihat Satjipto Rahardjo, "Beberapa Catatan Mengenai Pengembangan Konsep dan Kerangka Teoretik Hukum", dalam "Masalah-Masalah Hukum, Majalah Ilmiah Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, No.6 – 1983, hal.22.

<sup>30</sup> Sri Redjeki Hartono, "Perspektif Hukum Bisnis Pada Era Teknologi", Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar di dalam Hukum Dagang pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 18 Desember 1995, hal.14.

<sup>31</sup> *Ibid*.

<sup>32</sup> Barda Nawawi Arief, "Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)", Diucapkan pada Peresmian penerimaan Jabatan Guru Besar Dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 25 Juni 1994, hal.4.

<sup>33</sup> *Ibid*, hal.5-6.

<sup>34</sup> Satjipto Rahardjo, "Rekonstruksi Pemikiran Hukum di Era Reformasi", (2000), *op cit*, hal. 14.

<sup>35</sup> Profesionalisme hukum menyebabkan munculnya tuntutan, bahwa hukum hanya ditangani oleh orang-orang profesional, yakni yang menjalani pendidikan khusus untuk itu, selanjutnya Satjipto Rahardjo, "Perkembangan Pendekatan Ilmu Sosial Dalam Kajian Hukum", dalam Majalah Hukum Nasional Badan Pembinaan Hukum Nasional No.2, 1994, hal.5; Albert Hasibuan, "Pembinaan Profesi Hukum Dalam PJP II", dalam Majalah Hukum Nasional, Badan Pembinaan Hukum Nasional, No.1 Tahun 1996, hal.104.

<sup>36</sup> Lihat Winarno Surakhmad, "Ilmu Kependidikan untuk Pembangunan: Sebuah Kebutuhan Strategik Dunia Ketiga", dalam Prisma, No.3/1986, LP3ES, Jakarta, hal.6.

<sup>37</sup> *Ibid*.

<sup>38</sup> *Ibid*, juga, lihat Zamakhsyari Dhofier, "Transformasi Pendidikan Islam di Indonesia", dalam Prisma, No.3/1986, LP3ES, Jakarta, hal.24, James Mangan, "Pengaruh Sekolah pada Masyarakat Tradisional di Indonesia" dalam Prisma, No.3/1986, LP3ES, Jakarta, hal.10,

<sup>39</sup> Lihat, Jimly Asshiddiqie, *Agenda Pembangunan Hukum Nasional di Abad Globalisasi*, Balai Pustaka, Jakarta, 1998, hal.114.

<sup>40</sup> *Ibid*.

<sup>41</sup> Anom Surya Putra, Putra, Anom Surya. 2000. "Manifesto Hukum Kritis: Teori Hukum Kritis, Dogmatika dan Praktik Hukum", dalam Wacana, Jurnal Ilmu Sosial Transformatif, Edisi, 6, Tahun II, 2000.

70; Juga lihat, Lembaga Pembinaan hukum Nasional, "Hasil-hasil Seminar Hukum Nasional Ke- III", tahun 1974, diselenggarakan di Surabaya, 11-15 Maret 1974, hal.6.

<sup>42</sup> Lebih maju disini dalam arti meninggalkan wawasan, konsep, doktrin, atau paradigma lama yang dianggap gagal untuk memberikan penjelasan, Satjipto Rahardjo, *op cit*, hal.11.

<sup>43</sup> Lebih maju disini dalam arti meninggalkan wawasan, konsep, doktrin, atau paradigma lama yang dianggap gagal untuk memberikan penjelasan, Satjipto Rahardjo, *op cit*, hal.11.

<sup>44</sup> Hal ini merupakan akibat langsung dari kesenjangan antara terbatasnya jumlah ahli hukum dengan persoalan-persoalan praktis yang ditimbulkan dari akibat yang digunakannya hukum sebagai dasar hubungan hidup bermasyarakat dan bernegara, yang meliputi aspek-aspek yang sangat kompleks, baik dalam lapangan bisnis yang semakin pesat dan global, maupun dalam lapangan hidup sehari-hari yang sifatnya lebih sederhana, selanjutnya lihat, Lili Rasjidi, "Pembangunan Sistem Hukum Dalam Rangka Pembinaan Hukum Nasional", dalam "Bunga Rampai Pembangunan Hukum Indonesia." Bandung: Eresco. 1995, hal.353-354.

<sup>45</sup> Lihat, Mansour Fakhri, *Sesat Pikir Teori Pembangunan dan Globalisasi*, Insist Press, Yogyakarta, 2001, hal.222-223.

<sup>46</sup> M.H. Hutabarat, *op cit*, 1996, hal. 82-83.

---

<sup>47</sup> Bandingkan dengan Musa Asy'arie, "*Pendidikan Sekolah Kita Anti -Realitas*", dalam Kompas, 9 Juli 2002.

PEMBAHASAN MAKALAH PER PANEL

# PANEL 4

## REFLEKSI MEKANISME *CHECK AND BALANCES* DALAM SISTEM KETATANEGARAAN INDONESIA



## Panel 4

Judul panel : Refleksi Mekanisme *Checks and Balances* dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia

Pengelola : Pusat Studi Konstitusi (PUSAKO) Universitas Andalas

### **Refleksi Mekanisme *Check and Balances* dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia**

**B. Hestu Cipto Handoyo**

#### **Pendahuluan**

Setelah amandemen III UUD NRI 1945 sistem keparlemenan Negara Kesatuan Republik Indonesia mengalami perubahan signifikan. Perubahan tersebut termuat dalam ketentuan Bab VIIA, Pasal 22C dan Pasal 22D UUD NRI 1945, yakni dengan dimunculkannya Dewan Perwakilan Daerah oleh "*the second foundings constitution*" sebagai lembaga tinggi negara yang berfungsi merepresentasikan kepentingan daerah dalam konstelasi kebijakan politik nasional berdampingan dengan representasi politik yang diwadahi oleh DPR. Mekanisme *check and balances* dalam kerangka pembentukan produk hukum, yakni UU menjadi paradigma perubahan konstitusi.

Bila ditinjau dari perubahan sistem ketatanegaraan NKRI setelah reformasi 1998, kemunculan Dewan Perwakilan Daerah (DPD) sebagai lembaga tinggi negara, pada hakikatnya merupakan respons atas penolakan sistem pemerintahan *otoritarian-oligarkhis-sentralistik* yang dilaksanakan oleh rezim orde baru secara sukses sepanjang lebih kurang 32 tahun. Oleh sebab itu secara sistemik keberadaan DPD ini tidak mungkin dapat dilepaskan dari perjalanan panjang yang terjadi dalam perdebatan Perubahan UUD NRI 1945 dalam rangka mewujudkan sistem pemerintahan yang demokratis-desentralistik yang menjadi tuntutan utama gerakan reformasi 1998. Oleh sebab itulah, "pembacaan" keberadaan DPD dalam sistem ketatanegaraan NKRI harus bersumber dari konsep demokrasi-desentralistik yang pada hakikatnya merupakan "roh" dari keseluruhan perubahan konstitusi.

Demokrasi menuntut adanya keterlibatan rakyat untuk berpartisipasi dalam setiap pengambilan kebijakan politik nasional melalui wakil-wakilnya yang dipilih melalui pemilu. Sementara desentralisasi tidak lain adalah memberikan tempat bagi daerah-daerah untuk mengembangkan diri guna menopang "bangunan" NKRI dalam rangka mewujudkan cita-cita dan tujuan nasional, sebagaimana terangkum dalam Pembukaan UUD NRI 1945. Lain daripada itu, demokrasi dan desentralisasi dapat diibaratkan merupakan "*two sides of once coin*" dalam sistem pemerintahan modern guna mengimplementasikan prinsip kedaulatan rakyat.

"Roh" demokrasi-desentralistik tergambar jelas dan mewarnai pola pikir para perumus amandemen UUD NRI 1945. Gambaran tersebut nampak dari cara meletakkan implementasi demokrasi-desentralistik dalam sistematika UUD NRI 1945 setelah amandemen, yakni dengan menempatkan Bab tentang Pemerintahan Daerah (Bab VI) berurutan dengan Bab tentang DPR (Bab VII) dan Bab tentang DPD (Bab VIIA).

Lain daripada itu jika dilihat dari perjalanan proses amendemen UUD NRI 1945, maka proses itu sengaja dilakukan berurutan, yakni perubahan II tentang Pemerintahan Daerah dan DPR, serta perubahan III tentang DPD. Kemudian berpijak dari perubahan II dan III tersebut, dilakukanlah perubahan IV yakni tentang MPR yang rumusannya tertuang dalam Pasal 2 Ayat (1) UUD NRI 1945, MPR terdiri atas anggota DPR dan anggota DPD yang dipilih melalui pemilu dan diatur lebih lanjut dengan undang-undang.

Dari gambaran pentahapan amendemen serta sistematika hasil amendemen UUD NRI 1945 di atas, nampak jelas bahwa visi para perancang amendemen UUD NRI 1945 menempatkan daerah sebagai bagian integral dari NKRI, dan oleh sebab itulah kepentingan-kepentingan daerah harus menjadi referensi dalam setiap pengambilan kebijakan politik nasional. Dengan kata lain, para perancang amendemen UUD NRI 1945 menghendaki agar kepentingan daerah harus menjadi sumber referensi dan muatan kebijakan politik nasional. Inilah implementasi demokrasi-desentralistik yang secara nyata tertuang di dalam konstitusi.

Kebijakan politik nasional haruslah dituangkan dalam produk hukum. Hal ini bertujuan agar kebijakan politik tersebut mengikat, dapat dilaksanakan, dan mencerminkan keadilan bagi seluruh komponen bangsa untuk masa kini dan akan datang. "*Legislation public policy just not sharing power authority, but for the next generations*". Oleh sebab itulah untuk menuangkan kebijakan politik nasional tersebut proses legislasi menjadi jalan pertama dan utama. Sehubungan dengan hal ini, UUD NRI 1945 telah memberikan peran yang lebih kuat kepada lembaga perwakilan ketimbang eksekutif. Tidak seperti ketika UUD NRI 1945 sebelum diamandemen.

### **Fungsi DPD dalam *Cheks and Balances* Legislasi.**

Keberadaan DPD dalam sistem ketatanegaraan Indonesia tidak dapat dilepaskan dari pelembagaan fungsi representasi. Dalam rangka pelembagaan fungsi representasi itu, dikenal adanya tiga sistem perwakilan yang dipraktekkan di berbagai negara demokrasi, yaitu :

- a) Sistem perwakilan politik (*political representative*);
- b) Sistem perwakilan territorial (*territorial representative*); dan
- c) Sistem perwakilan fungsional (*functional representative*).<sup>1</sup>

Apabila seseorang duduk dalam lembaga perwakilan melalui pemilihan umum, maka perwakilannya disebut perwakilan politik (*political representation*). Apapun tugasnya dalam masyarakat, kalau yang bersangkutan menjadi anggota lembaga perwakilan melalui pemilihan umum tetap disebut perwakilan politik. Umumnya perwakilan semacam ini punya kelemahan karena yang terpilih biasanya adalah orang yang populer karena reputasi politiknya, tetapi belum tentu menguasai bidang-bidang teknis pemerintahan, Perundang-undangan, ekonomi dan lain-lainnya, sedangkan para ahli sulit terpilih melalui perwakilan politik ini, apalagi kalau pemilihan umumnya memakai sistem pemilihan distrik. Di negara maju kelemahan ini kurang terasa, karena tingkat pengetahuan/pendidikan sudah begitu maju dan merata, itulah sebabnya perwakilan politik merupakan pilihan dari negara-negara maju, dan pemilihan umum tetap merupakan cara yang terbaik untuk menyusun



keanggotaan parlemen dan membentuk pemerintah. Lain halnya pada negara-negara sedang berkembang, disamping perwakilan politik juga melalui pengangkatan orang-orang tertentu dalam lembaga perwakilan.<sup>2</sup>

Pengangkatan orang-orang tersebut di lembaga perwakilan biasanya didasarkan pada fungsi/jabatan atau keahlian orang tersebut dalam masyarakat dan mereka ini disebut golongan fungsional dan perwakilannya disebut perwakilan fungsional (*functional representation*). Walaupun seorang anggota partai politik, tetapi ia seorang ahli atau tokoh dan duduk dalam lembaga perwakilan berdasarkan pengangkatan, dia tetap disebut golongan fungsional dan perwakilannya disebut perwakilan fungsional. Tidak masuk dalam kategori ini, suatu parlemen dari suatu negara yang dibentuk berdasarkan seluruhnya pengangkatan karena hasil dari suatu perebutan kekuasaan dan penguasanya membentuk parlemen baru menurut penunjukan. Sedangkan apabila di dalam perwakilan fungsional (*functional representation*) menghasilkan wakil-wakil daerah, seperti anggota Dewan Perwakilan daerah (DPD) Di Indonesia yang berasal dari tiap-tiap daerah provinsi yang dipilih melalui pemilihan umum, maka hal ini disebut perwakilan teritorial (*territorial representation*).

Negara Kesatuan Republik Indonesia, pernah menganut ketiga sistem perwakilan sekaligus yaitu sistem perwakilan politik, sistem perwakilan fungsional dan sistem perwakilan teritorial, pada waktu berlakunya Undang-Undang Dasar 1945 sebelum diamandemen, yaitu seperti yang diatur di dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 Majelis Permusyawaratan Rakyat terdiri atas anggota-anggota Dewan Perwakilan Rakyat ditambah dengan utusan-utusan dari daerah-daerah dan golongan-golongan, menurut aturan yang ditetapkan dengan undang-undang”.

Setelah amandemen UUD NRI 1945, DPD diberi kewenangan yang terbatas dalam bidang legislasi anggaran serta pengawasan. Dalam bidang legislasi DPD hanya berwenang untuk mengajukan dan ikut membahas Rancangan Undang-undang (RUU) 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 yang berkaitan dengan perimbangan keuangan antara pusat dan daerah [Pasal 22D ayat (1) dan ayat (2)].

Walaupun disebutkan secara limitatif kewenangan DPD untuk mengajukan dan membahas RUU tersebut, namun kewenangan itu tidak terbatas pada lima macam RUU itu saja, tetapi lebih luas dari itu yaitu segala RUU yang ada kaitannya dengan kelima jenis substansi RUU yang telah disebutkan itu. Disamping itu, DPD juga berwenang memberikan pertimbangan kepada DPR atas RUU APBN dan RUU yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama (Pasal 22D ayat 2).

Keterlibatan DPD untuk memberikan pertimbangan dalam pembahasan RUU tersebut dimaksudkan untuk memberikan kesempatan kepada DPD memberikan pandangan-pandangan dan pendapatnya atas RUU tersebut karena pasti berkaitan dengan kepentingan daerah-daerah. Kewenangan bidang pengawasan yang diberikan kepada DPD hanya terbatas pada pengawasan atas undang-undang yang terkait dengan jenis undang-undang yang ikut dibahas dan atau diberikan pertimbangan oleh DPD dalam pembahasannya. Hal ini dimaksudkan sebagai kesinambungan kewenangan DPD untuk mengawasi pelaksanaan berbagai RUU yang berkaitan dengan kepentingan daerah. Selain itu DPD juga diberikan kewenangan untuk memberikan pertimbangan atas pengangkatan

anggota Badan Pemeriksa Keuangan. Latar belakang pemberian kewenangan ini disebabkan karena BPK itu adalah mengawasi penggunaan uang dari UU APBN yang ikut diberikan pertimbangan oleh DPD dalam pembahasannya.

Dalam proses legislasi – sebagai lembaga yang merepresentasikan kepentingan daerah – DPD diberi wewenang oleh konstitusi untuk dapat mengajukan Rancangan Undang-Undang (RUU) kepada DPR dan ikut membahas RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah; serta memberikan pertimbangan kepada DPR atas RUU anggaran pendapatan dan belanja negara dan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan, dan agama.

Pemberian wewenang sebagaimana diatur dalam Pasal 22D Ayat (1) dan Ayat (2) menunjukkan bahwa *core competence* DPD erat kaitannya dengan daerah. Hal ini berarti para perancang amandemen UUD NRI 1945 benar-benar menghendaki agar kepentingan daerah harus menjadi referensi dalam setiap pengambilan kebijakan politik. Para perancang amandemen menghendaki DPD tidak hanya sekedar “simbol” kepentingan daerah, melainkan harus berperan secara nyata dalam melaksanakan konsep demokrasi-desentralistik dengan cara menjalankan kewenangan konstitusional yang telah digariskan. Konsep berpikir para perancang amandemen UUD NRI 1945 ini juga menggambarkan adanya paradigma *check and balances* kepentingan pusat dan daerah dalam kebijakan politik nasional yang dijalankan oleh DPD.

Namun demikian, dalam dataran empirik Pasal 22D Ayat (1) dan Ayat (2) tersebut tidak serta merta menjadi dasar pertimbangan para pembentuk undang-undang yang terkait dengan mekanisme legislasi. Ketentuan Pasal tersebut telah ditafsirkan berbeda oleh para pembentuk UU, dari semangat awal para perancang amandemen UUD NRI 1945 ketika memunculkan DPD. Penafsiran ini muncul, karena setelah amandemen UUD NRI 1945 tidak lagi menyertakan penjelasan.

Ada dua UU yang terkait dengan wewenang DPD bidang legislasi yang tidak mencerminkan semangat para perancang amandemen UUD NRI 1945 untuk memunculkan DPD sebagai representasi daerah dalam pembentukan UU. UU tersebut adalah UU No. 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD (UU MD3) dan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan perundang-undangan (UU P3). Kedua UU ini mengatur tentang legislasi – khususnya – pembentukan undang-undang yang dilakukan oleh DPR bersama-sama dengan Presiden.

Di dalam kerangka pembentukan undang-undang sebagaimana dimaksud oleh kedua UU tersebut diatur mengenai 3 (tiga) hal penting, yakni **pertama**, perencanaan yang dilakukan melalui proses penyusunan Program Legislasi Nasional (Prolegnas). **Kedua**; proses perumusan UU (melalui pengajuan usul ataupun RUU baik yang berasal dari Pemerintah, DPR maupun DPD), dan **ketiga**, proses pembahasan RUU (melalui mekanisme pembicaraan dua tingkat).

### **Penyusunan Program Legislasi Nasional (Prolegnas).**

Menurut Pasal 1 angka 9 UU P3 Program Legislasi Nasional (Prolegnas) adalah instrumen perencanaan program pembentukan Undang-Undang yang disusun secara terencana, terpadu, dan sistematis. Dengan mengacu pada pengertian ini, maka seharusnya dalam penyusunan Prolegnas harus melibatkan lembaga negara yang diberi wewenang legislasi oleh konstitusi, baik itu DPR, Presiden, dan DPD. Namun demikian, dalam ketentuan lanjutan mengenai Prolegnas – sebagaimana diatur dalam UU P3 – peran DPD dinafikan begitu saja. Hal ini nampak jelas dalam ketentuan Pasal 18 huruf g yang menyatakan bahwa dalam penyusunan prolegnas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 16, penyusunan daftar Rancangan Undang-Undang didasarkan atas rencana kerja pemerintah dan rencana strategis DPR. Peran DPD semakin dinafikan oleh ketentuan Pasal 20 ayat (1) yang menyatakan: 'Penyusunan Prolegnas dilaksanakan oleh DPR dan pemerintah.

Kedua ketentuan yang tidak menyinggung sama sekali peran DPD pada hakikatnya merupakan bentuk peminggiran prinsip demokrasi desentralistik yang telah digagas oleh para perancang amandemen UUD NRI 1945 yang secara konseptual menghendaki bahwa prinsip demokrasi desentralistik harus mengedepankan keseimbangan kepentingan pusat dan daerah dalam merencanakan dan menentukan program-program kebijakan politik nasional yang dituangkan dalam Prolegnas. Kondisi yang demikian ini jelas menghambat sepakterjang DPD dalam merepresentasikan kepentingan daerah, padahal setiap program kebijakan politik nasional yang nantinya dituangkan dalam produk hukum tertulis (Undang-Undang) akan diterapkan juga di seluruh daerah di Indonesia. Pertanyaan krusial yang muncul ketika DPD tidak dilibatkan dalam penyusunan Prolegnas, adalah referensi kepentingan daerah yang bagaimanakah yang dipergunakan sebagai dasar pijakan dalam penyusunan prolegnas.

Jika ketentuan tersebut dikaitkan dengan Pasal 22D Ayat (1) UUD NRI 1945 yang pada intinya menyatakan bahwa DPD dapat mengajukan RUU yang berkaitan dengan Daerah termasuk pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan kepada DPR, maka kewenangan konstitusional DPD yang seperti itu sulit diwujudkan mengingat tidaklah mungkin DPD dapat mengajukan RUU tertentu manakala Ia tidak dilibatkan dalam penyusunan instrumen perencanaan program pembentukan Undang-Undang bidang-bidang yang menjadi *core competence* DPD sebagaimana dimaksud oleh konstitusi.

Dalam konteks kebijakan publik yang bersifat nasional, Prolegnas sejatinya adalah merupakan instrumen perencanaan penyusunan kebijakan publik yang dikonstruksikan dalam norma hukum tertulis yang berbentuk Undang-Undang. Konstruksi kebijakan publik melalui Undang-Undang-Undang merupakan keniscayaan, agar kebijakan publik tersebut dapat diberlakukan dan bersifat umum, serta mengandung unsur paksaan.

Oleh sebab itu, menurut John Kingdon dalam setiap pembentukan atau perubahan kebijakan publik, termasuk undang-undang, setidaknya ada tiga jenis arus yang perlu dikelola dan disinergikan dengan baik, yaitu:

1. arus permasalahan (*stream of problems*);
2. arus kebijakan (*stream of policies*); dan
3. arus perpolitikan (*stream of politics*).<sup>3</sup>

Dari tiga jenis arus yang perlu dikelola dan disinergikan tersebut yang perlu dicermati adalah menyangkut arus permasalahan (*stream of problems*) dan arus perpolitikan (*stream of politics*). Sedangkan arus kebijakan (*stream of policies*) – kendati penting – namun hal ini hanya menyangkut teknik penyusunan kebijakan publik yang akan dituangkan dalam Undang-Undang yang secara prosedural mekanistik telah diatur dalam UU MD3 dan UU P3.

**Pertama**, dalam arus permasalahan (*stream of problems*), isu utamanya terkait dengan bagaimana membangun agenda setting kebijakan publik. Dalam tahap agenda setting, ada beberapa pertanyaan yang sering diajukan adalah undang-undang apa saja yang perlu dibentuk/diubah? Mengapa undang-undang itu perlu dibentuk/dirubah? Apa urgensi dan relevansinya dari pembentukan/perubahan undang-undang tersebut? Dalam jalur ini biasanya memulai aktivitasnya dengan melakukan identifikasi masalah. Targetnya adalah mendapatkan kejelasan akan masalah, dan atas dasar rumusan itu ditawarkan solusi atas masalah. Oleh sebab itu, setiap Undang-undang yang akan dibentuk seharusnya dimulai dengan riset kebijakan, sehingga bisa diketahui dengan jelas apa saja masalah yang ditemui, mengapa masalah itu terjadi? Apakah solusi atas masalah itu perlu dimasukkan dalam Undang-undang atau cukup di peraturan perundangan lainnya?

Pasal 18 UU P3 disebutkan bahwa dalam penyusunan Prolegnas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 16, penyusunan daftar Rancangan Undang-Undang didasarkan atas:

- a. perintah UUD NRI 1945;
- b. perintah Ketetapan MPR;
- c. perintah Undang-Undang lainnya;
- d. sistem perencanaan pembangunan nasional;
- e. rencana pembangunan jangka panjang nasional;
- f. rencana pembangunan jangka menengah;
- g. rencana kerja pemerintah dsan rencana strategis DPR; dan
- h. aspirasi dan kebutuhan hukum masyarakat.

Jika mencermati ketentuan tersebut di atas, maka agenda setting Undang-Undang sebagai bentuk normatifikasi kebijakan publik, sebagian besar didasarkan oleh “*arus atas*” (*top down*). Artinya, proses agenda setting Undang-Undang harus ada karena perintah Konstitusi ataupun kesepakatan elite di antara DPR dan Pemerintah. Konstruksi yang demikian ini sering muncul deviasi ketika proses pembentukan UU sering dijadikan semacam “*project*” oleh Kementerian maupun alat kelengkapan DPR. Disisi lain, proses agenda setting yang berasal dari “*bawah*”, walaupun dimungkinkan namun prosesnya tidak diatur dengan jelas.

Berpijak dari hal di atas maka dalam upaya memperkuat agenda setting dalam proses pembentukan UU perlu didasarkan oleh riset kebijakan yang kuat. Dan hasil riset inilah selanjutnya menjadi dasar akademik yang menentukan landasan, urgensi dan relevansi sebuah Undang-undang. Namun harus disadari bahwa secermat apapun identifikasi masalah dilakukan dan setajam apapun rumusan masalahnya dalam naskah akademik, tidak dengan serta-merta menggiring perubahan kalau publik tidak merasakannya sebagai suatu permasalahan serius.

Kesadaran dan kesepakatan akan masalah inilah yang dimaksud sebagai *stream of problems*. Manakala pihak-pihak yang terkait merasakan adanya masalah dan analisis yang bergerak arus kebijakan berhasil menawarkan rumusan yang akurat, maka baru ada prospek bahwa masalah tersebut menjadi agenda publik.

**Kedua;** dalam arus perpolitikan (*stream of politics*) agenda seting kebijakan publik yang akan dituangkan dalam perencanaan program pembentukan Undang-Undang paling sulit dikelola, karena dalam realitasnya, proses pembentukan undang-undang berkaitan dengan kepentingan politik dari berbagai kekuatan politik. Sehingga, harus melihat bahwa proses legislasi adalah proses politik yang ditandai dengan proses negosiasi kepentingan dan diakhiri kompromi politik.

Di lingkup arus perpolitikan ini ada sejumlah komponen perpolitikan nasional yang memainkan peran yang sangat besar. DPR sebagai lembaga perwakilan politik mempergunakan kekuatan fraksi sebagai perpanjangan Partai Politik – kendati bukan alat kelengkapan DPR – menduduki posisi yang sangat menentukan dalam perencanaan program pembentukan Undang-Undang. Sedangkan di lingkungan pemerintah – dalam hal ini adalah kementerian – juga diwarnai oleh nuansa kepentingan politik, karena pengambil keputusan tertinggi di masing-masing Kementerian tidak lain adalah Menteri sebagian besar berasal dari elit-elit parpol. Sehingga Seting perencanaan pembentukan Undang-Undang melalui Prolegnas menjadi *equivalen* (sama dan sebangun) dengan seting kepentingan politik yang dibawa oleh masing-masing komponen perpolitikan nasional tersebut. Pertanyaannya adalah bagaimana “nasib” kepentingan yang bersifat kedaerahan dalam seting kebijakan politik nasional?

Bertitik tolak dari kedua arus tersebut di atas, nampak jelas bahwa seting kebijakan publik yang bersifat nasional melalui Prolegnas telah menafikan “arus bawah” (Bottom up) dan representasinya sebagai bagian subsistem dalam kebijakan politik nasional. Seharusnya “arus bawah” dan representasinya dipergunakan sebagai referensi seting kebijakan politik nasional. Sehingga keberadaan lembaga perwakilan yang merepresentasikan kepentingan daerah (arus bawah) menjadi penting. Dengan demikian, kehadiran DPD sesungguhnya membuka celah baru muncul dan berkembangnya gagasan baru, bahwa ada aspirasi “arus bawah” yang berada dalam domain nasional. Ada mekanisme “cheks and balances” antara “arus atas” dan “arus bawah” dalam seting kebijakan publik melalui Prolegnas. Akhirnya, ada pola baru hubungan pusat-daerah dalam struktur ketatanegaraan yang “menggodog” kedua arus bawah tersebut sehingga seting kebijakan publik nasional melalui prolegnas mempergunakan asas keragaman, dan perlakuan yang berbeda-beda terhadap daerah. Sekiranya hal ini bisa diwujudkan maka ketegangan hubungan pusat-daerah bisa diminimalisir, dan paradigma konstitusi yang menekankan prinsip demokrasi desentralistik nyata-nyata diimplementasikan penyusunan Prolegnas.

Secara teknis pembentukan Peraturan Perundang - Undangan diatur berdasarkan UU P3. Di dalam UU ini, ada satu tahapan penting dalam rangka pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, yaitu Program Legislasi Nasional. Tahapan ini di atur dalam Pasal 16 sampai dengan Pasal 23. Namun sekali lagi dalam Undang-Undang tersebut ‘luput’ memperhitungkan keberadaan Dewan Perwakilan Daerah dalam proses perencanaan legislasi.

Ketentuan Pasal 21 ayat (3) UU P3 menegaskan bahwa penyusunan Prolegnas di lingkungan DPR sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan dengan mempertimbangkan usulan dari fraksi, komisi, anggota DPR, DPD, dan/atau masyarakat. Ditinjau dari aspek norma (ukuran perilaku), maka kata “mempertimbangkan” merupakan kata kerja yang sifatnya tidak mengikat. Kata “mempertimbangkan” berasal dari kata benda “pertimbangan” yang artinya “pendapat baik atau buruk”.<sup>4</sup>

Penentuan suatu pendapat itu baik atau buruk tergantung dari pihak yang diberi pertimbangan. Di dalam ketentuan Pasal ini nampak jelas bahwa pihak yang menentukan tidak lain adalah alat kelengkapan DPR yang menangani bidang legislasi. Oleh sebab itu ukuran baik buruknya sangat tergantung dari persepsi dari alat kelengkapan DPR. Disinilah letak ketiadaan daya ikat mengenai kata “mempertimbangkan” itu. Artinya Ketidakadaan daya ikat sangat tergantung dari alat kelengkapan DPR yang menangani bidang legislasi sebagaimana diatur dalam ketentuan ayat (2)nya.

Lain daripada itu ketentuan Pasal tersebut juga meletakkan DPD (sebagai lembaga representasi Daerah) sejajar dengan fraksi, Komisi, bahkan anggota DPR. Dengan memposisikan DPD seperti ini, maka secara konstitusional DPD tak ubahnya dianggap sebagai alat kelengkapan DPR dalam proses penyusunan Prolegnas. Hal ini berarti dalam menafsirkan ketentuan Pasal 22D UUD 1945, Pemerintah dan DPR justru telah mengingkari maksud dibentuknya DPD menurut UUD 1945 sebagai Lembaga tinggi negara yang memainkan peranan melaksanakan checks and balances dalam kerangka demokrasi desentralistik yang menjadi “roh” perubahan UUD NRI 1945.

Ketentuan tersebut jika dikaitkan dengan Ketentuan Pasal 224 ayat (1) huruf i UU No. 27 Tahun 2009 tentang MD3 sangat bertolak belakang dan tidak menunjukkan adanya sinkronisasi dan harmonisasi dalam proses penyusunan Program Legislasi Nasional. Hal ini mengingat di dalam ketentuan pasal ini ditegaskan bahwa DPD mempunyai tugas dan wewenang ikut serta dalam penyusunan program legislasi nasional yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya lainnya, serta yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah.

Kata “ikut serta” dalam rumusan norma Pasal 224 ayat (1) huruf i tersebut, jika ditafsirkan secara semantik mengandung makna bersama-sama.<sup>5</sup> Hal ini berarti dalam mengkoordinasikan penyusunan prolegnas setiap *stakeholder* yang disebut dalam Pasal 21 ayat (3) UU No. 12 Tahun 2011 tentang P3 harus dilibatkan secara langsung, tidak hanya sekedar dimintai pertimbangan. Konsekuensi dengan adanya penafsiran semantik seperti ini adalah DPD sebagai salah satu unsur *stakeholder* juga diberi wewenang untuk menyetujui substansi prolegnas, khususnya yang menyangkut tugas dan wewenangnya, sebagaimana diatur dalam Pasal 224 ayat (1) huruf i UU No. 27 Tahun 2009 tentang MD3.

Lebih lanjut, dalam 23 ayat (2) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyatakan bahwa dalam keadaan tertentu, Dewan Perwakilan Rakyat atau Presiden dapat mengajukan Rancangan Undang - Undang di luar Prolegnas mencakup:

- a. untuk mengatasi keadaan luar biasa, keadaan konflik atau bencana alam; dan
- b. keadaan tertentu lainnya yang memastikan adanya urgensi nasional atas suatu Rancangan Undang-Undang yang dapat disetujui bersama oleh alat kelengkapan DPR

yang khusus menangani bidang legislasi dan menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum”.

Ditinjau dari aspek empiris keadaan tertentu sebagaimana dimaksud ketentuan Pasal 23 ayat (2) UU P3 tersebut lebih banyak terjadi di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang secara konstitusional dijamin sebagai *core competence* dari DPD sebagai lembaga yang merepresentasikan kepentingan daerah. Namun demikian peluang penambahan pengusulan Rancangan Undang - Undang ini tidak diberikan kepada Dewan Perwakilan Daerah. Padahal wewenang Dewan Perwakilan Daerah untuk mengajukan Rancangan Undang - Undang 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 yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah) jelas diakui dalam Pasal 22D ayat (1) UUD NRI 1945 dan Pasal 223 ayat (1) UU MD3 tentang Susunan Kedudukan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

Berdasarkan rumusan normatif yuridis tersebut di atas, dan dalam dataran implementasi mengakibatkan sulitnya memasukkan rencana yang dibuat Dewan Perwakilan Daerah mengenai Rancangan Undang Undang yang mungkin diusulkannya berdasarkan aspirasi masyarakat daerah dalam mengatasi keadaan tertentu sebagaimana dimaksud dalam 23 ayat (2) UU P3.

Dari analisis tersebut maka seharusnya pengaturan tentang peranan Dewan Perwakilan Daerah dalam perencanaan legislasi harus didesain ikut serta dalam penyusunan Program Legislasi Nasional (Prolegnas) yang selama ini merupakan kesepakatan antara DPR dan Presiden (Pasal 22 ayat 1 UU P3).

Dalam Pasal 224 ayat (1) huruf i UU MD3 ditentukan bahwa Dewan Perwakilan Daerah ikut serta dalam penyusunan program legislasi nasional 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 yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah”.

Terkait dengan rumusan norma tersebut, penjelasan pasal ini menyatakan bahwa yang dimaksud dengan ikut serta adalah hanya memberikan masukan secara aktif dengan mengajukan daftar rancangan undang-undang dan membahasnya dengan Badan Legislasi Dewan Perwakilan Rakyat.

Pengaturan tentang keikutsertaan atau tidak suatu lembaga parlemen dalam penyusunan perencanaan Program Legislasi Nasional, diatur oleh dua Undang-Undang yang berbeda dimana pengaturannya pun tidak sejalan. Artinya UU P3 tidak melibatkan Dewan Perwakilan Daerah dalam proses penyusunan Program Legislasi Nasional, tetapi disisi lain UU MD3 mengatur keikutsertaan Dewan Perwakilan Daerah dalam perencanaan penyusunan Program Legislasi Nasional meskipun keikutsertaannya diartikan hanya memberikan masukan secara aktif. Ketidak harmonisan dari kedua UU ini dalam menafsirkan perintah Pasal 22D UUD NRI 1945 menunjukkan bahwa konstelasi kepentingan politik untuk melibatkan DPD secara aktif di lingkungan pemegang kekuasaan legislatif (DPR dan Presiden) berubah-ubah. Namun perubahan tersebut, sejatinya tetap mengandung

makna bahwa paradigma berpikir para perancang kedua UU ini tetap mempergunakan pola lama yang menganggap DPD seperti layaknya “fraksi” atau alat kelengkapan DPR.

### **Pengajuan Rancangan Undang-Undang (RUU).**

Mekanisme check and balances pengajuan RUU diatur dalam beberapa ketentuan UUD NRI 1945, yaitu:

- Pasal 5 Ayat (1): presiden berhak mengajukan Rancangan Undang-Undang kepada DPR;
- Pasal 21: Anggota DPR berhak mengajukan usul rancangan undang-undang; dan
- Pasal 22D Ayat (1): DPD dapat mengajukan kepada DPR rancangan undang-undang 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 yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah.

Ketiga ketentuan ini dikategorikan sebagai pengaturan mengenai checks and balances dalam mengajukan suatu RUU, karena merupakan cerminan saling kontrol penyeimbang antara kepentingan eksekutif sebagai pelaksana Undang-Undang, kepentingan politik yang direpresentasikan oleh DPR (baca anggota DPR), dan kepentingan daerah yang direpresentasikan oleh DPD (bukan anggota).

Namun demikian, hal penting untuk dicermati dari ketiga ketentuan UUD NRI 1945, adalah ketiga ketentuan tersebut mempergunakan frasa yang berbeda-beda. **Pertama;** bagi Presiden dan DPD frasa yang digunakan adalah **“Rancangan Undang-Undang”**, Sedangkan bagi anggota DPR dipergunakan frasa **“Usul Rancangan Undang-Undang”**. **Kedua;** bagi presiden dan anggota DPR dipergunakan frasa **“berhak”**, sedangkan bagi DPD dipergunakan frasa **“dapat”**.

Frasa-frasa seperti ini jelas menimbulkan pertanyaan interpretatif, yaitu **pertama**, apakah rancangan undang-undang sama artinya dengan usul rancangan undang-undang. **Kedua;** apakah kata **“hak”** di dalam hak mengajukan rancangan undang-undang bagi presiden dan kata **“hak”** di dalam hak mengajukan usul rancangan undang-undang bagi anggota DPR sama dengan kata **“dapat”** di dalam kalimat dapat mengajukan rancangan undang-undang bagi DPD? Jawaban pertanyaan interpretatif ini tentu berbeda-beda, dan selama belum ada interpretasi konstitusi yang mengikat melalui keputusan MK melalui kasus pengujian UU terhadap UUD NRI 1945 tidak bakalan menjadi rujukan bagi lembaga negara yang diberi kewenangan legislasi. Hal ini mengingat sejak UUD NRI 1945 diamandemen tidak menyertakan Penjelasan, seperti halnya UUD NRI 1945 sebelum amandemen.

Istilah “penafsiran konstitusi” merupakan terjemahan dari *constitutional interpretation*.<sup>6</sup> Albert H. Y. Chen, guru besar Fakultas Hukum Universitas Hong Kong menggunakan istilah ‘*constitutional interpretation*’ yang dibedakan dari ‘*interpretation of statutes*.’ Penafsiran konstitusi atau *constitutional interpretation* merupakan penafsiran terhadap ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam konstitusi atau undang-undang dasar, atau *interpretation of the Basic Law*.<sup>7</sup> Penafsiran konstitusi merupakan hal yang tidak terpisahkan dari aktivitas *judicial review*. Chen menyatakan:



*The American experience demonstrates that constitutional interpretation is inseparable from judicial review of the constitutionality of governmental actions, particularly legislative enactments. Such judicial review was first established by the American Supreme Court in Marbury v Madison (1803).*<sup>8</sup>

Penafsiran konstitusi yang dimaksud di sini adalah penafsiran yang digunakan sebagai suatu metode dalam penemuan hukum (*rechsvinding*) berdasarkan konstitusi atau undang-undang dasar yang digunakan atau berkembang dalam praktik peradilan MK. Metode penafsiran diperlukan karena peraturan Perundang-undangan tidak seluruhnya dapat disusun dalam bentuk yang jelas dan tidak membuka penafsiran lagi.

Mengenai ukuran kejelasan dalam peraturan Perundang-undangan (termasuk konstitusi atau undang-undang dasar), Montesquieu mengajukan kriteria untuk menyusun peraturan Perundang-undangan sebagai berikut:

- a. gaya penuturannya hendaknya padat dan sederhana.

Ini mengandung arti bahwa pengutaraan dengan menggunakan ungkapan-ungkapan kebesaran (*grandiose*) dan retorik hanyalah mubasir dan menyesatkan. Istilah-istilah yang dipilih hendaknya sejauh mungkin bersifat mutlak dan tidak nisbi, sehingga dengan demikian membuka sedikit kemungkinan bagi perbedaan pendapat individual.

- b. Peraturan-peraturan hendaknya membatasi dirinya pada hal-hal yang nyata dan aktual dengan menghindari hal-hal yang bersifat metaforis dan hipotesis.
- c. Peraturan-peraturan hendaknya jangan terlampau tinggi, oleh karenanya ditujukan untuk orang-orang dengan kecerdasan tengah-tengah saja; peraturan itu bukan latihan dalam penggunaan logika, melainkan hanya penalaran sederhana yang bisa dilakukan oleh orang-orang biasa.
- d. Janganlah masalah pokoknya dikacaukan dengan kekecualian, pembatasan atau modifikasi, kecuali dalam hal-hal yang sangat diperlukan.
- e. Peraturan tidak boleh mengandung argumentasi; adalah berbahaya untuk memberikan alasan terperinci bagi suatu peraturan, oleh karena yang demikian itu hanya akan membuka pintu untuk pertentangan pendapat.
- f. Akhirnya, di atas itu semua, ia harus dipertimbangkan dengan penuh kematangan dan mempunyai kegunaan praktis dan jangan hendaknya ia mengguncangkan hal-hal yang elementer dalam penalaran dan keadilan serta *la nature des choices*. Peraturan-peraturan yang lemah, yang tidak perlu dan tidak adil akan menyebabkan orang tidak menghormati Perundang-undangan dan menghancurkan otoritas negara.<sup>9</sup>

Satjipto Rahardjo mengemukakan, salah satu sifat yang melekat pada Peraturan Perundang-undangan atau hukum tertulis adalah sifat otoritatif dari rumusan-rumusan peraturannya. Namun demikian, pengutaraan dalam bentuk tulisan atau *litera scripta* itu sesungguhnya hanyalah bentuk saja dari usaha untuk menyampaikan sesuatu ide atau pikiran. Ide atau pikiran yang hendak dikemukakan itu ada yang menyebutnya sebagai "semangat" dari suatu peraturan. Usaha untuk menggali semangat itu dengan sendirinya merupakan bagian dari keharusan yang melekat khusus pada hukum Perundang-undangan yang bersifat tertulis. Usaha tersebut akan dilakukan oleh kekuasaan pengadilan dalam bentuk interpretasi atau konstruksi. Interpretasi atau konstruksi ini

adalah suatu proses yang ditempuh oleh pengadilan dalam rangka mendapatkan kepastian mengenai arti dari hukum Perundang-undangan.<sup>10</sup>

Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo mengemukakan, interpretasi atau penafsiran merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan yang gamblang mengenai teks Undang-Undang agar ruang lingkup kaidah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu. Penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa konkrit. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna Undang-Undang. Pembenerannya terletak pada kegunaan untuk melaksanakan ketentuan yang konkrit dan bukan untuk kepentingan metode itu sendiri.<sup>11</sup>

Di Belanda dan kebanyakan negara-negara barat-kontinental, pandangan tentang penemuan hukum (*rechtsvinding*) dikaitkan dengan legisme, yaitu aliran pemikiran dalam teori hukum yang mengidentikkan hukum dengan Undang-Undang. Kelsen bahkan mengemukakan “hukum tidak lain adalah perintah penguasa yang dituangkan dalam Undang-Undang”. Gagasan bahwa penemuan hukum seyogianya harus memiliki karakter yang sangat formalistik atau logikal, juga ditekankan oleh aliran Teori Hukum *Begriffsjurisprudenz*. Aliran ini dianut oleh negara-negara Jermania pada abad sembilan belas.<sup>12</sup>

Penafsiran terhadap konstitusi merupakan kegiatan yang sangat penting dalam hukum dan ilmu hukum. Penafsiran merupakan metode untuk memahami magna yang terkandung dalam teks-teks hukum untuk dipakai dalam menyelesaikan persoalan hukum atau mengambil keputusan atas hal-hal yang dihadapi secara konkrit. Dalam hukum tata negara, penafsiran *judicial interpretation* (penafsiran oleh hakim), berfungsi sebagai metode perubahan konstitusi dalam arti menambah, mengurangi atau memperbaiki makna yang terdapat dalam teks Undang-Undang Dasar melalui (i) *formal amendement*; (ii) *judicial interpretation*; dan (iii) *constitutional usage dan conventions* (K.C.Wheare 1999).

Satjipto Rahardjo mengutip pendapat Fitzgerald mengemukakan, secara garis besar interpretasi dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu:

- (a) interpretasi harfiah; dan
- (b) interpretasi fungsional.

Interpretasi harfiah merupakan interpretasi yang semata-mata menggunakan kalimat-kalimat dari peraturan sebagai pegangannya. Dengan kata lain, interpretasi harfiah merupakan interpretasi yang tidak keluar dari *litera legis*. Interpretasi fungsional disebut juga dengan interpretasi bebas. Disebut bebas karena penafsiran ini tidak mengikat diri sepenuhnya kepada kalimat dan kata-kata peraturan (*litera legis*). Dengan demikian, penafsiran ini mencoba untuk memahami maksud sebenarnya dari suatu peraturan dengan menggunakan berbagai sumber lain yang dianggap bisa memberikan kejelasan yang lebih memuaskan.<sup>13</sup>

Di samping beberapa metode penafsiran sebagaimana tersebut di atas, berdasarkan dari hasil penemuan hukum (*rechtsvinding*), metode interpretasi dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu:

- (a) metode penafsiran restriktif; dan
- (b) metode penafsiran ekstensif.

Interpretasi restriktif adalah penjelasan atau penafsiran yang bersifat membatasi. Untuk menjelaskan suatu ketentuan Undang-Undang, ruang lingkup ketentuan itu dibatasi. Prinsip yang digunakan dalam metode penafsiran ini adalah prinsip *lex certa*, bahwa suatu materi dalam peraturan Perundang-undangan tidak dapat diperluas atau ditafsirkan lain selain yang tertulis dalam peraturan Perundang-undangan (*lex stricta*), atau dengan kata lain suatu ketentuan Perundang-undangan tidak dapat diberikan perluasan selain ditentukan secara tegas dan jelas menurut peraturan Perundang-undangan itu sendiri. Sedangkan interpretasi ekstensif adalah penjelasan yang bersifat melampaui batas-batas yang ditetapkan oleh interpretasi gramatikal.<sup>14</sup>

Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo mengidentifikasi beberapa metode interpretasi yang lazimnya digunakan oleh hakim (pengadilan) sebagai berikut:

- (a) interpretasi gramatikal atau penafsiran menurut bahasa;
- (b) interpretasi teleologis atau sosiologis;
- (c) interpretasi sistematis atau logis;
- (d) interpretasi historis;
- (e) interpretasi komparatif atau perbandingan;
- (f) interpretasi futuristis.<sup>15</sup>

Menurut Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, interpretasi otentik tidak termasuk dalam ajaran tentang interpretasi. Interpretasi otentik adalah penjelasan yang diberikan Undang-Undang dan terdapat dalam teks Undang-Undang dan bukan dalam Tambahan Lembaran Negara.<sup>16</sup>

Sejak amandemen UUD NRI 1945, Penjelasan tidak menjadi bagian dari UUD NRI 1945.<sup>17</sup> Kondisi yang demikian inilah mengakibatkan beberapa ketentuan dalam UUD NRI 1945 sering menimbulkan perdebatan di ranah penafsiran. Perdebatan tersebut hanya sebatas perdebatan di ruang-ruang akademik dan tak memiliki daya ikat pemberlakuannya. Kecuali ketika perdebatan penafsiran itu kemudian diputus oleh MK melalui pengujian Undang-Undang terhadap UUD NRI 1945. Hal ini berarti tanpa ada kasus pengujian Undang-Undang, MK juga tidak memiliki kewenangan untuk melakukan penafsiran terhadap makna yang terkandung di dalam suatu ketentuan UUD NRI 1945. Singkatnya, MK hanya "menunggu bola" manakala ada suatu Undang-Undang yang dimintakan pengujiannya kepada MK.

Alih-alih dari keadaan yang demikian ini, mengakibatkan regim utama pembentuk undang-Undang, yakni DPR dan Presiden melakukan penafsiran secara sepihak ketika merumuskan, membahas, dan menyetujui secara bersama-sama suatu RUU menjadi Undang-Undang. Akibatnya, dalam dataran empiris kasus-kasus pengujian Undang-Undang terhadap UUD NRI 1945 yang diajukan ke MK makin hari makin menumpuk. Kasus yang terakhir ini adalah pengujian UU MD3 dan UU P3 oleh DPD, karena pembentuk kedua UU ini dinilai telah

menafsirkan ketentuan Pasal 22D Ayat (1) dan Ayat (2) UUD NRI 1945 menyimpang dari semangat yang terkandung dalam kedua pasal tersebut.

Peniadaan kewenangan DPD dalam proses legislasi telah dimulai secara sistemik sejak awal proses pengajuan RUU. UU MD3 tidak mengatur mekanisme RUU yang diajukan oleh DPD. Padahal jika dirunut berdasarkan sistematika UUD NRI 1945, RUU dapat berasal dari DPR (melalui usul RUU anggotanya), Presiden, dan DPD. Pasal 143 ayat (5) UU MD3 menegaskan: "Rancangan undang-undang yang telah disiapkan oleh DPR disampaikan dengan surat pimpinan DPR kepada Presiden". Sedangkan Pasal 144 menegaskan: "Rancangan undang-undang yang berasal dari Presiden diajukan dengan surat Presiden kepada Pimpinan DPR". Persoalannya adalah bagaimana "nasib" RUU tertentu yang berasal dari DPD?

Sebagaimana tertuang dalam Pasal 22D Ayat (1) UUD NRI 1945, DPD dapat mengajukan RUU tertentu kepada DPR. Konstruksi norma konstitusional seperti ini "mirip" dengan ketentuan Pasal 5 Ayat (1) UUD NRI 1945 yang menyatakan: "Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang kepada DPR". Bedanya kalau presiden menggunakan kata "berhak", sedangkan DPD menggunakan kata "dapat". Terlepas dari penggunaan kedua kata tersebut, maka sejatinya kewenangan untuk mengajukan RUU antara Presiden dan DPD adalah sama, artinya sama-sama diberi wewenang mengajukan RUU dan sama-sama RUU tersebut diajukan ke DPR.

Namun demikian UU MD3 yang pada intinya menafsirkan ketentuan Pasal 22D Ayat (1) UUD NRI 1945 justru menentukan lain, bahkan bisa dikatakan mereduksi makna Pasal 22D Ayat (1) tersebut. Pasal 147 ayat (3) UU MD3 menyatakan:

- (1) Pimpinan DPR setelah menerima rancangan undang-undang dari DPD sebagaimana dimaksud dalam pasal 146 ayat (1) memberitahukan adanya usul rancangan undang-undang tersebut kepada anggota DPR dan membagikannya kepada seluruh anggota DPR dalam rapat paripurna.
- (2) DPR memutuskan usul rancangan undang-undang dalam rapat paripurna berikutnya berupa:
  - a. persetujuan;
  - b. persetujuan dengan perubahan; atau
  - c. penolakan.
- (3) Dalam hal rapat paripurna memutuskan memberi persetujuan terhadap usul rancangan undang-undang yang berasal dari DPD sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf a, rancangan undang-undang tersebut menjadi rancangan undang-undang usul dari DPR.
- (4) Dalam hal rapat paripurna memutuskan memberi persetujuan dengan perubahan terhadap usul rancangan undang-undang yang berasal dari DPD sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf b, rancangan undang-undang tersebut menjadi rancangan undang-undang usul dari DPR dan untuk selanjutnya DPR menugaskan penyempurnaan rancangan undang-undang tersebut kepada komisi, gabungan komisi, Badan Legislasi, atau panitia khusus".

Dengan “kecanggihan” politik DPR telah mengubah makna yang terkandung di dalam Pasal 22D Ayat (1) UUD NRI 1945. Perubahan makna tersebut nampak jelas dari: *pertama*; frasa **“rancangan undang-undang”** sebagaimana teruang dalam Pasal 22D Ayat (1) UUD NRI 1945 diubah secara “cerdas dan terselubung” menjadi frasa **“usul rancangan undang-undang”**. *Kedua*; karena frasa **“rancangan undang-undang”** diubah menjadi frasa **“usul rancangan undang-undang”**, maka kedudukan RUU tertentu yang berasal dari DPD beralih menjadi rancangan undang-undang usul DPR. Di lingkungan akademik dan HaKi cara seperti ini “sama dan sebangun” dengan plagiarisme.

“Nasib” RUU tertentu yang berasal dari DPD ini berbeda dengan “nasib” RUU yang berasal dari Presiden. RUU yang berasal dari Presiden tidak mengalami “metamorfose” menjadi RUU usul dari DPR. Padahal antara Presiden dan DPD sama-sama lembaga tinggi negara yang keberadaannya diakui oleh UUD NRI 1945 dalam hal mengajukan RUU kepada DPR. Bahkan RUU yang berasal dari DPD – oleh UU MD3 – dianggap sama dengan usul rancangan undang-undang yang berasal dari anggota DPR, dan oleh karenanya harus dilakukan harmonisasi dan pembulatan oleh Baleg DPR.

Mekanisme memperlakukan RUU yang berasal dari DPD dan RUU yang berasal dari Presiden dengan cara yang berbeda ini, jelas merupakan bentuk pengingkaran “roh” cheks and balances di bidang legislasi. Alih-alih dari kondisi yang demikian ini maka peran dan kedudukan DPD sebagai lembaga yang merepresentasikan kepentingan daerah menjadi semu. Kinerjanya tidak diakui secara nyata bahkan “diklaim” secara politis oleh DPR. Intinya jika RUU dari DPD langsung berubah menjadi RUU “milik” DPR, maka pertanyaan yang harus dijawab adalah, bagaimana mengukur kinerja yang dilakukan oleh DPD dalam menjalankan fungsi legislasinya? Selain itu, bagaimanakah ukuran pertanggungjawaban DPD kepada “konstituen” daerah, karena penyerapan aspirasi dan kepentingan daerah yang dilakukannya harus diwujudkan dalam bentuk kebijakan di tingkat nasional atau dalam bentuk produk Undang-Undang? Akhirnya mekanisme cheks and balances macam apakah jika posisi DPD sebagai lembaga tinggi negara di bidang legislasi direduksi oleh ketentuan UU MD3 tersebut?

Senada dengan UU MD3, ketentuan dalam UU P3 juga “setali tiga uang”. Pasal 43 ayat (1) dan ayat (2) menegaskan:

- (1) Rancangan Undang-Undang dapat berasal dari DPR atau Presiden.
- (2) Rancangan Undang-Undang yang berasal dari DPR sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berasal dari DPD.

Lagi-lagi DPR dan Presiden<sup>18</sup> dalam menafsirkan makna Pasal 22D Ayat (1) UUD NRI 1945 telah mendistorsi kewenangan DPD dalam mengajukan RUU tertentu. DPD yang semula didesain sebagai penyeimbang dalam sistem parlemen Indonesia dalam fungsi legislatif terbatas oleh UUD NRI 1945 dalam pelaksanaannya semakin dibatasi lagi oleh pasal-pasal dalam UU MD3 dan UU P3.

Lebih lanjut dalam ketentuan Pasal 46 ayat (1) dinyatakan: “Rancangan Undang-Undang dari DPR diajukan oleh anggota DPR, komisi, gabungan komisi, atau alat kelengkapan DPR yang khusus menangani bidang legislasi atau DPD”. Ketentuan seperti ini jelas bertentangan dengan Pasal 22D Ayat (1) UUD NRI 1945 karena telah menyetarakan kewenangan legislasi DPD sejajar dengan komisi, gabungan komisi, alat kelengkapan DPD,

bahkan lebih celaka lagi disetarakan dengan anggota DPR yang berhak mengajukan usul rancangan undang-undang.

Dengan memposisikan DPD yang seperti itu, maka secara konstitusional DPD tidak ubahnya sebagai alat kelengkapan yang sub-ordinat di bawah DPR dalam proses pengajuan RUU. Padahal DPD merupakan lembaga negara yang memiliki kewenangan konstitusional untuk mengajukan RUU bidang tertentu sebagaimana diatur dalam Pasal 22D Ayat (1) UUD NRI 1945. Kewenangan tersebut jelas-jelas berbeda dengan hak yang dimiliki oleh anggota DPR, komisi, gabungan komisi, atau alat kelengkapan DPR.

Dengan demikian, ketentuan Pasal 43 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 46 ayat (1) UU P3, selain telah mencederai tatanan ketatanegaraan yang hendak dibangun oleh UUD NRI 1945, lebih jauh lagi telah mencederai semangat demokrasi desentralistik di Indonesia yang dikonstruksikan oleh *“the second foundings constitution”* ketika melakukan amandemen UUD NRI 1945.

### **Pembahasan RUU.**

Norma konstitusional pengaturan pembahasan RUU terdapat dalam Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 yang menjelaskan bahwa setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama, dan Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 yang menegaskan bahwa DPD ikut membahas RUU bidang tertentu.

Kedua norma konstitusional ini harusnya dibaca secara bersama-sama dan bukan menjadi bagian yang berdiri sendiri-sendiri. Salah satu pertanyaan mendasar yang wajib dijawab adalah, bagaimana jika DPD tidak diikutsertakan dalam proses pembahasan rancangan undang-undang? Apakah pembentukan undang-undang tanpa melibatkan DPD mampu menjamin terwadahnya representasi (aspirasi dan kepentingan) daerah? Cukupkah hanya DPR dan Presiden (Pemerintah) yang menentukan keputusan politik tanpa meninggalkan aspirasi dan kepentingan daerah?

Dari ketentuan yang terdapat dalam Pasal 22D Ayat (2) UUD 1945, frasa “ikut membahas” masih memungkinkan bagi DPD untuk berperan lebih maksimal dalam fungsi legislasi. Pasal 22D Ayat (2) UUD NRI 1945 yang menegaskan:

“DPD ikut membahas rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah; serta memberikan pertimbangan kepada DPR atas rancangan undang-undang anggaran pendapatan dan belanja negara dan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan, dan agama”.

Ketentuan ini jika dikaitkan dengan ketentuan Pasal 20 Ayat (2) UUD NRI 1945 pada hakikatnya mengandung semangat checks and balances antara Presiden, DPR dan DPD dalam pembahasan RUU tertentu.

Frasa “ikut membahas” sebagaimana tertuang dalam Pasal 22D Ayat (2) UUD 1945 harus dimaknai bahwa sepanjang menyangkut rancangan undang-undang tertentu yang terkait dengan kewenangan DPD, kewenangan DPD dalam membahas rancangan undang-undang tersebut setara dengan Presiden dan DPR. Frasa “ikut membahas” mengandung pengertian turut membahas (Kamus Besar Bahasa Indonesia: ikut = melakukan sesuatu

sebagaimana dikerjakan orang lain). Sehingga frasa “ikut membahas” dalam Pasal 22D Ayat (2) UUD 1945 haruslah dikaitkan dengan Pasal 20 Ayat (2) UUD 1945 dan dimaknai bahwa sepanjang menyangkut rancangan undang-undang yang terkait dengan kewenangan DPD, apakah RUU tersebut berasal dari Presiden, DPR, atau DPD sebagaimana halnya Presiden dan DPR, DPD berhak dan berwenang untuk mengikuti **SELURUH** proses pembahasan rancangan undang-undang tersebut pada tahap Pembicaraan Tingkat I.

Tafsir frasa “ikut membahas” tersebut di atas, ternyata tidak menjadi dasar pijakan dari pembentuk UU MD3 dan UU P3. Pasal 150 ayat (3) UU MD3 menyatakan daftar inventarisasi masalah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b diajukan oleh:

- a. Presiden jika rancangan Undang-Undang berasal dari DPR; atau
- b. DPR, apabila rancangan undang-undang berasal dari Presiden.

Lebih lanjut dalam Pasal 68 ayat (3) UU P3 menyatakan daftar inventarisasi masalah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b diajukan oleh:

- (i) Presiden jika Rancangan Undang-Undang berasal dari DPR; atau
- (ii) DPR jika Rancangan Undang-Undang berasal dari Presiden dengan mempertimbangkan usul dari DPD sepanjang terkait dengan kewenangan DPD sebagaimana dimaksud dalam Pasal 65 ayat (2).

Kedua ketentuan ini telah mereduksi Pasal 22D ayat (2) UUD 1945, karena ketentuan pembahasan RUU (yang terkait dengan kewenangan DPD) dapat dilakukan tanpa keterlibatan DPD. Padahal Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 memberikan kewenangan konstitusional sebagai lembaga negara yang setara dengan Presiden dan DPR untuk “ikut membahas” rancangan undang-undang (pada Pembicaraan Tingkat I) yang terkait dengan kewenangan DPD sebagaimana diatur dalam Pasal 22D UUD 1945.

Hal ini berarti Ketentuan yang terdapat dalam Pasal 150 ayat (3) UU MD3 dan Pasal 68 ayat (3) UU P3 menegaskan hak DPD untuk terlibat secara penuh dalam Pembicaraan Tahap I, terutama dalam ikut mengajukan dan membahas daftar inventarisasi masalah yang justru merupakan “inti” pembahasan rancangan undang-undang.

Seperti diketahui bahwa acara pendapat mini setelah pembahasan DIM tersebut adalah justru memuat penegasan kesepakatan atau catatan terhadap hasil pembahasan DIM. Dengan demikian jika DPD tidak diberi hak mengajukan DIM dan ikut membahas bersama, maka DPD tidak mungkin dapat memberikan pendapat mini secara lebih komprehensif terkait dengan kewenangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22D UUD 1945.

Jika semangat *cheks and balances* yang mewarnai norma konstitusional pembahasan RUU sebagaimana tertuang dalam Pasal 22D Ayat (2) UUD NRI 1945 ditafsirkan selaras oleh Presiden dan DPR dalam membentuk UU MD3 dan UU P3, maka setiap pembahasan terhadap RUU tertentu sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 22D ayat (2) UUD NRI, DPD harus dilibatkan secara penuh dalam pembahasan kedua RUU tersebut. Oleh sebab itu, pembahasan RUU tertentu yang mengikut sertakan DPD paling tidak meliputi tahapan sebagai berikut:

- a. Penentuan jadwal dan agenda pembahasan;
- b. Pandangan DPD terhadap RUU Pemda dan RUU Desa;

- c. RDP dan RDPD yang dilakukan bersama-sama antara DPR dan DPD;
- d. Kunjungan kerja bersama antara DPR dan DPD; dan
- e. Perumusan sikap dan DIM DPD serta penyampaian dan pembahasan di alat kelengkapan DPR.

Masing-masing tahapan tersebut di atas dibahas bersama-sama oleh alat kelengkapan lembaga (DPR dan DPD) yang menangani bidang legislasi (Baleg dan PPUU) dan komisi/pansus di DPR atau Komite di DPD. Namun demikian tahapan seperti ini tidak dijumpai dalam keseluruhan ketentuan UU MD3 dan UU P3 yang terkait dengan pembahasan RUU bidang tertentu.

### **Penutup.**

Berpijak dari pembahasan-pembahasan tersebut di atas, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa UU MD3 dan UU P3 merupakan bentuk nyata rekayasa politik yang mencederai semangat *checks and balances* antara DPR dan DPD dalam proses legislasi sebagaimana diatur dalam UUD NRI 1945. Bahkan tidak hanya rekayasa politik, tetapi juga melakukan marginalisasi secara politik dan konstitusional terhadap kepentingan daerah dalam kerangka kebijakan politik nasional.

Rekayasa politik terhadap representasi daerah oleh DPD dan marginalisasi kepentingan daerah dalam kerangka kebijakan politik nasional nampak jelas dari indikator-indikator, yaitu:

1. Dalam tahap awal perencanaan program penyusunan kebijakan politik nasional yang duwujudkan melalui penyusunan instrumen perencanaan program pembentukan Undang-Undang (Prolegnas), keterlibatan DPD yang merepresentasikan kepentingan daerah sangat minim. Proses penyusunan Prolegnas bersifat "top down", peran dan kedudukan DPD untuk memberikan sumbangan pemikiran yang bersifat "bottom up" tidak terakomodasi secara penuh dalam UU MD3 dan UU P3.
2. Dalam tahap pengajuan RUU tertentu, peran dan fungsinya DPD sebagaimana dijamin oleh Pasal 22D Ayat (1) UUD NRI 1945 direduksi oleh DPR bahkan RUU tertentu yang berasal dari DPD secara "politis" diklaim sama dengan Usul Rancangan Undang-Undang yang berasal dari anggota DPR, Komisi, Gabungan Komisi, atau alat kelengkapan DPR. Kondisi seperti ini mengakibatkan dalam proses pengajuan RUU, keberadaan DPD dikonstruksikan "seolah-olah" merupakan bagian dari DPR atau alat kelengkapan DPR.
3. Dalam tahap pembahasan RUU tertentu, DPD hanya menjadi "pelengkap" karena ada atau tidaknya pertimbangan DPD terhadap RUU tertentu tidak menjadi pengikat bagi DPR dan Presiden untuk memutuskan RUU tertentu itu menjadi Undang-Undang.

Bertitik tolak dari 3 (tiga) indikator tersebut, maka mekanisme *checks and balances* dalam sistem ketatanegaraan Indonesia pasca amandemen UUD NRI 1945 – khususnya antara tiga pilar kekuasaan legislatif (Presiden, DPR, dan DPD) dalam hal mekanisme pembentukan Undang-Undang yang terkait dengan kepentingan daerah, belum dilaksanakan secara murni dan konsekuen. Artinya Presiden dan DPR tidak memperhitungkan



kepentingan daerah yang direpresentasikan oleh DPD, melainkan masih berkuat pada kepentingan-kepentingan politik. oleh sebab itu, jika kondisi seperti ini tetap dipertahankan dan dilegalisasi melalui produk hukum yang berbentuk Undang-Undang tidak mustahil apabila “mozaik” ke-bhineka-an kepentingan daerah yang dibingkai dalam paradigma Negara Kesatuan Republik Indonesia justru akan tercerai berai. Ketegangan antara Pusat dan Daerah akan terus mewarnai sistem ketatanegaraan Indonesia.

Untuk itulah, sebagai catatan terakhir paper ini, marilah kita kembali membingkai “mozaik” keberagaman daerah dalam pigura Negara Kesatuan Republik Indonesia, dengan cara mengembalikan semangat *checks and balances* dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Tempatkanlah fungsi, wewenang, dan kedudukan masing-masing lembaga negara dalam proses legislasi seturut semangat konstitusi. **Semoga.**

### Daftar Pustaka

- Albert H Y Chen, 2000, *The Interpretation of the Basic Law--Common Law and Mainland Chinese Perspectives*, Hongkong Journal Ltd, Hongkong
- Craig R. Ducat, 2004, *Constitutional Interperation*, Wordsworth Classic, California.
- Charles Sampford (Ed.), 1996, *Interpreting Constitutions Theories, Principles and Institutions*, The Ferderation Press, Sydney.
- Hanna Fenichel Pettkin, 1980, *The Concept of Representation*, University of California Press, California.
- Hristo D. Dimitrov, 1999, dalam *The Bulgarian Constitutional Court and Its Interpretive Jurisdiction*, see :*Interpretive jurisdiction The Constitutional Court's Interpretive Jurisdiction: The Advantages of an Authoritative, Non--adversarial and Prospective Process of Constitutional Interpretation*, Columbia Journal of Transnational Law Association, Inc, Columbia.
- John Kingdon, 1995 *Agendas, Alternatiives, and Public Policies*, Harper Collins Publishers, New Yorks.
- Jack N. Rakove (Ed.), 1990, *Interpreting Constitution: The Debate Over Original Intent*, Michigan NortheasternUniversity Press.
- Jeffrey Goldsworthy (Ed.), 2006, *Interpreting Constitutions, A Comparative Study*, Oxford University Press, New York
- Keith E. Whittington, 1999, *Constitutional Interpretation, Textual Meaning, Original, and Judicial Review*, University Press of Kansas, Kansas, 1999.
- Satjipto Rahardjo, 2006, *Ilmu Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, 1993, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 Tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

<http://kamusbahasaIndonesia.org>

## ***How Indonesia Constitutional Court Has Changed Indonesia's Constitutional Balance***

**Fritz Siregar**

*We understand little or nothing about the degree to which various judiciaries are politicized, how judges make decisions; how, whether, and to what extent those decisions are implemented; how ordinary citizens influences, if at all; or what effect courts have on institutions and cultures.<sup>19</sup>*

### **Section 1, Introduction**

Indonesia's Constitutional Court is already one of the most important state institutions in this nation. Through the Court's decision in its various authorities, the Court brought back hope to the nation that this Court is working. People have an expectation that justice will prevail and their constitutional rights shall be protected. Chief Justice Mahfud MD on various occasions publicly announced that there is no law in the republic that shall exist if that law contradicts the 1945 Constitution. The Court has no hesitation in declaring a whole law unconstitutional. With respect to its handling of state institutional disputes, for the first time, the President of Republic of Indonesia filed a case against the Indonesia Parliament (DPR) with respect to a dispute about the repurchase of shares in state enterprises. Even though the Court ruled in favor of the DPR and rejected the President's petition, showed that President has faith to bring dispute to the Constitutional Court instead of trying to settle the dispute through political channels.

In handling head and vice head of regency election result disputes, the Court ordered recounts and revotes in respective regencies in response to massive violations of money politic. Even though the Law on Constitutional Court and the Law on Regional Autonomy doesn't regulate a mechanism of revote and recount with respect to the Constitutional Court's decision, the Election Commission enforced Court's decision. However, the honeymoon might have ended. The Court has been considering issues beyond its original authority as given by the 1945 Constitution. DPR promulgated Law Number 8 Year 2011 to amend Law Number 24 Year 2003 on the Constitutional Court by limiting the Court's authority. However, the Court later struck back by declaring 17 provisions from Law Number 8 Year 2011 unconstitutional. In order to understand the political clash that has developed, and the likelihood of another such clash, it is necessary to understand this phenomenon through a political science scholarly lens. The purpose of this paper is to bring comparative literature on constitutional courts to bear on understanding developments in Indonesia.

This paper is divided into six sections. The first section is this introduction. Second, an update on the Indonesia Constitutional Court by presenting types of decision that the Court has rendered. Third, examining the minutes of meetings on drafting discussions towards the amendment of Constitutional Court's Law, as shown by a Parliament Member and the Minister of Law and Human Rights. Fourth, understanding the concepts of equilibrium and tolerance intervals. Fifth, my observations of this phenomenon by linking the theories to Indonesia's recent development. Sixth, conclusions.

## Section 2, Indonesia Constitutional Court Update

The creation of the Indonesia Constitutional Court (*Mahkamah Konstitusi*) linked decisively with the previous amendments to the 1945 Constitution of 1999 – 2001, which, with accompany statutory reforms, introduced direct presidential elections, increased the power of the DPR to legislate and call the government to account, ended the system of appointing members to the MPR, removed the political role of the military, reformed the judiciary and established its independence from the executive, decentralized government, and introduced a new assembly of provincial representatives.<sup>20</sup>

However, the idea of the establishment of a Constitutional Court was not intended at the beginning of the amendment process in 1999. It was Hamdan Zoelva and Valina Singka Subekti who for the first time raised the issue of judicial review.<sup>21</sup> Hamdan Zoelva, who now sits as Constitutional Court Justice, represented the Islamic oriented Crescent and Star Party, and stated that the MPR should discuss the idea of making the Supreme Court into a constitutional court.<sup>22</sup> Valina, from the Functional Delegates (*Utusan Golongan*), urged the MPR to put priority on judicial independence and authority of the Supreme Court to conduct judicial review.<sup>23</sup> Both Hamdan and Valina argued that the judicial review authority would enable the Supreme Court to exercise its control function over the executive and legislative.<sup>24</sup>

These factors did not of course determine what model of court or judicial review should be adopted. Some preferred an independent constitutional court, some preferred a constitutional chamber of the Supreme Court and others opposed to judicial review preferred review by the MPR itself.<sup>25</sup> A study tour of MPR legislators to 21 countries, on which only 11 in fact have a constitutional court, seems to have been influential in resolving a deadlocked debate on this issue.<sup>26</sup>

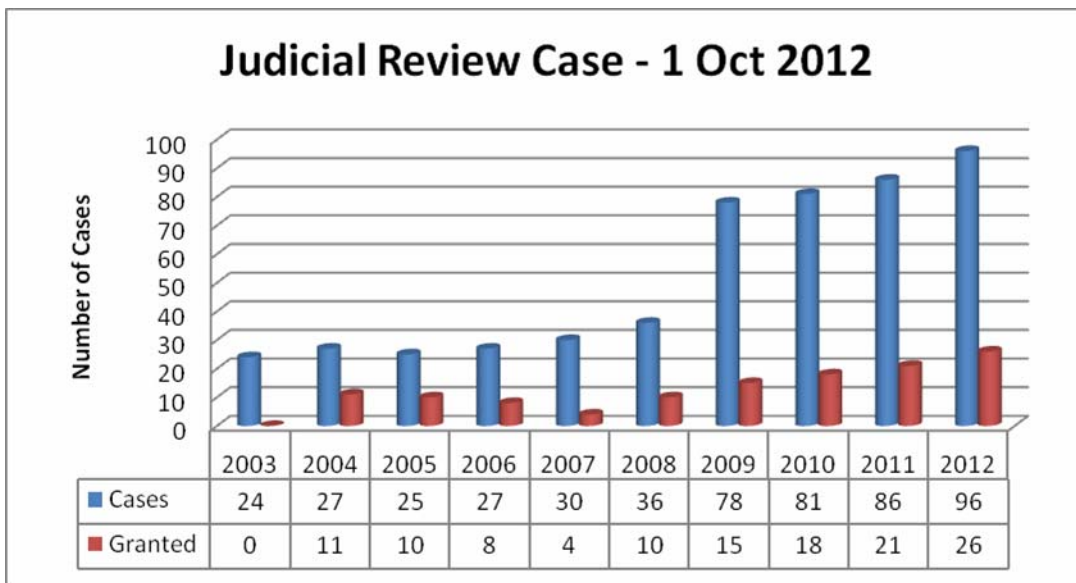
One main reason for political forces opposed to an independent court to compromise on their position was that, during the debate on this issue in 2001, President Abdurrahman Wahid was impeached. Fearing a similar and highly politicized impeachment attempt being mounted in the future, the new President, Megawati Soekarnoputri, and her *Partai Demokrasi Indonesia – Perjuangan / PDI-P* (Indonesian Democracy Party – Struggle) party decided to support the establishment of the Constitutional Court because of its proposed powers over presidential impeachment (this is general understanding by other scholars how Indonesia created the Constitutional Court).<sup>27</sup> In the controversy with regard to the impeachment of President Abdurrahman Wahid, an idea was put forward to implement a constitutional arrangement on the mechanism of impeachment, so that a president accused of committing a crime could be brought before a court of law, rather than a political forum such as the MPR.<sup>28</sup>

The Indonesia Constitutional Court is mandated through, and its authority provided by, the 1945 Constitution and is further stipulated in Law Number 24 of the Year 2003 regarding the Constitutional Court. Latter, Law Number 24 of the Year 2003 was amended by Law Number 8 of the Year 2011.

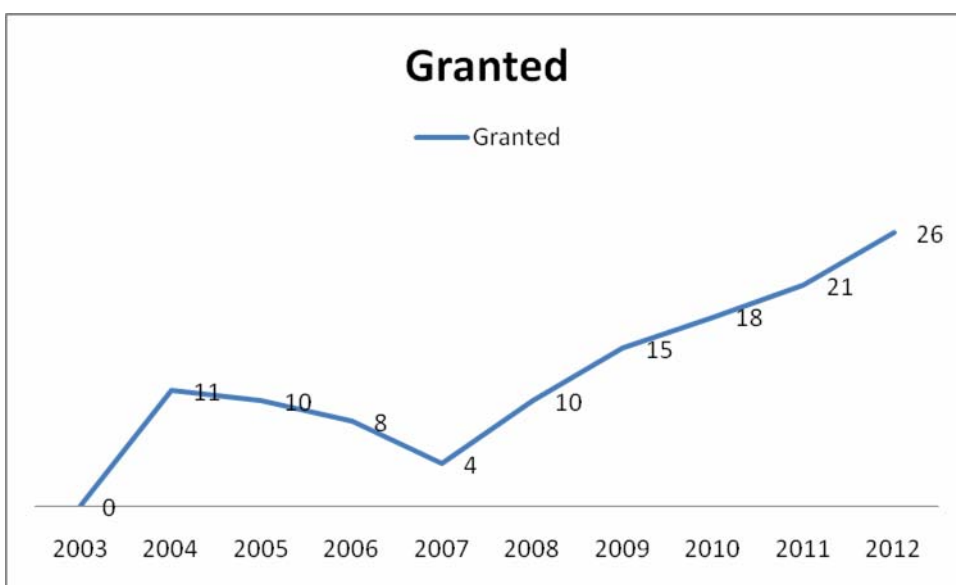
Even though the authority to adjudicate on the opinion of People Representative Council regarding allegations of misconduct by the President and/or the Vice President in accordance with the 1945 Constitution, or commonly known as Impeachment, is the original intent that lead to the creation of *Mahkamah Konstitusi*, to date, that authority has not been exercised.

In 2008, upon the amendment of Regional Autonomy Law,<sup>29</sup> Head and Vice Head of the Regency Election Result Dispute transferred to the Constitutional Court from the Supreme Court. *Mahkamah* received 483 cases and heard 40 of them.

In exercising judicial review authority, since 15 August 2003 until 1 October 2012, the Court has received 439 judicial review cases. It has accumulated judicial review on 166 Laws. The Court has annulled 5 entire laws,<sup>30</sup> changed sentences, paragraphs, and provided different interpretations through conditionally constitutional or conditionally unconstitutional of decision. The percentage granted is 19% compare to the total judicial review case received by *Mahkamah*.



From graphic shown, the *Mahkamah* has increased the number of granted decision per year.



### Section 3, Political Backlash

The *Mahkamah* has not celebrated its 10<sup>th</sup> anniversary, and has been functioning well as protector of constitutional rights and the defender of the 1945 Constitution. However, the Legislature (DPR) and the Executive (President) is not really celebrating the progressiveness of the Court.

On 21 June 2011, the Parliament issued Law Number 8 Number 2011 to amend Law Number 24 Year 2003 on the Constitutional Court. Among other amendments that the Parliament imposed upon the Court through this amendment are the prohibition upon the court to (1) issue *ultra petitia* decisions and (2) acting as a *positive legislature* that create new norms in its decisions<sup>31</sup> Looking to the DPR's Member debate during the drafting, the intention to reduce the limit of the Court's authority clearly evident.

Minister of Law and Human Right, Patrialis Akbar, in his introductory speech on 30 September 2010 stated

The *Mahkamah* already become a super power and worked beyond its authority; The *Mahkamah* shall not be given other authority except for general elections (not head or vice head regency elections); What the *Mahkamah* has done is too far; When the *Mahkamah* found contradictions, the *Mahkamah* did not just declare them unconstitutional, but also made regulations as if it was the legislator (positive legislator).

Dimiyati Natakusumah, Chairman of Drafting Committee argued

*The Mahkamah shall not grant decisions more than what the petitioner requested.*<sup>32</sup>

Arif Wibowo, *Partai Demokrasi Indonesia – Perjuangan* (Indonesia Democratic Party – Struggle) stated<sup>33</sup>,

*Sociologically, the public has already seen that the Mahkamah's decision are already considered Law.*

Arif further argued that

*Whatever the Mahkamah decision, the DPR needs to respond so that people still understand that the lawmaker is DPR and not Mahkamah.*<sup>34</sup>

Ahmad Yani, Unity Development Party (*Partai Persatuan Pembangunan*) claimed,

*The Court decision should not be an order to law makers (DPR).*<sup>35</sup>

Yahdil Abdi Harapah, National Mandate Party (*Partai Amanat Nasional*), stated that

*The Mahkamah should concentrate upon their main job of constitutional review. The Mahkamah should not handle small number of votes [head of regency election result dispute]. It is a downgrade of their position as statesmen. The Mahkamah is intended to hear judicial review cases and we should not burden them further and lead to downgrade of the position of the Mahkamah*<sup>36</sup>

DPR's member from Prosperous Justice Party (*Partai Kesejahteraan Sosial*), Muhammad Nasir Djamil, argued

*We heard so many disappointments towards the Mahkamah and how they handled the Head of Regency Case.<sup>37</sup>*

With regards to the authority of the Court in handling the Head and Vice Head Regency Election, almost the majority of DPR Members argued that the authority to hear head of regency election result disputes should transfer back to the Supreme Court. As mentioned by Achmad Rubaie, National Mandate Party (*Partai Amanat Nasional*).

Head of Regency election result disputes shall not be handled by the *Mahkamah*. We should transfer it back to Supreme Court (*Mahkamah Agung*). We can establish a special Election Court.<sup>38</sup>

Even though the Law Number 8 Year 2011 didn't amend the authority of the *Mahkamah* in handling of head of regency election result disputes, it is very likely that Parliament will return that authority back to Supreme Court through the amendment of Regional Autonomy Law which is currently still in discussion.<sup>39</sup> The Government has expressed this intention "Yes, the Government will propose the change during the discussion of Regional Autonomy Law to accommodate the change."<sup>40</sup>

The Parliament cannot change the authority of the Court to handle head of regency election disputes because it has been regulated by other Laws which are Law Number 12 Year 2008, Law Number 22 Year 2007, and Law Number 48 Year 2009. As stated by the Chief of the Legislation Committee, Ignatius Mulyono

If we change this Law, we have to change the Regional Autonomy Law. If the Regional Autonomy Law is not changed, the position of the MK has been strengthened.<sup>41</sup> To avoid a hassle in drafting, Drafting Committee didn't touch that issue because it has been regulate by two other laws.

During the finalization meeting of Law Number 8 Year 2011, former Minister of Law and Human Rights, Mr. Patrialis Akbar stated that

*There should be a limitation what the Constitutional Court can decide. Indonesia is a country ruled by the rule of law. No state institution has unlimited authority.<sup>42</sup>*

On 28 July 2011, eight academics, including a law professor and constitutional law activist, filed for judicial review of 14 provisions of Law Number 8 Year 2012 to the Court. Unsurprisingly, on 18 October 2011, the Court<sup>43</sup> responded by annulled 16 provisions of Law Number 8 Year 2011 including article 45A and 57 (2a) mentioned below.<sup>44</sup>

Article 45A,

If the Constitutional Court decision contains a finding that was not sought by applicants, or which exceeds what the application sought, except in respect of particular matters related to the basis of the application.

Article 57(2a),

Constitutional Court decisions are not to contain:

- a. Declarations other than those referred to in Article 57(1) and (2);
- b. Orders to law-makers;
- c. Formulations or norms to replace the norms of legislation that are declared to conflict with the Constitution.

#### **Section 4, Balancing and Tolerance**

Looking to the political backlash between the Court and Parliament / President, it is interesting to consider whether the *Mahkamah* is preparing for another attack. In order to understand this situation, we may observe the experience of Russian Constitutional Court through the concepts of the Law of Equilibrium and the Tolerance Interval.

#### **Law of Equilibrium**

The law of equilibrium explains the balance between competitive forces or stated institutions. The legislative, executive, and judiciary engage in purposive behavior. Each state institution seeks to promote its vision of the public interest. In order to achieve this goal, each state institution should act strategically, calibrating its actions in anticipation of how other institutions would respond.<sup>45</sup>

The interaction of the legislative, executive and judiciary is typically sequential. The legislative promulgates a law acceptable to the President, state agencies implement law through regulations and enforcement proceedings, the judiciary interprets laws and state agency actions, and the Legislative considers amending the statutes to update it or to override errant interpretations.<sup>46</sup>

The positive consequences of above thesis are that the law's equilibrium will be a dynamic one. At any given time, most legal issues are in a state of stable equilibrium; even if temporarily displaced, the institutions move back toward the stable position.

Interdependent decision makers cannot achieve their rational goals simply by choosing the course of action that directly satisfies those goals. Instead, decision makers will behave strategically, choosing the course of action that best achieves their goals in light of how they anticipate other decision makers will respond to their own possible choice.<sup>47</sup>

When the Court invalidates statutes as violating of the Constitution, the Court is able to displace an existing equilibrium or, more dramatically, to establish a new equilibrium where the Court wants it to be. The Court in those cases can usually be overridden only by a constitutional amendment, which is costly and impracticable because it requires supermajorities in Congress and among the States.<sup>48</sup>

The cost or risks of such constitutional activism are substantial, however.<sup>49</sup> Judicial invalidation of congressional or presidential action on constitutional grounds is a challenge to powerful national institutions. Even if a constitutional amendment to override the Court is not feasible, Congress or the President can hurt the Court institutionally and, if they care deeply enough, can undermine the Court's action through the appointment process.<sup>50</sup>



The Court generally, and individual Justices particularly, can be expected to consider several factors in contemplating such commitments.<sup>51</sup> Two considerations are the intensity as well as the nature of the Court’s preferences about the issue and the likely cost of judicial activism, discounted by the Court’s tolerance for risk. From above explanation, we can simplify with below diagram,

**(Court Preference + Cost of Judicial Activism) – Court Tolerance for Risk**

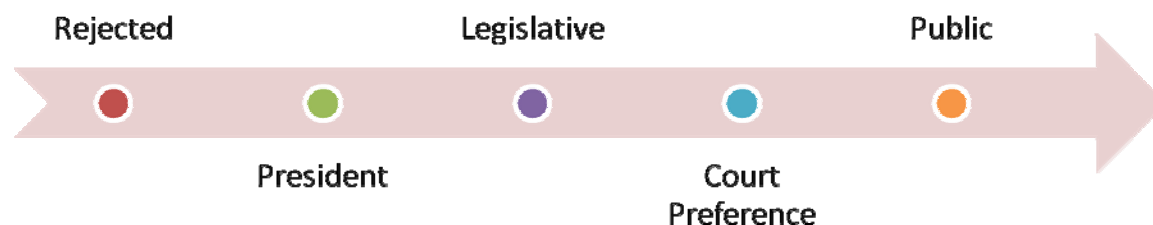
If the is Court unwilling to take a risk or the risk is too high and foresees high costs of administering a new constitutional rule, the Court is unlikely to create such a new constitutional rule.<sup>52</sup>

**Tolerance Interval**

That model of tolerance intervals takes the form of strategic interactions between the Constitutional Court and the two other elected actors, which are a President (Executive) and a Parliament (Legislative).

The interaction between the Court and these other actors begins with the Court deciding whether to take a case involving a particular policy issues, and, if it accepts the case, where to place the policy. After the Court moves, the other actors must decide whether to modify, override, evade, or otherwise disregard the Court’s decision or harm the Court in some other way. These sorts of “attacks,” we assume, may have short and long term effects on the Court. In the short term, they may nullify a decision or render it ineffective.<sup>53</sup> In the longer term, they may chip away at the Court’s legitimacy; that is their impact may accumulate over time such that the Court itself becomes an ineffective political institution.<sup>54</sup>

We further assume that all actors involve in this interaction have positions, what we call “most preferred positions”, over a given policy space, that is, the position in which they would ideally like to see government policy placed.<sup>55</sup>



All actors prefer policy that is as close as possible to their ideal points, but they are not unfettered in their ability to achieve that goal. The elected actors, because they may incur costs associated with challenging a decision produced by the Court, may be willing to tolerate policy that is not on their ideal points.<sup>56</sup> Specially, an interval – what we call a tolerance interval – exists around each of their ideal point such that they would be unwilling to challenge a Court decision place within that interval.<sup>57</sup>

For policies falling within their tolerance interval, the actors have calculated that the benefits of complying to the Court's decision override the cost of an attack; for policies falling outside the interval, they have determined that the benefits of an attack outweigh the cost of complying and for policies at the extreme ends of the interval, they are indifferent between attacking and not doing so. Note, though, that the inclusion of the confidence dimension ensures that the Court can contribute to its own well-being and, if their court is attentive to the preferences of relevant actors, then their institution's legitimacy should increase over time, assuming that it reaches decisions that other actors accept and with which they comply. In the Epstein model, this requires the Court to reach decisions that are within the intersection of tolerance intervals or to avoid dispute for which no intersection exists. What this, in turn, suggest is that tolerance intervals can increase (or decrease) over time, quite apart from the particulars of a dispute.<sup>58</sup>

On the other hand, if the court over time accept and decides cases within the overlap of the tolerance ranges, not only will be elected actor implement those decisions but there also will be a cumulative effect on the Court's legitimacy and its ability to maximize its policy preference; in the long run, the tolerance intervals will expand, thereby giving the Constitutional Court a good deal more leeway, both in terms of case selection and decision making.<sup>59</sup>

### **Russian Constitutional Court**

To have a better understanding towards tolerance interval theory, we may examine the experience of the Russian Constitutional Court. The Russian case is an example of the Court moving politically and overarching its jurisdiction by issuing decisions beyond intervals.

On 7 October 1993, Yeltsin signed a decree suspending the Constitutional Court until the adoption of a new Constitution. Yeltsin was angry at the Court and expected the Court to be written out of the 1993 Constitution.<sup>60</sup> The Second Constitutional Court established (1995-1996) is different in design from its predecessor and it has engendered a higher level of respect as well. As Remington suggests "the Court, it appears, is gradually establishing its status as (a) legitimate source of judicial power which could one day check potential abuses of [government] power".<sup>61</sup>

Even from this brief emerge two questions: why did the First Russian Constitutional Court (1991-1993) fail to establish its legitimacy and role in Russian society compared to its predecessor 1995 - 1996? Epstein argued that the new Court avoids reaching decisions outside the tolerance intervals of other institutional players, preferring instead to promote its legitimacy and adjust the status quo's policies slowly<sup>62</sup> In the other hand, the first Court in the situation where (a) the Court was unable to issue clear, consensual rulings; (b) the position of the public was closer to the political actors than to the Court; (c) public support for the Court, was quite low.

How about the relation of the tolerance interval model between the first and second era of the Russian Constitutional Court? According to Epstein's observations, the First Court era, only 11 decisions out of 29 decision or equivalent to 37.9% were in the "safe" area, preference distributions.<sup>63</sup> This Court has decided highly charged political disputes before building up good will among political actors and the public alike -this lead elected actors to challenge the Court and its decisions.<sup>64</sup>

On the other hand, nearly 90% of the Second Court Era's 34 decisions fell into the "safe" zone. One of the explanations towards that behavior is that the Court sought to avoid "severe political questions" both in and outside the Court.<sup>65</sup> In fact, the Court did not seriously challenge President's Yeltsin power, even though it has had several opportunities to do so, instead, it has limited his authority only to cases in which the issues were less "highly charged".<sup>66</sup>

## **Section 5, Maintaining Check and Balance System**

Looking to both theories and linking it to current constitutional practice in Indonesia, we can conclude our observation.

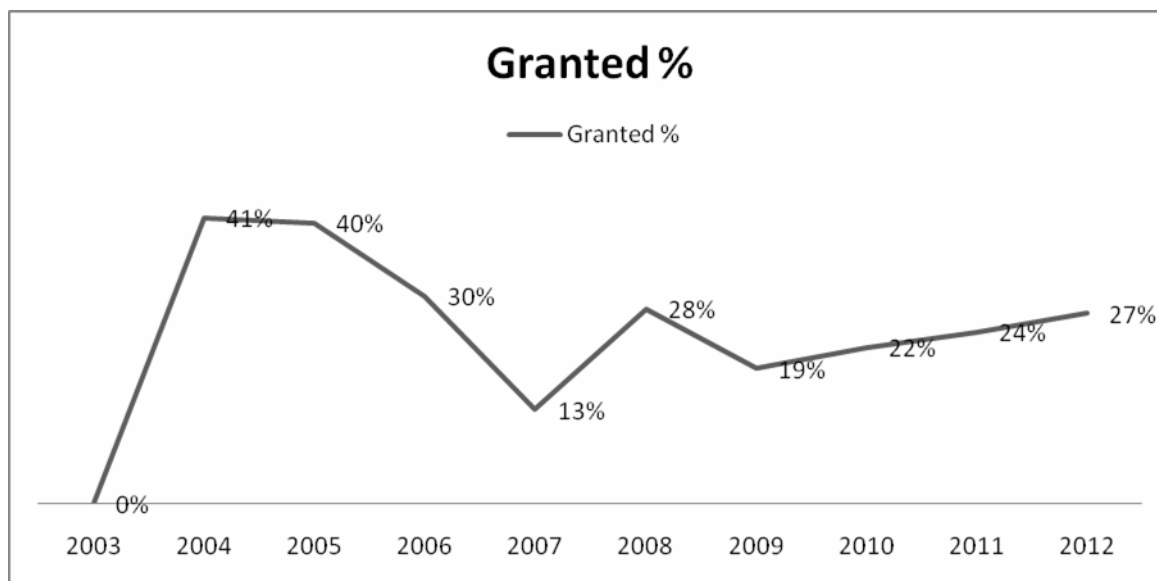
### *Winning the Public's Support*

Since the creation of the *Mahkamah Konstitusi* in 2003, the first generation of Constitutional Justices realized that they should turn to the people to get their support, winning public support. The activities of "inform the existence" of the *Mahkamah* conducted in various ways, including but not limited to, town hall meetings, study visits, establishing a Media Centre and publications. The idea of this town hall meeting is for civic education and informing the public about the decisions of the constitutional court. In this stage, the *Mahkamah* active for their benefit, conduct public outreach. The series of activities on public outreach continued and expanded by Chief Justice Mahfud MD.

Chief Justice Jimly Asshiddiqie and the first batch of Constitutional Justices were fully aware that the Court would not be able to exercise its authority if nobody appeared before it. One of the strategies that the first batch Constitutional Justices employed was a generous strategy to lower legal standing. The idea of lowering the legal standing requirement, in early years, was to attract a number of cases filled to the *Mahkamah*. In the Electricity Case, the Petitioners were public interest advocacy groups. The *Mahkamah* held that,<sup>67</sup>

Every citizen as a taxpayer has the constitutional right to question every law that is closely connected with economic policy that has implications for their welfare.<sup>68</sup>

Another strategy that the *Mahkamah* did is to be generous in declaring the law unconstitutional. Looking to the graphic below, the *Mahkamah* granted a greater percentage in its early days.



Epstein claimed, above, that if a newly establish constitutional court, like the Indonesian Constitutional Court behaved as the First Russian Constitutional Court did, their futures are not bright; but if the newly establish constitutional court view their mission for legitimacy as a long-term process – one that occasionally requires them to trade off short term policy victories for long term credibility gains, then their future place in their government may be assured.<sup>69</sup> This claimed is not borne out in Indonesia.

#### *Gain the Momentum*

I argue that the East Java Case<sup>70</sup> was the first test that the *Mahkamah* decided beyond any political actor's expectation and moved wider than their tolerance intervals.

On 11 November 2008, the East Java Electoral Commission declared that Sukarwo and Saifullah Yusuf had been duly elected Governor and Deputy Governor of East Java province. The other candidate, Khofifah Parawansa and Mujiono, filed head of regency election result disputes to the *Mahkamah* claiming numerous mistakes or improprieties had occurred in 26 counties in that province. Khofifah Parawansa and Mujiono requested to the *Mahkamah* to invalidate the results and declare them the winners.<sup>71</sup> Unexpectedly, the *Mahkamah* ordered a revote at two regencies (Bangkalan and Sampang) and a recount at one Regency Pamekasan. The Court has no authority to order a recount under Constitutional Law and Regional Autonomy Law.

They are a number of political actors in society. The President and the DPR might have their own view. Observing this issue with tolerance interval theory, whatever the Court would like to decide, it must be in the range of tolerance interval. If the court decision is far away from that interval, none of that actor will support court decision. That actor will cut off Court authority or will not support their decision. The Court must strategically issued decisions in a manner that is legally plausible. There is no matter of legal plausibility in this case, but if the Court decision is outside of the interval range, or is without proper legal plausible within the range, and people will judge the Court as a political, not judicial institution. That is not good either for the Court. The only way the Court will survive is not by saying that We the Court are deciding the issue, but that law making us decide it that way. What's more interesting is that if the Court issues decision in this way, it will be optimal

because the decision will be enforced and everybody will respect it. The Court as an institution will therefore grow. It is handed decision and enforced. Once the Court institution grows, other institution will fear it, because the small court has become bigger and bigger. The tolerance will therefore get wider and the Constitutional Court will become more powerful.

### **Institutional Strength**

Samuel Hamilton in the *Federalist Paper 78* said that the 'judiciary is the weakest arm of the government'. This statement is not applied to the *Mahkamah*. The role of the *Mahkamah* in recent years has been to overturn the conception of a weak judicial system that has been installed into Indonesia politics since Soeharto's era. This idea of equilibrium is if the Court were able to be as strong as other institutions, the Court would be able to balance between other actors and withstand all type of attack. It is institutional strength.

Lately, the *Mahkamah* survived the amendment of Law Number 24 Year 2003 by enactment of Law Number 8 Year 2011 as well as personal attacks. Such personal attacks stem from (a) forgery of the Registrar's Letter towards election result dispute by Substitute Registrar Masyuri Hasan;<sup>72</sup> (b) a corruption charge to Substitute Registrar Makhfud;<sup>73</sup> (c) allegations of bribery against the Secretary General of the *Mahkamah*, Janedjri M. Gaffar, by the Treasurer of the Democrat Party, M. Nazaruddin;<sup>74</sup> and (d) corruption charges against Constitutional Justice Arsyad Sanusi that lead to his early resignation from the bench.<sup>75</sup>

Attacks against the Court must be considered as successful attacks to the Court by reduction of independence, the same objective as Law Number 8 Year 2001. When politicians attack the Court, the Court might have suffered badly. When the Court survived against that attack, it was a measure of its institutional strength. If the *Mahkamah* survives this period of crisis, then that is a conclusion that the Court already has institutional strength. The Epstein model is fit in Russia because the Constitutional Court was very politicized.<sup>76</sup>

### **Section 6, Conclusion**

What is the relation to the check and balance system? This comparative experience on the one hand, points to the fact that each constitutional court has judicial review power and has the right to declare a law is unconstitutional. On the other hand, comparative studies tell us that for each country, each constitutional court needs to build support to play their role. It is one thing to say is that as a technical matter, the *Mahkamah* has that power, and other hand to say, as the question of political power what they call as *Realpolitik*, the *Mahkamah* also has its power.

Indonesia Constitutional Court is a growing constitutional court, and learning what Indonesia can learn about the growth of Constitutional Courts from other countries, suggests that the *Mahkamah* is able to exercise of their decision but in the hand, the *Mahkamah* also needs to understand the political limits of its role. It is not enough for the *Mahkamah* to be able to say that this decision is legally justifiable or that the *Mahkamah* has power through the constitution. The *Mahkamah* must also have public and political confidence to exercise its power. If the Court failed to have this, the institution will be undermined.

Secondly, Court must find a certain equilibrium between the institutions of, Presidency and the DPR. The *Mahkamah* must gain the political power, in reality, and not just in the 1945 Constitution. If Indonesian society is upset with current corruption, unfair treatment, and corrupt official and if the political power of the *Mahkamah* is there, the *Mahkamah* might become more powerful than the technical words as stated in the 1945 Constitution and have the real power to drive the realization of the 1945 Constitution.

### Bibliography

Decision Number 49/PUU-IX/2011, dated 18 October 2011

Ahdieh, Robert B, *Russia's Constitutional Revolution : Legal Consciousness and the Transition to Democracy, 1985 - 1995*, University Park (Pennsylvania State University Press, 1997)

ANA, 'Investigasi Mahkamah Konstitusi : MK Bentuk Panel Etik Untuk Arsyad', *Kompas Cetak* (Jakarta), 2012, 5 <<http://pik.kompas.co.id/PRABAYAR/detail.cfm?item=11&startrow=1&style=advanced&session=1349524011845>>

ANA, 'MK Lapor Polisi : Panitera Pengganti Makhfud Akan Melawan', *Kompas Cetak* (Jakarta), 15 Dec 2010 2012, 15 <<http://pik.kompas.co.id/PRABAYAR/detail.cfm?item=10&startrow=1&style=advanced&session=1349524011829>>

ANA, NWO, 'Pemalsuan Surat MK : Ketidakberesan Pemilu Bisa Makin Terungkap', *Kompas Cetak* (Jakarta), 2012, 1 <<http://pik.kompas.co.id/PRABAYAR/detail.cfm?item=15&startrow=1&style=basic&session=1349524605173>>

Asshidiqqie, Jimly Prof Dr, *The Constitutional Law of Indonesia: A Comprehensive Overview* (Sweet & Maxwell Asia, 2009)

ATO, RAY, NTA, DMU, TRA, 'Nazaruddin Ancam Akan Buka Borok MK : Presiden, Ini Bukan Hal Remeh', *Kompas Cetak* (Jakarta), 2012, 1 <<http://pik.kompas.co.id/PRABAYAR/detail.cfm?item=15&startrow=1&style=advanced&session=1349524011970>>

Balquni, *MK berang sengketa pilkada ditangani MA | merdeka.com* (2012) Merdeka <<http://www.merdeka.com/peristiwa/mk-berang-sengketa-pilkada-ditangani-ma.html>>

Butt, Simon, *Judicial Review in Indonesia: Between Civil Law and Accountability? A Study of Constitutional Court Decision* (PhD Thesis, University of Melbourne, 2006)

Caldeira, Gregory A, 'Public Opinion and the US Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan' (1987) 81 *American Political Science Review* 1139

EDN, NTA, NWO, 'Dewan Mengesahkan UU MK - Dinilai Langgar UUD 1945', *Kompas Cetak* (Jakarta), 22 June 2011

Epstein, Lee, Jack Knight and Olga Shvetsova, 'The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance Democratic Systems of Government ' (2001) 35(1) *Law & Society Review* 117

Eskridge, William N., Philip P. Frickey and Lani Guinier, 'Law As Equilibrium' 108(1) *Harvard Law Review* 23

- Gibson, James L, Gregory A Caldeira and Vanessa A Baird, 'On the Legitimacy of High Courts' (1998) (92) *American Political Science Review* 343
- Harding, Andrew; Peter Leyland, 'The Constitutional Court of Thailand and Indonesia : Two Case Studies From South East Asia' in Andrew; Peter Leyland Harding (ed), *Constitutional Court : A Comparative Study*, JCLStudies in Comparative Law (Windy, Simmonds & Hill Publishing, 2009)
- Harman, Benny, *Perkembangan Pemikiran Mengenai Perlunya Pengujian UU Terhadap UUD Dalam Sejarah Ketatanegaraan Indonesia (1945-2004) (The Development of Legal Thought on the Judicial Review Act of Parliament Against the Constitution in the Indonesia Constitutional History)* (PhD Thesis, University of Indonesia, 2006)
- Hendrianto, *From Humble Beginnings to a Functioning Court: The Indonesian Constitutional Court, 2003-2008* (PhD Thesis, University of Washington 2008)
- Indrayana, Denny, *Indonesian Constitutional Reform 1999 - 2002 : An Evaluation of Constitution-Making In Transition* (Kompas Book Publishing 2008)
- NTA, ANA, 'DPR Membatasi Kewenangan MK - MK Dilarang Memutus Melebihi Permohonan', *Kompas Cetak* (Jakarta), 15 June 2011
- Remington, Thomas F, Steven Smith and Moshe Haspel, 'Decrees, Laws, Interbranch Relations in the Russian Federation' (1998) (14) *Post Soviet Affairs* 287
- Rodriguez, Daniel B, 'The Positive Political Dimension of Regulatory Reform' (1994) 72 *Washington University Law Quarter* 1
- Sharlet, Robert, 'Transitional Constitutionalism : Politics and Law in the Second Russian Republic' (1996) (14) *Wisconsin International Law*
- Siahaan, Maruarar, *Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi (The Implementation of Constitutional Court Decision)* (PhD Thesis, Dissertation Thesis, University of Diponegoro, 2010)
- Smith, Gordon B, *Reforming the Russian Legal System* (Cambridge University Press, 1996)
- Vanberg, Georg, *The Politics of Constitutional Review : Constitutional Court and Parliament in Germany* (Ph.D Thesis, University of Rochester, 1999)
- Volcansek, Mary L, 'Judicial Activism in Italy ' in KM Holland (ed), *Judicial Activism in a Comparative Perspective* (St Martin, 1991)
- Zoelva, Hamdan, 'Hubungan Mahkamah Konstitusi dengan Lembaga Negara Lainnya (Constitutional Court and relate State Institution)' (2006) (January - March ) *Jentera Jurnal Hukum*

## Prinsip *Checks and Balances* dalam Pengusulan dan Penetapan Anggota Panwaslu oleh Bawaslu

Luthfi Widagdo

### PENDAHULUAN

Pada mulanya Pasal 93, Pasal 94 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 95 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (UU 22/2007) berbunyi:

#### ***Pasal 93***

*Calon anggota Panwaslu Provinsi diusulkan oleh KPU Provinsi kepada Bawaslu sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya ditetapkan dengan keputusan Bawaslu sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Provinsi terpilih setelah melalui uji kelayakan dan kepatutan.*

#### ***Pasal 94***

*(1) Calon anggota Panwaslu Kabupaten/Kota untuk Pemilu Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, serta Pemilu Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi diusulkan oleh KPU Kabupaten/Kota kepada Panwaslu Provinsi sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya dipilih sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Kabupaten/Kota setelah melalui uji kelayakan dan kepatutan dan ditetapkan dengan keputusan Bawaslu.*

*(2) Calon anggota Panwaslu Kabupaten/Kota untuk Pemilu Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten/Kota diusulkan oleh KPU Kabupaten/Kota kepada Bawaslu sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya dipilih sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Kabupaten/Kota setelah melalui uji kelayakan dan kepatutan dan ditetapkan dengan keputusan Bawaslu.*

#### ***Pasal 95***

*Calon anggota Panwaslu Kecamatan diusulkan oleh KPU Kabupaten/Kota kepada Panwaslu Kabupaten/Kota sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya dipilih sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Kecamatan dan ditetapkan dengan keputusan Panwaslu Kabupaten/Kota."*

Sepintas pembagian kewenangan antara komisi pemilihan umum dan pengawas pemilihan umum tersebut merupakan bagian dari prinsip *checks and balances*. Akan tetapi, pada tanggal 12 Maret 2010 dalam putusan Nomor 11/PUU-VIII/2010, Mahkamah Konstitusi (MK) telah memutuskan bahwa kata, "Calon", dan frasa, "... diusulkan oleh KPU Provinsi kepada Bawaslu sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya ...." dalam Pasal 93; kata, "Calon" serta frasa "... diusulkan oleh KPU Kabupaten/Kota kepada Panwaslu Provinsi



*sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya ....” dalam Pasal 94 ayat (1) dan ayat (2); kata, “Calon” dan frasa, “... diusulkan oleh KPU Kabupaten/Kota kepada Panwaslu Kabupaten/Kota sebanyak 6 (enam) orang untuk selanjutnya ....” dalam Pasal 95 UU 22/2007 tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.*

Dengan demikian, pasal-pasal UU 22/2007 tersebut menjadi berbunyi:

***“Pasal 93***

*Anggota Panwaslu Provinsi ditetapkan dengan keputusan Bawaslu sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Provinsi terpilih setelah melalui uji kelayakan dan kepatutan.*

***Pasal 94***

*(1) Anggota Panwaslu Kabupaten/Kota untuk Pemilu Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, serta Pemilu Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi dipilih sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Kabupaten/Kota setelah melalui uji kelayakan dan kepatutan dan ditetapkan dengan keputusan Bawaslu.*

*(2) Anggota Panwaslu Kabupaten/Kota untuk Pemilu Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten/Kota dipilih sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Kabupaten/Kota setelah melalui uji kelayakan dan kepatutan dan ditetapkan dengan keputusan Bawaslu.*

***Pasal 95***

*Anggota Panwaslu Kecamatan dipilih sebanyak 3 (tiga) orang sebagai anggota Panwaslu Kecamatan dan ditetapkan dengan keputusan Panwaslu Kabupaten/Kota.”*

Putusan demikian didasarkan permohonan Nur Hidayat Sardini, S.Sos, M.Si., Wahidah Suaib, S.Ag, M.Si., SF. Agustiani Tio Fridelina Sitorus, S.E., Bambang Eka Cahya Widodo, S.IP, M.Si., dan Wirdyaningsih, SH, M.H. sebagai Ketua dan Anggota Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) periode 2008-2013 yang mempermasalahkan adanya ketentuan Pasal 93, Pasal 94 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 95 UU 22/2007 bahwa calon anggota pengawas pemilihan umum diusulkan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU) dan ditetapkan oleh Bawaslu.

Tulisan ini bermaksud mengkaji dan menganalisis putusan MK tersebut dalam kaitannya dengan isu hukum proporsionalitas hubungan yang saling mengimbangi antara KPU dan Bawaslu.

## PEMBAHASAN

Secara prinsip, tentu saja ada perbedaan mencolok antara kedudukan KPU dan pengawas Pemilu (Panwaslu/Bawaslu) pasca diberlakukannya UU 22/2007 dan pasca keberlakuan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1999 tentang Pemilihan Umum dan aturan selanjutnya. Perubahan demikian didasarkan pada reformasi konstitusi pada 1999-2002 yang mencetuskan norma terbaru mengenai penyelenggaraan pemilihan umum (Pemilu), "komisi pemilihan umum", dan institusi MK yang berwenang mengadili dan memeriksa hasil pemilihan umum yang kemudian diperluas maknanya termasuk pemilihan umum kepala daerah oleh undang-undang<sup>77</sup>, serta politik hukum pembuat kebijakan (*policy maker*).

Soedarsono, mantan hakim konstitusi dalam buku *Mahkamah Konstitusi Sebagai Pengawal Demokrasi, Penyelesaian Sengketa Hasil Pemilu 2004 Oleh Mahkamah Konstitusi* (2004) menjelaskan kedudukan KPU dan pengawas Pemilu dalam perspektif Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1999 tentang Pemilihan Umum sebagai berikut:

*"Dalam UU No. 3 Tahun 1999 tentang Pemilihan Umum, disebutkan penyelenggaraan pemilihan umum dilakukan oleh KPU yang bebas dan mandiri, yang terdiri dari unsur partai-partai politik peserta pemilu dan pemerintah, yang bertanggungjawab kepada Presiden (Pasal 8 ayat (2)). Dengan demikian KPU merupakan satu-satunya lembaga yang berwenang untuk menyelenggarakan Pemilu. Kemudian dalam Pasal 10, disebutkan tugas dan wewenang KPU adalah: (1) Merencanakan dan mempersiapkan pelaksanaan pemilihan umum; (2) Menerima, meneliti, dan menetapkan partai-partai politik yang berhak sebagai peserta Pemilu; (3) Membentuk Panitia Pemilihan Indonesia (PPI) dan mengkoordinasikan kegiatan pemilihan umum mulai ditingkat pusat sampai Tempat Pemungutan Suara (TPS); (4) Menetapkan jumlah kursi anggota DPR, DPRD I dan DPRD II untuk setiap daerah pemilihan; (5) Menetapkan keseluruhan hasil pemilihan umum di semua daerah pemilihan untuk DPR, DPRD I, dan DPRD II; (6) Mengumpulkan dan mensistematisasikan bahan-bahan serta data hasil pemilihan umum; dan (7) Memimpin tahapan kegiatan pemilihan umum.*

Berkaitan dengan keberadaan dan tugas serta wewenang yang dimiliki KPU sebagai penyelenggara tunggal pemilihan umum, keberfungsian KPU akan sangat berdampak signifikan terhadap kesuksesan penyelenggaraan pemilihan umum. Maksimalisasi fungsi KPU menjadi salah satu syarat utama guna suksesnya penyelenggaraan pemilihan umum. Tingkat keberfungsian KPU sendiri sangat dipengaruhi oleh kinerja dari pimpinan dan anggota KPU. Semakin tinggi dan maksimal kinerja para anggota dan pimpinan KPU akan berdampak positif pada keberfungsian KPU. Dan semakin berfungsinya KPU maka akan secara signifikan berpengaruh pada sukses tidaknya penyelenggaraan Pemilu.

Selain kedua institusi penyelenggara Pemilu di atas, kesuksesan penyelenggaraan pemilihan umum juga dipengaruhi oleh keberfungsian dari institusi yang melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan pemilihan umum. Institusi dimaksud (seperti diamanatkan dalam UU No. 3 Tahun 1999 tentang Pemilihan Umum, Pasal 24-27) adalah Panitia Pengawas Pemilihan Umum (Panwaslu). Berbeda dengan institusi pengawas Pemilu pada masa Orde Baru, di mana pimpinan dan keanggotaannya adalah unsur dari Kejaksaan Agung, unsur hakim, perguruan tinggi, dan masyarakat serta diketuai oleh salah seorang Hakim Agung. Panwaslu sendiri berdasarkan Pasal 26, memiliki tugas dan kewenangan

untuk; pertama, mengawasi semua tahapan penyelenggaraan pemilihan umum; kedua, menyelesaikan sengketa atas perselisihan yang timbul dalam penyelenggaraan pemilihan umum; dan ketiga, menindaklanjuti temuan, sengketa, dan perselisihan yang tidak dapat diselesaikan untuk dilaporkan pada instansi penegak hukum. Dalam kaitan ini, Panwaslu bertindak sebagai wasit dan juri dari pelaksanaan pemilihan umum.” (Soedarsono, 2004: 61-62)

UUD 1945 pasca perubahan kemudian menentukan, pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum<sup>78</sup> yang bersifat nasional, tetap dan mandiri [Pasal 22E ayat (5) UUD 1945<sup>79</sup>] yang didasarkan atas asas pemilihan: langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil [Pasal 22E ayat (1) UUD 1945<sup>80</sup>].

Dalam pengaturan berikutnya, ada beberapa peraturan perundang-undangan atau keputusan yang terkait dengan Pengawas Pemilu untuk Pemilu 2004 yang dilaksanakan untuk memilih Anggota Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Anggota Dewan Perwakilan Daerah (DPD), dan Anggota Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) serta Presiden dan Wakil Presiden. Menurut The International Foundation for Electoral Systems (IFES), kerangka hukum pokok telah diatur dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD dan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden. Undang-undang yang disebut terakhir, yang diberlakukan kemudian, pada dasarnya mencerminkan isi undang-undang yang disebutkan sebelumnya, kecuali tentang pasal-pasal yang khusus berlaku hanya dalam Pemilu Presiden dan Wakil Presiden. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 juga berisi pasal-pasal yang dimaksudkan untuk melengkapi Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 berkenaan dengan masalah kewenangan dan operasional lembaga-lembaga penyelenggara dan pengawas Pemilu, khususnya bagi yang belum diatur dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tersebut.<sup>81</sup>

*“Walaupun bertanggung jawab sepenuhnya kepada KPU, karena anggarannya juga berasal dari KPU, Pengawas Pemilu adalah sebuah lembaga yang mandiri. Dalam pelaksanaan tugasnya, Pengawas Pemilu mengawasi penyelenggaraan Pemilu dan KPU tidak dapat mempengaruhinya. Struktur administratif yang didasari oleh Undang-undang No. 12 Tahun 2003 dan Undang-undang No. 23 Tahun 2003 adalah sumber berbagai ketegangan antara KPU dan Pengawas Pemilu. Ini juga merupakan sumber kebingungan yang banyak muncul pada masyarakat umum.”<sup>82</sup>*

Menurut IFES, salah satu duri terbesar dalam hubungan antara KPU dan Pengawas Pemilu pada masa itu adalah kewenangan Pengawas Pemilu yang luas. Secara lebih khusus, masalah apakah KPU dapat menjadi pihak yang bersengketa di dalam kewenangan Pengawas Pemilu merupakan inti dari perdebatan tersebut.

“Masalah ini berakar pada ketidakjelasan undang-undang itu sendiri. Undang-Undang No. 12 Tahun 2003 dan Undang-Undang No. 23 Tahun 2003 tidak secara jelas menyatakan ataupun mendefinisikan siapa yang menjadi subyek atau pihak yang bersengketa. Undang-undang juga tidak mendefinisikan dengan jelas kasus-kasus apa yang dapat diselesaikan oleh Pengawas Pemilu.”<sup>83</sup>

Kemudian muncul ketentuan Pasal 1 angka 5, angka 6, dan angka 7 UU 22/2007, yang menyatakan, penyelenggara Pemilu adalah lembaga yang menyelenggarakan Pemilu untuk memilih anggota DPR, DPD, DPRD dan Presiden dan Wakil Presiden, serta Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah secara langsung oleh rakyat dan Penyelenggara Pemilu adalah KPU, KPU Provinsi, dan KPU Kabupaten/Kota.

UU 22/2007, pada ketentuan Pasal 1 angka 15 dan angka 16 menyatakan bahwa Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) adalah badan yang bertugas mengawasi penyelenggaraan Pemilu di seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia dan Panitia Pengawas Pemilu Provinsi dan Panitia Pengawas Pemilu Kabupaten/Kota (Panwaslu Provinsi dan Panwaslu Kabupaten/Kota) adalah Panitia yang dibentuk oleh Bawaslu untuk mengawasi penyelenggaraan Pemilu di wilayah provinsi dan kabupaten/kota.

### **Siapa yang Berhak Mencalonkan dan Mengangkat Anggota Panwaslu?**

Pemohon dalam permohonan yang diregistrasi dengan Nomor 11/PUU-VIII/2010 mendalilkan bahwa fungsi dan tugas pokok Bawaslu beserta jajarannya tidak dapat dijalankan secara optimal karena tidak mandiri dan tidak sepenuhnya tetap. Tidak mandiri karena proses rekrutmen anggota Panwaslu dilaksanakan oleh Tim Seleksi bentukan KPU dan pembentukan Panwaslu di provinsi dan Kabupaten/Kota tidak dapat dijalankan sendiri sepenuhnya oleh Bawaslu; dan tidak tetap karena hanya Bawaslu saja yang bersifat tetap tetapi pengawas lainnya belum bersifat tetap padahal fungsi pengawasan dilakukan terhadap seluruh tahapan penyelenggaraan Pemilu.<sup>84</sup>

Menurut Pemohon, keadaan di atas juga memberikan kontribusi pada sikap “defensif” KPU dan jajarannya pada fungsi pengawasan yang dilakukan oleh Bawaslu beserta aparat pengawasannya. Salah satu sikap dimaksud berkaitan dengan potensi politisasi proses rekrutmen atas anggota Panitia Pengawas pada pemilihan umum kepala daerah dan wakil kepala daerah (Pemilukada). Ada indikasi kuat, KPU dengan secara sistematis dan sengaja memilih calon-calon yang berpihak pada kepentingannya sendiri bukan pada kehendak kuat untuk dapat melaksanakan pengawasan secara transparan dan akuntabel.

Pemohon kemudian mendalilkan hal-hal sebagai berikut:

“Kecenderungan untuk bertindak parsial dalam proses rekrutmen Bawaslu, Panwaslu Provinsi, dan Panwaslu Kabupaten/Kota oleh KPU, KPU Provinsi, dan KPU Kabupaten/Kota merupakan ancaman dan serangan serius terhadap asas penyelenggaraan Pemilu yang langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, adil, dan demokratis.

Pada tahun 2010, ada sekitar 244 (dua ratus empat puluh empat) daerah akan menyelenggarakan Pemilu. Keseluruhan proses dimaksud terdiri dari: 7 (tujuh) pemilihan kepala daerah provinsi, 202 (dua ratus dua) pemilihan kepala daerah kabupaten, dan 35 (tiga puluh lima) pemilihan kepala daerah kota. Berkenaan dengan hal tersebut, Bawaslu perlu mengelola dan mengorganisasikan pembentukan Panitia Pengawas Pemilihan Umum yang lebih baik untuk menjamin dan memastikan agar kualitas Pemilu menjadi lebih baik dari sebelumnya.

Berdasarkan uraian di atas, masalah pembentukan panitia pengawas Pemilu bukan hanya terletak pada problem waktu dan kuantitas jumlah panitia yang harus dibentuk saja, tetapi juga jaminan agar calon pengawas yang dihasilkan dari proses rekrutmen mempunyai

sikap independen dan objektif terhadap penyelenggaraan dan penyelenggara Pemilu sebagai objek dari pengawasan.

*...Secara prosedural, KPU beserta jajarannya mempunyai kewenangan yang sangat kuat untuk menentukan calon anggota pengawas. Pada konteks penentuan calon anggota Bawaslu, KPU mempunyai kewenangan untuk membentuk Tim Seleksi untuk menetapkan calon anggota Bawaslu yang akan diajukan kepada Dewan Perwakilan Rakyat [Pasal 87 ayat (1) UU Nomor 22 Tahun 2007]. Sementara itu, calon anggota Panwaslu Provinsi diusulkan langsung oleh KPU Provinsi kepada Bawaslu tanpa melalui Tim Seleksi [Pasal 93 ayat (1) UU Nomor 22 Tahun 2007], dan calon anggota Panwaslu Kabupaten/Kota juga diusulkan oleh KPU Kabupaten/Kota kepada Bawaslu dan/atau Panwaslu sesuai dengan jenis Pemilunya [Pasal 94 ayat (1) dan (2) UU Nomor 22 Tahun 2007]. Hal serupa juga terjadi dengan anggota Panwaslu Kecamatan yang diusulkan sendiri oleh KPU Kabupaten/Kota kepada Panwaslu Kabupaten/Kota.”<sup>85</sup>*

MK dalam pendapatnya, membenarkan dalil-dalil Pemohon tersebut. Menurut MK, mekanisme rekrutmen dalam ketentuan tersebut di samping akan mengakibatkan anggota-anggota pengawas pemilu menjadi tergantung pada KPU, sehingga kemandiriannya terganggu, juga sangat potensial mengakibatkan saling menghambat dalam penentuan anggota pengawas Pemilu antara Bawaslu atau Panwaslu dengan KPU, KPU Provinsi, atau KPU Kabupaten/Kota.

*“Hal ini mengakibatkan terjadinya calon yang diusulkan oleh KPU, KPU Provinsi, atau KPU Kabupaten/Kota tidak ditetapkan oleh Bawaslu atau Panwas, atau sebaliknya KPU, KPU Provinsi, atau KPU Kabupaten/Kota tidak mengajukan calon Panwas sehingga tidak ada anggota Panwas yang ditetapkan oleh Bawaslu atau Panwas. Ketentuan yang demikian menimbulkan ketidakpastian hukum serta mengganggu terselenggaranya pemilihan umum secara periodik yang luber dan jurdil sebagai bentuk pelaksanaan kedaulatan rakyat yang diamanatkan oleh UUD 1945. Prosedur rekrutmen yang demikian tidak memenuhi sifat mandiri sebagaimana yang diamanatkan oleh UUD 1945, karena calon yang akan mengawasi justru diusulkan oleh lembaga yang akan diawasi.”<sup>86</sup>*

Dengan demikian, menurut MK, ketentuan mengenai rekrutmen anggota Panwas yang harus diusulkan oleh KPU Provinsi untuk Panwas Provinsi serta KPU Kabupaten/Kota untuk Panwas Kabupaten/Kota bertentangan dengan Pasal 22E ayat (1) dan ayat (5), serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Oleh karena itu, untuk menjamin kepastian hukum yang adil dan menghindari terganggunya penyelenggaraan Pemilu, maka pencalonan dan pengangkatan anggota Panwaslu cukup dilakukan oleh satu lembaga saja, yaitu Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) atau Panwaslu.

### **Nasib 192 Panitia Pengawas Pemilu**

Berdasarkan fakta dalam persidangan, muncul masalah lain yang perlu diselesaikan. Menurut Pasal 71 UU 22/2007, Panwaslu Provinsi, Panwaslu Kabupaten/Kota, Panwaslu Kecamatan, Pengawas Pemilu Lapangan, dan Pengawas Pemilu Luar Negeri dibentuk paling lambat 1 (satu) bulan sebelum tahapan pertama penyelenggaraan Pemilu. Untuk memenuhi hal itu, KPU dan Bawaslu telah membentuk 192 Panitia Pengawas Pemilu (Pemilukada) baik tingkat provinsi maupun tingkat kabupaten/kota yang pembentukannya didasarkan pada Surat Edaran Bersama KPU dan Bawaslu Nomor 1669/KPU/XII/2009 tanggal 9 Desember 2009.

Terjadi perbedaan pendapat antara KPU dan Bawaslu tentang Surat Edaran Bersama KPU dan Bawaslu Nomor 1669/KPU/XII/2009 tanggal 9 Desember 2009 yang menjadi dasar pembentukan Panwaslu provinsi dan kabupaten/kota, namun secara sepihak oleh KPU, Panwas yang sudah terbentuk tidak diakui keberadaannya. Hal tersebut didasarkan Surat Komisi Pemilihan Umum Nomor 50/KPU/II/2010 tanggal 4 Februari 2010 perihal Pembatalan Surat Edaran Bersama antara Komisi Pemilihan Umum dengan Badan Pengawas Pemilihan Umum dan Pengembalian kepada Ketentuan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 dan/atau Fatwa Mahkamah Agung Nomor: 142/KMA/XI/2009 tanggal 23 November 2009, dan Surat Komisi Pemilihan Umum Nomor 54/KPU/II/2010 tanggal 5 Februari 2010 perihal Tindak Lanjut Surat KPU Nomor 50/KPU/II/2010.

Akibat perselisihan tersebut, pelaksanaan tugas dan fungsi pengawasan oleh Badan Pengawas Pemilihan Umum, Panwaslu Provinsi, dan Panwaslu Kabupaten/Kota tidak dapat berjalan secara maksimal. Oleh karena itu, menurut MK, demi kemanfaatan dan efektivitas dari pelaksanaan Pemilukada tahun 2010 yang tahapannya sudah dimulai serta terciptanya kondisi yang kondusif di daerah-daerah yang akan menyelenggarakan pemilukada, dan demi kepastian hukum yang adil serta terciptanya prinsip saling mengawasi dan mengimbangi agar Pemilukada berjalan sesuai dengan asas *luber dan jurdil* sesuai Pasal 22E ayat (1) UUD 1945, maka 192 Panwas yang terdiri atas 7 Panwaslu Provinsi dan 185 Panwaslu Kabupaten/Kota harus dinyatakan sah dan dapat menjalankan tugas, fungsi, dan wewenang masing-masing sesuai Undang-Undang.

Hal ini ditetapkan juga di dalam Amar Putusan yaitu: "Menyatakan Panitia Pengawas Pemilu yang sudah dibentuk adalah sah dan dapat melaksanakan tugas, fungsi, dan wewenang masing-masing sesuai dengan Undang-Undang".

### **Prinsip *Checks and Balances***

Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 menyatakan, kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah MK.

Berdasarkan ketentuan tersebut, MK merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman selain Mahkamah Agung. Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Dengan demikian, MK adalah suatu lembaga peradilan, sebagai cabang kekuasaan yudikatif, yang mengadili perkara-perkara tertentu yang menjadi kewenangannya berdasarkan ketentuan UUD 1945.

Menurut Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang ditegaskan kembali dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a sampai dengan d UU 24/2003, kewenangan MK adalah menguji undang-undang terhadap UUD 1945; memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945; memutus pembubaran partai politik; dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Selain itu, berdasarkan Pasal 7 ayat (1) sampai dengan (5) dan Pasal 24C ayat (2) UUD 1945 yang ditegaskan lagi oleh Pasal 10 ayat (2) UU 24/2003, kewajiban MK adalah memberikan keputusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum, atau perbuatan tercela, atau tidak memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945.

Berdasarkan empat wewenang dan satu kewajiban yang dimilikinya, Jimly Asshidiqie beranggapan, MK merupakan pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*). Hal itu juga membawa konsekuensi MK berfungsi sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*). Konstitusi sebagai hukum tertinggi mengatur penyelenggaraan negara berdasarkan prinsip demokrasi dan salah satu fungsi konstitusi adalah melindungi hak asasi manusia yang dijamin dalam konstitusi sehingga menjadi hak konstitusional warga negara. Karena itu, MK juga berfungsi sebagai pengawal demokrasi (*the guardian of the democracy*), pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of the citizen's constitutional rights*) serta pelindung Hak Asasi Manusia (*the protector of human rights*). (Asshiddiqie, 2008: 39).

Pendapat MK telah menyatakan, mekanisme rekrutmen dalam ketentuan yang diuji dalam perkara 11/PUU-VIII/2010, “di samping akan mengakibatkan anggota-anggota pengawas pemilu menjadi tergantung pada KPU, sehingga kemandiriannya terganggu, juga sangat potensial mengakibatkan saling menghambat dalam penentuan anggota pengawas Pemilu antara Bawaslu atau Panwaslu dengan KPU, KPU Provinsi, atau KPU Kabupaten/Kota”. Pendapat demikian, menurut penulis, merupakan bentuk manifestasi kewenangan konstitusional MK dalam penentuan dan pemastian prinsip *checks and balances*<sup>87</sup> yang menempatkan semua lembaga negara dalam kedudukan setara sehingga terdapat keseimbangan dalam penyelenggaraan negara.<sup>88</sup> MK menjadi penentu relasi *checks and balances* tersebut dengan mendasarkan pada rasionalitas proporsional atas hubungan satu lembaga negara dengan lembaga negara lain.

Prinsip *checks and balances* umumnya dihubungkan dengan pemisahan (*separation of power*) cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif sehingga sama-sama sederajat dan saling mengontrol satu sama lain. Jimly Asshiddiqie beranggapan, dengan adanya prinsip *checks and balances*, 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.<sup>89</sup> (Asshiddiqie, 2004: 59)

Menurut Harjono, *checks and balances* menjadi dibutuhkan jika antarcabang-cabang pemerintahan memiliki otonomi yang cukup kuat untuk tidak tergantung kepada cabang pemerintahan yang lain. Namun, penyelenggaraan pemerintahan tetap didasarkan atas kesisteman yang dibangun secara komprehensif antarcabang-cabang pemerintahan yang ada. (Harjono, 2009: 44)

MK dalam Putusan Nomor 3/PUU-VI/2008 telah menegaskan betapa pentingnya menjaga prinsip *checks and balances* tersebut. Menurut MK, bekerjanya mekanisme saling mengawasi dan mengimbangi (*checks and balances*) antarlembaga atau antarorgan negara dalam negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasar atas hukum, merupakan salah satu mekanisme untuk menegakkan prinsip *constitutionalism* yang merupakan syarat pertama negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasar atas hukum.<sup>90</sup>

Sir Wiliam Ivor Jennings dalam bukunya *Principal of Local Government Law* (1948) mengemukakan, *"In nearly every country, and certainly in every democratic state, there is a division of the functions of government among various kinds of authorities. It was formerly thought, and its still thought by some, that this division was based upon the nature of the functions exercised."* (Riyanto, 2009: 641)

Fungsi, menurut C.S.T Kansil dan Christine S.T. Kansil, ialah suatu lingkungan kerja dalam hubungan dengan keseluruhannya dan tidak terlepas satu sama lain selaku bagian-bagian untuk mencapai tujuan. Dengan demikian, fungsi menentukan kedudukan suatu badan. Satu fungsi dapat dipegang oleh satu badan atau lebih dan sebaliknya, beberapa fungsi dapat dipegang oleh satu badan. (Kansil, 2000: 166).

Dalam konteks tersebut, yang perlu diperhatikan lebih lanjut adalah mengenai pengistilahan tugas, fungsi, dan wewenang yang sering dipakai saling dipertukarkan (*interchangeable*), sehingga kadang-kadang menjadi tidak jelas artinya. (Siahaan, 2008: 8). Menurut Harjono, fungsi mempunyai makna yang lebih luas dari tugas. Kata "tugas" digunakan untuk menyebut aktivitas-aktivitas yang diperlukan agar fungsi dapat terlaksana. Gabungan dari tugas-tugas adalah operasionalisasi dari sebuah fungsi yang sifatnya ke dalam, sedangkan aspek keluar tugas tersebut adalah wewenang. (Arifin, et al., 2005: 19)

Fungsi dan kewenangan KPU telah dijelaskan UU 22/2007, yang dalam penjelasan umumnya menyatakan,

*"Dalam Undang-Undang ini diatur mengenai penyelenggara pemilihan umum yang dilaksanakan oleh suatu komisi pemilihan umum, selanjutnya disebut Komisi Pemilihan Umum (KPU), yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Sifat nasional mencerminkan bahwa wilayah kerja dan tanggung jawab KPU sebagai penyelenggara pemilihan umum mencakup seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Sifat tetap menunjukkan KPU sebagai lembaga yang menjalankan tugas secara berkesinambungan meskipun dibatasi oleh masa jabatan tertentu. Sifat mandiri menegaskan KPU dalam menyelenggarakan dan melaksanakan pemilihan umum bebas dari pengaruh pihak mana pun."*

Fungsi dan kewenangan pengawas Pemilu juga dijelaskan UU 22/2007, yang dalam penjelasan umumnya menyatakan,

*"Dalam penyelenggaraan pemilihan umum, diperlukan adanya suatu pengawasan untuk menjamin agar pemilihan umum tersebut benar-benar dilaksanakan berdasarkan asas pemilihan umum dan peraturan perundang-undangan. Untuk mengawasi penyelenggaraan pemilihan umum, Undang-Undang ini mengatur mengenai Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) yang bersifat tetap. Fungsi pengawasan intern oleh KPU dilengkapi dengan fungsi pengawasan ekstern yang*



*dilakukan oleh Bawaslu serta Panwaslu Provinsi, Panwaslu Kabupaten/Kota, Panwaslu Kecamatan, Pengawas Pemilu Lapangan, dan Pengawas Pemilu Luar Negeri. Pembentukan Pengawas Pemilu tersebut tidak dimaksudkan untuk mengurangi kemandirian dan kewenangan KPU sebagai penyelenggara pemilihan umum.”*

Maksud perbedaan kedua fungsi tersebut tentu saja dalam rangka mencegah dan menanggulangi penyalahgunaan kekuasaan penyelenggara oleh salah satu organ. Atas dasar rasionalitas proporsional itulah, MK berpendapat, aturan mengenai rekrutmen anggota Panwas yang harus diusulkan oleh KPU Provinsi untuk Panwas Provinsi serta KPU Kabupaten/Kota untuk Panwas Kabupaten/Kota bertentangan dengan konstitusi karena calon yang akan mengawasi justru diusulkan oleh lembaga yang akan diawasi.

Dengan konstruksi demikian, penting untuk disadari bahwa tugas MK, sebagaimana halnya tugas setiap yuris, tidak berhenti pada upaya merekonstruksi fakta-fakta sejarah perumusan suatu norma hukum melainkan pada upaya menemukan tujuan atau maksud yang ada dibalik rumusan norma hukum itu berdasarkan rekonstruksi atas fakta-fakta sejarah tersebut.<sup>91</sup>

“Dengan cara demikian, suatu norma undang-undang, lebih-lebih norma undang-undang dasar, dibebaskan keterikatannya pada ruang dan waktu sehingga ia senantiasa menjadi norma yang hidup (*living norm*) karena ia lebih terikat ke masa depan yaitu pada tujuan yang hendak dicapai, bukan pada masa lalu atau fakta-fakta sejarah yang melahirkannya. Dengan demikian tafsir konstitusi bukan hanya dilakukan secara tekstual, melainkan juga dengan cara kontekstual sehingga konstitusi tetap aktual.”<sup>92</sup>

## **PENUTUP**

Putusan MK Nomor 11/PUU-VIII/2010 mengandung dua makna hukum. *Pertama*, dalam konteks Indonesia prinsip *checks and balances* tidak hanya dihubungkan dengan pemisahan (*separation of power*) cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Prinsip *checks and balances* menghendaki adanya keseimbangan dan saling mengawasi antar lembaga negara untuk menghindari kekuasaan absolut dari suatu lembaga atau organ negara dan memperhatikan hubungan antara “pengawas dan yang diawasi” yang didasari rasionalitas proporsional hubungan antarlembaga negara (vide Putusan Nomor 23-26/PUU-VIII/2010, bertanggal 12 January 2011).

*Kedua*, perkara Nomor 11/PUU-VIII/2010 sebenarnya mengandung unsur sengketa antara dua lembaga negara, yaitu KPU dan Bawaslu karena tidak hanya terkait dengan interpretasi atas norma, melainkan atas nasib 192 Panitia Pengawas Pemilu yang tidak diakui oleh KPU. Permasalahan demikian ternyata dapat diselesaikan dalam forum pengujian undang-undang terhadap UUD 1945. Hal demikian semakin menguatkan argumen bahwa prinsip *checks and balances* dapat ditegakkan melalui forum pengadilan konstitusional yaitu MK.

## Daftar Pustaka

### Buku

- Arifin, Firmansyah *et al.*, 2005. *Lembaga Negara dan Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*. Jakarta: Konsorsium Reformasi Hukum Nasiona (KRHN) dan Mahkamah Konstitusi.
- Asshiddiqie, Jimly, 2008. *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*. Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MK RI.
- , 2004. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI.
- Harjono, 2009. *Transformasi Demokrasi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- Huda, Miftahul *et.al.*, 2010. *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar negara Republik Indonesia Tahun 1945; Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002; Buku I Latar Belakang, Proses, dan Hasil Perubahan UUD 1945 Edisi Revisi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- Kansil, C.S.T., Christine S.T. Kansil, 2000. *Hukum Tata Negara Republik Indonesia*. Jakarta: Rineka Cipta.
- Riyanto, Astim, 2009. *Teori Konstitusi*. Bandung: Yapemdo.
- Soedarsono, 2004. *Mahkamah Konstitusi Sebagai Pengawal Demokrasi, Penyelesaian Sengketa Hasil Pemilu 2004 Oleh Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI,

### Makalah

- Siahaan, Maruarar, 2008. "Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara". Makalah disampaikan pada Diklat Panitera Pengganti Mahkamah Konstitusi.
- Asshiddiqie, Jimly. 2006. "Tantangan Pelaksanaan UUD 1945 Pasca Perubahan", makalah disampaikan dalam Konvensi Kampus III Forum Rektor Indonesia yang diselenggarakan di Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 11-12 Juli 2006.

### Laman

- The International Foundation for Electoral Systems (IFES) "Laporan Evaluasi tentang Pengawas Pemilu", <[http://www.ifes.org/publication/83276440f271398b5f5ced92255324ae/Panwas\\_Evaluation\\_Report\\_Bahasa.pdf](http://www.ifes.org/publication/83276440f271398b5f5ced92255324ae/Panwas_Evaluation_Report_Bahasa.pdf)> diakses tanggal 8 April 2011.

### Putusan Pengadilan

- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 191/PHPU.D-VIII/2010.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-VIII/2010.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 230/PHPU.D-VIII/2010.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VI/2008.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21-22/PUU-V/2007

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 004/SKLN-IV/2006

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006

## Refleksi Mekanisme *Checks and Balances* dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia:

### Membangun *Share of Responsibility* dan Menghapus *Share of Power*

Rahadiyan Yana

#### Memahami Konsep Negara Hukum: Sebuah Pengantar

Pemahaman atas konsep negara hukum yang diterapkan di Negara Kesatuan Republik Indonesia merupakan sebuah hal yang sangat penting untuk diperhatikan. Undang-Undang Dasar 1945, dalam pasal 1 ayat 3, dengan jelas menegaskan bahwa, Indonesia merupakan sebuah negara hukum (*Rechtsstaat*), bukan sebuah negara yang berada di bawah tekanan sebuah kekuasaan (*Machtsstaat*). Dalam deklarasi tersebut, terkandung pengertian bahwa, dalam bentuk idealnya, Indonesia menolak setiap bentuk *repressive power*, penerapan kekuasaan yang sewenang-wenang, dan melampaui batas. Dalam hal posisi UUD 1945 yang diletakkan pada posisi teratas dalam tata perundangan Indonesia, dapat dipahami bahwa pemerintahan Indonesia berdasarkan atas sistem konstitusional.

Konsep negara hukum harus lebih dipahami sebagai suatu kondisi di dalam masyarakat, yang dinilai mampu mengembangkan hukum dalam negara demokratis yang ditentukan oleh rakyat bagi pengaturan hubungan di antara sesama masyarakat<sup>93</sup>. Hukum idealnya tidak semata-mata hanya mengutamakan *rule and logic*, tetapi juga aspek *social structure and behavior*, artinya hukum tidak bisa dipahami secara sempit dalam perspektif aturan-aturan dan logika, tetapi juga harus berhubungan dengan struktur sosial dan perilaku masyarakat. Demikian Donald Black menjabarkan dalam *the Behaviour of Law* (Academic Press, New York, 1976). Jadi, dalam hal menyoroti fungsi konstitusi dalam membatasi kekuasaan, harus diperhatikan adanya dimensi struktur masyarakat dan perilakunya<sup>94</sup>. Dimensi struktur masyarakat dan perilakunya ini yang kemudian dijadikan dasar dalam pembangunan sistem pemerintahan agar dapat sepenuhnya menjiwai kepribadian bangsa.

Pemerintahan yang demokratis kemudian dipahami sebagai konsep yang dekat kaitannya dengan implementasi konsep negara hukum. Negara demokrasi, Indonesia, yang mengandung sebuah pemerintahan demokratis, idealnya, mengatur secara jelas adanya sebuah pembatasan dan pertanggungjawaban kekuasaan. Negara demokrasi yang berdasar kepada hukum pada dasarnya tidak menerima sistem konsentrasi kekuasaan pada suatu kelompok penguasa, ataupun pada satu tangan kekuasaan. Proses demokrasi dalam sebuah negara dapat dibuktikan dengan adanya sebuah perwujudan pemerintah yang *accountable*, dimana penguasa menunjukkan tiap-tiap pertanggungjawabannya secara terbuka.

Dalam paham negara hukum, hukumlah yang memiliki komando tertinggi dalam penyelenggaraan sistem ketatanegaraan suatu negara. Yang sesungguhnya memimpin dalam penyelenggaraan negara itu adalah hukum itu sendiri sesuai dengan prinsip *the Rule of Law, and not of Man*, yang sejalan dengan pengertian *nomocratie*, yaitu kekuasaan yang dijalankan oleh hukum, *nomos*<sup>95</sup>.

Negara hukum adalah suatu konsep yang bertujuan membatasi kekuasaan<sup>96</sup>. Sebuah konstitusi dipaksakan keberaturannya dalam negara hukum adalah untuk membatasi kekuasaan organ legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Hukum merupakan sebuah hal yang

mutlak ada dalam sebuah negara hukum, sebagai instrumen untuk menciptakan keteraturan sebuah kehidupan berbangsa dan bernegara. Takluknya negara pada hukum tidak dipaksakan pihak lain, melainkan adanya sebuah kepatuhan yang timbul dari dalam negara.

Negara merupakan organisasi kekuasaan dan juga sebagai sistem hukum. Oleh karena itu, kekuasaan harus diatur dan dikendalikan secara efektif oleh hukum. Kekuasaan tanpa hukum akan menjadi absolut dan hukum tanpa kekuasaan tidak akan dibuat dan ditegakkan secara baik<sup>97</sup>.

### **Kekuasaan, *Separated* atau *Distributed*?: Implementasi yang Samar**

Konsep *separation of power* dalam sebuah sistem ketatanegaraan merupakan sebuah hal yang mutlak ada dalam negara hukum. Konsep yang pertama dibawa oleh John Locke dan Montesquieu merupakan sebuah pertimbangan dasar atas munculnya paham *separation of power*. Perkembangan zaman kemudian menuntut akan adanya sebuah pemisahan yang tegas antar organ-organ kekuasaan, yang kemudian menimbulkan teori-teori baru yaitu *distribution of power* atau *division of power*.

*Separation of power* atau dalam bahasa Indonesia diterjemahkan sebagai “pemisahan kekuasaan” kemudian dipahami sebagai teori yang menghadirkan sebuah pembedaan atau pemisahan secara struktural antar organ-organ kekuasaan negara yang tidak saling mencampuri kekuasaannya. Lembaga legislatif kemudian hanya diperkenankan menjalankan kekuasaan legislatif. Hal yang sama, lembaga eksekutif memiliki kewenangan eksekutif yang sepenuhnya. Juga, lembaga yudikatif yang menjalankan tugasnya secara utuh. Sehingga, sebuah organ negara hanya menggenggam satu fungsi kekuasaan, atau sebaliknya, satu fungsi kekuasaan hanya dikuasai oleh sebuah organ kekuasaan negara.

Untuk mempertegas batas-batas sebuah konsep *separation of power*, kemudian dijelaskan secara rinci dalam buku berjudul “*Constitutional Theory*” oleh G. Marshall tentang ciri-ciri doktrin kekuasaan:

1. *Differentiation,*
2. *Legal of compatibility of office holding,*
3. *Isolation, Immunity, and Independent,*
4. *Checks and Balances,*
5. *Co-ordinate state and lack of accountability.*

Seperti yang telah disebutkan sebelumnya bahwa doktrin yang dibawa oleh John Locke dan Montesquieu merupakan sebuah pangkal atas timbulnya teori *separation of power*. Namun, seiring dengan perkembangan zaman yang menuntut sebuah kebaruan, maka timbul konsep tentang *division of power* atau *distribution of power*. Konsep ini merupakan sebuah alasan atas konsep, adalah tidak mungkin dalam suatu sistem ketatanegaraan dalam negara hukum menjalankan pemisahan organ-organ dengan sangat jelas. Walaupun tiap-tiap organ memiliki kekuasaan tertentu dan tidak saling mengintervensi, pada dasarnya organ-organ tersebut saling mempengaruhi satu dengan yang lain, yaitu dalam sebuah sistem *checks and balances*.

Sesuai dengan hukum besi kekuasaan, bahwa setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk mejadi sewenang-wenang. Lord Acton menegaskan pandangan melalui kalimat: *"Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely."* Karena itu, kekuasaan tidak bisa dibiarkan hidup dalam satu organ, melainkan harus dipisah-pisahkan serta didukung dengan adanya sistem *checks and balances*. Mekanisme tersebut memiliki visi untuk mewujudkan sebuah tatanan negara yang sesuai dengan konstitusi.

Indonesia pada dasarnya mengadopsi konsep *separation of power* sejak awal kemerdekaan, namun implementasinya menyimpang karena, dapat dilihat dengan jelas bahwa pada saat itu, presiden berperan sebagai kepala pemerintahan sekaligus kepala negara. Kekuasaan presiden yang mutlak dalam hal pembuatan undang-undang tampak jelas, dan kemudian diperjelas dengan tidak adanya sebuah sistem pengawasandan perimbangan kekuasaan.

Kesadaran atas adanya penyimpangan konstitusi oleh masyarakat bangsa Indonesia kemudian membawa perubahan besar pada tahun 1998. Sebuah amandemen menjadi sebuah harapan besar bagi masyarakat bangsa Indonesia karena dipahami dengan jelas bahwa konstitusi pada waktu itu tidak mampu menciptakan kehidupan pemerintahan yang harmonis. *Separation of power* kemudian disoroti sebagai sebuah hal yang genting untuk diperbarui dalam sejak masa itu. Memurnikan sistem presidensial dianggap sebagai sebuah hal vital untuk membawa Indonesia yang lebih baik. Namun, Moh. Mahfud MD menyatakan dalam sebuah tulisan berjudul "Separation of Power and Independence of Constitutional Court in Indonesia" sebagai berikut:

"Regardless of all of the foregoing, it has to be noted that the idea to purify the presidential system cannot be implemented with certainty because there is no way of ascertaining the system is pure. Every state has a theory that it has developed, but none of them can be regarded as pure, because in reality each state has different domestic values<sup>98</sup>."

Pada dasarnya, sebuah sistem sebaik apapun tidak akan berjalan dengan baik, ketika aktor yang menjalankan fungsinya tidak mengerti betul tentang implementasi sebuah kekuasaan kedalam tanggungjawab. Esensi daripada tanggungjawab kemudian disamakan untuk mendapatkan kekuasaan yang besar. Ego-sektoral menjadi hal yang dianggap sebagai sebuah kewajiban dalam suatu sistem ketatanganan.

### **Idealnya mekanisme *Checks and Balances***

Sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945 pasca amandemen, kekuasaan rakyat ditentukan dibagikan secara horizontal dengan cara memisahkan kekuasaan (*separation of power*) menjadi kekuasaan-kekuasaan yang dinisbatkan sebagai fungsi lembaga-lembaga negara yang sederajat dan saling mengendalikan satu sama lain berdasarkan kepada prinsip *checks and balances*<sup>99</sup>. Ketiga cabang kekuasaan yaitu legislatif, eksekutif, dan yudikatif kemudian dipahami sebagai organ-organ yang sederajat dan saling mengontrol satu sama lain. Prinsip *checks and balances* ini kemudian dianggap sebagai sebuah alat untuk mengontrol negara, sehingga kekuasaan negara dapat diatur dan penyalahgunaan kekuasaan oleh aparat penyelenggara negara ataupun pribadi-pribadi yang menduduki jabatan dalam lembaga-lembaga negara yang bersangkutan dapat dicegah dan ditanggulangi dengan sebaik-baiknya.

Dewasa ini, Indonesia menggunakan Undang-Undang Dasar 1945 pasca amandemen sebagai sumber untuk memperkuat sistem ketatanegaraan yang baik dengan doktrin pemisahan kekuasaan yang didukung prinsip *checks and balances*. Majelis Permusyawaratan Rakyat dipahami sebagai lembaga yang tersendiri disamping fungsinya sebagai rumah penjelmaan seluruh rakyat bangsa Indonesia yang terdiri dari Dewan Perwakilan Rakyat dan Dewan Perwakilan Daerah. Agar seluruh aspirasi rakyat benar-benar dapat dijelmakan ke dalam sebuah organ legislatif di tingkat pusat, prinsip Dewan Perwakilan Rakyat dan Dewan Perwakilan Daerah hakikatnya harus dibedakan. Disamping itu, ada sebuah kekuasaan eksekutif yang dipegang oleh presiden. Di negara-negara yang menganut sistem presidensiil, presiden memiliki kekuasaan yang lebih besar, jika dibandingkan dengan lembaga-lembaga negara yang lain seperti DPR dan Mahkamah Agung. Kekuasaan eksekutif yang dimiliki presiden tidak sekadar karena sistem pemerintahan yang mengaturnya atau menghendaknya sesuai dengan konstitusi, tetapi secara teoretis, sebenarnya ada tiga sumber kewenangan presiden, yaitu Undang-Undang Dasar, Undang-Undang, dan Konvensi<sup>100</sup>. Kekuasaan yudikatif di Indonesia juga menjelma dalam bentuk Mahkamah Agung dan Mahkamah konsitusi yang berhak atas kuasa penuh terhadap kekuasaan kehakiman yang independen.

Namun, prinsip pemisahan kekuasaan yang dipaksakan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia yang idealnya membawa sebuah pemerintahan yang dinamis ternyata tidak terwujud. Ego-sektoral sangat tampak dalam praktik pemerintahan dewasa ini. Seperti yang disebutkan sebelumnya bahwa ego-sektoral sangat kuat tertanam di Indonesia, sehingga sering timbul konflik, misalnya Dewan Perwakilan Rakyat dengan Pemerintah, atau bahkan juga Komisi Pemberantasan Korupsi dengan Kepolisian Indonesia.

Kasus lain yang sangat terlihat adalah tentang peranan presiden dalam area pembuatan undang-undang. Jelas ditegaskan dalam Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 20 bahwa kekuasaan legislasi sepenuhnya diberikan kepada Dewan Perwakilan Rakyat. Namun melalui pasal 5 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 presiden kembali ditarik untuk masuk dalam pembahasan undang-undang. Disini, seringkali mekanisme *checks and balances* dianggap sebagai landasan teoretik diperbolehkannya keterlibatan kewenangan antar lembaga negara.

Idealnya, ketiga cabang kekuasaan legislatif, yudikatif, dan eksekutif itu sama sama sederajat dan saling mengontrol satu sama lain sesuai dengan prinsip *checks and balances*. Dengan adanya prinsip *checks and balances* ini, seharusnya, kekuasaan negara dapat diatur, dibatasi, bahkan dikontrol dengan sebaik-baiknya sehingga penyalahgunaan kekuasaan oleh aparat penyelenggara negara ataupun pribadi-pribadi yang menduduki jabatan kekuasaan dapat dicegah. Namun, implementasi prinsip *checks and balances* yang tidak ideal di Indonesia yang di jadikan alat perlindungan kekuasaan malah menimbulkan masalah-masalah baru seperti yang telah disebutkan dan memunculkan adanya *sector-heavy* atau ego-sektoral.

Pemahaman sebuah terminologi “kekuasaan” dapat dinilai tidak sesuai dengan kepribadian bangsa Indonesia. Dalam permainan kekuasaan, penguasa selalu menggunakan konstitusi, atau setidaknya memahami substansi aturan-aturan konstitusi untuk memberikan justifikasi terhadap semua tindakan dan kebijakan yang diambilnya. Etika dan moralitas bangsa, serta keadilan substantif, yaitu keadilan untuk mendapatkan dan melindungi hak-hak politik, hak-hak ekonomi dan upaya untuk penguatan harkat dan martabat rakyat secara adil dan merata kurang begitu penting<sup>101</sup>. Dalam perspektif

kekuasaan negara modern yang berdasarkan konstitusi, kebiasaan menumpuk, mempertahankan serta memperebutkan kekuasaan, tidak lagi merupakan sebuah budaya politik yang beradab. Karena itu, perlu dikembangkan konsepsibaru untuk menemukan perspektif sebuah kekuasaan yang lebih elegan<sup>102</sup>.

Konsep pembagian kekuasaan dalam kenyataannya di Indonesia tidak berhasil diimplementasikan dengan baik walaupun telah diadopsinya prinsip *checks and balances*. Ego-sektoral menjadi hal yang mudah ditemui, pasalnya masing-masing lembaga negara hanya mementingkan kebutuhan dan kepentingannya.

### ***Share of Responsibility: Sebuah Alternatif Jalan Keluar***

Konsep *share of power* atau *separation of power* dewasa ini dinilai menjadi pemicu utama adanya ego-sektoral dalam praktik kehidupan ketatanegaraan Indonesia. Konflik-konflik antar lembaga negara dapat dinilai sebagai sebuah wujud nyata adanya intensi masing-masing lembaga negara untuk memperkuat legitimasi kekuasaan, mempertahankan masa kekuasaan, bahkan mencari kekuasaan yang lebih tinggi. *Power* atau kekuasaan yang menjadi haknya menjadi sebuah hal yang berada diatas tanggungjawab mengedepankan tanggungjawab memajukan kesejahteraan bangsa dan negara.

*Share of responsibility* merupakan sebuah ide konsep baru untuk menciptakan tatanan dan kehidupan pemerintahan suatu negara yang lebih kondusif dan dinamis. Logikanya, *share of responsibility* merupakan sebuah sistem dimana masing-masing lembaga negara tidak hanya mementingkan kebutuhan dan kepentingan lembaga masing-masing, tetapi lebih fokus pada tujuan yang lebih besar yaitu kepentingan bangsa dan negara. Dengan demikian maka ego-sektoral bisa dihilangkan atau paling tidak diminimalisir.

Sistem *share of responsibility* dinilai dapat memperjelas konsep pemisahan kewenangan yang ada di Indonesia, tanpa mencampur adukan seluruh sistem sesuka hati, dalam konteks ini adalah *checks and balances*, yang kemudian membawa pemahaman bahwa sistem tersebut dijadikan alat mencampuri urusan lembaga lain dan menjatuhkan lembaga lain.

Logika lainnya, terminologi sebuah "*responsibility*" atau "tanggungjawab" dinilai lebih terikat dengan hukum. Sebaliknya, "kekuasaan" atau "power" merupakan sebuah hal yang tidak *externally imposed*, dimana *state-actor* akan lebih mudah menerapkan permainan politik dalam implementasinya. Seperti yang disebutkan, bahwa sebuah negara hukum yang berdasarkan atas konstitusinya akan menolak segala bentuk kekuasaan yang sewenang-wenang. Maka, terminologi *responsibility* dapat dinilai sebagai pemahaman baru yang dapat lebih mudah dipertanggungjawabkan secara hukum sesuai dengan prinsip negara hukum, serta membawa *state-actor* lebih fokus terhadap tanggungjawab untuk memikirkan sebuah kepentingan nasional, bukan kepentingan lembaga negara.

*Share of responsibility* juga merupakan wadah untuk mengembangkan konsep baru tentang komunikasi dan koordinasi antar lembaga negara sehingga tidak terjadi konflik. *Vested interest* masing-masing lembaga negara harus dihilangkan dan fokus pada tanggung jawab bersama atas terciptanya sebuah kesejahteraan bangsa dan negara.



## Kesimpulan

Negara Kesatuan Republik Indonesia merupakan negara hukum. Konsep “kekuasaan” di Indonesia dinilai tidak *in-line* dengan kepribadian bangsa Indonesia. Kekuasaan kerap ditunggangi *vested interest* oknum-oknum tertentu, menjadikan sebuah tirai hitam menutupi tujuan negara.

Konsep pemisahan kekuasaan di Indonesia juga disamarkan dengan pemahaman yang tidak benar sebuah konsep *checks and balances*, dimana kemudian konsep tersebut dijadikan sebagai landasan teoritis atas diijinkan suatu institusi negara mencampuri kekuasaan institusi negara lain. Terminologi “kekuasaan” yang melekat pada tiap-tiap organ negara pada dasarnya tidak tepat, karena terminologi tersebut yang kemudian dapat melemahkan posisi hukum dalam suatu negara.

*Responsibility* merupakan sebuah solusi baru untuk memperjelas konsep pemisahan kekuasaan. Perlu dipahami bahwa *responsibility* pada dasarnya merupakan sebuah tugas, sedangkan *power* adalah kemampuan. Akan lebih baik jika sebuah lembaga negara dilimpahkan sebuah tugas, yang kemudian dapat dipertanggungjawabkan secara hukum, sesuai dengan konsep negara hukum. Namun dewasa ini, sebuah institusi diberikan sebuah kekuasaan, atau kemampuan, dimana didalamnya dengan mudah dimainkan secara politis.

*Share of responsibility* juga merupakan sebuah sistem yang bermaksud membangun mekanisme koordinasi dan komunikasi baru dalam ketatanegaraan Indonesia. Sehingga kepentingan-kepentingan dapat diminimalisir, ego-sektoral dapat direduksi, dan terwujudnya sebuah pemerintahan yang *accountable*.

## Daftar Pustaka

### Buku:

- Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI.
- Asshiddiqie, Jimly, 2010, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta, Rajagrafindo Persada.
- Budiarjo, Miriam, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama.
- Garner, Bryan A, 2000, *Black's Law Dictionary*, USA, West Group.
- Hart, HLA, 2011, *Konsep Hukum*, Jakarta, Nusa Media
- Huda, Ni'matul, 2011, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta, Rajagrafindo Persada.
- Kelsen, Hans, 2009, *General Theory of Law and State*, USA, The Lawbook Exchange, Ltd.
- Pieris, John, 2007, *Pembatasan Konstitusional Kekuasaan Presiden RI*, Jakarta, Pelangi Cendekia.

### Makalah dan Artikel:

- Amsari, Feri, *Pembagian atau Pemisahan Kekuasaan Negara*.
- MD, Moh. Mahfud, *Separation of Power and Independence of Constitutional Court in Indonesia*

## **Penguatan Sistem Pemerintahan Presidensiil dalam Rangka Mewujudkan *Cheks and Balances* dalam Penyusunan Undang-Undang**

**Sulardi**

### **Pendahuluan**

Pemisahan kekuasaan yang dikemukakan oleh Montesquieu dalam *The Spirit of Law* yang kemudian disebut sebagai doktrin Trias Politika oleh Emmanuel Kant sebenarnya bukan hal yang baru, sebab hal tersebut pernah disinggung oleh Aristoteles dan kemudian dikembangkan oleh John Locke dalam karyanya *Two Treaties of Government (1690)*, kekuasaan negara dibedakan atas tiga macam *Legislative Power*, membuat Undang-Undang, *Executive Power*, melaksanakan undang-undang, dan *Federal Power* Kekuasaan untuk melakukan hubungan diplomatik dengan negara asing (Agus Wahyudi, 2005 : 8). Doktrin ini bertujuan mencegah terkonsentrasinya kekuasaan secara absolut di satu tangan, agar tidak terjadi kesewenang-wenangan. Dalam setiap negara ada tiga jenis kekuasaan yaitu legislatif penguasa atau pembesar menetapkan hukum-hukum yang bersifat sementara atau tetap, dan mengubah atau mencabut hukum yang sudah ditetapkan. Pada jenis yang kedua kekuasaan eksekutif yaitu menyatakan perang atau damai, mengirimkan atau menerima duta-duta besar, menegakan keamanan publik, dan menjalankan keamanan terhadap infasi. Pada jenis yang ketiga yakni menghukum kejahatan dan menyelesaikan sengketa yang terjadi anatar individu. Inti dari teorinya dapat diketemukan dalam kalimat yang menyatakan bahwa:” Menyedihkan sekali bila kekuasaan itu dijalankan sekaligus oleh satu orang atau satu badan yang sama, apakah itu seorang bangsawan, atau rakyat, yakni sekaligus membuat hukum atau undang undang, melaksanakan keputusan publik dan mengadili kejahatan atau sengketa individu” (Montesquieu, 2007 :191-192).

Terdapat perbedaan, dimana John Locke tidak mengenal istilah kekuasaan yudikatif karena kekuasaan yudikatif telah mencakup kekuasaan eksekutif. Sebaliknya Montesquieu tidak menggunakan kekuasaan federatif karena kekuasaan itu telah mencakup dalam kekuasaan eksekutif. Keduanya mempunyai kesamaan yakni perlawanan terhadap praktik raja atau penguasa yang absolut.

Dalam “Black Law Dictionary” ajaran *Separation of power* dijelaskan sebagai berikut:

*“The Government of State and the United State are divided into three departements or Branches: the legislative, which is empowered to make law, the executive which equired to carry out the law, and the Judicial which is charged with interpreting the laws. One branch is not permitted to encroach on domein of another. (Henry Campbell, TT :1225).*

Pada dewasa ini masalah politik yang penting adalah masalah pembatasan kekuasaan pemerintah, justru pada saat ilmu pengetahuan meletakkan dalam tangan pemerintah suatu maha kekuasaan yang tak pernah dikenal oleh penindas manapun dalam sejarah.(Maurice Duverger, TT : 50)

Cara melaksanakan doktrin murni trias politika itu oleh Mj. C. Vile disebutkan:

*'A 'pure doctrine' of separation of power might be formulated in the following way: It is essential for the establishment and maintenance of political liberty that the government be divided into three branches or departments, the legislature, the executive, and the judiciary. To each of these branches there is a corresponding identifiable function of government, legislative, executive or judicial. Each branch of the government must be confined to the exercise of its own function and not allowed to encroach upon the functions of the other branches. Furthermore, the persons who compose these three agencies of government must be kept separate and distinct, no individual being allowed to be at the same time a member of more than one branch. In this way each of the branches will be a check to the others and no single group of people will be able to control the machinery of the State, (Mj. C. Vile, 1998 : 41-44).*

Doktrin murni dari pemisahan kekuasaan dapat diformulasikan/dilaksanakan dengan cara sebagai berikut: adalah hal yang penting untuk mendirikan dan memelihara sistem politik yang bebas di mana pemerintah dibagi kedalam tiga cabang atau departemen, legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Masing-masing dari tiga cabang tersebut terdapat sebuah hubungan secara urusan dari pemerintah, legislatif, eksekutif dan yudikatif. Setiap cabang dari kekuasaan harus di batasi dalam menjalankan fungsinya sendiri dan tidak dapat mencampuri urusan dari cabang yang lainnya. Selanjutnya, orang-orang yang berada dalam ketiga cabang kekuasaan ini harus dipisahkan dan dibedakan, tidak ada satu orangpun yang diperbolehkan dalam waktu yang sama menjadi anggota dari lebih dari satu cabang kekuasaan. Dalam hal ini setiap cabang kekuasaan akan saling mengoreksi dan tidak hanya satu kelompok orang yang dapat mengontrol bekerjanya sebuah mesin negara'. Mark Brzezinski seperti yang dikutip Susi Dwi Harijanti mengatakan, bahwa ajaran *separation of powers* yang diiringi dengan teori *checks and balances* dipandang mampu untuk melindungi nilai-nilai konstitusi dengan hadirnya cabang pemerintahan yang berbeda namun saling menguatkan- dalam melaksanakan fungsi legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Akan tetapi doktrin *separation of power* dan *checks and balances* tidak secara spesifik menyediakan mekanisme yang harus dilakukan apabila cabang-cabang pemerintahan itu melakukan tindakan yang bertentangan dengan konstitusi. Doktrin *Judicial Review* mengisi kekosongan tersebut ( Susi Dwi Harijanti, 2003 : 251).

Pandangan yang cukup maju berkaitan dengan ajaran pemisahan kekuasaan disampaikan oleh David Kairys bahwa:

*It is important to recognize that checks and balance and the separation of powers are not synonymous concepts. Check and balances basically require that the branches of government be given part of the power of other branches in order to serve as a check. For example, the President's veto power is in a real sense a share of the legislative power. The Senate's power to advise and consent on presidential appointments and treaties is a share of the executive power. On the other hand, separation of powers is a concept of diffusing or dividing power, rather than sharing, (David Kairys, TT : 608).*

Hal yang penting untuk disadari bahwa istilah '*check and balance*' dan '*separation of power* atau pemisahan kekuasaan' bukan merupakan istilah yang identik sama. Sebagai contoh: kekuasaan Presiden untuk menjatuhkan veto adalah sebuah bentuk pembagian dengan kekuasaan legislatif. Kekuasaan senat untuk memberikan petunjuk atas perjanjian atau kesepakatan yang dibuat oleh Presiden adalah sebuah bentuk pembagian dari kekuasaan eksekutifnya. Di lain pihak, pemisahan kekuasaan adalah lebih pada konsep untuk memisahkan atau membedakan kekuasaan dibanding membagi-bagi kekuasaan.

Pada abad ke XX, pandangan Montesquieu mendapat kritikan, karena dianggap tidak sesuai dengan kenyataan. Reaksi terhadap ajaran Montesquieu dikemukakan oleh Finer dalam *Handbook of Political Science* yang menjelaskan bahwa pandangannya mengenai kekuasaan negara yang ditinjau dari segi historis. Mula-mula kekuasaan negara berpusat pada seseorang, kemudian terdapat pusat-pusat kekuasaan di masyarakat yang berusaha mengambil alih sebagian kekuasaan tersebut. Lama-kelamaan kekuasaan tersebut mendapat pengakuan dan melembaga dalam lembaga legislatif. Perkembangan berikutnya kekuasaan mengadili juga dialihkan kepada badan yudisial, atas dorongan kekuatan yang timbul dalam masyarakat, akhirnya kekuasaan yang terpusat menjadi sempit. Sisa kekuasaan itulah yang oleh Montesquieu hanya disebut kekuasaan eksekutif yang semata-mata melaksanakan undang-undang (Suwoto, TT : 61). Padahal sisa kekuasaan sebenarnya bukan semata-mata hanya kekuasaan untuk melaksanakan undang-undang, dari sini Finer ingin menunjukkan bahwa tidak benar bahwa kekuasaan eksekutif hanya melaksanakan undang-undang.

### **Sistem Pemerintahan Presidensiil**

Sistem Pemerintahan Presidensiil, sebagai bentuk pemerintahan dengan pemisahan kekuasaan. Sebagai suatu konsep sistem pemerintahan presidensiil telah dikemukakan oleh beberapa ahli, antara lain: SL Witman dan JJ Wuest yang mengungkapkan ciri ciri sistem presidensiil sebagai berikut:

1. *It is based upon the separation of powers principles*
2. *The executive has no powers to dissolve the legislature nor must he resign when he lose the support of the majority of its membership;*
3. *There is no mutual responsibility between the President and his Cabinet; the letter is wholly responsible to the Chief Executive ;*
4. *The executive is chosen by the electorate. (SL Witman dan JJ Wuest, TT : 7-9).*

Di luar pendapat Witman dan Wuest beberapa ahli hukum tata negara juga mempunyai pendapat tentang ciri-ciri sistem presidensiil, antara lain: menurut Moh. Mahfud, MD ciri-ciri sistem pemerintahan presidensiil adalah sebagai berikut:

1. Kepala Negara menjadi Kepala Pemerintahan;
2. Pemerintah tidak bertanggung jawab kepada Parlemen (DPR);
3. Menteri-menteri diangkat diangkat dan bertanggung jawab kepada Presiden;
4. Eksekutif dan legislatif sama-sama kuat. (Moh. Mahfud MD, 2000 : 74)

Jimly Asshidiqie mengembangkan sembilan ciri sistem pemerintahan presidensiil sebagai berikut:

1. Terdapat pemisahan kekuasaan yang jelas antara cabang kekuasaan eksekutif dan legislatif;
2. Presiden merupakan eksekutif tunggal. Kekuasaan eksekutif Presiden tidak dapat dibagi dan yang ada hanya Presiden dan Wakil Presiden saja;
3. Kepala Pemerintahan adalah sekaligus Kepala Negara atau sebaliknya Kepala Negara sekaligus Kepala Pemerintahan;
4. Presiden mengangkat para menteri sebagai pembantu Presiden atau sebagai bawahan yang bertanggung jawab kepadanya;
5. Anggota Parlemen tidak boleh menduduki jabatan eksekutif dan demikian pula sebaliknya;
6. Presiden tidak dapat membubarkan atau memaksa Parlemen;
7. Jika dalam sistem Parlemen berlaku prinsip supermasi Parlemen, maka dalam sistem presidensiil berlaku prinsip supremasi konstitusi. Karena itu pemerintahan eksekutif bertanggung jawab kepada konstitusi;
8. Eksekutif bertanggung jawab langsung kepada rakyat yang berdaulat;
9. Kekuasaan tersebar secara tidak terpusat seperti dalam sistem parlementer yang terpusat pada Parlemen (Jimly Asshiddiqie, 2007 : 316).

Sementara itu Bagir Manan menyampaikan ciri-ciri presidensiil dengan melihat model presidensiil Amerika Serikat sebagai berikut:

1. Presiden adalah penyelenggara pemerintahan yang bertanggung jawab, selain sebagai wewenang konstitusional yang bersifat prerogratif dan biasanya melekat pada jabatan Kepala Negara;
2. Presiden tidak bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat (*congress*), karenanya tidak dapat dikenai mosi tidak percaya oleh *congress*;
3. Presiden tidak dipilih dan diangkat oleh *congress*. Dalam praktiknya langsung dipilih oleh rakyat, walaupun secara formal dipilih oleh badan pemilih (*electoral college*);
4. Presiden memangku jabatan empat tahun (*fixed*) dan hanya dapat dipilih untuk dua kali masa jabatan berturut turut;
5. Presiden dapat diberhentikan dalam masa jabatan melalui *impeachment*, karena melakukan pengkhianatan, menerima suap, melakukan kejahatan berat, dan pelanggaran lainnya. (Bagir Manan, 2003 : 48-49).

Menurut Ball dan Peters yang terkutip oleh Abdul Ghofar ada empat ciri dalam sistem presidensiil, yaitu:

1. Presiden adalah Kepala Negara dan Kepala Pemerintahan;
2. Presiden tidak dipilih oleh Parlemen, tetapi langsung oleh dipilih oleh rakyat

3. Presiden bukan bagian dari Parlemen dan tidak dapat diberhentikan oleh
4. Parlemen, kecuali melalui proses *impeachment*;
5. Presiden tidak dapat membubarkan Parlemen (Abdul Ghofar, 2009 : 51).

### **Sistem Pemerintahan Presidensiil dalam UUD di Indonesia**

Berkaitan dengan sistem pemerintahan, untuk menyebut sistem pemerintahan Indonesia, di antara para ahli hukum tata negara terdapat perbedaan pendapat, berkenaan dengan sistem pemerintahan yang berdasar pada UUD 1945. Ada yang menyebut sistem pemerintahan presidensiil ada pula yang menyebut kuasi presidensiil. Hal tersebut menurut (Moh Mahfud MD, 1998 : 32) karena UUD 1945 memuat unsur parlementer maupun presidensiil. Problematika yang muncul pada sistem pemerintahan presidensiil di Indonesia dapat dilihat pada pola hubungan antara Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Pola hubungan antara Presiden dan DPR dapat diruntut melalui masa berlakunya UUD 1945 sejak awal kemerdekaan sampai dengan era reformasi. Pada Aturan Peralihan Pasal IV UUD 1945 dinyatakan bahwa : “Sebelum Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, dan Dewan Pertimbangan Agung dibentuk menurut Undang-Undang Dasar ini, segala kekuasaannya dijalankan oleh Presiden dengan bantuan sebuah Komite Nasional”. Dari pasal ini menunjukkan bahwa pada awal terbentuknya pemerintahan, lembaga – lembaga negara dijalankan oleh Presiden. Presiden mempunyai kedudukan yang sangat kuat, sebab berdasar pada aturan peralihan Pasal IV UUD 1945 Presiden menjalankan kekuasaan yang dimiliki oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, dan Dewan Pertimbangan Agung dibantu oleh sebuah Komite Nasional.

Sejak munculnya Maklumat Wakil Presiden Nomor X Tahun 1945 (16 Oktober 1945) terjadi perubahan kedudukan Komite Nasional Indonesia Pusat (KNIP) menjadi lembaga yang menjalankan fungsi legislatif. Dengan adanya Maklumat Wakil Presiden Nomor X yang memberi kekuasaan pada Komite Nasional kekuasaan legislatif dan untuk ikut serta menetapkan garis-garis besar haluan negara itu mengurangi kekuasaan Presiden di bidang legislatif. Menurut (Usep Rana Wijaya, 1982 : 40), Maklumat Wakil Presiden Nomor X itu hanya bersifat penegasan dari kata “dengan bantuan” di dalam Pasal IV Aturan Peralihan UUD 1945. Setelah berlakunya Maklumat Wakil Presiden Nomor X kedudukan KNIP bukan lagi sebagai badan pembantu semata, tetapi menjadi lembaga yang memiliki kewenangan penuh layaknya Dewan Perwakilan Rakyat. Hal ini menunjukkan telah adanya pembagian kekuasaan antara Presiden sebagai Kepala Pemerintahan dan KNIP sebagai lembaga legislatif. Kemudian untuk melaksanakan Maklumat Wakil Presiden Nomor X dibentuklah Badan Pekerja KNIP yang berjumlah 15 anggota (Kancil, 2003 : 36). Kekuasaan Presiden yang diwakili oleh Wakil Presiden di dalam Maklumat Wakil Presiden Nomor X itu didasarkan atas Pasal IV Aturan Peralihan UUD 1945.

Kekuasaan Presiden kemudian berkurang lagi, setelah adanya Maklumat Pemerintah tanggal 14 November 1945 (Juniarto, 1996 : 52), dengan adanya maklumat ini praktik penyelenggaraan pemerintahan menjadi sistem parlementer, karena berdasar pada maklumat ini menteri-menteri yang semula tidak bertanggung jawab kepada badan perwakilan menjadi sistem menteri bertanggung jawab kepada badan perwakilan. Presiden berkedudukan sebagai Kepala Negara, tidak mempunyai kekuasaan secara politik. Dengan adanya Maklumat Pemerintah 14 November 1945 yang mendapat persetujuan Komite

Nasional itu, maka berubahlah sistem pemerintahan yang diatur dalam UUD 1945 yang semula dianutnya menjadi sistem parlementer. Sistem presidensiil pada awal kemerdekaan berlangsung sangat singkat, tidak lebih dari 3 bulan.

Setelah Dekrit Preiden 5 Juli 1959 dikumandangkan dan diberlakukan lagi UUD 1945, maka hubungan antara Presiden dan DPR dapat dilihat pada Pasal 5 dan Pasal 20 UUD 1945. DPR berhak melakukan kontrol terhadap Presiden. Berdasar pada UUD 1945 kedudukan Presiden sangat kuat. Penyusunan undang-undang dikuasai oleh Presiden, seperti yang termuat dalam pasal 5 ayat 1 UUD 1945 (sebelum perubahan) bahwa "*Presiden memegang kekuasaan membentuk Undang-Undang dengan Persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat*".

Di samping Presiden memegang kekuasaan membentuk undang-undang, Presiden juga mempunyai kekuasaan perundang-undangan di bawah undang-undang, antara lain membentuk Peraturan Pemerintah, Instruksi Presiden, bahkan pada masa Orde Lama, Presiden dapat mengeluarkan produk hukum yang tidak dikenal dalam UUD 1945, yakni Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden, melalui Surat Presiden nomor 2262/Hk/59 kepada DPR diperkenalkan peraturan perundang-undangan di luar UUD 1945. Adanya ketentuan ini tentunya sangat bertentangan dengan UUD 1945, apalagi ketentuan tersebut dilakukan melalui Surat Presiden (Moh Mahfud MD, 1998 : 158). Kuatnya kedudukan Presiden berdasar UUD 1945, berakibat munculnya dua rezim pemerintahan yang otoriter, yakni Orde Lama dan Orde Baru. Menurut (Hanta Yuda AR, TT : 85) karakteristik utama sistem perpolitikan era Orde Lama mengaburkan sistem kepartaian. Pemilihan umum tidak pernah diselenggarakan. Peran DPR berhadapan dengan Presiden sangat lemah, bahkan sistem pemerintahan tidak dapat digolongkan pada sistem pemerintahan parlementer maupun presidensiil. Sistem presidensiil pada masa Orde Lama berjalan tidak sesuai dengan ciri-ciri sistem pemerintahan presidensiil.

Era Orde Lama berakhir pada tahun 1966 yang kemudian diganti dengan era pemerintahan Orde Baru, pada masa ini terdapat dua ciri institusionalisasi sistem presidensiil dalam UUD 1945 yang konsisten diterapkan oleh pemerintahan Orde Baru, yakni *pertama* kekuasaan Presiden sebagai Kepala Negara sekaligus Kepala Pemerintahan. Hanya saja kekuasaan Presiden sangat besar, dan seorang Presiden bisa menjabat selama 32 tahun. *Kedua* kekuasaan dan hak prerogratif Presiden untuk mengangkat dan memberhentikan anggota kabinet. (Hanta Yuda AR, TT : 86) berpendapat bahwa sistem presidensiil yang diterapkan pada era Orde Baru tanpa adanya mekanisme *checks and balances* antara Presiden dan DPR. Padahal *checks and balances* merupakan ciri konstruksi sistem presidensiil. (Arbit Sanit, 1995 : 50) menilai DPR pada masa ini hanya menjadi alat legitimasi kekuasaan yang ada pada Presiden. Bahkan peran DPR lebih bertindak sebagai pendukung Presiden dari pada pengawas Presiden. Pada masa Orde Baru DPR tidak menggunakan hak menyatakan pendapat dan hak inisiatif untuk membuat undang-undang. (Arbit Sanit, 1995 : 50) Sistem pemerintahan presidensiil masa Orde Baru berjalan tanpa kontrol.

Runtuhnya Orde Baru 1998, memunculkan tuntutan untuk mengurangi kedudukan Presiden yang kuat, hal tersebut dilakukan dengan melakukan perubahan terhadap UUD 1945. Perubahan UUD 1945 pun dilakukan oleh MPR dari tahun 1999 hingga tahun 2002. Hasil perubahan UUD 1945 menjadikan format hubungan antara Presiden dan DPR bergeser, terutama dalam membentuk undang-undang, pada masa ini ada semangat untuk melakukan pemurnian terhadap sistem pemerintahan presidensiil.

Pasal 5 ayat (1) UUD 1945 mengalami perubahan menjadi: "*Presiden berhak mengajukan Rancangan Undang-Undang*". Perubahan pasal ini bertujuan agar terjadi kesetaraan antara badan legislatif dengan badan eksekutif. Pasal 20 ayat (1) UUD 1945 diubah menjadi "DPR memegang kekuasaan membentuk Undang-Undang".

### ***Cheks and Balances* dalam Penyusunan Undang-Undang**

Dalam konsep pemisahan kekuasaan ataupun pembagian kekuasaan, maka kekuasaan negara dipisahkan atau dibagi kedalam kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Hal ini secara historis atas kelahiran Trias Politika yang pada waktu itu untuk mencegah kekuasaan yang terkonsentrasi pada penguasa, yang akhirnya hanya akan menimbulkan pemerintahan tirani.

Adanya DPR di Indonesia sebagai lembaga legislatif menurut Dahlan Thaib, di Indonesia merupakan modifikasi dari konsep Trias Politika yang selama ini dikenal di Barat. Hal itu disebabkan lembaga eksekutif di Indonesia terlibat dalam proses legislasi. (Dahlan Thabib, 1994 : 44). Di Indonesia keterlibatan eksekutif dalam proses legislasi adalah pada proses pengusulan rancangan undang-undang, pembahasan rancangan undang-undang bersama Dewan Perwakilan Rakyat, memberikan persetujuan, dan mengesahkan rancangan undang-undang menjadi undang-undang. Bahkan DPR tidak hanya mempunyai fungsi legislatif tetapi juga mempunyai fungsi anggaran, dan fungsi pengawasan. Secara demikian, maka DPR mempunyai tiga pokok fungsi, yaitu:

1. Kewenangan legislatif membentuk undang-undang dan menetapkan APBN bersama Presiden;
2. Kewenangan pengawasan terhadap pelaksanaan undang-undang;
3. Kewenangan memberi atau menolak ratifikasi pernyataan perang dan damai serta perjanjian dengan negara lain (Yuzril Izha Mahendra, 1996 : 135).

Fajar laksono dan Subardjo merinci lebih detail ketiga fungsi DPR tersebut, yaitu:

1. Membentuk undang-undang yang dibahas dengan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama.
2. Membahas dan memberikan atau tidak memberikan persetujuan terhadap Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
3. Menerima dan membahas usulan rancangan undang-undang yang diajukan oleh DPD yang berkaitan dengan bidang otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan, pemekaran dan penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya serta yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah dan mengikutsertakan dalam pembahasannya;
4. Memperhatikan pertimbangan DPD atas Rancangan Undang-Undang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara dan Rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama;
5. Menetapkan Anggaran Penerimaan dan Belanja Negara bersama Presiden dengan memperhatikan pertimbangan DPD;



6. Melaksanakan Pengawasan terhadap pelaksanaan Undang-Undang, Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara, serta kebijakan pemerintah;
7. Membahas dan menindaklanjuti hasil pengawasan yang diajukan oleh DPD terhadap pelaksanaan Undang-Undang mengenai otonomi daerah, pembentukan, pemekaran dan penggabungan daerah, hubungan pusat dan daerah, sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, pelaksanaan anggaran pendapatan dan belanja negara, pajak, pendidikan dan agama;
8. Memilih anggota Badan Pemeriksa Keuangan dengan memperhatikan pertimbangan DPD;
9. Membahas dan menindaklanjuti hasil pemeriksaan atas pertanggungjawaban keuangan negara yang disampaikan oleh badan pemeriksa keuangan;
10. Mengajukan, memberikan persetujuan, pertimbangan/ konsultasi dan pendapat
11. Menyerap, menghimpun, menampung dan menindaklanjuti aspirasi masyarakat;
12. Melaksanakan tugas dan wewenang lainnya yang ditentukan dalam UUD Negara RI Tahun 1945 dan Undang-Undang (Fajar laksono dan subardjo, 2006 : 42-43).

Dari hasil perubahan UUD 1945, telah terjadi penguatan pada DPR. Penguatan yang paling dirasakan adalah terjadinya pergeseran dalam hal pembentukan undang-undang. Seperti yang diatur dalam Pasal 5 ayat (1) UUD 1945: "Presiden memegang kekuasaan membentuk undang-undang, kemudian dalam pasal 5 ayat (1) UUD Negara RI 1945 menjadi: "*Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang*". Dengan perubahan kekuasaan dalam membuat undang-undang ini, semestinya telah terjadi perubahan pula dalam pembentukan undang-undang, hanya saja jika dilihat produk undang-undang belum menunjukkan bukti bahwa DPR menguasai dalam pembentukan undang-undang, sebab periode 2004-2009 yang menghasilkan 104 undang-undang, baru 24 undang – undang yang diajukan oleh DPR (Sekretariat Jendral DPR RI, 2008). Minimnya usulan dari DPR itu, karena ketidakmampuan atau sistem kepolitikan, sehingga DPR tidak bisa secara optimal memanfaatkan peluang itu.

Semestinya ketika DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang segera memikirkan mengoptimalkan kekuasaan itu. Jika saat ini usulan rancangan undang-undang dari DPR masih minim itu, Hal tersebut bukanlah hambatan konstitusional bagi DPR. Tetapi pada problem professional anggota anggota DPR. Hal ini berhubungan dengan sistem pemilu dan kepartaian di Indonesia. Harus dipahami bahwa dalam sistem pemerintahan presidensiil Fungsi legislasi sesungguhnya merupakan inti dari fungsi DPR.

Untuk lebih menguatkan sistem pemerintahan presidensiil perlu juga ada hak *veto* bagi Presiden dalam menyusun undang-undang, dalam rangka mengimbangi kuatnya dalam proses legislasi. Hak *veto* yang dimiliki oleh Presiden sebenarnya ada, yaitu pada saat Presiden tidak memberikan persetujuan terhadap rancangan undang-undang yang diajukan oleh DPR. Hak veto lainnya yang ada pada presiden hanya selama satu bulan, seperti yang termuat dalam Pasal 20 ayat (5): "*Dalam hal rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu tiga puluh hari semenjak rancangan undang-undang disetujui, rancangan undang-undang tersebut sah menjadi undang-undang dan wajib diundangkan*". Pandangan itu hanya berdasarkan pada rumusan

semantik dari UUD Negara RI tahun 1945 dan melihat UUD secara parsial, di mana cara untuk melihat siapa yang memiliki kewenangan untuk membuat adalah dengan terlebih dahulu memahami siapakah yang lebih dominan dalam pembentukan undang-undang, Presiden ataukah DPR ? Setelah berlakunya UUD Negara RI tahun 1945 telah terjadi adanya undang-undang yang telah berlaku tanpa ada pengesahan dari Presiden, yaitu: Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2002 tentang Pembentukan Provinsi Kepulauan Riau, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, dan Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat.

Berdasar pada doktrin Trias Politika yang diajukan oleh Montesquieu, bahwa sistem pemerintahan diselenggarakan berdasar pada *separation of power*, yang dikenal dengan sistem pemerintahan presidensiil, maka sistem pemerintahan presidensiil yang diatur dalam UUD Negara RI 1945 belum menunjukkan adanya pemisahan kekuasaan sebagaimana mestinya prinsip sistem pemerintahan presidensiil dalam ciri-ciri sistem pemerintahan presidensiil seperti yang dimaksud dalam doktrin Triaspolitika. Hal tersebut dikarenakan undang-undang di Indonesia dapat diajukan baik oleh Presiden Pasal 5 ayat (1) UUD Negara RI 1945, sedangkan pada pasal 20 (1) DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang. Ketentuan lainnya yang mengatur bahwa dalam pembahasan rancangan undang-undang dibahas oleh DPR bersama Presiden untuk mendapat persetujuan bersama, (pasal 20 ayat 2). Dalam pasal 20 (5) disebutkan "Dalam hal rancangan UU yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu 30 hari semenjak RUU tersebut disetujui, RUU tersebut sah menjadi UU dan wajib diundangkan". Dua ketentuan ini menjadikan rancu dan mengundang kontroversi karena menempatkan secara bersama kewenangan Presiden dan DPR dapat mengesahkan undang-undang, disatu sisi, di sisi lainnya dari ketentuan ini menimbulkan adanya *abuse of power* terhadap kewenangan DPR untuk mengusulkan rancangan undang-undang sekaligus untuk memaksa Presiden agar mensahkan RUU yang diajukan tersebut. Pada akhirnya Presiden tidak mempunyai hak untuk menyetujui ataukah menolak RUU yang disetujui bersama DPR itu.

### **DPD dalam Penyusunan UU**

Dalam penyusunan undang-undang berdasar UUD Negara RI tahun 1945 ini terdapat lembaga perwakilan yang tidak mendapatkan tugas dan wewenang secara proposional, yakni Dewan Perwakilan Daerah (DPD). Kewenangan DPD dalam penyusunan undang-undang sangat terbatas, yakni dapat mengajukan rancangan undang-undang pada DPR.

Sesuai dengan kesepakatan awal saat akan melaksanakan perubahan UUD 1945, bahwa akan dilakukan penguatan sistem pemerintahan presidensiil, maka pengaturan perancangan penyusunan dan penetapan undang-undang semestinya diserahkan kepada lembaga legislatif. Karena lembaga legislatif berdasar UUD Negara RI 1945 adalah DPR dan DPD maka kepada kedua lembaga inilah kekuasaan legislatif diberikan.

Menurut (Moh Mahfud MD, 2007 : 68), kewenangan legislasi yang termuat dalam pasal 22 ayat 1 dan 2 UUD Negara RI 1945 tersebut, menjadikan DPD tidak memiliki peran yang berarti, sebab peran DPD sangat terbatas pada hal hal tersebut di bawah ini :

- a. DPD Dapat mengajukan rancangan undang-undang.

Hal ini berarti DPD hanya boleh mengajukan RUU tanpa adanya kewenangan untuk turut serta dalam menetapkan dan memutuskan. Itu pun hanya dalam bidang tertentu saja, yakni;

mengenai otonomi Daerah, Hubungan Pusat dan Daerah, Pembentukan dan Pemekaran serta Penggabungan Daerah, Pembangunan Sumber Daya Alam dan Sumber Daya Ekonomi lainnya;

b. Ikut Membahas RUU

Kewenangan yang ada pada DPD hanyalah ikut membahas RUU, tanpa adanya kewenangan dalam menetapkan dan memutus, hal itu pun terbatas pada RUU yang berkaitan dengan Otonomi Daerah, Hubungan Pusat dan Daerah, Pembentukan dan Pemekaran serta Penggabungan Daerah, Pembangunan Sumber Daya Alam dan Sumber Daya Ekonomi lainnya, Pertimbangan Pusat dan daerah.

c. Memberi Pertimbangan

DPD diberi kewenangan memberikan pertimbangan atas rancangan APBN, pajak, pendidikan dan agama, serta memberikan pertimbangan dalam pemilihan anggota Badan Pemeriksa Keuangan (BPK).

d. Dapat Melakukan Pengawasan

Berarti DPD melakukan pengawasan atas penyelenggaraan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan ekonomi lainnya serta perimbangan keuangan pusat dan daerah; serta memberikan pertimbangan kepada Dewan Perwakilan Rakyat atas rancangan undang-undang yang berkaitan pajak, pendidikan, dan agama.

Dengan peran yang hanya berlevel formalitas tersebut, menunjukkan bahwa DPD sulit berperan secara optimal dalam demokratisasi di Indonesia. Sebagai lembaga negara yang kelahirannya merupakan hasil perubahan UUD 1945, sesungguhnya problematika DPD telah muncul saat perubahan UUD 1945 berlangsung.

Agar DPD mempunyai wewenang membuat undang-undang, maka ketentuan kekuasaan penyusunan undang-undang sebaiknya dirancang sebagai berikut:

- a. Dewan Perwakilan Daerah memegang kekuasaan membentuk undang-undang berkaitan dengan otonomi daerah;
- b. Dewan Perwakilan Daerah bersama DPR melakukan pengawasan atas pelaksanaan undang-undang;
- c. Anggota Dewan Perwakilan Daerah dapat diberhentikan dari jabatannya yang syarat-syaratnya dan tata caranya diatur dalam undang-undang.
- d. Merubah konstruksi MPR, yang semula MPR terdiri dari anggota DPR dan anggota DPD, menjadi MPR terdiri dari DPR dan DPD.

## Simpulan

Konstruksi baru sistem presidensiil dalam UUD Negara RI 1945 sebaiknya diperkuat dengan ciri sistem pemerintahan presidensiil secara utuh agar terwujud *checks and balances* dalam penyusunan undang-undang, yaitu:

- a. Menempatkan DPR dan DPD sebagai lembaga yang mempunyai kekuasaan di bidang legislasi, khusus undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah dibuat oleh DPD.
- b. Sebagai bentuk adanya *checks and balances* maka Presiden mempunyai hak veto terhadap undang-undang yang telah dibuat oleh DPR atau DPD;
- c. Keberadaan MK sebagai lembaga *penguat checks and balances* “menengahi” apabila terjadi konflik antara Presiden dan DPR dan DPD sebagai lembaga penyusun undang-undang, apabila Presiden menolak untuk melaksanakan undang-undang yang telah dibuat oleh DPR atau DPD.
- d. Agar tidak terjadi percampuradukan kedudukan Presiden selaku Kepala Negara dan Kepala Pemerintahan. Dalam UUD Negara RI tahun 1945 sebaiknya memuat ketentuan mengenai apa saja kedudukan Presiden selaku Kepala Negara dan kedudukan Presiden selaku Kepala Pemerintahan.
- e. Mekanisme pertanggungjawaban Presiden kepada rakyat.

## Daftar Pustaka

- Abdul Ghofar, (2009). *Perbandingan Presiden Indonesia Setelah Perubahan UUD 1945 Dengan Delapan Negara Maju*. Jakarta: Kencana Pradana Media.
- Agus Wahyudi, (2005). *Doktron Pemisah Kekuasaan, Akar, Filsafat dan Praktik*, Jurnal Hukum Jenter, Edisi 8, Tahun III Maret.
- Anwar C, (2008). *Kekuasaan Presiden Menurut UDD 1945: Suatu perbandingan Antara sebelum dan sesudah Perubahan UDD 1945*, Jurnal Konstitusi, PPKH-Universitas Widya Gama Malang, Vo1.1.No.1.
- Arbi Sanit, (1995). *Menelaah Kembali Format Politik Orde Baru*. Jakarta: PT Garmedia Pustaka Utama.
- Bagir Manan, (2003). *Lembaga Kepresidenan, Cetakan Ke 2*. Yogyakarta: FH UII.
- Dahlan Thaib, (1994), *DPR Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*. Yogyakarta: Liberty.
- David Kairys, *The Politic of Law, A Progressive Critique*, Third Edition.
- Fajar Leksono dan Subardjo, (2006). *Kontroversi Undang-Undang Tanpa Pengesahan Presiden*, UII Press.
- GS. Diponolo, (1975). *Ilmu Negara*. Jakarta: Balai Pustaka.
- Hanta Yuda AR. *Presidensialisme Setengah Hati, Dari Dilema ke Kompromi*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Henry Campbell. *Black's Law Dictionary Cetakan V*. Wes Publishing Co, St, Paul Min.

- Jimly Asshiddiqie, (2007). *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*. Jakarta: Buana Ilmu Populer.
- Juniarto, (1996). *Sejarah Ketatanegaraan Republik Indonesia*. Jakarta: Bumi Aksara.
- Kancil dan Christine, (2003). *Sistem Pemerintah Indonesia*. Jakarta: PT Bumi Aksara.
- Mahfud, Moh, MD. (2000). *Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia, (Edisi Revisi)*. Reneksa Cipta.
- MJ. C. Vile, (1998). *Constitutionalism And The Separation of Power Second Edition*, Liberty Fund, Indiana Polish.
- Moh Mahfud, MD, (2007). *Perdebatan Hukum Tata Negara, Pasca Amandemen Konstitusi*. Jakarta: LP3ES.
- Moh Mahfud, MD, (1998). *Politik Hukum di Indonesia*. Jakarta: LP3ES.
- Montesquieu, (2007). *The Spirit of Law, Dasar-dasar Hukum dan Ilmu Politik*. Bandung: PT Nusa Media.
- Mourice Duverger, *Teori dan Praktik Tata Negara*. Jakarta: Pustaka Rakyat.
- Sekretarian Jendral DPR Ri, Biro Persidangan, Data ini sampai dengan 10 April 2008.
- SL Witman dan JJ Wuest, op. cit, (Hal.7-9).
- Susi Dwi Harijanti, (2003). *Kelemahan fundamental UUD 1945; Pra dan Amandemen*, Jurnal Ilmu Sosial No.49/XXVI/2003.
- Suwoto, *Kekuasaan dan Tanggung Jawab presiden Republik Indonesia*, Desertasi, Fakultas Pascasarjana Universitas Airlangga.
- Usep Rana Wijaya, (1982). *Hukum Tata Negara Indonesia, Dasara-Dasarnya*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Yuzril Izha Mahendra, ( 1996). *Dinamika Tata Negara indonesia, kompilasi Aktual masalah Konstitusi Dewan Perwakilan Rakyat dan Sistem Kepartaian*. Jakarta: Gema insani Pers.

## **Membangun Harmonisasi Kedudukan dan Fungsi antara DPD dengan DPR dalam Rangka Pelaksanaan Fungsi *Checks And Balances* pada Lembaga Perwakilan Rakyat dalam Sistem Bikameral**

Dr. **Titik Triwulan Tutik**, S.H., M.H.

### **A. PENDAHULUAN**

#### **1. Latar Belakang Masalah**

Reformasi hukum yang terjadi sejak tahun 1998 dilembagakan melalui, antara lain, pranata perubahan UUD 1945 (baca: UUDNRI 1945). Semangat UUD NRI 1945 adalah mendorong terbangunnya struktur ketatanegaraan yang lebih demokratis. Perubahan UUD 1945 sejak reformasi telah dilakukan sebanyak empat kali, yaitu: *Pertama*, Perubahan pertama disahkan pada tanggal 19 Oktober 1999; *Kedua*, Perubahan kedua disahkan pada tanggal 18 Agustus 2000; *Ketiga*, Perubahan ketiga disahkan pada tanggal 10 November 2001, dan *Keempat*, Perubahan keempat disahkan pada tanggal 10 Agustus 2002 (**Titik Triwulan Tutik**, 2006: 359).

Hasil perubahan UUD 1945 melahirkan bangunan kelembagaan negara yang satu sama lain dalam posisi setara dengan saling melakukan *cheks and balances*<sup>103</sup> (**Ayudya Widawati**, 2008: 28; **Bruce Ackerman**, 2000: 113), mewujudkan supremasi hukum dan keadilan serta menjamin dan melindungi hak asasi manusia. Kesetaraan dan ketersediaan saling kontrol inilah prinsip dari sebuah negara demokrasi<sup>104</sup> (**Martha Pigome**, 2011: 324) dan negara hukum<sup>105</sup> (**Denny Indrayana**, 2004: 101; **Bambang Heryanto**, 2002: 334).

Implikasi dari perubahan UUD 1945 membawa dampak yang sangat luas terhadap semua lembaga negara. Pada salah satu sisi, ada lembaga negara yang mendapat proporsi baru yaitu dengan bertambahnya kewenangan secara signifikan di dalam konstitusi. Sementara di sisi lain, ada pula lembaga negara yang mengalami pengurangan kewenangannya dibandingkan dengan sebelum dilakukan perubahan<sup>106</sup> (**Kuntana Magnar**, tth: 34; Sri Sumantri dalam **Nurul Chotidjah**, 2008: 300; **Heru Susetyo**, 2010: 5). Tidak hanya itu, ada pula lembaga negara yang dihilangkan karena nilai tidak relevan lagi bagi kebutuhan penyelenggaraan negara ke depan<sup>107</sup> (**R. Agung Laksono**, 2009: 48). Di antara implikasi perubahan UUD 1945, lembaga perwakilan rakyat termasuk yang paling tampak mengalami perubahan dan penataan. Salah satunya adalah pembentukan lembaga negara baru sebagai kamar ke dua (**Titik Triwulan Tutik**, 2010: 196)<sup>108</sup> yaitu Dewan Perwakilan Daerah (selanjutnya disebut DPD).

Pembentukan DPD (*senate* atau *upperhouse*) merupakan salah satu wujud nyata dari perlunya keseimbangan dan kontrol (*check and balance*) di antara lembaga-lembaga Negara sehingga berjalan relatif seimbang, terutama yang berkaitan dengan kebijakan di pusat dan kebijakan di daerah. Pembentukan DPD merupakan penegasan terhadap prinsip negara hukum dan perlunya perlindungan hak asasi (*hak konstitusional*) yang telah dijamin konstitusi. Selain itu, pembentukan DPD dimaksudkan sebagai sarana penyelesaian problem yang terjadi dalam praktek ketatanegaraan yang sebelumnya tidak ditentukan (**Titik Triwulan Tutik**, 2010: 196).

Menurut **Ramlan Surbakti** (dalam **Saldi Isra**, 2004: 118), beberapa pertimbangan Indonesia membentuk DPD: *Pertama*, distribusi penduduk Indonesia menurut wilayah sangat timpang dan terlampau besar terkonsentrasi di Pulau Jawa; *Kedua*, sejarah Indonesia menunjukkan aspirasi kedaerahan sangat nyata dan mempunyai basis materiil yang sangat kuat yaitu adanya pluralisme daerah otonom seperti daerah istimewa dan daerah khusus.

Sementara **Meri Yarni** (2007: 22-23) mencatat, bahwa terdapat beberapa hal yang melandasi gagasan awal reformasi konstitusi yang melahirkan DPD antara lain: *Pertama*, gagasan mengubah sistem perwakilan menjadi sistem dua kamar (*bicameral system*). Dalam sistem ini DPD akan bertindak sebagai *The Upper House* (Majelis Tinggi), sedangkan DPR sebagai *The Lower House* (Majelis Rendah). *Kedua*, gagasan untuk meningkatkan keikutsertaan daerah terhadap jalannya politik dan pengelolaan Negara.

Pada kenyataannya telah terjadi disharmonisasi kedudukan dan fungsi antara DPD dan DPR. Hal ini disebabkan terjadi ketidakseimbangan antara tugas dan wewenang yang diemban antara DPD dan DPR selaku Lembaga Perwakilan Rakyat. Lebih jauh lagi Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 yang mengubah Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2003 semakin memperkuat hegemoni DPR atas DPD dan mengukuhkan sistem trikameral bukan bicameral. Berdasarkan kenyataan demikian penelitian dengan judul **Harmonisasi Kedudukan dan Fungsi antara DPD dengan DPR sebagai Lembaga Perwakilan dalam Sistem Bikameral** ini sangat urgen untuk dilakukan.

## 2. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah di atas isu hukum dalam penelitian ini adalah apakah pembentukan Dewan Perwakilan Daerah (DPD) sesuai dengan gagasan awal pembentukannya? Bertumpu pada isu hukum tersebut dapat dirumuskan masalah penelitian sebagai berikut: *Pertama*, bagaimanakah kedudukan Dewan Perwakilan Rakyat (DPD) selaku lembaga Negara menurut UUDNRI 1945? *Kedua*, bagaimanakah tugas dan fungsi Dewan Perwakilan Rakyat (DPD) sebagai Lembaga Perwakilan Rakyat? *Ketiga*, apakah terdapat harmonisasi fungsi Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) sebagai Lembaga Perwakilan dalam Sistem Bikameral

## 3. Tujuan Penelitian

Tujuan dari penelitian ini adalah: *Pertama*, mengkaji kedudukan Dewan Perwakilan Rakyat (DPD) selaku Lembaga Negara menurut UUDNRI 1945. *Kedua*, mengkaji tugas dan fungsi Dewan Perwakilan Rakyat (DPD) sebagai Lembaga Perwakilan. *Ketiga*, mengkaji keseimbangan fungsi Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) sebagai Lembaga Perwakilan dalam Sistem Bikameral.

## 4. Metode Penelitian

Jenis penelitian ini adalah penelitian hukum normatif atau *dogmatic* (**J. Gijssel** dalam **Philipus M. Hadjon**, 1994)<sup>109</sup>, yang ditujukan untuk menemukan dan merumuskan argumentasi hukum<sup>110</sup>, melalui analisis terhadap pokok permasalahan.

Pendekatan [*approach*] yang digunakan dalam penelitian ini ada 4 (empat) jenis yaitu: pendekatan historis [*historical approach*], pendekatan perundang-undangan [*statute approach*]; pendekatan perbandingan [*comparative approach*], pendekatan konsep [*conceptual approach*], dan pendekatan kasus [*case approach*] (Terry Hutchinson, 2002: 29; Peter Mahmud Marzuki, 2002: 309-310). Dipergunakan lebih dari satu pendekatan dalam penelitian ini adalah untuk saling melengkapi antara satu pendekatan dengan pendekatan lainnya.

Langkah-langkah penelitian yang dilakukan adalah menghimpun bahan-bahan hukum baik bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder yang berkaitan dengan topik penelitian. Terhadap bahan hukum sekunder semuanya dicatat dengan menggunakan sistem kartu (*card system*). Kartu-kartu disusun berdasarkan pokok permasalahan penelitian dan sistematika penulisan yang telah dirumuskan.

Semua hasil penelitian yang diperoleh dari bahan-bahan hukum tersebut di atas dicari hubungannya antar satu dengan lainnya dengan menggunakan penalaran deduktif dan induktif untuk menghasilkan proposisi dan konsep baik berupa definisi, deskripsi maupun klasifikasi sebagai hasil penelitian. Analisa dilakukan dengan titik tolak dari bahan hukum primer yaitu ketentuan UUDNRI 1945 dan dengan dukungan bahan hukum sekunder adalah kepustakaan hukum tata negara yang menyangkut lembaga negara Dewan Perwakilan Daerah dan UUD (konstitusi).

## B. HASIL DAN PEMBAHASAN

### 1. Kedudukan Dewan Perwakilan Rakyat (DPD) selaku Lembaga Negara Berdasarkan UUD NRI 1945

Menurut Philipus M. Hadjon, makna kedudukan suatu lembaga negara dapat dilihat dari 2 (dua) sisi, yaitu: *pertama*, kedudukan diartikan sebagai suatu posisi yaitu posisi lembaga negara dibandingkan dengan lembaga negara yang lain. *Kedua*, kedudukan lembaga negara diartikan sebagai posisi yang didasarkan pada fungsi utamanya (Philipus M. Hadjon, 2004: 3; Philipus M. Hadjon, 1996: x)

Dengan makna kedudukan dari dua sisi tersebut Ketetapan MPR No. VI/MPR/1973 *juncto* Ketetapan MPR No. III/MPR/1978 membedakan 2 (dua) kelompok Lembaga Negara<sup>111</sup> menurut UUD 1945, yaitu Lembaga tertinggi Negara, MPR dan Lembaga Tinggi Negara yang terdiri atas: Presiden, DPA, DPR, BPK, dan Mahkamah Agung (Jamin Ginting, 2008: 73). Namun berdasarkan ketentuan UUD 1945 pasca amandemen tidak lagi dikenal pembagian dalam kelompok Lembaga Tertinggi Negara dan Lembaga Tinggi Negara pola Ketetapan MPR No VI/MPR/1973 *juncto* Ketetapan MPR No. III/MPR/1978 (Philipus M. Hadjon, 2004, 3).

Berkaitan dengan kedudukan yang berarti sebagai posisi yang didasarkan pada fungsi utamanya, Philipus M. Hadjon (2004: 4) memberikan contoh dalam kaitannya dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi, dikenal istilah lembaga negara dalam konteks kewenangan Mahkamah Konstitusi memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD .... (Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945).

Dengan demikian, lembaga Negara adalah badan yang diatur dalam UUD 1945, yang kewenangannya diberikan oleh UUD. Badan apa saja yang kewenangannya diberikan oleh UUD, hingga saat ini pun Mahkamah Konstitusi masih merupakan masalah menyangkut



ketidakjelasan tentang apa dan siapa lembaga Negara itu (**Mahkamah Konstitusi RI**, 2004: 52).

Sekarang bagaimana dengan kedudukan Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dalam sistem ketatanegaraan RI? Untuk melihat kedudukan DPR dalam sistem ketatanegaraan RI, maka secara eksplisit susunan, kedudukan, tugas dan wewenang daripada DPD diatur dalam Bab VIIA Pasal 22C dan Pasal 22D UUD 1945. Pasal 22C mengatur mengenai susunan DPD sedangkan Pasal 22D mengatur tentang kewenangan DPD.

Pasal 22C UUD NRI 1945, pada intinya menentukan bahwa untuk melaksanakan demokrasi secara nyata, mengenai keanggotaan DPD Pasal 22C UUD NRI 1945 menetapkan: (1) Anggota DPD dipilih dari setiap provinsi melalui pemilu dan pemilu untuk memilih anggota DPD dilakukan secara individu bukan atas nama partai; (2) Anggota DPD dari setiap provinsi jumlahnya sama dan jumlah seluruh anggota DPD itu tidak lebih dari sepertiga jumlah anggota DPR; (3) Susunan dan kedudukan DPD diatur dengan undang-undang. Adapun proses pemberhentian anggota DPD diatur dalam Pasal 22D ayat (4) UUDNRI 1945 yang menyatakan, "*anggota DPD dapat diberhentikan dari jabatannya, yang sayarat-syarat dan tata caranya diatur dalam undang-undang.*"

Berdasarkan ketentuan tersebut, maka Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 pada Pasal 222 menegaskan bahwa "DPD merupakan lembaga perwakilan daerah yang berkedudukan sebagai lembaga Negara". Ketentuan Pasal 222 Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 merupakan penegasan, bahwa DPD secara yuridis berkedudukan sebagai lembaga Negara, tetapi permasalahannya termasuk dalam kriteria lembaga Negara yang bagaimanakah DPD?

Untuk mencoba memahami konsep lembaga Negara dengan pendekatan perbandingan, **Philipus M. Hadjon** (2004: 4), memberikan contoh konsep Jerman. Konstitusi Jerman membedakan **state organ** dengan **constitucional organ**. Constitutional organ hanyalah menyangkut lembaga-lembaga (organ) yang status dan kewenangannya langsung diatur oleh konstitusi. Dalam ketatanegaraan Jerman, *constitucional organ* tertinggi adalah **Bundestag** sebagai organ yang langsung dipilih oleh rakyat. Adapun *state organs* adalah lembaga-lembaga dalam Negara Jerman yang dianggap bertindak atas nama negara Jerman.

Jika kita bandingkan lembaga-lembaga dalam sistem ketatanegaraan kita, Lembaga Tertinggi Negara dan Lembaga Tinggi Negara sebelum amandemen UUD 1945 dalam versi konstitusi Jerman adalah **constitucional organs** dalam arti status dan kewenangannya langsung diatur oleh UUD. Dengan perbandingan sistem ketatanegaraan Jerman juga, kita bedakan lembaga-lembaga Negara yang status kewenangannya langsung diatur oleh UUD dengan lembaga Negara yang hanya disebut dalam UUD namun kewenangannya didelegasikan pengaturannya oleh undang-undang.

Berkaitan dengan keadaan tersebut dalam suatu sistem ketatanegaraan setidaknya terdapat 3 (tiga) kelompok lembaga Negara: (1) lembaga Negara yang ditentukan dalam UUD; (2) lembaga Negara yang ditentukan dalam UU; dan (3) lembaga Negara yang ditentukan dalam Keputusan Presiden.

Menurut **Heru Susetyo** (2010: 7-8), bahwa konsep lembaga Negara atau organ Negara sangat luas maknanya. *Pertama*, dalam arti yang paling luas – organ mencakup setiap individu yang menjalankan fungsi *law-creating* dan *law-applying*. *Kedua*, yaitu mencakup

individu yang menjalankan *law creating* atau *law applying* dan juga mempunyai posisi sebagai atau dalam struktur jabatan kenegaraan atau jabatan pemerintahan. *Ketiga*, organ Negara dalam arti lebih sempit, yaitu badan atau organisasi yang menjalankan fungsi *law creating* dan/atau *law-applying* dalam kerangka struktur dan sistem kenegaraan atau pemerintahan. *Keempat*, organ atau lembaga Negara itu hanya terbatas pada pengertian lembaga-lembaga Negara yang dibentuk berdasarkan UUD, UU, atau oleh peraturan yang lebih rendah. *Kelima*, lembaga-lembaga seperti MPR, DPR, MA, MK, dan BPK dapat pula disebut sebagai lembaga Negara yang tersendiri, yaitu lembaga Negara dalam arti sempit.

Berdasarkan ketentuan tersebut, maka DPD merupakan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan langsung oleh konstitusi (*constitutional organ*). Bila Pasal 222 Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tersebut dikaitkan dengan Pasal 67 dan Pasal 68, maka DPD dan DPR memiliki kedudukan yang setara dan seimbang sebagai lembaga Negara, yaitu sebagai lembaga perwakilan rakyat. Ketentuan tersebut cukup dipahami, karena: *Pertama*, baik DPD maupun DPR keduanya merupakan lembaga Negara yang kewenangannya secara langsung diberikan (atribusi) oleh konstitusi, sehingga keduanya merupakan *constitutional organ*. *Kedua*, dari segi rekrutmen DPD memiliki legitimasi yang sangat kuat karena dipilih langsung oleh rakyat sebagaimana DPR<sup>112</sup>. Bahkan dalam batas-batas tertentu DPD merupakan lembaga perwakilan yang lebih representatif karena mewujudkan perwakilan dari setiap daerah yaitu penyalur keanekaragaman aspirasi daerah (*regional representative*), sedangkan DPR hanya sebatas perwujudan aspirasi dan paham politik rakyat (*political representative*) yang belum tentu mewujudkan perwakilan dari setiap warga daerah (Jimly Asshiddiqie, 2009: 38).

## **2. Tugas dan Fungsi Dewan Perwakilan Rakyat (DPD) sebagai Lembaga Perwakilan**

Mengenai kewenangan DPD, Pasal 22D UUD NRI 1945 menetapkan: (1) DPD dapat mengajukan kepada DPR rancangan UU 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 yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah (Pasal 22D ayat (1) UUD 1945); (2) DPD ikut membahas rancangan UU 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 yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah serta DPD dapat memberikan pertimbangan kepada DPR atas RUU APBN dan RUU yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama (Pasal 22D ayat (2) UUD 1945); dan (3) DPD melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan undang-undang mengenai: otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, pelaksanaan APBN, pajak, pendidikan dan agama serta menyampaikan hasil pengawasannya kepada DPR sebagai bahan pertimbangan untuk ditindaklanjuti (Pasal 22D ayat (3) UUD NRI 1945).

Selain tugas dan wewenang pokok yang melekat padanya, DPD juga memiliki kewenangan memberikan pertimbangan kepada DPR untuk pengisian jabatan strategis kenegaraan, yaitu dalam memilih anggota Badan Pemeriksa Keuangan (Pasal 45 ayat (1) UU No. 22 Tahun 2003). Sedangkan dalam masalah keuangan negara DPD memiliki kewenangan: (1) memberikan pertimbangan kepada DPR atas rancangan undang-undang

APBN dan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan, dan agama (Pasal 44 ayat (1) UU No. 22 Tahun 2003), dan (2) menerima hasil pemeriksaan keuangan negara dari BPK untuk dijadikan bahan pertimbangan bagi DPR tentang rancangan undang-undang yang berkaitan dengan APBN (Pasal 47 UU No. 22 Tahun 2003).

### **3. Harmonisasi Fungsi Dewan Perwakilan Rakyat (DPD) dengan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) sebagai Lembaga Perwakilan dalam Sistem Bikameral**

Menurut **John A. Jacobson** (dalam **Saldi Isra**, 2004: 116), bahwa secara umum, struktur organisasi lembaga perwakilan rakyat terdiri dari dua bentuk yaitu lembaga perwakilan rakyat satu kamar (*unicameral*) dan lembaga perwakilan rakyat dua kamar atau *bicameral*. Praktek unikameral dan bikameral menurut **Bagir Manan** (2003), tidak terkait dengan landasan bernegara, bentuk negara, bentuk pemerintahan, atau sistem pemerintahan tertentu. Tetapi kedua bentuk itu menurut **Bivitri Susanti dkk.**, (tth) merupakan hasil proses panjang praktek ketatanegaraan di berbagai belahan dunia.

Di Inggris, sistem bicameral terdiri dari Majelis Tinggi (*The House of Lord*) dan Majelis Rendah (*The House of Commond*) (**Saldi Isra**, 2004: 117).<sup>113</sup> Sedangkan sistem bicameral di USA terdiri dari Senat (*Senate*) sebagai Majelis Tinggi dan DPR (*House of Representative*) sebagai Majelis Rendah<sup>114</sup>, yang menempatkan antara ke dua majelis tersebut dalam keadaan setara dan seimbang (*strong bicameral*) – bukan meletakkan majelis yang satu lebih dari majelis lainnya (*soft bicameral*). Pembentukan kamar ke 2 (dua) dalam suatu lembaga perwakilan dalam *strong bicameral system* adalah dalam upaya pelaksanaan *checks and balances*. Dalam hal ini **Jimly Asshddiqie** (1996) mengatakan:

Adanya dua majelis di suatu Negara dapat menguntungkan karena dapat menjamin semua produk legislatif dan tindakan-tindakan penawasan dapat diperiksa dua kali (*double check*). Keunggulan *double check system* ini semakin terasa apabila Majelis Tinggi yang memeriksa dan merevisi suatu rancangan itu memiliki keanggotaan yang komposisinya berbeda dengan dari Majelis Rendah.

#### **Bagaimana dengan sistem lembaga perwakilan rakyat di Indonesia?**

UUD 1945 pra-amandemen menganut sistem unicameral dengan menempatkan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) sebagai supremasi yang memegang penuh kedaulatan rakyat. Akibat dari itu timbul ketimpangan ketatanegaraan terutama antar lembaga negara, dimana akibat superioritas tersebut MPR dapat memberikan justifikasi pada semua lembaga negara tanpa kecuali, sehingga eksistensi tiga kekuasaan lembaga (legislative, eksekutif, dan yudikatif) menjadi semu.

Berbeda dengan UUD 1945, Konstitusi Republik Indonesia Serikat (KRIS) 1949 menyepakati ide sistem bicameral sebagai model sistem perwakilan<sup>115</sup>. Ide ini tetap mendapatkan porsi dalam UUD Sementara 1950 dan pembahasan sistem bicameral tetap menjadi opsi dalam pembentukan konstitusi baru oleh Konstituante (1956-1959), meski gagasan ini tidak terwujud karena gagalnya Konstituante dalam membuat UUD<sup>116</sup>.

Sidang umum MPR 2001 berhasil mengamandemen UUD 1945 dengan mengembalikan sistem ketatanegaraan khususnya kelembagaan negara pada proporsinya, yaitu mengembalikan eksistensi lembaga legislative ke sistem bicameral. UUDNRI 1945

menempatkan MPR tidak lagi sebagai supremasi tetapi sebagai lembaga tinggi Negara (Pasal 1 ayat (2) UUD NRI 1945) yang keanggotaannya meliputi DPR dan DPD (Pasal 2 ayat (1) UUD NRI 1945). Pertimbangan logis Indonesia mengadopsi sistem bicameral dengan membentuk kamar ke dua setelah DPR yaitu DPD adalah untuk mewadahi keterwakilan yang berbeda, yaitu pusat dan daerah. Namun demikian, menurut **Philipus M. Hadjon** (2004: 191-192), mencermati ketentuan Pasal 2 ayat (1) UUD NRI 1945, bahwa MPR terdiri atas **anggota DPR** dan **anggota DPD** menunjukkan, bahwa sistem yang dianut Lembaga Perwakilan Rakyat bukanlah sistem 2 (dua) kamar (*bicameral system*), karena dalam sistem 2 (dua) kamar akan berlaku MPR terdiri atas **DPR** dan **DPD**. Mencermati kondisi sistem lembaga perwakilan rakyat di Indonesia tersebut, **Jimmy Asshiddiqie** (2005: 52) berpandangan, bahwa sistem lembaga perwakilan kita pada dasarnya tidak dibangun atas dasar prinsip bicameral khususnya *strong bicameral*, tetapi lebih cenderung pada *soft bimareal* – bahkan pada batas-batas tertentu cenderung tricameral dengan mendudukan MPR sebagai kamar ke 3 (tiga).

Lepas dari permasalahan sistem kamar dari lembaga perwakilan rakyat kita, adalah apakah terdapat keseimbangan tugas dan wewenang antara DPR sebagai kamar pertama dan DPD sebagai kamar kedua dalam lembaga perwakilan kita dalam rangka mekanisme *check and balances*?

Dibentuknya DPD dengan fungsi, tugas dan wewenang sebagaimana diatur dalam UUD 1945 yang berkedudukan sebagai “lembaga legislatif” disamping DPR menunjukkan semakin tidak jelasnya sistem perwakilan yang dianut oleh UUD 1945. Sebagaimana dikemukakan oleh **Jimmy Asshiddiqie** (2006: 139),

Semula pembentukan DPD dimaksudkan dalam rangka mereformasi struktur parlemen Indonesia menjadi dua kamar (bikameral) yang terdiri atas DPR dan DPD, sehingga dengan struktur bikameral itu diharapkan proses legislasi dapat diselenggarakan berdasarkan sistem *double-check* yang memungkinkan representasi kepentingan seluruh rakyat secara relatif dapat disalurkan dengan basis sosial yang lebih luas.

Berdasarkan ketentuan Pasal 22C UUD NRI 1945 dapat disimpulkan bahwa wewenang DPD adalah dapat mengajukan kepada DPR atas rancangan undang-undang tertentu, ikut membahas dan memberikan pertimbangan atas rancangan undang undang tertentu dan melakukan pengawasan atau kontrol atas pelaksanaan undang undang tertentu dan menyampaikan hasil pengawasannya itu kepada DPR untuk ditindak lanjuti.

Wewenang DPD sangat berbeda dengan wewenang DPR. Wewenang DPR ditentukan dalam Pasal 20 sebagai berikut:

- (1) DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang;
- (2) Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh DPR dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama;
- (3) Jika rancangan undang-undang itu tidak mendapat persetujuan bersama, rancanagn itu tidak boleh di-ajukan lagi dalam persidangan DPR masa itu.

Pasal 20A UUD 1945 menentukan sebagai berikut bahwa :

- (1) DPR memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran dan fungsi pengawasan;
- (2) Dalam melaksanakan fungsinya selain hak yang diatur dalam pasal-pasal lain Undang Undang Dasar ini, DPR mempunyai hak interpelasi, hak angket dan hak menyatakan pendapat;
- (3) Selain hak yang diatur dalam pasal-pasal lain Undang Undang Dasar ini, setiap anggota DPR mempunyai hak mengajukan pertanyaan, menyampaikan usul dan pendapat serta hak imunitas
- (4) Ketentuan lebih lanjut tentang DPR dan hak anggota DPR diatur dalam undang-undang.

Pasal 5 ayat (1) UUD NRI 1945 menentukan, bahwa Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang kepada DPR. Selanjutnya Pasal 21 ayat (1) UUD NRI 1945 menentukan, bahwa anggota-anggota Dewan Perwakilan Rakyat berhak mengajukan rancangan undang-undang.

Berdasarkan ketentuan UUD 1945 tersebut di atas, maka Undang Undang Nomor 27 tahun 2009 tentang Susunan dan Kedudukan MPR, DPR, DPD dan DPRD menentukan mengenai kewenangan DPD sebagai berikut :

1. Mengajukan dan membahas rancangan Undang Undang (tanpa boleh ikut menetapkan dan memutuskan) terhadap masalah otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan, pemekaran dan penggabungan daerah, pengembangan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lain serta perimbangan keuangan pusat dan daerah;
2. Memberikan pertimbangan terhadap:
  - a. Rancangan Undang Undang yang berkaitan dengan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN), pajak, pendidikan dan agama.
  - b. Pemilihan anggota Badan Pemeriksa Keuangan (BPK);
3. Melakukan Pengawasan terhadap masalah otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan, pemekaran dan penggabungan daerah, pengembangan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lain serta perimbangan keuangan pusat dan daerah; Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN), pajak, pendidikan dan agama.

Memperhatikan ketentuan tersebut di atas, maka kedudukan DPD sebagai lembaga legislatif sangat tidak seimbang dan tidak setara apabila dibandingkan dengan DPR. Ketentuan tentang wewenang DPD sebagai lembaga legislatif dalam Pasal 22 D ayat (1) dan (2) UUD 1945 sangat sederhana, sumir dan tidak memberikan bobot terhadap DPD yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan dengan biaya yang sangat mahal dalam rangka untuk mewakili daerahnya masing-masing (**Didik Widitrisniharjo**, 2007: 110). Berdasarkan ketentuan tersebut maka DPD terbatas untuk mengajukan usul, ikut membahas dan memberikan pertimbangan, tetapi tidak berhak untuk memutuskan karena yang berhak untuk memutuskan segala rancangan undang-undang adalah DPR.

Selanjutnya yang berkaitan dengan kedudukannya sebagai lembaga pengawasan, DPD hanya berfungsi melakukan pengawasan yang hasilnya disampaikan kepada DPR sebagai bahan pertimbangan untuk ditindaklanjuti (Pasal 22D ayat (3) UUD 1945). Oleh karena itu, DPD dalam menjalankan fungsi pengawasannya tidak lebih hanya sebagai “tukang catat”. Yang menjadi persoalan adalah bagaimana apabila DPR tidak menindaklanjuti hasil kerja pengawasan yang dilakukan oleh DPD. Oleh karena itu, untuk menjalankan fungsi-fungsi yang dimilikinya sebagaimana halnya DPR, DPD seharusnya juga dilengkapi dengan hak-hak baik untuk lembaga ataupun anggota-anggotanya agar dapat secara maksimal menjalankan fungsinya tersebut.

Berdasarkan hal tersebut di atas maka dapat disimpulkan bahwa DPD sebagai lembaga legislatif sebenarnya tidak mempunyai kekuasaan apapun yang secara strategis dapat memberikan pengaruh dalam pengambilan keputusan terhadap masalah-masalah yang menyangkut kehidupan rakyat yang diwakilinya, sehingga fungsi DPD yang demikian itu hanyalah sebagai *co-legislator* disamping DPR yang sifat tugasnya dibidang legislasi hanyalah menunjang (*auxiliary agency*)<sup>117</sup> tugas konstitusional DPR (**Jimly Asshiddiqie**, 2010: 121).

Suatu hal yang ironis sebagai lembaga yang anggota-anggotanya dipilih dan mewakili rakyat Indonesia, tetapi DPD tidak mampu mengekspresikan dan merepresentasikan kepentingan rakyat yang diwakilinya. Hal ini sejalan dengan pendapat yang dikemukakan oleh **Ramlan Surbakti** (2002), bahwa pertimbangan dibentuknya DPD didasarkan atas pertimbangan (1) distribusi penduduk Indonesia menurut wilayah sangat timpang dan terlampau besar terkonsentrasi di Pulau Jawa; (2) Sejarah Indonesia menunjukkan aspirasi kedaerahan sangat nyata dan mempunyai basis materiil yang sangat kuat yaitu adanya pluralisme daerah otonom seperti daerah istimewa dan daerah khusus. Namun, dengan kedudukan, tugas dan fungsi serta pengaturan hak-hak yang terdapat dalam UUD 1945 seperti yang sekarang ini tentu tujuan dibentuknya DPD tidak akan dapat terwujud dan direalisasikan.

Dengan demikian, dalam posisi dan kedudukannya itu adalah tepat kalau DPD tidak lebih merupakan Badan Penasihat atau Lembaga Konsultan bagi DPR. Bahkan dengan melihat rumusan tugas, fungsi dan kewenangan tersebut, menurut **Kuntana Magnar** (tth: 35), DPD tidak lebih dari suatu lembaga Negara yang berfungsi melayani, suatu fungsi yang tidak jauh berbeda dengan *state auxiliary bodies* (**Beni Hidayat**, 2006: 86; **Denny Indrayana**, 2008: 67-95; **Sri Soemantri**, 2008: 81-95). Padahal sebagaimana dikemukakan di atas dibentuknya DPD bertujuan untuk lebih mengembangkan kehidupan demokratisasi dan juga dalam rangka *Check and Balances System*. Karena MPR tidak lagi berfungsi sebagai lembaga superior yang dapat mengontrol lembaga-lembaga di bawahnya maka mengharuskan lembaga-lembaga negara itu saling melakukan pengawasan secara seimbang terutama yang berkaitan dengan kebijakan di pusat dan di daerah.

Dengan kondisi demikian, maka Indonesia merupakan sebuah anomali karena dengan definisi legitimasi di atas, lembaga DPD mempunyai legitimasi yang sangat tinggi, yang seharusnya memiliki kewenangan formal yang tinggi pula, tetapi dalam kenyataan kewenangan formalnya sangat rendah. Dengan demikian bisa dilihat bahwa Indonesia merupakan satu-satunya negara dengan sistem bikameral yang anggota-anggotanya dipilih langsung, dan karenanya memiliki legitimasi tinggi, tetapi kewenangannya amat rendah.

### C. PENUTUP

Berdasarkan paparan hasil penelitian sebagaimana dijabarkan di atas maka: *Pertama*, terdapat ketidaksesuaian kedudukan, tugas dan fungsi DPD dengan gagasan awal pembentukannya. *Kedua*, terdapat ketidakseimbangan antara kedudukan, tugas dan fungsi DPD selaku lembaga perwakilan dalam sistem bikameral jika dibandingkan dengan kedudukan, tugas dan fungsi DPR. DPR memiliki kewenangan yang lebih *heavy* dibandingkan dengan DPD.

Tidak adanya sinkronisasi (harmonisasi) antara kewenangan konstitusional DPD dengan kedudukan DPD sebagai lembaga Negara, dapat dilihat dari fungsi legislasi, fungsi pertimbangan dan fungsi anggaran, di mana DPD tidak memiliki *zelfstandingheid*. Di bidang legislasi DPD, tidak bertindak sebagai pembentuk undang-undang tetapi hanya sebagai lembaga yang mengajukan rancangan undang-undang. Di bidang pengawasan DPD tidak memiliki *judgement* – tetapi DPR-lah yang menindak-lanjuti dan memberikan keputusan.

Upaya untuk memperkuat peran dan fungsi DPD agar lebih setara dan seimbang dengan DPR, perubahan terhadap UUD 1945 harus dilakukan, dan memerlukan kesadaran semua pihak terutama para anggota MPR dalam rangka memberikan dasar hukum terhadap peran optimal DPD dimasa depan dengan mempertimbangkan (1) anggota DPD juga mempunyai konstituen yang kelak akan meminta pertanggungjawaban terhadap peran politik yang dilakukan oleh anggota DPD yang dipilihnya dalam pemilihan umum dan (2) biaya yang sangat mahal baik secara ekonomi, politik dan sosial yang dikeluarkan untuk penyelenggaraan pemilihan umum anggota DPD dan menggaji anggota DPD akan menjadi mubazir apabila peran dan fungsinya tidak menghasilkan sesuatu yang signifikan dan tidak dapat memberikan kontribusi yang maksimal terhadap pembangunan, bangsa dan negara terutama bagi kepentingan pembangunan rakyat di daerah.

### REFERENSI

- Ackerman, Bruce, 2000, "The New Separation Powers", *the Harvard Law Review*, Vol. 113
- Asshiddiqie, Jimly, 1996, *Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah, Telaah Perbandingan Konstitusi Berbagai Negara*, Jakarta, Universitas Indonesia Press
- Asshiddiqie, Jimly, 2005, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945*, Yogyakarta, FH UII Press
- Asshiddiqie, Jimly, 2010, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta, Sinar Grafika
- Chotidjah, Nurul, 2008, "Dinamika Implementasi Kewenangan Mahkamah Agung dan Komisi Yudisial setelah Amandemen Undang-Undang Dasar 1945", *Jurnal Ilmu Hukum Litigasi*, Vol. IX, No. 3
- Ginting, Jamin, 2008, "Kedudukan dan Fungsi Bank Sentral sebagai Lembaga Negara", *Law Review*, Vol. VII, No. 3
- Hadjon, 1 Philipus M., 1996, *Lembaga Tertinggi dan Lembaga-Lembaga Tinggi Negara Menurut UUD 1945*, Surabaya, Bina Ilmu
- Hadjon, Philipus M., 1994, "Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif)", *Jurnal Yuridika*, Vol. IX, No. 6

- Hadjon, Philipus M., 2004, "Eksistensi, Kedudukan dan Fungsi MPR sebagai Lembaga Negara", Makalah Seminar Peranan MPR dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945, Surabaya, Kerjasama MPR RI dengan Fakultas Hukum Universitas Airlangga
- Heryanto, Bambang, 2002, "Refleksi Politik Hukum Pelanggaran Hak Asasi Manusia di Indonesia", *Yuridika*, Vol. 17 No. 4
- Hidayat, Beni, 2006, "Relevansi Fungsi State Auxiliary Agencies dalam Penegakkan Hukum di Indonesia: Studi Kasus pada Komisi Ombudsman Nasional", *Media Hukum*, Vol. 13, No. 1
- Hutchinson, Terry, 2002, *Researching and Writing in Law*, Sydney, Lawbook. Co., Pymont-NSW-Sydney
- Indrayana, Denny, 2004, "Negara Hukum Indonesia Pasca Soeharto: Transisi Menuju Demokrasi vs Korupsi", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 1 No. 1
- Indrayana, Denny, 2008, "Komisi Negara Independen, Evaluasi Kekinian dan tantangan Masa Depan", *Majalah Hukum Nasional*, No. 2
- Isra, Saldi, 2004, "Penataan Lembaga Perwakilan Rakyat, Sistem Trikameral di Tengah Supremasi Dewan Perwakilan Rakyat", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 1, No. 1
- Kartasasmita, Ginandjar, 2007, "Dewan Perwakilan Daerah dalam Perspektif Ketatanegaraan Indonesia", *Jurnal Negarawan*, No. 05
- Laksono, R. Agung, 2009, "Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Pasca Perubahan Undang-Undang Dasar Negara republic Indonesia Tahun 1945", *Jurnal Majelis*, Vol. 1, No. 1
- Magnar, Kuntana, tth., "Kedudukan, Tugas, Fungsi dan Kewenangan Lembaga-Lembaga Negara di Indonesia", *Jurnal Ilmu Hukum Litigasi*.
- Mahkamah Konstitusi RI, 2004, *Cetak Biru Mahkamah Konstitusi, Membangun Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi RI
- Manan, Bagir, 2003, *Teori dan Politik Konstitusi*, Yogyakarta, Fakultas Hukum UII Press
- Marzukki, Peter Mahmud, 2002, "Jurisprudence As Sui Generis Discipline", *Jurnal Hukum Yuridika*, Vol. XVII, No. 4
- Nirahua, Salon E. M., 2011, "Kedudukan dan Kewenangan Dewan Perwakilan Daerah dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, Vol. 18, No. 4
- Pigome, Martha, 2011, "Implementasi Prinsip Demokrasi dan Nomokrasi dalam Struktur Ketatanegaraan RI Pasca Amandemen UUD 1945", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 11, No. 2
- Santoso, M. Agus, 2011, "Dewan Perwakilan Rakyat dalam Menjalankan Fungsi Pengawasan", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, Vol. 18, No. 4
- Soemantri, Sri, 2008, "Lembaga Negara dan *State Auxiliary Bodies* dalam Sistem Ketatanegaraan Menurut UUD 1945", *Majalah Hukum Nasional*, No. 1



- Surbakti, Ramlan, 2002, "Menuju Demokrasi Konstitusional: Reformasi Hubungan dan Distribusi Kekuasaan", dalam Maruto MD dan Anwari WMK (eds.), *Reformasi Politik dan Kekuatan Masyarakat, Kendala dan Peluang Menuju Demokrasi*, Jakarta, LP3ES
- Susanti, Bivitri, dkk., tth., *Semua Harus Terwakili, Studi Mengenai Reposisi MPR, DPR, dan Lembaga Kepresidenan di Indonesia*, Jakarta, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia
- Susetyo, Heru, "Reformasi Konstitusi dari Aspek Lembaga Negara", *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 7, No. 1
- Tutik, Titik Triwulan, 2006, "Kedudukan dan Fungsi Komisi Yudisial sebagai Lembaga Negara dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", *Jurnal Hukum Yuridika*, Vol. 21, No. 4
- Tutik, Titik Triwulan, 2010, *Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Amandmeen UUD 1945*, Jakarta, Prenada Media Group
- Widawati, Ayudya, 2008, "Seleksi Hakim Agung 2008, Mencari Hakim Agung yang Profesional, Berkualitas, Berintegritas, Akuntabel dan Transparan dalam Rangka Menegakkan Prinsip *Check and Balances* Kekuasaan Kehakiman di Indonesia", *Teropong*, Vol. VII No. 1
- Widitrisniharjo, Didik, 2007, "Kedudukan Dewan Perwakilan Daerah Republik Indonesia yang Setara dan Seimbang dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia", *Jurnal Yustika*, Vol. 10, No. 1
- Yarni, Meri, 2007, "Hubungan DPD dengan Lembaga Negara lain dalam Memaknai *Checks and Balances*", *Majalah Hukum Forum Akademika*, Vol. 16, No. 2

## **Peran Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) dalam *Check and Balances* Penyelenggaraan Pemilu**

Veri Junaidi

### **Pengantar**

Keberadaan Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) dalam penyelenggaraan pemilu antara dibenci dan dirindukan. Dibenci dan bahkan muncul gagasan pembubaran ketika melihatnya dari sejarah pembentukannya. Bawaslu dibentuk sebatas peredam tuntutan yakni sebagai strategi “politik akomodatif” rezim orde baru. Ketika itu masih bernama Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum (Panwaslak Pemilu). Bawaslu juga dinilai sekedar memainkan peran “tukang pos” saat posisinya sebagai Panitia Pengawas Pemilu (Panwaslu).

Kedudukan Bawaslu itu dianggap tidak cukup signifikan dalam rangka mewujudkan *check and balances* dalam penyelenggaraan pemilu. Keberadaannya tidak mampu mengurangi pelanggaran atau justru mewujudkan keadilan dalam pemilu. Kewenangannya sangat terbatas sehingga kedudukannya tidak cukup signifikan untuk mendorong penyelenggaraan pemilu yang jujur dan adil.

Meskipun demikian, selalu ada harapan akan terwujudnya keadilan dalam pemilu dengan hadirnya Bawaslu. Kewenangan lembaga ini dari satu periode ke periode pemilu semakin menguat. Meskipun tidak dipercaya, tapi faktanya kelembagaan Bawaslu terus disempurnakan. Oleh karena itu, kehadiran Bawaslu selalu memberikan harapan untuk berkontribusi menjadikan pemilu lebih baik.

Harapan terwujudnya *check and balances* penyelenggaraan pemilu menjadikan Bawaslu dirindukan kehadirannya. Dirindukan mampu mengambil peran optimal dalam mewujudkan keadilan pemilu.<sup>118</sup> Keadilan dalam penyelenggaraan yang ditujukan untuk menegakkan hak pilih warga negara sebagai pemegang kedaulatan rakyat.<sup>119</sup> Keadilan dalam pemilu akan terwujud jika mekanisme dalam pemilu mampu menjamin kemurnian hak pilih warga negara. Suara yang diberikan dalam pemilu terfasilitasi dengan baik oleh penyelenggara. Begitu juga peserta pemilu yang harus menghormati kehendak bebas warga negara untuk memilih wakil mereka di pemerintahan.

Keberadaan Bawaslu dengan kewenangannya diharapkan mampu memberikan jaminan terhadap hak pilih rakyat. Jika hak pilih warga negara termanipulasi oleh peserta pemilu maka sistem keadilan pemilu yang diperankan Bawaslu harus mampu mengembalikannya. Bahkan jika penyelenggara pemilu telah lalai mengakomodir hak pilih, maka tidak ada alasan untuk tidak mengembalikan hak pilih itu sendiri.

Latar belakang itu yang kemudian mendorong penulisan makalah ini. Bagaimana mendorong terwujudnya keadilan pemilu melalui kelembagaan Bawaslu sebagai upaya *check and balances* dalam penyelenggaraan pemilu. Bawaslu mesti didorong mampu memainkan peran dalam penegakan hukum dan menjamin penerapan prinsip demokrasi melalui pelaksanaan pemilu yang bebas, jujur dan adil.

Kedepan perlu desain baru bagi Bawaslu sehingga mampu mencegah dan mengidentifikasi ketidakberesan, tujuannya memberikan jaminan terhadap penyelenggaraan pemilu yang bebas, jujur dan adil. Lebih jauh lagi bagaimana Bawaslu bisa berperan dalam menjaga proses pemilu yang kredibel dan memiliki legitimasi tinggi.

### **Panwaslak: Politik Akomodatif**

Mendesain kelembagaan Bawaslu mesti dimulai dengan meninjau sejarah panjang kelembagaannya. Mesti dipahami politik hukum pembentukan pengawas pemilu hingga perannya seperti sekarang. Oleh karena itu bahasan ini akan menggunakan pendekatan sejarah lahirnya pengawasan pemilu.

Sejarah Bawaslu dimulai sejak pembentukan Panwaslak Pemilu. Panwaslak dibentuk berdasarkan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1980 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1969 tentang Pemilihan Umum (UU No. 2/1980). Lembaga pengawas pemilu itu lahir atas tuntutan Partai Persatuan Pembangunan (PPP) dan Partai Demokrasi Indonesia (PDI) setelah pelaksanaan Pemilu 1977. Pemilu diwarnai berbagai bentuk pelanggaran dan kecurangan. Pelanggaran tersebut terakumulasi sejak Pemilu 1971 dimana manipulasi penghitungan suara oleh para petugas pemilu marak terjadi.<sup>120</sup>

Memang sudah menjadi rahasia umum, Pemilu masa orde baru tidak berjalan jujur dan adil karena petugas pemilu tidak bersikap netral. Umumnya yang menjadi aktor utama adalah kelompok penyelenggara pemungutan suara (KPPS). Mereka diidentifikasi sebagai pelaku-pelaku utama pelanggaran terhadap asas Luber. Pelanggaran oleh KPPS dilakukan melalui empat bentuk: [1] intimidasi untuk memilih Golkar yakni dengan mengancam tidak akan memberikan pelayanan birokrasi atau tidak diperbolehkan menggunakan fasilitas yang diorganisir aparat birokrasi kelurahan, [2] tidak memberikan kartu tanda pemilih kepada simpatisan parpol sehingga tidak bisa memilih atau menjadi saksi, [3] penolakan terhadap saksi parpol dengan menolak saksi untuk menjalankan tugas mengawasi pelaksanaan pencoblosan dan penghitungan suara, dan [4] pencoblosan secara tidak legal untuk memenangkan Golkar.<sup>121</sup>

Fakta itu menunjukkan bahwa Panwaslak Pemilu dibentuk untuk menjadi penyeimbang dalam penyelenggaraan pemilu. Awalnya tuntutan pembentukan Panwaslak oleh PDI dan PPP untuk menekan dan meminimalisir kecurangan baik oleh Panitia Pemilihan Indonesia (PPI) maupun partai politik (Golkar pada saat itu). Keberadaan Panwaslak diharapkan membatasi keleluasaan penyelenggara dan peserta pemilu dalam melakukan pelanggaran.

Pembentukan Panwaslak idealnya merupakan bentuk penerapan konsep negara hukum, yakni perlu adanya pembagian/pemisahan kekuasaan.<sup>122</sup> Pembagian/pemisahan kekuasaan dalam negara ditujukan untuk menjaga agar hak-hak rakyat tidak dilanggar. Menumpuknya kekuasaan pada satu tangan sangat berbahaya dan dapat menyebabkan inefisiensi, korupsi dan kesewenang-wenangan.

Kehadiran Panwaslak ini justru untuk membagi kekuasaan penyelenggara pemilu agar tidak terjadi penumpukan kekuasaan dan dominasi satu kekuasaan penyelenggara pemilu. Konsep ini didesain agar penyimpangan dalam penyelenggaraan baik oleh PPI (dan jajarannya) maupun peserta pemilu bisa diminimalisir.

Konsep pembagian kekuasaan antara PPI dengan Panwaslak Pemilu dilakukan sebagai bentuk *check and balances* penyelenggaraan pemilu. Tujuannya agar antara PPI dan Panwaslak bisa saling mengawasi, tentunya agar tidak ada satu kekuasaan yang berada di atas kekuasaan lainnya.<sup>123</sup> Bahkan dengan hadirnya dua lembaga penyelenggara pemilu diharapkan konsentrasi intervensi kekuasaan rezim terpecah. Dengan demikian pemilu bisa berjalan dengan baik dengan adanya pengawasan.

Namun sayang, konsep *check and balances* dalam penyelenggaraan pemilu itu tidak didesain secara baik dan serius. Tuntutan PPP dan PDI untuk pembentukan pengawas pemilu tidak sepenuhnya dipenuhi. Panwaslak memang dibentuk namun tidak untuk mengimbangi penyelenggara pemilu agar bersikap adil. Panwaslak dibentuk semata-mata untuk meredam tuntutan PPP dan PDI.

Niatan ini terlihat dari desain kelembagaan dalam UU No. 2 Tahun 1980. Panwaslak merupakan subordinat dari Panitia Pemilihan Indonesia. Desain itu terlihat dalam ketentuan Pasal 4b UU No. 2 Tahun 1980 sebagai berikut:

Pada Panitia Pemilihan Indonesia, Panitia Pemilihan Daerah Tingkat I, Panitia Pemilihan Daerah Tingkat II dan Panitia Pemungutan Suara dibentuk Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum, yaitu Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum Pusat, Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum Daerah Tingkat I, Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum Daerah Tingkat II dan Panitia Pengawas Pelaksanaan Pemilihan Umum Kecamatan.

Klausul “Pada Panitia Pemilihan Indonesia...” tegas menunjukkan bahwa Panwaslak Pemilu merupakan subordinat dari Panitia Pemilihan. Panwaslak dibentuk sebagai bagian dalam kelembagaan Panitia Pemilihan Indonesia (PPI).

Desain Panwaslak jelas tidak konsisten dengan latar belakang pembentukannya. Panwaslak yang dibentuk sebagai respon atas manipulasi petugas pemilu justru berada dibawah kelembagaan PPI dan jajarannya. Panwaslak yang tugasnya mengawasi pelaksanaan pemilu justru bertanggungjawab kepada ketua PPI sesuai tingkatannya. Lantas, bagaimana Panwaslak mampu mengimbangi keberadaan panitia pemilihan? Tentunya Panwaslak tidak mampu menjalankan tugas pengawasan dengan baik. Jika demikian benar tesis di awal bahwa pembentukan Panwaslak sekedar untuk meredam suasana politik atas tuntutan PPP dan PDI.

Panwaslak sebagai bentuk akomodir politik bisa dibaca dalam Pasal 4b huruf a UU No. 2/1980. Ketua dan Wakil Panwaslak dijabat oleh pejabat Pemerintah. Sedangkan anggota Panwaslak dijabat oleh unsur Pemerintah, PPP, PDI, Golongan Karya (Golkar) dan Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (ABRI). Penjelasan umum UU No. 2/1980 menegaskan bahwa anggota Panwaslak Pemilu Pusat, Panwaslak Pemilu Daerah Tingkat I, Panwaslak Pemilu Daerah Tingkat II, dan Panwaslak Pemilu Kecamatan yang anggotanya dari unsur Pemerintah, PPP, PDI, Golkar dan ABRI masing-masing berjumlah maksimal 3 orang.

Dengan demikian keberadaan Panwaslak justru jauh dari harapan, yakni menciptakan keseimbangan dan pengawasan terhadap penyelenggaraan pemilu. Panwaslak muncul sebagai masalah baru, organ bentukan rezim untuk mengamankan kepentingan pemerintah (Golkar).

Keberadaan Panwaslak semakin tidak jelas ketika UU No. 2/1980 tidak mengatur detail ruang lingkup pengawasan, tugas dan wewenang, mekanisme dan prosedur penanganan pelanggaran, serta pengisian anggota dan penentuan Panwaslak Pemilu. Rincian itu diserahkan pengaturan lanjutannya dalam Peraturan Pemerintah No. 41 Tahun 1980 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Pemilihan Umum yang justru dinilai tidak jelas. Peraturan pemerintah ini hanya mengatur tentang pengisian anggota Panwaslak Pemilu dan penentuan pimpinannya.

Peraturan pemerintah itu hanya menentukan komposisi jabatan struktural Panwaslak. Ketua Panwaslak Pemilu Pusat dijabat oleh Jaksa Agung, sedangkan wakil ketua oleh pejabat dari Departemen Dalam Negeri (Depdagri) dengan anggotanya berasal dari unsur ABRI, Golkar, PPP dan PDI. Struktur tersebut berlaku hingga tingkatan di bawahnya. Panwaslak Pemilu Daerah I diketuai Kepala Kejaksaan Tinggi dengan lima wakil ketua masing-masing dari Pemda Tingkat I, Kodam/Korem, DPD I Golkar, DPD PPP dan DPD PDI. Panwaslak Pemilu Daerah II diketuai oleh Kepala Kejaksaan Negeri yang didampingi lima wakil ketua yakni dari Pemda Tingkat II, Kodim, DPD II Golkar, DPC PPP dan DPC PDI. Sedangkan Panwaslak Pemilu Kecamatan diketuai pejabat kecamatan yang didampingi staf Koramil dan wakil-wakil dari Golkar, PPP dan PDI.

Latar belakang pembentukan dan susunan serta struktur organisasi Panwaslak menjadikannya tidak dapat mengontrol pelaksanaan pemilu. Keanggotaan Panwaslak didominasi oleh aparat pemerintah yang merupakan pendukung Golkar.<sup>124</sup> Fungsi pengawasan justru diselewengkan untuk kepentingan kemenangan Golkar. Dua langkah kemenangan yang dilakukan yakni pertama, Panwaslak Pemilu melegalkan kasus-kasus pelanggaran dan kecurangan yang dilakukan Golkar. Kedua, Panwaslak melakukan diskriminasi dalam menjalankan fungsi penegakan hukum pemilu karena hanya mengusut kasus-kasus pelanggaran yang dilakukan peserta pemilu non-Golkar.<sup>125</sup>

Kelembagaan Panwaslak berdasarkan UU No. 1 Tahun 1985 tentang Perubahan Atas UU No. 15 Tahun 1969 tentang Pemilihan Umum Anggota Badan Permusyawaratan/Perwakilan Rakyat sebagaimana telah diubah dengan UU No. 4 Tahun 1975 dan UU No. 2 Tahun 1980 (UU No. 1/1985) tidak mengalami perkembangan. Fungsi, susunan dan struktur organisasi tetap seperti sebelumnya.

### **Tukang Pos Pelanggaran**

Kelembagaan pengawas pemilu tidak mengalami perkembangan berarti hingga lahirnya UU No. 3 Tahun 1999 tentang Pemilihan Umum (UU No. 3 Tahun 1999). Penamaan Panwaslak Pemilu diganti menjadi Panitia Pengawas Pemilihan Umum (Panwaslu) dalam Pemilu 1999.

Kondisi politik yang semakin kondusif saat reformasi merombak besar-besaran kelembagaan pengawas pemilu. Struktur birokrasi yang sebelumnya menjadi kekuatan rezim untuk memanipulasi hasil pemilu dipangkas. Hubungan antara Panwaslu di berbagai tingkatan dengan penyelenggara tidak lagi bersifat hierarkhis dan subordinatif. Panwaslu saat itu bersifat koordinatif dan informatif. Adapun keanggotaan Panwaslu pusat, Panwaslu provinsi dan Panwaslu kabupaten/kota terdiri dari unsur hakim, perguruan tinggi dan masyarakat. Sedangkan anggota Panwaslu kecamatan terdiri dari unsur perguruan tinggi dan masyarakat.

Panwaslu dibentuk dengan tugas dan kewajiban sebagai berikut: (1) mengawasi semua tahapan penyelenggaraan pemilu; (2) menyelesaikan sengketa atas perselisihan yang timbul dalam penyelenggaraan pemilu; dan (3) menindaklanjuti temuan, sengketa dan perselisihan yang tidak dapat diselesaikan untuk dilaporkan kepada instansi penegak hukum.

Kewenangan tersebut dinilai tidak cukup signifikan dalam mewujudkan keadilan pemilu. Hasil evaluasi menunjukkan pelaksanaan tugas dan kewenangan tidak efektif dalam penegakan hukum peraturan pemilu. Hal itu terlihat dari laporan pertanggungjawaban Panwaslu. Panwaslu 1999 sekedar menyampaikan peringatan tertulis, rekomendasi, meneruskan temuan kepada instansi penegak hukum atau bertindak sebagai mediator jika diminta.<sup>126</sup>

Terdapat empat faktor yang menyebabkan ketidakefektifan Panwas Pemilu 1999 dalam menjalankan fungsinya sebagai penegak hukum peraturan pemilu. Pertama, tugas dan wewenang Panwaslu tidak memadai; kedua, sumber daya manusia (SDM) kurang siap; ketiga, *software* dan *hardware* kurang memadai; keempat, terbatasnya akses informasi<sup>127</sup>.

Pelaksanaan Pemilu 2004, dibentuk pengawas pemilu berdasarkan UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum yang menegaskan: *untuk melakukan pengawasan Pemilu, dibentuk Panitia Pengawas Pemilu, Panitia Pengawas Pemilu Provinsi, Panitia Pengawas Pemilu Kabupaten/Kota, dan Panitia Pengawas Pemilu Kecamatan.* Panwaslu dibentuk oleh KPU, Panwaslu provinsi dibentuk oleh Panwaslu, dan Panwaslu kabupaten/kota dibentuk oleh Panwaslu provinsi. Ketentuan pembentukan secara berjenjang berlaku hingga Panwaslu kecamatan.

Pertanggungjawaban Panwaslu disesuaikan dengan kelembagaan yang membentuk. Panwaslu bertanggung jawab kepada KPU, sedangkan Panwaslu provinsi, Panwaslu kabupaten/kota dan Panwaslu kecamatan bertanggung jawab kepada Panwaslu yang membentuknya.

Adapun tugas dan kewenangan Panwaslu menurut UU No. 12/2003 adalah sebagai berikut: a) mengawasi semua tahapan penyelenggaraan pemilu; b) menerima laporan pelanggaran peraturan perundang-undangan pemilu; c) menyelesaikan sengketa yang timbul dalam penyelenggaraan pemilu; dan d) meneruskan temuan dan laporan yang tidak dapat diselesaikan kepada instansi yang berwenang.

Pemilu 2009, tugas dan kewenangan Panwaslu (Bawaslu) tidak banyak mengalami perubahan. UU No. 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilu (UU No. 22 Tahun 2007) memberikan kewenangan untuk: a) mengawasi semua tahapan penyelenggaraan pemilu; b) menerima laporan pelanggaran; c) menyampaikan temuan dan laporan pelanggaran kepada KPU; d) meneruskan temuan dan laporan yang bukan kewenangannya kepada instansi yang berwenang dan kewenangan lainnya.

Berdasarkan kewenangan tersebut, nyatanya Bawaslu tidak mampu menjalankan tugasnya secara maksimal. Bawaslu tidak memiliki kekuatan untuk mendorong instansi yang berwenang baik KPU (untuk pelanggaran administrasi) maupun kepolisian (untuk pelanggaran pidana) untuk melakukan penegakan hukum pemilu.<sup>128</sup> Kewenangan Bawaslu sebatas "tukang pos" dalam proses penegakan hukum pemilu, yakni meneruskan dugaan pelanggaran.

Keberhasilan upaya penindakan oleh Bawaslu sangat tergantung pada upaya penegak hukum lainnya. Sebanyak apapun laporan pelanggaran yang diterima dan ditindaklanjuti Bawaslu menjadi tidak berarti jika KPU dan Kepolisian tidak menindaklanjutinya.

### **Penguatan Kelembagaan Bawaslu**

Meski kewenangan Bawaslu dinilai lemah, namun desain kelembagaan Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) mengalami penguatan ketika berada dibawah pengaturan UU No. 22 Tahun 2007. Kelembagaan pengawas pemilu dibentuk secara permanen untuk tingkat nasional (Bawaslu) dan *ad hoc* untuk Panwaslu propinsi, kabupaten/kota dan struktur dibawahnya.

Penguatan kelembagaan ternyata tidak diikuti oleh mekanisme rekrutmennya. Anggota Bawaslu diseleksi oleh tim bentukan KPU. Tim seleksi ini dibentuk untuk membantu KPU menetapkan calon anggota Bawaslu yang akan diajukan kepada DPR. Bahkan untuk anggota Panwaslu Provinsi diusulkan oleh KPU Provinsi kepada Bawaslu, yakni sebanyak 6 orang untuk ditetapkan 3 orang sebagai anggota Panwaslu. Ketentuan ini berlaku untuk pembentukan anggota Panwaslu kabupaten/kota.

Desain pembentukan pengawas pemilu seperti itu memungkinkan Bawaslu tidak dapat menjalankan tugas secara optimal. Mekanisme rekrutmen demikian jelas tidak mencerminkan kelembagaan pengawas pemilu yang mandiri. Mengingat proses rekrutmen Bawaslu dilaksanakan oleh tim seleksi bentukan KPU dan rekrutmen Panwaslu tidak sepenuhnya menjadi wewenang Bawaslu.

Mekanisme tersebut berkontribusi terhadap sikap “defensif” KPU dan jajarannya pada fungsi pengawasan yang dilakukan Bawaslu dan Panwaslu. Belum lagi potensi munculnya politisasi proses rekrutmen pengawas pemilu. Menjadi pandangan umum, KPU dengan secara sistematis dan sengaja memilih calon-calon yang berpihak pada kepentingan sendiri dan bukan pada kehendak kuat untuk melaksanakan pengawasan secara transparan dan akuntabel.

Kondisi itu yang kemudian melatarbelakangi pengujian UU No. 22 Tahun 2007 oleh Bawaslu. Atas permohonan itu, Mahkamah Konstitusi (MK) mengeluarkan Putusan No. 11/PUU-VIII/2010. Putusan itu menguatkan kemandirian Bawaslu dalam rekrutmen jajaran di bawahnya tanpa melibatkan KPU.

Putusan MK itu menjadi titik balik bagi penguatan kelembagaan Bawaslu. Putusan itu menjadikan Bawaslu lembaga mandiri dalam rangka pengawasan terhadap penyelenggaraan pemilu. Sejalan dengan itu, Jimly menegaskan bahwa Bawaslu merupakan salah satu penyelenggara pemilu yang keberadaanya dijamin dalam konstitusi dan undang-undang. Sebagai lembaga negara yang mandiri, Bawaslu merupakan lembaga negara yang sangat penting secara konstitusional (*constitutional importance*).<sup>129</sup>

Bawaslu merupakan bentuk kelembagaan yang pada saat amandemen UUD diprediksikan muncul sebagai bentuk lain dari Komisi Pemilihan Umum. Ketika UUD 1945 diamandemen, perdebatan sudah menunjukkan pandangan bahwa bentuk kelembagaan penyelenggara pemilu merupakan sebuah kebijakan yang terbuka bagi pembentuk undang-undang.

Pandangan tersebut terlihat dari *original intents* Pasal 22E Ayat (5) UUD 1945 dalam Amandemen ketiga. Lukman Hakim Syaifuddin dari Fraksi Partai Persatuan Pembangunan (FPPP) dalam pembahasan perubahan menyatakan ketidaksetujuannya untuk mendefinisikan secara eksplisit institusi penyelenggara pemilu dengan nama tertentu dalam UUD.<sup>130</sup> Lukman mengatakan sebagai berikut:

Ayat (5) ini menurut saya memang mendasari adanya kalimat yang bersifat nasional, tetap dan mandiri. Jadi, Tim Ahli hanya terbatas pada Pemilu diselenggarakan oleh Komisi Pemilihan Umum dan Komisi Pemilihan Umumnya ini dengan huruf besar, seakan-akan sudah menunjuk institusi tertentu. Padahal Undang-Undang Dasar ini sebaiknya tidak langsung menunjuk institusi.

Dengan demikian, terang sudah bahwa Bawaslu merupakan penyelenggara pemilu yang sifatnya nasional, tetap dan mandiri. Bawaslu dinilai sebagai salah satu penyelenggara pemilu sebagaimana disebutkan dalam Pasal 22E Ayat (5) UUD 1945 sebagai komisi pemilihan umum. Bawaslu merupakan salah satu penyelenggara pemilu yang menjalankan fungsi pengawasan dan fungsi lain yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Dengan kata lain, bentuk kelembagaan Bawaslu merupakan suatu kebijakan lanjutan dari pembuat undang-undang.

Pandangan itu bisa dilihat dalam Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi No. 11/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian UU No. 22/2007 tentang Penyelenggara Pemilu.<sup>131</sup> Pertimbangan hukum tersebut menyebutkan sebagai berikut:

Klausula "*suatu komisi pemilihan umum*" dalam UUD 1945 tidak merujuk kepada sebuah nama institusi, akan tetapi menunjuk pada fungsi penyelenggaraan pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap dan mandiri. Dengan demikian, menurut Mahkamah, fungsi penyelenggaraan pemilihan umum tidak hanya dilaksanakan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU), akan tetapi termasuk juga lembaga pengawas pemilihan umum dalam hal ini Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) sebagai satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri.

Berdasarkan putusan tersebut, UU No. 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara pemilu menindaklanjutinya dengan menegaskan Bawaslu sebagai penyelenggara pemilu. Kedudukan dan fungsi Bawaslu bisa dilihat dalam Pasal 1 ayat (5) UU No. 15 Tahun 2011 yang menegaskan:

Penyelenggara Pemilu adalah lembaga yang menyelenggarakan Pemilu yang terdiri atas Komisi Pemilihan Umum dan Badan Pengawas Pemilu sebagai satu kesatuan fungsi penyelenggaraan Pemilu untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Presiden dan Wakil Presiden secara langsung oleh rakyat, serta untuk memilih gubernur, bupati, dan walikota secara demokratis.

Ketentuan tersebut tegas menyebutkan bahwa yang dikatakan sebagai penyelenggara pemilu salah satunya Bawaslu. Baik KPU maupun Bawaslu merupakan satu kesatuan fungsi penyelenggara pemilu. Hal itu juga ditegaskan dalam penjelasan umum UU No. 15/2011, penyelenggara pemilu yang terdiri dari KPU, Bawaslu dan Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) sebagai satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilu.



Bawaslu itu sendiri merupakan lembaga penyelenggara pemilu yang memiliki tugas melakukan pengawasan sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 1 ayat 16 UU No. 15/2011. Bawaslu melakukan pengawasan terhadap penyelenggaraan pemilu diseluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pengawasan ini dilakukan secara berjenjang oleh Bawaslu, Bawaslu Provinsi, Panwaslu Kabupaten/Kota, Panwaslu Kecamatan, Pengawas Pemilu Lapangan dan Pengawas Luar Negeri. Pasal 69 ayat (2) menetapkan Bawaslu dan Bawaslu Provinsi bersifat tetap. Sedangkan ayat (3) menyebutkan Panwaslu Kabupaten/Kota, Panwaslu Kecamatan, Pengawas Pemilu Lapangan dan Pengawas Pemilu Luar Negeri bersifat *ad hoc*.

### **Harapan Efektifitas Kewenangan Bawaslu**

Penguatan kelembagaan Bawaslu diharapkan akan memberi kontribusi dalam terwujudnya pemilu yang demokratis. Namun penguatan kelembagaan baik sifat dan mekanisme rekrutmen mesti diiringi dengan kerja efektif dan strategis Bawaslu dalam menjalankan kewenangannya. Kerja efektif dan strategis Bawaslu menjadi salah satu penentu keberhasilan pemilu. Keberhasilan dimaksudkan dengan adanya jaminan atas pemilu yang jujur dan adil.

Pemilu yang adil berarti diminimalisirnya kecurangan dalam pemilu karena pengawasan yang kuat oleh Bawaslu. Kalaupun sudah terlanjur maka peran penanganan pelanggaran dan sengketa memberikan ruang untuk koreksi dalam rangka mengembalikan hak *electoral* baik pemilih maupun peserta pemilu.

Peran strategis dalam pengawasan, penanganan pelanggaran dan penyelesaian sengketa tersebut telah dijamin dalam undang-undang. Dengan segala kelemahan dan keterbatasan yang dimiliki, undang-undang memberikan penguatan kewenangan. Menurut UU Nomor. 15 Tahun 2011, Bawaslu tidak sekedar memainkan peran “tukang pos” yakni mengawasi, menerima dan meneruskan/melaporkan pelanggaran. Kini Bawaslu memiliki kewenangan baru yakni sebagai berikut:

#### *1. Melakukan pengawasan dalam rangka pencegahan dan penindakan*

Ketentuan Pasal 73 ayat (2) UU No. 15/2011 menegaskan bahwa Bawaslu bertugas mengawasi penyelenggaraan pemilu. Pengawasan itu dilakukan dalam rangka pencegahan dan penindakan pelanggaran untuk mewujudkan pemilu yang demokratis. Artinya terdapat penekanan dan penegasan orientasi pengawasan yakni melakukan pencegahan dan penindakan.

Berdasarkan penegasan tersebut maka perlu adanya desain ulang terhadap prioritas pelaksanaan tugas dalam pengawasan pemilu. Bawaslu harus menentukan pilihan terhadap tugas mana yang akan diutamakan dan menjadi ikon Bawaslu kedepan. Pilihan itu akan menentukan strategi untuk efektifitas pelaksanaan tugas dan wewenang kedepannya.

Pilihan tersebut mesti didasarkan pada evaluasi atas tugas dan wewenang yang telah berjalan. Seperti pelaksanaan tugas pengawasan dalam rangka penindakan. Catatan sejarah menunjukkan bahwa sejak berdirinya Panwaslak Pemilu berdasarkan UU No. 2/1980 hingga Pemilu 1999, tersimpulkan tidak efektifnya pengawasan dalam penindakan. Panwaslak Pemilu digunakan sebagai alat untuk melegitimasi kemenangan partai penguasa. Begitu juga hasil evaluasi Panwaslu 1999 yang tegas menyatakan tidak efektif pelaksanaan tugas ini.

Atas evaluasi di atas maka kedepan Bawaslu mesti mengalihkan fokus pelaksanaan wewenang yakni pengawasan dalam rangka pencegahan. Pilihan ini harus diambil sebagai ikon Bawaslu dalam menegakkan demokrasi di Indonesia. Mengingat upaya penindakan terhadap pelanggaran menghadapi sejumlah problem yang justru muncul dari eksternal Bawaslu. Bawaslu tidak bisa berperan lebih besar dalam upaya penegakan hukum mengingat tugas dan wewenang yang diberikan terbatas untuk itu.

Berdasarkan hal itu maka kedepan Bawaslu harus realistis antara harapan dan tugas-wewenang yang diberikan undang-undang. Bawaslu mesti memberikan prioritas peran pengawasan dalam rangka pencegahan dibanding penindakan. Peran pencegahan lebih realistis untuk difungsikan mengingat otoritas penuh pelaksanaan tugas ini berada di Bawaslu.<sup>132</sup>

Peran pencegahan itu bisa dilakukan terhadap beberapa bentuk pelanggaran. Bentuk pelanggaran yang akan menjadi prioritas objek pencegahan oleh Bawaslu bisa dirumuskan dengan kriteria sebagai berikut, yakni:

1. Pelanggaran itu termasuk objek penindakan pelanggaran pemilu.
2. Pelanggaran itu merupakan bentuk pelanggaran yang banyak muncul berdasarkan data pengawasan dalam Pemilu sebelumnya.

Berdasarkan prioritas pengawasan tersebut maka Bawaslu tidak akan dituntut atas sesuatu yang tidak menjadi kewenangannya seperti upaya penindakan. Otoritas yang ada padanya bisa memaksimalkan upaya untuk mencegah terjadinya pelanggaran pemilu. Pencegahan yang efektif diyakini akan menjadi sumber dan awal berjalannya pemilu yang demokratis.

Pilihan terhadap tugas pencegahan diharapkan bisa menutup kelemahan upaya penindakan. Kehadiran tugas pencegahan akan menguatkan penindakan dalam satu sinergi. Efektifitas tugas pencegahan akan menjadi modal awal pelaksanaan tugas penindakan. Kolaborasi antara pencegahan dan penindakan diharapkan mampu menjawab kebuntuan atas tidak efektifnya penegakan hukum yang telah berjalan.

Upaya yang mesti dilakukan adalah menggunakan pendekatan persuasif untuk mendorong pemangku kepentingan atas pemilu yang jujur dan adil. Pemilu tidak semata-mata sebagai kompetisi politik namun ada hak rakyat yang harus dipenuhi dan dihormati. Terhadap pemilih, Bawaslu mendorong partisipasi dan memfasilitasi kesadaran kritis masyarakat untuk bersama-sama mengawal pemilu yang demokratis.

Tugas pencegahan itu mesti disinergikan dengan tugas penindakan terhadap pelanggaran. Sinergi itu dibangun dengan menata ulang prioritas pencegahan pelanggaran. Sebab tidak mungkin tugas pencegahan serta merta menghilangkan fungsi penindakan terhadap pelanggaran. Mengingat hal itu maka perlu penataan terhadap pelaksanaan tugas penindakan. Tugas ini dijalankan dengan prioritas tertentu sehingga dapat berjalan lebih efektif tanpa menyasar seluruh bentuk dan jenis pelanggaran.

Prioritas ini akan menguntungkan kerja Bawaslu. Bawaslu bisa bekerja lebih fokus terhadap pelanggaran tertentu dan tidak disibukkan menangani pelanggaran-pelanggaran pidana ringan. Adapun jenis pelanggaran yang bisa menjadi prioritas harus memenuhi kriteria sebagai berikut:

1. Pelanggaran itu dapat menghilangkan hak rakyat untuk memilih dan dipilih, karena itu pengawasan dilakukan untuk memulihkan hak pilih warga (hak memilih dan hak untuk dipilih)
2. Terganggunya integritas penyelenggaraan pemilu akibat penggunaan dana ilegal untuk mempengaruhi hak pilih.
3. Pelanggaran terkait verifikasi persyaratan calon untuk memastikan calon berintegritas.

## 2. *Menyelesaikan sengketa administrasi pemilu*

Sengketa Pemilu adalah sengketa yang terjadi antarpartai politik Peserta Pemilu dan sengketa partai politik Peserta Pemilu dengan penyelenggara pemilu pada setiap tahapan penyelenggaraan pemilu. Misal, sengketa penjadwalan kampanye dan sengketa atas keputusan KPU tentang penetapan partai politik peserta pemilu dan penetapan Daftar Calon Tetap (DCT).

Sengketa diselesaikan melalui musyawarah dan mufakat. Namun jika tidak tercapai kesepakatan maka Panwaslu, Bawaslu Provinsi dan Bawaslu menawarkan alternatif penyelesaian sengketa. Panwaslu, Bawaslu Provinsi dan Bawaslu membuat keputusan jika alternatif penyelesaian sengketa itu tidak diterima. Keputusan Bawaslu merupakan putusan final dan mengikat bagi pihak yang bersengketa.

Ketentuan final dan mengikat dikecualikan untuk sengketa terkait verifikasi parpol peserta pemilu dan daftar calon tetap anggota DPR, DPD dan DPRD. Sengketa Pemilu jenis ini diselesaikan terlebih dulu oleh Bawaslu, namun jika tidak puas dapat mengajukan gugatan ke Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara. Mekanisme penyelesaian sengketa oleh Bawaslu ini mesti dilakukan secara transparan dan akuntabel.

### **Daftar Pustaka**

- Alexander Irwan, Ph.D dan Edriana, SH. *Pemilu: Pelanggaran Asas Luber*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan. 1995
- Buku V Pemilihan Umum. Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999 – 2002. Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. 2008
- Didik Supriyanto. *Menjaga Independensi Penyelenggara Pemilu*. Perludem, DRSP dan USAID: Jakarta. 2007
- International Idea. *Keadilan Pemilu: Ringkasan Buku Acuan International IDEA*. Diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia Kerjasama International IDEA-Cetro-Bawaslu RI: Jakarta. 2011
- Jimly Ashiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta. 2006
- Munir Fuady. *Teori Negara Hukum Modern (Rechtstaat)*. Bandung: Refika Aditama. 2009
- Putusan MK No. 11/PUU-VIII/2010

Rencana Strategis Bawaslu RI tahun 2010-2014,

## Reposisi Mekanisme Pengawasan Hakim Konstitusi Kepada Komisi Yudisial

Ziffan Firdinal

*"Power must never be trusted without a check"*

John Adams (1735-1826)

### Pendahuluan

Konsep demokrasi yang dicitakan ketika amandemen konstitusi 1999-2002 silam di Indonesia, justru mengarah ke *Juristocracy* (Ran Hirsch, 2004). Indonesia sebagai negara hukum menyatakan kedaulatannya di tangan rakyat, pelaksanaannya didasari oleh undang-undang dasar.<sup>133</sup> Dari konsep pelaksanaan kedaulatan rakyat yang diaplikasikan menurut undang-undang dasar (konstitusi)<sup>134</sup> maka akan terdapat korelasi kuat dengan empat kewenangan dan satu kewajiban salah satu lembaga negaranya, yakni Mahkamah Konstitusi (MK)<sup>135</sup> yang menjadi penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*), secara gamblang dapat dilihat bahwa kedaulatan rakyat dilaksanakan menurut konstitusi yang hanya boleh di intepretasikan oleh MK.

Terlepas dari perdebatan mengenai konsep kedaulatan negara tersebut, MK dalam melaksanakan fungsi dan kewenangannya tersebut banyak menelurkan terobosan-terobosan hukum yang sangat dibutuhkan oleh Indonesia dewasa ini. Sebagai contoh, legalisasi penggunaan KTP ataupun Paspur untuk menjadi pemilih pada pemilihan umum, putusan sela atas perkara Bibit dan Chandra terkait kasus "kriminalisasi" pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK), putusan terkait kewenangan retroaktif KPK, dan lainnya. Walaupun terkadang terdapat pula putusan yang menuai pro dan kontra ditengah masyarakat, semisal, baru-baru ini diputus oleh Mahkamah Kostitusi, terkait pengakuan hak keperdataan dari anak diluar perkawinan yang sah terkait pengujian UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.<sup>136</sup>

Hubungan fungsi dan kewenangan MK juga sangat erat dengan keadilan sosial (Djohansyah, 2008:75-81) yang merupakan salah satu falsafi bangsa Indonesia yang tertuang pada sila kelima Pancasila, serta pembukaan konstitusi negara ini. Karena secara konseptual, ide keadilan sosial merupakan salah satu asas utama yang dituangkan kedalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945). Sehingga peran MK sebagai *the sole interpreter of the constitution* merupakan bagian tak terpisahkan dalam tujuan filosofis menuju Indonesia yang berkeadilan sosial. Sebagai contoh, dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikatnya Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2009 tentang Badan Hukum Pendidikan yang diargumentasikan menjurus pada "pendidikan berbiaya mahal", serta putusan lainnya.

Secara kelembagaan, MK yang hadir pascareformasi merupakan salah satu cabang dari kekuasaan kehakiman di Indonesia.<sup>137</sup> Dalam kaitannya sebagai salah satu cabang kekuasaan negara, MK juga memiliki peran dalam fungsi *checks and balances* pada cabang kekuasaan negara lainnya. Semisal dengan DPR dan Presiden, fungsi tersebut tercermin di dalam kewenangannya melakukan uji konstitusionalitas suatu undang-undang. Serta dalam kewajibannya memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD NRI 1945.

Berkaitan dengan fungsi *checks and balances* dalam hal pengawasan antar cabang kekuasaan negara, MK secara kelembagaan saat ini hanya memiliki pengawasan Internal. Hal ini terjadi akibat dari putusannya terhadap Pengujian Undang-Undang Komisi Yudisial di 2006 silam. Bahkan pada perkembangan terakhir, MK juga mengeluarkan putusan yang mengubah komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi yang bertugas menjaga kode etik dan perilaku hakim konstitusi.<sup>138</sup>

Dalam praktiknya, pelaksanaan pengawasan hakim konstitusi dalam kaitan dugaan pelanggaran kode etik dan perilaku hakim konstitusi, pernah terjadi. Pada Tahun 2010 lalu, mencuat kabar bahwa telah terjadi praktik suap pada seorang hakim konstitusi, hal ini terkuak kepermukaan publik melalui kolom opini salah satu media cetak nasional (Kompas, 2010). Dalam menangani kasus tersebut, MK membentuk Tim Investigasi yang notabeneanya tidak terdapat aturan baku mengenai hal ini, untuk menginvestigasi dugaan pelanggaran kode etik tersebut selama 1 (satu) bulan.<sup>139</sup>

Dari hasil penyelidikan Tim Investigasi, MK direkomendasikan agar membentuk Panel Etik dan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi untuk memeriksa dugaan pelanggaran tersebut.<sup>140</sup> Akhirnya Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi mengeluarkan putusan bahwa hakim konstitusi tersebut secara etik bersalah.<sup>141</sup> Bahkan kini -mantan- hakim konstitusi tersebut diduga juga turut andil di dalam kasus pemalsuan surat MK terkait Pemilu di Sulawesi Selatan.

Dari segi efisiensi dan kesetimbangan dalam konsep *checks and balances*, maka konsep pengawasan yang hanya internal tersebut perlu dikaji ulang untuk dicarikan bentuk baru untuk diaplikasikan kedalam praktik ketatanegaraan. Hal tersebutlah yang melatarbelakangi perlunya reposisi mekanisme pengawasan hakim konstitusi pada Komisi Yudisial, karena Lord Acton telah jauh hari memperingati dengan adagiumnya "*Powers tends to corrupt, absolute powers corrupts absolutely*".

### **Pemisahan Kekuasaan berbalut *Checks and Balances***

Teori pemisahan kekuasaan yang paling berpengaruh dalam hukum tata negara adalah trias politika (Mahfud MD, 2001:73). Teori ini pada mulanya dikemukakan oleh Jhon Locke (1690). Trias politika versi Jhon Locke menyatakan bahwa kekuasaan negara dapat dipisahkan kedalam cabang kekuasaan legislatif sebagai pemegang tampuk kekuasaan pembentukan undang-undang, eksekutif sebagai pelaksana undang-undang, dan federatif sebagai kekuasaan untuk melakukan hubungan diplomatik.

Selang beberapa waktu, teori trias politika ini berkembang dan disempurnakan oleh Baron de Montesquieu (1748) dengan menghilangkan kekuasaan federatif dan menggantinya dengan kekuasaan yudikatif, hal ini juga tidak lepas dari latar belakang Montesquieu sebagai seorang hakim (Saldi Isra, 2010:75). Sejarah telah menunjukkan bahwa pembagian kekuasaan yang digambarkan oleh Montesquieu inilah yang digunakan dalam pengaplikasian bernegara.

Montesquieu menekankan memisahkan kekuasaan karena apabila salah satu cabang kekuasaan berada di satu tangan maka kebebasan hilang dan segalanya berakhir hal ini tergambar pada pernyataanya bahwa:

*When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may*

*arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner.*

*Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then the legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression.*

*There would be an end of everything, were the same man or the same body whether of the nobles or of the people, to exercise those three powers, that of enacting laws, that of executing the public resolutions, and of trying the causes of individuals.* (Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, 1748:183-184).

Dalam perkembangan selanjut, konsep pemisahan yang diidealkan oleh Montesquieu tersebut tidak mungkin dilaksanakan secara utuh, karena pada dasarnya setiap cabang kekuasaan negara saling bersinggungan di dalam melaksanakan fungsi dan kewenangannya. Hal ini dikenal juga sebagai fungsi *cheks and balances* yakni mekanisme saling mengendalikan dan mengimbangi antar cabang kekuasaan negara (Jimly Asshidiqie, 2007:169). Menurut *Black's Law Dictionary Eight Edition* istilah *cheks and balances* ini dimaknai "*The theory of governmental power and functions whereby each branch of government has the ability to counter the actions of any other branch, so that no single branch can control the entire government*" (Brian A Garner, 2004:713).

Pada awal tahun 2000, Bruce Ackerman memunculkan konsep baru tentang pemisahan kekuasaan (*New Separation of Powers*), hal tersebut tergambar dari pernyataannya bahwa :

*....Granted, the function of representational reinforcement does not find an easy home within the standard legislative/executive/judicial trichotomy. But so much the worse for the trichotomy! A better understanding of the separation of powers would recognize that agencies like the FEC -Federal Election Commission- deserve special recognition as a distinct part of the system of checks and balances* (Bruce Ackerman, 2000:633-729).

Uraian tersebut menggambarkan bahwa teori Montesquieu terhadap trikotomi kekuasaan yang saling memainkan fungsi *cheks and balances* sudah tidak lagi tepat jika dilihat dari sudut kompleksitas ketatanegaraan kontemporer, komisi negara yang memiliki ciri *state auxiliary bodies* dan tergolong independen kini dapat memerankan peran dalam fungsi tersebut.

Secara umum konsep *New Separation of Powers* tersebut dapat mengacu pada muncul cabang kekuasaan keempat dalam pembagian kekuasaan negara. Indonesia sendiri telah mengaplikasikan hal ini dengan adanya lembaga negara semisal Badan Pengawas Keuangan yang tidak dapat digolongkan kedalam satu cabang kekuasaan klasik di teori trias politika.<sup>142</sup> Ackerman juga menyatakan:

*At first glance, this may seem like an overly complicated structure. But is this first impression merely a product of the scheme's novelty? After all, the American*

*system contains (at least) five branches: House, Senate, President, Court, and independent agencies such as the Federal Reserve Board. Complexity is compounded by the bewildering institutional dynamics of the American federal system. The crucial question is not complexity, but whether we Americans are separating power for the right reason (Bruce Ackerman, 2000:724).*

Bahkan kini, pengaplikasian konsep ini dapat dilihat dengan hadirnya Komisi Yudisial, Komisi Pemilihan Umum, Komisi Hak Asasi Manusia, Komisi Pemberantasan Korupsi, dan lainnya (Gunawan A. Tauda, 2011:97-127).

Apabila membicarakan pengawasan ataupun kontrol terhadap cabang kekuasaan kehakiman, maka tidak boleh sedikitpun melanggar independensi dari cabang kekuasaan tersebut. Hal ini menjadi relevan dikarenakan independensi kekuasaan kehakiman sangat penting dalam menjaga *rule of law* yang dicitakan oleh suatu negara, David Boies menyatakan bahwa: "*Judicial independence and judicial supremacy work together in an attempt to guarantee that the rule of law will not be eroded by the political pressures in existence at any particular point in time*"(David Boies, 2006:58).

Dalam membicarakan independensi kelembagaan, tidak dapat dipungkiri bahwa independensi personal juga merupakan pokok bahasan yang mencerminkan institusionalnya. Simon Shetreet sebagaimana yang dikutip Djohansyah bahwa *Independence of Judiciary* terbagi atas 4 kategori yaitu: (a) *Substantive independence* (independensi dalam memutus perkara), (b) *Personal independence* (jaminan masa kerja dan jabatan), (c) *Internal independence* (independensi dari atasan dan jabatan), dan (d) *Coollective independence* (partisipasi dalam administrasi dan penentuan budget pengadilan) (Djohansyah, 2008:137).

### **Mahkamah Konstitusi dalam Ketatanegaraan Indonesia**

Sejarah telah mencatat bahwa hadirnya Mahkamah Konstitusi merupakan imbas tidak langsung dari reformasi yang bergulir pada tahun 1998 silam,<sup>143</sup> Lembaga Negara yang bertugas mengawal konstitusi ini secara normatif hadir ketika tahapan ketiga perubahan Undang-Undang Dasar 1945 ditahun 2000, dan kukuhkan pada 13 Agustus 2003.<sup>144</sup>

Bila ditelaah jauh kebelakang, munculnya MK tidak lepas dari sejarah kekuasaan kehakiman di Amerika, dalam hal ini kasus *Marbury Vs Madison* yang memunculkan konsep pengujian terhadap konstitusionalitas suatu peraturan perundang-undangan. Kasus ini berkaitan dengan ditahannya surat ketetapan pengangkatan hakim perdamaian (*Justice of Peace*) oleh pemerintahan Thomas Jeferson, dan William Marbury mengajukan gugatan agar Mahkamah Agung Amerika mengeluarkan *a writ of mandamus*,<sup>145</sup> untuk memaksakan diserahkannya surat ketetapan tersebut.

Mahkamah Agung Amerika tersebut menyatakan bahwa mereka tidak memiliki kewenangan untuk memerintahkan agar pemerintahan Jeferson mengeluarkan surat ketetapan tersebut kepada Marbury. Bahkan Mahkamah Agungnya tersebut membatalkan ketentuan mengenai kewenangannya mengeluarkan *a writ of mandamus* yang terdapat pada Pasal 13 Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman (*The Judiciary Act*) 1789 yang menyatakan "*The act to establish Court "to issue writs of madamus, in cases warranted by the principle and usages of law, to any courts appointed, or person holding office, under the*



*authority of United States.*” karena bertentangan dengan Konstitusi Amerika *Article III section 2* yang menyatakan:

*The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;--to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;--to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;--to Controversies to which the United States shall be a Party;--to Controversies between two or more States;--between a State and Citizens of another State;--between Citizen of different States;--between Citizens of the same State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.*

*In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.*

Dengan asumsi konstitusi merupakan *supreme law of the land* maka setiap undang-undang yang bertentangan dengannya harus dibatalkan (Feri Amsari, 2011:50-58). Setidaknya ada 3 (tiga) alasan pokok mengapa konsep pengujian konstitusional ini dilakukan oleh Mahkamah Agung Amerika, yakni: (a) Hakim bersumpah untuk menjunjung tinggi konstitusi, sehingga apabila terdapat peraturan dibawahnya yang bertentangan maka ia harus melakukan uji materi; (b) Konstitusi adalah hukum tertinggi dalam negara, sehingga harus ada pengujian atas peraturan yang di bawahnya, agar isi dari hukum tertinggi tersebut tidak dilangkahi; dan (c) Hakim tidak diperbolehkan menolak perkara, sehingga ketika ada permohonan pengujian undang-undang, maka harus dilakukan (Fatmawati, 2010:91-92).

Tidak seperti di Amerika, Hans Kelsen mengemukakan konsep peradilan konstitusi dengan ciri terpisah dari cabang kekuasaan kehakiman (peradilan) umum. Pembentukan lembaga yang diberi nama “*Verfassungsgerichtshoft*” (MK) yang berdiri sendiri di luar dari Mahkamah Agung, tercapai ditahun 1920 di Austria, dimana pada saat tersebut, Kelsen diangkat sebagai anggota lembaga pembaharuan konstitusi disana (Jimly Asshidiqie, 2008 : 333-334).

Konsep peradilan konstitusi yang berdiri sendiri diluar peradilan umum inilah yang mengilhami Indonesia menghadirkan MK. Namun bila ditilik kembali pada saat sidang BPUPK (Badan Pekerja Usaha-Usaha Persiapan Kemedekaan)<sup>146</sup> telah ada ide mengenai lembaga pengujian konstitusional yang dalam hal ini dicanangkan oleh Mr. Moh. Yamin, sebagaimana dinyatakan:

Mahkamah inilah yang setinggi-tingginya, sehingga dalam membanding undang-undang, maka balai Agung -Mahkamah Agung- inilah yang akan memutuskan apakah sejalan dengan hukum adat, syariah, dan undang-undang dasar (Feri Amsari, 2011 : 61).

dalam perkembangan selanjutnya, ide kewenangan pengujian konstitusional oleh Mahkamah Agung ini ditentang oleh rekan BPUPK, Soepomo yang menyatakan:

Kecuali itu Paduka Tuan Ketua, kita dengan terus terang akan mengatakan bahwa para ahli hukum Indonesia pun sama sekali tidak mempunyai pengalaman dalam hal ini, dan tuan Yamin harus mengingat bahwa di Austria, Chekoslowakia, dan Jerman waktu Weimar, bukan Mahkamah Agung, akan tetapi pengadilan spesial, *constitutioneelhof*, -suatu pengadilan spesifik- yang melulu mengerjakan konstitusi. Kita harus mengetahui, bahwa tenaga-tenaga, ahli-ahli tentang hal itu. Jadi, buat negara yang muda saya kira belum waktunya mengerjakan persoalan itu (Feri Amsari, 2011 : 62).

Setelah reformasi bergulir, MK hadir dengan 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban langsung dari Undang-Undang Dasar NRI 1945, dan kewenangan lain berdasarkan undang-undang berupa penyelesaian sengketa pemilukada.<sup>147</sup> Kewenangan untuk memutus sengketa ini awalnya berada pada Mahkamah Agung, namun berpindah ke MK, akibat diundangkannya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum, serta hasil perubahan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah ditahun 2008.<sup>148</sup>

Fungsi dan kewenangan MK tersebut sebagian besar telah dilaksanakan, kecuali terhadap kewenangan pembubaran partai politik dan kewajiban memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut undang-undang dasar. Berkaitan dengan fungsi utama dari MK terkait *Judicial Review*<sup>149</sup> memainkan peran keadilan sosial di Indonesia. Hal ini dapat tergambar semisal dalam rencana pemerintah menaikkan harga BBM (Bahan Bakar Minyak) melalui Undang-Undang Tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Perubahan (APBN-P) yang baru disahkan oleh Dewan Perwakilan Rakyat pada Sabtu 31 Maret 2012, lalu selang dua sehari setelahnya undang-undang ini diuji konstitusionalitasnya melalui MK.<sup>150</sup>

### **Bentuk Pengawasan Hakim Konstitusi di Indonesia**

Pengawasan personal terhadap hakim konstitusi secara garis besar dapat dibagi kedalam dua periode, yakni sebelum adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial,<sup>151</sup> serta setelah pengujian terhadap undang-undang tersebut. Karena ketika MK memutus pengujian undang-undang tersebut ikut merubah konsep pengawasan hakim konstitusi yang sebelumnya dimiliki oleh Komisi Yudisial.

Sebelum pengujian Undang-Undang tentang Komisi Yudisial, pengaturan mengenai pengawasan hakim konstitusi dilandasi oleh ketentuan pada undang-undang tersebut. Pengawasan hakim konstitusi dalam hal ini dilakukan apabila melanggar ataupun merendahkan martabat dalam perilaku hakim. Lebih lanjut, hal ini mengacu pada ketentuan pemberhentian hakim konstitusi secara tidak hormat, sebagaimana tertuang pada pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang MK, yakni hakim konstitusi diberhentikan secara tidak hormat apabila: 1) Dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih; 2) Melakukan perbuatan tercela;<sup>152</sup> 3) Tidak menghadiri persidangan yang menjadi tugas dan kewajibannya selama 5 (lima) kali berturut-turut tanpa alasan yang sah; 4) Melanggar sumpah atau janji jabatan; 5) Dengan sengaja menghambat MK memberi putusan dalam waktu sebagaimana dimaksud

dalam Pasal 7B ayat (4) UUD NRI 1945; 6) Melanggar larangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17; atau 7) Tidak lagi memenuhi syarat sebagai hakim konstitusi.

Ketujuh penyebab dapat diberhentikannya hakim konstitusi secara tidak hormat tersebutlah yang menjadi kewenangan Komisi Yudisial untuk melaksanakan pengawasan disisi eksternal. Sementara disisi internal, pengawasan hakim konstitusi langsung berada ditangan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi sebagaimana diatur oleh Peraturan MK Nomor 02/PMK/2003 tentang Kode Etik dan Pedoman Prilaku Hakim.

Setelah pembacaan Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006 tersebut, maka konsep baru terkait pengawasan hakim konstitusi tanpa adanya campur tangan Komisi Yudisial-pun terwujud.<sup>153</sup> Selanjutnya dalam pengawasan hakim konstitusi hanya dikenal jenis pengawasan internal melalui saluran Panel Etik Hakim Konstitusi dan putusan akhir oleh Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.

Pengaturan mengenai kedudukan dan fungsi Panel Etik dan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi didasari oleh ketentuan pada Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2006 tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik dan Prilaku Hakim Konstitusi serta Peraturan MK Nomor 10/PMK/2006 tentang Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi. Berkaitan dengan kode etik dan prilaku hakim konstitusi diilhami oleh *The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002*, yang secara garis besar menyatakan bahwa hakim secara personal harus memenuhi kriteria etik berupa:<sup>154</sup> Independensi (*independence*), Ketakberpihakan (*impartiality*), Integritas (*integrity*), Kepantasan dan Kesopanan (*propriety*), Kesetaraan (*equality*), Kecakapan dan Keseksamaan (*competence and diligence*), serta nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat Indonesia, yaitu prinsip kearifan dan kebijaksanaan (*wisdom*) sebagai kode etik hakim konstitusi beserta penerapannya.

Dalam mekanisme pengawasan internal ini, dimulai dari laporan masyarakat pada MK terkait dugaan pelanggaran kode etik dan prilaku hakim. Setelah menerima laporan tersebut maksimal 14 hari setelah diterimanya laporan/pengaduan masyarakat tersebut dibentuklah Panel Etik Hakim Konstitusi untuk selanjutnya diadakan pemeriksaan awal, kewenangan panel etik berupa mengambil keputusan berupa perlunya pemeriksaan lanjutan dan/atau mengambil keputusan berupa rekomendasi penjatuhan sanksi terhadap pelanggaran ringan kepada Mahkamah, serta dalam hal laporan atau informasi tentang adanya pelanggaran Kode Etik tidak beralasan, Panel Etik merekomendasikan penetapan kepada Mahkamah bahwa laporan atau informasi dimaksud tidak benar (*dismissal*). Jika hasil putusan panel etik adalah dilanjutkan pemeriksaan pelanggaran kode etik dan prilaku hakim konstitusi, maka dibentuklah Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.

Selanjutnya Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi memiliki wewenang memberikan rekomendasi berupa penjatuhan sanksi terhadap dugaan pelanggaran, atau pemulihan nama baik hakim terlapor. Dalam melaksanakan wewenangnya tersebut, memiliki hak untuk mengumpulkan informasi dan bukti-bukti terkait dengan adanya dugaan pelanggaran kode etik dan perilaku hakim, pemanggilan terhadap hakim terlapor, pemeriksaan terhadap hakim terlapor; dan penyampaian laporan kepada Mahkamah tentang hasil pemeriksaan terhadap hakim terlapor.

Pada perkembangannya, konsep pengawasan hakim konstitusi, dalam hal komposisi Majelis Hakim Konstitusi sempat diatur di dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dimana diatur bahwa komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi terdiri dari: 1 (satu)

orang hakim konstitusi, 1 (satu) orang anggota Komisi Yudisial, 1 (satu) orang dari unsur Dewan Perwakilan Rakyat, 1 (satu) orang dari unsur pemerintah yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum, dan 1 (satu) orang hakim agung.<sup>155</sup>

Setelah dilakukan pengujian undang-undang tersebut, komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi yang berasal dari unsur DPR, Pemerintah, dan hakim agung dinyatakan inkonstitusional dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat,<sup>156</sup> namun patut dicatat bahwa akibat dari komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi yang dinyatakan tidak berlaku menimbulkan kekosongan hukum terhadap komposisi tersebut.

Terlepas dari kekosongan hukum tersebut, selama periode awal pengawasan hakim konstitusi, yakni sebelum putusan tentang pengujian Undang-Undang Komisi Yudisial tahun 2006, tidak ada satupun kasus yang berkaitan dengan pelanggaran kode etik dan perilaku hakim konstitusi. Namun pada periode kedua, setelah pengujian Undang-Undang Tentang Komisi Yudisial, terjadi dugaan pelanggaran kode etik dan perilaku hakim konstitusi, hal ini didasari oleh sebuah tulisan opini Refly Harun yang berjudul "MK Masih Bersih?" di harian Kompas 23 Oktober 2010.

Berawal dari opini tersebut, MK membentuk Tim Investigasi yang dipimpin langsung oleh Refly Harun tersebut. Refly dan MK masing-masing menunjuk 2 (dua) orang anggota tim, akhirnya secara keseluruhan keanggotaannya adalah Refly Harun, Bambang Widjojanto, Adnan Buyung Nasution, Bambang Harimurti, dan Saldi Isra. Setelah melakukan investigasi, tim tersebut memberikan laporan pada MK, dalam laporan tersebut direkomendasikan agar dibentuk panel etik dan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.

Akhirnya panel etik dibentuk, dan selanjutnya Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi-pun ikut dibentuk. Hasil akhir dari pemeriksaan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi adalah pemulihan nama baik bagi Hakim Konstitusi Akil Moctar, dan terbuktinya Hakim Konstitusi Arsyad Syanusri melanggar kode etik dan perilaku hakim konstitusi.

### **Pengawasan Hakim Konstitusi Ke Depan**

Pengawasan dari segi etimologi merupakan istilah yang dapat disandingkan dengan penilikan dan penjagaan (Pusat Bahasa, 2008:108). Pada proses pengawasan, secara umum dapat dibagi lagi ke dalam 2 (dua) bentuk, yakni bentuk preventif (pencegahan) dan represif (penindakan). Apabila dikaitkan kedalam konsep ideal pengawasan hakim konstitusi, maka akan meliputi upaya pengawasan dalam artian preventif, yakni dari segi perekrutan dalam hal seleksi dan penyaringan bakal calon hakim konstitusi yang dimiliki oleh 3 (tiga) lembaga negara,<sup>157</sup> yaitu Pemerintah, Mahkamah Agung, dan Dewan Perwakilan Rakyat.

Serta dalam pengertian represif, maka hal ini bersinggungan dengan upaya penindakan atas pelanggaran kode etik profesi hakim konstitusi, yang kini hanya dilaksanakan oleh internal Mahkamah Konstitusi. Oleh sebab itulah dalam konsep ideal pengawasan hakim konstitusi, dibagi kedalam dua bentuk, yakni pengawasan dalam proses perekrutan dan dalam hal pelaksanaan tugas dan kewajibannya.

Dari sisi preventif, maka pengawasan hakim konstitusi melingkupi pengaturan yang berkenaan tentang syarat, masa jabatan, dan proses perekrutan. Berkaitan dengan persyaratan untuk menjadi hakim konstitusi yang harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara, sudah sangat tepat. Namun perlu juga

ditambahkan syarat non-partisan, karena fungsi dan kewenangan MK yang amat rentan bersinggungan dengan kepentingan politis.

Terkait dengan masa jabatan, perlu diatur mekanisme yang memastikan rotasi / pergantian hakim konstitusi yang tidak bersinggungan dengan periodisasi politik tertentu seperti saat ini, yakni 5 (lima) tahun sekali. Hal ini amatlah penting untuk dijaga karena cukup rentan untuk dipolitisasi, mengingat 6 (enam) bakal calon hakim konstitusi berasal dari 2 (dua) lembaga negara yang sarat akan kepentingan politik, yakni Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat. Karena presiden diusung oleh partai politik ataupun gabungan partai politik, serta DPR merupakan dewan perwakilan rakyat yang diisi oleh kader partai politik.

Untuk menekan efek politisasi yang dapat timbul dari sisi masa jabatan tersebut, ada baiknya hakim konstitusi memiliki masa mengabdikan seumur hidup seperti hakim agung di *Supreme of Court* Amerika, namun dengan syarat ketat terkait pengawasan represifnya. Pilihan lain dari masa jabatan seumur hidup adalah tempo waktu tertentu yang jauh dari periodisasi rezim pemerintahan, semisal 9 (sembilan) tahun ataupun lebih.

Hal ini relevan untuk dilakukan, karena beberapa negara penganut paham "*The Kelsenian Model*" dalam hal pemisahan antara peradilan konstitusi dengan umum justru memberikan masa jabatan yang jauh dari hiruk pikuk rezim politik tertentu. Semisal, di Afrika Selatan, hakim konstitusinya mendapatkan masa jabatan selama 12 tahun, tanpa perpanjangan, dan masa pensiun hingga 70 tahun, di Korea selatan selama 6 tahun dan dapat diperpanjang sekali lagi, dan di Lithuania maksimum 9 tahun dengan pergantian setiap 3 tahunnya (Jimly Ashiddiqie, 2008 : 336-337).

Dalam usaha pencegahan, proses perekrutan hakim konstitusi yang dilaksanakan oleh ketiga lembaga negara sebagaimana diuraikan di atas, haruslah transparan dan akuntabel. Dalam hal ini diharapkan ketiga lembaga negara tersebut juga mengikutsertakan Komisi Yudisial untuk menelusuri rekam jejak (*track record*) bakal calon hakim konstitusi, serta dalam proses seleksinya harus mencerminkan transparansi dan aspirasi publik. Dalam hal ini, setiap bakal calon hakim konstitusi harus diumumkan ke publik, semisal melalui media cetak ataupun elektronik, serta diberikan akses bagi masyarakat untuk menilai figur calon tersebut.

Sementara itu, dari sisi represif terhadap pengawasan terhadap hakim konstitusi haruslah setimbang, antara internal dan eksternal kelembagaan, hal ini penting dijaga demi kemandirian dalam penegakan kode etik dan perilaku hakim konstitusi yang menjadi dasar dan acuan disisi pengawasan ini. Apabila melihat pada pelaksanaan pengawasan hakim konstitusi yang pernah terjadi di 2010-2011 lalu, sebenarnya kita melihat suatu kegagalan. Secara normatif, ketentuan mengenai Tim Investigasi MK yang dibentuk untuk memeriksa dugaan pelanggaran kode etik perilaku hakim tidak ditemui dalam peraturan manapun, baik dari sisi undang-undang ataupun peraturan internal MK.

Selain dari segi legitimasi, tenggat waktu yang diberikan kepada tim investigasi tersebut juga terlalu sempit, dengan hanya 1 (satu) bulan masa kerja, bahkan sempat terjadi perang media antara mantan anggota tim investigasi dengan hakim konstitusi yang diduga melakukan pelanggaran etik tersebut.<sup>158</sup> Padahal seharusnya MK tidak perlu membentuk tim tersebut, justru harus langsung melangkah pada pembentukan Panel Etik Hakim Konstitusi, dan meminta Refly menyampaikan laporan atas dugaan pelanggaran tersebut sebagaimana diatur oleh Peraturan MK tentang Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.

Karena kewenangan baru Mahkamah Konstitusi untuk menyelesaikan sengketa pemilukada, menjadi sangat beralasanlah kini dibutuhkan pengawasan yang lebih ekstra terhadap hakim konstitusi disisi represif. Dari sisi represif ini, saya merasa perlu kembalinya Komisi Yudisial dalam mengawasi MK, karena pada dasarnya komisi ini dibentuk untuk menjaga keluhuran martabat hakim (Sekertariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2008: 413-467). Walaupun telah dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat terhadap hal ini, namun diharapkan terobosan hukum dapat menjawab urgensi kembalinya Komisi Yudisial mengawasi hakim konstitusi. Terlebih pada Putusan MK Nomor 49/PUU-IX/2011, dalam amar putusannya Komisi Yudisial tetap masuk kedalam komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.<sup>159</sup>

### **Mekanisme Pelaksanaan Pengawasan Hakim Konstitusi oleh Komisi Yudisial**

Dalam mengaplikasikan reposisi pengawasan sebagaimana diutarakan sebelumnya, maka perlu dilakukan perubahan UUD NRI 1945, khususnya ketentuan Pasal 24B mengenai Komisi Yudisial,<sup>160</sup> serta harmonisasi peraturan perundang-undangan yang terkait semisal Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-undang Tentang Mahkamah Konstitusi, dan Undang-Undang Tentang Komisi Yudisial. Tantangan terbesar dalam pengaplikasian konsep ini terletak pada perubahan undang-undang dasar (Konstitusi) karena tergolong *rigid* dari segi kesukaran dalam hal perubahan formal.<sup>161</sup>

Perubahan formal konstitusi di Indonesia tercermin dari ketentuan Pasal 37 UUD NRI 1945, yakni melalui prosedur pengagendaaan sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) oleh sekurang-kurangnya 1/3 (sepertiga) dari jumlah anggota pada tahapan usul perubahan, dimana setiap usul perubahan pasal-pasal diajukan secara tertulis dan ditunjuk dengan jelas bagian yang akan dirubah beserta alasannya, untuk selanjutnya disidangkan dengan kuorum kehadiran anggota MPR minimal 2/3 (duapertiga) dari jumlah keseluruhan anggota, serta pada proses persetujuan harus dengan persetujuan sekurang-kurangnya lima puluh persen ditambah satu dari jumlah anggota MPR.

Ketentuan yang tergolong kompleks baik dari sisi normatif maupun empirisnya, inilah yang menjadikan pelaksanaan konsep ideal pengawasan hakim konstitusi sulit dilakukan dengan perubahan formal konstitusi. Hal ini telah dicoba sebelumnya oleh Dewan Perwakilan Daerah pada tahun 2007 silam, dimana usulan perubahan tersebut tidak berhasil dilakukan.<sup>162</sup> Oleh karena itulah, saya mengusulkan agar dapat ditempuh jalur perubahan secara informal.

Secara teoritis, George Jellinek mengklasifikasikan perubahan konstitusi secara garis besar ke dalam 2 (dua) jenis cara, yakni melalui prosedur formal (*verfassungsanderung*), dan melalui prosedur Informal (*verfassungswandlung*) (Jimly Asshidiqie, 2006 : 144). Melengkapi pendapat George Jellinek, C. F. Strong membagi lagi secara lebih rinci cara perubahan konstitusi dengan prosedur formal (*verfassungsanderung*) tersebut kedalam 4 (empat) cara, yakni (Saldi Isra dan Feri Amsari, 2008 : 108): 1) *By the ordinary legislature but under certain restriction*, (Perubahan melalui lembaga legislatif biasa, tetapi melalui aturan-aturan tertentu); 2) *By the people through a referendum*, (Perubahan melalui referendum); 3) *By a majority for all units of a federal state*, (Oleh mayoritas dari seluruh negara bagian, dalam hal ini pada negara federal); 4) *By special convention*, (Oleh lembaga khusus)

Sementara itu, K. C. Wheare memiliki pendapat sendiri mengenai klasifikasi dalam perubahan konstitusi, ia membaginya ke dalam 4 (empat) jenis, yakni:

- (1) *Some primary forces* (perubahan melalui kekuatan / kekuasaan yang kuat / utama);
- (2) *Formal amendment* (perubahan melalui jalur formal / ditentukan);<sup>163</sup>
- (3) *Judicial interpretation* (penafsiran oleh hakim / lembaga yudikatif);
- (4) *Usage and convention* (kebiasaan dan konvensi ketatanegaraan)

Dari beberapa jenis cara berubahnya konstitusi, saya mengambil beberapa mekanisme informal untuk mengaplikasikan gagasan ini, antara lain adalah dengan konvensi ketatanegaraan dan penafsiran hakim. Melalui konvensi ketatanegaraan, MK dapat “merelakan” diri untuk diawasi oleh Komisi Yudisial, dan legitimasinya dapat dilakukan melalui MoU antara kedua lembaga negara ini. Serta tentu saja juga dibarengi dengan perubahan 3 (tiga) undang-undang yang berkaitan dengan hal tersebut, yakni Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang MK, dan Undang-Undang Komisi Yudisial. Selain itu, MK juga harus memberikan tafsir konstitusional terhadap undang-undang yang akan dibuat tersebut nantinya. Karena melalui tafsirnya, bunyi tekstual dari konstitusi dapat berubah (Feri Amsari, 2011).

Terkait Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006, dapat dikesampingkan didalam praktek selanjutnya.<sup>164</sup> Hal ini amat sesuai dengan semangat konstitusi yang hidup (Maruarar Siahaan, 2008 : 79), karena semangat konstitusi yang hidup adalah “adaptasi” terhadap perkembangan dan kebutuhan zaman kekinian, mengutip apa yang disampaikan oleh David A. Strauss dalam bukunya *The Living Constitution*, “*Do we want to have a living constitution? A “living constitution” is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended.*” (David A. Strauss, 2010:).

Jawabannya adalah “ya!”, kita butuh konstitusi yang hidup, mampu berkembang sesuai keadaan dan kebutuhan zaman. Dalam hal ini menjawab kebutuhan akan reposisi pengawasan hakim konstitusi oleh Komisi Yudisial, demi mengawal konsep negara hukum yang dicitakan oleh UUD NRI 1945.

### Daftar Pustaka

#### Peraturan Perundang-undangan

Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah.

Undang-Undang Nomor 22 tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum.

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2010 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara tahun Anggaran 2011.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial.

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-IX/2011.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006

Peraturan Mahkamah Konsitusi Nomor 02/PMK/2003 tentang Kode Etik Dan Pedoman Tingkah Laku Hakim Konstitusi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Peraturan Mahkamah Konsitusi Nomor 07/PMK/2005 tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi.

Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 10/PMK/2006, tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi.

### **Buku**

C F Strong, (1973), *Modern Political Constitutional*, London, Sidgwick & Jackson.

Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, (1748), *The Spirit of Law (Translated by Thomas Nugent 1752)*, Canada, Batoche Books Kitchener 2001.

C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, (1997), *Hukum Tata Negara Republik Indonesia 1*, Jakarta, Rineka Cipta.

David A. Strauss, (2010), *The Living Constitution*, Oxford, Oxford University Pers.

Feri Amsari, (2011), *Perubahan UUD 1945, Perubahan Konstitusi Negara Republik Indonesia Melalui Keputusan Mahkamah Kostitusi*. Jakarta, Rajawali Pers

Gunawan A. Tauda, (2012), *Komisi Negara Independen, Eksistensi Independent Agencies sebagai Cabang Kekuasaan Baru dalam Sistem Ketatanegaraan*, Yogyakarta, Genta Pers.

J. Djohansyah, (2008) *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman*, Jakarta, Kesaint Blanc.

Jhonny Ibrahim, (2006) *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang, Bayumedia Publishing.

Jimly Asshiddiqie, (2007), *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta, Bhuana Ilmu Populer.

Jimly Asshiddiqie, (2008), *Menuju Negara Hukum Demokratis*, Jakarta, Sekretariat Jendral Mahkamah Konstitusi.

Jimly Asshiddiqie, (2006) *Pengantar Ilmu Hukum tata Negara Jilid I*, Jakarta, Sekertariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI.

Mahkamah Konstitusi, (2008), *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002*, Buku VI Kekuasaan Kehakiman, Jakarta, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah konstitusi.



- Maruarar Siahaan, (2008), *Undang-Undang Dasar 1945, Konstitusi yang Hidup*, Jakarta, Sekretariat Jendral Mahkamah Konstitusi.
- Moh. Mahfud MD, (2001) *Dasar & Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Edisi Revisi, Yogyakarta, Rineka Cipta.
- Moh. Mahfud MD, (2010), *Perdebatan Hukum Tata Negara Pascaamandemen Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers.
- Ran Hirsch, (2004), *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Harvard University Pers.
- Saldi Isra, (2010), *Pergeseran Fungsi Legislasi, Menguatnya Model Legislasi Parlementer dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Jakarta, Rajawali Pers.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, (2006) *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada.

### **Laporan Penelitian & Makalah**

- Laporan Penelitian Pusat Studi Konstitusi (PUSaKO) Fakultas Hukum Universitas Andalas, (2011), *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berfikir Tekstual ke Hukum Progresif)*,
- Makalah Zainal Arifin Mochtar, (2010), "Menggarap Penegakan Hukum Demi Demokrasi, Di Antara Diskursus Juristocracy Vs Demokrasi" pada seminar "Penguatan Kewenangan dan Kedudukan Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Demokrasi Konstitusional di Indonesia" Padang, 22 Oktober 2010.

### **Jurnal**

- Bruce Ackerman, (2000), *New Separation of Powers*, Volume 113 Harvard Law Review.633-729.
- Fatmawati, (2010), *Peranan Mahkamah Konstitusi dalam Membangun Kesadaran Berkonstitusi*, dalam Jurnal Konstitusi Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Volume I Nomor 1, November 2010
- R.M. A.B. Kusuma, (2011) *Sengketa Antara Lembaga Negara* dalam Jurnal Konstitusi Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Volume II No. 1, Juni 2011
- David Boies, (2006), *Judicial Independence and the Rule of Law*, Journal of Law & Policy, Vol. 22:57
- Saldi Isra dan Feri Amsari, (2008), *Perubahan Konstitusi Melalui Tafsir MK*, dalam Jurnal Konstitusi PUSaKO Fak. Hukum Univ. Andalas Vol 1. No. 1, November 2008.

### **Kamus, Website & dan lainnya**

- Eko Endarmoko, (2006), *Tesaurus Bahasa Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama.
- Bryan A. Garner, (2004) *Black's Law Dictionary 8 (Eight) Edition*, West Publishing Company.

Pusat Bahasa, (2008), *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Keempat*, PT Gramedia Pustaka Utama.

“Anak diluar Nikah diakui Hukum” pada <http://nasional.kompas.com/read/2012/02/18/18330579/Anak.Luar.Nikah.Diakui.Hukum>

“Putuskan Nasib Anak di Luar Nikah, MUI: MK Seperti Tuhan” pada <http://news.detik.com/read/2012/03/20/182016/1872568/10/putuskan-nasib-anak-di-luar-nikah-mui-mk-seperti-tuhan>

Harian Kompas, 23 Oktober 2010 “MK Masih Bersih?” oleh Refly Harun.

Antara News “Mahfud Tunjuk Refly Ketua Tim Investigasi MK” pada :

<http://www.antarane.ws.com/berita/230644/mahfud-tunjuk-refly-ketua-tim-investigasi-mk>

Harian Kompas, 3 Januari 2011, berita “Dibentuk, Majelis Kehormatan MK”

Berita: “Suap MK, Akil Direhabilitasi & Arsyad Ditegur, Majelis Kehormatan Hakim MK tidak menemukan bukti suap kepada hakim konstitusi” <http://nasional.vivanews.com/news/read/204149-mkh--akil-direhabilitasi--arsyad-ditegur>

“Tak Perlu Galau Hadapi Uji Materi UU APBN-P 2012” <http://nasional.kompas.com/read/012/04/04/1154587/Tak.Perlu.Galau.Hadapi.Uji.Materi.UU.APBN-P.2012>

Berita “Arsyad: Saldi Isra Hanya Bisa Bicara”, dalam <http://nasional.kompas.com/read/2010/12/18/19425098/Arsyad.Saldi.Isra.Hanya.Bisa.Bicara>

“Usulan Amendemen UUD 1945 Kandas”, <http://news.detik.com/read/2007/08/08/003628/814472/10/usulan-amandemen-uud-1945-kandas?browse=frommobile>



---

<sup>1</sup> Hanna Fenichel Pettkin, 1980, *The Concept of Representation*, University of California Press, California, hlm. 40.

<sup>2</sup> Ibid., hlm. 41.

<sup>3</sup> John Kingdon, *Agendas, Alternatives, and Public Policies*, HarperCollins Publishers, New Yorks, 1995.

<sup>4</sup> <http://kamusbahasaIndonesia.org>

<sup>5</sup> <http://kamusbahasaIndonesia.org>

<sup>6</sup> Dalam kepustakaan berbahasa Inggris, istilah constitutional interpretation banyak digunakan oleh para ahli hukum tata negara untuk memberikan pengertian tentang cara menafsirkan konstitusi. Ini dapat dilihat seperti dalam tulisan-tulisan Craig R. Ducat, *Constitutional Interperation*, (California: Wordsworth Classic, 2004), Charles Sampford (Ed.), *Interpreting Constitutions Theories, Principles and Institutions*, (Sydney: The Ferderation Press, 1996), Jack N. Rakove (Ed.), *Interpreting Constitution: The Debate Over Original Intent*, (Michigan Northeastern University Press, 1990), Jeffrey Goldsworthy (Ed.), *Interpreting Constitutions, A Comparative Study*, (New York: Oxford University Press, 2006), Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation, Textual Meaning, Original, and Judicial Review*, (Kansas: University Press of Kansas, 1999), dan sebagainya.

<sup>7</sup> Albert H Y Chen, *The Interpretation of the Basic Law--Common Law and Mainland Chinese Perspectives*, (HongKong: Hong Kong Journal Ltd., 2000), hal. 1. Istilah *Constitutional Interpretation* juga dapat ditemukan dalam tulisan Hristo D. Dimitrov, dalam *The Bulgarian Constitutional Court and Its Interpretive Jurisdiction, see :Interpretive jurisdiction The Constitutional Court's Interpretive Jurisdiction: The Advantages of an Authoritative, Non--adversarial and Prospective Process of Constitutional Interpretation*, (Columbia: Columbia Journal of Transnational Law Association, Inc., 1999), hal. 7.

<sup>8</sup> Ibid, hal. 2.

<sup>9</sup> Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006), hal. 94-95.

<sup>10</sup> Ibid. Hlm. 93-94.

<sup>11</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), hal. 13.

<sup>12</sup> J.A. Pontier, Penemuan Hukum, diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta, (Bandung: Jendela Mas Pustaka, 2008), hal. 73-74.

<sup>13</sup> Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006), hal. 95.

<sup>14</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, op.cit., hal. 19-20.

<sup>15</sup> Ibid, hal. 14.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Pasal II Aturan Tambahan UUD NRI 1945 menyatakan "Dengan ditetapkannya perubahan Undang-Undang Dasar ini, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terdiri atas Pembukaan dan pasal-pasal.

<sup>18</sup> Lihat Pasal 20 ayat (2) UUD NRI 1945 yang menyatakan: "Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh DPR dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama".

<sup>19</sup> James L Gibson, Gregory A Caldeira and Vanessa A Baird, 'On the Legitimacy of High Courts' (1998) (92) *American Political Science Review* 343.

<sup>20</sup> Andrew; Peter Leyland Harding, 'The Constitutional Court of Thailand and Indonesia : Two Case Studies From South East Asia' in Andrew; Peter Leyland Harding (ed), *Constitutonal Court : A Comparative Study*, JCLStudies in Comparative Law (Windy, Simmonds & Hill Publishing, 2009) .

<sup>21</sup> Minutes of 2<sup>nd</sup> Meeting, BP MPR, 6 October 1999.

<sup>22</sup> Minutes of 2<sup>nd</sup> Meeting, BP MPR, 6 October 1999.

<sup>23</sup> Minutes of 2<sup>nd</sup> Meeting, BP MPR, 6 October 1999.

---

<sup>24</sup> Benny Harman, *Perkembangan Pemikiran Mengenai Perlunya Pengujian UU Terhadap UUD Dalam Sejarah Ketatanegaraan Indonesia (1945-2004) (The Development of Legal Thought on the Judicial Review Act of Parliament Against the Constitution in the Indonesian Constitutional History)* (PhD Thesis, University of Indonesia, 2006) 272.

<sup>25</sup> Hendrianto, *From Humble Beginnings to a Functioning Court: The Indonesian Constitutional Court, 2003-2008* (PhD Thesis, University of Washington 2008).

<sup>26</sup> Hamdan Zoelva, 'Hubungan Mahkamah Konstitusi dengan Lembaga Negara Lainnya (Constitutional Court and relate State Institution)' (2006) (January - March ) *Jentera Jurnal Hukum* 7.

<sup>27</sup> Jimly Prof Dr Asshidiqie, *The Constitutional Law of Indonesia: A Comprehensive Overview* (Sweet & Maxwell Asia, 2009); Simon Butt, *Judicial Review in Indonesia: Between Civil Law and Accountability? A Study of Constitutional Court Decision* (PhD Thesis, University of Melbourne, 2006); Maruarar Siahaan, *Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi (The Implementation of Constitutional Court Decision)* (PhD Thesis, Dissertation Thesis, University of Diponegoro, 2010); Denny Indrayana, *Indonesian Constitutional Reform 1999 - 2002 : An Evaluation of Constitution-Making In Transition* (Kompas Book Publishing 2008).

<sup>28</sup> Hendrianto, *previously cited: remove this citation and make cross-reference*16.

<sup>29</sup> Law Number 12 Year of 2008 on Second Amendment Law Number 32 Year of 2004 on Regional Autonomy Law.

<sup>30</sup> Undang-undang Nomor 16 tahun 2003 Tentang Penetapan Perpu No. 2 Tahun 2002 tentang Pembentukan UU no. 15 tahun 2002 Jo. Perpu No. 1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, Undang-undang Nomor 20 tahun 2002 Tentang Ketenagalistrikan, Undang-undang Nomor 27 tahun 2004 Tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, Undang-undang Nomor 45 tahun 1999 Tentang Pembentukan Irian Jaya Tengah, Provinsi Irian Jaya Barat, Kabupaten Paniai, Kabupaten Timika, kabupaten Puncak Jaya dan Kota Sorong, and Undang-undang Nomor 9 tahun 2009 Tentang Badan Hukum Pendidikan

<sup>31</sup> NTA EDN, NWO, 'Dewan Mengesahkan UU MK - Dinilai Langgar UUD 1945', *Kompas Cetak* (Jakarta), 22 June 2011

<sup>32</sup> Minutes of Meeting, 8 October 2010.

<sup>33</sup> Minutes of Meeting, 9 June 2011

<sup>34</sup> Minutes of Meeting, 9 June 2011.

<sup>35</sup> Minutes of Meeting, 8 October 2010.

<sup>36</sup> Minutes of Meeting, 30 September 2010

<sup>37</sup> Minutes of Meeting, 30 September 2010.

<sup>38</sup> Minutes of Meeting 23 November 2010.

<sup>39</sup> Balquni, *MK berangkat sengketa pilkada ditangani MA | merdeka.com* (2012) Merdeka <<http://www.merdeka.com/peristiwa/mk-berang-sengketa-pilkada-ditangani-ma.html>>

<sup>40</sup> Minutes of Meeting 9 June 2011

<sup>41</sup> Minutes of Meeting, 9 June 2011.

<sup>42</sup> ANA NTA, 'DPR Membatasi Kewenangan MK - MK Dilarang Memutus Melebihi Permohonan', *Kompas Cetak* (Jakarta), 15 June 2011

<sup>43</sup> Justice Harjono dissent.

<sup>44</sup> Decision Number 49/PUU-IX/2011, dated 18 October 2011.

<sup>45</sup> William N. Eskridge, Philip P. Frickey and Lani Guinier, 'Law As Equilibrium' 108(1) *Harvard Law Review* 23 29.

<sup>46</sup> *Ibid* 30.

<sup>47</sup> *Ibid* 36.

<sup>48</sup> *Ibid* 42; See also Donald J. Bourdreaux & AC Pritchard, *Rewriting the Constitution; An Economic Analysis of the Constitutional Amendment Process*, 62 *Fordham L. Revi.* 111, 112 (1993)

---

<sup>49</sup> See Alexander M. Bickel, *the Supreme Court and the Idea of Progress* 175 – 81 (1970).

<sup>50</sup> Although the congressional powers to override the Court by proposing constitutional amendment, to impeach and to remove Justice, and to strip the Court jurisdiction over specified classes of case are hard to invoke, their mere threat may have some effect. See Michael J. Perry, *the Constitution, the Courts, and Human Rights* 126 – 31 (1982); It is easier for Congress to hurt the Court by refusing to raise judicial salaries to keep up with inflation, by ignoring the Chief Justice's administration and personal request, and by overloading the judiciary with too many cases. See Robert D. Tollison, *Public Choice and Legislation*, 74 *Va. L. Rev.* 339, 345 – 47 (1988). Sustained congressional criticism of the Court may lower the Court's prestige as well.

<sup>51</sup> like other political institutions, the Court is a collection of individual, each of whom has her or his own preference configuration. Indeed, because the Court consist of a small number of individual (nine), the preference of any one may be important. Thus, even if the institutional considerations discussed in this section were important. Thus, even if the institutional considerations discussed in this section were important for only one Justice, they could often be critical for the Court as an institution.

<sup>52</sup> Eskridge, Frickey and Guinier, *previously cited: remove this citation and make cross-reference*43.

<sup>53</sup> Georg Vanberg, *The Politics of Constitutional Review : Constitutional Court and Parliament in Germany* (Ph.D Thesis, University of Rochester, 1999)

<sup>54</sup> Robert B Ahdieh, *Russia's Constitutional Revolution : Legal Consciousness and the Transition to Democracy, 1985 - 1995*, University Park (Pennsylvania State University Press, 1997).

<sup>55</sup> Lee Epstein, Jack Knight and Olga Shvetsova, 'The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance Democratic Systems of Government ' (2001) 35(1) *Law & Society Review* 117 125.

<sup>56</sup> Daniel B Rodriguez, 'The Positive Political Dimension of Regulatory Reform' (1994) 72 *Washington University Law Quarter* 1.

<sup>57</sup> Epstein, Knight and Shvetsova, *previously cited: remove this citation and make cross-reference* 129.

<sup>58</sup> Gregory A Caldeira, 'Public Opinion and the US Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan' (1987) 81 *American Political Science Review* 1139

<sup>59</sup> Mary L Volcansek, 'Judicial Activism in Italy ' in KM Holland (ed), *Judicial Activism in a Comparative Perspective* (St Martin, 1991)

<sup>60</sup> Epstein, Knight and Shvetsova, *previously cited: remove this citation and make cross-reference* 137.

<sup>61</sup> Thomas F Remington, Steven Smith and Moshe Haspel, 'Decrees, Laws, Interbranch Relations in the Russian Federation' (1998) (14) *Post Soviet Affairs* 287.

<sup>62</sup> Epstein, Knight and Shvetsova, *previously cited: remove this citation and make cross-reference* 138.

<sup>63</sup> *Ibid* 149.

<sup>64</sup> *Ibid* 152.

<sup>65</sup> *Ibid*; Robert Sharlet, 'Transitional Constitutionalism : Politics and Law in the Second Russian Republic' (1996) (14) *Wisconsin International Law* 9.

<sup>66</sup> Remington, Smith and Haspel, *previously cited: remove this citation and make cross-reference*219.

<sup>67</sup> Case Number 001-021-022/PUU-I/2003.

<sup>68</sup> *Ibid*.

<sup>69</sup> Epstein, Knight and Shvetsova, *previously cited: remove this citation and make cross-reference* 156.

<sup>70</sup> Constitutional Court Decision Number 41/PHPU.D-VI/2008

<sup>71</sup> Constitutional Court Decision Number 41/PHPU.D-VI/2008.

<sup>72</sup> NWO ANA, 'Pemalsuan Surat MK : Ketidakberesan Pemilu Bisa Makin Terungkap', *Kompas Cetak* (Jakarta), 2012, 1 <<http://pik.kompas.co.id/PRABAYAR/detail.cfm?item=15&startrow=1&style=basic&session=1349524605173>>

---

<sup>73</sup> ANA, 'MK Lapori Polisi : Panitera Pengganti Makhfid Akan Melawan', *Kompas Cetak* (Jakarta), 15 Dec 2010 2012, 15 <<http://pik.kompas.co.id/PRABAYAR/detail.cfm?item=10&startrow=1&style=advanced&session=1349524011829>>

<sup>74</sup> RAY ATO, NTA, DMU, TRA, 'Nazaruddin Ancam Akan Buka Borok MK : Presiden, Ini Bukan Hal Remeh', *Kompas Cetak* (Jakarta), 2012, 1 <<http://pik.kompas.co.id/PRABAYAR/detail.cfm?item=15&startrow=1&style=advanced&session=1349524011970>>

<sup>75</sup> ANA, 'Investigasi Mahkamah Konstitusi : MK Bentuk Panel Etik Untuk Arsyad', *Kompas Cetak* (Jakarta), 2012, 5 <<http://pik.kompas.co.id/PRABAYAR/detail.cfm?item=11&startrow=1&style=advanced&session=1349524011845>>

<sup>76</sup> Gordon B Smith, *Reforming the Russian Legal System* (Cambridge University Press, 1996)

<sup>77</sup> Salah satu kewenangan konstitusional MK adalah memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum berdasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) dan Pasal 10 ayat (1) huruf d Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Semula, berdasarkan ketentuan Pasal 106 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (UU 32/2004), keberatan berkenaan dengan hasil penghitungan suara yang mempengaruhi terpilihnya Pasangan Calon diajukan ke Mahkamah Agung. Kemudian, dalam Pasal 1 angka 4 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum ditentukan, Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah adalah pemilihan umum untuk memilih Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah secara langsung dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Selanjutnya, UU 12/2008, dalam Pasal 236C menetapkan, Penanganan sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah oleh Mahkamah Agung dialihkan kepada Mahkamah Konstitusi paling lama 18 (delapan belas) bulan sejak undang-undang ini diundangkan. Baca Putusan MK Nomor 191/PHPU.D-VIII/2010 bertanggal 18 November 2010, halaman 72-73.

<sup>78</sup> Patrialis Akbar, salah perumus perubahan UUD 1945 (anggota Panitia Ad Hoc III/I Badan Pekerja MPR), pada acara penyampaian saran/pendapat KPU tentang RUU Penyelenggara Pemilu menyatakan bahwa huruf kecil pada "suatu komisi pemilihan umum" adalah sama dengan makna ketentuan Pasal 23D UUD 1945 yang menyatakan Negara memiliki suatu bank sentral yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggung jawab, dan independensinya diatur dengan undang-undang". Menurutnya, mengapa ditulis dengan huruf kecil, karena dapat saja namanya bukan KPU, misalnya lembaga Pemilu atau badan Pemilu. Demikian juga bank sentral bisa saja namanya bukan Bank Indonesia. Baca Keterangan Tertulis KPU dalam Putusan MK Nomor 11/PUU-VIII/2010 bertanggal 12 Maret 2010, halaman 79-80.

<sup>79</sup> Perubahan Ketiga UUD 1945.

<sup>80</sup> Perubahan Ketiga UUD 1945.

<sup>81</sup> The International Foundation for Electoral Systems (IFES), "Laporan Evaluasi tentang Pengawas Pemilu", hal.14 <[http://www.ifes.org/publication/83276440f271398b5f5ced92255324ae/Panwas\\_Evaluation\\_Report\\_Bahasa.pdf](http://www.ifes.org/publication/83276440f271398b5f5ced92255324ae/Panwas_Evaluation_Report_Bahasa.pdf)> diakses 8 April 2011.

<sup>82</sup> *Ibid.*, hal. 21.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> Baca permohonan Pemohon dalam perkara 11/PUU-VIII/2010 dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-VIII/2010.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Pendapat Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-VIII/2010.

<sup>87</sup> Prinsip *checks and balances* dapat dikatakan merupakan buah dari reformasi konstitusi (perubahan UUD 1945) yang dimulai pada tahun 1999. Baca Miftahul Huda, et.all, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar negara Republik Indonesia Tahun 1945; Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002; Buku I Latar Belakang, Proses, dan Hasil Perubahan UUD 1945 Edisi Revisi*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2010), hlm. 99. Menurut Jimly Asshiddiqie, "Sebelum perubahan UUD 1945, sistem kelembagaan yang dianut bukan pemisahan kekuasaan (*separation of power*) tetapi sering disebut dengan istilah pembagian kekuasaan (*distribution of power*). Presiden tidak hanya memegang kekuasaan pemerintahan tertinggi (eksekutif) tetapi juga memegang kekuasaan membentuk undang-undang atau kekuasaan legislatif bersama-sama dengan DPR sebagai co-legislator-nya. Sedangkan, masalah kekuasaan kehakiman (yudikatif) dalam UUD 1945 sebelum perubahan dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang." Jimly Asshiddiqie,

---

“Tantangan Pelaksanaan UUD 1945 Pasca Perubahan”, makalah disampaikan dalam Konvensi Kampus III Forum Rektor Indonesia yang diselenggarakan di Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 11-12 Juli 2006.

<sup>88</sup> Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316.

<sup>89</sup> Dalam kesempatan lain, Jimly Asshiddiqie juga menyatakan, “sistem *checks and balances* dimaksudkan untuk mengimbangi pembagian kekuasaan yang dilakukan agar tidak terjadi penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga pemegang kekuasaan tertentu atau terjadi kebuntuan dalam hubungan antarlembaga. Oleh karena itu, dalam pelaksanaan suatu kekuasaan selalu ada peran tertentu dari lembaga lain.” Jimly Asshiddiqie, “Tantangan Pelaksanaan UUD 1945 Pasca Perubahan”, makalah disampaikan dalam Konvensi Kampus III Forum Rektor Indonesia yang diselenggarakan di Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 11-12 Juli 2006.

<sup>90</sup> MK dalam Putusan Nomor 49/PUU-IX/2011, bertanggal 18 Oktober 2011 menyatakan, “Bahwa Indonesia telah menyatakan sebagai negara hukum yang demokrasi konstitusional atau negara demokrasi yang berdasar atas hukum, sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945. Salah satu syarat setiap negara yang menganut paham *rule of law* dan *constitutional democracy* adalah prinsip konstitusionalisme (*constitutionalism*), antara lain yaitu prinsip yang menempatkan undang-undang dasar atau konstitusi sebagai hukum tertinggi dalam suatu negara. Untuk menjamin tegak dan dilaksanakannya konstitusi itu maka harus terdapat mekanisme yang menjamin bahwa ketentuan-ketentuan konstitusi dimaksud benar-benar dilaksanakan dalam praktik kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 telah memberi kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang berfungsi mengawal konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*the guardian of the constitution*) dan karena fungsinya itu Mahkamah Konstitusi merupakan penafsir tertinggi Undang-Undang Dasar (*the ultimate interpreter of the constitution*).”

<sup>91</sup> Pendapat MK dalam Putusan Nomor 21-22/PUU-V/2007.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> Guillermo S. Santos, “The Rule of Law in Unconventional Warfare”, *Philippine Law Journal* 3hlm .455.

<sup>94</sup> Dr. John Pieris, S.H., M.H. “Pembatasan Konstitusional Presiden RI”

<sup>95</sup> Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. “Konstitusi & Konstitualisme Indonesia” hlm.69

<sup>96</sup> Paul Scholten “Verzamelde Geschriften Rechtsstaat. Hlm 81.

<sup>97</sup> J.H.A. Logemann, *Het Staatsrecht van Indonesia, het formele systeem’s*. hlm 18

<sup>98</sup> Moh. Mahfud MD. “Separation of Power and Independence of Constitutional Court in Indonesia.” Hlm. 4

<sup>99</sup> Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. “Konstitusi & Konstitualisme Indonesia” hlm.73

<sup>100</sup> Francis Heller, *The Presidency: A Modern Perspective* hlm.59

<sup>101</sup> Dr. John Pieris, S.H., M.H. “Pembatasan Konstitusional Presiden RI”

<sup>102</sup> Muhadi Sugiono, *Kritik Antonio Gramsci Terhadap Pembangunan Dunia Ketiga*. Hlm.49

<sup>103</sup> Fungsi *check and balances* dalam lembaga kenegaraan merupakan tujuan utama amandemen UUD 1945. Dengan demikian kekuasaan tidak bertumpu hanya pada satu institusi negara saja. Merujuk pada ajaran teori trias politika Montesquieu memisahkan kekuasaan Negara terbagai (*separation of power*) dalam 3 (tiga) cabang kekuasaan yaitu: legislative, eksekutif dan yudisial. Ketiga kekuasaan tersebut satu sama lain dalam posisi seimbang dan saling melakukan *checks and balances*. Tetapi dalam konteks Indonesia pemisahan kekuasaan berdasarkan ajaran trias politika tidak menjadi dasar pemisahan fungsi lembaga legislative dan eksekutif. Ketentuan ini berbeda dengan sistem Negara modern, karena dalam sistem Negara modern mekanisme *checks and balances* dilakukan tidak lagi di antara 3 (tiga) cabang kekuasaan, tetapi 5 (lima), sebagaimana yang terjadi di Amerika Serikat yaitu Presiden, DPR, Senat, MA dan Komisi-Komisi Independen.

<sup>104</sup> Wujud Negara Demokrasi sebelum amandemen UUD 1945, ditandai dengan kedaulatan yang berada ditangan rakyat dan dijalankan oleh MPR, tetapi sebagaimana terdapat dalam Pasal 1 ayat (2) UUDNRI, kedaulatan tertinggi berada di tangan rakyat dan dijalankan berdasarkan UUD.



<sup>105</sup> **A.V. Dicey** menentukan tiga tolok ukur dari keberadaan negara hukum (*rule of law*) yaitu: (1) supremasi hukum (*supremacy of law*); (2) persamaan dihadapan hukum (*equality before the law*); dan (3) konstitusi yang berdasarkan pada hak-hak perorangan (*the constitution based on individual rights*).

<sup>106</sup> MPR merupakan salah satu lembaga yang mengalami pengurangan kekuasaannya. Tidak itu saja UUDNRI telah mengubah status MPR yang semula sebagai Lembaga Tertinggi Negara menjadi lembaga tinggi Negara sebagaimana lembaga-lembaga tinggi Negara lainnya. Dengan demikian dalam UUDNRI 1945 tidak dikenal lagi sebutan Lembaga Tertinggi Negara, artinya lembaga-lembaga Negara menurut UUDNRI 1945 berkedudukan sederajat dan bersifat horisontal. Selain MPR, UUDNRI 1945 telah mengurangi fungsi Presiden di bidang legislative (kekuasaan presiden yang menyangkut pembentukan undang-undang). Kekuasaan pembentukan UU ini berdasarkan Pasal 20 perubahan pertama UUD 1945, tidak lagi dipegang Presiden, melainkan dipegang oleh DPR. Demikian juga kewenangan presiden dalam hal pengangkatan dan penerimaan duta besar Negara lain serta pemberian amnesti dan abolisi. Kewenangan-kewenangan tersebut tidak lagi merupakan hak prerogative presiden tetapi harus atas pertimbangan DPR. Lihat

<sup>107</sup> Dewan Pertimbangan Agung (DPA) merupakan salah satu lembaga negara yang dihapuskan dalam perubahan keempat Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sebelum perubahan, DPA diatur dalam bab tersendiri, yaitu BAB IV Dewan Pertimbangan Agung. Setelah perubahan, keberadaan DPA diganti dengan suatu dewan yang ditempatkan dalam satu rumpun bab yang diatur dalam BAB III Kekuasaan Pemerintahan Negara. Perubahan tersebut menunjukkan bahwa keberadaan suatu dewan yang mempunyai tugas memberikan nasihat dan pertimbangan kepada Presiden masih tetap diperlukan, tetapi statusnya menjadi bagian dari kekuasaan pemerintahan negara yang berada di bawah Presiden dan bertanggung jawab kepada Presiden. Keberadaan dewan pertimbangan tersebut dituangkan pada Pasal 16 Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Presiden membentuk suatu dewan pertimbangan yang bertugas memberikan nasihat dan pertimbangan kepada Presiden yang selanjutnya diatur dalam Undang Undang. Penghapusan DPA dan perintah kepada presiden untuk membentuk Badan Penasehat Presiden, memperjelas bahwa badan tersebut sebagai bagian dari kekuasaan eksekutif yang mendukung kekuasaan pemerintahan.

<sup>108</sup> Reformasi pada lembaga legislatif dilembagakan dalam wujud perubahan sistem unicameral (yang telah menempatkan kedudukan MPR sebagai lembaga tertinggi atau supremasi MPR) menuju sistem bicameral dengan mengadakan perubahan komposisi MPR – di mana keanggotaan MPR terdiri dari anggota-anggota DPR dan DPD yang kesemuanya dipilih melalui pemilihan umum.

<sup>109</sup> Menurut **J. Gijssel**, Kajian Dogmatik hukum berfokus pada hukum positif, antara lain: (1) mempelajari aturan hukum dari segi teknis; (2) berbicara tentang hukum; (3) bicara hukum dari segi hukum; dan (4) bicara problem yang konkret. Pada prinsipnya Penelitian Hukum meliputi Penelitian Hukum Normatif (Dogmatik) dan Penelitian Hukum Doktrinal. Penelitian Hukum Normatif (Dogmatik) adalah penelitian tentang peraturan perundang-undangan, yurisprudensi (*case law*), kontrak, dan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat yang kadang-kadang disebut juga penelitian hukum empirik. Sedangkan Penelitian Hukum Doktrinal adalah penelitian terhadap asas-asas hukum, literature hukum, pandangan-pandangan para sarjana hukum yang mempunyai kualifikasi tinggi, dan kegiatan perbandingan hukum.

<sup>110</sup> *Argumentation (argument)* mempunyai dua makna: (1) “*argument*” berarti rangkaian nalar (*trains of reasoning*); (2) “*argument*” menunjuk interaksi manusia (*human interaction*) yang berkaitan dengan forum argumentasi (mis. Pengadilan, temu ilmiah, kongres dll.). Selanjutnya pada halaman h. 9. diketengahkan tiga teori argumentasi hukum, yaitu: (1) teori argumentasi logika didasarkan pada pendekatan logika formal; (2) teori argumen retorika, dengan fokus efektivitas argumentasi dengan bersarakan bahasa; (3) teori argumentasi dialogis, mempolakan argumentasi hukum sebagai bagian dari suatu diskusi. Dalam pendekatan dialogis ini dikombinasikan dengan model logika dan retorika.

<sup>111</sup> Ketetapan MPR No. III/MPR/1978 mengartikan ‘lembaga negara’ sebagai alat-alat kelengkapan Negara (*organ of the state atau staatsorganen*) dan bukan alat kelengkapan pemerintah (*organ of the government*).

<sup>112</sup> Ketentuan ini diatur dalam Pasal 22C ayat (1) UUD NRI 1945, bahwa *anggota Dewan Perwakilan Daerah dipilih dari setiap propinsi melalui pemilihan umum*. Mencermati ketentuan Pasal 22C ayat (1) tersebut merupakan langkah maju, dalam sistem rekrutmen keanggotaan DPD. Karena DPD – dalam masa demokrasi Pancasila yang semula disebut dengan Utusan Daerah dalam MPR tidak dipilih langsung oleh rakyat, tetapi diangkat oleh Presiden. Dan dalam masa reformasi (awal) berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1999 Tentang Susunan dan Kedudukan MPR, DPR, dan DPRD, Utusan Daerah ditetapkan 135 orang, yaitu 5 orang dari setiap Daerah Tingkat I, juga tidak dipilih langsung oleh rakyat, tetapi cara pemilihannya diatur dalam Peraturan Tata Tertib DPRD I.

<sup>113</sup> Menurut **Irving Stevens**, pada awalnya, Majelis Tinggi merupakan anggota dewan raja (*the King's council*) yang berasal dari petinggi militer dan penasehat lainnya yang dipercaya raja. Kemudian, demokratisasi dan tumbuhnya kelas sosial baru (kelas menengah) memunculkan gagasan untuk menyeimbangkan lembaga perwakilan rakyat yang dapat merepresentasikan rakyat secara lebih luas. Gagasan ini mendorong munculnya Majelis Rendah.

<sup>114</sup> Sistem bicameral di USA merupakan hasil kompromi antara Negara bagian yang berpenduduk banyak dengan Negara bagian yang berpenduduk sedikit. Senat mewakili Negara bagian (state) dengan jumlah yang sama, yaitu dua orang untuk setiap Negara bagian. Sementara anggota DPR ditentukan berdasarkan jumlah penduduk.

<sup>115</sup> Ketentuan ini tertuang dalam Bab III Ketentuan Umum KRIS 1949 Pasal 80, bahwa Senat dan Dewan Perwakilan Rakyat adalah alat perlengkapan Federal Republik Indonesia Serikat.

<sup>116</sup> Sebagaimana diketahui Konstituante yang dibentuk berdasarkan hasil Pemilu 1955 gagal membentuk UUD akibatnya badan ini dibubarkan oleh Presiden Soekarno, dan sebagai pengganti diberlakukan kembali UUD 1945. Peristiwa ini dikenal dengan Dekrit Presiden 5 Juli 1959.

<sup>117</sup> *State Auxiliary Agencies* atau disebut dengan *State Auxiliary Bodies* dan dalam Bahasa Indonesia biasa disebut Lembaga Negara Bantu atau Komisi Negara yaitu suatu lembaga Negara yang dibentuk untuk menggantikan atau mengambil alih fungsi lembaga yang pernah ada atau yang sama sekali baru dengan fungsi dan wewenangnya.

<sup>118</sup> Keadilan pemilu dimaksud berasal dari istilah "*Electoral Justice*" yang dipopulerkan oleh *Internasional Institute For Democracy and Electoral Assistance* (International IDEA). Istilah tersebut muncul dalam buku yang diterbitkan International IDEA. Judul aslinya adalah *Electoral Justice* yang kemudian diterjemahkan menjadi keadilan pemilu.

<sup>119</sup> International Idea, 2011. *Keadilan Pemilu: Ringkasan Buku Acuan International IDEA*. Diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia Kerjasama International IDEA-Cetro-Bawaslu RI: Jakarta. Hlm, 5

<sup>120</sup> Didik Supriyanto, 2007. *Menjaga Independensi Penyelenggara Pemilu*. Perludem, DRSP dan USAID: Jakarta. Hlm, 40.

<sup>121</sup> Alexander Irwan, Ph.D dan Edriana, SH, 1995. *Pemilu: Pelanggaran Asas Luber*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan. Hlm, 20-21.

<sup>122</sup> Munir Fuady, 2009. *Teori Negara Hukum Modern (Rechtstaat)*. Bandung: Refika Aditama. Hlm104.

<sup>123</sup> Ibid Hlm. 105

<sup>124</sup> Syamsuddin Haris, 1998. *Struktur, Proses dan Fungsi Pemilihan Umum: Catatan Pendahuluan dalam Menggugat Pemilihan Umum Orde Baru*. Jakarta: Yayasan Obor. Hlm, 11-12 dalam Didik Supriyanto, Ibid, hlm. 43

<sup>125</sup> Alexander Irwan dan Edriana, Op.Cit hlm, 27-28.

<sup>126</sup> Ibid Hlm. 51

<sup>127</sup> ibid

<sup>128</sup> Rencana Strategis Bawaslu RI tahun 2010-2014, Hlm. 6

<sup>129</sup> Jimly Ashididqie, 2006, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, hlm 237. Pandangan serupa dapat dilihat dari keterangan Saksi Ahli Prof Dr. Saldi Isra, S.H, M.PA dalam putusan MK No. 11/ PUU-VIII/2010 Tentang pengujian UU No. 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilu, hlm 234

<sup>130</sup> Buku V Pemilihan Umum, 2008. *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999 – 2002*. Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. Hlm 455 – 456.

<sup>131</sup> Putusan MK No. 11/PUU-VIII/2010, hlm 111-112.

<sup>132</sup> Prioritas pelaksanaan pencegahan tidak diartikan meniadakan wewenang penindakan. Pengawasan dalam rangka penindakan dilaksanakan dengan memberikan prioritas tertentu terhadap pelanggaran yang dinilai dapat mencederai pemilu demokratis dengan prioritas tertentu. Lebih lanjut bahasan tentang kriteria pelanggaran yang dapat ditangani dan diberikan perhatian penindakannya akan dibahas lebih lanjut dalam uraian tentang penindakan.

<sup>133</sup> Ini merupakan penjabaran dari Pasal 1 ayat (2) dan (3) Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

<sup>134</sup> Konstitusi dalam hal ini dimaknai sebagai Undang-Undang Dasar sebuah Negara, yakni secara sempit diluar makna konstitusi dalam artian luas yang di dalamnya juga terdapat konvensi dan kebiasaan ketatanegaraan.

<sup>135</sup> Empat wewenang yang dimiliki adalah: mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilu. Serta MK wajib memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar

<sup>136</sup> Lihat “Anak diluar Nikah diakui Hukum” pada <http://nasional.kompas.com/read/2012/02/18/18330579/Anak.Luar.Nikah.Diakui.Hukum>, serta “Putuskan Nasib Anak di Luar Nikah, MUI: MK Seperti Tuhan” pada <http://news.detik.com/read/2012/03/20/182016/1872568/10/putuskan-nasib-anak-di-luar-nikah-mui-mk-seperti-tuhan>, diakses pada 8 April 2012.

<sup>137</sup> Rumusan Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 menyatakan bahwa “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah MK”.

<sup>138</sup> Pada perkara pengujian konstiusionalitas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang MK.

<sup>139</sup> Antara News “Mahfud Tunjuk Refly Ketua Tim Investigasi MK” pada :

<http://www.antaranews.com/berita/230644/mahfud-tunjuk-refly-ketua-tim-investigasi-mk>, diakses pada 8 April 2012

<sup>140</sup> Harian Kompas, 3 Januari 2011, berita “Dibentuk, Majelis Kehormatan MK”

<sup>141</sup> Berita: “Suap MK, Akil Direhabilitasi & Arsyad Ditegur, Majelis Kehormatan Hakim MK tidak menemukan bukti suap kepada hakim konstitusi”, dalam <http://nasional.vivanews.com/news/read/204149-mkh--akil-direhabilitasi--arsyad-ditegur>, diakses pada 8 April 2012.

<sup>142</sup> BPK semenjak dikukuhkan oleh Undang-Undang Dasar 1945 sebelum maupun setelah perubahan tidak dapat dimasukkan ke dalam satupun cabang kekuasaan yang dikemukakan oleh Montesqieu, bahkan cenderung berdiri sendiri menjalankan tugas serta fungsi kewenangannya.

<sup>143</sup> Gerakan Reformasi mengajukan 4 tuntutan, yakni (a) Amendemen UUD 1945, (b) Berantas praktek Korupsi, Kolusi, Nepotisme (KKN), (c) Cabut paket 5 UU Politik yang dipandang menghambat perkembangan demokrasi, dan (d) Cabut Dwifungsi ABRI, sehingga dapat disimpulkan bahwa amendemen (perubahan) UUD 1945 merupakan salah satu karya langsung reformasi 1998.

<sup>144</sup> Pengundangan Undang-undang tentang MK (UU No. 24 Tahun 2003), sebelumnya kewenangan dan fungsi lembaga negara ini dilakukan oleh Mahkamah Agung, berdasarkan Pasal III ketentuan pada Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan “Mahkamah Konstitusi dibentuk selambat-lambatnya pada 17 Agustus 2003 dan sebelumnya dibentuk segala kewenangannya dilakukan oleh Mahkamah Agung.”

<sup>145</sup> Black Law Dictionary 8 Edition, mandamus adalah “A writ issued by a superior court to compel a lower court or a government officer to perform mandatory or purely ministerial duties correctly” Hlm. 3048-3049, ketentuan mengenai kewenangan Mahkamah Agung Amerika mengeluarkan a writ of madamus didasari oleh Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman (*The Judiciary Act*) 1789.

<sup>146</sup> Dalam pencarian literatur yang penulis lakukan, ada dua peristilahan yang digunakan untuk *Dokuritsu Junbi Coosakai* ada dua, versi pertama adalah BPUPKI (Badan Pekerja Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia) dan kedua BPUPK (Badan Pekerja Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan) dan dalam hal ini penulis sepakat dengan penggunaan BPUPK, lihat Mahfud MD, *Dasar & Struktur Ketatanegaraan...*, *Op Cit*, hlm 28. Bandingkan C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, (1997), *Hukum Tata Negara Republik Indonesia 1*, Jakarta, Rineka Cipta hlm. 271. Serta lihat pula R.M. A.B. Kusuma, (2011), *Sengketa Antara Lembaga Negara* dalam Jurnal Konstitusi Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Volume II No. 1, Juni 2011, catatan kaki ke 2, hlm. 9.

<sup>147</sup> Pilkada yang semula diatur oleh Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan daerah lebih menonjolkan rezim pemilu kepala daerah ke daerah, bukanlah sebagai pemilihan umum sebagaimana diatur selanjutnya melalui Undang-Undang Nomor 22 tahun 2007, pengukuhan rezim pemilukada pada pemilu selanjutnya

---

diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 (Perubahan UU Pemda). Lebih jauh menilik kebelakang, awal mula bergesernya Pemilihan Kepala Daerah dari rezim Pemerintahan Daerah ke rezim Pemilihan umum adalah implikasi dari Putusan MK No. 72-73/PUU/2004.

<sup>148</sup> Pasal 236C Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 yang menyatakan "*Penanganan sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah oleh Mahkamah Agung dialihkan kepada MK paling lama 18 (delapan belas) bulan sejak Undang-Undang ini diundangkan.*"

<sup>149</sup> Penulis mengasumsikan fungsi *judicial review* ini sebagai yang utama pada kewenangan MK karena pada dasarnya terbentuknya lembaga uji konstitusional ini karena proses "pengadaan" kewenangan menguji oleh lembaga yudisial, pembahasan lebih lanjut dapat dilihat pada bagian latar belakang hadirnya Mahkamah Konstitusi pada tinjauan pustaka tulisan ini.

<sup>150</sup> Disahkan pada hari sabtu 31 Maret 2012 dan pada Senin tanggal 2 April 2012 diuji konstitusionalitasnya, lihat: <http://nasional.kompas.com/read/2012/04/04/1154587/Tak.Perlu.Galau.Hadapi.Uji.Materi.UU.APBN-P.2012>, diakses pada 4 April 2012.

<sup>151</sup> Kini Undang-Undang Tentang Komisi Yudisial Nomor 22 Tahun 2004 ini telah mengalami revisi (perubahan), yakni Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2011.

<sup>152</sup> Lebih lanjut, pada penjabaran perbuatan tercela ini termaktub pada uraian Peraturan Mahkamah Konsitusi Nomor 02/PMK/2003 tentang kode etik dan pedoman perilaku hakim, serta Peraturan Mahkamah Konsitusi Nomor 07/PMK/2005 tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi.

<sup>153</sup> Karena Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat deklaratoir, yaitu menyatakan maka otomatis putusan MK langsung berlaku dan tidak perlu dieksekusi, dalam hal ini membuat kondisi hukum baru "lepasnya" wewenang Komisi Yudisial untuk mengawasi martabat dan perilaku hakim konstitusi.

<sup>154</sup> Lampiran Peraturan MK Nomor 10/PMK/2006, Bagian Deklarasi Kode Etik dan Prilaku Hakim Konstitusi.

<sup>155</sup> Ketentuan Pasal Pasal 27A ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011

<sup>156</sup> Lihat Amar Putusan MK Nomor Nomor 49/PUU-IX/2011

<sup>157</sup> Ketentuan pada 24C ayat (3) menyatakan "*MK mempunyai sembilan orang 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.*"

<sup>158</sup> Berita "*Arsyad: Saldi Isra Hanya Bisa Bicara*", dalam <http://nasional.kompas.com/read/2010/12/18/19425098/Arsyad.Saldi.Isra.Hanya.Bisa.Bicara> dikunjungi pada 9 April 2012

<sup>159</sup> Walaupun dalam pertimbangan Mahkamah di putusan ini MK tetap bersikukuh pada yurisprudensinya terhadap tidak berwenangnya KY mengawasi Hakim Konstitusi, namun pada amar putusan MK tidak menyatakan pasal 27 ayat (2) poin (a) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 inkonstitusional.

<sup>160</sup> Ketentuan Pasal inilah yang menjadi dasar pertimbangan MK menyatakan Komisi Yudisial tidak berwenang mengawasi lembaganya, lebih lanjut dapat dilihat bagian Pertimbangan MK dalam Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006 dan 49/PUU-IX/2011.

<sup>161</sup> Pembagian konstitusi berdasarkan sifatnya dapat dikategorikan kedalam 2 (dua) jenis, yakni tipe *rigid* (kaku) dan *flexible* (fleksibel), lebih lanjut dapat dilihat: Feri Amsari, *Op Cit*, hlm. 17, serta C F Strong, (1973), *Modern Political Constitutional*, Sidgwick & Jackson, London, hlm. 58.

<sup>162</sup> Lihat berita "*Usulan Amendemen UUD 1945 Kandas*", 8 Agustus 2007, <http://news.detik.com/read/2007/08/08/003628/814472/10/usulan-amandemen-uud-1945-kandas?browse=frommobile>, diakses pada 8 April 2012.

<sup>163</sup> *Formal amandement*, oleh George Jellinek klasifikasikan sebagai *verfassungsanderung* (Perubahan melalui prosedur formal), sementara ketiga jenis lainnya, yakni *Some primary forces*, *Judicial interpretation*, *Usage and convention*, dapat dikategorikan ke dalam lingkup *verfassungswandlung* (Perubahan secara informal).

<sup>164</sup> Secara *original*, berdasarkan ketentuan Undang-Undang Dasar, Putusan MK terkait pengujian konstitusional undang-undang adalah final, tidak ada ketentuan mengikatnya. Namun di sisi undang-undang terkait justru ditambahkan sifat mengikat (*binding*) tersebut. Lihat Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945.

# PEMBAHASAN MAKALAH PER PANEL

## PANEL 5

### LEGISLASI DAN LEGISPRUDENSI



## Panel 5

Judul Panel : Legislasi dan Legisprudensi

Pengelola : Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia (PSHK)

### Mengukur Kualitas Legislasi Dalam Perspektif *Legisprudence*

Aan Eko Widiarto

#### PENDAHULUAN

Berdasarkan Pasal 1 Ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 ditentukan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Sebelum amandemen UUD 1945, Negara Hukum tercantum dalam bagian Penjelasan sebagai salah satu pilar dalam Sistem Pemerintahan Negara yang berbunyi: "Indonesia, ialah Negara yang berdasar atas Hukum (*Rechtsstaat*) Negara Indonesia berdasar atas Hukum (*Rechtsstaat*), tidak berdasar atas kekuasaan belaka (*Machtsstaat*)". Paham negara hukum ada berdasarkan keyakinan bahwa kekuasaan negara harus dijalankan atas dasar hukum yang baik dan adil. Ada dua unsur dalam negara hukum, pertama, hubungan antara yang memerintah dengan yang diperintah tidak berdasarkan kekuasaan, melainkan berdasarkan suatu norma objektif yang juga mengikat pihak yang memerintah. Kedua, norma objektif atau disebut hukum tidak hanya memenuhi syarat formal namun secara substantif harus adil dan responsif. Alasan mendasar negara dijalankan berdasarkan hukum adalah kepastian hukum, tuntutan perlakuan yang sama, legitimasi demokratis, dan tuntutan akal budi.

Salah satu konsekuensi negara hukum adalah pembangunan hukum positif melalui pembentukan undang-undang. Pembangunan hukum merupakan suatu tindakan politik, bukan hukum. Sebagai satu tindakan politik, maka pembangunan hukum sedikit banyaknya akan bergantung pada kesungguhan aktor-aktor politik. Merekalah yang memegang kendali dalam menentukan arahnya, begitu juga corak dan materinya. Dari para politisilah lahir berbagai macam undang-undang. Secara formal kelembagaan, DPR berada di jantung utama pembentukan hukum. Dari mereka inilah ide-ide sosial, ekonomi politik dibentuk dan atau diformulasi secara normatif menjadi kaidah hukum. Arah pembangunan hukum bukanlah sesuatu yang berdiri sendiri, melainkan terintegrasi dengan arah pembangunan di bidang lainnya memerlukan penyerasian. Betapapun arah pembangunan hukum bertitik tolak pada garis-garis besar gagasan dalam UUD 1945, dibutuhkan penyelarasan dengan tingkat perkembangan masyarakat yang dimimpikan akan tercipta pada masa depan.

Oleh sebab itu, sebenarnya ada teori legislasi yang tidak senantiasa menyandarkan pada legalisme. Teori tersebut antara lain adalah teori *legisprudence*, teori yang menempatkan posisi negara dan masyarakat dalam dinamika politik yang tidak saling berbenturan, kompromistik, dan bisa saling berbagi peran dalam memproses pembentukan hukum. Teori ini sebenarnya dirasakan oleh *Rubin* ketika menganalisis proses legislasi dalam pembentukan "*Truth in Lending Act*" (Undang-Undang Kebenaran dalam Pemberian Pinjaman) di Amerika Serikat. *Rubin* menggunakan bahasa teori pluralisme dan atau teori pilihan masyarakat, teori yang menyatakan adanya tawar-menawar dari kekuatan relatif dari kelompok-kelompok yang berkepentingan dengan sekelompok legislator yang memiliki jumlah suara besar di parlemen.

Di Indonesia, pengaturan pembentukan undang-undang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan baik yang secara khusus mengatur pembentukan undang-undang, maupun secara tidak langsung yaitu undang-undang tentang susunan kedudukan lembaga legislatif. Peraturan perundang-undangan tersebut antara lain: Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1950 tentang Jenis dan Bentuk Peraturan yang Dikeluarkan Oleh Pemerintah Pusat, Ketetapan MPRS Nomor XX/MPRS/1966, Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2003 tentang Susunan dan Kedudukan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang pembentukan undang-undang tersebut ternyata masih belum memenuhi cita negara hukum yaitu pertama, hubungan antara yang memerintah dengan yang diperintah tidak berdasarkan kekuasaan, melainkan berdasarkan suatu norma objektif yang juga mengikat pihak yang memerintah. Kedua, norma objektif atau disebut hukum tidak hanya memenuhi syarat formal namun secara substantif harus adil dan responsif. Tentunya hal ini tidak terlepas dari kualitas kualitas suatu undang-undang. Indikator kualitas undang-undang tersebut dapat dilihat dari seringnya pengujian undang-undang ke Mahkamah Konstitusi (MK), dan undang-undang itu bisa dijalankan atau tidak.

Berdasarkan data Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Tahun 2003 s.d. 13 Juni 2012, dari tahun ke tahun jumlah undang-undang yang dimintakan pengujian bertambah sebagaimana ditunjukkan tabel berikut.

**Tabel**  
**REKAPITULASI PERKARA PENGUJIAN UNDANG-UNDANG**  
**MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**  
**TAHUN 2003 S.D 13 Juni 2012**

NO	TAHUN	SISA YANG LALU	TERIMA	JUMLAH (3+4)	PUTUS			
					KABUL	TOLAK	TIDAK DITERIMA	TARIK KEMBALI
-1	-2	-3	-4	-5	-6	-7	-8	-9
1	2003	0	24	24	0	0	3	1
2	2004	20	27	47	11	8	12	4
3	2005	12	25	37	10	14	4	0
4	2006	9	27	36	8	8	11	2
5	2007	7	30	37	4	11	7	5
6	2008	10	36	46	10	12	7	5

7	2009	12	78	90	15	17	12	7
8	2010	39	81	120	17	23	16	5
9	2011	59	86	145	21	29	35	9
10	2012	51	56	107	13	6	17	2
<b>Jumlah</b>		<b>219</b>	<b>470</b>	<b>689</b>	<b>109</b>	<b>128</b>	<b>124</b>	<b>40</b>

Sumber: <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=> website. Persidangan. RekapitulasiPUU

Hal ini mengindikasikan bahwa ketidakpuasan masyarakat (pemohon pengujian) semakin meningkat. Belum lagi mekanisme penolakan masyarakat di luar pengadilan (tidak melalui pengujian undang-undang) dengan adanya demonstrasi dan bentuk penolakan lainnya juga marak terjadi. Salah satu akar masalah yang perlu dilihat adalah kualitas undang-undang sebagai produk dari legislasi di samping akar masalah lainnya misalnya kultur hukum dan struktur hukumnya.

## LEGISPRUDENCE

Menurut Wintgens, *Legisprudence* adalah sebuah nama untuk cabang teori hukum yang terkait dengan legislasi dari sebuah teori dan sebuah perspektif praktikal.<sup>1</sup>

Yu Xingzhong mengemukakan makna harfiah *Legisprudence* sebagai berikut:

“The word *legisprudence*, probably derived from the Latin words: *legis/lex (law)* and *prudencia (wisdom, knowledge)*, meaning *legislative jurisprudence or a theory of legislation*, is the catchy word the editor chose to articulate a new theoretical approach to the study of legislation”.<sup>2</sup>

Wintgens menuliskan suatu paragraf yang menarik untuk mengkritisi pendekatan teoritik dalam legislasi, dalam bagian tulisan “Ketiadaan dalam Sebuah Teori Legislasi”.<sup>3</sup> Ketiadaan suatu teori yang sistematis legislasi dapat dijelaskan dari hubungan antara hukum positif ke hukum alam di satu sisi, tetapi, secara paradoks, juga oleh ketiadaan hubungan antara keduanya. Hukum alam modern melegitimasi hukum positif sejauh hukum tersebut mendeduksi dari hukum positif yang menggunakan pengaturan logis. Saat tiadanya hubungan antara hukum alam dan hukum positif, pada akhirnya hanya dapat dilegitimasi berdasarkan kedaulatan legislator yang terlegitimasi secara demokratis. Dalam bentuk yang pertama, kreasi hukum yang berpijak pada “pengetahuan” (*knowledge*) hukum alam, sedangkan yang kedua didasarkan pada sebuah “keputusan” (*decision*) dalam bagian legislator.<sup>4</sup>

Kreasi norma dalam sebuah perspektif *jusnaturalistic* adalah suatu unsur perlakuan pengetahuan, dan sebagai konsekuensi suatu penerapan prinsip-prinsip *jusnaturalistic*. Dengan kata lain, pengetahuan hukum alam membatasi aturan hukum positif. Hukum alam dalam kaitan ini merupakan pre-existent pada hukum positif dan menyediakan landasan kognitif. Melalui sebuah keputusan legislator, hal tersebut memperoleh nilai hukum positif. Kemudian, hukum positif dapat dipertimbangkan sebagai sebuah penerapan aturan-aturan



hukum alam oleh legislator.<sup>5</sup> Hal tersebut juga dikatakan *Wintgens*, sebagaimana ia mengutip pemikiran *Aarnio*:

*“Due to rationalistic nature of natural law, the question of goals in lawgiving did not arise. The idea of purposive lawgiver as a purposively behaving creator of law was virtually unknown to the doctrine of natural law. The application of law was seen as a matter of knowledge.”*<sup>6</sup>

Dalam konteks yang demikian, menurut *Wintgens*, sudah tidak diperlukan lagi sebuah teori legislasi, membedakannya dari teori hukum alam, untuk alasan epistemologik. Pengetahuan hukum alam itu sendiri sebenarnya sudah cukup memberitahukan aturan hukum yang benar.<sup>7</sup>

*Aarnio* sendiri menekankan bahwa sebuah positivisme aturan yang ekstrem tidak membedakan banyak dari konsepsi hukum alam. Bahkan bila percaya ‘*substantial natural law*’ (hukum alam substantif) lenyap, ia berpendapat, kaum positivis melekatkan pada ide sistem hukum sebagai ‘*closed whole*’ (lubang yang tertutup) aturan-aturan hukum yang diaplikasikan oleh penalaran logis.<sup>8</sup>

Sebagai konsekuensi, hal tersebut kurang memperlihatkan hubungan antara sebuah model hukum alam suatu kreasi hukum dengan sebuah model *non-jusnaturalistic* terkait dengan doktrin pemisahan kekuasaan.<sup>9</sup> Dengan begitu, tampillah wajah legitimasi formal suatu sistem hukum, berkarakteristik *liberal state*, yang kemudian mendasarkan ide suatu kedaulatan legislator.

Model atau proses pembentukan hukum oleh legislator, karena kedaulatan yang dimilikinya, pada fase berikutnya didorong pada tahap yang lebih mengerucut, yang disebut level *judiciary*. Berdasarkan doktrin pemisahan kekuasaan, kekuasaan legislatif dianggap suatu kedaulatan tersendiri (khususnya dalam menjalankan fungsi pembentukan undang-undang), dimana ide penerapan hukum terkait dengan ide hukum alam, namun hal tersebut diambil alih oleh hakim-hakim pengadilan yang memiliki posisi dan kewenangan untuk menafsirkan penerapan hukum. Perspektif kerucutisasi yang demikian dapat dijelaskan oleh legalisme (*legalism*).

Dalam suatu kerangka berfikir legalisme, tidak lagi diperlukan suatu teori tentang aturan, karena hanya hal yang dijadikan pertimbangan itulah yang akan menjadi pertimbangan. Legalisme adalah sebuah paham yang mendasarkan pada cara berfikir berbasis aturan, sehingga tujuan antara legalisme dengan *jusnaturalistic* sesungguhnya sama.<sup>10</sup> Paham ini sangat disokong dengan pemikiran-pemikiran hukum yang menganut aliran positivisme dan legisme. Legalisme merupakan paham yang menempatkan negara sebagai proses pembentukan hukum yang berlaku untuk seluruh warganya. Sedangkan legisme adalah paham yang meyakini negara adalah satu-satunya sumber hukum. Kalau memang demikian, pertanyaan sederhananya adalah, apakah teori legislasi senantiasa mendasarkan pada cara berfikir legalisme? Bagi yang berpendapat membenarkannya, maka letak pandang analisisnya sesungguhnya berada pada simplifikasi yang menyamakan kedudukan antara teori legislasi dengan suatu bentuk perundang-undangan (dalam pengertian hukum yang telah mengalami positivisasi atau hukum yang sudah dituliskan, alias *ius scriptum*) hasil dari proses legislasi.

Teori legislasi tidak senantiasa mendasarkan pada cara berfikir legalisme. Ada dua argumentasi yang tersedia untuk memperkuat alasan tersebut antara lain, pertama, sandaran teori legislasi hanya pada aturan justru akan memisahkan teks dengan konteks, menenggelamkan kata-kata dalam ruang kosong, sehingga *substancially unmeaningful*. Kedua, penganut pemikir legalisme membenarkan pandangan bahwa hukum dihasilkan secara baik melalui perenungan ide dan etik oleh para legislator. Padahal hukum yang demikian hanyalah *language game* (permainan bahasa/kata-kata) para aktor pemegang kekuasaan di badan legislatif (legislator), sehingga mengundang kritik luas dari publik akibat kecongkakan sosial yang ditampilkan dalam praktek politik.

### MENGUKUR KUALITAS LEGISLASI

Kualitas legislasi dalam perspektif *legisprudence*<sup>11</sup> menempatkan legislasi sebagai kajian yang lebih akademik dan rasional, tidak melulu melihatnya dari sudut pandang politik belaka. *Legisprudence* melihat kualitas legislasi dengan pendekatan yang komprehensif yang dapat dipilah menjadi beberapa kategori yaitu:<sup>12</sup>

- a. ***Legislative Methodology***, yaitu terkait dengan substansi dari suatu peraturan, yang mengusulkan adanya metode untuk mengelaborasi suatu substansi normatif termasuk bagaimana membangun *tools* untuk memfasilitasi perbedaan fase-fase dari pendekatan ini.
- b. ***Legislative techique***, terkait dengan aspek formal dari legislasi misalnya saja soal struktur formal undang-undang.
- c. ***Legislative drafting***, memberikan perhatian kepada masalah kalimat perundang-undangan dan bagaimana perumusan suatu norma dalam peraturan.
- d. ***legislative communication***, publikasi dari rancangan peraturan atau secara umum adalah bagaimana cara mengkomunikasikan substansi normatif suatu peraturan.
- e. ***legislative procedure***, adalah proses untuk membahas, mengundang dan mengimplementasikan suatu peraturan.
- f. ***the management of legislation***, perencanaan sebuah peraturan perundang-undangan yang dapat dilihat sebagai rangkaian dari sebuah "*project management*"
- g. ***the sociologi of legislastion***, adalah proses politik yang menyertai pembahasan, pengundangan peraturan, proses implemetasi dan juga efek dari legislasi adalah lingkup bagian ini.
- h. ***the theory of legislation***, merupakan fungsi legislasi sebagai alat untuk arah pembangunan yang menjadi kontrol dari negara.<sup>13</sup>

Dengan cara pandang yang komprehensif, *Legisprudence* percaya bahwa kualitas legislasi dapat dirasionalkan, dan dengan demikian tidak menjadi suatu wilayah hitam yang sama sekali tidak tersentuh dan seolah tidak dapat dilakukan perbaikan. Dalam konteks inilah penelitian terhadap kualitas peraturan perundang-undangan yang mengatur pembentukan undang-undang di Indonesia dilakukan, yaitu dengan melakukan penilaian terhadap faktor-faktor di atas.

## Kedudukan Legisprudensi sebagai Upaya Perlindungan Pekerja *Outsourcing*

Asri Wijayanti

### Pendahuluan

Hukum diwujudkan dalam aturan hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Tujuan dibuatnya hukum oleh suatu masyarakat adalah untuk mengatur hubungan antar anggota masyarakatnya. Dibutuhkannya aturan dalam suatu masyarakat adalah untuk mengatur pertentangan antara nafsu atau hasrat yang berbeda. Sudikno Mertokusumo, "dalam diri manusia terdapat tiga hasrat atau nafsu yaitu hasrat yang *indivisualistis* (*egois* atau *atomistis*), hasrat yang kolektivistis (*transpersonal* atau *organis*) dan hasrat yang mengatur atau menjaga keseimbangan" (Sudikno Mertokusumo: 1991, 27).

Dengan adanya hukum diharapkan dapat tercipta ketertiban, kesejahteraan, perdamaian dan keadilan. Oleh karena itu hukum yang diciptakan haruslah baik. Para ahli membuat konsep tentang kriteria hukum yang baik. Diantaranya adalah John Rawls mengkonsepkan "hukum yang baik adalah yang mencerminkan rasa keadilan dalam arti *fairness*" (John Rawls; 1973: 15). Menurut Fuller, "hukum yang baik adalah yang mengandung delapan asas yang dinamakan *principles of legality*" (Lon L Fuller: 1975, 39). Parameter hukum yang baik haruslah dilandaskan pada lapisan ilmu hukum. Aturan hukum terletak dalam lapisan dogmatik. Isi dogmatika hukum, secara teori dan metateori, harus mendasarkan pada teori hukum dan filsafat hukum (Asri Wijayanti: 2011, 52).

Seringkali hukum yang dibuat atau dirumuskan dalam Pasal-Pasal peraturan perundang-undangan belum mengindahkan pemikiran lapisan ilmu hukum. Hukum seringkali masih terbatas sebagai produk politik yang bersifat pragmatis. Konfigurasi politik yang demokratis akan melahirkan produk hukum yang berkarakter responsif atau otonom, sedangkan konfigurasi politik yang otoriter (non demokratis) akan melahirkan produk hukum yang berkarakter konservatif/ortodok atau menindas (M. Mahfud MD: 1999, 7). Politik berkaitan dengan kekuatan (*power/macht*), yang lebih kuat menang terhadap yang lebih lemah (Yap Thiam Hien: 1998, 3). Seharusnya politik hukum harus mampu menjadi dasar terbentuknya hukum yang baik.

Perumusan aturan dalam suatu Pasal di aturan hukum yang tidak mendasarkan pada teori hukum dan filsafat hukum telah menjadi suatu norma yang kabur (*vague norm*). Norma yang kabur membuka peluang interpretasi yang majemuk, interpretasi lebih dari satu, tergantung dari kepentingan pihak yang menginterpretasikan. Berkaitan dengan *outsourcing*, sebagai salah satu bentuk sistem hubungan kerja, tentunya terdapat perbedaan kepentingan pekerja dan pengusaha. Perbedaan kepentingan inilah yang menjadi sumber perbedaan dalam melahirkan interpretasi yang berbeda dalam merumuskan *outsourcing*, mengingat ketidakpastian makna *outsourcing* dalam Pasal 64-65 UU 13/2003. Pasal tersebut merupakan suatu norma yang kabur (*vague norm*), akibatnya aturan hukum tentang *outsourcing* telah menjadi sumber konflik sosial.

Ketentuan tentang *outsourcing* telah dirumuskan sejak tahun 2003. Sudah berlangsung selama sembilan tahun. Tuntutan untuk menghapuskan *outsourcing* telah menjadi agenda utama setiap demo dan mogok pekerja. Tuntutan *May day* tahun 2012, adalah "hapuskan *outsourcing* tenaga kerja; Terbitkan Peraturan Pemerintah atau Peraturan Menteri yang melarang *outsourcing* tenaga kerja; cabut ijin seluruh penyelenggara

*outsourcing* tenaga kerja” (<http://www.facebook.com/groups/buruhbekasibergerak>). Tuntutan ini merupakan penegasan kembali dari tuntutan *May Day* tahun 2011, yaitu “imperialisme-kapitalis diantaranya sistem kerja *outsourcing*” (<http://berdikarionline.com/kabar-rakyat/20110411>). *Outsourcing* dianggap telah menghilangkan jaminan untuk terus bekerja (*job security*) (Muchtar Pakpahan: 2010, 118). *Outsourcing* telah merubah nasib pekerja di Indonesia dan dianggap sebagai *modern slavery*, sehingga harus di hapuskan. Tuntutan pekerja dalam demo buruh di beberapa kota secara nasional tanggal 3-5 Oktober 2012, masih tetap yaitu HAPUS *Outsourcing*, Tolak Upah Murah, Laksanakan jaminan sosial tepat waktu sesuai perintah UU pada 2014, dan lawan korupsi yang menciptakan ekonomi biaya tinggi dengan mendukung KPK!! (<http://www.facebook.com/buruhbekasi.bergerak>).

Di sisi lain, pandangan pengusaha sebagai pihak pemberi kerja, sangatlah berbeda. Pendekatan ekonomi yang menempatkan efisiensi proses produksi menjadi landasan pilihan sistim kerja *outsourcing* daripada sistim kerja *inhouse manufacturing*. Akibatnya apabila sistim kerja *outsourcing* akan benar-benar dihapuskan dalam peraturan perundang-undangan akan menghilangkan sifat perlindungan hukum terhadap pengusaha. Tinjauan teori hukum, memberikan interpretasi yang keliru terhadap rumusan *outsourcing* sebagai bentuk dari teori hubungan kerja. Hal ini menunjukkan pengaturan *outsourcing* adalah perwujudan dari ketidak-mungkinan pendekatan teoritis atas pembuatan peraturan. Makalah ini berusaha membuktikan bahwa aturan hukum tentang *outsourcing* adalah pragmatis. Belum sepenuhnya meletakkan dasar teori hukum dan teori ekonomi sebagai teori dan meta teori bagi perumusan aturan hukum tentang *outsourcing*.

### **Rumusan Masalah**

Dari uraian di atas, maka permasalahan dalam penelitian ini adalah apakah legisprudensi sudah menjadi solusi bagi upaya perlindungan hukum bagi pekerja *outsourcing* ?

### **Metode Penelitian**

Metode penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif dengan pendekatan *statute approach*. Pendekatan *statute approach* adalah pendekatan peraturan perundang-undangan yang mengkaji sinkronisasi vertikal dan horisontal antara peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan *outsourcing*. Berlandaskan pada *stoffentheorie*, keabsahan norma hukum didasarkan pada norma hukum yang lebih tinggi. Norma hukum yang paling tinggi adalah konstitusi. Validitas konstitusi pada norma dasar (*basic norm*) yang berisi ide bersama tentang norma dasar (Hans Kelsen: 1992, xxxii-xxxiii). Sebagai bahan hukum uji validitas aturan hukum tentang *outsourcing* adalah analisis putusan Mahkamah Konstitusi yang seharusnya menjadi bentuk *legisprudensi*. Analisis selanjutnya dengan menerapkan lapisan ilmu hukum. Fungsi dogmatik hukum digunakan untuk memberi penilaian terhadap peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan pengaturan dan konsekuensi logis dari *outsourcing*. Teori hukum berfungsi untuk menganalisis pengaturan dan konsekuensi logis dari *outsourcing*. Filsafat hukum digunakan untuk merefleksi isu hukum yang mendasar, yaitu apa yang menjadi dasar pembenar perlunya pengaturan dan konsekuensi logis dari *outsourcing*, dan apakah pengaturan dan konsekuensi logis dari *outsourcing* itu sudah sesuai dengan cita hukum (*rechtsidee*) Indonesia dan berfungsi sebagai *legisprudensi*.

## Pembahasan

Permasalahan dalam penelitian ini adalah legisprudensi sebagai solusi bagi upaya perlindungan hukum bagi pekerja *outsourcing*. Sebelum membahas permasalahan itu, terlebih dahulu diuraikan tentang hakekat hukum yang dapat berbentuk legislasi dan legisprudensi. Pembentuk hukum pada prinsipnya ada dua yaitu lembaga legislasi dan hakim. Lembaga legislasi adalah lembaga yang membuat peraturan atau keputusan yang bersifat publik, dapat bermakna pembuat peraturan dan pembuat kebijakan. Pembuat aturan adalah Presiden bersama DPR, Gubernur bersama DPRD Tingkat I atau Walikota/Bupati bersama DPRD Tingkat II dalam bentuk Peraturan Daerah. Pembuat Kebijakan adalah pemegang kekuasaan berdasarkan kewenangan atribusi mulai Presiden, Menteri, atau pemegang kekuasaan eksekutif di tingkat daerah. Lembaga pembentuk *legisprudensi* adalah lembaga peradilan merupakan pembentuk hukum yang bersifat khusus, bertindak hanya apabila ada kasus di peradilan. Wujud konkritnya adalah putusan hakim. Harapan semua putusan hakim haruslah mencerminkan pertimbangan yang bijaksana.

### 1. Kajian berdasar teori hukum

Berkaitan dengan *outsourcing*, bentuk legislasi yang menjadi bahan analisis hukum adalah Pasal 64-66 UU 13/2003 jo. Kepmenakertrans Nomor KEP.100/MEN/VI/2004, tentang PKWT jo. Kepmenakertrans No. Kep-101/Men/VI/2004 tentang Tata Cara Perijinan Perusahaan Penyedia Jasa pekerja/Buruh jo. Kepmenakertrans No. KEP.220/MEN/X/2004 tentang syarat-syarat penyerahan sebagian pelaksanaan pekerjaan kepada perusahaan lain, jo. Surat Edaran Menteri Nomor B.31/PHIJSK/2012 tentang *Outsourcing* dan Perjanjian Kerja Waktu Tertentu (PKWT). Selanjutnya dalam penelitian ini, yang menjadi bahan analisis hukum *legisprudensi* adalah putusan Mahkamah Konstitusi No. 27/PUU-IX/2011.

Sebagai bentuk dari hukum maka legislasi dan legisprudensi haruslah merupakan hukum yang baik. Suatu hukum adalah baik apabila memenuhi 8 *principles of legality*, yaitu:

1. *a failure to achieve rules at all, so that every issue must be decided on an ad hoc basis.*
2. *a failure to publicize, or at least to make available to the affected party, the rules he is expected to observe*
3. *the abuse of retroactive legislation, which not only cannot itself guide action, but undercuts the integrity of rules prospective in effect, since it puts them under the threat of retrospective change*
4. *a failure to make rules understandable*
5. *the enactment of contradictory rules*
6. *rules that require conduct beyond the powers of the affected party*
7. *introducing such frequent changes in the rules that the subject cannot orient his action by them*
8. *a failure of congruence between the rules as announced and their actual administration* (Lon L Fuller: 1975, 39).

Suatu hukum yang baik adalah yang adil yang bermakna *fairness* yang terdiri dari dua bagian yaitu interpretasi atas situasi awal dan atas persoalan pilihan yang ada dan seperangkat prinsip yang akan disepakati (Joh Rawls: 1973, 15). Penekanan prinsip proporsionalitas berada dalam proses dan mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang berlangsung secara *fair*. Prinsip proporsionalitas sebagai *equitability contract* dengan unsur *justice* serta *fairness*. Makna *equitability* menunjukkan suatu hubungan yang setara (kesetaraan), tidak berat sebelah dan adil (*fair*), artinya hubungan kontraktual tersebut pada dasarnya berlangsung secara proporsional dan wajar (Peter Mahmud Marzuki: 2003, 205). Unsur *fairness* (*justice as fairness*) ditandai dengan prinsip rasionalitas, kebebasan dan kesamaan. *Just* berarti adil secara substansi (*substantive justice*) *fair* berarti adil secara prosedural (*procedural justice*) (Andre Ata Ujan: 1999, 21). Prinsip proporsionalitas merupakan landasan dalam pendistribusian kemampuan anggota masyarakat dalam memikul beban kewajiban. Prinsip proporsionalitas menekankan pada keseimbangan dalam pembagian kewajiban, bukan keseimbangan posisi tawar (*bergaining position*) (Ian Mc Leod: 2005, 212 dan Yohanes Sogar Simamora: 2005, 43).

Aturan hukum haruslah merupakan hukum yang baik. Aturan hukum dalam peraturan perundang-undangan harus dirumuskan secara tepat, sesuai dengan teori hukum dan filsafat hukum. Rumusan hukum tentang *outsourcing* diatur dalam Pasal 64-66 UU 13/2003 merupakan rumusan yang mengandung *vague norm*, karena menimbulkan interpretasi yang lebih dari satu. Ketentuan Pasal 64 UU 13/2003 adalah "Perusahaan dapat menyerahkan sebagian pelaksanaan pekerjaan kepada perusahaan lainnya melalui perjanjian pemborongan pekerjaan atau **penyediaan jasa pekerja/buruh** yang dibuat secara tertulis." Terhadap ketentuan ini tidak ada penjelasan resmi yang dibuat oleh pembentuk undang-undang dalam penjelasan Pasal demi Pasal. Rumusan itu apabila dicermati mengandung ketidakjelasan maksud. Pasal 64 UU 13/2003 mengatur tentang bentuk *outsourcing*, yaitu pemborongan pekerjaan (merupakan *outsourcing* pekerjaan) dan **penyediaan jasa pekerja/buruh** (*outsourcing* pekerja). Terhadap pemborongan pekerjaan diatur lebih lanjut dalam Pasal 65, syaratnya :

1. Dibuat dalam perjanjian kerja tertulis berbentuk PKWTT atau PKWT;
2. Pekerjaan yang dialihkan adalah **bukan pekerjaan pokok**;
3. Berbadan hukum;
4. Memberikan perlindungan hukum kepada pekerjanya
5. Bentuknya PKWTT atau PKWT berdasar Pasal 59.

Kriteria bukan pekerjaan pokok ditafsirkan secara otentik dalam Pasal 65 ayat (2) yaitu dilakukan secara terpisah dari kegiatan utama; **berdasarkan perintah langsung atau tidak langsung dari pemberi pekerjaan**; merupakan kegiatan penunjang yang tidak menghambat proses produksi secara langsung. Interpretasi otentik ini masih menimbulkan ketidak pastian hukum. Hal ini menunjukkan bahwa pembentuk Undang-Undang hanya meletakkan pemikiran yang pragmatis, hanya berdasar kehendak politik yang lebih mengarah pada kepentingan pengusaha. Seharusnya interpretasi "**perintah**" harus melandaskan pada teori hukum yaitu meletakkan dasar teori hukum tentang perintah yaitu hakekat pertanggungjawaban. Bukan pertimbangan pragmatis yang menunjuk pada bentuk perintah dilakukan. Siapaun yang memberikan perintah maka dialah yang harus

bertanggung jawab. Majikan bertanggung jawab atas pekerjaan yang diperintahkan kepada pekerjanya. Pemberi perintah adalah yang menikmati hasil dari pekerjaan. Dari sudut filosofinya adalah adil apabila pekerja mendapatkan hak berupa upah apabila ia sudah mengerjakan pekerjaan dengan benar. Sebaliknya akan adil pula apabila majikan harus melaksanakan kewajibannya dengan membayar upah apabila pekerjaan yang merupakan kehendaknya sudah dilaksanakan oleh pekerja. Jadi makna dari perintah adalah tanggung jawab bukan cara dilakukannya perintah. Apabila makna perintah sudah sesuai dengan konsep/ teori hukum, maka akibatnya dengan serta merta perlindungan syarat kerja menjadi kewajiban dari yang memberikan perintah yaitu pemberi pekerjaan. Dirumuskannya Pasal 65 ayat (4) UU 13/2003 menunjukkan kesalahan perumusan ayat sebelumnya yaitu Pasal 65 ayat (2) huruf b.

Terhadap rumusan otentik pemberi kerja sudah dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (4) UU 13/2003 yaitu orang perseorangan, pengusaha, badan hukum, atau badan-badan lain yang mempekerjakan tenaga kerja dengan membayar upah atau imbalan dalam bentuk lain. Sayangnya rumusan ini tidak menjadi landasan dalam merumuskan konsep hubungan kerja. Hubungan kerja dirumuskan dalam Pasal 1 angka 14 UU 13/2003 yaitu hubungan antara **pengusaha** dengan pekerja/buruh berdasarkan perjanjian kerja, yang mempunyai unsur pekerjaan, upah, dan perintah. Terdapat kesalahan perumusan (yang disengaja) dalam Pasal 1 angka 14 UU 13/2003, Seharusnya kata "**pengusaha**" diganti dengan "**pemberi kerja**".

Kesalahan interpretasi otentik ini mengakibatkan konflik sosial. Terjadi perbedaan pendapat di masyarakat berkaitan dengan siapakah pekerja yang dilindungi oleh UU 13/2003. Apakah semua orang yang bekerja pada pemberi kerja ataukah hanya pekerja yang bekerja pada pengusaha. Lebih adil menggunakan istilah majikan daripada istilah pengusaha. Pengusaha adalah bagian dari majikan. Pengusaha adalah orang yang menjalankan usaha. Sementara di masyarakat lebih banyak orang yang memberi pekerjaan yang bukan pengusaha. Rumusan Pasal 1 angka 14 mengakibatkan pekerja yang tidak bekerja pada pengusaha dapat diinterpretasikan tidak dilindungi oleh UU 13/2003. Terdapat perbedaan rumusan otentik tentang subyek hukum dalam hubungan kerja pemberi kerja atau pengusaha. Pekerja yang tidak bekerja pada pengusaha secara yuridis, tidak dianggap telah melakukan hubungan kerja, sehingga tidak dilindungi oleh UU 13/2003 (Asri Wijayanti: 2011, 115).

Ketentuan Pasal 66 UU 13/2003 merupakan pasal penjelas dari Pasal 64, yang mengatur tentang *outsourcing* pekerja dirumuskan sebagai:

"Pekerja/buruh dari perusahaan **penyedia jasa** pekerja/buruh **tidak boleh** digunakan oleh pemberi kerja untuk melaksanakan kegiatan pokok atau kegiatan yang berhubungan langsung dengan proses produksi, **kecuali** untuk kegiatan **jasa penunjang atau kegiatan yang tidak berhubungan langsung dengan proses produksi**"

Syarat perusahaan penyedia jasa/buruh (=perusahaan *outsourcing*) adalah: ada hubungan kerja antara pekerja/buruh dengan perusahaan penyedia jasa/buruh; memenuhi syarat PKWT berdasar Pasal 59; memberi perlindungan, ada perjanjian tertulis antara perusahaan pengguna dan perusahaan penyedia jasa/buruh; berbadan hukum.

Rumusan Pasal 66 UU 13/2003 merupakan rumusan yang kabur, tidak menimbulkan kepastian hukum. Kata-kata "**jasa pekerja**" dapat diinterpretasikan sebagai pekerja karena jasa dari pekerja melekat pada tubuh pekerja itu. Berbeda dengan pekerjaan, yang baru melekat pada diri pekerja apabila telah dilaksanakan. Jasa pekerja tidak sama dengan jasa. Seharusnya bukan jasa pekerja tetapi **pekerjaan yang menghasilkan jasa**. Hubungan kerja adalah suatu hubungan hukum antara pemberi kerja dengan pekerja mengenai dilaksanakannya suatu pekerjaan dengan pemberian imbalan berupa upah. Pekerjaan dapat dikategorikan menjadi dua yaitu pekerjaan yang menghasilkan barang dan pekerjaan yang menghasilkan jasa. Kesalahan pemikiran pada pembuat Undang-Undang mengakibatkan pekerja sebagai obyek dari hubungan kerja. Pekerja adalah orang, di dalam teori dan filsafat hukum, selamanya orang tidak dapat menjadi obyek dari suatu hubungan hukum. Penempatan orang sebagai obyek hukum adalah sebagai perbudakan modern (*modern slavery*).

Syarat badan hukum bagi perusahaan pemborongan pekerjaan dan perusahaan penyedia jasa/buruh berdasarkan, ketentuan Pasal 65 ayat (3) UU 13/2003 jo Pasal 66 ayat (3) jo Pasal 3 ayat (2) Kepmenaker 220/2004, yaitu perusahaan penerima pekerjaan harus berbadan hukum, kecuali :

- a. perusahaan pemborong pekerjaan yang bergerak di bidang pengadaan barang;
- b. perusahaan pemborong pekerjaan yang bergerak di bidang jasa pemeliharaan dan perbaikan serta jasa konsultasi yang dalam melaksanakan pekerjaan tersebut mempekerjakan pekerja/buruh kurang dari 10 (sepuluh) orang.

Tujuan disyaratkan badan hukum adalah tidak relevan, mengingat setiap pelaku usaha tetap dapat dimintai pertanggungjawaban apabila melakukan suatu pelanggaran, tidak menunggu pelaku usaha berbentuk badan hukum. Melakukan pemborongan pekerjaan bukanlah monopoli suatu perusahaan yang sudah berbadan hukum, tetapi menjadi hak setiap pelaku usaha. Batasan ini akan mengakibatkan pelaku usaha (khususnya usaha kecil dan menengah) kehilangan haknya disamping juga dapat mematikan program kemitraan atau *community social development program* suatu perusahaan dengan lingkungan sosial disekitarnya yang sudah berjalan. (Moch Syamsudin: 2007, 174).

## 2. Kajian berdasar teori ekonomi

**Outsourcing** berasal dari kata **out source** yang artinya *to procure (as some goods or services needed by a business or organization) under contract with an outside supplier* (<http://www.merriam-webster.com/dictionary/outsource>) (untuk mendapatkan barang atau jasa dibutuhkan bisnis atau organisasi yang mendasarkan kontrak dengan pemasok luar). *Outsourcing* adalah pendelegasian operasi dan manajemen harian dari suatu proses bisnis kepada pihak luar (perusahaan penyedia jasa *outsourcing*). Melalui pendelegasian, maka pengelolaan tidak lagi dilakukan oleh perusahaan, melainkan dilimpahkan kepada perusahaan jasa *outsourcing* (Sehat Damanik:2006,2).

*Outsourcing* berasal dari kajian ilmu ekonomi-manajemen, selain BPR, TQM, JIT ([http://en.wikipedia.org/wiki/Business\\_process\\_reengineering](http://en.wikipedia.org/wiki/Business_process_reengineering)), PDCA dan *fishbone diagram* (Srikumalaningsih.files.wordpress.com) dalam *kaizen* (<http://en.wikipedia.org/wiki/Kaizen>). Merupakan solusi atas besarnya biaya produksi apabila dilakukan secara *in-*



*house manufacturing*. Tujuannya efisiensi guna menghasilkan suatu produk yang berkualitas dan berkuantitas dengan memperkecil resiko. Empat alasan untuk dapat dilakukan *outsourcing* yaitu:

1. *“to much specialized work* (jika dilakukan dengan mesin yang lebih baik teknologinya akan lebih murah biaya produksinya);
2. *Insufficient capacity* (jika terdapat kemampuan yang kurang misalnya terjadi *overload*);
3. *The supplier is cheaper* (diperlukan sebagian pekerjaan yang *semi finish product*); dan
4. *To excel in key activities”* (dipisahkan dari *secondary activities* ([www.ueanet.com/first/guidelines/FIRST\\_outsourcing](http://www.ueanet.com/first/guidelines/FIRST_outsourcing)).

Secara umum, *outsourcing* merupakan suatu sistim kerja untuk menghasilkan barang atau jasa yang dilakukan oleh pemberi kerja dengan cara mengalihkan sebagian pekerjaannya kepada pemberi kerja lainnya. Tidak ada batasan mengenai siapa dan kepada siapa *outsourcing* dapat dilakukan. Demikian pula tidak ada batasan mengenai jenis pekerjaan apa yang dapat dialihkan kepada pihak lain. Asalkan setelah dilakukan suatu analisis manajemen akan dapat memberikan keuntungan baik peningkatan kualitas maupun kuantitas. Implementasi *outsourcing* sudah terjadi di dunia, misalnya penggunaan ahli hukum asal India di Amerika Serikat (<http://jurnalhukum.blogspot.com>).

Makna *outsourcing* dalam ilmu ekonomi adalah *outsourcing pekerjaan*. Pekerjaan dapat berupa produksi barang atau jasa. Berbeda dengan ketentuan Pasal 64 UU 13/2003 yang membagi *outsourcing* dalam dua bentuk yaitu *outsourcing* pekerjaan dan *outsourcing* pekerja. Perusahaan dapat menyerahkan sebagian pelaksanaan pekerjaan kepada perusahaan lainnya melalui perjanjian **pemborongan pekerjaan** atau **penyediaan jasa pekerja/buruh** yang dibuat secara tertulis. Tidak ada parameter yang jelas mengenai arti “sebagian”. **Kata “sebagian”** mengandung makna yang relatif. Tidak ada penjelasan resmi mengenai maksud dari ketentuan pasal itu. Kata “sebagian mengandung arti sebagian kecil atau sebaliknya sebagian besar. Misalnya di dalam suatu perusahaan terdapat 20 rangkaian alur produksi. Apabila dikaitkan dengan ketentuan Pasal 64, maka makna sebagian dapat berarti “satu dari dua puluh” atau “sembilan belas dari dua puluh”.

Batasan “kegiatan penunjang” sangat luas, artinya kegiatan tersebut merupakan kegiatan yang mendukung dan memperlancar pelaksanaan pekerjaan sesuai dengan alur kegiatan kerja perusahaan pemberi pekerjaan. Tidak menghambat proses produksi secara langsung artinya kegiatan tersebut adalah merupakan kegiatan tambahan yang apabila tidak dilakukan oleh perusahaan pemberi pekerjaan, proses pelaksanaan pekerjaan tetap berjalan sebagaimana biasanya. Apabila syarat itu tidak terpenuhi maka demi hukum status hubungan kerja menjadi hubungan kerja antara pekerja dengan perusahaan pemberi kerja (Pasal 65 ayat 8), bentuknya PKWTT/PKWT (Pasal 65/9 UU 13/2003). Syarat PKWT (Pasal 65/7 jo Pasal 59 UU 13/2003), yaitu : untuk pekerjaan tertentu yang menurut jenis dan sifat atau kegiatan pekerjaannya akan selesai dalam waktu tertentu, yaitu :

- a. pekerjaan yang sekali selesai atau yang sementara sifatnya;
- b. pekerjaan yang diperkirakan penyelesaiannya dalam waktu yang tidak terlalu lama dan paling lama 3 (tiga) tahun;

- c. pekerjaan yang bersifat musiman (tergantung pada musim atau cuaca, untuk memenuhi pesanan atau target ..... tidak dapat diperbaharui (Pasal 4, 5 7 Kepmenaker 100/2004); atau
- d. pekerjaan yang berhubungan dengan produk baru, kegiatan baru, atau produk tambahan yang masih dalam percobaan atau penjajakan (di luar pekerjaan yang biasa dilakukan perusahaan (Pasal 59/1 UU 13/2003 jo. Pasal 9 Kepmenaker 100/2004)
- e. tidak dapat diadakan untuk pekerjaan yang bersifat tetap. (Pasal 59/2 UU 13/2003)
- f. jangka waktu 2 tahun dapat diperpanjang 1 tahun (Pasal 59/3-4 UU 13/2003), 7 hari sebelumnya diberitahukan secara tertulis kepada pekerja (Pasal 59/5 UU 13/2003)
- g. pembaharuan dapat dilakukan setelah 30 hari berakhirnya PKWT maksimal 2 tahun (Pasal 59/6 UU 13/2003)
- h. syarat lain berdasar Kepmen (Pasal 59/8 UU 13/2003)

Pengertian yang berkaitan dengan kegiatan pokok atau penunjang di dalam proses produksi adalah relatif. Kegiatan pokok dalam suatu proses produksi menimbulkan interpretasi ganda. Kegiatan pokok dapat bermakna sempit atau luas. Dalam arti sempit yang merupakan kegiatan pokok dari suatu proses produksi adalah **strategic thinking yang merupakan kekayaan intelektual dari perusahaan** (Chandra Suwondo: 2004, 120). Dalam arti luas kegiatan pokok merupakan suatu rangkaian proses produksi mulai dari penyediaan bahan baku hingga produk.

Yang berhak untuk menentukan jenis atau parameter kegiatan pokok/utama dari suatu proses produksi adalah orang yang menciptakan pekerjaan itu yaitu pemberi kerja/pengusaha, **bukan orang lain** (pemerintah/ pekerja). Diperlukan 8 tahap untuk dapat dilakukan menentukan jenis pekerjaan apa yang dapat dilakukan secara *outsourcing* (bukan *in-house manufacturing*), yaitu *describe your own situation, what can I outsource and what not?, which sub-contractors?, ask for quotations?, the final decision to manufacture or to outsource?, chose your sub-contractors, in action* dan *assessment* ([www.ueanet.com](http://www.ueanet.com)).

Berkaitan dengan adanya demo buruh tanggal 3- 5 Oktober 2012, yang digunakan pemerintah sebagai landasan obyek pekerjaan yang dapat dioutsourcingkan ada tiga yaitu yang pertama semua pelaksanaan *outsourcing* harus mengacu dan sesuai dengan UU 13/2003 yaitu bahwa yang boleh dilakukan *outsourcing* hanya pekerjaan tambahan bukan pekerjaan pokok sehingga pekerjaan inti tidak boleh di *outsourcingkan* (<http://menteri.depnakertrans.go.id>). Parameter ini tidak menunjukkan kepastian hukum. Batasan itu tidak akan dapat menjawab jenis pekerjaan pokok pada perusahaan yang berkaitan dengan *fashion*, makanan, rakitan. Bagian manakah dari rangkaian proses produksi yang merupakan pekerjaan pokok atau penunjang. Catering dalam penjelasan Pasal 66 ayat (1) UU 13/2003 adalah contoh pekerjaan penunjang. Penjelasan otentik itu tidak tepat karena suatu perusahaan catering, pasti di dalamnya mempunyai bagian pekerjaan yang menjadi *core bussiness* adalah resep masakan. Peracik dan koki tentunya merupakan bagian yang pokok. Sehingga bagian bagian produksi yang lainnya tentu dapat di *outsourcingkan*. Perusahaan yang berkaitan dengan *fashion* yang menjadi pekerjaan pokok adalah *disign*. Pekerja *disign* adalah melakukan pekerjaan pokok tidak dapat dioutsourcingkan karena merupakan *strategy thinking*. Bagaimana dengan perusahaan rakitan yang hanya menerima pesanan dari perusahaan lain? Pekerjaan pokok terletak

pada pemegang rahasia merakit. Beragam persoalan tidak mungkin dapat digeneralisir sebagai pekerjaan pokok. Yang berhak menentukan pekerjaan pokok atau penunjang dalam proses produksi adalah majikan (yang menciptakan pekerjaan itu) bukan pemerintah atau pekerja. Dalam hal ini negara telah malampaui batas mengatur hubungan yang bersifat privat. Rumusan pekerjaan penunjang dalam Pasal 65 ayat (2) jo Pasal 59 UU 13/2003 adalah menyesatkan, sumber konflik sosial.

Sayangnya baik UU 13/2003 hanya memandang *outsourcing* dikaitkan dengan bentuk perjanjian (PKWT/PKWTT) **bukan substansi** obyek *outsourcing*. Pemberian batasan jenis pekerjaan yang dapat dilakukan melalui PKWT dengan “pekerjaan yang sifatnya sementara waktu- pekerjaan penunjang” adalah tidak tepat. Batasan perjanjian kerja **waktu tertentu** seharusnya dikaitkan dengan **waktu**. Pembagian waktu adalah detik, menit, jam, hari, bulan dan tahun. Mengapa **definisi** nya adalah “waktu tertentu” tetapi **pengertiannya** bukan menunjukkan waktu tertentu tetapi jenis pekerjaan. Perumusan Pasal 59 UU 13/2003 telah mengingakari makna *legal concept*.

### 3. Legisprudensi bagi pekerja *outsourcing*

Setelah adanya putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 belum dapat dijamin konflik sosial tentang *outsourcing* akan kerakhir. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 27/PUU-IX/2011, yang memutuskan Pasal 66 ayat (2) huruf b UU 13/2003 adalah bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945 (*conditionally unconstitutional*). Putusan ini mengakibatkan terjadinya peralihan kewajiban subyek hukum dalam konsep hubungan kerja. Adanya kewajiban pengalihan perlindungan hak-hak pekerja/buruh yang obyek kerjanya tetap ada walaupun terjadi pergantian perusahaan yang melaksanakan sebagian pekerjaan borongan dari perusahaan lain atau perusahaan penyedia jasa pekerja/buruh. Ada dua pertimbangan hukum yang melandasi putusan tersebut yaitu adanya syarat perjanjian antara pekerja dengan perusahaan yang melaksanakan pekerjaan tidak berbentuk PKWT dan penerapan prinsip pengalihan tindakan pengalihan perlindungan bagi pekerja/buruh (*Transfer of Undertaking Protection of Employment/ TUPE*) yang dilandasi pemikiran nondiskriminasi dalam penerimaan *fair benefit and welfare* bagi pekerja. Sayangnya putusan MK No. 27/PUU-IX/2011, ditindak lanjuti dengan Surat Edaran Menteri Nomor B.31/PHIJSK/2012 tentang *Outsourcing* dan Perjanjian Kerja Waktu Tertentu (PKWT). Surat Edaran bukanlah aturan hukum. SE ditujukan untuk intern kelembagaan Depnakertrans, bukan ditujukan untuk umum. SE sifatnya tidak mengikat karena hanya himbauan, dapat dilaksanakan atau tidak dilaksanakan tidak ada sanksinya. SE tidak termasuk dalam herarki peraturan perundang-undangan Indonesia. Jadi SE tidak mempunyai kekuatan hukum. Berkaitan dengan hal ini maka muncullah tuntutan Mayday 2012 yaitu “terbitkan **Peraturan Pemerintah atau Peraturan Menteri** yang melarang *outsourcing* tenaga kerja” (<http://www.facebook.com/groups/buruhbekasibergerak>). Meskipun seharusnya kaedah atau norma suatu larangan dala aturan hukum tidak dapat dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang merupakan produk eksekutif saja, harus dalam bentuk produk eksekutif bersama legislatif yang mewujudkan fungsi demokratis.

Muatan putusan MK No. 27/PUU-IX/2011, tentang *TUPE* menimbulkan polemik. Dengan adanya *TUPE* ini apabila terjadi suatu kondisi dimana kontrak kerjasama perusahaan *outsourcing* habis, namun pekerjaan yang dilakukan masih ada, maka pekerja *outsourcing* yang bersangkutan tidak boleh ikut habis, sehingga ketika terjadi pergantian

perusahaan *outsourcing* maka pekerja beralih hubungan kerjanya kepada perusahaan baru (<http://manpoweract.wordpress.com>). Fakta yang ada seringkali terjadi rekayasa nama perusahaan penyedia jasa tenaga kerja yang melakukan kerja sama dengan perusahaan pemberi kerja. Pekerja yang bekerja pada orang yang sama tetapi bernaung pada perusahaan penyedia jasa tenaga kerja yang sama. Tentunya hal ini tidak dapat digeneralisasi. Hal ini tentunya telah menghilangkan perlindungan hukum terhadap pengusaha/pemberi kerja. Hakim sebagai pembentuk legisprudensi seharusnya lebih mempertimbangkan substansi aturan hukum. Substansi aturan hukum tentang *outsourcing* pekerja meletakkan pekerja sebagai obyek hukum. Seharusnya ketentuan inilah yang direvisi.

### Kesimpulan

Adanya perumusan aturan hukum yang bertentangan dengan teori hukum dan teori ekonomi. Pasal 64-66 jo Pasal 59 UU No.13/2003 bertentangan dengan teori hukum karena meletakkan dasar *modern slavery*, yang melegalkan pekerja (dalam *outsourcing* pekerja) sebagai obyek dari suatu hubungan hukum. Perumusan “pekerjaan penunjang” (*acontrario* dari pekerjaan pokok/inti) sebagai syarat adanya pengalihan pekerjaan bertentangan dengan teori ekonomi. Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 belum menyentuh substansi kesalahan penerapan teori hukum dan ekonomi. Legisprudensi diharapkan dapat memberikan solusi bagi legislasi yang kurang adil. Legisprudensi belum memberikan perlindungan hukum bagi pekerja *outsourcing*.

### Rekomendasi

Revisi aturan *outsourcing* hanya pada *outsourcing* pekerjaan bukan *outsourcing* pekerja. Hapus hanya *outsourcing* pekerja. Revisi batasan pengertian pekerjaan pokok yang seharusnya menjadi kewenangan mutlak pemberi kerja, bukan Negara (Pemerintah). Legisprudensi seharusnya mempunyai wawasan interdisipliner untuk menciptakan hukum yang berkeadilan.

### Daftar Pustaka

- Damanik, Sehat, 2006, *Outsourcing & Perjanjian Kerja Menurut UU Nomor 13 Tahun 2003 Tentang Ketenagakerjaan*, Jakarta: DSS Publishing.
- Fuller, Lon L, 1975, *The Morality Of Law*, Yale University Press.
- <http://www.facebook.com/groups/buruhbekasibergerak/401825676524748/>, diunduh tanggal 14 Mei 2012
- <http://berdikarionline.com/kabar-rakyat/20110411/persatuan-perlawanan-rakyat-ber-siap-sambut-hari-buruh-sedunia.html>, diunduh tanggal 2 April 2011.
- <http://www.merriam-webster.com/dictionary/outsorce>, diunduh tanggal 11 Mei 2011
- [http://en.wikipedia.org/wiki/Business\\_process\\_reengineering](http://en.wikipedia.org/wiki/Business_process_reengineering), diunduh tanggal 20 April 2012
- <http://www.skymark.com/resources/leaders/ishikawa.asp>, diunduh tanggal 20 April 2012

<http://Srikumalaningsih.files.wordpress.com//diagram-sebab-akibat.ppt>,  
diunduh tanggal 20 April 2012

<http://en.wikipedia.org/wiki/Kaizen>, diunduh tanggal 20 April 2012

[www.ueanet.com/first/guidelines/FIRST\\_outsourcing](http://www.ueanet.com/first/guidelines/FIRST_outsourcing), diunduh tanggal 13 Mei 2012.

<http://jurnalhukum.blogspot.com/2007/01/legal-process-outsourcing-lpo-di-india.html>,  
diunduh tanggal 20 April 2012.

[www.ueanet.com/first/guidelines/FIRST\\_outsourcing](http://www.ueanet.com/first/guidelines/FIRST_outsourcing), diunduh tanggal 13 Mei 2012.

[http://menteri.depnakertrans.go.id/?show=news&news\\_id=922](http://menteri.depnakertrans.go.id/?show=news&news_id=922)

<http://www.facebook.com/groups/buruhbekasibergerak/401825676524748/>, diunduh  
tanggal 14 Mei 2012

[http://manpoweract.wordpress.com/2012/05/13/makin-pusing-dengan-outsourcing-  
/](http://manpoweract.wordpress.com/2012/05/13/makin-pusing-dengan-outsourcing-/), diunduh tanggal 14 Mei 2012.

Kelsen, Hans, 1992, *Introduction To The Problems Of Legal Theory*, translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford.

Leod, Ian Mc, 1996, *Legal Method*, Mcmillan Press Ltd, London.

Mertokusumo Sudikno, 1991, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta.

Mahfud, Moh. MD, 1999, *Pergulatan Politik Dan Hukum Di Indonesia*, Gamamedia.

Marzuki, Peter Mahmud, 2003, "Batas-Batas Kebebasan Berkontrak", *Yuridika*, Vol.18 No.3

Pakpahan, Muchtar, 2010, *Konflik Kepentingan outsourcing dan Kontrak dalam UU No. 13 Tahun 2003*, Jakarta: Bumi Intitama Sejahtera.

Rawls, John, 1973, *A Theory Of Justice*, Harvard University Press.

Syamsudin, Moch, 2007, *Pemahaman Outsourcing di Indonesia*, Yustitia, Vol 1 no. 2.

Sogar Simamora, Yohanes, 2005, *Prinsip Hukum Kontrak Dalam Pengadaan Barang Dan Jasa Oleh Pemerintah*, Disertasi, Universitas Airlangga.

Suwondo, Chandra, 2004, *Outsourcing Implementasi di Indonesia, raih keuntungan-keuntungan strategic, taktikal dan transformasional untuk perusahaan anda dengan penerapan outsourcing*, PT Elex Media Komputindo- Gramedia: Jakarta.

Ujan, Andre Ata, 1999, *Keadilan dan Demokrasi (Telaah Filsafat Politik John Rawls)*, Kanisius, Yogyakarta.

Wijayanti Asri, 2011, *"Menggugat Konsep Hubungan Kerja"*, Bandung: Lubuk Agung.

-----, 2011, *"Strategi Belajar Argumentasi Hukum"*, Bandung: Lubuk Agung

Yap Thiam Hien, 1998, *Negara, 1998, HAM Dan Demokrasi*, YLBHI.

## **Peluang *Judicial Preview* dalam Perbaikan Legislasi Nasional untuk Mewujudkan Konsistensi Konsepsi Negara Hukum di Indonesia**

**Dian Agung**

### **A. Pendahuluan**

Indonesia sebagai negara hukum harus mulai berkaca kembali apakah kondisi Indonesia dalam konteks kekinian sudah sesuai dengan jiwa negara hukum. Salah satu aspek pijakan penilaian Indonesia sebagai negara hukum adalah dengan melihat aspek supremasi konstitusi. Supremasi konstitusi terwujud dalam peraturan perundang-undangan sebagai bagian dari hukum itu sendiri. Spesifik terkait aspek supremasi konstitusi, maka legislasi nasional, yang dalam hal ini adalah nomenklatur undang-undang (UU), menjadi tempat yang ditunjuk untuk menjabarkan materi muatan konstitusi (*vide* Pasal 10 (1) huruf a UU 12/2011). UU memiliki fungsi sentral dikarenakan memegang arah pembangunan hukum di Indonesia.

Mengingat UU merupakan wadah yang digunakan untuk menjabarkan lebih lanjut nilai-nilai konstitusi, maka supremasi konstitusi akan semakin kokoh terwujud apabila nilai konstitusi dituangkan secara konsisten dalam UU. UU wajib memberikan jaminan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara sebagaimana dijamin dalam konstitusi. Melihat pentingnya peran UU dalam kehidupan ketatanegaraan Indonesia, justru kontraproduktif dengan yang terjadi dalam realita dengan banyaknya UU yang telah selesai dirancang dan disahkan, justru dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi karena tidak sejalan dengan nilai-nilai konstitusi (inkonstitusional). Hal ini dapat dilihat dari data yang dirilis oleh Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:

**Tabel 1. Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang yang Diajukan ke Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Tahun 2003 s/d 5 Oktober 2012**

NO	TAHUN	SISA YANG LALU	TERIMA	JUMLAH (C+D)	PUTUSAN				JUMLAH PUTUSAN (F+G+H+I=J)	SISA TAHUN INI (E-J)	JUMLAH UU YANG DIUJI	KETERANGAN
					KABUL	TOLAK	TIDAK DITERIMA	TARIK KEMBALI				
A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M
1	2003	0	24	24	0	0	3	1	4	20	16	(H) 2 Tak Wenang
2	2004	20	27	47	11	8	12	4	35	12	14	-
3	2005	12	25	37	10	14	4	0	28	9	12	-
4	2006	9	27	36	8	8	11	2	29	7	9	-
5	2007	7	30	37	4	11	7	5	27	10	12	-
6	2008	10	36	46	10	12	7	5	34	12	18	-
7	2009	12	78	90	15	17	12	7	51	39	27	-

8	2010	39	81	120	17	23	16	5	61	59	58	-
9	2011	59	86	145	21	29	35	9	94	51	0	-
10	2012	51	96	147	26	20	27	5	78	69	0	-
<b>Jumlah</b>		<b>219</b>	<b>510</b>	<b>729</b>	<b>122</b>	<b>142</b>	<b>134</b>	<b>43</b>	<b>441</b>	<b>288</b>	<b>166</b>	<b>-</b>

**Sumber: (Mahkamah Konstitusi RI, 2012).**

Sejak Mahkamah Konstitusi berdiri, secara keseluruhan menerima 510 perkara Pengujian Undang-Undang (PUU). Pada kolom D terlihat perkara PUU yang diterima oleh Mahkamah Konstitusi setiap tahun. Dibandingkan pada awal pembentukannya, jumlah permohonan PUU meningkat lebih dari 150%. Dari banyaknya perkara yang masuk tersebut jumlah UU yang diuji sebanyak 166 UU. Sementara itu, Badan Legislasi (Baleg) DPR RI memproyeksikan 64 RUU dalam Program Legislasi Nasional (Prolegnas) Prioritas Tahun 2012 (BPHN, 2012). Dengan catatan terdapat 20 RUU yang sedang dalam Pembahasan Tingkat I merupakan limpahan dari Prolegnas Prioritas Tahun 2011, sehingga ada 44 RUU baru dalam Prolegnas Prioritas Tahun 2012 (DPR RI, 2012).

Dengan melihat banyaknya PUU di Mahkamah Konstitusi dalam perkembangan ketatanegaraan Indonesia, maka harus ada sebuah mekanisme dalam proses legislasi yang bersifat preventif untuk merespon kebutuhan UU yang peka terhadap hak-hak konstitusional, yaitu dengan *judicial preview* atau pratinjau yudisial. Pengujian Rancangan UU menjadi hal yang baru untuk diusulkan dan ditelaah komabilitasnya dengan sistem ketatanegaraan Indonesia. Silang pendapat tentu bermunculan dikarenakan di Indonesia sudah mengenal adanya mekanisme *judicial review*. Namun, dalam konteks kajian hukum tata negara harus diteliti lebih lanjut terkait kesesuaian *judicial preview* menjadi suatu bagian integral dari proses pembentukan UU sebagai upaya preventif dari potensi tercederainya hak-hak konstitusional warga negara.

## **B. Pembahasan**

### **1. Mendesain *Judicial Preview* dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia**

*Judicial preview*, yang dapat dialihbahasakan dengan terminologi pratinjau yudisial, merupakan sebuah mekanisme baru yang hendak peneliti introdusir dalam konteks ketatanegaraan Indonesia. Saat ini telah dikenal mekanisme *judicial review* atau pengujian peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh cabang kekuasaan yudikatif. Desain konstitusi menggariskan mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan oleh kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh 2 (dua) lembaga pemegang kekuasaan kehakiman, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi secara spesifik disebutkan dalam Pasal 24C ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 berwenang menguji UU terhadap UUD, sedangkan Mahkamah Agung menurut Pasal 24A ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU. Dengan adanya diferensiasi fungsi pengujian peraturan perundang-undangan tersebut tentu membawa implikasi dalam menjaga koherensi (Ávila, 2007: 85) dan validitas (Kelsen, 1967: 221) pengaturan sebagai cita-cita dari adanya hierarki peraturan perundang-undangan yang diterapkan di Indonesia.

Spesifik dalam menilai praktik ketatanegaraan Indonesia kekinian, terlihat PUU di Mahkamah Konstitusi mengalami tren peningkatan perkara pengujian. Pada satu sisi tentu hal tersebut merupakan sebuah kemajuan yang menunjukkan semakin besarnya tingkat kesadaran hukum masyarakat, terlebih untuk memperjuangkan hak konstitusional warga negara sebagaimana telah diatur dalam konstitusi. Namun, pada titik yang lain peningkatan perkara pengujian UU di Mahkamah Konstitusi menunjukkan terdapat permasalahan mendasar dalam pembangunan hukum di Indonesia. Sebuah UU dapat diujikan di Mahkamah Konstitusi setidaknya harus memenuhi 2 (dua) syarat, yaitu: (1) terkait kualifikasi bertindak pemohon pengujian UU; dan (2) terkait anggapan adanya pengaturan UU yang melanggar atau merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusional pemohon. Dengan terpenuhinya kedua syarat tersebut, berarti dapat ditarik benang merah bahwa meningkatnya tren PUU pada Mahkamah Konstitusi memberikan indikasi bahwa norma UU relatif rentan memberikan pembatasan terhadap hak konstitusional warga negara. Pun, dalam konstitusi disebutkan bahwa setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang (*vide* Pasal 28J (2) UUD NRI Tahun 1945), namun tetap saja pembatasan tersebut tidak diperkenankan bertentangan dengan konstitusi.

Dengan demikian diperlukan sebuah mekanisme yang dapat memprevensi keberlakuan norma yang berpotensi bertentangan dengan substansi konstitusi. Dalam kerangka berpikir normatif, pilihan menjaga substansi pengaturan norma hanya terdapat dalam tempo *ex-ante* pemberlakuan UU, yaitu melalui pembuatan Program Legislasi Nasional (Prolegnas) dan memperbaiki kapasitas dan kapabilitas Anggota DPR selaku legislator. Keberadaan Prolegnas misalnya, yang mulai diintrodusir sejak berlakunya UU Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, dengan tujuan perencanaan program pembentukan UU yang disusun secara berencana, terpadu, dan sistematis (*vide* Pasal 1 angka 9 UU 10/2004), pun relatif tidak memberikan signifikansi perbaikan substansi UU yang dibentuk oleh DPR. Berdasarkan hasil penelusuran Tim Kajian Peningkatan Kinerja DPR RI pada tahun 2006, mengidentifikasi berbagai masalah dalam melihat kinerja legislasi DPR, seperti: (1) dari segi kualitas, banyak UU yang dibentuk belum memberi manfaat langsung terhadap kehidupan masyarakat; (2) DPR belum dapat memenuhi target jumlah penyelesaian UU yang telah ditetapkan dalam Prolegnas; dan (3) proses pembahasan RUU kurang transparan (Hasan, 2007: 61).

Dalam konteks solusi normatif yang lain, yaitu berupa perbaikan kapasitas dan kapabilitas Anggota DPR selaku legislator pun tidak memberikan dampak pada kualitas produk legislasi yang dibuatnya. Adanya kesempatan untuk melakukan studi banding juga tidak serta merta memberikan peningkatan kualitas produk legislasi. Pertanyaan tentang bagaimana efektivitas studi banding terhadap peningkatan kualitas legislasi harus didahului dengan sebuah asumsi bahwa: (i) studi banding itu sendiri telah efektif; (ii) pembahasan rancangan undang-undang dimaksud membutuhkan alat bantu berupa studi banding sehingga turut membantu kualitas yang diinginkan; dan (iii) tersedia metode mengolah hasil studi banding ke dalam proses legislasi dan substansi rancangan undang-undang (Rofiandri, 2010).

Selain itu, Anggota DPR juga dibekali dengan staf ahli yang notabene diadakan untuk mempermudah kinerja Anggota DPR dalam menjalankan fungsinya. Namun, pengangkatan staf ahli di DPR saat ini belum didasarkan kepada suatu kriteria yang jelas, sehingga ditemukan adanya staf ahli dari pensiunan, seperti pensiunan Anggota DPR atau dari aktivis partai (KHN & Saad, *et al.*, 2002: 191). Tidak adanya meritokrasi dalam pengisian jabatan



staf ahli Anggota DPR membuat keberadaan staf ahli menjadi sia-sia dan tidak berdampak pada peningkatan kualitas UU yang dibentuk DPR. Dengan berbagai fasilitas yang diperoleh oleh Anggota DPR, baik berupa kesempatan peningkatan kapasitas legislasi, fasilitas alat kelengkapan, maupun fasilitas finansial yang diberikan kepada Anggota DPR, relatif kontraproduktif terhadap kinerja Anggota DPR dalam menjalankan fungsinya, terlebih dalam hal fungsi legislasi.

Dengan melihat fakta di atas, maka cara untuk memperbaiki kualitas legislasi tidak dapat lagi ditumpukan pada pola pikir yuridis normatif. Harus didesain suatu cara alternatif untuk memperbaiki kualitas legislasi UU, semata atas dasar perlindungan hak konstitusional warga negara, yang selain harus mampu menjadi jawaban atas urgensi kelahirannya, juga harus tetap sejalan dengan desain konstitusi. Mekanisme *judicial preview* atau pratinjau yudisial merupakan sebuah *legal engineering* yang hendak diinisiasi untuk merekayasa hukum ketatanegaraan Indonesia dengan berpatokan pada kekhasan sistem ketatanegaraan Indonesia. Rekayasa hukum ini diharapkan dapat membuat konstruksi hukum untuk menuntaskan kebutuhan praktis, dengan memahami bagaimana kedua bidang berinteraksi, dengan menentukan sifat dan lingkup dari masing-masing bidang sebelum memeriksa struktur dan metode yang digunakan dalam perbandingan hukum sebagai hasil rekayasa hukum (Ritaine, 2009: 9).

Secara sederhana terminologi *legal engineering* atau rekayasa hukum dipergunakan untuk menggambarkan bagaimana hukum membentuk perubahan sosial (Beckstrom, 1974: 697; Ball & Friedman, 1965: 220). Pola pikir rekayasa hukum sejatinya berpedoman dari perspektif *comparative law* yang berusaha membuat alternatif solusi dengan memperbandingkan hukum. Dalam hal ini, dari *legal engineering* (rekayasa hukum) diwujudkan dalam dua nomenklatur, yaitu *legal transplants* (transplantasi hukum) (Langer, 2004: 5) dan *legal bridges* (jembatan hukum) (Ritaine, 2009: 24-25), sebagai produk yang dihasilkan oleh penelitian hukum komparatif (*comparative law research*) (Ritaine, 2009: 21-22).

Spesifik dalam konteks transplantasi hukum, terdapat dua alasan utama dalam melakukan transplantasi hukum, yaitu *the prestige of (a specific rule of) a legal system and economic efficiency* (Mattei, 1994: 4; Smits, 2003: 567-568). Pemikiran tersebut lahir dalam habitasi praktik hukum privat yang menggunakan metode transplantasi hukum untuk mencari sistem hukum yang paling efektif dan efisien dalam kerangka ekonomi. Efisiensi ekonomi menjadi tujuan dari transplantasi hukum karena para pihak dalam hukum privat menghendaki adanya kemudahan hukum semata untuk kepentingan ekonomi. Namun, ketika pemikiran mengenai transplantasi hukum dibawa menjadi ranah hukum publik, sejatinya tetap menjadi hal yang relevan, mengingat ketika transplantasi hukum dipilih oleh suatu negara akan berdampak pula pada kehidupan sosial ekonomi negara tersebut dengan melihat *legal effectiveness* (Torpman & Jørgensen, 2005: 22) sebagai suatu *long term effect* penerapan transplantasi hukum yang dipilih. Hal tersebut relevan, mengingat yang dapat ditransplantasikan antara lain berupa institusi (*institutions*), kebijakan (*policies*), program (*programmes*), prosedur (*procedures*), ideologi (*ideologies*), pembenaran (*justifications*), sikap (*attitudes*), dan ide (*ideas*) (Jong & Mamadouh, 2002: 21). Pada sisi yang lain, pilihan untuk melakukan transplantasi hukum haruslah didesain dengan cermat untuk menghindari adanya kegagalan atau bahkan penolakan dari sistem yang hendak ditransplantasikan (Kingsley, 2004: 511; Goodpaster, 1999: 21-24).

Melihat praktik yang terjadi, Jonathan M. Miller mengklasifikasikan jenis transplantasi hukum didasarkan pada intensitas penerimaan dan motivasi melakukan transplantasi hukum dengan memberikan penegasan mengenai nomenklatur tersebut dengan menyatakan:

*Although the four types described below are broad enough to encompass all transplants identified to date, two important caveats are necessary. First, a typology based on the motives of those receiving a legal transplant will offer only a limited indication of why some transplants are successful while others are not. [...] Second, a typology focused on the motivations of the recipient de-emphasizes the role of the donor* (Miller, 2003: 843-845).

Terlihat dengan sangat jelas motivasi melakukan transplantasi hukum adalah sangat bergantung pada motivasi importir hukum tersebut. Tabel di atas pun dibuat dalam kerangka berpikir hukum privat yang berfokus pada hubungan antar subyek hukum. Dalam konteks berpikir hukum publik, secara sederhana *legal transplants* dapat dikatakan sebagai bentuk insersi dari *foreign legal solutions* terhadap sistem hukum negara lain, atau dapat disebut juga sebagai *legal import* (Smits, 2003: 567-568). Namun, tentu hal ini menjadi hal yang sensitif dikaitkan dengan perspektif kedaulatan negara. Bagaimanapun hukum merupakan bentuk dari kedaulatan rakyat sebagai unsur yang tidak terpisahkan dari negara. Memasukkan solusi hukum asing ke dalam suatu negara harus dengan sangat hati-hati dan harus disesuaikan dengan kekhasan hukum negara penerima.

Spesifik dalam konteks usulan pratinjau yudisial, sejatinya merupakan sebuah inisiasi pemikiran untuk mengadopsi sistem yang diterapkan di negara lain dan yang dianggap baik serta mampu memberikan solusi atas permasalahan hukum di Indonesia dalam bidang perbaikan kualitas legislasi dengan tetap mengedepankan *social context* suatu negara (Legrand, 1997: 121), yaitu aspek kompatibilitas dan akseptabilitas dalam sistem hukum Indonesia. Penilaian atas kompatibilitas mekanisme *judicial preview* atau pratinjau yudisial dalam sistem ketatanegaraan Indonesia merupakan sebuah keharusan agar mekanisme yang terlahir sebagai praktik transplantasi hukum tidak mengalami kegagalan. Untuk itu, diperlukan penelaahan dalam menakar peluang penerapan mekanisme *judicial preview* dalam desain sistem ketatanegaraan Indonesia untuk melihat kemampuan menerima transplantasi hukum tersebut.

#### **a) Desain *Judicial Preview* dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia**

*Judicial preview* atau pratinjau yudisial merupakan sebuah mekanisme yang dirancang dengan melibatkan cabang kekuasaan kehakiman untuk menilai RUU yang telah disetujui bersama oleh DPR dan Presiden, namun belum disahkan oleh Presiden menjadi UU. Pelibatan cabang kekuasaan kehakiman hanya dalam tahapan ini dipilih semata agar cabang kekuasaan kehakiman tidak terlalu dalam masuk dalam ranah cabang kekuasaan negara yang lain, yaitu cabang kekuasaan legislatif. Namun, sebelum beranjak lebih jauh mengenai desain pratinjau yudisial dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, lebih tepat bila ditelaah terlebih dahulu dalam perspektif historis ketatanegaraan Indonesia wacana mekanisme *judicial preview*.

Dalam konteks sejarah ketatanegaraan Indonesia, sebenarnya wacana *judicial preview* bukanlah wacana yang murni baru. Fakta sejarah mencatat dalam Sidang Tahunan MPR RI Tahun 2001 muncul wacana untuk memberikan kewenangan pratinjau yudisial kepada Mahkamah Konstitusi, sebagaimana dikemukakan oleh Nursyahbani Katjasungkana bahwa, “[...] *judicial review* dan *judicial preview* menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi karena dirasakan begitu banyak peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan konstitusi, meskipun Mahkamah Konstitusi nantinya akan mendapatkan banyak pekerjaan tambahan [...]” (MPR RI, 2001: 7; Sari, 2009: 102). Namun, pada waktu itu belum mencapai kesepakatan untuk memberikan kewenangan tersebut kepada Mahkamah Konstitusi.

Selanjutnya, Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN) pernah mengusulkan pembentukan *constitutional panel review* di dalam Baleg DPR RI untuk menganalisa suatu RUU sebelum disahkan, dengan komposisi Anggota Baleg DPR RI ditambah para ahli di bidang UU yang sedang dirumuskan (Soeroso, 2009). Namun, usul tak direspon baik oleh DPR karena: (1) mekanisme pembentukan UU yang selama ini dijalankan, DPR sudah sering mengundang pakar-pakar hukum terkait penyusunan suatu UU, artinya panel yang diusulkan secara *de facto* telah *include* dalam mekanisme legislasi, tetapi tak banyak berarti dengan masih banyaknya UU yang dibatalkan Mahkamah Konstitusi; (2) adanya UU yang dimohonkan pengujian ke Mahkamah Konstitusi merupakan konsekuensi logis karena Indonesia menganut sistem multipartai, sehingga produk UU yang dibentuk merupakan presentasi dari kompromi politik (Soeroso, 2009).

Barulah kemudian pada awal Oktober 2009, Marzuki Alie selaku Ketua DPR RI, mengatakan bahwa DPR akan mengintrodusir sistem baru dalam rangkaian proses penyusunan legislasi, yaitu sebelum sebuah UU disahkan, DPR akan berkonsultasi dengan Mahkamah Konstitusi dengan tujuan agar pekerjaan panjang anggota DPR dalam menyusun UU tidak sia-sia karena produknya dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi. Praktis usulan dengan nada “cuci tangan” atas buruknya kinerja DPR direspon negatif oleh berbagai pihak (Rofiandri, 2009), bahkan Mahkamah Konstitusi secara tegas menolak adanya mekanisme tersebut (Tresna, 2009). Namun demikian, Ketua Mahkamah Konstitusi masih pada posisi terbuka dengan melihat usulan mekanisme *judicial preview* sebagai bentuk kegelisahan terhadap banyaknya produk UU setelah disahkan lalu diuji ke Mahkamah Konstitusi, serta menunggu jika DPR hendak berkonsultasi pada Mahkamah Konstitusi, dengan catatan jika lembaga yudikatif sampai melakukan *judicial preview*, itu artinya yudikatif sudah masuk ke dalam pilihan politik, sehingga secara teoritis menjadi lemah (Syafirdi, 2009). Dikarenakan ditolak oleh publik, maka wacana tersebut lenyap dari pemberitaan.

Dalam konteks kekinian, gagasan untuk menghadirkan *judicial preview* atau pratinjau yudisial menjadi relevan, karena tidak adanya peningkatan kualitas legislasi yang dihasilkan oleh DPR. Bukan dalam konteks untuk cuci tangan sebagai tugas dan kewenangan DPR, namun harus dilihat dari perspektif yang lebih luas menyangkut hajat hidup rakyat Indonesia. Wacana tersebut adalah semata untuk memenuhi dan melindungi hak konstitusional warga negara sebagai konsekuensi mendaulat diri sebagai negara hukum dan konstitusionalisme di Indonesia. Selain itu, wacana pratinjau yudisial juga tidak dapat semata dilihat dari perspektif teoritis terkait mencampurkan cabang kekuasaan negara, ataupun dalam perspektif normatif bahwa tidak ada mekanisme tersebut dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Secara teoritik tentu melibatkan cabang kekuasaan kehakiman dalam proses legislasi adalah suatu hal yang dianggap tabu. Namun, dalam konteks yang lain, terobosan yang sudah dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusan yang bersifat

bersyarat (*conditional*; baik itu *conditionally constitutional* ataupun *conditionally unconstitutional*) (Butt, 2009), sejatinya merupakan bentuk turut campur tangan cabang kekuasaan yudikatif dalam membuat norma baru (*legislating from the bench*) (Avilizatos, 1995: 566) sebagai perwujudan dari aktivisme yudisial (*judicial activism*) (Swygert, 1982: 439-458; Butt, 2012).

Dengan demikian, jangan terlalu negatif menilai pratinjau yudisial sebagai mekanisme haram dan tabu dalam sistem ketatanegaraan Indonesia dengan nada sumbing disertai anasir politis semata upaya cuci tangan DPR untuk melimpahkan beban legislasi ke Mahkamah Konstitusi. Pratinjau yudisial harus dimaknai lebih netral sebagai upaya baru untuk memenuhi dan melindungi hak konstitusional warga negara. Lebih jauh, mekanisme pratinjau yudisial juga berdampak penting bagi perbaikan pembangunan hukum Indonesia yang sesuai dengan nilai-nilai konstitusi dengan cara justifikasi RUU sebelum disahkan dan diundangkan oleh Presiden. Dengan perspektif yang lebih jernih, pratinjau yudisial dapat didesain dengan memperhatikan praktik yang jamak terjadi berbagai negara, namun tidak lupa untuk memegang teguh karakteristik hukum Indonesia.

Lebih jauh untuk mendesain pratinjau yudisial dalam konteks ketatanegaraan Indonesia harus dipahami terlebih dahulu mengenai justifikasi teoritik terhadap *judicial preview*. Jimly Asshiddiqie menjelaskan nomenklatur *judicial preview* sebagai berikut:

Jika pengujian itu dilakukan terhadap norma hukum yang bersifat abstrak dan umum (*general and abstract norms*) secara "*a posteriori*", maka pengujian itu dapat disebut sebagai "*judicial review*". Akan tetapi jika pengujian itu bersifat "*a priori*", yaitu terhadap rancangan undang-undang yang telah disahkan oleh parlemen tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya, maka namanya bukan "*judicial review*", melainkan "*judicial preview*". Jika ukuran pengujian itu dengan menggunakan konstitusi sebagai alat pengukur, maka kegiatan pengujian itu dapat disebut sebagai *constitutional review* atau pengujian konstitusional, yaitu pengujian mengenai konstitusionalitas dari norma hukum yang sedang diuji (*judicial review on the constitutionality of law*) (Asshiddiqie, 2005: 6-7).

Dengan pendekatan teoritik tersebut dapat diketahui bahwa desain *judicial preview* harus ditempatkan ketika RUU telah disetujui bersama oleh DPR dan Presiden, namun belum disahkan oleh Presiden menjadi UU dan berlaku mengikat umum (*pre-promulgation*).

Lebih lanjut dalam rangka mendesain *judicial preview* harus ditelaah pula desain Mahkamah Konstitusi di negara lain. Mengutip hasil penelitian Violaine Autheman yang melakukan komparasi peradilan tata negara di dunia dikenal beberapa model peradilan tata negara di dunia yang memberikan ciri-ciri spesifik berdasarkan kewenangan yang dimiliki. Berdasarkan penelusuran Autheman ditemukan bahwa pada dasarnya terdapat dua aliran model pengujian konstitusional di dunia, yaitu *American Model* dan *European Model*. Perbedaan utama di antara kedua model tersebut adalah difusi atau konsentrasi kewenangan dalam menilai kesesuaian norma dengan konstitusi. Dalam *American Model* pengujian konstitusional diletakkan pada Mahkamah Agung atau sebuah kamar konstitusional di dalam Mahkamah Agung, sedangkan untuk *European Model* untuk saat ini sangat bervariasi strukturnya, ada yang menggunakan model Mahkamah Konstitusi atau Dewan Konstitusi. Bahkan terdapat pula yang menggunakan kamar konstitusional di dalam

Mahkamah Agung yang serupa dengan *American Model*. Model seperti itu merupakan model yang memadukan keduanya, yang dikenal dengan *Mixed Euro-American Model* sebagai variasi model induk, baik *European Model* ataupun *American Model* (Autheman, 2004: 3-4). Berpijak pada klasifikasi yang dibuat oleh Autheman, terlihat bahwa Indonesia tergolong pada jenis peradilan konstitusi yang mengadopsi *German Model* sebagai bagian dari *European Model*. Dalam *German Model*, peradilan konstitusi didesain bukan semata mengadili konstitusionalitas dari legislasi, namun juga mengadili perbuatan ketatanegaraan.

Menurut klasifikasi Autheman, Perancis menjadi negara yang mengintrodusir ada mekanisme preventif terhadap pengujian legislasi. Terdapat *la Conseil Constitutionnel* atau Dewan Konstitusi yang berwenang memutus apakah RUU yang sudah diputuskan dan disahkan oleh parlemen menjadi UU bertentangan atau tidak dengan UUD (Bell, 1992: 29). Tidak semua RUU memiliki tingkat urgensi yang sama dalam hal pemeriksaan oleh Dewan Konstitusi, hanya UU organik yang mempengaruhi secara pemerintahan secara fundamental, harus diperiksa oleh Dewan Konstitusi sebelum disahkan. Sementara RUU lain tidak perlu diperiksa oleh Dewan, walaupun demikian ketika Presiden Republik, Ketua Senat, Ketua Dewan Nasional, Perdana Menteri, atau 60 Anggota Perwakilan dan Senat dapat mengajukan semua jenis RUU untuk diperiksa oleh Dewan Konstitusi sebelum ditandatangani oleh presiden (Ery, 2006: 38). Dalam hal ini berkembang juga kritik diantara para ahli mengenai legitimasi dan kewenangan Dewan Konstitusi, yaitu bahwa cara kerja mereka ini kadang-kadang lebih bersifat politis daripada hukum, dan mereka cenderung terjebak menjadi legislator daripada menjadi interpreter konstitusi (Asshiddiqie, 2005: 83).

Selain terkait model peradilan konstitusi yang jamak diterapkan, Autheman juga mencatat terkait dinamika yurisdiksi atau kompetensi yang diberikan kepada peradilan konstitusi, yaitu terkait diskursus *preventive v. subsequent (repressive) control* dan *abstract v. concrete constitutional control* (Autheman, 2004: 7). Dalam konteks kajian untuk menakar peluang *judicial preview* di Indonesia, diskursus mengenai *preventive v. subsequent (repressive) control* juga menjadi hal yang paling dipermasalahkan. Hal tersebut dikarenakan adanya pemahaman jika sebuah peradilan konstitusi sudah diberikan kewenangan mengadili legislasi secara *ex-post*, maka tidak tepat jika diberikan kewenangan secara *ex-ante* karena akan menyandera peradilan konstitusi jika di kemudian hari norma yang telah diuji secara *ex-ante* kemudian diujikan lagi secara *ex-post*. Terlebih dalam konteks Indonesia, Mahkamah Konstitusi didudukkan sebagai *negative legislator* yang berwenang menghapus atau menghilangkan norma yang bertentangan dengan konstitusi melalui *judicial review*, maka jika Mahkamah Konstitusi juga melaksanakan *judicial preview* berarti Mahkamah Konstitusi juga melaksanakan fungsi sebagai *positive legislator* karena turut merumuskan legislasi (Mahfud MD., 2011).

Namun demikian, bukan berarti tidak ada negara yang menggabungkan fungsi *judicial preview* dan *judicial review* pada kompetensi peradilan konstitusi. Portugal misalnya, merupakan negara yang menggabungkan fungsi pengujian secara *ex-ante* (*vide Article 278 Portugal Constitution*) dan *ex-post* (*vide Article 277 Portugal Constitution*) terhadap konstitusionalitas legislasi. Maka dari itu, argumentasi ketidaklaziman menggabungkan *judicial preview* dan *judicial review* tidak sepenuhnya menjadi pendapat umum para ahli hukum tata negara di dunia. Dalam hasil penelitian Autheman terlihat bahwa hampir di seluruh benua terdapat negara yang menggabungkan kedua kewenangan pengujian tersebut. Tentu saja hal tersebut dibingkai dalam kerangka karakteristik negara masing-masing sebagai keharusan transplantasi hukum.

Selanjutnya, dalam konteks untuk mentransplantasikan *judicial preview* di Indonesia, harus dicermati betul desain sistem yang hendak ditransplantasikan dengan memperhatikan karakteristik hukum di Indonesia, khususnya terkaitnya hadirnya *judicial preview* dalam proses pembentukan UU, yang mencakup tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan (*vide* Pasal 1 angka 1 UU 12/2011). Pratinjau yudisial harus ditempatkan pada posisi yang sedikit mungkin mencampuri kekuasaan legislasi dalam membuat UU. Untuk itu, pratinjau yudisial dapat diletakkan pada tahapan pembentukan UU ketika RUU sudah disetujui oleh DPR dan Presiden, namun secara resmi belum disahkan menjadi UU oleh Presiden. Pilihan penempatan tersebut didesain dengan memperhatikan pada tahapan mana sebuah dokumen beralih nomenklatur dari RUU menjadi UU, dan tahap sebelum pengesahan (*pre-promulgation*) merupakan tahapan paling ideal untuk memasukkan mekanisme pratinjau yudisial (*judicial preview*).

Dalam desain pratinjau yudisial dirancang hanya merupakan kewenangan DPR untuk dapat mengajukan pengujian dari RUU yang sudah disetujui bersama antara DPR dan Presiden. DPR wajib untuk mengajukan pengujian tersebut kepada Mahkamah Konstitusi sebagai bentuk dari tahapan pembentukan UU yang menjadi domain kewenangan DPR dalam fungsi legislasi. Sedikit berbeda dengan pengujian UU (*vide* Pasal 56 UU 24/2003), Mahkamah Konstitusi terhadap permohonan pengujian RUU hanya dapat memberikan 2 (dua) jenis keputusan, yaitu dikabulkan dan ditolak. Namun, dalam konteks operasionalnya, Mahkamah Konstitusi didesain dapat memberikan putusan sebagai berikut:

1. Putusan dikabulkan seluruhnya, jika RUU yang diajukan oleh DPR tidak terdapat potensi pertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945; atau
2. Putusan dikabulkan untuk sebagian dengan *conditionally decision*, jika RUU yang diajukan oleh DPR terdapat materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari RUU yang berpotensi bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945, maka Mahkamah Konstitusi berwenang membuat putusan yang menafsirkan secara *conditionally constitutional*; atau
3. Putusan ditolak, jika RUU yang diajukan oleh DPR materi muatannya secara keseluruhan bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945.

Secara sederhana desain dan penempatan pratinjau yudisial dapat dilihat pada bagan berikut ini:

**Bagan 1. Desain dan Penempatan Pratinjau Yudisial dalam Pembentukan Undang-Undang**



Dengan berpatokan pada desain di atas, diharapkan keberadaan pratinjau yudisial dapat menjadi mekanisme yang produktif terhadap peningkatan kualitas legislasi di Indonesia. Sebagai mekanisme yang lahir dari transplantasi hukum yang lazim diterapkan di negara lain penganut *judicial preview*, desain di atas sudah didesain sedemikian rupa, sehingga mekanisme asing yang hendak dimasukkan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia dapat sesuai dengan *social context* Indonesia, dengan memperhatikan desain pemisahan kekuasaan negara, peluang pelibatan lembaga yudisial, dan peluang penempatannya dalam tahapan pembentukan UU di Indonesia.

### **b) Peluang *Judicial Preview* dalam Desain Konstitusi Indonesia**

Sifat absorpsi dari transplantasi mengharuskan sistem yang diimpor menyesuaikan dengan kondisi khas yang dimiliki suatu negara. Montesquieu menegaskan bahwa hukum merupakan kristalisasi dari jiwa bangsa (*volksgeist*) yang sudah barang tentu berbeda, unik, khas, dan memiliki karakteristik tersendiri yang berbeda dengan bangsa yang lain (Montesquieu, 1762: 7). Namun, Watson berusaha menganotasi pendapat Montesquieu dengan menyatakan bahwa transplantasi memiliki karakteristik meresap dalam pembangunan hukum suatu negara (Watson, 1974: 21). Lebih lanjut dapat ditelaah desain konstitusi Indonesia untuk menerima suatu sistem hukum baru, khususnya terkait *judicial preview* atau pratinjau yudisial.

Dalam konteks desain konstitusi, Indonesia dapat dikatakan sebagai negara yang relatif terbuka terhadap adanya transplantasi hukum, yang dibuktikan dengan susunan kekuasaan negara yang mengadopsi *trias politica* dengan pemisahan 3 (tiga) cabang kekuasaan, yaitu eksekutif, legislatif, dan yudikatif sejak awal Indonesia merdeka. Walaupun dalam perkembangan kekinian, cabang kekuasaan negara tidak lagi terkungkung dalam paradigma *trias politica* dikarenakan banyaknya kritik dan ketidakpuasan terhadap kinerja ketiga cabang kekuasaan tersebut (Asshiddiqie, 2010: 20). Dampaknya dibentuk lembaga negara baru yang melaksanakan sebagian fungsi hasil penyapihan dari fungsi cabang kekuasaan negara dalam kerangka *trias politica*, yang berdampak pada lahirnya cabang kekuasaan negara keempat (*the fourth branch of government*) (Fisher, 1998: 153; Campbell, 1998: 161-162). Pun, menerapkan pemisahan kekuasaan, ternyata Indonesia tidak secara ketat mengadopsi sistem tersebut, karena dalam desain konstitusi Indonesia juga turut menerapkan ajaran *check and balances* yang diterapkan di Amerika Serikat dalam hal interaksi antar cabang kekuasaan. Pemisahan kekuasaan yang menuntut adanya tembok separasi yang jelas di antara cabang kekuasaan, dimodifikasi dengan adanya penghubung di antara cabang kekuasaan, sehingga di antara masing-masing cabang dapat melakukan saling kontrol saling imbang ketika menjalankan kewenangannya, sehingga tidak ada salah satu cabang yang lebih dominan di antara cabang kekuasaan.

Beranjak dari uraian singkat di atas, terlihat bahwa sejatinya desain konstitusi Indonesia tidak menutup diri dari perkembangan ketatanegaraan dengan melihat pada praktik sukses di negara-negara lain. Hal tersebut sejalan dengan pendapat Roscoe Pound yang menyatakan, "*history of a system of law is largely a history of borrowings of legal materials from other legal systems and of assimilation of materials from outside of the law*" (Pound, 1938: 94). Bahwa sistem hukum sebagian besar merupakan "pinjaman" dari sistem hukum lain dan percampuran dengan hal-hal di luar hukum. Dengan begitu, secara desain konstitusi, Indonesia terbuka dengan wacana transplantasi hukum.

Dalam memasukkan pratinjau yudisial sebagai bagian dari sistem hukum di Indonesia setidaknya terdapat 2 (dua) alternatif cara, yaitu: **Pertama**, melalui *constitutional policy*. Secara sederhana *constitutional policy* dapat dimaknai sebagai kebijakan konstitusional. Dalam kajian teoritik *constitutional policy* dapat dikategorikan sebagai bentuk dari *constitutional transplants* (Perju, 2012: 1306; Choudhry, 2006: 19-25; Frankenberg, 2010: 563-579). Maksud sebenarnya adalah mekanisme untuk memasukkan pratinjau yudisial ke dalam sistem hukum Indonesia melalui pengakuan konstitusi dengan disebut secara eksplisit dalam pasal-pasal konstitusi. Hal tersebut dikarenakan *constitutional transplants* dimulai dari *constitutional text* (Perju, 2012: 1313). Selain itu, karena mekanisme pratinjau yudisial merupakan suatu mekanisme yang melibatkan interaksi antar organ pengampu cabang kekuasaan, maka pengaturan dalam konstitusi menjadi penting, mengingat salah satu materi muatan konstitusi adalah mengatur mengenai organ-organ utama negara, kewenangan dan hubungan di antara organ-organ negara tersebut (Maarseveen & Tang, 1978: 232).

Sejauh ini misalnya, dapat ditelusuri kebijakan konstitusional yang hampir serupa dengan pratinjau yudisial dan telah digariskan dalam desain konstitusi, antara lain: (1) relasi antara Presiden (kekuasaan eksekutif) dan Dewan Perwakilan Rakyat (kekuasaan legislatif) dalam pembahasan rancangan undang-undang (*vide* Pasal 20 (2) UUD NRI Tahun 1945); (2) relasi yang ditimbulkan oleh kewenangan Mahkamah Konstitusi (kekuasaan yudikatif) dalam pengujian undang-undang sebagai hasil kerja antara Dewan Perwakilan Rakyat (kekuasaan legislatif) dan Presiden (kekuasaan eksekutif) (*vide* Pasal 24C (1) UUD NRI Tahun 1945); (3) relasi yang ditimbulkan oleh kewenangan Mahkamah Agung (kekuasaan yudikatif) dalam pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang sebagai produk Presiden (kekuasaan eksekutif) (*vide* Pasal 24A (1) UUD NRI Tahun 1945); (4) relasi antara Mahkamah Agung (kekuasaan yudikatif), Dewan Perwakilan Rakyat (kekuasaan legislatif), dan Presiden (kekuasaan eksekutif) dalam pengisian jabatan hakim konstitusi (*vide* Pasal 24C (3) UUD NRI Tahun 1945); dan berbagai relasi lain antar organ negara sebagai pengemban cabang kekuasaan negara.

Namun demikian, memasukkan pratinjau yudisial melalui *constitutional policy* merupakan *high cost mechanism* dikarenakan harus melalui amandemen konstitusi. Jika memasukkan mekanisme pratinjau yudisial dalam sistem ketatanegaraan Indonesia melalui amandemen konstitusi, tentu menjadi hal yang relatif berat, karena dibutuhkan momentum dan konsensus bersama untuk melakukan perubahan kembali konstitusi (*vide* Pasal 37 UUD NRI Tahun 1945). Terlebih konstitusi dalam arti formal adalah suatu dokumen nyata sebagai seperangkat norma hukum yang mungkin diubah hanya menurut ketentuan khusus yang dimaksudkan agar perubahan norma ini sulit dilakukan (Asshiddiqie & Safa'at, 2006: 111).

**Kedua**, melalui *legal policy*. Maknanya pratinjau yudisial masuk dalam sistem hukum Indonesia melalui pilihan kebijakan legislator dengan diatur dalam UU. Menggunakan media legislasi untuk memasukkan transplantasi hukum merupakan cara yang cepat dan efektif, namun pada umumnya *legal drafter* kurang cermat dalam melakukan transplantasi hukum, yang membuat hukum yang ditransplantasikan tidak dapat diterapkan dengan baik (Xanthaki, 2008: 659). Dalam konteks perancangan legislasi, G.C. Thornton menjelaskan 5 (lima) tahapan, yaitu: (1) *Understanding the proposal*; (2) *Analysing the proposal*; (3) *Designing the law*; (4) *Composing and developing the draft*; dan (5) *Verifying the draft* (Thornton, 1996: 128). Menurut Xanthaki, perumusan konsep transplantasi dimulai pada tahap 2 berdasarkan analisis usulan legislatif, namun harus dicatat bahwa proposal atau



instruksi penyusunan tahap 1 dikirim ke tim penyusunan disertai dengan analisis komparatif dari pilihan kebijakan, sehingga dapat diperoleh penilaian awal dari konsep yang ditransplantasikan (Xanthaki, 2008: 664).

Spesifik dalam konteks hukum positif Indonesia, mekanisme pratinjau yudisial harus dicermati terlebih dahulu peluangnya untuk dimasukkan melalui *legal policy* dengan memperhatikan: (1) peluang lembaga yudisial yang dilibatkan; dan (2) peluang penempatan pratinjau yudisial dalam tahapan pembentukan UU. **Pertama**, dalam hal peluang lembaga yudisial yang dilibatkan dalam pratinjau yudisial sebagai mekanisme yang menilai rancangan UU yang telah disetujui bersama antara DPR dan Presiden. Dalam konteks ini terdapat 2 (dua) lembaga selaku pemegang kekuasaan kehakiman, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi (*vide* Pasal 24 (2) UUD NRI Tahun 1945). Dikarenakan tujuan dari pratinjau yudisial pada pembentukan UU adalah untuk memprevensi adanya norma yang berpotensi melanggar hak konstitusional warga negara dan/atau bertentangan dengan konstitusi, maka menjadi lebih relevan jika Mahkamah Konstitusi yang dilibatkan dalam mekanisme pratinjau yudisial.

Namun demikian, harus dipahami bahwa kewenangan Mahkamah Konstitusi sudah ditentukan secara limitatif dalam konstitusi (*vide* Pasal 24C (1) & (2) UUD NRI Tahun 1945). Kewenangan tersebut merupakan kewenangan atributif yang diberikan oleh konstitusi kepada Mahkamah Konstitusi. Atribusi kewenangan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan (*attributie van wetgevingsbevoegheid*) adalah pemberian atau penciptaan kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan yang diberikan oleh *grondwet* (undang-undang dasar) atau *wet* (undang-undang) kepada suatu lembaga negara atau lembaga pemerintahan (Seoprpto, 1998: 167). Kewenangan atribusi merupakan wewenang untuk membuat keputusan (*besluit*) yang langsung bersumber kepada UU dalam arti materiil dan suatu cara normal untuk memperoleh wewenang pemerintahan, serta dapat secara terus menerus dapat dilaksanakan atas prakarsa sendiri setiap waktu diperlukan, sesuai dengan batas-batas yang diberikan (Soebroto, 2012). Dengan demikian, kewenangan yang diberikan oleh konstitusi merupakan kewenangan atributif yang dapat dilaksanakan oleh Mahkamah Konstitusi secara mandiri.

Apabila hanya berpijak pada kewenangan atributif Mahkamah Konstitusi sebagaimana diamanatkan dalam konstitusi, maka tentu saja Mahkamah Konstitusi tidak dapat dilibatkan dalam pratinjau yudisial. Namun demikian, pelibatan Mahkamah Konstitusi tetap dapat direkayasa melalui delegasi kewenangan yang diberikan oleh UU. Meminjam penjelasan Maria Farida Indrati Soeprpto, delegasi kewenangan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan ialah pelimpahan kewenangan membentuk peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kepada peraturan perundang-undangan yang lebih rendah, baik pelimpahan dinyatakan dengan tegas maupun tidak (Seoprpto, 1998: 168). Bentuk kewenangan ini tidak “diberikan” sebagaimana atribusi, melainkan “diwakilkan” (Soebroto, 2012).

Dengan berpatokan pada penjelasan di atas, maka untuk dapat melibatkan Mahkamah Konstitusi dalam proses pembentukan UU dalam konteks mekanisme pratinjau yudisial, kewenangan Mahkamah Konstitusi dapat disisipkan dalam UU yang mengatur lebih lanjut mengenai kelembagaan Mahkamah Konstitusi atau pada UU yang mengatur lebih lanjut mengenai pembentukan UU. Hal tersebut sesuai dengan amanat konstitusi yang memberikan atribusi kepada DPR untuk mengatur mengenai: (1) ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang (*vide* Pasal 24C (6) UUD NRI Tahun

1945); dan (2) ketentuan lebih lanjut tentang tata cara pembentukan undang-undang diatur dengan undang-undang (*vide* Pasal 22A UUD NRI Tahun 1945).

Selain itu, justifikasi mengenai peluang untuk melibatkan Mahkamah Konstitusi sebagai aktor dalam pratinjau yudisial juga ditemukan dalam UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang mana memberikan kewenangan kepada legislator untuk mengatur materi muatan yang harus diatur dengan UU setidaknya-tidaknya terkait pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan UUD NRI Tahun 1945 dan untuk pemenuhan kebutuhan hukum dalam masyarakat (*vide* Pasal 10 (1) huruf a & e UU 12/2011). Dengan begitu berarti DPR merupakan lembaga negara yang memegang fungsi legislasi diberikan kuasa tafsir atas norma konstitusi untuk dijabarkan lebih lanjut dalam UU, terlebih dalam hal pengaturan tersebut diberikan secara eksplisit oleh konstitusi dan semata untuk menjawab kebutuhan hukum masyarakat terhadap norma UU yang sesuai dengan semangat konstitusi untuk memenuhi hak konstitusional warga negara.

Kekuasaan penafsiran legislator atas norma konstitusi untuk diatur lebih lanjut dalam UU pun sudah pernah terjadi dan tidak dipermasalahkan dalam konteks ketatanegaraan Indonesia. Misalnya, terkait pergeseran rezim pemilihan kepala daerah dari rezim pemerintahan daerah menjadi rezim pemilihan umum. Dalam konstitusi secara tegas disebutkan dalam Pasal 22E ayat (2) bahwa pemilihan umum diselenggarakan untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Presiden dan Wakil Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (*vide* Pasal 22E (2) UUD NRI Tahun 1945). Namun, dalam pengaturan UU Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum justru memasukkan pemilihan kepala daerah ke dalam rezim pemilihan umum dengan menyebut pengisian jabatan kepala daerah dengan terminologi “pemilihan umum kepala daerah” (*vide* Pasal 1 angka 4 UU 22/2007). Peralihan rezim tersebut berimplikasi pada peralihan kewenangan mengadili perselisihan pemilihan kepala daerah dari Mahkamah Agung ke Mahkamah Konstitusi, yang dimasukkan dalam domain kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum (*vide* Pasal 236C UU 12/2008). Namun dalam perkembangan kekinian, pemilihan kepala daerah tidak lagi dimasukkan ke dalam rezim pemilihan umum, tetapi dikembalikan ke rezim pemerintahan daerah sebagaimana diatur dalam UU Nomor 15 Tahun 2011 yang mencabut UU Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum, yang menghilangkan diksi “umum” dalam terminologi “pemilihan umum kepala daerah” (Pasal 1 angka 4 UU 15/2011). Berpijak dari pengalaman tersebut, maka DPR memiliki kekuasaan dalam menafsirkan norma konstitusi ke dalam materi muatan UU. Dalam konteks pratinjau yudisial, DPR dimungkinkan untuk melibatkan Mahkamah Konstitusi sebagai aktor dalam pratinjau yudisial berdasar pada kewenangan atributif yang diberikan kepada DPR untuk membentuk UU terkait kelembagaan Mahkamah Konstitusi dan UU terkait tata cara pembentukan undang-undang. Dengan demikian, maka memasukkan mekanisme pratinjau yudisial melalui *legal policy* sangat dimungkinkan dalam konteks ketatanegaraan Indonesia.

**Kedua**, peluang penempatan pratinjau yudisial dalam tahapan pembentukan UU. Sebagaimana telah dijelaskan pada bagian sebelumnya, bahwa pratinjau yudisial didesain ditempatkan pada *pre-promulgation phase* ketika RUU sudah mendapat persetujuan bersama dari DPR dan Presiden, namun belum disahkan dan diundangkan oleh Presiden. Dengan demikian, pratinjau yudisial juga merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari tahapan pembentukan peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Sedangkan

kuasa tafsir yang dapat menentukan tahapan pembentukan UU secara atributif diberikan oleh Pasal 22A UUD NRI Tahun 1945 berada pada tampuk DPR selaku pemegang fungsi legislasi (*vide* Pasal 20A UUD NRI Tahun 1945). Dengan berpijak pada logika tersebut, maka peluang penempatan pratinjau yudisial dalam tahapan pembentukan UU menjadi *absolute authority* dari DPR untuk dapat memasukkannya sebagai tahapan yang tidak terpisahkan dari pembentukan UU.

Dengan memperhatikan desain pemisahan kekuasaan negara, peluang pelibatan lembaga yudisial, dan peluang penempatannya dalam tahapan pembentukan UU di Indonesia di atas, maka pratinjau yudisial atau *judicial preview* dapat diusulkan menjadi alternatif solusi untuk memperbaiki kualitas legislasi Indonesia, serta upaya untuk dapat memenuhi dan melindungi hak konstitusional warga negara sebagaimana diamanatkan oleh UUD NRI Tahun 1945. Tentu upaya untuk tersebut tidak dapat dilepaskan dari konteks negara hukum di Indonesia yang mengharuskan konsekuensi logis lahirnya konstitusionalisme dalam kehidupan ketatanegaraan Indonesia.

## 2. *Judicial Preview* dan Konsistensi Konsepsi Negara Hukum di Indonesia

*Judicial preview* atau pratinjau yudisial sebagaimana telah dijelaskan desain dan peluangnya pada pembahasan sebelumnya merupakan salah satu cara menuju konsistensi konsepsi negara hukum di Indonesia. Keberadaan pratinjau yudisial sebelum pengesahan UU memberikan jaminan bahwa norma UU sebagai penjabaran lebih lanjut dari konstitusi tetap sejalan dengan semangat konstitusi. Analisis yuridis konstitusional telah diulas secara lengkap pada bagian sebelumnya, sehingga untuk semakin menasbihkan kesesuaian pratinjau yudisial dengan sistem ketatanegaraan Indonesia diperlukan analisis secara yuridis teoritis terkait konsepsi negara hukum sebagai asas dasar bernegara sebagaimana tertuang dalam konstitusi.

Secara yuridis teoritis, dalam dianalisis dengan membandingkan kesesuaian pratinjau yudisial dengan konsepsi negara hukum di Indonesia. Secara sederhana ciri-ciri konsepsi negara hukum baik dari *rechtsstaat* maupun *rule of law* dapat disimpulkan adanya 3 (tiga) hal pokok sebagai jantung dari konsepsi negara hukum. **Pertama**, perlindungan terhadap hak asasi manusia. Dengan kriteria perlindungan hak asasi manusia keberadaan pratinjau yudisial tentu merupakan mekanisme yang sejalan dengan semangat untuk melindungi hak-hak asasi manusia yang dituangkan dalam konstitusi. Keberadaan pratinjau yudisial yang memprevensi adanya norma UU yang bertentangan dengan UUD sejatinya hanya merupakan upaya untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara. Dengan demikian, mekanisme pratinjau yudisial sejalan prinsip perlindungan hak asasi manusia sebagai bagian dari perwujudan konsepsi negara hukum.

**Kedua**, pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak asasi manusia. Kriteria kedua terkait pemisahan kekuasaan sejatinya merupakan upaya preventif untuk mencegah muncul penyelenggara kekuasaan negara yang otoritarian dan berpotensi melanggar hak konstitusional warga negara. Dalam konteks ini, pratinjau yudisial memang dinilai sebagai mekanisme yang mencampuradukkan kekuasaan negara yudikatif dan legislatif. Namun, harus disadari bahwa Indonesia tidak menerapkan pemisahan kekuasaan secara penuh. Hal tersebut dibuktikan dengan adanya *50:50 formula* dalam pembentukan UU di Indonesia. Keterlibatan Presiden selaku pemegang kekuasaan eksekutif dalam mengajukan RUU dan pembahasan RUU tentu merupakan perwujudan bahwa Indonesia

tidak secara ketat memisahkan kekuasaan negara. Dengan demikian mekanisme pratinjau yudisial dapat saja diupayakan untuk dihadirkan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia.

**Ketiga**, pemerintah berdasarkan peraturan-peraturan (*wetmatigheid van bestuur*) atau keterikatan semua organ negara pada undang-undang dasar. Dalam perspektif *rule of law*, prinsip tersebut dimaknai dengan konstitusi merupakan hasil dari *the ordinary law of the land*, sehingga hukum konstitusi bukanlah sumber tetapi merupakan konsekuensi dari hak-hak individu. Prinsip ini sekali lagi merupakan refleksi dari adanya perlindungan terhadap hak konstitusional warga negara yang diatur dalam konstitusi. Prinsip ini mengharuskan ketertundukan seluruh komponen negara terhadap konstitusi, sehingga konstitusi dapat dimaknai sebagai *the supreme law of the land*. Prinsip inilah yang kemudian dimaknai sebagai konstitusionalisme dalam kehidupan bernegara. Dengan demikian konstitusionalisme merupakan konsekuensi logis dari pilihan untuk bernegara hukum. Dengan pemahaman seperti itu, sangat berpotensi norma-norma konstitusi dimaknai sempit sebatas pada yang tersurat dalam pasal-pasal konstitusi. Dikaitkan dengan pratinjau yudisial, maka sudah dapat dipastikan pratinjau yudisial tidak memiliki tempat dalam sistem ketatanegaraan Indonesia karena mekanisme pratinjau yudisial belum dikenal. Namun demikian, belum tentu pratinjau yudisial tidak dapat dimasukkan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Hal tersebut terbukti pada pembahasan sebelumnya dengan jelas mampu membuat terobosan celah hukum untuk memasukkan pratinjau yudisial melalui *legal policy* DPR. Dengan mengacu pada ketiga penjelasan di atas, dapat ditarik kesimpulan bahwa mekanisme pratinjau yudisial merupakan upaya yang memiliki kesesuaian untuk mewujudkan konsistensi negara hukum di Indonesia.

### C. Penutup

Dari pembahasan di atas dapat disimpulkan bahwa *judicial preview* atau pratinjau yudisial harus ditempatkan pada posisi yang sedikit mungkin mencampuri kekuasaan legislasi dalam membuat UU. Untuk itu, pratinjau yudisial dapat diletakkan pada tahapan pembentukan UU ketika RUU sudah disetujui oleh DPR dan Presiden, namun secara resmi belum disahkan menjadi UU oleh Presiden. Pilihan penempatan tersebut didesain dengan memperhatikan pada tahapan mana sebuah dokumen beralih nomenklatur dari RUU menjadi UU, dan tahap sebelum pengesahan (*pre-promulgation*) merupakan tahapan paling ideal untuk memasukkan mekanisme pratinjau yudisial (*judicial preview*). Dalam desain pratinjau yudisial dirancang hanya merupakan kewenangan DPR untuk dapat mengajukan pengujian dari RUU yang sudah disetujui bersama antara DPR dan Presiden. DPR wajib untuk mengajukan pengujian tersebut kepada Mahkamah Konstitusi sebagai bentuk dari tahapan pembentukan UU yang menjadi domain kewenangan DPR dalam fungsi legislasi. Sedikit berbeda dengan pengujian UU, Mahkamah Konstitusi terhadap permohonan pengujian RUU hanya dapat memberikan 2 (dua) jenis keputusan, yaitu dikabulkan dan ditolak. Namun, dalam konteks operasionalnya, Mahkamah Konstitusi didesain dapat memberikan putusan sebagai berikut: (1) Putusan dikabulkan seluruhnya, jika RUU yang diajukan oleh DPR tidak terdapat potensi pertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945; atau (2) Putusan dikabulkan untuk sebagian dengan *conditionally decision*, jika RUU yang diajukan oleh DPR terdapat materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari RUU yang berpotensi bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945, maka Mahkamah Konstitusi berwenang membuat putusan yang menafsirkan secara *conditionally constitutional*; atau (3) Putusan ditolak, jika RUU yang diajukan oleh DPR materi muatannya secara keseluruhan bertentangan dengan UUD NRI

Tahun 1945. Desain pratinjau yudisial merupakan semata upaya untuk menjaga konsistensi konsepsi negara hukum dalam kehidupan ketatanegaraan Indonesia.

### Daftar Pustaka

#### A. Buku

- Asshiddiqie, Jimly, 2005, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cet. 2, Konstitusi Press, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 2010, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Asshiddiqie, Jimly, dan M. Ali Safa'at, 2006, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta.
- Ávila, Humberto Bergmann, 2007, *Theory of Legal Principle*, Springer, Dordrecht, Netherlands.
- Bell, John, 1992, *French Constitutional Law*, Clarendon Press, Oxford.
- Fisher, Louis, 1998, *The Politics of Shared Power: Congress and the Executive*, Texas A&M University Press, Texas.
- Kelsen, Hans (Translated by Max Knight), 1967, *Pure Theory of Law*, Berkeley University Press, Berkeley.
- Komisi Hukum Nasional dan Sudirman Saad, *et al.*, 2002, *Laporan Akhir Penelitian tentang Program Legislasi Nasional*, Komisi Hukum Nasional, Jakarta.
- Maarseveen, Johannes Henricus van, dan Ger van der Tang, 1978, *Written Constitutions: A Computerized Comparative Study*, Brill, Leiden.
- Majelis Permusyawaratan Rakyat RI, 2001, *Risalah Rapat Komisi A Ke-4 s/d ke-3 Tanggal 4 November s/d 6 November 2001 Masa Sidang Tahunan MPR-RI Tahun 2001 Buku Keempat Jilid 1A*, Sekretariat Jenderal MPR RI, Jakarta.
- Montesquieu, Charles de Secondat baron de, 1762, *The Spirit of Laws: Volume I*, A. Donaldson and J. Reid, Edinburgh.
- Pound, Roscoe, 1938, *The Formative Era of American Law*, Little, Brown, and Co., Boston.
- Sari, Rike Yolanda, 2009, *Pemeriksaan Constitutional Complaint di Mahkamah Konstitusi sebagai Upaya Perlindungan Hak-Hak Warga Negara*, Skripsi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta.
- Seoprpto, Maria Farida Indrati, 1998, *Ilmu Perundang-Undangan: Dasar-Dasar Pembentukannya*, Kanisius, Yogyakarta.
- Thornton, G.C., 1996, *Legislative Drafting*, 4<sup>th</sup> Ed., Butterworths, London.
- Watson, Alan, 1974, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh.

## B. Artikel dalam Antologi

- Avilizatos, Nicos C., 1995, "Judges as Veto Players", dalam Herbert Döring (Ed.), *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, Mannheim Centre for European Social Research (MZES), Mannheim.
- Butt, Simon, 2012, "Indonesia's Constitutional Court: Conservative Activist or Strategic Operator?", dalam Björn Dressel (Ed.), *The Judicialization of Politics in Asia*, Routledge, New York.
- Choudhry, Sujit, 2006, "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law", dalam Sujit Choudhry, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Goodpaster, Gary, 1999, "The Rule of Law, Economic Development and Indonesia", dalam Timothy Lindsey (Ed.), *Indonesia: Law and Society*, The Federation Press, Sydney.
- Jong, Martin De dan Virginie Mamadouh, 2002, "Two Contrasting Perspectives on Institutional Transplantation", dalam Martin De Jong, Konstantinos Lalenis, dan Virginie Mamadouh (Eds.), *The Theory and Practice of Institutional Transplantation: Experiences with the Transfer of Policy Institutions*, Kluwer Academic Publications, Dordrecht, The Netherlands.
- Perju, Vlad, 2012, "Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations", dalam Michel Rosenfeld dan András Sajó (Eds.), *Oxford Handbook on Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Ritaine, Eleanor Cashin, 2009, "Legal Engineering in Comparative Law – An Introduction", dalam Eleanor Cashin Ritaine (Ed.), *Legal Engineering and Comparative Law (L'ingénierie juridique et le droit comparé)*, Schulthess, Genève.

## C. Artikel Jurnal

- Autheman, Violaine, 2004, "Global Lessons Learned: Constitutional Courts, Judicial Independence and the Rule of Law", *IFES Rule of Law White Paper Series*, April.
- Ball, Harry V., dan Lawrence M. Friedman, 1965, "The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View", *Stanford Law Review*, Volume 17, Nomor 2, Januari.
- Beckstrom, John H., 1974, "Handicaps of Legal-Social Engineering in a Developing Nation", *American Journal of Comparative Law*, Volume 22, Nomor 4.
- Butt, Simon, 2009, "Conditional Constitutionality, Pragmatism and the Rule of Law", *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, Nomor 09, 28 Mei.
- Campbell, Colton, 1998, "Creating an Angel: Congressional Delegation to Ad Hoc Commissions," *Congress & the Presidency*, Volume 25, Nomor 2, Autumn.
- Ery, 2006, "Mengenai Dewan Konstitusi Perancis", *Berita Mahkamah Konstitusi*, Nomor 14, Januari-Februari.
- Frankenberg, Günter, 2010, "Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, Nomor 3.

- Hasan, Zubairi, 2007, "Memperbaiki Kualitas Pembentukan Undang-Undang (UU)", *Jurnal Legislasi Indonesia*, Volume 4, Nomor 2, Juli.
- Kingsley, Jeremy J., 2004, "Legal Transplantation: Is This What the Doctor Ordered and are the Blood Types Compatible? The Application of Interdisciplinary Research to Law Reform in the Developing World – A Case Study of Corporate Governance in Indonesia", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Volume 21, Nomor 2.
- Langer, Máximo, 2004, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal*, Volume 45, Nomor 1, Winter.
- Legrand, Pierre, 1997, "The Impossibility of Legal Transplants", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 4, Nomor 2.
- Mattei, Ugo, 1994, "Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics", *International Review of Law and Economics*, Volume 14, Issue 1, Maret.
- Miller, Jonathan M., 2003, "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process", *American Journal of Comparative Law*, Volume 51, Nomor 4, Autumn.
- Smits, Jan M., 2003, "Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience", *Transnational Law and Contemporary Problems*, Volume 13.
- Swygert, Luther M., 1982, "In Defense of Judicial Activism", *Valparaiso University Law Review*, Volume 16, Number 3, Spring.
- Torpman, Jan dan Fredrik Jörgensen, 2005, "Legal Effectiveness: Theoretical Developments Concerning Legal Transplants", *Archiv Für Rechts und Sozialphilosophie*, Volume 4.
- Xanthaki, Helen, 2008, "Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 57, Issue 03.

#### **D. Makalah**

- Mahfud MD., Moh., 2011, "Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia", *Paper*, The 2nd Congress of the World Conference on Constitutional Justice, Rio de Janeiro, Brazil, 16-18 Januari.
- Rofiandri, Ronald, 2009, "Orbit MK dan Proses Legislasi yang Transparan", *Makalah*, Ulasan Mingguan Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia (PSHK), Jakarta, 30 Oktober.
- \_\_\_\_\_, 2010, "Evaluasi Efektivitas Studi Banding terhadap Peningkatan Kualitas Legislasi", *Makalah*, Ulasan Mingguan Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia (PSHK), Jakarta, 30 September.
- Soebroto, Arif Christiono, 2012, "Kedudukan Hukum Peraturan/Kebijakan di Bawah Peraturan Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional/Kepala Bappenas", *Makalah*, Workshop Kedudukan Hukum Peraturan/Kebijakan di Bawah Peraturan Menteri Negara PPN/Kepala Bappenas, Jakarta, 5-6 Juni.

### **E. Artikel Internet**

Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2012, "Daftar Prolegnas RUU Prioritas Tahun 2012", <http://bphn.kemendiknas.go.id/prolegnas/index.php?action=info&info=prolegnas-2012>, diakses 27 September 2012.

Dewan Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, 2012, "Paripurna DPR Sahkan RUU Prioritas 2012", <http://www.dpr.go.id/id/berita/baleg/2011/des/16/3467/paripurna-dpr-sahkan-ruu-prioritas-2012>, diakses 27 September 2012.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2012, "Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang", <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.RekapPUU>, diakses 5 Oktober 2012.

Soeroso, Fajar Laksono, 2009, "UUD 1945 Tak Mengenal 'Judicial Preview'", <http://fajarlaksonosoeroso.blogspot.com/2009/11/uud-1945-tak-mengenal-judicial-preview.html>, diakses 19 Juni 2012.

Syafirdi, Didi, 2009, "MK Tak Setuju Soal RUU Judicial Preview", <http://news.detik.com/read/2009/10/14/181426/1221536/10/mk-tak-setuju-soal-ruu-judicial-preview>, diakses 20 Juni 2012.

Tresna A., Nano, 2009, "MK Tidak Miliki Kewenangan Judicial Preview", <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.Berita.Berita&id=3406>, diakses 20 Juni 2012.

### **F. Peraturan Perundang-undangan**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316).

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 53, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4389).

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4721).

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4844).

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

Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 101, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5246).



**G. Dokumen Lain**

Keputusan Dewan Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor 08/DPR RI/II/2011-2012 tentang Program Legislasi Nasional RUU Prioritas Tahun 2012, tanggal 16 Desember 2011.

*Portugal Constitution (adopted on 2 April 1976).*

## Legislasi dalam Pembentukan Perda

Eddy Asnawi

### Pendahuluan

Legislasi yang dimaknai sebagai sebuah proses pembentukan hukum atau produk hukum tidak hanya dapat dilihat dari sisi prosedur formal semata sebagaimana yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan, yang hanya mengatur suatu kegiatan atau proses dalam pembentukan peraturan yang dilakukan oleh lembaga yang berwenang, seperti halnya dalam pembentukan peraturan daerah (Perda) yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah dan DPRD di tingkat provinsi maupun kabupaten/kota. Dalam hal ini peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang pembentukan Perda terangkum dalam: (1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah; (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang; (3) Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 2010 Tentang Pedoman Penyusunan Peraturan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Tentang Tata Tertib Dewan Perwakilan Rakyat Daerah; (4) Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 53 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Produk Hukum Daerah. Kesemua peraturan itu lebih menguatkan teknis yuridis formal dalam pembentukan Perda yang secara kelembagaan diberikan kewenangan kepada Pemerintah dan DPRD provinsi, kabupaten/kota.

Akan tetapi proses legislasi Perda sebagaimana Anis Ibrahim mengatakan “juga memiliki sisi sosio-politis berupa pergulatan dan interaksi kekuatan sosial politik yang melingkupi dan berada di sekitarnya” (Anis Ibrahim, 2008: 4). Dalam hal ini komponen-komponen infrastruktur politik dalam suasana kehidupan masyarakat memiliki daya pengaruh dalam proses legislasi Perda, seperti halnya sikap dari partai politik, kelompok kepentingan, pemberitaan melalui media massa dan pendapat/partisipasi publik. Oleh karenanya menjadi sebuah kelaziman pada negara-negara demokratis menurut Anis Ibrahim, “proses legislasi mengarah pada konfigurasi politik demokratis yang membuka peluang bagi potensi rakyat untuk berpartisipasi dalam menentukan kebijakan negara” (Anis Ibrahim, 2008: 2). Partisipasi menurut Sirajuddin “dapat diartikan sebagai ikut serta, berperan serta dalam suatu kegiatan, mulai dari perencanaan sampai dengan evaluasi” (Sirajuddin, 2006: 181).

Kesempatan masyarakat untuk berpartisipasi dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan sudah diakomodasi dalam Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 (Pasal 139 ayat 1) dan Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 (Pasal 96). Bahkan asas keterbukaan menjadi salah satu asas dalam membentuk peraturan perundang-undangan yang baik.<sup>14</sup> Namun berdasarkan pengamatan penulis di daerah, proses legislasi Perda seringkali mengabaikan asas keterbukaan. Dimensi sosial-politik dalam bentuk partisipasi masyarakat dalam pembentukan Perda hanya sekedar *lips service* saja. Pembentukan Perda acapkali oleh pemangku kewenangan (Pemda dan DPRD) hanya dipahami sebagai kewenangan yuridis formal belaka, mengabaikan pelibatan masyarakat yang berakibat pada substansi Perda tidak mengandung muatan materi yang aspiratif dan responsif bagi kebutuhan dan perkembangan hukum masyarakat daerah. Tindakan yang dilakukan Pejabat Pemerintah Daerah dan DPRD sering kali juga dalam mengusulkan Perda lebih bersifat pragmatis hasil dari *copy-paste* dari daerah lain dibandingkan dengan hasil karya sendiri.

Oleh karenanya dalam merancang Perda, agar menghasilkan perda yang aspiratif dan responsif dalam dinamika perkembangan masyarakat daerah serta terpenuhinya dimensi yuridis dan sosio-politis sebagaimana yang telah disebutkan di atas, maka dalam penyusunan Perda sebagai salah instrumen hukum yang tertulis atas kebijakan daerah, kedudukan Program Legislasi Daerah (Prolegda) menjadi sesuatu yang sangat urgen sebagai salah satu tahapan penting dan awal dalam proses legislasi daerah sebagai perwujudan dari kerangka pembangunan hukum daerah.

### **Perda dan Otonomi Daerah**

Rambu-rambu Perda dalam Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah, khususnya Pasal 136 disebutkan bahwa; (1) Perda ditetapkan oleh kepala daerah setelah mendapat persetujuan bersama DPRD; (2) Perda dibentuk dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah provinsi/kabupaten/kota dan tugas pembantuan; (3) Perda merupakan penjabaran lebih lanjut dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dengan memperhatikan ciri khas masing-masing daerah; (4) Perda dilarang bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Berdasarkan ketentuan ini, maka dari segi muatan materi, Jazim Hamidi mengatakan “Perda itu berasal dari dua sumber, yaitu otonomi dan tugas pembantuan. Perda otonomi adalah Perda yang berlandaskan atribusi dan Perda dalam rangka tugas pembantuan berlandaskan pada kewenangan delegasi” (Jazim Hamidi, 2011: 92).

Ditinjau dari otonomi daerah, kedudukan perda sebagai salah satu instrumen hukum atas kebijakan daerah memiliki fungsi dan merupakan dasar untuk memperluas pelaksanaan demokrasi dan mewujudkan kesejahteraan rakyat di daerah. Pemberian otonomi luas kepada daerah-daerah diarahkan untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan pelayanan, pemberdayaan, dan peran serta masyarakat. Oleh karenanya dalam pelaksanaan otonomi daerah menuntut dan mendorong setiap daerah untuk membuat Perda demi lancarnya pergerakan sendi-sendi pembangunan daerah yang bertujuan pada peningkatan kesejahteraan masyarakat. Disamping memberikan jaminan perlindungan terhadap kebijakan-kebijakan yang diambil oleh pemerintah daerah maupun masyarakat sebagai pengguna.

Sebagai akibat dari salah tafsir otonomi daerah, dalam praktiknya Perda yang dibuat pemerintah daerah sebagaimana dikatakan Ellydar Chaidir “lebih menekankan pada peningkatan penghasilan daerah dengan pembebanan biaya pelayanan umum dibandingkan meningkatkan kualitas pelayanan umum kepada masyarakat itu sendiri” (Ellydar Chaidir, 2008: 52). Hal ini ditandai sejak tahun 2000 menurut Ni'matul Huda “telah terjadi *booming* Perda di seluruh Indonesia. Daerah beramai-ramai memproduksi Perda yang dapat meningkatkan pendapatan asli daerah melalui Perda Pajak dan Retribusi Daerah” (Ni'matul Huda, 2009: 11). Barangkali maksudnya baik yang dilakukan pemerintah daerah, yakni dalam rangka mempercepat kesejahteraan masyarakat yang masih dalam kondisi tertinggal di daerahnya. Akan tetapi yang terjadi kemudian di lapangan adalah sesuatu yang bersifat kontraproduktif dengan maksud semula diberikan otonomi daerah. Penyebabnya tidak lain karena terjadinya ekonomi biaya tinggi akibat kehendak yang berlebihan dalam mengumpulkan pendapatan asli daerah.

Sebagai gambaran terhadap Perda bermasalah ini, sebagaimana dikutip Imam Soebechi:

*Sampai dengan pertengahan Agustus 2009, terdapat 3.455 Perda Pajak dan Retribusi Daerah (PDRD) yang direkomendasikan pemerintah untuk dibatalkan dan direvisi. Angka ini merupakan 36% dari total PDRD yang ada di Indonesia. Selain itu terdapat 1.727 rancangan Perda PDRD yang direkomendasikan ditolak atau revisi. Terutama berasal dari sektor perhubungan, industri, perdagangan dan pertanian. (Imam Soebechi, 2012: 6).*

Peran DPRD sebagai lembaga legislatif daerah, dalam kenyataannya kurang sekali memahami persoalan apakah perda-perda yang dibahas dan disetujuinya itu telah konsisten dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, tidak melanggar kepentingan umum atau keselarasan tidaknya dengan perda-perda di daerah sekitarnya. Akibatnya muncul perda-perda yang asal jadi, kurang direspon oleh publik dan inkonsistensi, yang dapat berakibat kehilangan legitimasinya oleh masyarakat. Soal kepastian hukum dan yang menjadi standar utama hukum itu sendiri pun menjadi pudar. Dalam hal ini menurut Budiono Kusumohamidjojo, "hukum itu sendiri harus memiliki suatu kredibilitas yang hanya dapat dimiliki bila penyelenggaraan hukum mampu memperlihatkan suatu alur konsistensi atau kepastian hukum". (Budiono Kusumohamidjojo, 1999: 150).

Atas dasar itu perlu kiranya disusun perencanaan pembangunan hukum di daerah yang baik. Dalam tulisan ini penulis batasi dari segi pembangunan materi hukum- legislasi dalam pembentukan perda. Problematik pembangunan hukum di daerah dapat teratasi salah satunya dengan cara mengoptimalkan Prolegda.

### **Prolegda dan Pembangunan Hukum Daerah**

Dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011, disebutkan bahwa Prolegda adalah instrumen perencanaan program pembentukan Perda Provinsi atau Perda Kabupaten/Kota yang di susun secara terencana, terpadu, dan sistematis.<sup>15</sup> Secara umum Prolegda memuat daftar rancangan Perda yang disusun berdasarkan metode dan parameter tertentu dan menjadi pedoman dan pengendali penyusunan Perda yang mengikat Pemda dan DPRD untuk membentuk Perda. Adapun ketentuan yang dimaksud (Prolegda Provinsi), diantaranya dalam menyusun daftar rancangan Perda didasarkan atas: (a) perintah Peraturan Perundang-undangan lebih tinggi; (b) rencana pembangunan daerah; (3) penyelenggaraan otonomi dan tugas pembantuan; dan (d) aspirasi masyarakat daerah.<sup>16</sup> Mengenai materi yang diatur dalam setiap rancangan Perda terlebih dahulu telah melalui pengkajian dan penyelarasan yang dituangkan dalam Naskah akademik<sup>17</sup>. Prolegda ditetapkan untuk jangka waktu 1 (satu) tahun berdasarkan skala prioritas pembentukan rancangan perda<sup>18</sup>, sebelum penetapan rancangan perda tentang APBD.<sup>19</sup> Penyusunan Prolegda antara DPRD dan Pemda dikoordinasikan oleh DPRD melalui alat kelengkapan DPRD yang khusus menangani bidang legislasi.<sup>20</sup>

Melihat Prolegda haruslah dipandang bagian dari pembangunan hukum daerah yang sesuai dengan perkembangan kebutuhan masyarakat yang memuat sekala prioritas pembentukan Perda untuk jangka waktu satu tahun yang memberikan landasan perencanaan dan arahan sistematis dan berkelanjutan terhadap pembangunan hukum daerah.

Dengan adanya Prolegda diharapkan dapat mewujudkan konsistensi Perda serta meniadakan pententangan peraturan perundang-undangan secara vertikal dan horizontal dalam kerangka sistem hukum nasional. Dalam perencanaan pembangunan hukum di daerah (Prolegda) berpedoman juga mengaju pada rencana pembangunan hukum nasional (Prolegnas).

Selanjutnya ada beberapa pertimbangan yang dapat dijadikan pegangan perlunya penyusunan prolegda di lingkup pemerintahan daerah: (1) kedudukan Perda itu sendiri bernilai strategis sebagai legitimasi atas setiap kebijakan pembangunan daerah; (2) Dari sisi politik hukum perlu disusun berbagai perda yang diperlukan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah berdasarkan skala prioritas sesuai dengan perkembangan hukum di daerah; (3) Terjadinya taraf sinkronisasi perda secara vertikal dan horizontal dengan peraturan perundang-undangan lainnya; (4) agar legislasi Perda dapat terkoordinasi, terarah, dan terpadu yang di susun bersama antara DPRD dan Pemda, dan (5) agar produk hukum daerah tetap berada dalam kesatuan sistem hukum nasional yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945. Adapun sasaran yang hendak dicapai dalam Prolegda yang disusun bersama antara DPRD dan Pemda dalam jangka waktu 1 (satu) tahun tersebut, setidaknya memiliki tujuan diantaranya menjadi sarana pengendali kegiatan pembentukan Perda dan terbangunnya sinergitas antara DPRD dan Pemda dalam legislasi pembentukan Perda.

Sehubungan dengan itu ada beberapa faktor dari pihak yang terkait yang turut mempengaruhi keberhasilan penyusunan Prolegda: (1) kualitas dan komitmen politis para anggota DPRD dan Kepala Daerah sebagai pihak yang diberikan kewenangan untuk membentuk Peraturan Daerah. Dalam hal ini kualitas elit politik di daerah ditentukan oleh proses rekrutmen di lingkungan partai politik. Sampai sekarang ini masih terasa bahwa proses rekrutmen tersebut lebih diwarnai oleh faktor-faktor akseptabilitas politik ketimbang kapabilitas untuk mengemban fungsi-fungsi kepemimpinan politik di daerah; (2) dukungan pejabat fungsional perancang peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini jumlah tenaga perancang peraturan perundang-undangan masih sedikit dan karir sebagai perancang peraturan perundang-undangan belum merupakan profesi yang menarik dan menjanjikan karir bagi pegawai di lembaga-lembaga pemerintah; (3) tenaga ahli yang menguasai substansi Peraturan Daerah. Dalam hal ini tenaga ahlinya masih jarang. Karena itulah kerjasama dengan perguruan tinggi menjadi sangat penting; dan (4) sumber daya manusia pada jajaran birokrasi masih sangat dirasakan minim.

Pesoalan komitmen menjadi penting dalam penyusunan Prolegda, walaupun niat baik yang dibangun oleh pemerintah untuk merumuskan kebijakan nasional tentang prolegda dalam tataran peraturan perundang-undangan, sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 yang kemudian diperbaharui dengan mengganti undang-undang yang baru yang berlaku sekarang ini Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 dalam kenyataannya belumlah memenuhi harapan. Berdasarkan pengalaman penulis di daerah, *politik will* untuk mengelola tata pemerintahan yang baik dari sisi legislasi produk hukum daerah yang dilakukan pemerintah daerah dan DPRD yang masih rendah, yang berakibat pada penyusunan prolegda itu tidak pernah di rencanakan dengan baik. Kemudian sikap yang dilandasi pada *pragmatisme* para pemangku kewenangan dan tanpa melibatkan partisipasi masyarakat dalam proses penyusunan prolegda sebagaimana diamanatkan Undang-undang. Sehingga seringkali kali terjadi pengajuan rancangan Perda dalam rangka penyusunan prolegda lebih berorientasi kebutuhan parsial dikarenakan adanya order ataupun kepentingan-kepentingan dari pihak-pihak tertentu.

Kelemahan-kelemahan yang ditemui di daerah sebagai akibat perencanaan asal jadi penyusunan prolegda, diantaranya yakni: (1) seringkali tidak terkait dengan rencana pembangunan daerah, misalnya Rencana Pembangunan Jangka Menengah Daerah (RPJMD) atau Rencana strategis Daerah (Renstrada). Misalnya di Provinsi Riau, pembangunan hukum mestinya bermula pada Renstrada Provinsi Riau yang merupakan potret keadaan daerah, yakni mewujudkan Provinsi Riau sebagai pusat perekonomian dan kebudayaan Melayu di Asia Tenggara dalam masyarakat yang agamis, sejahtera lahir dan batin, yang dilaksanakan dengan menggunakan 3 (tiga) pendekatan, yakni mengentaskan kemiskinan, menanggulangi ketertinggalan sumber daya manusia dan peningkatan infrastruktur. Namun dalam Prolegda Provinsi Riau Tahun 2012 kurang mencerminkan spirit yang tercermin dalam Renstrada tersebut. (2) Kurangnya koordinasi antar lembaga baik yang berasal dari Pemda melalui Satuan Kerja Perangkat Daerah (SKPD), biro/bagian hukum Pemda maupun dengan DPRD melalui Badan Legislasi Daerah, termasuk pelibatan instansi vertikal seperti kementerian hukum dan HAM. (3) Pengusulan rancangan Perda yang dilakukan oleh Pemda atau DPRD seringkali tanpa melalui kajian yang mendalam, seperti misalnya pembuatan naskah akademis. Fenomena yang terjadi rancangan Perda didahulukan atau didapatkan dari daerah lain, baru disusul dengan pembuatan naskah akademik.; (4) kurang mampu menjangkau aspirasi dan mengakomodir kepentingan publik. Misalnya menurut Bagir Manan, “mengikutsertakan tim/kelompok kerja penyusunan Perda, melakukan uji sah kepada pihak tertentu, melakukan lokakarya/workshop dan mempublikasikan rancangan Perda agar mendapat tanggapan masyarakat” (Bagir Manan, 2001: 85).

Akibatnya tentu saja kita dengan mudah mendapatkan berbagai produk Perda yang dihasilkan kurang terintegrasi dengan bidang-bidang pembangunan di daerah, bahkan tidak jarang terjadi beberapa perda tumpang tindih dan tidak sesuai dengan asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan maupun asas-asas materi muatan peraturan perundang-undangan sebagaimana disebutkan dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011.<sup>21</sup> Sehingga memunculkan Perda bermasalah, Perda yang tidak memiliki daya laku dalam masyarakat, Perda yang kurang merespon kepentingan-kepentingan masyarakat. Oleh karena itu, domain penyusunan Prolegda dalam pembentukan perda bukan hanya menjadi milik DPRD dan Pemda saja berdasarkan kewenangan yang ada, akan tetapi juga harus ada *politik will* yang kuat bagi tumbuh kembangnya partisipasi dalam penyusunan Prolegda Provinsi atau Kabupaten/Kota. Hal ini akan lebih memberikan harapan untuk melahirkan Perda-Perda yang responsif, aspiratif dan berkualitas sesuai dengan perkembangan dinamika masyarakat dan pembangunan hukum di daerah.

## Penutup

Dalam legislasi Perda, kedudukan Prolegda mempunyai arti penting dan strategis yang memberikan landasan perencanaan dan arahan sistematis dan berkelanjutan terhadap pembangunan hukum daerah dalam kerangka sistem hukum nasional.

Dalam penyusunan Prolegda masih ditemui kendala dan permasalahan. Kendala yang ditemui dapat berupa; kualitas dan komitmen politis para anggota DPRD dan Kepala Daerah sebagai pihak yang diberikan kewenangan untuk membentuk Peraturan Daerah; dukungan pejabat fungsional perancang peraturan perundang-undangan; tenaga ahli yang menguasai substansi Peraturan Daerah dan sumber daya manusia pada jajaran birokrasi masih sangat dirasakan minim. Kelemahan-kelemahan yang ditemui dalam legislasi Perda

yakni; seringkali tidak terkait dengan rencana pembangunan daerah, kurangnya koordinasi antar lembaga, pengusulan rancangan Perda tanpa melalui kajian yang mendalam, dan kurang mampu menjangkau aspirasi dan mengakomodir kepentingan publik.

Proses legislasi Perda seringkali mengabaikan asas keterbukaan yang merupakan dimensi sosial-politik dalam bentuk partisipasi masyarakat dalam pembentukan Perda. Oleh karenanya agar menghasilkan perda yang aspiratif dan responsif dalam dinamika perkembangan masyarakat di daerah, maka dalam penyusunan Perda sebagai salah satu instrumen hukum atas kebijakan daerah harus ada kemauan politik yang kuat dari Pemda dan DPRD bagi tumbuh kembangnya partisipasi dan prakarsa masyarakat dalam legislasi pembentukan Perda.

### Daftar Pustaka

- Anis Ibrahim, 2008, *Legislasi dan Demokrasi*, Malang, In Trans Publishing.
- Budiono Kusumohamidjojo, 1999, *Ketertiban yang Adil, Problematik Filsafat Hukum*, Jakarta, Grasindo.
- Bagir Manan, 2001, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Yogyakarta, PSH UII.
- Ellydar Chaidir, 2008, "Manajemen Pembangunan Hukum di Daerah", dalam Husnu Abadi (ed), *Bunga Rampai Demokrasi, HAM dan Negara Hukum*, Pekanbaru, UIR Press.
- Imam Soebechi, 2012, *Judicial Review Perda Pajak dan Retribusi Daerah*, Jakarta, Sinar Grafika
- Jazim Hamidi, 2011, *Optik Hukum Peraturan Daerah Bermasalah*, Jakarta, Prestasi Pustaka
- Ni'matul Huda, 2009, *Hubungan Pengawasan Produk Hukum Daerah Antara Pemerintah dan Pemerintah Daerah Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia*, Ringkasan Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UII, Yogyakarta
- Sirajuddin, Fatkhurohman dan Zulkarnain, 2006, *Legislatif Drafting: Pelembagaan Metode Partisipatif Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, Malang, Yappika

## **Menakar Konsistensi Legislasi Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dalam Akomodasi Partisipasi Publik pada Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik**

**Rizki Emil Birham**

### **PENDAHULUAN**

#### **1. Latar Belakang**

Fungsi legislasi yang melekat pada Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI) merupakan fungsi istimewa yang menjadi pembeda DPR RI sebelum dengan sesudah amandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945).<sup>22</sup> Namun sering terlupakan bila dalam fungsi legislasi terdapat fungsi representasi.<sup>23</sup> Semangat menyusun produk legislasi harus dibarengi dengan jiwa representasi. Minimnya jiwa representasi dalam proses legislasi mempengaruhi kualitas produk legislasi. Salah satu contoh produk legislasi yang dapat ditakar konsistensi legislasi dalam hal representasi adalah Undang-Undang Nomor 25 tahun 2009 tentang *Pelayanan Publik* (UU Nomor 25 Tahun 2009).

Standar pelayanan<sup>24</sup> pada pasal 20 ayat (1) Undang-Undang Nomor 25 tahun 2009 tentang *Pelayanan Publik* (UU Nomor 25 Tahun 2009) seharusnya secara konsisten mengakomodasi mekanisme musyawarah agar tidak terjadi reduksi<sup>25</sup> esensi<sup>26</sup> partisipasi publik dalam pelayanan publik. Mengingat ketentuan mengenai standar pelayanan dalam UU Nomor 25 Tahun 2009 masih berpotensi membuka celah terjadinya manipulasi pemenuhan hak warga negara melalui dalih penyelenggara layanan tidak mampu menyusun dan menetapkan standar pelayanan publik.

Adapun ketentuan mengenai standar pelayanan yang diatur dalam pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009 adalah sebagai berikut:<sup>27</sup>

“Penyelenggara berkewajiban menyusun dan menetapkan standar pelayanan dengan memperhatikan kemampuan penyelenggara, kebutuhan masyarakat, dan kondisi lingkungan.”

Kemudian dalam penjelasan UU Nomor 25 Tahun 2009, yang dimaksud kemampuan penyelenggara adalah “dukungan pendanaan, pelaksana, sarana, prasarana, dan/atau fasilitas pelayanan.” Dengan demikian, dapat dimaknai jika tidak didukung komponen-komponen yang bersifat akumulatif<sup>28</sup> tersebut maka berpotensi tidak disusun dan ditetapkannya standar pelayanan yang menjadi kewajiban penyelenggara. Sementara



penyusunan dan penetapan standar pelayanan oleh penyelenggara adalah wajib. Dari sini memunculkan pertanyaan mengenai konsistensi legislasi dalam mengakomodasi partisipasi publik. Tidak disusun dan ditetapkannya standar pelayanan bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945).

Letak pertentangan tidak disusun dan ditetapkannya standar pelayanan dengan Pancasila adalah menegasikan musyawarah sebagai suatu metode bagi warga negara dan negara yang mengandung nilai kebijaksanaan sebagaimana sila keempat Pancasila, “Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan”, sedangkan Pancasila sendiri menjadi “sumber dari segala sumber hukum Republik Indonesia”.<sup>29</sup>

Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum Indonesia diakui sebagai dasar untuk mewujudkan tujuan bernegara<sup>30</sup> seperti yang ditentukan dalam pembukaan UUD 1945. Kemudian UUD 1945 menjadi hukum dasar bernegara guna menjamin ketertiban dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara.<sup>31</sup> UUD 1945 terdiri dari pembukaan dan batang tubuh menjadi wadah dirumuskannya (i) tujuan bernegara<sup>32</sup>, (ii) penyelenggaraan negara yang didasarkan atas aturan hukum dan (iii) bentuk institusi-institusi serta prosedur ketatanegaraan.<sup>33</sup> Perumusan ketiga hal tersebut bersandar pada kesepakatan bersama. Seperti yang dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie:

“Kata kuncinya adalah konsensus atau *general agreement*. Jika kesepakatan umum itu runtuh, maka runtuh pula legitimasi kekuasaan yang bersangkutan.”<sup>34</sup>

Apabila ditarik ke belakang, UUD 1945 dalam perspektif konstitusi merupakan perjanjian/kontrak sosial<sup>35</sup> sebagai perwujudan hukum tertinggi di suatu negara. Perjanjian tersebut dibuat untuk merumuskan:

*“tujuan bersama, batas-batas hak individual, dan siapa yang bertanggungjawab untuk pencapaian tujuan tersebut dan menjalankan perjanjian yang telah dibuat dengan batas-batasnya.”*<sup>36</sup>

Pernyataan tersebut semakin menegaskan bahwa baik pancasila maupun UUD 1945 menjadikan musyawarah sebagai salah satu elemen penting.

Musyawarah dalam konteks prinsip kedaulatan rakyat (demokrasi) dan kedaulatan hukum (nomokrasi) atau ide negara demokrasi sekaligus negara hukum, atau negara demokrasi yang berdasar hukum (*constitutional democracy*) dan sekaligus negara hukum yang demokratis (*democratische rechtsstaat*) seperti yang dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie<sup>37</sup> juga sangat relevan. Musyawarah menjadi sarana bagi rakyat untuk

menentukan dan memberi arah serta yang sesungguhnya menyelenggarakan kehidupan kenegaraan.

*“Keseluruhan sistem penyelenggaraan negara itu pada dasarnya juga diperuntukkan bagi seluruh rakyat sendiri bahkan negara yang baik diidealkan pula agar diselenggarakan bersama-sama dengan rakyat dalam arti dengan melibatkan masyarakat dalam arti yang seluas-luasnya.”<sup>38</sup>*

Standar pelayanan yang menekankan pada musyawarah/interaksi langsung antara warga negara dengan negara sebagai penyelenggara pelayanan juga mendapat porsi pembahasan demokrasi dalam perspektif Islam dimana

*“Setiap individu menikmati hak-hak dan kekuasaan kekhalfahan Tuhan dan karenanya semua individu berderajat sama. Badan yang menjalankan urusan negara akan **dibentuk melalui perjanjian dengan individu-individu** ini, dan kekuasaan negara hanya akan merupakan perpanjangan kekuasaan individu yang didelegasikan kepadanya. Opini mereka akan menentukan dalam pembentukan pemerintah, yang akan berfungsi dengan nasihat-nasihat mereka dan sesuai dengan kehendak-kehendak mereka. Siapapun yang memperoleh kepercayaan akan memikul kewajiban-kewajiban kekhalfahan atas nama rakyat; dan jika ia kehilangan kepercayaan maka ia harus meletakkannya.”<sup>39</sup>*

Musyawarah berdasarkan ilustrasi di atas menimbulkan pertanyaan, jika demikian lantas bagaimana dengan eksistensi demokrasi perwakilan yang sudah terlembaga (parlemen) dan justru harus semakin dikuatkan?. Menjawab pertanyaan ini, dapat merujuk pada penjelasan Jimly Asshiddiqie yang menyatakan bahwa demokrasi dapat dibedakan menjadi dua, yaitu demokrasi langsung (*direct democracy*) dan demokrasi tidak langsung (*indirect democracy*). Selanjutnya demokrasi langsung dapat dilakukan melalui delapan cara, yaitu:<sup>40</sup>

- a. Pemilihan umum (*general election*)<sup>41</sup>
- b. Referendum (*referenda*)<sup>42</sup>
- c. Prakarsa (*initiative*)
- d. Plebisit (*plebiscite*)
- e. Recall (*the recall*)<sup>43</sup>
- f. Mogok kerja<sup>44</sup>

- g. Unjuk rasa, dan
- h. Pernyataan pendapat melalui pers bebas

Lebih lanjut, Jimly Asshiddiqie menerangkan bahwa:

*“adanya partisipasi langsung ini penting karena sistem perwakilan rakyat melalui parlemen tidak pernah dapat diandalkan sebagai satu-satunya saluran aspirasi rakyat. Karena itulah, prinsip representation in ideas dibedakan dari representation in presence, karena perwakilan fisik saja belum tentu mencerminkan keterwakilan gagasan atau aspirasi.”<sup>45</sup>*

Seperti yang telah disinggung sebelumnya, yaitu negara demokrasi yang berdasar hukum (*constitutional democracy*) atau negara hukum yang demokratis (*demokratische rechtsstaat*), berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara Indonesia di mana:

*“kenyataan konstitusionalnya menganut prinsip negara hukum yang dinamis atau welfare state, dengan sendirinya tugas pemerintah begitu luas. Pemerintah wajib berusaha memberikan perlindungan kepada masyarakat. Oleh sebab itu, pemerintah perlu mendapat kewenangan untuk turut campur dalam berbagai kegiatan masyarakat guna mewujudkan kesejahteraan sosial.”<sup>46</sup>*

Pada akhir tahun 2005, pemerintah melalui Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara mengusulkan Rancangan Undang-Undang (RUU) Pelayanan Publik kepada Komisi II Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI)<sup>47</sup>. Hingga akhirnya pada 18 Juli 2009 pembahasan RUU itu rampung dan diundangkan walaupun persoalan-persoalan seperti yang telah dinilai Masyarakat Peduli Pelayanan Publik (MP3) belum terselesaikan dengan tuntas, khususnya mengenai standar pelayanan yang diatur pada Pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 tahun 2009 yang akan diteliti dalam penelitian ini.

Oleh karena itu diperlukan pengkajian dan penelitian mengenai standar pelayanan yang pengaturannya saat ini masih menyisakan celah hukum karena inkonsistensi legislasi yang berpotensi mereduksi esensi partisipasi publik dalam pelayanan publik di Negara Indonesia yang diidealkan sebagai negara hukum yang demokratis/negara demokrasi yang berdasarkan hukum dalam ikhtiar memajukan kesejahteraan umum sebagaimana menjadi salah satu tujuan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

## **2. Pokok permasalahan**

Berdasarkan latar belakang, sebagaimana diuraikan sebelumnya, masalah yang dirumuskan berkaitan dengan pengaturan standar pelayanan dalam Pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009 yang menimbulkan reduksi esensi partisipasi publik dalam pelayanan publik.

Secara lebih spesifik, penelitian diarahkan pada dua masalah berikut ini.

1. Bagaimana konsistensi pengakomodasian partisipasi publik dalam standar pelayanan sebagaimana diatur dalam pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009?
2. Bagaimana esensi partisipasi publik dalam standar pelayanan sebagaimana diatur dalam pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009?

## **3. Tujuan dan manfaat penelitian**

### *Tujuan penelitian*

Penelitian mengenai adanya reduksi esensi partisipasi publik dalam pelayanan publik sebagaimana diatur dalam Pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009 memiliki tujuan, yaitu:

1. Untuk mengetahui konsistensi pengakomodasian partisipasi publik dalam standar pelayanan sebagaimana diatur dalam pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009;
2. Untuk mengetahui esensi partisipasi publik dalam standar pelayanan sebagaimana diatur dalam pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 tahun 2009.

## **PEMBAHASAN**

### **1. Konsistensi Pengakomodasian Partisipasi Publik dalam Standar Pelayanan Sebagaimana Diatur dalam Pasal 20 Ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009**

#### *Perkenalan dengan Istilah Standar Pelayanan Minimal dan Standar Pelayanan*

Mengadaptasi kebiasaan dalam setiap pertemuan perdana yaitu perkenalan, maka di awal pembahasan bab ini diperkenalkan terlebih dahulu dua istilah yang serupa tapi tak sama. Istilah standar pelayanan yang menjadi fokus penelitian sebagaimana yang diatur dalam UU Nomor 25 Tahun 2009 berbeda dengan istilah standar pelayanan minimal yang telah familier.

Istilah standar pelayanan minimal (SPM) pertama kali diintroduksi dalam Peraturan Pemerintah Nomor 25 Tahun 2000 tentang Kewenangan Pemerintah dan Kewenangan

Provinsi sebagai Daerah Otonom (PP Nomor 25 Tahun 2000). Lahirnya PP Nomor 25 Tahun 2000 sebagai “upaya pelaksanaan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah” (UU Nomor 22 Tahun 1999).<sup>48</sup> Untuk menyederhanakan penyajian SPM dengan Standar Pelayanan, berikut disajikan tabulasi komparasinya:

**Tabel 2.1.**

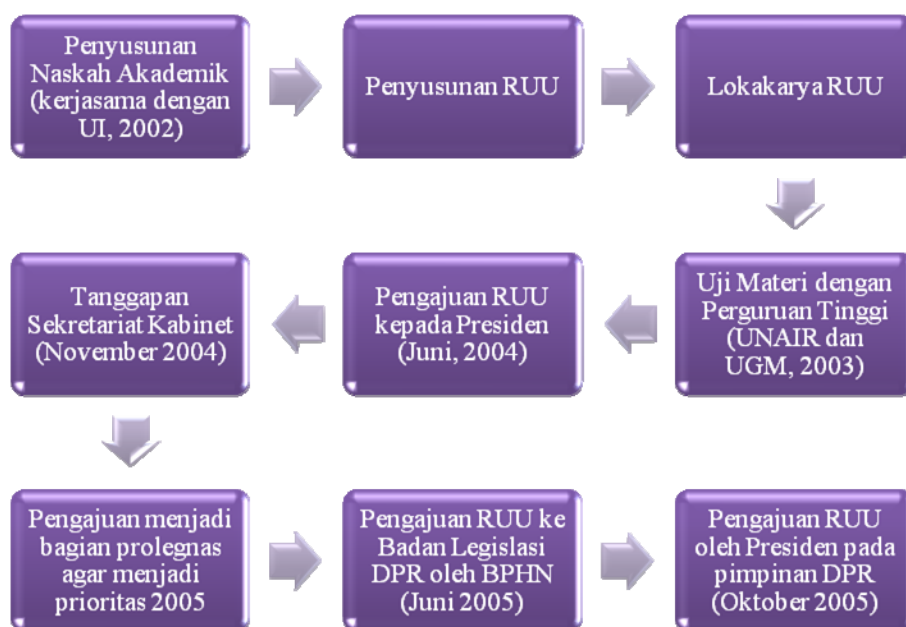
**Tabulasi komparasi SPM dengan Standar Pelayanan**

No.	Poin pembeda	Penjelasan	
		Standar Pelayanan Minimal	Standar Pelayanan
1.	Regulasi	<p>UU Nomor 22 Tahun 1999 → PP Nomor 25 Tahun 2000 → Surat Edaran Menteri Dalam Negeri Nomor 100/757/OTDA/2002</p> <p>UU Nomor 32 Tahun 2004 → PP Nomor 65 Tahun 2005 → Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 6 Tahun 2007</p>	<p>UU Nomor 25 Tahun 2009 → Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 6 Tahun 2012</p>
2.	Definisi	<p>tolok ukur untuk mengukur kinerja penyelenggaraan kewenangan wajib daerah yang berkaitan dengan pelayanan dasar kepada masyarakat. (Lampiran Surat Edaran Menteri Dalam Negeri Nomor 100/757/OTDA/2002)</p> <p>standar suatu pelayanan yang memenuhi persyaratan minimal kelayakan. (Pasal 167 ayat (3) UU Nomor 32 Tahun 2004)</p>	<p>tolok ukur yang dipergunakan sebagai pedoman penyelenggaraan pelayanan dan acuan penilaian kualitas pelayanan sebagai kewajiban dan janji Penyelenggara kepada masyarakat dalam rangka pelayanan yang berkualitas, cepat, mudah, terjangkau, dan terukur. (Pasal 1 angka (7)).</p>

		Ketentuan tentang jenis dan mutu pelayanan dasar yang merupakan urusan wajib daerah yang berhak diperoleh setiap warga negara secara minimal. (Pasal 1 angka 6 PP Nomor 65 Tahun 2005 dan Pasal 1 angka 8 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 6 Tahun 2007)	
3.	Subjek	Pemerintah pusat dan Pemerintah Provinsi	Penyelenggara layanan (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.) dan masyarakat.
4.	Sasaran	Pemerintah Kabupaten/Kota	Masyarakat (seluruh pihak, baik warga negara maupun penduduk sebagai orang-perseorangan, kelompok, maupun badan hukum yang berkedudukan sebagai penerima manfaat pelayanan publik, baik secara langsung maupun tidak langsung.)
5.	Konsep	Dari dan oleh Pemerintah pusat dan/atau Pemerintah	Dari, oleh, dan untuk masyarakat.

		Provinsi untuk Pemerintah Kabupaten/Kota	
6.	Kewajiban menyusun dan menetapkan	Tidak mewajibkan penyelenggara menyusun dan menetapkan SPM.  Mewajibkan Pemerintah Kabupaten/Kota melaksanakan SPM produk Pemerintah Pusat dan/atau Pemerintah Provinsi.  Bukan SPM-nya yang wajib, tapi SPM menjadi pedoman pelaksanaan urusan wajib pemerintah Kabupaten/Kota.	Mewajibkan penyelenggara menyusun dan menetapkan standar pelayanan.
7.	Redaksi mempertimbangkan / memperhatikan kemampuan penyelenggara	Ada	Ada
8.	Pemuatan sanksi	Tidak ada sanksi	Ada sanksi
9.	Keluaran	Peraturan atau Keputusan Menteri/Pimpinan Lembaga Pemerintah Non Departemen/ Kementerian	Maklumat Pelayanan

Takaran konsistensi legislasi dalam mengakomodasi partisipasi publik dalam standar pelayanan sebagaimana diatur dalam Pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009 dapat diketahui dari histori regulasinya. Terekam mulai dari Tahun 2002 Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara (sekarang disebut Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi) telah menginisiasi penyusunan naskah akademik rancangan undang-undang (RUU) tentang pelayanan publik hingga pada Tahun 2005 menjadi RUU prioritas program legislasi nasional (prolegnas).<sup>49</sup> Adapun kronologis penyusunan dari Tahun 2002 hingga 2005 adalah sebagai berikut:<sup>50</sup>

**Skema 2.1.****Kronologis Penyusunan Rancangan Undang-Undang tentang Pelayanan Publik  
Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara**

Pengajuan RUU oleh Presiden pada Pimpinan DPR-RI diikuti dengan penunjukan Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara dan Menteri Hukum dan Hak Azasi Manusia mewakili Pemerintah dalam pembahasan RUU dengan DPR-RI berdasarkan Surat Presiden No. R.60/Pres/2006, tertanggal 12 Oktober 2005. Dalam RUU inilah pertama kalinya istilah standar pelayanan diintroduksi, yakni terdapat dalam Pasal 16-17. RUU Pelayanan Publik terdiri dari 9 (sembilan) bab dan 47 (empat puluh tujuh) pasal sebagai berikut:<sup>51</sup>

- Bab I : Ketentuan Umum (Pasal 1)
- Bab II : Asas dan ruang lingkup (Pasal 2-3)
- Bab III : Penyelenggara pelayanan publik (Pasal 4-14)
- Bab IV : Penyelenggaraan pelayanan publik (Pasal 15-37)
- Bab V : Peran serta masyarakat (Pasal 38-39)
- Bab VI : Penyelesaian sengketa pelayanan publik (Pasal 40-43)
- Bab VII : Sanksi (Pasal 44-45)
- Bab VIII : Ketentuan Peralihan (Pasal 46)



## Bab IX : Ketentuan penutup (Pasal 47)

Standar Pelayanan termasuk ke dalam Bab IV mengenai penyelenggaraan pelayanan publik. Standar pelayanan selalu berdampingan dengan maklumat pelayanan (Pasal 18 dalam RUU Pelayanan Publik) karena standar pelayanan memiliki posisi sebagai masukan (*input*) sedangkan maklumat pelayanan berposisi sebagai keluaran (*output*) dari standar pelayanan.

Namun tidak lama setelah RUU tentang pelayanan publik ini dilansir, Gerakan Masyarakat Sipil mengkritiknya karena ditengarai bahwa beberapa pasal dalam RUU ini hanya menyalin pasal-pasal dalam Keputusan Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara Nomor 63 Tahun 2004 tentang Pedoman Umum Penyelenggaraan Pelayanan Publik (Kepmen PAN Nomor 63 Tahun 2004). Salah satu poin yang mendapat kritikan adalah mengenai standar pelayanan dan maklumat pelayanan yang tidak memberikan peluang bagi keterlibatan masyarakat.<sup>52</sup>

Dalam perjalanan pembahasannya yang berdurasi tahunan, partisipasi publik yang berformat standar pelayanan dan maklumat pelayanan mendapat frekuensi pembahasan yang cukup intensif. Tercatat Yayasan Lembaga Konsumen Indonesia (YLKI), Komisi Ombudsman Nasional (sekarang Ombudsman Republik Indonesia), Lembaga Administrasi Negara (LAN), akademisi, dilibatkan politisi senayan untuk mem bahas nya. Bahkan dalam pembahasan RUU ini terjadi proses *critical engagement*, yakni keterbukaan DPR-Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara terhadap masukan substansi dari organisasi masyarakat sipil dan keterbukaan untuk membuat sidang pembahasan RUU Pelayanan Publik dapat diobservasi organisasi masyarakat sipil yang terhimpun dalam Masyarakat Peduli Pelayanan Publik (MP3).<sup>53</sup>

Dalam situs resminya, jaringan MP3 mengumumkan beberapa notulensi rapatnya dengan panitia kerja (panja) RUU Pelayanan Publik. Salah satu notulensi tersebut mendokumentasikan pembahasan prinsip keterlibatan dan partisipasi warga dalam pembuatan maklumat pelayanan dan standar pelayanan.<sup>54</sup> Tak pelak jaminan terhadap partisipasi masyarakat melalui keterlibatan masyarakat dalam pembentukan piagam warga sebagai kontrak layanan yang dibuat oleh penyelenggara layanan dengan masyarakat menjadi salah satu isu kunci advokasi RUU Pelayanan Publik guna mendorong DPR-RI dan Departemen PAN mengaturnya dalam RUU.<sup>55</sup> Selain itu, organisasi masyarakat sipil yang tergabung dalam jaringan MP3 sekaligus menjadi sekretariatnya, yaitu Yappika, juga merilis *catatan hasil pemantauan sidang panja RUU Pelayanan Publik ke dalam laman resminya*. Berikut kutipan dari laman resmi Yappika:

“Pasal tentang Standar Pelayanan ditetapkan bahwa ada materi dalam SP terdaftar tambahan untuk pengawasan eksternal dan informasi yang jelas dan luas.

Pasal tentang Maklumat Pelayanan masih ada perdebatan (1) istilah antara Maklumat Pelayanan dan Piagam Warga atas usulan beberapa fraksi; (2) sejauh mana pentingnya partisipasi masyarakat pada tingkat penyusunan Piagam Warga, pemerintah menganggap partisipasi masyarakat sudah cukup dalam penyusunan Standar Pelayanan, untuk itu perlu diperjelas batasan partisipasinya; (3) Hubungan antara Standar Pelayanan dan Piagam Warga (misalnya perbandingan isi dalam Piagam Warga dan Standar Pelayanan).”<sup>56</sup>

Benar adanya terjadi perdebatan substansi menyoal standar pelayanan dan maklumat pelayanan. Kedua istilah ini diluncurkan oleh Departemen Pendayagunaan Aparatur Negara (PAN). Sementara itu, MP3 juga memiliki usulan format kontrak pelayanan dan piagam warga sebagai tandingan standar pelayanan dan maklumat pelayanan versi Departemen PAN.

*“Kontrak layanan memuat konsekuensi politik bahwa pemerintah sebagai penyelenggara negara mendapat mandat dari warga negara untuk memberikan pelayanan yang baik dan adil, dan karena oleh pemerintah mempunyai kewajiban dan warga negara mempunyai hak dalam hal penyelenggaraan pelayanan publik (social contract). Adapun istilah standar pelayanan hanya memuat pengertian administratif, tanpa konsekuensi politik, sehingga tidak membuka aspek penuntutan jika layanan itu mecederai publik..*

*... Pada akhirnya dicapai suatu kompromi, pihak MP3 menerima standar pelayanan sebagai istilah tetapi isinya memuat konsepsi tentang kontrak pelayanan.”<sup>57</sup>*

Titik temu antara Departemen PAN dengan MP3 tersebut turut mewarnai pembahasan di Komisi II DPR-RI hingga akhirnya RUU Pelayanan Publik disahkan pada Juli 2009 menjadi UU Nomor 25 Tahun 2009. Meskipun demikian masih menyisakan masalah berupa pasal-pasal yang belum sepenuhnya menguatkan pelayanan publik. Salah satu pasal yang dimaksud adalah Pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009, di mana terdapat redaksi “memperhatikan kemampuan penyelenggara” dalam menyusun dan menetapkan standar

pelayanan sementara penyusunan dan penetapan standar pelayanan telah menjadi kewajiban penyelenggara.

Pukulan telak bagi publik karena DPR sebagai representasi publik tidak konsisten mendukung publik hingga Pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009 menjadi rumusan final dan justru konsisten memberi dispensasi bagi penyelenggara (khususnya pemerintah) dengan melakukan pengulangan pengaturan ketentuan memperhatikan kemampuan pemerintah seperti sejak kali pertama SPM diatur.<sup>58</sup>

*Esensi Partisipasi Publik dalam Standar Pelayanan Sebagaimana Diatur dalam Pasal 20 Ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009*

Konsekuensi Indonesia sebagai negara *welfare state* adalah tampilnya pemerintah menjadi penyelenggara kekuasaan pemerintahan yang mengembangkan kebijakan pelayanan publik. Dalam sejarahnya,

“pelayanan publik semula dipahami secara sederhana sebagai pelayanan yang diselenggarakan oleh pemerintah. Semua barang dan jasa yang diselenggarakan oleh pemerintah kemudian disebut sebagai pelayanan publik. Literatur terdahulu umumnya menjelaskan bahwa *whatever government does is public service.*”<sup>59</sup>

Pelayanan publik seperti demikian menggambarkan hubungan pemerintah sebagai penyelenggara pelayanan publik dengan publiknya bersifat hirarkis. Pemerintah menganggap dirinya sebagai satu-satunya institusi yang paling tahu, paling bersumberdaya, dan paling mampu melayani publik. Situasi ini tidak lepas dari asumsi politis subjektif pemerintah yang menafsirkan apa yang menjadi kepentingan dan kebutuhan publik tanpa melibatkan publik. Paradigma ini oleh Janet Dernhardt dan Robert Dernhardt disebut *old public administration* (teori administrasi klasik/lama).<sup>60</sup>

Dalam tulisan Sri Yuliani, disebutkan paradigma *old public administration* ditinggalkan karena tidak lagi relevan dengan perkembangan teori dan praktek administrasi publik.

“Setelah paska Perang Dunia II ada kecenderungan ilmu administrasi publik semakin keluar dari intinya sebagai ilmu yang menginduk pada sisi manajemen atau implementasi kebijakan (orientasi internal atau Caiden menyebut sebagai studi sentripetal). Administrasi publik menjadi semakin bersifat internasional

(sentrifugal) ,bukan lagi sekedar studi tentang administrasi negara Amerika Serikat. Akibatnya, paradigma klasik dipandang tidak lagi bisa menjembatani antara teori dengan perkembangan praktek administrasi publik.”

Menjelang tahun 1970-an, George Frederickson melalui tulisannya “***The New Public Administration***” menyatakan kinerja administrasi publik tidak cukup diukur dari efisiensi dan efektivitas pencapaian tujuan organisasi. Organisasi publik harus mampu mewujudkan nilai-nilai kemanusiaan dengan mengembangkan sistem administrasi yang responsif, partisipatif, demokratis, serta dapat memberikan pelayanan publik yang berkeadilan. Pandangan Frederickson ini seolah melawan teori administrasi publik yang saat itu didominasi arus utama ekonomis.

Namun seiring menguatnya liberalisme mulai tahun 1980an, dengan naiknya Margaret Thatcher dan Ronald Reagan di pucuk pemerintahan Inggris dan AS, model administrasi publik pro-bisnis bangkit kembali dalam nama baru *The New Public Management*. Di AS, paradigma ini dipelopori oleh tulisan David Osborne dan Ted Gaebler “*Reinventing Government* “ dan di Inggris oleh Ewan Ferlie dan kawan-kawan . Paradigma *The New Public Management* pada dasarnya mengkritisi peran Negara yang gagal dalam menggerakkan roda pembangunan. Negara yang korup dan birokratis dianggap sebagai salah satu sumber penyebab kegagalan pembangunan. Untuk menyembuhkan penyakit sektor publik ini solusinya dengan menyuntikkan semangat wirausaha ke sektor publik.<sup>61</sup>

Semangat dan nilai-nilai *new public management* kemudian diadopsi oleh negara-negara dunia ketiga, termasuk Indonesia. Agus Dwiyanto menyatakan bahwa

“pemerintah Indonesia yang tertarik dengan pemikiran *new public management* mendorong aparaturnya untuk mempelajari *new public management* dengan mengadakan serangkaian lokakarya dan seminar tentang *new public management* dan *Reinventing Government*.”<sup>62</sup>

Namun seiring dengan perkembangannya, *new public management* mendapat kritik dari banyak pihak karena

“semangat yang mendasari *new public management* adalah teori *public choice* dan *managerialism* yang mengandalkan kekuatan pasar. Negara yang menerapkan *new public management* memang cenderung dapat memperbaiki kualitas pelayanan publik. Namun perbaikan pelayanan itu lebih merupaka

pemenuhan terhadap kepentingan pengguna sebagai individu (*self-interest*) untuk dilayani dengan baik. Dengan demikian, nilai-nilai seperti kepentingan publik demokrasi, persamaan, dan keadilan sosial dalam penyelenggaraan layanan cenderung terabaikan. *New public management* telah berhasil memperbaiki praktik pelayanan dengan mengembangkan berbagai standar untuk melayani *customer* yang mengaksesnya (baca: membelinya). Bagaimana dengan warga negara yang memiliki keterbatasan sosial dan ekonomi untuk mengakses layanan publik yang dikelola seperti perusahaan swasta atau pasar? Apakah ada jaminan bahwa pemerintah dan mitranya akan memperhatikan kebutuhan dan kepentingan warga yang memiliki keterbatasan/ lebih dari itu, bagaimana warga negara sebagai pemilik dan pemberi mandat pemerintah lebih dihargai dalam sistem dan proses layanan publik?"<sup>63</sup>

*New public management* setidaknya memiliki kesamaan dengan kasus *old public administration*, dalam arti "jika paradigma *old public administration* menekankan nilai-nilai ekonomis-rasional memunculkan paradigma tandingan *new public administration*"<sup>64</sup>, maka *new public management* mendapatkan tandingan dari paradigma *new public service* yang dikenal melalui

"tulisan Janet V. Dornhart dan Robert B. Dornhart yang berjudul *The New Public Service, Serving not Steering*<sup>65</sup> yang diterbitkan penerbit ME Sharpe, Inc. New York pada tahun 2003. Karya Dornhart dan Dornhart ini punya maksud sama yakni sebagai *counter paradigm* atau dapat dikatakan hendak mendekonstruksi prinsip-prinsip khususnya prinsip yang dikemukakan Osborne dan Gaebler."<sup>66</sup>

*Paradigma new public service* yang dijabarkan oleh beberapa tokoh kemudian disarikan Agus Dwiyanto,

"*New public service* berupaya mempertegas kembali bahwa hubungan antara pemerintah dan warga negara tidak seperti hubungan antara penjual dan pembeli di pasar, tetapi mereka adalah para pihak yang berkomitmen untuk bersama-sama membangun negara. Bahkan warga negara merupakan pihak yang memberikan mandat kepada pemerintah untuk menyelenggarakan kekuasaan dan pelayanan publik. Karena itu, pemerintah harus menjamin bahwa semua warga negara di manapun berada dan dengan kondisi sosial ekonomi seperti apapun dapat mengakses layanan publik secara sama. Lebih

dari itu, mereka juga harus mendapatkan kesempatan yang memadai untuk menentukan bagaimana layanan publik diselenggarakan.”<sup>67</sup>

Dalam *new public service*, dikenal mekanisme *citizen charter* yang menjadi awal mula formula standar pelayanan. Adapun *citizen charter* dapat dijelaskan melalui kutipan sebagai berikut:

*“The Citizen's Charter was officially launched in a White Paper, published in July 1991, having been trailed some three months earlier by the Prime Minister in a speech to the Conservative Central Council in Southport. Although it pursues themes (value for money, increased competition, privatisation, greater emphasis upon performance measurement, etc.) that were already well in train by the time Mr. Major took over the premiership from Mrs. Thatcher, the Charter has been presented from the outset as encapsulating the Prime Minister's personal vision of the public services in the 1990s. His foreword to the Charter White Paper makes this message clear: "to make public services answer better to the wishes of their users, and to raise their quality overall, have been ambitions of mine ever since I was a local councillor in Lambeth over 20 years ago.”*<sup>68</sup>

Pada tulisan lain tentang *citizen charter*, Colin Scott mengungkapkan:

*The Citizen's Charter programme, introduced by John Major's Conservative Administration in 1991, drew together and developed a variety of initiatives which sought to regulate the provision by both public and privatised providers of public services. Bringing together under a single set of principles the disparate institutional arrangements for overseeing the provision of public sector services, it was an example of "joined-up government" avant la lettre.*

*Within the programme standard-setting instruments ranged between new powers for utilities regulators to develop service standards, [FN16] through to forms of "enforced self-regulation", [FN17] under which service providers were either required or encouraged to develop "charter documents" setting out the level of service which their customers could expect. In both cases great emphasis was placed upon the definition and publication of performance indicators (PIs). Mechanisms for monitoring the quality of public services included well established regulatory units, such as the utilities regulators, ombudspersons and public sector audit bodies, but extended also to consumers of services themselves.”*<sup>69</sup>

Senada dengan tulisan Gavin Drewry Colin Scott, C. Willet turut mengemukakan pendapatnya mengenai *citizen charter* sebagai berikut:

*“The Citizen's Charter appears to have the potential substantively to empower consumers of public sector services, in the sense that more rights will be provided and increased information as to rights and remedies are envisaged. One problem, however, with the Charter is the assumption that consumers in the private sector (other than those in the recently-privatised industries) do not require the same empowerment. The reason for this is that the Government believes that where there is competition between the providers of goods and services, standards will be high and providers will respond more positively to complaints.”*<sup>70</sup>

Dalam tulisan lain, Gavin Drewry

*“Many countries, in recent years, have taken initiatives to "empower" their citizens by raising their critical awareness of the quality of services, and at the same time to encourage those responsible for the delivery of such services to improve their standards of performance, to operate in a more transparent way and to be more responsive to the needs and expectations of their "customers".”*<sup>71</sup>

Pernyataan Gavin Drewry tersebut dapat diakui ada benarnya. Indonesia termasuk salah satu negara yang sebenarnya ikut menginisiasi pemberdayaan warga negaranya agar berperan aktif melalui partisipasi publik dalam pelayanan publik guna mewujudkan tujuan bernegara.

UU Nomor 25 Tahun 2009 menjadi salah satu episode penting dari perjalanan panjang penyelenggaraan pelayanan publik. Dalam perjalanan tersebut terjadi perkembangan paradigma administrasi publik yang dibagi menjadi dua pembabakan, babak pertama dari dua abad yang lalu sampai dengan tahun 1970-an sedangkan babak kedua terhitung dalam kurun waktu tiga puluh tahun terakhir.<sup>72</sup> Berikut akan disajikan dalam bentuk tabel:

**Tabel 2.2.****Lima Model Administrasi Publik hingga Tahun 1970-an**

Teori dan Teoretis	Fokus Empiris (Unit Analisis)	Ciri-ciri	Nilai yang Dimaksimalkan
Model Birokrasi Kalsik Taylor, Wilson, Weber, Gulick, Urwick	Organisasi, unit usaha, instansi pemerintah, kelompok kerja	Struktur, hierarki, pengendalian, otoritas, dikotomi kebijakan administrasi, rantai perintah, kesatuan perintah, rentangan pengendalian pengangkatan/kemampuan, sentralisasi	Efisiensi, ekonomi, efektivitas
Model Neobirokrasi Symon, Cyert, March, Gore	Keputusan	Positif-logis, penelitian operasi, analisis sistem, sibernika, ilmu manajemen, produktivitas	Rasionalitas, efisiensi, ekonomi
Model Institusi Lindbloom, J. Thompson, Crozier, Downs, Mosher, Etzioni, Blau, Rigs, V. Thompson, Selznik	Keputusan (rasional), keputusan (tambahan), perilaku organisasi, perilaku individu dan organisasi. Biro dan profesi, perbandingan perilaku organisasi (kekuasaan), perilaku organisasi (pertukaran), organisasi dan	Empiris, positivis, birokrasi adalah cerminan kebudayaan, pola-pola perilaku birokrasi yang memusatkan perhatian pada kelangsungan, kompetisi, teknologi, rasionalitas, inkrementalisme, kekuasaan	Ilmu analisis yang netral tentang perilaku organisasi, inkrementalisme, pluralisme, kritik



	kebudayaan, perilaku organisasi (organimis)		
Model Hubungan Kemanusiaan McGregor, Likert, Bennis, Argyris	Individu dan kelompok kerja, hubungan pengawas/pekerja, daya guna pengawas/pekerja, perubahan perilaku	Hubungan antar pribadi dan antar kelompok, komunikasi, sanksi, motivasi, perubahan, latihan, pembagian otoritas, kebenaran prosedur, konsensus	Kepuasan pekerja, perkembangan pribadi, harga diri individu
Model Pilihan Publik Buchanan, Tullock, Olson, Mitchell, Frohlich, Oppenheimer, Young Niskanen	Hubungan organisasi/klien dan distribusi barang-barang publik, desentralisasi struktur yang tumpang tindih, sektor publik sebagai pasar, besarnya kelompok klien dan distribusi pelayanan publik, distribusi, kepemimpinan dan distribusi barang, perjanjian pelaksanaan.	Antibirokratis, penerapan ekonomi pada masalah-masalah distribusi pelayanan publik. Amat analisis, pengibaran pasar, kontrak-kontrak, desentralisasi, dan tawar-menawar.	Pilihan kehendak warga negara. Kesempatan mempergunakan pelayanan yang sama. Persaingan.

Sumber: Frederickson dalam Tjiptoherijanto (2010)

Dan berikut tabel model administrasi publik dalam kurun waktu tiga puluh tahun terakhir:

**Tabel 2.4.**

**Tiga Model Administrasi Publik Kurun Waktu Tiga Puluh Tahun Terakhir**

	Administrasi Publik ( <i>Public Administration</i> )	Manajemen Sektor Publik ( <i>Public Management</i> )	Pengelolaan yang Responsif ( <i>Responsive Governance</i> )
<i>Citizen-State Relationship</i>	Ketaatan ( <i>obedience</i> )	<i>Entitlement</i>	Pemberdayaan ( <i>empowerment</i> )
<i>Accountability of Senior Officials</i>	Para politisi ( <i>politicians</i> )	Klien ( <i>customers</i> )	Warga negara dan wali amanat ( <i>citizen and stakeholders</i> )
Prinsip Pengarahan	Output	Dampak ( <i>outcome</i> )	Proses ( <i>process</i> )
Karakteristik utama	<i>Impartiality</i>	<i>Professionalism</i>	<i>Responsiveness</i>

Sumber: United Nation, Department of Economic and Social Affairs, World Public Sector Report, 2005, New York: USA, 2005 dalam Tjiptoherijanto (2010)

Model administrasi publik sebagaimana dipresentasikan pada tabel di atas juga diadaptasikan di negara-negara Asia. Dalam artikelnya berjudul Meningkatkan Kepercayaan pada Lembaga Pemerintahan: Kasus di Indonesia, Tjiptoherijanto menyatakan bahwa Indonesia telah berada pada sebuah proses sadar untuk melakukan perubahan dan mereformasi administrasi publiknya. Warga negara Indonesia memiliki tuntutan atas pelayanan publik yang lebih cepat, lebih baik, dan lebih murah.

“Mereka juga menuntut pemerintahan yang lebih efektif dan efisien. Agar negara dapat memnuhi tuntutan masyarakat tersebut, maka negara harus mereformasi administrasi publiknya menjadi lebih demokratis, efisien, dan menciptakan pemerintahan yang berorientasi pada masyarakat. Pemerintahan yang baik adalah pemerintah yang tidak hanya bekerja sebatas rutinitas kerja yang telah dibuat sebelumnya. Namun, pemerintah yang mampu melibatkan masyarakat, swasta, dan kelompok-kelompok kepentingan lainnya untuk berperan aktif dan menjadi aktor yang sejajar dalam meningkatkan pelayanan publik.”<sup>73</sup>

Tuntutan seperti demikian juga diperkuat argumentasi Robert K. Merton yang menganggap inefisiensi dalam pemerintahan terjadi ketika anggota-anggotanya terlalu asyik dengan penerapan tata tertib yang bertele-tele sampai menyebabkan hilangnya fokus terhadap tujuan sebenarnya dari tindakan-tindakan mereka. Selengkapnya Robert K. Merton menyatakan bahwa:

“Disiplin bisa efektif sejauh pola-pola ideal didukung oleh sentimen-sentimen yang kuat dan yang menimbulkan pengabdian kepada kewajiban-kewajiban seseorang, satu pengertian yang tepat tentang batas-batas otoritas dan kompetensi seseorang, dan kinerja metadis aktivitas-aktivitas rutin. Efektivitas struktur sosial akhirnya tergantung kepada pelembagaan sikap-sikap dan perasaan-perasaan yang tepat kepada para partisipan. Sentimen-sentimen ini seringkali jauh lebih kuat daripada yang diperlukan secara teknis..

Tapi penekanan yang sangat berlebihan ini menyebabkan peralihan sentimen-sentimen dan tujuan-tujuan organisasi kepada hal-hal khusus tentang perilaku yang dikehendaki oleh tata tertib organisasi. Kepatuhan terhadap tata tertib, yang awalnya dipahami sebagai sarana pencapaian tujuan-tujuan organisasi berubah menjadi tujuan kepatuhan itu sendiri; maka terjadilah proses peralihan tujuan-tujuan yang sudah tidak asing lagi sehingga nilai instrumental menjadi nilai tujuan. Disiplin, yang telah ditafsirkan sebagai penyesuaian diri terhadap aturan-aturan organisasi, tanpa memandang situasunya, dipandang bukan sebagai suatu ukuran yang didesain untuk tujuan-tujuan khusus namun menjadi nilai jangka pendek dalam kehidupan organisasi birokrat.”<sup>74</sup>

Terhadap situasi stagnan tersebut (pelayanan publik yang berparadigma *old public administration*), pelayanan publik mendapatkan momen pembaharuannya

“seiring diadopsinya pendekatan berorientasi pasar yang menyebabkan masyarakat didefinisikan sebagai konsumen atau klien dan karenanya memiliki implikasi terhadap pola hubungan antara pemerintah dengan masyarakat. Dalam pola hubungan yang baru tersebut melibatkan adanya transaksi keuangan antara masyarakat dengan pemerintah dalam proses penyediaan pelayanan publik. Kondisi semacam ini di negara berkembang dapat merugikan kelompok masyarakat miskin yang tidak memiliki kapasitas keuangan sebagai konsumen atau pengguna pelayanan.”<sup>75</sup>

Pelayanan publik yang berorientasi pasar tersebut tidak lain adalah pelayanan publik yang berparadigma *new public management* (NPM).

“Paradigma ini meyakini bahwa ketika organisasi publik mulai menganggap bahwa publik adalah sama dengan *customer*, maka aparat pemerintah pun seharusnya sudah mulai mendudukkan diri sebagai alat pemuas *customer* tersebut. Simplifikasi yang terjadi dalam NPM pun ternyata tidak sepenuhnya benar, sebab publik berbeda dengan *customer* yang ada pada sektor swasta. Pelayanan pada aras pelanggan bermakna, harus ada input atas pelayanan yang diberikan, dan ini beraras kepada *profit oriented*. Padahal pelayanan publik tidaklah selalu demikian, ada pelayanan publik yang tidak bermuatan keuntungan seperti sekolah, apnti jompo, pertahanan keamanan, dan kebersihan. Sehingga paradigma ini oleh Dernhardt dianggap tidak mungkin membawa publik memperoleh kepuasan dalam pelayanan publik.”<sup>76</sup>

Paradigma NPM yang sederhananya mengasumsikan publik sebagai pelanggan kemudian mendapat antitesis paradigma baru yaitu *new public service* (NPS).

“paradigma NPS menyatakan bahwa pelayanan publik dapat berjalan dengan baik manakala publik didudukkan sebagai publik. Setiap warga negara adalah publik yang berhak mendapatkan pelayanan publik secara baik. Sedangkan pemerintah berkewajiban mendesain pelayanan yang bermuara pada kepuasan publik. Untuk menuju hal tersebut pemerintah dapat membuat pelayanan publik secara lebih baik melalui mekanisme demokrasi yang dimiliki pemerintah.”<sup>77</sup>

Pembentukan UU Nomor 25 Tahun 2009 tidak terlepas dari model dan paradigma administrasi publik. Untuk mendapatkan gambaran kecenderungan paradigma yang menginspirasi UU Nomor 25 Tahun 2009, berikut dipaparkan komparasi paradigma administrasi publik:

Tabel 2.3.

## Tabulasi Komparasi Paradigma Administrasi Publik

Aspek	<i>Old Public Administration</i>	<i>New Public Management</i>	<i>New Public Service</i>
Dasar teoritis dan landasan epistemologi	Teori politik, yang menafikan ilmu sosial	Teori ekonomi, yang diperlengkap dengan dialog berdasarkan positivistik ilmu sosial	Teori demokrasi, yang divariasikan dengan pendekatan pengetahuan termasuk positivistik, interpretatif dan kritis
Konsepsi kepentingan publik	Kepentingan publik adalah sesuatu yang didefinisikan secara politis yang diekspresikan dalam atura hukum	Kepentingan publik merepresen-tasikan agregasi kepentingan individu	Kepentingan publik adalah hasil dari dialog bersama tentang berbagai nilai
Kepada siapa penyelenggara pelayanan harus bertanggung jawab	Klien dan pemilih	Pelanggan	Warga negara
Peran pemerintah	Pengayuh ( <i>rowing</i> ). Mendesain dan menerapkan kebijakan yang terfokus pada satu tujuan politis tertentu	Mengarahkan ( <i>steering</i> ). Bertindak sebagai katalis untuk melepaskan kekuatan pasar.	Melayani ( <i>serving</i> ). Bernegosiasi dan mengelaborasi berbagai kepentingan warga negara dan komunitas / kelompok masyarakat
Akuntabilitas	Menurut hirarki administratif. Bertanggung jawab kepada pemimpin	Berdasar kehendakan pasar sebagai akumulasi dari kepentingan	Multi dimensi, multi aspek. Tunduk pada hukum, nilai-nilai masyarakat, norma

	politik	pelanggan	politik, standar profesional, dan kepentingan warga negara
Diskresi administratif	Diskresi terbatas	Garis yang melebar untuk mencapai tujuan kewirausahaan	Diskresi dibutuhkan tetapi terbatas
Struktur organisasi	Birokratis, otoritas atas bawah, kontrol regulasi klien	Organisasi publik yang terdesentralisasi	Struktur yang terkolaborasi dengan kepemimpinan bersama antara eksternal dan internal
Dasar motivasi dari pelayan dan administrator	Dibayar dan mendapat keuntungan. Perlindungan pelayan publik	Semangat wirausaha, dan ideologis untuk pengurangan besaran pemerintah	Pelayanan publik untuk kepentingan masyarakat

Sumber: diadaptasi dari Dernhardt dan Dernhardt (2003) dalam Indiahono (2009) dan Naskah Akademik RUU Pelayanan Publik versi MP3, dengan pengolahan.

Berdasarkan keterangan dari tabel di atas, UU Nomor 25 Tahun 2009 menurut MP3 dinilai

“lahir ditengah menguatnya pendekatan administrasi dan paradigma pasar dalam pengelolaan pelayanan publik di Indonesia. Meskipun pendekatan pemenuhan hak dasar belum secara utuh menjiwai seluruh substansi UU nomor 25 tahun 2009 tentang Pelayanan Publik. Tetapi, beberapa pasalnya membuka ruang yang cukup besar bagi lahirnya inovasi pelayanan publik yang lebih berpihak pada masyarakat dan mendesak untuk segera diimplementasikan.”<sup>78</sup>

Beberapa pasal benar adanya memiliki kecenderungan terinspirasi dari paradigma NPS walaupun tidak secara eksplisit dinyatakan oleh pembentuk undang-undangnya. Salah satu kristalisasi paradigma NPS dalam UU Nomor 25 Tahun 2009 tidak lain adalah standar pelayanan dan maklumat pelayanan sebagaimana menjadi fokus penelitian. Standar pelayanan dan maklumat pelayanan difungsikan menjadi kran pengalir arus partisipasi publik dalam wadah pelayanan publik.

Dengan demikian esensi partisipasi publik dalam standar pelayanan sebagaimana diatur dalam Pasal 20 Ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009 dengan mengadaptasi paradigma *new public service* adalah upaya demokratisasi yang dilakukan oleh publik untuk memperjuangkan eksistensinya sebagai warga negara yang menghendaki peran serta aktif dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Namun tersisa masalah karena inkonsistensi dalam legislasinya sehingga berpotensi mereduksi esensi partisipasi publik dalam standar pelayanan sebagaimana diatur dalam Pasal 20 Ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009.

## **PENUTUP**

### **1. Simpulan**

1. DPR sebagai representasi publik tidak konsisten mendukung publik hingga Pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009 menjadi rumusan final dan justru konsisten memberi dispensasi bagi penyelenggara (khususnya pemerintah).
2. Esensi partisipasi publik dalam standar pelayanan sebagaimana diatur dalam Pasal 20 Ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009 dengan mengadaptasi paradigma *new public service* adalah upaya demokratisasi yang dilakukan oleh publik untuk memperjuangkan eksistensinya sebagai warga negara yang menghendaki peran serta aktif dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Namun tersisa masalah karena inkonsistensi dalam legislasinya sehingga berpotensi mereduksi esensi partisipasi publik dalam standar pelayanan sebagaimana diatur dalam Pasal 20 Ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009.

### **2. Saran**

1. DPR seyogyanya melakukan revisi Pasal 20 ayat (1) UU Nomor 25 Tahun 2009 agar fungsi representasi yang melekat dalam fungsi legislasi DPR benar-benar dapat dilaksanakan secara konsisten;

2. Publik seyogyanya terus mengawal dan mengawasi implementasi UU Nomor 25 Tahun 2009 agar pelayanan publik berjalan dalam treknya guna memajukan kesejahteraan umum di Indonesia.



## Legislasi Fikih Ekonomi untuk Mewujudkan Sistem Ekonomi Alternatif yang Berkeadilan

Khotibul Umam

### A. Pendahuluan

Negara Indonesia adalah negara hukum, begitulah penegasan Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia pasca amandemen ke-3. Makna yang dapat digali dari pernyataan konstitusi dimaksud, antara lain bahwa penyelenggaraan negara dalam berbagai aspek kehidupan, baik dalam ranah publik maupun privat senantiasa harus mendasarkan pada ketentuan hukum yang berlaku.

Proklamasi kemerdekaan yang merupakan detik penjebolan tertib hukum kolonial untuk kemudian diganti dengan tertib hukum nasional, berimplikasi bagi penyelenggara negara untuk membuat hukum yang sejalan dengan kepribadian bangsa Indonesia. Tertib hukum kolonial yang mengedepankan nilai-nilai liberalisme dan kapitalisme harus segera diganti dengan ketentuan hukum yang sesuai dengan ideologi bangsa Indonesia, yakni Pancasila.

Adapun mengenai ketentuan hukum yang sudah berlaku sebelum Indonesia merdeka untuk beberapa masih dinyatakan berlaku, sebelum diganti dengan yang baru berdasarkan undang-undang dasar ini. Hal ini ditegaskan dalam Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 sebelum perubahan. Secara faktual pun tiga tradisi hukum, yakni tradisi Hukum Adat, Hukum Islam, dan Hukum Belanda masih hidup dalam masyarakat, walaupun dengan performa yang berbeda sesuai dengan filsafat maupun faktor historisnya (Lukito, 2008: v).

Perkembangan dalam bidang hukum sangat berpengaruh terhadap perekonomian nasional, karena aspek hukumlah yang akan membingkai suatu sistem perekonomian dan kegiatan ekonomi masyarakat suatu negara. Sebaliknya, Konfigurasi sistem perekonomian yang dipilih akan berpengaruh terhadap substansi dari hukum (*legal substance*). Apa sistem ekonomi yang dianut oleh Indonesia? Hal ini dapat kita lihat dalam Pasal 33 UUD 1945 pasca amandemen, yaitu sebagai berikut:

- (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan.
- (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasi oleh negara.
- (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasi oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.
- (4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.
- (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang.

Bangun usaha yang sesuai dengan ketentuan pasal 33 UUD 1945 tersebut adalah Koperasi dan Badan Usaha Milik Negara (BUMN). Penguasaan dan pengelolaan negara atas sumber kekayaan yang menguasai hajat hidup rakyat banyak tersebut dapat pula dilakukan melalui kerjasama dengan sektor swasta secara kemitraan. Idealita yang dibangun oleh para pendiri negara ini, dalam implementasinya tidak sepenuhnya berjalan. Sistem ekonomi yang hendaknya mendasarkan pada nilai-nilai Pancasila, kemudian bergeser ke arah sistem kapitalis yang lebih mengedepankan pada kekuatan modal.

Islam sebagai *the comprehensive way of life* dan merupakan agama yang dianut oleh mayoritas penduduk Indonesia, pada hakikatnya mempunyai prinsip-prinsip yang dapat diterapkan dalam kegiatan ekonomi masyarakat dan mampu menjadi substansi hukum nasional yang sesuai dengan sistem ekonomi Pancasila. Penerapan prinsip-prinsip Islam atau yang lebih dikenal dengan prinsip syariah ke dalam kegiatan ekonomi, secara konstitusional juga sejalan dengan Pasal 29 UUD 1945, yang intinya menyatakan bahwa negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa, dan negara juga memberikan jaminan kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Penerapan prinsip syariah dalam kegiatan ekonomi, khususnya dalam kegiatan lembaga-lembaga keuangan bank dan nonbank, lembaga pembiayaan, koperasi, serta legislasi fikih ekonomi ke dalam hukum nasional akan menjadi pokok bahasan dalam makalah ini. Pendekatan yang digunakan dalam makalah ini adalah pendekatan sejarah (*historical approach*) dan pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*).

## **B. Analisis dan Pembahasan**

### **1. Penerapan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Perekonomian di Indonesia**

Perkembangan penerapan ekonomi syariah di Indonesia berkembang dengan begitu pesat. Dimulai dari sektor perbankan yang pada tahun 1992 telah diperkenalkan dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan dengan istilah Bank Bagi Hasil, kemudian semakin dimantapkan dengan diamandemennya undang-undang tersebut melalui Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 yang mengakui adanya Bank Berdasarkan Prinsip Syariah di samping Bank Konvensional, serta terakhir dengan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Sukses penerapan prinsip syariah dalam perbankan kemudian diikuti dengan upaya penerapan prinsip syariah ke dalam lembaga keuangan bukan bank, antara lain asuransi, reksa dana, pasar modal, serta lembaga pembiayaan dan koperasi. Inti penerapan prinsip syariah dalam kegiatan transaksi keuangan adalah menghilangkan unsur-unsur yang dilarang dalam Islam, yakni unsur perjudian (*maysir*), ketidakpastian (*gharar*), bunga (*riba*), suap-menyuap (*ryswah*), dan kebathilan, kemudian menggantinya dengan prinsip yang dibenarkan Islam, seperti prinsip jual beli, prinsip sewa-menyewa, prinsip bagi hasil, prinsip pinjam-meminjam nirbunga, dan prinsip jasa yang lazim dikenal dengan prinsip syariah. Adapun obyek atas transaksi yang dilakukan bukanlah obyek yang secara materiil bertentangan dengan ajaran Islam.

Apabila kita menengok definisi prinsip syariah dalam berbagai peraturan perundang-undangan, antara lain dalam Pasal 1 angka 12 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, ditegaskan bahwa Prinsip Syariah adalah prinsip hukum

Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah. Lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah, yaitu Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI).

DSN yang dibentuk pada tahun 1999 adalah lembaga yang beranggotakan para ahli hukum Islam (*fuqaha*) serta ahli dan praktisi ekonomi, terutama sektor keuangan, baik bank maupun non-bank, berfungsi untuk melaksanakan tugas-tugas MUI dalam mendorong dan memajukan ekonomi umat. Di samping itu, lembaga ini pun bertugas, antara lain menggali, mengkaji, dan merumuskan nilai dan prinsip-prinsip hukum Islam (syariah) untuk dijadikan pedoman dalam kegiatan transaksi di lembaga-lembaga keuangan syariah, serta mengawasi pelaksanaan dan implementasinya (Sam, 2006: xiv). Dengan demikian fatwa yang dikeluarkan dapat dijadikan pedoman bagi lembaga keuangan bank dan non bank, lembaga pembiayaan, dan koperasi dalam menjalankan kegiatan usahanya.

Mengenai pelaksanaan prinsip syariah dalam produk perbankan diatur dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Adapun secara teknis diatur melalui Pasal 2 dan Pasal 3 PBI No. 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana Dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syariah, serta Surat Edaran Bank Indonesia (SEBI) No. 10/14/DPbS Jakarta, 17 Maret 2008 Perihal Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah. Dalam rangka menyesuaikan dengan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008, PBI No. 9/19/PBI/2007 dimaksud telah diubah dengan PBI No. 10/16/PBI/2008.

Pasal 2 PBI No. 10/16/PBI/2008 intinya menyatakan bahwa kegiatan usaha penghimpunan dana, penyaluran dana dan pelayanan jasa bank berdasarkan Prinsip Syariah yang dilakukan oleh Bank merupakan jasa perbankan. Pelaksanaan dari kegiatan dimaksud wajib memenuhi Prinsip Syariah, yakni dengan memenuhi ketentuan pokok hukum Islam antara lain prinsip keadilan dan keseimbangan (*'adl wa tawazun*), kemaslahatan (*maslahah*), dan universalisme (*alamiyah*) serta tidak mengandung *gharar*, *maysir*, *riba*, *zalim* dan objek haram.

Kemudian Pasal 3 PBI No. 9/19/PBI/2007 menegaskan bahwa Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) dilakukan sebagai berikut:

- a. dalam kegiatan penghimpunan dana dengan mempergunakan antara lain Akad *Wadi'ah* dan *Mudharabah*;
- b. dalam kegiatan penyaluran dana berupa Pembiayaan dengan mempergunakan antara lain Akad *Mudharabah*, *Musyarakah*, *Murabahah*, *Salam*, *Istishna'*, *Ijarah*, *Ijarah Muntahiyah Bitamlik* dan *Qardh*; dan
- c. dalam kegiatan pelayanan jasa dengan mempergunakan antara lain Akad *Kafalah*, *Hawalah*, dan *Sharf*.

Dalam kehidupan sehari-hari kita juga sering mendengar *Baitul Maal Wat Tamwil* (BMT). BMT merupakan salah satu bentuk lembaga yang menerapkan prinsip syariah dengan status badan hukum Koperasi, yakni Koperasi Jasa Keuangan Syariah (KJKS) atau Unit Jasa Keuangan Syariah Koperasi (UJKS Koperasi). Peran BMT hampir sama dengan bank, yaitu sebagai lembaga intermediasi keuangan, yakni menarik dana dari masyarakat

dalam bentuk simpanan dan menyalurkan kembali ke masyarakat yang memerlukan dalam bentuk kredit atau pembiayaan. Perbedaannya kalau bank penarikan dana bersifat langsung dari masyarakat, sedangkan KJKS BMT hanya dapat dilakukan terhadap anggota, calon anggota, koperasi lain dan anggotanya. Hal ini sejalan dengan pengertian koperasi sebagaimana tertuang dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian, yaitu sebagai badan usaha yang beranggotakan orang-seorang atau badan hukum Koperasi dengan melandaskan kegiatannya berdasarkan prinsip Koperasi sekaligus sebagai gerakan ekonomi rakyat yang berdasar atas asas kekeluargaan.

Berbeda dengan koperasi konvensional yang mendasarkan pada prinsip bunga (*interest based*), KJKS mendasarkan pada prinsip syariah untuk produk simpanan/tabungan dan pembiayaan. Skema simpanan dapat mendasarkan pada prinsip titipan (*wadiah*) atau bagi hasil (*mudharabah*); Skema pembiayaan dapat mendasarkan pada akad jual beli (*murabahah, salam, istishna*), akad bagi hasil (*mudharabah, musyarakah*), akad sewa-menyewa (*ijarah, ijarah muntahia bit tamlik*), akad pinjam-meminjam tanpa bunga (*qardh, qardh al-hasan*). Hal demikian menunjukkan adanya produk yang lebih variatif dari KJKS dibandingkan dengan Koperasi Konvensional.

Dalam sebuah publikasi yang diterbitkan oleh *Islamic Research and Training Institute* ditegaskan bahwa BMT sebagai lembaga keuangan mikro adalah sebagai berikut:

*A BMT essentially has two components: Baitul Maal or the house of social assets (institutions that pools zakat, infaq, and sadaqah) and Baitul Tamwil or the house of business development. A BMT generally goes through two important stages in its development. The first stage involves establishment of BMT by 20-40 founding members. In the second stage, BMT gets integrated with groups of microentrepreneurs, also known as Pokusma (Kelompok Usaha Muamalat) or KUBE (Kelompok Usaha Bersama) (Obaidullah, 2008: 52).*

Dengan demikian secara esensial BMT memiliki dua macam kegiatan yaitu kegiatan yang berorientasi keuntungan dan kegiatan yang berorientasi sosial. Keduanya merupakan jiwa dari BMT, sehingga sudah seharusnya keduanya dilaksanakan secara proporsional.

Secara umum produk BMT dalam rangka melaksanakan fungsinya dapat diklasifikasikan menjadi empat macam, yaitu: (1) produk penghimpunan dana; (2) produk penyaluran dana; (3) produk jasa; dan (3) produk *tabarru'* berupa Zakat, Infaq, Shadaqah, Wakaf, dan Hibah. Dengan demikian sebagaimana namanya, BMT menjalankan dua misi, yaitu misi sosial (*tabarru'*) dan misi mendapatkan keuntungan (*tamwil*). Kesemuanya itu hendaknya mampu dilaksanakan oleh BMT secara proporsional (Umam, 2009: 44).

Berdasarkan pembahasan dimaksud dengan mengambil contoh mengenai penerapan prinsip syariah pada perbankan dan koperasi, dapat penulis tegaskan bahwa ciri khas kegiatan perekonomian Islam adalah perlunya melaksanakan fungsi ekonomi dan fungsi sosial secara proporsional. Fungsi ekonomi terlihat dari produk-produk yang berorientasi keuntungan, sementara fungsi sosial terlihat dalam produk-produk yang ditujukan untuk kepentingan sosial keagamaan. Ada dimensi duniawi dan *ukhrowi* yang hendak dicapai dalam ekonomi syariah. Oleh karena itu legislasi prinsip-prinsip Islam, menurut hemat penulis sejalan dengan sistem ekonomi Pancasila yang kita anut, yakni bahwa prinsip-

prinsip Islam (Syariah) dapat mewujudkan sistem ekonomi yang menjunjung tinggi aspek Ketuhanan, Kemanusiaan, Persatuan, Permasyarakatan, dan Keadilan Sosial.

## 2. Legislasi Fikih Ekonomi ke dalam Hukum Nasional

Sepanjang sejarah perjalanan hukum di Indonesia, kehadiran hukum Islam dalam tata hukum nasional merupakan perjuangan ekistensi. Hukum Islam selalu mempertahankan eksistensinya baik sebagai hukum tertulis, maupun tidak tertulis dalam berbagai lapangan dan praktik hukum. Keberadaan Hukum Islam dalam hukum nasional dapat dibedakan dalam empat bentuk, yaitu:

- a. Sebagai bagian integral dari hukum nasional Indonesia;
- b. Diakui kemandirian, kekuatan, dan wibawanya oleh hukum nasional dan diberi status sebagai hukum nasional;
- c. Sebagai penyaring bagi materi-materi hukum nasional Indonesia; dan
- d. Sebagai bahan dan unsur bagi pembentukan hukum nasional (Barakatullah dan Prasetyo, 2006: 70).

Apabila dilihat dari perspektif historis, secara ringkas sebelum lahirnya Undang-Undang Dasar 1945, kedudukan hukum Islam dapat dibagi menjadi dalam dua periode, yaitu:

### a. Periode Penerimaan Hukum Islam Sepenuhnya

Penerimaan Hukum Islam sepenuhnya, yang disebut juga dengan *receptio in complexu* adalah periode ketika Hukum Islam diberlakukan sepenuhnya bagi orang Islam karena mereka telah memeluk agama Islam. Hukum Islam telah berlaku di kerajaan-kerajaan Islam di Nusantara bahkan setelah kedatangan VOC, hukum kekeluargaan Islam yakni hukum perkawinan dan hukum waris tetap diakui oleh Belanda. Oleh VOC hukum kekeluargaan itu diakui dan dilaksanakan dengan bentuk peraturan *Resolutie der Indische Regeering* tanggal 25 Mei 1760 yang merupakan kumpulan aturan hukum perkawinan dan hukum kewarisan Islam yang dikenal sebagai *Compedium Freijer*. Hukum Islam yang telah berlaku dari zaman VOC oleh Hindia Belanda diberi dasar hukum dalam *Regeeringsreglement* (RR) tahun 1855, yang antara lain dalam Pasal 75 disebutkan bahwa: "Oleh Hakim Indonesia hendaklah diberlakukan undang-undang agama (*Godsdientigewtten*)...." (Afdol, 2006: 77).

### b. Periode Penerimaan Hukum Islam oleh Hukum Adat

Penerimaan hukum Islam oleh Hukum Adat yang disebut juga teori *receptie*, menyatakan bahwa hukum Islam baru berlaku bila dikehendaki atau diterima oleh Hukum Adat. Pendapat Snouck Hurgronje ini diberi dasar hukum dalam Undang-undang Dasar Hindia Belanda sebagai pengganti RR yang disebut *Wet op de Staatsinrichting van Nederlands Indie*, disingkat *Indische Staatsregeling* (IS) (Afdol, 2006: 77).

"Dalam IS yang diundangkan dengan Stbl. 1929. 212, Hukum Islam dicabut dari lingkungan tata hukum Hindia Belanda. Pasal 134 ayat (2) IS tahun 1929

menentukan: “Dalam hal terjadi perkara perdata antara sesama orang Islam akan diselesaikan oleh hakim agama Islam, apabila Hukum Adat mereka menghendaknya dan sejauh itu tidak ditentukan lain dengan suatu ordonansi.”

Setelah proklamasi kemerdekaan 17 Agustus 1945 dan berlakunya UUD 1945, teori *receptie* yang dasar hukumnya IS menjadi tidak berlaku. Walaupun menggunakan dasar Aturan Peralihan Pasal II UUD 1945 yang menentukan, “Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini”, tidak dengan sendirinya Pasal 134 ayat (2) IS itu dapat berlaku. Hal ini disebabkan dasar hukum yang ditetapkan oleh suatu Undang-Undang Dasar yang tidak berlaku lagi tidak dapat dijadikan dasar hukum bagi suatu Undang-Undang Dasar baru yang sama sekali tidak mengatur hal itu (Sunny, 1994: 74).

Setelah berlakunya UUD 1945, Hukum Islam berlaku bagi bangsa Indonesia yang beragama Islam karena kedudukan Hukum Islam itu sendiri, bukan karena ia telah diterima oleh Hukum Adat. Pada awal kemerdekaan negara Republik Indonesia, para pendiri negara telah meletakkan dasar-dasar hukum yang Islami. Hal ini dapat dikaji dari alenia ketiga Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 yang antara lain menyatakan bahwa kemerdekaan Republik Indonesia adalah “Atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa”. Pada alenia keempat dirumuskan antara lain: “...susunan negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar pada: Ketuhanan Yang Maha Esa....” Selanjutnya di dalam batang tubuh UUD 1945, Pasal 29 menentukan:

- (1) Negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa
- (2) Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaan itu.

Dengan landasan Pasal 29 ayat (1) tersebut berarti semua peraturan yang dibuat dalam rangka melaksanakan Undang-Undang Dasar 1945 tidak boleh bertentangan dengan ajaran Ketuhanan Yang Maha Esa. Menurut Hazairin, memperlakukan atau melanjutkan teori *receptie* bertentangan dengan niat membentuk Negara Republik Indonesia sebagaimana tertuang dalam pembukaan UUD 1945, dan juga bertentangan dengan Bab XI UUD 1945. Memahami Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945, menurut Beliau haruslah dengan jiwa besar, jiwa merdeka dari penjajahan Belanda di bidang hukum. Berdasarkan teori Hazairin ini dapat dinyatakan bahwa:

1. Teori *Receptie* telah patah, tidak berlaku dan *exit* dari tata negara Indonesia sejak 1945 dengan kemerdekaan Bangsa Indonesia dan mulai berlakunya UUD 1945 dan dasar Negara Indonesia. Demikian pula keadaan ini setelah adanya Dekrit Presiden tanggal 5 Juli 1959 untuk kembali kepada UUD 1945.
2. Sesuai dengan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945, Negara Republik Indonesia berkewajiban membentuk hukum nasional Indonesia yang bahannya adalah hukum agama.
3. Hukum agama yang masuk dan menjadi hukum nasional Indonesia itu bukan hanya Hukum Islam saja, melainkan juga hukum agama lain untuk pemeluk agama lain tersebut. Hukum agama di bidang hukum perdata dan hukum pidana diserap menjadi

hukum nasional Indonesia. Itulah hukum baru Indonesia dengan dasar Pancasila (Ichtijanto, 1994: 131).

Dalam konteks pemberlakuan hukum Islam, muncul berbagai *counter theory* atas teori-teori masa kolonial. Bila dipetakan, paling tidak ada tiga teori yang muncul sebagai reaksi teori-teori masa kolonial tersebut yang intinya menolak teori *receptie*. Ketiga teori itu adalah teori *receptie exit*, *receptie a contrario*, dan teori eksistensi. Bersamaan dengan itu, teori tersebut mengakui serta mempertegas keberadaan hukum Islam dalam Pancasila dan UUD 1945. Penjelasan ketiga teori tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Teori *receptie exit* adalah sebuah teori yang dikemukakan oleh Hazairin, yang menyatakan bahwa teori *receptie* harus *exit* (keluar) dari teori hukum Islam Indonesia, karena bertentangan dengan UUD 1945 serta al-Qur'an dan Al-Hadis (Hazairin, 1974: 116).
- b. Teori *receptie a contrario*, yaitu teori yang dikemukakan oleh Sayuthi Thalib. Sesuai dengan semangat namanya, ia merupakan kebalikan dari teori *receptie*. Menurutnya bahwa hukum yang berlaku bagi rakyat Indonesia adalah hukum agamanya, hukum adat hanya berlaku jika tidak bertentangan dengan hukum Agama (Thalib, 1982: 58).
- c. Teori Eksistensi. Merupakan teori yang dikemukakan oleh Ichtijanto, teori ini pada dasarnya mempertegas teori *receptie a contrario* dalam hubungannya dengan hukum nasional. Menurut teori ini, hukum Islam mempunyai spesifikasi: (a) telah ada sebagai bagian integral dari hukum nasional; (b) telah ada dengan kemandirian dan kewibawaannya, bahkan ia telah diakui oleh hukum nasional serta diberi status sebagai hukum nasional; (c) norma hukum Islam telah ada dan berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional; (d) telah ada dalam arti sebagai bahan utama dan sumber utama hukum nasional (Ichtijanto, 1990: 86).

Setelah munculnya tiga teori tersebut, maka legalisasi dan legislasi hukum Islam di Indonesia, mulai menampakkan kemajuannya. Hal itu ditandai dengan munculnya berbagai peraturan perundang-undangan, meskipun secara eksplisit tidak menyebutkan sebagai undang-undang Islam, akan tetapi substansinya diambil dari hukum Islam, terutama kitab-kitab fikih (Aripin, 2010: 280). Misalnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik yang merupakan kelanjutan dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara, serta Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah berikut Peraturan Bank Indonesia sebagai peraturan pelaksanaannya.

Jika diamati masyarakat Islam Indonesia, khususnya para tokoh muslim yang terlibat dalam pembahasan mengenai pemberlakuan hukum Islam di Indonesia, setidaknya ada dua kelompok, yaitu kelompok yang menekankan pada pendekatan normatif (formalisme) dan kelompok yang menekankan pada pendekatan kultural (budaya). Pendekatan ini sebagai perwujudan kehidupan politik dari masing-masing kelompok, atau justru sebaliknya, yakni bahwa cermin politik mereka sebagai wujud keyakinan terhadap jenis pendekatan tersebut.

Hal ini juga sekaligus sebagai jawaban dari persoalan bagaimana penerapan hukum Islam, ketika disepakati bahwa hukum Islam merupakan salah satu dari tiga bahan baku dalam pembinaan hukum nasional (Azizy, 2002: 194).

*Pertama*, pendekatan formal (normatif). Menurut pendapat ini, hukum Islam harus ditetapkan kepada mereka yang sudah mengucapkan dua kalimat syahadah atau sudah masuk Islam. Istilah “positivisasi hukum Islam” tidak akan populer, kecuali berarti bahwa mereka yang beragama Islam harus menjalankan atau dipaksakan untuk menerima hukum Islam dalam kehidupan sehari-hari. Oleh karena itu, proses kehidupan politik, termasuk partai politik, adalah dalam rangka atau sebagai alat untuk menerapkan hukum Islam secara normatif dan formal ini. Konsekuensinya, pelaksanaan Piagam Jakarta menjadi persoalan besar dan serius yang harus selalu diperjuangkan, oleh karena merupakan satu-satunya cara untuk penerapan hukum Islam secara formal di negara Indonesia. Jika ditarik ke atas lagi dari sisi ekstrimitas, pendekatan ini menjadi skriptualis dan tekstualis yang biasanya kurang mempertimbangkan kontekstual dan lingkungan sosiologis. Pada dasarnya pendekatan normatif tidak terlalu jelek jika akan diposisikan sebagai pengontrol. Namun jika berlebihan akan sampai pada skriptualis dan pemaksaan tersebut. Sampai batas ini, upaya positivisasi tidak merupakan jawaban karena cenderung pada pemaksaan secara formal ideologis. Dan jika pendekatan ini yang diterapkan, persoalan yang muncul adalah hukum Islam mana yang dimaksud? Pertanyaan ini sangat serius, terutama sekali ketika ditemukan kenyataan terjadinya perbedaan pendapat tentang hukum Islam itu sendiri. Persoalan seperti inilah yang sering terjadi sebagai eksese upaya islamisasi di beberapa negara di Timur Tengah yang kemudian hampir tidak pernah selesai. Tampaknya pertanyaan hukum Islam yang mana ini yang akan selalu muncul ke permukaan, seandainya perjuangan menerapkan Piagam Jakarta itu berhasil. Persoalan tersebut bukan masalah kecil, namun dapat menjadi masalah serius, terutama sekali ketika tidak dapat disatukan dalam menerima definisi tentang hukum Islam itu sendiri (Azizy, 2002: 194).

*Kedua*, pendekatan kultural. Menurut pendapat ini, yang terpenting bukan formalisme penerapan hukum Islam atau dengan pendekatan normatif ideologis, namun penyerapan nilai-nilai hukum Islam ke dalam masyarakat itulah yang lebih penting. Barangkali dapat dijadikan contoh pendekatan yang kedua ini adalah ungkapan K.H. M.A. Sahal Mahfudh. Menurutnya:

“Terciptanya hukum yang ideal dalam masyarakat madani dengan demikian harus dimulai juga dengan menyerap nilai-nilai hukum universal tersebut di atas dalam kerangka kemasyarakatan yang proporsional. Nilai-nilai hukum universal yang dimaksudkan itu meliputi: keadilan, kejujuran, kebebasan, persamaan di muka hukum, perlindungan hukum terhadap masyarakat yang tak seagama, dan menjunjung tinggi supremasi hukum Allah. Maksudnya adalah bahwa nilai tersebut harus diupayakan tertanam dan terimplementasikan dalam segala unsur masyarakat pendukungnya.

Dengan pendekatan ini saya yakin akan memperkecil kendala yang ada pada tahap implementasi. Oleh karena itu, labelisasi yang sering menimbulkan sikap antipati dan kecurigaan masyarakat juga hendaknya diminimalkan.

Menciptakan masyarakat madani dalam konteks ke-Indonesiaan dari kaca mata hukum Islam, dengan demikian tidak ‘dengan’ atau ‘tanpa’ hukum Islam, namun lebih kepada mempertimbangkan dan menyerap nilai-nilai moral positif yang



terkandung dalam hukum Islam sendiri. Menerapkan hukum Islam dalam arti formalisasi hukum Islam terkadang belum merupakan solusi terbaik bagi proses formulasi hukum yang ideal bagi sebuah masyarakat madani. Demikian pula eliminasi hukum-hukum yang ada dalam masyarakat, khususnya hukum Islam dalam proses tersebut juga bukan merupakan langkah yang bijaksana, karena bagaimana keberadaannya, baik sebagai sebuah nilai maupun sebagai sebuah peraturan yang berlaku tetap mendapatkan legitimasi yang kuat dalam masyarakat Indonesia. Meskipun demikian, ruang gerak bagi proses berkembangnya hukum-hukum yang ada di Indonesia, terutama hukum Islam, harus tetap dibiarkan leluasa. Hal demikian ini untuk merangsang agar hukum-hukum tersebut bisa lebih berkembang dinamis yang pada gilirannya juga akan memberikan sumbangan yang dinamis pula bagi perkembangan hukum Indonesia secara keseluruhan." (Mahfudh, 2001: 8).

Positivisasi hukum Islam dalam pembangunan hukum nasional dapat terjadi baik dengan pendekatan normatif maupun pendekatan kultural, setelah mendapat justifikasi argumentasi keilmuan atau akademik dalam kajian hukum di Indonesia secara terbuka. Sudah barang tentu kesemuanya itu dalam koridor demokratisasi dan pemeliharaan hak asasi manusia yang sangat mementingkan pada hak-hak individu, tanpa mengorbankan hak publik (Mualim dan Yusdani, 2004: 176).

Sebagai contoh positivisasi hukum Islam di bidang ekonomi ke dalam hukum positif, yakni pada proses pembentukan Peraturan Bank Indonesia (PBI) yang berdasarkan fatwa DSN-MUI, yang dilakukan oleh Komite Perbankan Syariah (KPS) sebagai lembaga yang berfungsi melakukan harmonisasi fatwa sebelum diimplementasikan atau dituangkan dalam PBI yang bersangkutan.

Sebelumnya perlu dikemukakan bahwa terdapat beberapa langkah penting dalam menciptakan jaminan pemenuhan prinsip syariah, khususnya dalam operasional perbankan syariah. Langkah-langkah tersebut, yaitu:

- a. Menciptakan regulasi dan sistem pengawasan yang sesuai dengan karakteristik bank syariah.
- b. Menetapkan aturan tentang mekanisme pengeluaran setiap produk bank syariah yang memerlukan pengesahan (*endorsement*) dari DSN-MUI tentang kehalalan/kesesuaian produk dan jasa keuangan bank dengan prinsip syariah.
- c. Menerapkan sistem pengawasan baik untuk penilaian aspek kehati-hatian dan kesesuaian operasional bank dengan ketentuan syariah dengan melibatkan Dewan Pengawas Syariah dan unsur pengawasan syariah lainnya (Utomo, 2010: 9).

Pasca diundangkannya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, terkait dengan aturan mengenai mekanisme pengeluaran produk bank syariah melibatkan dua lembaga, yakni DSN-MUI dan KPS. Secara sederhana dapat dikemukakan bahwa DSN-MUI merupakan lembaga yang mempunyai otoritas dalam pembentukan fatwa di bidang ekonomi syariah, yang mana keberadaannya diakui oleh peraturan perundang-undangan. Fatwa sebagaimana dimaksud nantinya akan diterjemahkan oleh KPS sebelum dijadikan PBI.

Penulis berpendapat bahwa pada hakikatnya materi yang tertuang dalam fatwa DSN-MUI akan tetap mempunyai kekuatan mengikat bagi bank syariah, terlepas dari apakah fatwa tersebut kemudian dijadikan PBI atau tidak. Alasannya bahwa selain fatwa masuk dalam ranah hukum yang hidup di masyarakat (*living law*), keberadaan dari DSN-MUI dan produk hukumnya berupa fatwa juga diakui keberadaannya oleh peraturan perundang-undangan di bidang perbankan syariah.

Bagaimana legislasi fikih ekonomi, khususnya bagi Koperasi (KJKS/UJKS Koperasi) sebagaimana dikemukakan di muka bahwa koperasi merupakan bangun usaha yang sesuai dengan Pasal 33 ayat (1) UUD 1945? Keberadaan BMT dengan badan hukum koperasi secara formal diatur dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian. Berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1995 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Simpan Pinjam Oleh Koperasi, Kementerian Koperasi dan UKM memiliki kewenangan untuk memberikan izin usaha simpan pinjam yang melekat pada pengesahan AD/ART Koperasi, termasuk kegiatan usaha simpan pinjam dengan pola syariah atau yang dipersamakan dengan itu.

Pasca krisis yang terjadi pada tahun 1998, geliat perkembangan ekonomi syariah begitu terasa dengan banyak berdirinya lembaga ekonomi syariah seperti *Baitul Maal wat Tamwil* (BMT), Perbankan Syariah, Pegadaian Syariah, Asuransi Syariah, dan sebagainya. Merespon perkembangan tersebut, pada tahun 2004 Kementerian Koperasi dan UKM mengeluarkan Keputusan Menteri No. 91/2004 tentang Petunjuk Pelaksanaan Kegiatan Usaha Jasa Keuangan Syariah oleh Koperasi. Melalui peraturan tersebut keberadaan BMT yang semula non formal dapat berubah menjadi Koperasi Jasa Keuangan Syariah/Unit Jasa Keuangan Syariah Koperasi (KJKS/UJKS Koperasi) dengan badan hukum koperasi.

Dalam Keputusan Menteri dimaksud ditegaskan bahwa bagi koperasi yang ingin membuka unit jasa keuangan syariah, diharuskan menyetorkan modal awal minimal Rp. 15 juta untuk koperasi primer dan Rp. 50 juta untuk koperasi sekunder. Sebagaimana bank, KJKS dan UJKS Koperasi diperkenankan menghimpun dana anggota baik berupa tabungan dan simpanan berjangka dengan akad *mudharabah* dan *wadiah*, serta menyalurkannya dalam pembiayaan *mudharabah*, *musyarakah*, *murabahah*, *salam*, *istishna*, *ijarah*, dan *al qardh*.

Adapun operasionalisasi kegiatan *maal* dapat dilakukan oleh KJKS/UJKS sebagaimana tertera dalam Keputusan Menteri Koperasi dan UKM No. 91 Tahun 2004 tentang Petunjuk Pelaksanaan Kegiatan Usaha Jasa Keuangan Syariah oleh Koperasi, yang dalam Pasal 24 disebutkan bahwa "KJKS/UJKS Koperasi selain dapat menjalankan kegiatan pembiayaan (*tamwil*) juga dapat menjalankan kegiatan *maal*, yaitu menghimpun dan menyalurkan zakat, infak dan shadaqah, termasuk wakaf".

Legislasi fikih ekonomi, dalam artian penuangan materi muatan fatwa ke dalam peraturan perundang-undangan sudah berjalan cukup baik di bidang perbankan. Kalau kita cermati muatan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dan Peraturan Bank Indonesia sebagai pelaksanaannya terkandung substansi dari fatwa DSN-MUI. Bahkan saat ini undang-undang mengamanahkan pembentukan Komite Perbankan Syariah (KPS), yang memiliki tugas utama melakukan harmonisasi fatwa DSN-MUI agar *applicable* bagi praktik perbankan syariah di Indonesia.

Adapun yang terjadi dibidang koperasi, belum terdapat peraturan perundang-undangan di tataran undang-undang yang memberikan pengaturan bagi Koperasi Syariah.

Operasional Koperasi Syariah hanya berdasarkan pada Peraturan Menteri dan Keputusan Menteri, serta Standar Operasional Prosedur Koperasi Jasa Keuangan Syariah dan Unit Jasa Keuangan Syariah Koperasi yang dikeluarkan oleh Kementerian Koperasi dan UKM. Padahal, kalau kita perhatikan Pasal 33 (1) UUD 1945, koperasi merupakan badan usaha yang sejalan dengan semangat kekeluargaan dan kegotongroyongan sebagai ciri khas bangsa Indonesia.

Berdasarkan pada pembahasan dimaksud, penulis merekomendasikan bagi pemerintah bahwa legislasi fikih ekonomi perlu dilakukan pada semua bidang. Baik pada bidang lembaga keuangan, lembaga pembiayaan, maupun koperasi. Prinsip syariah yang terimplementasi dalam berbagai aktivitas ekonomi masyarakat harapannya akan mendukung sistem ekonomi Pancasila yang lebih menjunjung tinggi keadilan.

### C. Penutup

Dari analisis dan pembahasan mengenai penerapan prinsip syariah dalam kegiatan perekonomian di Indonesia dan legislasi fikih ekonomi ke dalam hukum nasional, dapat ditarik kesimpulan bahwa prinsip syariah sebagaimana diambil dari ketentuan hukum Islam sebagaimana yang tertuang dalam fatwa DSN-MUI secara empiris telah diterapkan dalam praktik lembaga keuangan, lembaga pembiayaan, dan koperasi. Fatwa ditinjau dari perspektif hukum hakikatnya mengikat secara normatif dan merupakan hukum yang hidup (*living law*), namun fatwa juga berlaku secara formal yuridis apabila menjadi muatan dari peraturan perundang-undangan atau ditunjuk berlakunya oleh peraturan perundang-undangan.

Legislasi fikih ekonomi ke dalam hukum positif (peraturan perundang-undangan) akan memperkuat berlakunya ketentuan fatwa dimaksud. Dengan menjadikan fikih ekonomi sebagai materi muatan peraturan perundang-undangan, maka akan mengikat seluruh warga negara. Akhirnya prinsip-prinsip syariah yang bersifat universal tersebut akan dapat menjadi substansi dari sistem ekonomi Pancasila sebagaimana yang diamanahkan dalam UUD 1945.

### Daftar Pustaka

- Afdol, 2006, *Kewenangan Pengadilan Agama Berdasarkan UU No. 3 Tahun 2006 & Legislasi Hukum Islam di Indonesia*, Surabaya, Airlangga University Press.
- Aripin, Jaenal, 2010, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Jakarta, Kencana Prenada Media.
- Azizy, A. Qodri, 2002, *Eklektisisme Hukum Nasional Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, Yogyakarta, Gama Media.
- Barakatullah, Abdul Halim dan Teguh Prasetyo, 2006, *Hukum Islam Menjawab Tantangan Zaman yang Terus Berkembang*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Hazairin, 1974, *Tujuh Serangkai tentang Hukum*, Jakarta, Tintamas.
- Ichtijanto, 1990, *Hukum Islam dan Hukum Nasional*, Jakarta, Ind-Hill-co.
- , SA, 1994, *Pengembangan Teori Berlakunya Hukum Islam di Indonesia, dalam Eddi Rudiana Arif, Hukum Islam di Indonesia*, Bandung, Remaja Rosdakarya.

- Mahfudh, Sahal, 2001, "Peran Hukum Islam dalam Menciptakan Masyarakat Madani Indonesia", *Makalah disampaikan dalam Dikusi di Pascasarjana IAIN Walisongo Semarang pada tanggal 27 September 2001*.
- Lukito, Ratno, 2008, *Tradisi Hukum Indonesia*, Yogyakarta, TERAS.
- Mualim, Amir dan YUSDANI, 2004, *Ijtihad dan Legislasi Muslim Kontemporer*, Yogyakarta, UII Press.
- Obaidullah, Mohammed, 2008, *Role of Microfinance in Poverty Alleviation*, Jedah, Islamic Research and Training Institute.
- Sam, Ichwan, dkk, 2006, *Himpunan Fatwa Dewan Syariah Nasional MUI Jilid 1 (Edisi Revisi)*, Jakarta, Dewan Syariah Nasional MUI-Bank Indonesia.
- Suny, Ismail, 1994, *Kedudukan Hukum Islam Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia dalam Buku Eddi Rudiana Arif, Hukum Islam di Indonesia*, Bandung, Remaja Rosdakarya.
- Thalib, Sajuti, 1982, *Receptie A Contrario: Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam*, Jakarta, Bina Aksara.
- Umam, Khotibul, 2009, *Hukum Ekonomi Islam, Dinamika dan Perkembangan di Indonesia*, Yogyakarta, Instan-Lib Indonesia.
- Utomo, Setiawan Budi, 2010, *Peran DSN & DPS dalam Perbankan Syariah*, Jakarta, Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia

## Fleksibilitas Regulasi

M. Ajisatria

### A. PENGANTAR

Apakah fleksibilitas diperlukan dalam suatu sistem hukum? Sejauh mana sistem hukum harus fleksibel? Ini adalah pertanyaan normatif yang menurut kami luput dari pembahasan mengenai negara hukum di Indonesia. Padahal, isu ini berada pada titik sentral perdebatan mengenai gagasan perubahan yang acapkali diusung para aktivis dan akademisi hukum: debat klasik antara hukum yang pasti (*ius strictum*) vs. hukum yang adil (*ius aequum*), dan antara konsistensi & stabilitas hukum vs. kemampuan hukum mengikuti perkembangan jaman. Fleksibilitas selalu dihadapkan kepada pengorbanan di antara kedua prinsip yang saling berseberangan ini.

Hukum yang kaku lebih memberikan kepastian karena pengaturannya jelas dan tegas,<sup>79</sup> namun menjadi tidak responsif terhadap kebutuhan kontekstual dan lambat terhadap dinamika masyarakat. Sebaliknya, hukum yang fleksibel seringkali dipergunakan secara sewenang-wenang oleh aparat penegak hukumnya untuk kepentingan sendiri, namun jika digunakan secara tepat, lebih mampu beradaptasi terhadap kebutuhan nyata di lapangan. Bagaimana mencari jalan tengahnya?

Esai ini tidak akan membahas sistem hukum secara umum, namun fokus pada *regulasi*. Istilah 'regulasi' memang tidak dikenal dalam sistem hukum di Indonesia. Kita mengenal istilah 'peraturan perundang-undangan' atau biasa disingkat 'peraturan' atau kerap juga menggunakan istilah 'legislasi' (misalnya 'Program Legislasi Nasional' atau 'Badan Legislasi'). Kami sengaja menggunakan istilah 'regulasi' karena meskipun dalam praktek memiliki bentuk yang sama dengan 'legislasi', namun teori yang melandasinya dan yang kemudian berkembang sangat berbeda penedekatannya. Ilmu peraturan perundang-undangan, atau teori legislasi, lebih berfokus kepada validitas peraturan, berikut bentuk, struktur (tata urutan), dan tata cara pembuatannya. Teori regulasi, di sisi lain, tidak mempermasalahkan semua itu. Pendekatannya sederhana: selama ada 'aturan' yang membatasi tindakan/aktivitas masyarakat, maka disebut sebagai regulasi, terlepas apakah bentuknya UU, peraturan pemerintah, peraturan menteri, atau bahkan peraturan asosiasi organisasi sekalipun (contohnya kode etik kedokteran atau kode etik jurnalistik). Teori regulasi fokus pada substansi dari peraturan: mengapa peraturan harus ada, apa justifikasinya, bagaimana pola pengaturan yang tepat untuk menghukum dan memberikan insentif bagi masyarakat? Wacana akademik di bidang ini sayangnya masih absen dalam diskursus negara hukum di Indonesia.

Padahal, praktek regulasi di Indonesia sudah sangat berkembang dan dinamis seiring dengan perubahan di negara ini. Otonomi daerah dan desentralisasi membawa pola interaksi baru antar peraturan. Munculnya 'regulator independen', seperti Komisi Pemilihan Umum (KPU) atau Komisi Penyiaran Indonesia (KPI), membawa format baru hubungan antara 'sang pengatur' (*regulator*) dengan 'yang diatur' (*regulatee*). Format ini mengembangkan pola regulasi lama yang sudah mengenal struktur regulator semi-independen di dalam kementerian, contohnya BAPEPAM-LK yang memiliki independensi tinggi meskipun di bawah Kementerian Keuangan. Ada pula lembaga '*super body*' seperti KPPU yang *de facto* bertindak sebagai regulator, eksekutor, dan quasi regulator pada saat yang bersamaan. Sekarang, dengan hadirnya Otoritas Jasa Keuangan (OJK) pola

independensi regulasi bahkan jauh lebih berkembang lagi. Substansi regulasi juga tidak terbatas pada model klasik perizinan atau sanksi administratif, tetapi juga adanya instrumen ekonomi seperti pajak lingkungan, atau instrumen kebijakan seperti 'kajian lingkungan hidup strategis'. Penegakan kode etik semakin disukai sebagai alternatif dari regulasi, seperti di bidang profesi hukum,<sup>80</sup> profesi kedokteran,<sup>81</sup> hingga sertifikasi kayu,<sup>82</sup> dan kelapa sawit.<sup>83</sup> 'Regulator internasional' yang status hukumnya hanyalah yayasan dapat berkonflik dengan regulator formal negara, seperti yang terjadi dalam kisruh pemilihan ketua PSSI dan 'intervensi' FIFA.<sup>84</sup>

Pada intinya, teori regulasi adalah pendekatan yang harus diadopsi untuk melengkapi perkembangan di bidang 'teori legislasi' atau 'teori legisprudensi'. Salah satu pintu gerbang untuk memasuki dunia regulasi adalah dengan membahas debat kepastian hukum vs. keadilan dalam kerangka 'fleksibilitas regulasi'.

Kami menawarkan pendekatan baru dalam menilai efisiensi, kemanfaatan (*utility*) maupun kewajaran (*fairness*) regulasi. 'Fleksibilitas regulasi' diartikan sebagai kemampuan suatu regulasi dalam beradaptasi dan merespons perubahan. Pendekatan baru 'fleksibilitas regulasi' sangat penting dalam konteks sistem hukum Indonesia yang memiliki karakteristik khusus antara lain: pluralisme sosial, belum mapannya sistem politik, dinamika perkembangan ekonomi, dan lemahnya penegakan hukum. Pendekatan ini dimaksudkan untuk memberikan kerangka teoretis dan filosofis maupun panduan praktis bagi pembuat kebijakan maupun perancang peraturan/legislasi dalam menghadapi dinamika.

Sebagai pengantar, kami hendak menawarkan konteks filosofis dan relevansi 'fleksibilitas regulasi' dalam wacana negara hukum dan tatanan masyarakat demokratis yang ideal. Ada setidaknya **tiga landasan filosofis/teoretis** yang bisa menjadi titik tolak berpijak dalam membahas fleksibilitas regulasi.

**Pertama, fleksibilitas dalam konteks hukum yang responsif.** Ide mengenai regulasi yang fleksibel dapat dikembalikan pada konteks teoretis hukum responsif sebagai salah satu faktor dalam pembangunan negara hukum. Menurut **Selznick**, ada kebutuhan bagi institusi (termasuk hukum) untuk memiliki kemampuan merespons perubahan di lingkungannya tanpa kehilangan integritas kelembagaannya. Lembaga hukum dan pemikiran hukum, dengan demikian, harus mampu terbuka terhadap gagasan sosial dan kepentingan, tanpa harus kehilangan integritasnya. Hukum yang responsif berarti mampu menangkap nilai-nilai yang dikehendaki di masyarakat dari bawah. Sistem hukum menurut Selznick harus mampu "*maintain institutional integrity while taking into account new problems, new forces in the environment, new demands, and expectations.*"<sup>85</sup> Untuk menerapkan hal ini, diperlukan ketanggapan, dimana "*responsiveness begins with outreach and empowerment . . . The vitality of a social order comes from below, that is, from the necessities of cooperation in everyday life*"<sup>86</sup> Agar mampu merespons perkembangan dan dinamika masyarakat, regulasi harus fleksibel. Namun, sebagaimana menjadi fokus perhatian Selznick, regulasi juga harus mampu menjaga 'integritas kelembagaan'-nya dan dengan demikian, dalam batas-batas tertentu harus tetap rigid. Bagaimana penerjemahannya ke dalam praktek regulasi, hal itulah yang hendak dieksplorasi dalam esai ini.

**Kedua, munculnya gagasan regulasi berbasis prinsip.** Dalam panduan yang dikeluarkan oleh UK *Financial Service Authority* (FSA). Regulasi berbasis prinsip artinya regulasi yang menitikberatkan pada prinsip dan berfokus pada hasil, dengan mengedepankan tujuan/visi dari regulasi, dibandingkan berdasarkan dengan aturan

preskriptif (perintah detail).<sup>87</sup> Dengan format regulasi seperti ini, jelas regulator memiliki peran yang sangat besar untuk bertindak dan membuat pengaturan yang lebih fleksibel. Ide membuat regulasi berbasis prinsip, untuk kemudian diterjemahkan secara *case-by-case* oleh regulator, merupakan pendorong untuk menjadikan regulasi lebih fleksibel. **Braithwaite** berargumen bahwa memang aturan rinci pada awalnya memberikan konsistensi yang lebih besar dibandingkan prinsip.<sup>88</sup> Namun, seiring dengan semakin kompleksnya bidang yang harus diatur, pengaturan melalui prinsip memberikan hasil yang jauh lebih konsisten. Alasannya, dalam sistem yang kompleks, apabila ada aturan rinci yang diaplikasikan secara kaku, maka aturan tersebut akan menimbulkan dampak yang berbeda untuk konteks yang berbeda, dan justru akan memberikan ketidakpastian dalam hukum itu sendiri: "*iterative pursuit of precision in single rules increases the imprecision of a complex system of rules*".<sup>89</sup> Oleh karena itu, penggunaan antara aturan (*rule*) dan prinsip (*principle*) harus digunakan secara berdampingan dalam suatu sistem regulasi. Gagasan ini dapat bersandar pada teori **Dworkin** yang membedakan antara aturan (*rule*) dengan (*principle*).<sup>90</sup> *Rule* diterapkan secara '*all or nothing*' yang artinya, seandainya kondisi dalam aturan tersebut dipenuhi, maka aturan tersebut harus ditegakan, apapun konteksnya. *Principle*, di sisi lain, tidak memberikan secara tegas kriteria apa saja yang harus dipenuhi. *Principle* lebih memberikan visi regulasi, dan bagaimana penerapannya diserahkan kepada regulator.<sup>91</sup>

Ambil contoh ketentuan dalam UU 5/199 tentang Antimonopoli dan Persaingan Usaha yang tidak sehat, dimana dicantumkan dalam Pasal 28 bahwa, "pelaku usaha dilarang melakukan penggabungan atau peleburan badan usaha yang *dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat*" (huruf miring dari penulis). Dengan menggunakan rumusan seperti ini, maka rezim hukum persaingan usaha di Indonesia mengadopsi pendekatan *principle-based*. Dalam hukum persaingan usaha sendiri, pendekatan ini lebih dikenal dengan istilah '*rule of reason*' dimana regulator ataupun pihak yang berkepentingan dapat membuat penafsiran sendiri bergantung kepada konteks berdasarkan nalar (*reason*), apakah suatu perbuatan –dalam hal ini merger & konsolidasi– melanggar prinsip persaingan usaha. KPPU sebagai regulator di bidang ini kemudian membuat regulasi untuk memberikan pengaturan soal aspek persaingan usaha dari merger dan konsolidasi, mulai dari tahun 2009, 2010, 2011, hingga sekarang yang berlaku tahun 2012.<sup>92</sup> Singkat kata, pendekatan berbasis prinsip memberikan ruang fleksibilitas untuk merespons dinamika yang berkembang di masyarakat.

**Ketiga, ide mengenai regulasi responsif.** Ide mengenai regulasi responsif yang dikembangkan pertama kali oleh **Ayres dan Braithwaite** bersifat lebih teknis dan lebih detail apabila dibandingkan dengan gagasan Selznick sebagaimana disinggung di atas. Ayres dan Braithwaite menyusun hubungan antara pengatur (regulator) dengan yang diatur, dimana regulator akan responsif terhadap yang hendak diatur, dan begitupula sebaliknya.<sup>93</sup> Oleh karena itu, mereka mendesain suatu skema pelaksanaan regulasi dimana setiap pihak dapat merespons secara strategis tindakan dari pihak lainnya. Fokus kedua penulis adalah kapan suatu instrumen harus digunakan: kapan harus memberikan peringatan, kapan harus memberikan sanksi berupa denda, dan kapan diberikan sanksi berupa pengeluaran si pelanggar dari pasar (misal: pencabutan izin).<sup>94</sup> Atas dasar ini, dan berdasarkan aksi yang saling responsif antara *regulator* dan *regulatee* dalam menjalankan perannya, dapat diberikan suatu spectrum strategi penegakan yang dimulai dari yang ringan (teguran tertulis) hingga yang paling berat (pencabutan izin, sanksi pidana). Wacana ini memberikan warna baru yang belum dikenal dalam diskursus negara hukum di Indonesia: hubungan

strategis antara instrumen hukum yang berbeda. Apa strategi yang diperlukan agar hukum pidana, hukum perdata, hukum administrasi, dan bidang hukum lainnya dapat diterapkan secara fleksibel dan juga sinergis. Isu ini akan dibahas lebih dalam di bab berikutnya.

## **B. MEMAHAMI FLEKSIBILITAS REGULASI KONTEKS INDONESIA**

Regulasi yang fleksibel di Indonesia adalah keniscayaan. Bahkan, dapat dikatakan bahwa kebutuhan adanya regulasi yang fleksibel di Indonesia jauh lebih besar jika dibandingkan dengan yuridiksi lain. Namun demikian, fleksibilitas tidak dapat diterapkan sesederhana itu. Ada setidaknya lima (5) faktor yang mempengaruhi derajat fleksibilitas regulasi dalam konteks Indonesia.

**Pertama**, kemapanan sistem politik. Indonesia mengalami transisi politik yang cukup drastis dalam situasi dan kehidupan politik, dicirikan dengan berkembangnya iklim demokrasi dan semakin kuatnya partisipasi pemangku kepentingan dalam kehidupan kenegaraan. Sistem politik nasional yang belum mapan menyebabkan banyak sekali ketidaksempurnaan dalam desain regulasi. Konflik antar regulasi sering ditemukan, antara peraturan pusat dengan peraturan daerah, konflik antara peraturan kementerian, peraturan yang lebih rendah meng-atas-i peraturan yang lebih tinggi, dan masih banyak fenomena lainnya yang seharusnya tidak terjadi apabila Indonesia memiliki sistem politik yang stabil. Dinamika politik pada hakikatnya merupakan kewajaran bagi negara yang baru saja mengalami transformasi seperti Indonesia. Regulasi, di sisi lain, harus meresponsnya dengan menciptakan platform yang fleksibel agar mudah mengoreksi kesalahan, kecacatan, atau kekosongan yang mungkin timbul seandainya terjadi. Misalnya, pernah ada kontroversi dalam transaksi penjualan saham PT. Indosat, Tbk. ke Qatar Telecom dimana peraturan di bidang pasar modal bertentangan dengan peraturan penanaman modal asing. Konflik peraturan tersebut tidak serta merta disalahkan kepada DPR, BAPEPAM (otoritas pasar modal), atau BKPM (regulator investasi), namun memang karena ada 'gap' di antara jaringan peraturan di Indonesia yang kompleks. Pasca kasus ini, BAPEPAM segera mengubah peraturannya untuk disesuaikan, dan hal ini dapat terjadi juga karena kewenangan regulasi BAPEPAM yang independen lebih fleksibel dari kewenangan BKPM yang sebatas delegasi kewenangan.

**Kedua**, pluralisme sosial. Indonesia terdiri dari berbagai macam ideologi politik, lapisan sosial, kelas ekonomi, dan struktur budaya. Masing-masing kelompok memiliki preferensi nilai yang berbeda-beda. Hal ini menyebabkan sangat sulit untuk mencari materi hukum yang dapat diterima di sebagian besar kalangan. Dengan regulasi yang fleksibel, suatu norma dapat dibangun secara perlahan-lahan, diubah secara gradual, sehingga akhirnya diterima oleh masyarakat. Dalam hal ini, regulasi yang fleksibel lebih memberikan respons pembelajaran (*learning curve*) untuk mencapai pola dan format pengaturan yang optimal.

**Ketiga**, perkembangan ekonomi. Kondisi ekonomi Indonesia saat ini tidak dapat disamakan lagi dengan kondisi pasca krisis finansial pada tahun 1997. Sebagai '*emerging market*' struktur hukum dan regulasi di bidang ekonomi sudah sewajarnya berubah mengikuti dinamika ekonomi dan pergerakan pasar. Regulasi ekonomi pun harus mudah menyesuaikan dengan tuntutan perubahan, apabila tidak ingin tertinggal dari laju pertumbuhan. Pasca krisis, terjadi reformasi besar-besaran dalam hukum ekonomi di Indonesia, mulai dari persaingan usaha, perlindungan konsumen, HKI, kepailitan, dan masih



banyak lagi. Atas perubahan tersebut, sistem hukum di bidang ekonomi saat ini sudah cukup mapan dan memiliki landasan yang modern. Oleh karena itu, perubahan yang terjadi diprediksi akan lebih bersifat gradual dan mencakup hal-hal yang lebih teknis. Misalnya, wacana hilirisasi di bidang komoditas (mineral,<sup>95</sup> rotan,<sup>96</sup> hingga rencana CPO)

**Keempat**, kurangnya kapasitas sumber daya di bidang hukum. Acapkali kita mendengar kritik bahwa ‘pembuat peraturan tidak paham masalah’ atau ‘pembuat peraturan tidak mampu menangkap permasalahan yang sebenarnya’. Kami tidak bermaksud untuk membela regulator yang tidak mampu membuat peraturan yang baik. Namun memang pada kenyataannya, membuat peraturan di Indonesia itu sangat sulit. Sebagaimana sudah dijelaskan di atas, ada banyak kepentingan yang harus diakomodasi di dalam masyarakat. Problem yang harus diatasi pun juga sangat kompleks dengan dimensi politik, sosial, dan ekonomi yang beragam. Kurangnya *database* dan pengetahuan dalam membuat keputusan (*knowledge-based law/policy making*) menyulitkan regulator untuk menciptakan aturan yang benar-benar sempurna. Banyak konsep-konsep hukum asing yang diperkenalkan ke dalam sistem hukum Indonesia yang menyebabkan transplantasi hukum tidak berjalan sempurna. Butuh waktu yang panjang untuk menciptakan infrastruktur pengetahuan, budaya, dan sumber daya manusia yang memadai dalam membuat regulasi.

Intinya, membuat regulasi di Indonesia sangat tidak mudah. Regulator tidak selalu dapat disalahkan. Dampaknya, fokus dalam perbaikan sistem hukum seharusnya bukan untuk menciptakan regulasi yang paling sempurna/paling baik bagi masyarakat, namun justru *regulasi yang mudah disempurnakan*. Konsep ini akan dijelaskan lebih detail dalam sub-bab berikutnya.

**Kelima**, di sisi lain, ada potensi penyalahgunaan oleh aparat. Terdapat istilah yang acapkali mewarnai perdebatan mengenai kehadiran hukum di Indonesia: ‘pasal karet’ atau ‘pasal multitafsir’ atau istilah lainnya yang diterapkan secara negatif untuk menggambarkan bagaimana peraturan dapat dibengkokkan untuk memenuhi kepentingan tertentu. Biasanya istilah ini dilekatkan kepada ketentuan-ketentuan pidana yang dianggap mudah di-‘pelintir’ untuk kepentingan tertentu dari penyidik/penuntut, misalnya mengenai rumusan ‘pencemaran nama baik’, ‘perbuatan tidak menyenangkan’, termasuk rumusannya di beberapa UU seperti UU 11/2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Dalam konteks regulasi, problematika terbesar adalah mendesain instrumen regulasi yang tepat untuk menjawab permasalahan masyarakat. Desain regulasi yang fleksibel memang secara teori dapat memberikan efisiensi dalam implementasinya. Namun, apabila tidak diikuti dengan penegakan dan pengawasan yang baik, regulasi yang terlalu fleksibel dapat dijadikan celah bagi aparat hukum sebagai sumber korupsi atau penyuapan. **Faure, Peeters, dan Wibisana** misalnya pernah melakukan kajian untuk melihat apakah instrumen ekonomi di bidang lingkungan hidup (misalnya pola *tradable permit* atau *emission trading*) dapat cocok diterapkan di Indonesia.<sup>97</sup> Meskipun secara teori instrumen ekonomi lebih efisien dengan pola ‘*command and control*’, namun akan ada potensi penyalahgunaan yang lebih besar, misalnya dalam hal tawar-menawar ilegal antara regulator dengan pihak yang diatur. Hal ini juga harus diperhartikan sebelum memutuskan bahwa regulasi fleksibel lebih baik.

### C. KONSEP FLEKSIBILITAS

Pada awal esai ini, kami memberikan pertanyaan mengenai apakah fleksibilitas diperlukan dalam suatu sistem hukum dan, jika iya, sejauh mana sistem hukum harus fleksibel. Setelah meninjau berbagai konsep, kami mencoba merumuskan konsep fleksibilitas yang tepat. Bahwa fleksibilitas dalam regulasi tidak dapat dapat dinafikan di dalam penciptaan sistem hukum yang responsif. Namun demikian, fleksibilitas juga tidak semudah itu diterapkan, karena ada 'pengorbanan' di dalam aspek kepastian hukum. Khusus untuk Indonesia, regulasi yang terlalu fleksibel juga berpotensi memfasilitasi penyalahgunaan kewenangan. Kemudian mengacu kepada Selznick, fleksibilitas juga tidak boleh menghilangkan integritas dari sistem regulasi itu sendiri. Oleh karena itu, perlu diberikan batasan, dalam hal apa regulasi harus rigid, dan dalam hal apa regulasi harus fleksibel. Atas dasar ini kami berargumen sebagai berikut.

**Pertama**, secara material, sistem hukum Indonesia perlu dirancang untuk mendorong penyusunan ketentuan yang jelas dan tidak multitafsir. Hal ini untuk mengurangi potensi penyalahgunaan dan korupsi yang timbul karena ketidakjelasan regulasi dan kompromi yang berlebihan dengan regulator. **Kedua**, secara prosedural, dalam hal pembuatan, perubahan, dan pencabutan regulasi, sistem hukum Indonesia justru perlu dirancang untuk lebih fleksibel. Pada masyarakat yang dinamis, plural, dan kerap berubah, kunci efektifitas dan efisiensi dari regulasi bukanlah 'regulasi yang sempurna' melainkan 'regulasi yang mudah disempurnakan'. **Ketiga**, secara strategi penegakan (*enforcement*) dan penataan (*compliance*), fleksibilitas mengandung arti tersedianya berbagai pilihan instrumen hukum dan pilihan aktor pelaksana.

#### *Fleksibilitas regulasi dalam hukum material*

Dalam teori regulasi, ada beberapa strategi yang dapat dilakukan untuk memastikan bahwa pihak yang diatur melaksanakan tindakan yang dikehendaki oleh regulator. Kami berpendapat bahwa semua metode tersebut harus dieksplorasi secara penuh. Namun, harus diperhatikan bahwa perumusan ketentuan dan norma harus dilakukan secara jelas, tegas, dan sederhana. Hal ini karena pola pikir masyarakat Indonesia masih cenderung legalistik, sehingga kekuatan dari suatu norma hukum dan regulasi justru timbul dari kejelasan dan kesederhanaannya dalam mengatur suatu permasalahan.

Sebelumnya, kami hendak menjabarkan beberapa pola regulasi yang lazim ditemukan. **Pertama**, model perizinan. Model ini paling sederhana karena negara memberikan persyaratan-persyaratan tertentu sebelum seseorang diizinkan melakukan kegiatan yang dikehendakinya. Persyaratan tersebut dapat berupa finansial, teknis, lingkungan hidup, ataupun sekedar administrasi. Model ini juga sederhana karena sifatnya tegas, dan pemeriksaanya cukup dengan pendekatan '*checklist*', artinya apabila tidak memenuhi persyaratan, izin otomatis seharusnya ditolak. Meskipun sederhana, perizinan seringkali menjadi penghambat dan dijadikan sumber untuk mengekstraksi *rente*. Ada pula masalah informasi yang asimetris, karena pemberi izin lebih sedikit mengetahui informasi-informasi vital ketimbang yang akan menerima izin.

**Kedua**, model informasi. Negara tidak memberikan persetujuan atas suatu tindakan, namun memastikan bahwa tindakan tersebut dilakukan dengan membuka informasi-informasi yang dianggap penting. Model ini juga sederhana dan lebih tidak birokratis. Di sisi

lain, model ini juga efisien karena memanfaatkan pasar untuk menilai kualitas dari tindakan yang dilakukan. Misalnya dalam bidang perlindungan konsumen, ada kewajiban labeling dan pencantuman informasi bahan dasar, sebagaimana diatur dalam UU 8/1999 ataupun ketentuan teknis di Badan Pengawas Obat dan Makanan (BPOM). Di bidang pasar modal, ada kewajiban untuk membuka informasi material.

*Ketiga*, model retribusi atau pajak. Seseorang tidak dilarang untuk melakukan tindakan, namun tindakan tersebut akan dikenai retribusi/pajak yang (seharusnya) akan digunakan untuk memperbaiki eksternalitas atas tindakannya itu. Misalnya di Indonesia dikenal adanya cukai untuk rokok dan minuman beralkohol. Konsumsi alkohol tidak dilarang di Indonesia, namun konsumen harus sanggup untuk menanggung biaya lebih berupa cukai sebagai bentuk pengendalian negara atas perilaku masyarakat. Dalam hukum lingkungan dikenal juga istilah 'pajak emisi', yang belum diterapkan secara sempurna di Indonesia. Intinya, seseorang tidak dilarang untuk berpolusi, namun ia harus membayar pajak per emisi yang dihitung dari polusi yang dikeluarkan.

*Keempat*, model izin yang dapat diperdagangkan. Konsep ini dikenal dalam hukum lingkungan, dimana pemberi izin menentukan kuota terhadap hal-hal yang diizinkan kepada penerima izin. Seandainya penerima izin dapat melakukan tindakan di bawah kuota (misalnya, di bawah level polusi yang diperbolehkan), sisa kuota yang dimilikinya dapat dijual ke pihak lain. Model ini juga mendorong terciptanya pasar yang efisien dan menciptakan insentif bagi pihak untuk bertindak *beyond the law*. Di Indonesia sistem ini belum atraktif, namun sudah mulai dipraktikkan yang terintegrasi dengan pasar internasional, misalnya untuk kredit pengurangan karbon dalam skema *clean development mechanism*.

Pertanyaannya, model mana yang paling tepat diterapkan di Indonesia? Apabila menggunakan fleksibilitas, maka model yang tepat adalah model yang memberikan insentif bagi pihak yang diatur untuk dapat mengatur strategi penaatannya sendiri. Semakin fleksibel suatu regulasi untuk ditaati, semakin 'menyenangkan' pula tindakan untuk menaati hukum. Di sisi lain, fleksibilitas juga harus menghilangkan hambatan akses serta mengurangi potensi penyalahgunaan misalnya dengan *rente* ataupun korupsi.

Ambil contoh perizinan misalnya. Perizinan sangat sederhana dan jelas sehingga sesuai dengan asas konsistensi regulasi. Tetapi perizinan dapat dimanfaatkan untuk 'memeras', misalnya mengharuskan 'uang pelicin' apabila perizinan cepat keluar.

Regulasi informasi dan pajak sebenarnya merupakan instrumen hukum yang sangat berdimensi ekonomi. Negara tidak memberikan larangan untuk melakukan tindakan, namun membebaskan kewajiban untuk membuka informasi-informasi tertentu. Sayangnya, regulasi informasi atau pajak tidak bisa diterapkan di semua bidang. Misalnya, rasanya aneh apabila ada peraturan yang kira-kira berbunyi sebagai berikut: "*perusahaan yang hendak menebang hutan wajib memberitahukan mengenai keanekaragaman hayati apa saja yang hilang dalam proses penebangan serta membayar pajak sebagai bentuk ganti rugi atas kehilangan keanekaragaman hayati.*" Secara ekonomi, apabila mengacu pada teori **Coase**, konsep tersebut sebenarnya rasional.<sup>98</sup> Namun demikian, pasar tidak selalu sempurna. Apabila masyarakat (atau konsumen) tidak peduli dengan seberapa banyak keanekaragaman hayati yang hilang atas tindakan tersebut, maka regulasi informasi tidak akan berfungsi. Pajak juga tidak bisa berlaku untuk sumber daya alam yang tidak dapat di-kuantifikasi seperti keanekaragaman hayati.

Terakhir, untuk model perdagangan izin hingga kini belum populer di Indonesia. Meskipun fleksibel karena dapat memberikan insentif bagi pelaku untuk bertindak lebih dari apa yang dipersyaratkan hukum, model ini bukan berarti lebih sederhana. Perlu ada penghitungan mengenai 'nilai' dari suatu izin, misalnya untuk perdagangan karbon, berapa banyak pengurangan karbon yang dapat dihasilkan dari suatu proyek energi terbarukan, berapa kuota yang dapat diberikan kepada satu pemegang izin. Kompleksitas ini berpotensi disalahgunakan oleh aparat yang ingin mencari rente melalui negosiasi-negosiasi yang efisien.

Pada intinya, yang hendak kami sampaikan adalah bahwa substansi/materi mengenai regulasi harus dieksplorasi lebih dalam sehingga terlihat berbagai model yang dapat digunakan untuk menuju pada satu tujuan yang sama. Namun demikian, ada setidaknya tiga faktor yang harus diperhatikan dalam mendesain materi regulasi: kejelasan (*clarity*), keleluasaan penaaatan (*compliance flexibility*), dan potensi penyalahgunaan (*abuse*).

#### *Fleksibilitas regulasi dalam hukum prosedural*

Kami sudah menyinggung di atas tentang argumen bahwa perbaikan sistem hukum seharusnya bukan untuk menciptakan regulasi yang paling sempurna/paling baik bagi masyarakat, namun justru *regulasi yang mudah disempurnakan*. Pada kenyataannya, regulasi tidak akan pernah sempurna karena kondisi masyarakat akan selalu berubah. Apalagi konteks Indonesia memberikan corak dinamis tersendiri yang menyebabkan regulasi harus selalu mudah beradaptasi.

Ada beberapa prasyarat yang harus diperhatikan untuk menciptakan sistem pembentukan dan perubahan regulasi yang fleksibel dan responsif.

Proses pembentukan dan perubahan peraturan harus tidak boleh bertele-tele dan tidak birokratis. Argumen yang sama dapat diterapkan untuk proses pemberian persetujuan dan pemberian izin. Sedapat mungkin, peraturan dibuat dan diterapkan oleh unit regulasi yang mengatur dan berinteraksi langsung dengan pihak yang diatur. Sayangnya di Indonesia, kondisinya seringkali tidak seperti ini. Setelah dibentuk/diberikan landasan melalui UU, regulasi di Indonesia umumnya diterjemahkan melalui peraturan pemerintah (PP), lalu didelegasikan kembali melalui peraturan menteri (Permen), dan untuk urusan yang sifatnya teknis sekali, dan cenderung terbatas, maka ada implementasi dalam peraturan direktur jenderal. Kami berpendapat bahwa sistem semacam ini sebenarnya tidak efektif dan tidak mendukung fleksibilitas. Pemerintah (presiden) adalah jabatan politik yang tidak memahami teknis industri/wilayah yang diregulasi secara detail. Bahkan, menteri pun juga jabatan politis yang belum tentu mampu berbicara teknis.

Menurut hemat kami, regulator terbaik yang mampu berbicara praktis/teknis dan bersentuhan langsung dengan pemangku kepentingan ada pada tataran direktorat jenderal. Titik berat regulasi yang lebih besar pada level ini akan mendorong fleksibilitas pembuatan, perubahan, dan pelaksanaan yang lebih menjamin dinamika di masing-masing bidang. Apabila menggunakan konsep 'regulasi berbasis prinsip' sebagaimana sudah dijelaskan di atas, maka peraturan yang dikeluarkan oleh lembaga politik (presiden/pemerintah atau menteri) sebaiknya cukup mencantumkan prinsip/prinsip dasar, sementara konsep-konsep detail ada pada lembaga di bawahnya.

Memang format regulasi seperti ini tidak mudah untuk dilaksanakan, bahkan mungkin mendapatkan pertentangan. Pada prinsipnya, sistem pemerintahan kita adalah sistem presidensial. UU yang dibuat oleh lembaga legislatif seharusnya/sewajarnya memberikan amanat pelaksanaan dan kewenangan regulasi ke Presiden/Pemerintah. Bahkan beberapa pihak sudah mulai mempertanyakan pemberian kewenangan dari UU langsung ke menteri bertentangan dengan sistem presidensial dan lebih cocok ke model sistem parlementer. Pada kenyataannya, di UU kita mulai sering melihat delegasi ke menteri, misalnya *“ketentuan mengenai... diatur dengan peraturan menteri.”* Yang pasti, tidak mungkin suatu UU memberikan delegasi atau atribusi ke direktoral jenderal, karena hal tersebut dapat merusak struktur birokrasi pemerintahan, misalnya, *“ketentuan mengenai... diatur dengan peraturan direktorat jenderal perhubungan udara”*.

Solusi yang hendak kami tawarkan adalah meng-arusutama-kan (*mainstreaming*) pembentukan regulator independen, sebagai otoritas yang memiliki kewenangan atribusi di bidang pembuatan regulasi pada masing-masing bidangnya. Regulator independen ini harus tetap berada di bawah pemerintah, dan juga di bawah kementerian, untuk menjamin koordinasi yang efektif. Apabila regulator independen berada di luar struktur pemerintah, maka potensi konflik kelembagaan sangat besar untuk terjadi. Hanya untuk bidang-bidang khusus yang sangat rentan intervensi saja suatu regulator dapat berada di luar pemerintahan, misalnya untuk regulasi moneter. Dengan skema ini, maka terdapat pembagian fungsi yang jelas antara pembuatan kebijakan (presiden dibantu oleh menteri sebagai pembantu presiden) dan fungsi pembuatan peraturan. Dengan skema ini pula, ada pemisahan (meskipun tidak independen) antara fungsi politik dengan fungsi teknis regulasi, yang justru dapat mengeluarkan intervensi-intervensi politik (atau bentuk apapun intervensi non-teknis) dalam pembuatan peraturan.

Skema ini, lagi-lagi, mengadopsi efektivitas dan efisiensi yang menurut kami berhasil diterapkan di bidang regulasi keuangan melalui BAPEPAM-LK. BAPEPAM-LK (sebelum OJK) pada dasarnya merupakan lembaga regulator independen, namun posisinya berada setingkat dengan direktorat jenderal pada lingkungan kementerian keuangan. Ia tetap tunduk pada menteri keuangan, namun memiliki kewenangan diskresional yang mampu membuatnya responsif terhadap kegiatan di pasar modal dan keuangan.

Satu lagi aspek yang harus diperhatikan adalah otonomi daerah, yang membuat banyak kewenangan diberikan kepada pemerintah daerah. Harus diakui, kompleksitas yang terbentuk dengan otonomi daerah membuat pola pembagian kewenangan menjadi tidak sederhana. Peraturan di daerah umumnya dikeluarkan oleh otoritas politik, misalnya Peraturan Daerah yang dikeluarkan oleh gubernur/bupati/walikota, yang membuat peraturan di daerah sangat rentan terpengaruhi oleh pertimbangan politik. Bukan rahasia lagi, hubungan antara pelaku bisnis dengan pemerintah daerah, apalagi menjelang pemilihan kepala daerah, menjadi ladang subur penyalahgunaan kewenangan. Keberadaan regulator daerah belum ada format yang jelas. Misalnya Badan Regulator Pelayanan Air Minum Jakarta, dibentuk atas dasar perjanjian infrastruktur pola kerjasama publik-privat antara pemerintah daerah dan pemegang konsesi. Baru pada tahun 2005 ada kewenangan formal yang jelas melalui Peraturan Gubernur Provinsi DKI Jakarta No. 54/2005 tentang Badan Regulator Pelayanan Air Minum DKI Jakarta. Ada pula regulator daerah yang didirikan dengan tujuan sinkronisasi dengan pemerintah pusat, misalnya peraturan daerah yang membentuk Badan Koordinasi Penanaman Modal Daerah (BKPM-D). Hubungannya pun seringkali menimbulkan konflik dengan BKPM pusat. Oleh karena itu, aspek otonomi daerah

menjadi bidang kajian yang perlu didalami lebih untuk menjamin proses regulasi yang fleksibel dan efisien.

Untuk memperkaya pembahasan mengenai hal ini, mari kita tilik teori yang disampaikan oleh **Habermas**.<sup>99</sup> Menurut Habermas, yang harus diutamakan adalah kepastian hukum dalam prosedur hukum. Artinya, hak-hak prosedural memberikan jaminan hukum kepada orang akan adanya prosedur yang adil. Jadi, ketimbang memberikan jaminan atas hasil, maka jaminan yang diberikan adalah atas proses. Dengan demikian, proses pembuatan dan penerapan regulasi justru akan lebih terjamin apabila proses regulasi teknis lebih 'dekat' dengan pihak yang hendak diatur, dan di sisi lain, lebih 'jauh' dari kepentingan politik atau non-teknis lainnya.

### *Fleksibilitas regulasi dalam penegakan hukum*

Bidang penegakan regulasi adalah aspek yang luput dari kajian-kajian di bidang regulasi di Indonesia. Pola pikir sektoral menyebabkan tidak banyak pembuat kebijakan ataupun regulator yang mencoba menciptakan sinergi di antara instrumen-instrumen regulasi yang tersedia. Padahal, perkembangan teori regulasi di yurisdiksi lain sudah sangat maju dan beragam.

**Ayres dan Braithwaite** dalam teorinya 'regulasi responsif' menyusun suatu pola penegakan hukum format piramida, yang artinya dalam penegakan hukum harus dilakukan pada awalnya dengan cara yang persuasif dan tidak mengeluarkan biaya mahal, misalnya inspeksi hingga pemberian surat teguran. Apabila yang diatur tidak mau melaksanakan regulasi, maka regulator akan meningkatkan derajat deterensi dari tindakan penegakan hukum, yang semakin lama semakin memberi efek jera dan memerlukan sumber daya yang lebih banyak, misalnya pemberian sanksi administratif hingga pemberian sanksi pidana. Namun, berhubung sangat menimbulkan biaya yang besar bagi masyarakat, sanksi berat sebaiknya dilaksanakan apabila semua upaya lain sudah terbukti gagal.

Rezim hukum di Indonesia yang mengadopsi fleksibilitas penegakan hukum adalah di bidang lingkungan hidup. UU 32/2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup memberikan banyak alternatif penegakan hukum yang dapat dimanfaatkan, ketentuan mana juga sudah diadopsi di dalam peraturan-peraturan lain. Menteri dan pemerintah daerah memegang otoritas untuk melakukan tindakan-tindakan administratif seperti pemberian izin dan pemberian sanksi administratif. Rezim hukum lingkungan hidup, di sisi lain, juga membuka peluang penyelesaian sengketa di luar pengadilan, dimana regulator (dalam hal ini Menteri ataupun pemerintah daerah) dapat 'menanggalkan' kewenangan regulasinya sementara dan fokus pada mencari solusi dan mendamaikan para pihak. Mengutip laporan kajian yang dilakukan Van Vollenhoven Institute dan BAPPENAS, yang mengacu pada riset yang dilakukan oleh Nicholson, "ketika pemerintah, baik itu pemerintah pusat, provinsi maupun kabupaten mendukung terjadinya penyelesaian sengketa, antara lain dengan menjadi *convenor* pertemuan atau pun memberikan rekomendasi/instruksi agar perundingan terlaksana, maka pada umumnya para pihak yang bersengketa bersedia untuk duduk bersama melakukan perundingan."<sup>100</sup> Pola mediasi yang dilakukan oleh pemerintah, dengan demikian, dapat menjadi factor penting penegakan hukum sebelum melakukan tindakan lain yang lebih represif, seperti pencabutan izin atau bahkan sanksi pidana. Di sisi lain, banyak sekali kasus pidana yang penegakannya sangat berhubungan dengan ketaatan administratif, misalnya tindak pidana yang bersumber dari

tidak dilaksanakannya izin. Dalam hal ini dibutuhkan pemahaman yang jelas mengenai hubungan antara regulasi dengan instrumen hukum lainnya.<sup>101</sup>

Di sisi lain, **Gunningham dan Gabrosky** mencoba mengembangkan teori regulasi responsif ini ke arah lain, yakni dengan memasukan unsur regulasi non-negara ke dalam piramida penegakan hukumnya.<sup>102</sup> Kehadiran aktor non-negara dapat dijadikan faktor pelengkap untuk mendukung penegakan regulasi yang lebih fleksibel dan berbiaya murah. Regulasi non-negara mengedepankan keahlian. Dengan regulator yang berasal dari praktisi industri yang sama, diyakini regulasi tersebut akan lebih mudah merespons apa ketentuan teknis yang dibutuhkan oleh tiap-tiap industri. Misalnya yang paling dapat memahami kapan dokter melakukan malpraktek tentu adalah dokter lain yang sudah berpengalaman praktek, bukan hakim yang tidak memiliki pemahaman kedokteran. Untuk memutuskan kapan profesi advokat bertindak di luar tanggung jawabnya adalah mereka yang berprofesi sebagai advokat. Ukuran standardisasi teknis, misalnya untuk produk kehutanan, perkebunan, atau perikanan, lebih baik ditentukan oleh mereka yang sudah menjalankan kegiatan usahanya. Dalam teori ekonomi, dikenal masalah informasi yang asimetris, dimana praktisi yang diatur lebih paham masalah dibanding regulator.<sup>103</sup>

Di Indonesia, sayangnya pemanfaatan regulasi non-negara belum dioptimalkan dengan baik. Akibatnya, regulasi non-negara tidak memiliki legitimasi yang kuat sebagai regulasi yang kredibel. Belum disusun hubungan yang tegas antara regulasi negara dengan regulasi non-negara. Pada prinsipnya regulasi non-negara tidak mungkin berdiri sendiri, namun harus didukung oleh regulasi negara, istilahnya: *"in the shadow of the law"*.<sup>104</sup> Maksudnya, ketika regulasi non-negara tidak mampu berjalan efektif, negara harus mengambil alih. Namun, sepanjang regulasi non-negara dapat berjalan, tidak ada urgensi bagi negara untuk mengatur subyek tersebut. Beberapa praktek menunjukkan bahwa regulasi non-negara untuk melindungi kepentingan kelompoknya sendiri, yang dalam pendekatan ekonomi menjadi serupa dengan konsep 'kartel'. Kode etik kedokteran justru digunakan oleh asosiasi dokter untuk melindungi profesi mereka atas tuduhan malpraktek, atas dasar semangat *'esprit d'corps'*. Kasus serupa juga dapat ditemukan dalam hal profesi hakim yang sempat menimbulkan kontroversi mengenai penilaian etika profesi.

Dalam praktek lain, negara dalam beberapa hal justru mengambil alih regulasi non-negara, ketimbang menciptakan sistem penegakan berlapis yang membebaskan tanggung jawab kepada regulasi non-negara, dan negara siaga (*standby*) seandainya regulasi non-negara gagal. Regulasi non-negara seharusnya menciptakan insentif ekonomi digunakan agar pelaku industri dapat sukarela melakukan tindakan-tindakan tertentu melebihi apa yang dipersyaratkan oleh hukum, sementara untuk ketentuan minimum tetap berada di dalam domain hukum. Contohnya adalah ketentuan mengenai tanggung jawab sosial perusahaan (*corporate social responsibility, CSR*) yang diwajibkan untuk perusahaan-perusahaan tertentu dalam UU 40/2007 mengenai Perseroan Terbatas. Padahal, CSR seharusnya berfungsi sebagai insentif ekonomi di luar kewajiban hukum.

Dapat disimpulkan, fleksibilitas di bidang penegakan dan penataan berarti tersedianya opsi-opsi yang dapat dipilih agar penegakan dan penataan dapat berjalan efektif, efisien, dan memenuhi tujuan dibuatnya regulasi itu sendiri.

#### **D. TANTANGAN NORMATIF**

##### *Dimensi kewenangan regulator*

Kita sering mendengar istilah 'lembaga *super body*' dikaitkan dengan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK). Padahal, menurut kami ada lembaga yang jauh lebih '*super body*' dibandingkan KPK: namanya Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). KPPU memiliki peran sebagai regulator (mengeluarkan peraturan dan memberikan persetujuan terhadap transaksi tertentu), eksekutor (melakukan pemeriksaan terhadap dugaan praktek persaingan tidak sehat), hingga proses semi-adjudikasi, yang mana keberatan terhadap putusan KPPU dapat disampaikan ke pengadilan. Di satu sisi, pola kerja semacam KPPU ini menjadikan tata kelola semakin efisien, dan dengan demikian semakin responsif menanggapi perubahan. Misalnya, jika dalam proses pemeriksaan ditemui hal-hal yang harus diatur lebih jauh, KPPU dapat langsung menyusun kajian untuk dibuatkan peraturannya. Tidak ada mata rantai birokrasi yang harus ditempuh terlebih dahulu. Memang kewenangan yang terlalu luas dapat menimbulkan penyalahgunaan apabila tidak ada pengawasannya. Namun yang hendak kami sampaikan adalah: regulasi yang fleksibel membutuhkan infrastruktur kelembagaan dan kewenangan regulator yang memungkinkannya untuk bekerja efisien.

Apabila dikaitkan dengan teori hukum administrasi negara, maka kita dapat mengacu pada teori standar mengenai perbedaan antara kewenangan 'atribusi', kewenangan 'delegasi', dan kewenangan 'mandat'. Kewenangan merupakan hak yang dimiliki suatu lembaga negara atau lembaga pemerintahan untuk menyelenggarakan kegiatan atau melakukan kegiatan di bidang hukum publik. Kewenangan atribusi dapat diselenggarakan secara penuh oleh penerima atribusi, atas prakarsa sendiri, dan dapat diselenggarakan secara terus menerus, dengan diskresi penuh sepanjang dalam batas yang diamanatkan di dalam peraturan perundang-undangan yang memberikan atribusinya. Sementara itu, kewenangan dalam bentuk delegasi diberikan sebatas apa yang didelegasikan oleh peraturan perundang-undangan yang melandasinya. Untuk kewenangan mandat, cakupannya lebih terbatas lagi karena sifatnya hanya menjalankan perintah dari atasan.

Dengan diskresi penuh yang dimiliki pemegang kewenangan atributif, jelas ia akan lebih fleksibel dalam mengatur segala hal yang menjadi tanggung jawabnya. Penerima atribusi akan lebih leluasa untuk mengatur hal-hal yang tidak secara tegas disebutkan di dalam peraturan perundang-undangan. Misalnya, untuk penyelenggaraan regulasi di bidang pasar modal ada BAPEPAM-LK (dahulu BAPEPAM), untuk bidang perbankan ada Bank Indonesia (BI), (meskipun kewenangan dari keduanya saat ini akan bergabung secara signifikan ke dalam lembaga baru Otoritas Jasa Keuangan (OJK)), di bidang telekomunikasi ada Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia (BRTI), dan masih banyak lagi lembaga lain. Beberapa pihak memang mempertanyakan struktur dari regulator independen semacam ini. Ada badan regulator yang sepenuhnya independen dari pemerintah, seperti BI atau OJK. Ada pula badan regulator yang tetap di bawah kementerian, namun memiliki kewenangan regulasi yang cukup luas dengan diskresi yang besar, contohnya BAPEPAM-LK. Contoh lain adalah BAPETEN (Badan Pengawas Tenaga Nuklir) yang secara status sebenarnya merupakan Lembaga Pemerintah Non Kementerian (LPNK) yang dalam melakukan tindakannya berada di bawah koordinasi Menteri (Riset dan Teknologi). Namun, BAPETEN memiliki kewenangan penuh dalam membuat segala peraturan di bidang tenaga nuklir,



sebagaimana diamankan dalam UU No. 10/1997 tentang Ketenaganukliran. Ada pula yang secara *de jure* merupakan 'regulator independen', namun dalam prakteknya tidak memiliki fleksibilitas dalam merumuskan regulasi, seperti BRTI.<sup>105</sup>

Terhadap kehadiran para regulator yang contohnya kami sebutkan diatas, bandingkan misalnya dengan UU No. 1/2011 tentang Perumahan dan Kawasan Pemukiman yang seperti tidak memiliki konsep pembagian kewenangan yang jelas, menyebabkan pengaturannya menjadi sangat tidak fleksibel. Konsep yang dianut oleh UU ini adalah pola delegasi, sehingga penerima delegasi tidak dapat secara fleksibel merumuskan aturan-aturan yang diperlukan, hanya bisa membuat sebatas apa yang di-delegasikan kepadanya. Pendelegasian tersebut pun dilakukan tanpa arah dan diperlakukan secara berbeda, misalnya ada materi yang didelegasikan kepada peraturan pemerintah (Pasal 31, Pasal 41), peraturan menteri (Pasal 35, pasal 42), atau peraturan daerah (Pasal 36). Padahal, apabila ditetapkan satu regulator 'semi-independen' untuk mengatur segala aspek mengenai perumahan, besar kemungkinan UU ini akan jauh lebih mudah dilaksanakan dan tidak menimbulkan kebingungan. Apalagi masalah perumahan adalah isu yang melibatkan banyak anggota masyarakat, khususnya yang berasal dari kelas menengah.

Apabila dilihat dari kacamata teori regulasi, maka sebenarnya tidak dipersoalkan dari mana kewenangan tersebut berasal, dan tidak pula dipersoalkan pula strukturnya di dalam sistem tata negara dan administrasi negara: apakah berada lepas dari pemerintah, lembaga setingkat menteri, LPNK di bawah koordinasi menteri, atau regulator yang setara dengan direktorat jenderal di kementerian. Yang dipersoalkan sederhana: sejauh mana badan tersebut memiliki diskresi untuk melakukan pengaturan dan melakukan penegakan atas aturan yang dibuat secara bebas dan independen. Semakin fleksibel suatu badan regulator dalam membuat peraturan, maka semakin efisien pula ia dalam bertindak dan menjalankan kewajibannya.

### *Teori diskursus dalam sistem regulasi*

Saya akan memulai dengan contoh berikut. Pada 12 Desember 2008, BAPEPAM-LK mengeluarkan Peraturan IX.E.1. mengenai transaksi afiliasi dan benturan kepentingan transaksi tertentu. Dalam peraturan itu, benturan kepentingan diatur sebagai "perbedaan antara kepentingan ekonomis Perusahaan dengan kepentingan ekonomis pribadi direktur, komisaris, pemegang saham utama Perusahaan dalam suatu Transaksi yang dapat merugikan Perusahaan karena adanya *penetapan harga yang tidak wajar*" (huruf miring dari penulis). Ketika definisi ini diberlakukan, BAPEPAM-LK mendapatkan kritik yang sangat tajam dari pelaku pasar modal. Alasannya, untuk menetapkan apakah suatu harga ditetapkan secara tidak wajar tentu membutuhkan penafsiran yang 'karet'. Pelaku pasar melakukan komunikasi dan lobi yang sangat intensif dengan BAPEPAM-LK, sehingga akhirnya diputuskan bahwa ketentuan tersebut harus diubah. Pada November 2009, kurang dari satu tahun peraturan itu dibentuk, BAPEPAM-LK mengeluarkan peraturan yang mengubah definisi tersebut menjadi "perbedaan antara kepentingan ekonomis Perusahaan dengan kepentingan ekonomis pribadi anggota Direksi, anggota Dewan Komisaris, atau pemegang saham utama yang dapat merugikan Perusahaan dimaksud", menghilangkan rumusan yang bermasalah.

Kunci keberhasilan mengubah peraturan ini adalah adanya komunikasi yang intensif antara regulator dan pelaku pasar, dimana pelaku pasar melalui akses yang dekat dengan

BAPEPAM-LK. Masih banyak contoh lain yang menggambarkan respons cepat dari regulator karena desain kelembagaannya yang efisien. KPPU misalnya melakukan revisi sejak tahun 2009 hingga tahun 2012 untuk menyempurnakan rezim hukum yang tepat untuk control penggabungan (merger), peleburan (konsolidasi), dan pengambilalihan (akuisisi).

Apa yang terjadi dalam contoh kasus BAPEPAM-LK, atau KPPU, di atas dapat dianalisis menggunakan teori **Habermas** mengenai aksi komunikatif (*communicative action*).<sup>106</sup> Pada prinsipnya, para pelaku kepentingan dalam masyarakat akan selalu bergerak untuk mencari kesepahaman dan saling melakukan koordinasi dalam tindakan-tindakannya berdasarkan atas argument berbasis nalar (*reasoned argument*) dan konsensus.<sup>107</sup> Teori ini dapat dipertentangkan dengan teori Ayres dan Braithwaite yang sudah dijelaskan di atas, dimana konteksnya adalah konflik, bukan diskursus. Menurut Ayres dan Braithwaite, antara pengatur dan yang diatur masing-masing bertindak strategis merespons tindakan pihak lainnya, sementara Habermas justru mendambakan adanya hubungan yang mencapai konsensus. Dalam teori permainan, maka dapat dilukiskan dalam pertentangan antara *cooperative game (prisoner's dilemma)* dengan *coordination game*. Namun, kedua teori tersebut tetap memiliki kesamaan bahwa hubungan antara pengatur dan yang diatur tidaklah satu arah tetapi bersifat timbal balik. Hubungannya pun bersifat berkelanjutan, tidak seperti dalam rezim pemilihan umum dimana hanya terjadi satu hubungan ketika pemilih mencoblos, setelah itu yang dipilih seolah tidak ada tanggung jawab kepada pemilihnya.

Teori Habermas dapat diterapkan dalam membangun budaya diskursus dan mendukung regulasi yang fleksibel. Fleksibilitas regulasi dapat berjalan efektif apabila didukung dengan iklim diskursus yang menjadi membudaya dalam sistem hukum. Sebaliknya, fleksibilitas regulasi justru menjadi kontraproduktif apabila budaya diskursus ini belum terbentuk. Namun, menjadi pertanyaan mengenai mana yang harus dimulai terlebih dahulu: adanya regulasi fleksibel yang mendorong budaya diskursus, atau sebaliknya? Dalam menggunakan teori diskursus, regulasi akan memiliki legitimasi apabila regulasi tersebut diraih melalui kesepakatan yang inter-subyektif dan sukarela antar pelaku kepentingan yang terintegrasi ke dalam proses pembentukan regulasi sehingga dapat diterapkan secara wajar ke dalam masyarakat. Hanya norma yang sudah melalui proses diskursus saja yang dapat memiliki validitas sebagai norma yang dapat diterapkan dalam masyarakat.<sup>108</sup> Teori ini juga sejalan dengan gagasan pembentukan peraturan perundang-undangan yang mengadopsi keinginan masyarakat (*socially responsible lawmaking*), dengan lebih memfokuskan pada adanya komunikasi yang berkelanjutan di antara para pelaku.

Persyaratan teori diskursus, tentu saja, adanya kehendak rasional untuk mencapai konsensus di antara pengatur dan yang diatur. Dalam dunia keuangan, isu ini tidak menjadi masalah. Pelaku pasar seperti emiten, pemegang obligasi, atau perusahaan publik umumnya adalah mereka yang memiliki kapasitas dan sumber daya untuk melakukan komunikasi yang intensif kepada regulator. Jumlah mereka relatif sedikit, sementara kepentingannya besar (jumlah dana yang berputar di pasar modal), sehingga tidak sulit untuk menyatukan kepentingan pelaku pasar dalam hal ada regulasi pasar modal yang bermasalah.<sup>109</sup> Dalam lingkungan yang lebih kecil dan penyatuan kepentingan yang lebih mudah, budaya hukum berbasis diskursus menjadi lebih mudah terbentuk.

Sebaliknya, di dalam kondisi masyarakat tidak memiliki kemampuan untuk melakukan diskursus yang rasional, maka teori Habermas menjadi tidak berlaku, kecuali: adanya aktor perantara yang menjembatani masyarakat atau adanya 'niat baik' dari negara

untuk ‘mengayomi’ masyarakatnya. Aktor perantara sebagaimana dimaksud dalam iklim demokrasi adalah LSM, tokoh masyarakat, komunitas epistemik, atau apapun entitas yang memiliki legitimasi moral dan sosial dalam mewakili rakyat. Diskursus untuk memperbaiki regulasi di bidang otonomi daerah, misalnya, acapkali ditentang dan dijembatani oleh asosiasi pengusaha seperti KADIN atau APINDO yang mendanai kajian regulasi daerah dan melakukan upaya lobi kepada pengambil kebijakan yang bersangkutan. LSM seperti WALHI atau Greenpeace acapkali mengambil posisi berseberangan dengan pemerintah terhadap regulasi-regulasi yang dianggap merugikan kepentingan lingkungan hidup. Perbedaannya, KADIN atau APINDO mewakili ‘pengusaha’, sementara WALHI atau Greenpeace mewakili ‘masyarakat’. Semakin banyak/beragam kelompok yang diwakili, semakin lemah pula legitimasinya dan dukungannya dalam menyuarakan kepentingan.<sup>110</sup> Seiring dengan berjalannya waktu dan semakin mapannya iklim demokrasi, budaya diskursus harus semakin kuat dan memberikan justifikasi dan legitimasi terhadap regulasi yang fleksibel.

## E. PENUTUP

Berbagai permasalahan di atas diharapkan mampu memberikan perspektif yang segar dalam mengkaji apakah itu ‘regulasi’ (dan perbedaannya dengan ‘legislasi’) serta seberapa penting wacana ‘fleksibilitas’ diperkenalkan dalam khazanah teori legislasi/regulasi, legisprudensi, ataupun negara hukum di Indonesia. Kami menyusun berbagai argumen untuk mendukung ataupun menentang fleksibilitas, bergantung pada konteks dan bidang penerapannya. Namun pada akhirnya tujuan kami sederhana: mengajak para pemangku kepentingan untuk memperhitungkan faktor fleksibilitas dalam menilai suatu regulasi.

## Referensi

- Ayres, Ian dan Braithwaite, John. *Responsive Regulation Transcending the Deregulation Debate*. USA: Oxford University Press, 1992
- Baldwin, Robert dan Black, Julia. “Really Responsive Regulation”, LSE Legal Studies Working Paper 15/2007
- Braithwaite, John. “Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty”. *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 27, (2002: 47-82)
- Buchanan, James M. dan Tullock Gordon., *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. University of Michigan, 1962
- Coase, Ronald. “The Problem of Social Cost”. *Journal of Law and Economics* 3 (1) (1960): hal. 1-44.
- Dworkin, Ronald M. “The Model of Rules”. 35 *University of Chicago Law Review* (1967)
- Faure, Michael, Peeters, Marjaan, Wibisana, Andri G. “Economic Instruments: Suited to Developing Countries” in Michael Faure and Nicole Niessen, ed, *Environmental Law and Development*. Edward Elgar, 2006
- Financial Service Authority, United Kingdom, Principles-based regulation, Focusing on the outcomes that matter, FSA April 2007, <http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/principles.pdf> (akses 4 Oktober 2012)

- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. Revised ed, Yale University Press, New Haven, 1969
- Gunningham, Niel, Grabosky, Peter, Sinclair, Darren. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Oxford: Clarendon Press, 1998
- Habermas, Jurgen. *The Theory of Communicative Action, Volume 1: Reason and the Rationalization of Society*. (diterjemahkan oleh Thomas McCarthy). Beacon Press, 1985
- Habermas, Jurgen. *Between Facts and Norms-Contributions to a Discourse Theory of Law*. (diterjemahkan oleh William Rehg), MIT Press, 1998
- Ogus, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Clarendon 1994, reprinted 2004
- Sinclair, Darren. "Self-regulation versus command and control? Beyond False Dichotomies", *Law & Policy* 19 (4) (1997), hal. 529–559
- Selznick, Phillip. *The moral commonwealth: Social theory and the promise of community*. Berkeley, CA: University of California Press, 1992
- Van Vollenhoven Institute & BAPPENAS, "Efektivitas Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup di Indonesia, Rekomendasi Kebijakan", Jakarta, Februari 2011, <http://media.leidenuniv.nl/legacy/policy-brief-vvi-%26-bappenas---efektivitas-penyelesaian-sengketa-lingkungan-hidup-di-indonesia---februari-2011.pdf> (akses 4 Oktober 2012)

## ***Judicial Preview* sebagai Instrumen Peningkatan Kualitas Legislasi: Suatu Pendekatan Legisprudensi**

**Victor Imanuel**

### **Pendahuluan**

Cabang kekuasaan legislatif merupakan cabang kekuasaan yang mencerminkan kedaulatan rakyat. Kehidupan bernegara ditentukan oleh adanya peraturan untuk menjalankan kegiatan bernegara tersebut. Kewenangan untuk menetapkan peraturan tersebut diberikan kepada kekuasaan legislatif yaitu lembaga perwakilan rakyat atau parlemen. Penetapan peraturan kehidupan bernegara yang ditetapkan parlemen, sebagai representasi rakyat melalui wakil-wakilnya, menunjukkan kedaulatan rakyat tersebut. Karena fungsi tersebut, fungsi pertama lembaga perwakilan rakyat dikenal sebagai fungsi legislasi atau pengaturan. Fungsi legislasi tersebut berkenaan dengan kewenangan menetapkan peraturan yang mengikat warga negara dengan norma-norma hukum yang mengikat dan membatasi (Asshiddiqie, 2006:32 – 33).

Setiap pemerintahan tentunya mengharapkan cabang kekuasaan legislatifnya mampu menghasilkan legislasi yang berkualitas. Indikator legislasi yang berkualitas tersebut dapat mencakup beberapa aspek. Salah satu aspek yang berpengaruh adalah konstitusionalitas dari legislasi tersebut. Undang-Undang yang baik tentunya adalah Undang-Undang yang selaras dengan konstitusi yang secara hirarkis berada di atasnya.

Selain aspek konstitusionalitas, kualitas legislasi juga dapat dilihat pada harmonis tidaknya Undang-Undang yang dibentuk dengan sesama Undang-Undang lainnya. Seringkali dijumpai adanya Undang-Undang yang tidak selaras sehingga membingungkan penegak hukum maupun masyarakat.

Kualitas legislasi juga dapat dilihat pada bagaimana Undang-Undang tersebut memasukkan konsep-konsep hukum di dalamnya. Ketepatan konsep-konsep hukum ketika dimasukkan dalam Undang-Undang juga berkaitan dengan harmonisasi antara Undang-Undang. Jika konsep-konsep hukum yang dimasukkan berbeda dengan yang dipahami dalam ilmu hukum, tentunya juga akan menimbulkan kebingungan masyarakat dan penegak hukum.

Untuk mengukur konstitusionalitas undang-undang telah dikenal lembaga Mahkamah Konstitusi yang salah satu wewenangnya adalah menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final. Pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar oleh Mahkamah Konstitusi dikenal sebagai *judicial review* karena pengujian dilakukan setelah undang-undang dibentuk dan diundangkan. Pengujian pascapengundangan undang-undang, menurut penulis, memiliki kelemahan yang tak dapat dihindari. *Judicial review* dilakukan ketika kerugian mungkin telah terjadi akibat dilaksanakannya suatu undang-undang yang bertentangan dengan undang-undang dasar. Oleh karena itu, *judicial review* tidak dapat mencegah kerugian yang mungkin timbul tersebut.

Selain itu *judicial review* bukanlah untuk menguji sinkronisasi antar Undang-Undang maupun ketepatan konsep-konsep hukum yang digunakan oleh Undang-Undang. Oleh karena itu, perlu dikonstruksikan suatu mekanisme alternatif yang dapat meningkatkan

kualitas legislasi dengan menguji indikator-indikator kualitas legislasi selain aspek konstitusionalitasnya.

Tulisan ini akan membahas *judicial preview* sebagai mekanisme yang dapat meningkatkan kualitas legislasi dari berbagai sudut pandang dengan legisprudensi sebagai pisau analisisnya. Konsep *judicial preview* yang ingin dikonstruksikan dalam tulisan ini bukan hanya sekedar mengambil dari konsep yang telah digunakan di negara lain, tetapi ingin mencoba mengkaitkannya dalam upaya menghasilkan legislasi yang berkualitas. Untuk menghasilkan legislasi yang berkualitas baik, Undang-Undang dalam tulisan ini diposisikan bukan hanya sebagai produk politik. Undang-Undang juga diposisikan sebagai produk akademis yang bukan hanya memenuhi indikator konstitusionalitas, tetapi juga indikator-indikator lainnya.

### **Legislasi Berkualitas: Suatu Analisis Legisprudensi**

Legisprudensi sebagai teori untuk menilai kualitas legislasi dimulai dari refleksi terhadap negara hukum modern. Jika ditarik lebih jauh ke belakang, refleksi tersebut tidak dapat dilepaskan dari tradisi pemikiran kontrak sosial yang dikemukakan oleh Thomas Hobbes, John Locke, dan Rousseau. Tradisi kontrak sosial tersebut dilandaskan pada premis bahwa manusia dapat bertindak bebas dalam bingkai *ius naturale*. Kebebasan tersebut kemudian merealisasikan dirinya dalam ruang politik sebagai resultan dari kehendak individu.

Kontrak sosial kemudian menjadi inti pemikiran yang menjawab permasalahan antara integrasi politik dan individualisme. Individu-individu yang memiliki kebebasan tersebut diintegrasikan dalam negara hukum melalui suatu kontrak sosial. Kontrak sosial tersebut kemudian menjadi pengejawantahan dari kedaulatan rakyat. Legislasi juga merupakan pengejawantahan dari kontrak sosial karena individu-individu memberikan kedaulatannya kepada lembaga legislatif untuk membentuk aturan-aturan hukum yang mengatur kehidupan bersama.

Pandangan bahwa legislasi mencerminkan kedaulatan rakyat dan kontrak sosial dapat dilihat pada pandangan teoritis maupun yuridis dogmatis yang menyatakan bahwa pembebanan kepada individu hanya dapat diatur dengan undang-undang. Secara yuridis hal ini dapat dilihat dalam Pasal 23A Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) yang menyatakan bahwa pajak dan pungutan lain yang bersifat memaksa untuk keperluan negara diatur dengan undang-undang. Kata-kata “diatur dengan undang-undang” menunjukkan bahwa pembebanan yang memaksa tersebut bukan hanya sekedar harus dicantumkan melalui undang-undang (dalam undang-undang apa saja) tetapi bahkan harus diatur dengan undang-undang tersendiri yang khusus mengatur hal tersebut.

Karena merupakan pencerminan kedaulatan rakyat dan kontrak sosial, maka legislasi seringkali diidentikkan dengan apa yang dapat dicapai melalui konsensus (Nalle, 2010:5). Artinya, legislasi diukur dari sejauhmana kepentingan-kepentingan yang ada dapat diakomodir dan disatukan dalam konsensus antara pemangku kepentingan. Pemahaman demikian tentunya adalah pemahaman yang sangat politis. Proses legislasi tidak memiliki mekanisme koreksi yang dapat menyempurnakan undang-undang – yang akan dibentuk menjadi produk hukum – agar menjadi undang-undang yang berkualitas secara teoritis maupun sinkron dengan undang-undang lainnya.

Salah satu contoh tidak sinkronnya undang-undang satu dengan lainnya – sehingga menimbulkan kerancuan – adalah pengaturan ruang lingkup keuangan negara dalam Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (UU No.17 Tahun 2003) dan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (UU No.19 Tahun 2003). Pasal 2 huruf g UU No.17 Tahun 2003 mengatur bahwa keuangan negara mencakup kekayaan negara yang dipisahkan pada perusahaan negara/perusahaan daerah. Sedangkan Pasal 11 UU No.19 Tahun 2003 mengatur bahwa terhadap BUMN Persero berlaku prinsip-prinsip perseroan terbatas dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (UU No.1 Tahun 1995). Artinya, kekayaan BUMN diposisikan sebagai kekayaan perseroan dan tidak lagi termasuk keuangan negara. Contoh dua undang-undang ini menunjukkan ketidaksinkronan pemahaman ruang lingkup keuangan negara. Ketidaksinkronan tersebut nantinya dapat mengaburkan pemahaman dalam kasus yang berkaitan dengan BUMN, misalnya bilamana terjadi kerugian dalam keuangan BUMN akibat kebijakan tertentu (Nababan, 2012:148).<sup>111</sup>

Pemahaman yang politis dalam proses legislasi juga tidak dapat diputar secara drastis dengan menempatkan proses legislasi sebagai pemahaman teoritis belaka. Proses legislasi merupakan bagian yang tak terpisahkan dalam sistem politik karena dihasilkan dari salah satu lembaga suprastruktur politik. Oleh karena itu menjauhkan undang-undang dari aspek politis tentunya merupakan ketidakmungkinan. Legisprudensi sebagai teori di bidang legislasi menempatkan undang-undang di antara dua kutub tersebut, yaitu kutub politis dan teoritis, dan berusaha meyeimbangkannya. Melalui perspektif legisprudensi tersebut kualitas legislasi dapat diukur.

Untuk mengukur kualitas legislasi, sistem hukum di Indonesia memiliki mekanisme *judicial review* undang-undang melalui Mahkamah Konstitusi. Tetapi mekanisme *judicial review* hanya terbatas untuk menguji konstitusionalitas suatu undang-undang terhadap undang-undang dasar. *Judicial review* tentunya tidak akan menguji sinkronisasi antar undang-undang ataupun mengkajinya secara teoritik. Oleh karena itu, mekanisme *judicial review* sebenarnya merupakan mekanisme yang memiliki keterbatasan dalam mengkoreksi kualitas legislasi secara komprehensif dari perspektif legisprudensi.

Pendapat penulis bahwa *judicial review* memiliki keterbatasan dalam mengkoreksi kualitas legislasi dari perspektif legisprudensi didasarkan pada 2 (dua) argumentasi. Pertama, legisprudensi melihat legislasi dari berbagai kategori yang tidak terjangkau oleh *judicial review*. Kategori tersebut antara lain (Mader, 2001:120):

1. *Legislative methodology*, yaitu berkaitan dengan substansi legislasi, metodologi yang dapat digunakan untuk mengelaborasi substansi normatif.
2. *Legislative technique*, berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dari aspek formalnya – misalnya struktur dalam substansi undang-undang.
3. *Legislative drafting*, berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dari perumusan norma dalam undang-undang.
4. *Legislative communication*, berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dari bagaimana cara mengkomunikasikan substansi normatif suatu peraturan.
5. *Legislative procedure*, berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dengan melihat proses pembahasan, pengundangan, dan implementasi suatu peraturan.

6. *The management of legislation*, berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dengan melihatnya sebagai bagian dari suatu perencanaan peraturan perundang-undangan. Dalam konteks Indonesia, kategori ini melihat kualitas suatu undang-undang dengan mengukurnya dari Program Legislasi Nasional (Prolegnas) yang telah ditetapkan.
7. *The sociology of legislation*, berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dengan melihat proses politik dalam pembahasan, pengundangan, proses implementasi, dan juga efek dari legislasi dari perspektif sosiologis.
8. *The theory of legislation*, berkaitan dengan mengukur kualitas legislasi dengan melihat fungsi legislasi sebagai instrumen panduan sosial dan kontrol dari negara.

Ruang lingkup pengujian kualitas legislasi dari perspektif legisprudensi tersebut dalam beberapa kategori tidak dapat mencakup mekanisme *judicial review* di Indonesia. Penyebab utamanya karena wewenang *judicial review* undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi terbatas pada aspek pengujian konstitusionalitas. Mahkamah Konstitusi, misalnya, tidak berwenang untuk menguji kualitas metodologi legislasi yang digunakan untuk mengelaborasi substansi normatif dalam undang-undang. Bukan wewenang Mahkamah Konstitusi pula untuk menguji kualitas legislasi dengan membandingkannya pada Prolegnas sebagai desain besar dari legislasi di Indonesia.

*Judicial review* di Indonesia bersifat *post facto*. Artinya, yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi bukanlah rancangan undang-undang melainkan undang-undang yang telah diundangkan. Tetapi tidak seluruh kategori pengujian kualitas legislasi dari perspektif legisprudensi tersebut tidak dapat terjangkau oleh mekanisme *judicial review*. Aspek *legislative procedure* lebih bersifat *post facto* daripada *ex ante*. Dalam *judicial review* oleh Mahkamah Konstitusi, aspek *legislative procedure* tersebut merupakan cakupan dari wewenang uji formil oleh Mahkamah Konstitusi.

Sifat *post facto* dalam *judicial review* oleh Mahkamah Konstitusi itulah yang kemudian menjadi keterbatasan kedua. Pengujian baru dapat dilakukan jika terdapat permohonan yang diajukan akibat adanya kerugian yang timbul karena dilaksanakannya suatu undang-undang. Rentang waktu antara diundangkannya suatu undang-undang dan permohonan pengujian di Mahkamah Konstitusi bisa dalam waktu dekat, tetapi juga bisa dalam waktu lama. Merupakan suatu kerugian besar jika, misalnya, pembatalan suatu undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi terjadi setelah undang-undang tersebut telah berlaku dalam waktu yang relatif lama.

Sebagai contoh adalah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11-14-21-126-136/PUU-VII/2009. Salah satu amar putusannya menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 53 ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional (UU No.20 Tahun 2003) yang menyatakan bahwa "*badan hukum pendidikan dimaksudkan sebagai landasan hukum bagi penyelenggara dan/atau satuan pendidikan, antara lain, berbentuk Badan Hukum Milik Negara (BHMN)*", tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dalam amar putusannya Mahkamah Konstitusi juga menyatakan bahwa frase "*...yang orang tuanya tidak mampu membiayai pendidikannya*" di dalam Pasal 12 ayat (1) huruf c UU No.20 Tahun 2003 yang menyatakan bahwa "*setiap peserta didik pada setiap satuan pendidikan berhak mendapatkan beasiswa bagi yang berprestasi yang orang tuanya tidak mampu membiayai pendidikannya*", tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.



Putusan tersebut memiliki rentang waktu 6 tahun sejak diberlakukannya UU No.20 Tahun 2003. Artinya, mekanisme *judicial review post facto* yang dipraktikkan selama ini membuka peluang bagi berlakunya legislasi dengan kualitas yang buruk dan dapat merugikan pihak-pihak yang terkena dampaknya secara langsung dalam rentang waktu yang lama.

Buruknya kualitas legislasi dalam tata peraturan perundang-undangan di suatu negara tentunya tidak dapat dilepaskan dari kualitas parlemennya. Di Indonesia, sejak 2003 hingga November 2011 saja, Mahkamah Konstitusi telah mengabulkan 97 perkara permohonan pengujian Undang-Undang. Aspek-aspek politis masih belum dapat dilepaskan dalam proses legislasi.<sup>112</sup> Oleh karena itu, dalam bingkai *checks and balances*, seharusnya terdapat mekanisme yang dapat mencegah legislasi yang buruk dan dapat berdampak dalam jangka waktu yang lama bagi masyarakat. Paradigma yang dibangun dalam menguji kualitas legislasi bukan lagi *post facto*, tetapi justru *ex ante*. Melalui pengujian *ex ante* ukuran kualitas legislasi dengan pendekatan legisprudensi dapat dilakukan.

### **Judicial Preview: Suatu Tawaran Pengujian Kualitas Legislasi**

Jika mekanisme *judicial review* yang bersifat *post facto* memiliki keterbatasan dalam meningkatkan kualitas legislasi maka yang diperlukan adalah antitesisnya. *Judicial preview* menjadi alternatif yang dapat memecah kebuntuan dalam usaha meningkatkan kualitas legislasi di Indonesia. Dengan mekanisme tersebut maka dapat terjadi keseimbangan antara aspek politis dan teoritis dalam proses legislasi.

Terminologi *judicial preview* dalam banyak literatur relatif tidak banyak digunakan. Beberapa literatur justru lebih banyak menggunakan istilah *judicial review ex ante* atau *ex ante review* atau *ex ante abstract review*. Tidak banyak pula yang menggunakan mekanisme *judicial preview*. Sebagian besar negara lebih banyak menggunakan *judicial review post facto* dengan memberikan kewenangan pada Mahkamah Konstitusi atau Mahkamah Agung. Salah dua negara yang menggunakan metode *judicial preview* adalah Finlandia dan Perancis.

*Judicial preview* di Finlandia tidak dijalankan oleh Mahkamah Konstitusi, tetapi oleh Komite Konstitusi (*The Constitutional Law Committee*). Komite ini adalah sebuah lembaga kuasi-yudisial. Sebagaimana komite-komite lainnya, komite ini terdiri atas anggota-anggota parlemen dan sejauh ini menampilkan karakter politis. Walaupun demikian, pembahasannya didasarkan pada pendapat yang diberikan oleh para ahli konstitusi – sebagian besar profesor universitas – dan, sebagai suatu peraturan, Komite mematuhi pandangan mereka (Tuori, 2010:4).

Meskipun Komite merupakan bagian dari organisasi kelembagaan parlemen, pembahasan-pembahasan di dalamnya bukanlah bagian dari prosedur rutin di parlemen. Pembahasan dalam Komite hanya ditempuh ketika terdapat keraguan tentang konstitusionalitas dari suatu rancangan undang-undang. Berbeda dengan *review ex ante* abstrak oleh umumnya Mahkamah Konstitusi atau seperti kuasi-yudisial dalam *Conseil constitutionnel* di Perancis, Komite tidak menjadi instrumen dari oposisi politik. Sebaliknya dalam beberapa perkara Pemerintah, yang menyerahkan suatu rancangan undang-undang kepada DPR, justru menyarankan untuk berkonsultasi dengan Komite. Inisiasi peninjauan konstitusional sangat jarang menyebabkan kontroversi politik. Penilaian Komite mengikat parlemen. Namun, sejak abad ke-19, ciri-ciri khas dari model Finlandia telah mencakup dalam kekuasaan parlemen untuk mengesampingkan putusan Komite melalui undang-

undang pengecualian, yaitu rancangan undang-undang yang oleh Komite dinyatakan tidak konstitusional masih dapat diberlakukan berdasarkan syarat prosedur tertentu (Tuori, 2010:5).

Model Finlandia, sebagaimana dipaparkan di atas, memberikan wewenang *review ex ante* kepada lembaga kuasi-yudisial yang merupakan bagian dari organisasi kelembagaan parlemen. Karena kedudukannya itulah maka, menurut penulis, pengujian *ex ante* yang dilakukannya tidak tepat jika disebut sebagai *judicial review ex ante* atau *judicial preview*. Istilah *review ex ante* atau pengujian *ex ante* lebih tepat digunakan untuk wewenang yang dimiliki oleh Komite Konstitusi di Finlandia. Model seperti ini tentu saja memiliki kelebihan dan kekurangan jika dipertimbangkan sebagai model alternatif dalam meningkatkan kualitas legislasi.

Kelebihan model ini, tentu saja, adalah keterlibatan yang besar dari akademisi dalam meninjau kualitas legislasi. Keterlibatan akademisi dalam kedudukannya di lembaga tersebut tentu saja berbeda dengan keterlibatan akademisi pada Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) yang biasa dilakukan dalam proses pembahasan rancangan undang-undang di Indonesia. Pendapat para akademisi, dari perspektif teoritis terhadap suatu rancangan undang-undang, mengikat bagi Komite ketika dilakukan pengujian. Mekanisme ini, dari pendekatan legisprudensi, dapat mengurangi bobot suatu undang-undang sekedar sebagai produk politik dan bergeser menjadi produk hukum yang memiliki basis teoritis.

Mekanisme yang menempatkan peran ahli sama seimbangannya dengan legislator dalam proses legislasi dapat mengubah paradigma aktivitas legislasi. Aktivitas legislasi bukan lagi dimaknai sebagai praktik politik, tetapi juga sebagai praktik hukum (*legal practices*). Menurut Kaarlo Touri (Wintgens, 2002:100), proses legislasi melalui beberapa tahapan yang menempatkan ahli hukum dan argumentasi hukum di panggung utama. Dengan demikian, perancangan undang-undang melibatkan fase perumusan norma yang menempatkan keahlian hukum sebagai aspek dominan dan yang menjadi perhatian utama adalah pemeliharaan konsistensi internal dan koherensi dari tatanan hukum. Di beberapa negara prosedur parlementer mengandung unsur-unsur yang menempatkan argumentasi hukum sebagai aspek terdepan. Hal ini terjadi, misalnya, di negara-negara yang prosedurnya mencakup mekanisme untuk mengontrol konstitusionalitas rancangan undang-undang dengan musyawarah. Komite Konstitusi di Finlandia menjadi contoh parlemen yang dibantu oleh para ahli konstitusi dan memikul tanggung jawab utama dalam pengujian konstitusionalitas tersebut.

Oleh karena itu, kegiatan legislasi dapat dicirikan sebagai kombinasi dari praktik-praktik politik dan hukum, dan dengan demikian, aspek politik menjadi penentu terakhir. Sejak Max Weber, kita terbiasa melihat salah satu ciri-ciri utama hukum modern dalam otonominya. Ciri tersebut adalah adanya undang-undang yang memainkan peran dalam produksi tatanan hukum. Sifat yang khas sebagai kombinasi dari praktik politik dan hukum menunjukkan bahwa kita memiliki saluran utama yang mana – dalam masyarakat modern kita – hukum mempertahankan keterbukaan terhadap politik. Otonomi hukum modern tidaklah autarki, setidaknya tidak dalam kaitannya dengan politik (Wintgens, 2002:101).

Tetapi model *review ex ante* di Finlandia juga memiliki kelemahan. Kelemahan tersebut adalah adanya peluang untuk tetap mengesahkan rancangan undang-undang yang dinyatakan tidak konstitusional oleh Komite Konstitusi. Peluang tersebut tentu membuat keseimbangan antara aspek praktik politik dan praktik hukum dalam legislasi menjadi lebih

berat pada praktik politik. Tetapi pada akhirnya Komite Konstitusi merepresentasikan elemen kuasi-yudisial dalam parlemen, dan memberikan dampak yang signifikan terhadap yuridifikasi<sup>113</sup> tertentu dalam politik legislasi. Dalam beberapa rancangan undang-undang dari pemerintah yang diajukan ke Parlemen, dapat dilihat pembobotan dalam aspek konstitusionalitas rancangan undang-undang tersebut. Perkembangan tersebut mencerminkan kesadaran hak-hak dasar dalam budaya hukum dan budaya politik dan, karenanya, secara prinsip dapat dianggap sebagai fenomena yang positif. Namun demikian, bahaya yang melekat dalam perkembangan yuridifikasi ini tidak boleh diabaikan (Tuori, 2010:6).

Dengan kelebihan dan kelemahan model tersebut maka perlu pula dikemukakan model *review ex ante* di negara lainnya. Penulis dalam makalah ini mengemukakan model *Conseil constitutionnel* karena model ini adalah model yang sudah sangat dikenal sebagai acuan dalam mengkaji model *review ex ante*. Tetapi tulisan ini, sebagaimana sebelumnya ketika membahas Komite Konstitusi di Finlandia, akan menempatkan *Conseil constitutionnel* sebagai lembaga yang mempraktikkan model *review ex ante* dari perspektif legisprudensi. Oleh karena itu, proses dan wewenang yang dimilikinya akan dilihat dalam konteks menyeimbangkan antara aspek politik dan hukum dalam proses legislasi.

Perancis sejak tahun 1958, berdasarkan konstitusinya, membentuk *Conseil Constitutionnel* untuk melengkapi lembaga peradilan tertinggi di bidang hukum administrasi (*Conseil d'Etat*). *Conseil Constitutionnel* sering dikaitkan sebagai mahkamah konstitusi. Walaupun demikian, *Conseil Constitutionnel* memiliki karakteristik yang berbeda dengan model mahkamah konstitusi yang lazim di banyak negara. Perbedaan karakteristik tersebut disebabkan *Conseil Constitutionnel* bukanlah suatu lembaga yudisial, tetapi lebih tepat disebut sebagai lembaga kuasi-yudisial sebagaimana model Komite Konstitusi di Finlandia. Pemilihan model kuasi-yudisial disebabkan penolakan gagasan pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh hakim. Ketika kemudian gagasan tersebut diterima, Perancis mencoba merumuskan bentuknya sendiri. Oleh karena itu model yang dipakai berupa dewan, bukan lembaga yudisial seperti mahkamah konstitusi pada umumnya.

Berdasarkan konstitusi Perancis, *Cour de Cassation* terpisah keberadaannya dari *Conseil Constitutionnel*. *Cour de Cassation* adalah Mahkamah Agung, lembaga peradilan; sedangkan *Conseil Constitutionnel* bukan pengadilan, melainkan lembaga politik. Karena itu sebutannya bukan '*cour*' (pengadilan) tetapi '*conseil*' (dewan). Perbedaan karakter politik atau hukum dari kedua lembaga ini jelas terlihat pula dalam pola susunan keanggotaan keduanya. Jika di Mahkamah Agung, seluruh anggotanya adalah ahli hukum dan berprofesi sebagai hakim, maka dalam susunan keanggotaan *Conseil Constitutionnel* tidak demikian. Anggotanya dapat berasal dari partai politik atau birokrat dan sebagainya, meskipun sebagian terbesar di antaranya selalu para ahli hukum. Memang pada hakikatnya fungsi-fungsi yang dijalankan oleh lembaga pengawal konstitusi ini bukanlah fungsi-fungsi peradilan dalam arti yang lazim. Dalam sistem konstitusi Perancis, lembaga ini lebih bersifat kuasi-yudisial.

Dalam sistem Perancis, yang berlaku adalah *review ex ante*. Tetapi tahapan pengujiannya bukanlah rancangan undang-undang yang belum disahkan oleh parlemen. Objek pengujian justru adalah rancangan undang-undang yang sudah disahkan oleh parlemen tetapi belum disahkan dan diundangkan oleh Presiden. Jika, misalnya, parlemen memutuskan dan mengesahkan suatu rancangan undang-undang untuk menjadi undang-undang tetapi kelompok tertentu menganggap rancangan yang telah disahkan itu

sebenarnya bertentangan dengan konstitusi, maka kelompok tersebut dapat mengajukan rancangan undang-undang itu untuk diuji konstusionalitasnya di *Conseil Constitutionnel*. *Conseil Constitutionnel* kemudian memutuskan apakah rancangan undang-undang tersebut bertentangan atau tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar (Asshiddiqie, 2006:5).

Jika rancangan undang-undang oleh *Conseil Constitutionnel* dinyatakan sah dan konstusional maka rancangan undang-undang tersebut dapat disahkan dan diundangkan oleh Presiden. Tetapi jika rancangan undang-undang tersebut dinyatakan bertentangan dengan undang-undang dasar, maka rancangan undang-undang itu tidak dapat disahkan, sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sebagai undang-undang (Asshiddiqie, 2006:5).

Kritik terhadap model *Conseil Constitutionnel* – dan seharusnya juga dapat ditujukan pada Komite Konstitusi di Finlandia – adalah soal wewenang menguji dan menolak rancangan undang-undang oleh orang-orang yang tidak dipilih secara langsung. Menurut Dominique Rousseau, *Conseil constitutionnel* adalah lembaga yang tidak demokratis jika berdasarkan definisi demokrasi pada umumnya. Dalam demokrasi, keputusan-keputusan dibuat oleh mayoritas rakyat atau perwakilan rakyat, sedangkan pengujian di *Conseil constitutionnel* dilakukan oleh hakim-hakim yang tidak dipilih secara langsung namun dapat membatalkan keputusan pejabat yang dipilih langsung.

Dengan demikian, Dominique Rousseau mengusulkan untuk pendefinisian ulang demokrasi dan konstitusi. Konstitusi pertama kali dirancang sebagai sebuah piagam hak-hak dasar. Konstitusi, sebagai organisasi kekuasaan dan alat pemerintah, bukan untuk menjadi pemikiran belaka. Yang penting adalah adanya jaminan hak-hak dasar. Demokrasi didefinisikan ulang sebagai negara yang dibatasi oleh hukum, dan, lebih tepatnya, sebagai sistem yang menjamin hak asasi manusia melalui mekanisme peninjauan kembali. Dalam sistem ini, rakyat tidak benar-benar melaksanakan kedaulatan mereka tetapi kedaulatan rakyat dilaksanakan melalui kuasa konstituen. Dengan demikian, uji materi undang-undang didasarkan pada kemungkinan divergensi antara kehendak rakyat sebagai kekuatan konstituen dan kehendak wakil sebagai kekuatan mayoritas. Perbedaan terakhir ini penting karena merupakan dasar dari alasan berikut ini: *Conseil constitutionnel* tidak lagi ditampilkan untuk meniadakan kehendak rakyat, tetapi menjamin kehendak kedaulatan rakyat - sebagaimana dinyatakan dalam teks – kendati mungkin bertentangan dengan kehendak mayoritas politik di parlemen (Ponthoreau, 2009:4).

Jika membandingkan Komite Konstitusi dan *Conseil constitutionnel* maka dapat dijumpai bahwa model yang digunakan memiliki banyak perbedaan. *Conseil constitutionnel* bukanlah bagian dari kelembagaan parlemen. Selain itu wewenang untuk menguji bukan ditujukan terhadap rancangan undang-undangan – sebagaimana di Finlandia – tetapi terhadap undang-undang yang telah disahkan dan belum diundangkan. Walaupun demikian, sifat preventif kedua model ini tidak dapat dibedakan.

Jika model *Conseil constitutionnel* dilihat dari perspektif legisprudensi maka besar kemungkinan kualitas legislasi dapat ditingkatkan karena sifat pengujiannya yang preventif. Tetapi perlu diperhatikan bahwa *Conseil constitutionnel* tidak memeriksa kategori-kategori dalam legislasi yang pada umumnya tidak terjangkau oleh peninjauan kembali. Aspek teknik legislasi dan manajemen legislasi mungkin tidak diperhatikan, karena fokus lembaga ini adalah memeriksa konstusionalitas suatu undang-undang yang belum diundangkan. Dalam

hal inilah model *Conseil constitutionnel* memiliki kekurangan sebagai instrumen peningkatan kualitas legislasi melalui pendekatan legisprudensi.

## Penutup

Model *review ex ante* atau lebih dikenal sebagai *judicial preview* jika dilihat dari perspektif legisprudensi dapat menjadi instrumen peningkatan kualitas legislasi. Hal ini dimungkinkan jika lembaga yang berwenang dalam melakukan *judicial preview* tidak terbatas pada menguji konstitusionalitas suatu rancangan undang-undang atau undang-undang yang belum diundangkan. Lembaga tersebut juga perlu memeriksa teknik legislasi, metodologi legislasi, perumusan norma yang digunakan, sinkronisasi dengan undang-undang lainnya, dan aspek-aspek lainnya.

Model Komite Konstitusi di Finlandia dan *Conseil constitutionnel* di Perancis sebagai pembanding memiliki kelebihan-kelebihannya, salah satunya adalah peran ahli hukum yang cukup besar sehingga dapat menyeimbangkan sisi politis dan sisi yuridis dalam proses legislasi. Tetapi jika model dari kedua negara ini ingin diadopsi di Indonesia maka perlu dijawab terlebih dahulu beberapa permasalahan yang mungkin timbul. Pertama, apakah wewenang tersebut ingin diberikan kepada Mahkamah Konstitusi yang telah ada lebih dahulu ataukah diberikan pada lembaga baru. Kedua, jika wewenang tersebut diberikan pada lembaga baru maka perlu diperhatikan apakah lembaga tersebut merupakan lembaga yudisial atau kuasi-yudisial sebagaimana Komite Konstitusi dan *Conseil constitutionnel*. Ketiga, perlu dipertimbangkan kemungkinan yang terjadi apabila suatu rancangan undang-undang yang telah diterima oleh lembaga penguji *ex ante* tetapi kemudian dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi karena inkonstitusional. Jika kemungkinan-kemungkinan tersebut tidak diperhatikan maka bisa saja terjadi adanya wewenang *review ex ante* dan *post facto* yang dijalankan oleh dua lembaga berbeda berimplikasi pada saling melemahkan di antara kedua lembaga tersebut.

Tetapi yang lebih terpenting dari mekanisme *judicial preview* bukanlah format lembaga yang diberikan kewenangan tersebut. Aspek terpenting adalah menjadikan *judicial preview* sebagai upaya menyeimbangkan aspek politis dan aspek hukum dalam proses legislasi. Keseimbangan tersebut dapat menghilangkan stigma undang-undang sebagai suatu produk politik belaka. Karena seharusnya suatu undang-undang bukan sekedar dapat dipertanggungjawabkan secara politis tetapi juga dapat dipertanggungjawabkan secara filosofis, teoritis, dan yuridis dogmatis.

## Daftar Pustaka

- Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid II*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI.
- Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta, Konpress.
- Mader, Luzius, "Evaluating the Effect: A Contribution to the Quality of Legislation," *Statute Law Review* Volume 22 (July 2001): 119 – 131.
- Nababan, Hotasi, 2012, *Jangan Pidanakan Perdata: Menggugat Perkara Sewa Pesawat Merpati*, Jakarta, Q Communication.

Nalle, Victor, 2010, *Menggagas Hukum Berbasis Rasionalitas Komunikatif*, Malang, UB Press.

Ponthoreau, Marie-Claire, What are the Justifications for French Judicial Review? A Cultural Approach for a Deep Understanding of National Justifications, presented at Conference: "Judicial Review: Why, Where and for Whom?", Mount Scopus, May 31-June 1, 2009.

Silverstein, Gordon, 2009, *Law's Allure: How Law Shapes, Constrains, Saves, and Kill Politics*, New York, Cambridge University Press.

Tuori, Kaarlo, 2002, "Legislation Between Politics and Law", dalam Luc J. Wintgens (ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford dan Portland, Hart Publishing.

Tuori, Kaarlo, 2010, *Combining Abstract Ex Ante and Concrete Ex Post Review: The Finnish Model*, presented at Conference on "Judicial Activism and Restraint Theory and Practice of Constitutional Rights".

Wintgens, Luc J., "Legisprudence as a New Theory of Legislation", *Ratio Juris* Volume 19 Number 1 (March, 2006): 1 - 25.

## **Problematika Pengujian Undang-Undang Ratifikasi Perjanjian Internasional dalam Sistem Perundang-Undangan Indonesia Dihubungkan dengan Upaya Mewujudkan Supremasi Konstitusi**

**Sechabudin**

### **A. PENDAHULUAN**

Secara konstitusional, ketentuan mengenai perjanjian internasional diatur dalam Pasal 11 yang menyatakan.

“Presiden dalam 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 harus dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat.”

Ketentuan tersebut diperjelas oleh Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional dalam Pasal 10 menetapkan materi-materi perjanjian internasional yang harus diratifikasi dengan undang-undang. Perjanjian internasional harus diratifikasi dengan undang-undang apabila berkenaan dengan:

- a. masalah politik, perdamaian, pertambahan, dan keamanan negara;
- b. perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara Republik Indonesia;
- c. kedaulatan atau hak berdaulat negara;
- d. hak asasi manusia dan lingkungan hidup;
- e. pembentukan kaidah hukum baru;
- f. pinjaman dan/atau hibah luar negeri.

Ditinjau dari perspektif hierarki peraturan perundang-undangan, maka kita mengacu kepada Pasal 7 ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang menyatakan bahwa hierarki peraturan perundang undangan terdiri atas:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan Pemerintah;
- e. Peraturan Presiden;
- f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota

Selain peraturan perundang-undangan sebagaimana disebutkan di atas, peraturan lain selama dibentuk berdasarkan kewenangan atau berdasarkan atas peraturan yang lebih tinggi tetap diakui.

Secara hierarki undang-undang ratifikasi memiliki berbentuk undang-undang, namun undang-undang ratifikasi memiliki kedudukan dan karakteristik yang berbeda dengan undang-undang non-ratifikasi. Perbedaan tersebut mengakibatkan perbedaan mekanisme pengujian terhadap undang-undang ratifikasi. Ditinjau dari aspek supremasi konstitusi maka undang-undang ratifikasi memiliki potensi bertentangan dengan konstitusi.

Tulisan ini akan berusaha untuk menjawab dua hal. Pertama, Apakah problematika-problematika pengujian undang-undang ratifikasi perjanjian internasional dalam sistem perundang-undangan Indonesia? Kedua, Langkah strategis apa yang dapat dilakukan untuk menjaga undang-undang ratifikasi perjanjian internasional dalam rangka mewujudkan supremasi konstitusi?

## **B. PEMBAHASAN**

### *Problematika-Problematika Pengujian Undang-Undang Ratifikasi Perjanjian Internasional*

Menurut Jimly Asshiddiqie “Struktur hierarkis tata hukum suatu negara adalah sebagai berikut: dipresuposisikan konstitusi sebagai norma dasar, konstitusi adalah level paling tinggi dalam hukum nasional.” (Jimly Asshiddiqie, 2006: 111). Konstitusi sebagai norma dasar menurut Sri Soemantri memiliki materi muatan sebagai berikut:

- a. Adanya jaminan hak-hak asasi manusia dan warga negara;
- b. Ditetapkannya susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental; dan
- c. Pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang bersifat fundamental. (Sri Soemantri, 2006: 60).

Apabila dilihat dari konteks Indonesia maka konstitusi tersebut adalah UUD 1945. Dalam hukum positif Indonesia ketentuan tersebut dituangkan dalam Pasal 7 UU No. 12 Tahun 2011. Penempatan UUD 1945 sebagai norma tertinggi dalam sistem perundang-undangan Indonesia mengandung konsekuensi berdasarkan asas *lex superior derogat legi inferiori*. UUD 1945 merupakan dasar pembentukan dan keberlakuan bagi TAP MPR, undang-undang/Perpu, PP, Perpres, Perda Provinsi, dan Perda Kabupaten/Kota. Selain peraturan tersebut juga meliputi peraturan lain yang dibentuk berdasarkan peraturan yang lebih tinggi atau yang berdasarkan kewenangan. Dengan pengertian lain segala peraturan lain di bawah UUD 1945 tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945 sebagai konstitusi negara Indonesia.



Untuk menjamin tegaknya supremasi konstitusi maka dibentuklah Mahkamah Konstitusi yang berperan sebagai *the guardian of the constitution*. Kewenangan MK diatur dalam Pasal ayat (1) 24C UUD 1945 menyatakan bahwa:

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

Melihat kewenangan yang diberikan oleh UUD 1945 kepada MK, maka Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945.

Ketentuan tersebut tentu tidak menimbulkan masalah jika pengujian dilakukan terhadap undang-undang yang secara pengertian formal dan material produk tersebut adalah undang-undang. Namun apabila undang-undang tersebut tidak memiliki kedua pengertian tersebut atau tidak terdapat salah satu pengertian tersebut maka akan menimbulkan permasalahan. Salah satu dari undang-undang tersebut adalah undang-undang yang merupakan hasil ratifikasi perjanjian internasional. Problematika-problematika yang timbul dalam perjanjian internasional yaitu sebagai berikut:

Pertama, kewenangan pengujian terhadap undang-undang ratifikasi. apakah MK sebagai lembaga negara yang memiliki kewenangan pengujian undang-undang terhadap UUD juga memiliki kewenangan pengujian terhadap undang-undang ratifikasi.

Untuk melihat kewenangan tersebut maka harus dilihat terlebih dahulu dilihat hak menguji tersebut ada atau tidak. Baik didalam kepustakaan, maupun dalam praktek dikenal adanya dua macam hak menguji, yaitu hak menguji formal dan hak menguji material. Menurut Sri Soemantri “yang dimaksud dengan hak menguji formal ini adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang misalnya terjelma melalui cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah ditentukan/diatur dalam peraturan perundangan atau tidak.” (Sri Soemantri, 1972: 9).

Jika ditinjau dari hak menguji formal, Menurut Pasal 1 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 “Undang-Undang adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden.” Secara formal maka undang-undang ratifikasi merupakan undang-undang karena dibentuk oleh DPR dengan persetujuan bersama Presiden. Sehingga MK memiliki hak menguji secara formal.

Selanjutnya harus dilihat apakah MK juga memiliki hak menguji secara material. “Hak menguji material adalah suatu wewenang untuk menyelidiki kemudian menilai suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau

betentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu (*verordenende macht*) berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.” (Sri Soemantri, 1972: 12).

Melihat rumusan tersebut di atas, maka hak menguji material menitikberatkan kepada peraturan atau isi dari suatu peraturan perundang-undangan. Dalam undang-undang ratifikasi, isi undang-undang tersebut merupakan perjanjian internasional. Dalam Pasal 2 Konvensi Wina 1969, perjanjian internasional (*treaty*) didefinisikan sebagai:

“Suatu persetujuan yang dibuat antara negara dalam bentuk tertulis, dan diatur oleh hukum internasional, apakah dalam instrument tunggal atau dua atau lebih instrument yang berkaitan dan apapun nama yang diberikan padanya. (Boer Mauna, 2005: 84).”

Definisi ini kemudian dikembangkan oleh Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri yaitu:

Perjanjian internasional adalah perjanjian dalam bentuk dan sebutan apapun, yang diatur oleh hukum internasional dan dibuat secara tertulis oleh Pemerintah Republik Indonesia dengan satu atau lebih negara, organisasi internasional atau subjek hukum internasional lainnya, serta menimbulkan hak dan kewajiban pada Pemerintah Republik Indonesia yang bersifat hukum publik.

Melihat pengertian perjanjian internasional dari Konvensi Wina dan UU Nomor 37 Tahun 1999 maka dapat dirumuskan bahwa dalam suatu perjanjian internasional terdapat unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Persetujuan yang dibuat antara dua negara atau lebih atau organisasi internasional atau subjek hukum internasional lainnya;
- b. Diatur oleh hukum internasional; dan
- c. Menimbulkan hak dan kewajiban bagi yang membuat perjanjian tersebut.

Persetujuan mengandung makna bahwa perbuatan tersebut bukan merupakan perbuatan pemerintah Indonesia semata tetapi juga perbuatan negara lain terhadap hal tertentu yang mengakibatkan hak dan kewajiban bagi kedua belah pihak. Kedua belah pihak memiliki kewajiban untuk memenuhi perjanjian sesuai dengan asas *pacta sunt servanda*. Jadi, berlakunya perjanjian yang tertuang dalam undang-undang tersebut tidak hanya menimbulkan akibat hukum pada pemerintah Indonesia semata tetapi juga pada subjek hukum internasional lain. ketentuan materi undang-undang yang merupakan perjanjian internasional tersebut juga diatur oleh hukum internasional.

Kedua, problematika terkait dengan akibat hukum atas daya berlakunya undang-undang ratifikasi jika MK memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945. Sebagaimana dijelaskan di atas bahwa secara

materi undang-undang ratifikasi merupakan perjanjian internasional yang mengikat para pihak yang membuatnya. Jika MK memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian lalu menyatakan bahwa undang-undang ratifikasi bertentangan dengan UUD 1945 dan menyatakan undang-undang tersebut tidak mengikat umum, maka putusan MK tersebut akan menimbulkan akibat baik secara nasional maupun respon pihak lain yang mengadakan perjanjian dengan Indonesia.

Masalah yang timbul yaitu menyangkut pelaksanaan putusan MK tersebut oleh DPR dan pemerintah. Apakah dengan adanya putusan MK maka keberlakuan undang-undang ratifikasi dapat tidak mengikat secara umum oleh karena adanya putusan MK. Apabila putusan MK tersebut dilaksanakan, bagaimana tanggapan subjek hukum internasional lain yang mengadakan perjanjian dan telah membuat persetujuan dengan pihak Indonesia. Tentu subjek hukum internasional lain yang mengadakan perjanjian dengan Indonesia tersebut akan melakukan tindakan-tindakan tertentu baik tindakan secara damai maupun tindakan dengan menggunakan senjata. Jika dilakukan pembatalan pelaksanaan dalam hukum nasional secara sepihak dengan adanya putusan MK akan menjadikan Indonesia negara yang dikucilkan dalam pergaulan internasional.

Selain masalah pelaksanaan, masalah lain yaitu masalah daya berlaku undang-undang ratifikasi. Jika undang-undang ratifikasi tersebut merupakan ratifikasi dari perjanjian timbal balik tentu akan mengakibatkan akibat hukum yang sepadan pula bagi negara lain yang terikat dengan perjanjian tersebut.

Ketiga, problematika mengenai kedudukan undang-undang ratifikasi terhadap undang-undang dasar atau konstitusi. Ini terlepas dari konsep hierarkis sebagaimana ditetapkan dalam UU No. 12 Tahun 2011. Apakah undang-undang ratifikasi secara hierarkis berada di bawah UUD 1945 atau memiliki setara dengan UUD 1945. Untuk mengetahui hal tersebut maka digunakan dua parameter. Parameter tersebut yaitu: Pertama, terkait dengan isi atau materi yang terdapat dalam konstitusi dan perjanjian internasional. Kedua, terkait dengan tujuan dibentuknya konstitusi dan perjanjian internasional yang dituangkan ke dalam undang-undang.

Disamping materi muatan konstitusi sebagaimana dikemukakan di atas, konstitusi suatu negara sebagai dokumen formal menurut Sri Soemantri berisi:

- a. Hasil perjuangan politik di waktu yang lampau;
- b. Tingkat-tingkat tertinggi perkembangan ketatanegaraan bangsa;
- c. Pandangan tokoh-tokoh bangsa yang hendak diwujudkan, baik untuk waktu sekarang maupun untuk masa yang akan datang;
- d. Suatu keinginan, dengan mana perkembangan kehidupan ketatanegaraan bangsa hendak dipimpin. (Sri Soemantri, 2006: 3).

Sementara itu, isi dari perjanjian undang-undang ratifikasi merupakan perjanjian internasional. Perjanjian internasional berisi kesepakatan/persetujuan antara negara Indonesia dengan subjek hukum internasional lain yang bersifat hukum publik. Setiap negara berdaulat memiliki kebebasan untuk mengadakan perjanjian internasional dengan negara lain selama tidak bertentangan dengan hukum internasional. Dengan kata lain perjanjian internasional merupakan tindakan hukum yang dilakukan oleh suatu negara di luar yurisdiksi kedaulatannya. Tindakan tersebut tentu harus merefleksikan kepentingan nasional bangsa tersebut.

Selain perbedaan materi muatan antara perjanjian internasional dengan konstitusi, perbedaan tersebut juga meliputi perbedaan tujuan. Lodewijk Gultom menyatakan bahwa tujuan dibentuknya konstitusi adalah:

“Tujuan dibentuknya konstitusi adalah berkorelasi dengan upaya untuk membatasi kekuasaan pemerintah dan menjamin hak-hak asasi yang diperintah, sehingga dalam perumusannya sejauh mungkin dihindari pemusatan kekuasaan pada suatu badan ketatanegaraan tertentu agar terjamin penyelenggaraan pemerintahan negara yang tidak sewenang-wenang serta tetap menjunjung tinggi asas-asas demokrasi. (Lodewijk Gultom, 2007: 12).”

Melihat rumusan di atas maka tujuan dari konstitusi untuk membatasi kekuasaan yang terdapat pada organ negara agar tidak disalah gunakan sehingga hak-hak asasi warga negara dapat terjamin. Menurut K.C. Wheare, konstitusi suatu negara dibentuk dengan tujuan “*the desire to make a fresh start*”. (K.C. Wheare, 1975: 9). Konstitusi dibentuk oleh adanya keinginan untuk membentuk suatu kehidupan ketatanegaraan baru. Pada umumnya keinginan tersebut dilatarbelakangi oleh pengalaman sejarah yang mengakibatkan banyak korban pada suatu negara tertentu. Pada kerajaan Inggris, *Bill of Right* dibentuk setelah terjadinya perang sipil (*civil war*).

Sementara itu tentang tujuan perjanjian internasional Boer Mauna menyatakan:

“Perjanjian internasional yang pada hakikatnya merupakan sumber hukum internasional yang utama adalah instrument-instrumen yuridik yang menampung kehendak dan persetujuan negara atau subjek hukum internasional lainnya untuk mencapai tujuan bersama. Persetujuan bersama yang dirumuskan dalam perjanjian tersebut merupakan dasar hukum internasional untuk mengatur kegiatan negara-negara atau subjek hukum internasional lainnya di dunia ini. (Boer Mauna, 2005: 82).”

Perjanjian internasional bertujuan untuk mengatur negara atau subjek hukum internasional lain guna mencapai tujuan bersama. Tujuan bersama tersebut

guna mengatur kegiatan negara atau subjek hukum internasional lain. Dengan demikian maka setiap negara bebas untuk turut serta dalam suatu perjanjian internasional guna mencapai tujuan negara tersebut selama tidak mengganggu kepentingan negara ataupun subjek hukum internasional lain. Berbeda dengan konstitusi yang dibentuk atas dasar keinginan untuk membentuk kehidupan ketatanegaraan yang bersifat baru, mengatur kewenangan organ negara supaya tidak melanggar hak-hak asasi warga negara dan memberikan perlindungan bagi seluruh warga negara.

Berdasarkan kepada materi dan tujuan antara konstitusi dengan undang-undang ratifikasi, maka konstitusi memiliki materi muatan dan tujuan yang lebih tinggi, filosofis dan memiliki tujuan jangka panjang lahir dari perjuangan untuk mewujudkan kehidupan ketatanegaraan yang baru. Norma-norma yang terdapat dan tujuan yang terdapat dalam konstitusi harus menjadi dasar bagi negara Indonesia dalam melakukan setiap perjanjian internasional.

#### *Pengujian Undang-Undang Ratifikasi Terhadap Undang-Undang Dasar dalam rangka Mewujudkan Supremasi Konstitusi*

Untuk menentukan mekanisme pengujian undang-undang ratifikasi terhadap undang-undang dasar maka kita dapat memperhatikan pengujian dari berbagai klasifikasi dalam pengujian. Pengujian suatu norma dapat dibagi menjadi tiga jenis, yaitu: berdasarkan waktu pengujian, berdasarkan lembaga atau organ yang menguji, dan berdasarkan norma yang diuji.

Dari sisi waktu pengujian norma, maka pengujian dapat dibagi menjadi dua yaitu *preview* dan *review*. Alec Stone Sweet sebagaimana dikutip Jimly Asshiddiqie mengatakan:

... Jika undang-undang itu sudah sah sebagai undang-undang, maka pengujian atasnya dapat disebut sebagai *judicial review*. Akan tetapi, jika statusnya masih sebagai rancangan undang-undang dan belum dituangkan secara resmi sebagai undang-undang, maka pengujian atasnya tidak dapat disebut sebagai *judicial review*, melainkan *judicial preview*. (Alec Stone Sweet, 2000: 45)."

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, apabila kita akan menerapkan mekanisme pengujian terhadap undang-undang ratifikasi maka cara yang dapat dilakukan adalah melalui mekanisme *preview* artinya pengujian terhadap undang-undang tersebut dilakukan ketika masih dalam bentuk rancangan undang-undang dan belum disetujui oleh kedua belah pihak. Jika pengujian dilakukan melalui mekanisme *review*, maka hasil atau pembatalan dari mekanisme pengujian tersebut akan sulit untuk dilaksanakan karena pemerintah Indonesia telah membuat persetujuan dengan negara lain atau subjek hukum internasional lain sehingga harus menjalankan perjanjian sesuai dengan asas *pacta sunt servanda*.

Ditinjau dari aspek norma hukum yang dapat diuji, maka norma hukum yang dapat diuji dibagi menjadi tiga yaitu norma hukum berupa keputusan, pengaturan, dan putusan. Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa:

“Dalam praktik dikenal adanya tiga macam norma hukum yang dapat diuji atau yang biasa disebut sebagai *norm control mechanism*. Ketiganya sama-sama merupakan bentuk norma hukum sebagai hasil dari proses pengambilan keputusan hukum, yaitu: (i) keputusan hukum normatif yang berisi dan bersifat pengaturan (*regeling*), (ii) keputusan normatif yang berisi dan bersifat penetapan administratif (*beschikking*), dan (iii) keputusan normatif yang berisi dan bersifat penghakiman (*judgement*) yang biasa disebut vonis (Belanda: *vonnis*)”. (Jimly Asshiddiqie, 2010: 1).

Undang-undang ratifikasi merupakan keputusan normatif yang berisi dan bersifat pengaturan (*regeling*). Artinya ketentuan dari undang-undang ratifikasi bersifat abstrak dan mengikat umum. Namun dalam undang-undang ratifikasi terdapat karakteristik khusus sebagaimana terdapat dalam konstitusi. Perjanjian dibuat oleh Presiden dan harus memperoleh persetujuan dari DPR. Karena dituangkan dalam bentuk undang-undang, maka hak membentuk undang-undang tetap berada di tangan DPR sehingga harus memperoleh persetujuan dari DPR.

Ketiga hak menguji dilihat dari kepada lembaga mana kewenangan menguji tersebut diberikan. Jimly Asshiddiqie menyatakan:

“*Toetsingsrecht* atau hak menguji itu, jika diberikan kepada lembaga parlemen sebagai legislator, maka proses pengujian demikian itu lebih tepat disebut sebagai *legislative review*, bukan *judicial review*. Demikian jika hak menguji (*toetsingsrecht*) itu diberikan kepada pemerintah maka pengujian semacam itu disebut sebagai *executive review*, bukan *judicial review* ataupun *legislative review*.” (Jimly Asshiddiqie, 2010: 2)

Pembagian di atas menggambarkan hak menguji ditinjau dari lembaga yang melakukan pengujian. Pengujian undang-undang ratifikasi seharusnya tidak dilakukan oleh badan kehakiman (*judicial review*) karena permasalahan-permasalahan sebagaimana diuraikan di atas. Apabila dilihat dalam mekanisme pembentukan undang-undang ratifikasi perjanjian internasional maka perjanjian internasional dibentuk oleh Presiden dengan memperoleh persetujuan dari DPR. Dengan demikian dalam pembentukan undang-undang ratifikasi terlibat dua lembaga negara yaitu Presiden dengan persetujuan DPR.

Selain pembagian berdasarkan organ yang menguji di atas, terdapat pendapat lain mengenai pengujian terhadap undang-undang. Menurut Mouro Cappaletti terdapat tiga model pengujian terhadap suatu peraturan perundang-undangan yaitu: *executive review*, *political review*, dan *judicial review*. *Executive review* adalah pengujian yang dilakukan oleh lembaga eksekutif. *Political review* adalah pengujian

yang dilakukan oleh lembaga politik. Sedangkan *judicial review* adalah pengujian yang dilakukan oleh kekuasaan kehakiman.

Pengujian terhadap undang-undang dilakukan dengan *political review*. Artinya pengujian terhadap undang-undang ratifikasi dilakukan oleh lembaga politik. Dalam pengujian undang-undang ratifikasi maka mengacu kepada argumentasi di atas mekanisme pengujian dilakukan dengan mekanisme *political preview*. Pengujian dilakukan oleh suatu lembaga politik pada saat undang-undang tersebut belum memiliki kekuatan hukum mengikat umum.

Salah satu negara yang menerapkan *political preview* oleh lembaga politik adalah Prancis. Dalam sistem pengujian di Prancis:

“Sistem pengujian itu tidak dilakukan oleh hakim atau lembaga peradilan, melainkan oleh lembaga non peradilan. Oleh karena itu, yang dirumuskan dalam konstitusi Prancis bukan ‘*cour*’ (pengadilan), melainkan ‘*conseil*’ (dewan), sehingga dibentuk lembaga ‘*Conseil Constitutionnel*’, bukan ‘*Cour Constitutionnel*’”. (Jimly Asshiddiqie, 2010, 55).

Dengan menerapkan pengujian undang-undang ratifikasi melalui mekanisme *political preview* maka terdapat mekanisme pengujian agar undang-undang ratifikasi tidak bertentangan atau sejalan dengan UUD 1945.

## **PENUTUP**

Problematika-problematika dalam pengujian undang-undang ratifikasi perjanjian internasional meliputi tiga hal. Pertama, belum jelas pengaturan lembaga mana yang memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian. Selama ini kewenangan pengujian undang-undang terhadap UUD menjadi kewenangan MK, tetapi undang-undang ratifikasi memiliki karakter yang berbeda dengan undang-undang non ratifikasi. Kedua, permasalahan daya berlaku undang-undang ratifikasi jika dilakukan pengujian serta dampak dari pengujian tersebut baik nasional maupun internasional. Ketiga, kedudukan undang-undang ratifikasi terhadap undang-undang dasar. Undang-undang ratifikasi memiliki karakteristik berbeda dengan undang-undang non ratifikasi namun tidak dapat disejajarkan dengan konstitusi karena terdapat perbedaan materi dan tujuan. Mekanisme pengujian undang-undang ratifikasi dilakukan melalui mekanisme *political preview* dengan membentuk badan khusus yang memiliki kewenangan pengujian pada saat peraturan undang-undang belum memiliki kekuatan hukum mengikat (rancangan undang-undang). Untuk mewujudkan supremasi konstitusi maka perlu dibentuk lembaga khusus yang memiliki kewenangan untuk melakukan *political preview* atas undang-undang ratifikasi terhadap UUD 1945.

**DAFTAR PUSTAKA**

- Asshiddiqie, Jimly, dan M. Ali Safaat, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, 2006, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- Asshiddiqie, Jimly, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, 2010, Jakarta, Sinar Grafika.
- Asshiddiqie, Jimly, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, 2010, Jakarta, Sinar Grafika.
- Gultom, Lodewijk, *Eksistensi Mahkamah Konstitusi dalam Struktur Ketatanegaraan di Indonesia (Suatu Kajian dari Aspek Tugas dan Wewenangnya)*, Bandung, C.V. Utomo.
- Mauna, Boer, *Pengantar Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, 2005, Bandung, Alumni.
- Soemantri, Sri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, 1972, Bandung, Alumni.
- Soemantri, Sri, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi (Sebelum dan Sesudah Perubahan UUD 1945)*, 2006, Bandung, Alumni.
- Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, dalam Jimly Asshiddiqie, "Hukum Acara Pengujian Undang-Undang", 2010, Jakarta, Sinar Grafika.
- Wheare, K.C., *Modern Constitutions*, 1975, New York, Oxford University Press.



## Perkembangan Hukum Sosial pada Era Reformasi

Wahyu Heriyadi

### A. Pendahuluan

Pembukaan Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 memberikan amanat, bahwa negara bertanggung jawab dalam melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, dan mencerdaskan kehidupan bangsa. Jika melihat pada bagian pembukaan tersebut, terdapat upaya para pendiri bangsa untuk memajukan kesejahteraan masyarakat Indonesia yang dilakukan melalui sistem hukum.

Konsep kesejahteraan hadir melalui UUD. Konsep kesejahteraan ini akan berkaitan dengan sistem kesejahteraan dan model kesejahteraan yang dikembangkan oleh negara. Dengan demikian, adanya sistem kesejahteraan dan model kesejahteraan yang dikembangkan oleh negara adalah wujud dari negara kesejahteraan.

Di sisi lain, Persatuan Bangsa-Bangsa (PBB) memberikan kontribusi dalam penyebaran model kesejahteraan sosial bagi negara-negara yang pada saat itu baru merdeka, sekitar tahun 1950an model yang dikembangkan oleh PBB bersifat remedial (koreksional dan rehabilitatif). Hal ini kemudian diwujudkan ke dalam Undang-Undang (UU) Kesejahteraan Sosial (Kessos) pada tahun 1974.<sup>114</sup> Berdasarkan UU Kesejahteraan Sosial tahun 1974, mulai dikembangkan usaha-usaha yang dilakukan pemerintah dalam mewujudkan kesejahteraan sosial, dan juga usaha-usaha untuk mewujudkan suatu sistem jaminan sosial.

Sejak tahun 1967 pemerintah Indonesia di bawah Soeharto menjadi pelaksana teori pertumbuhan Rostow dan menjadikannya landasan pembangunan jangka panjang Indonesia yang ditetapkan secara berkala untuk waktu lima tahunan, yang terkenal dengan Pembangunan Lima tahun (PELITA). (Fakih, 2011 hal 57). Model pembangunan ini menjadi model pembangunan di hampir semua dunia ketiga. Pemikiran Rostow dikembangkan dalam konteks perang dingin serta membendung pengaruh sosialisme. (Fakih, 2011 hal 55).

Model pembangunan ekonomi oleh para arsitek orde baru melalui PELITA ini, pada kenyataannya tidak serta merta memberikan efek yang meneteskan kesejahteraan ke semua lapisan masyarakat. Terdapat rentetan kasus dan permasalahan yang diakibatkan dari model pembangunan ekonomi terhadap rasa keadilan masyarakat dalam mewujudkan kesejahteraan dan keadilan sosial.

Puncaknya pada tahun 1997, dimana terjadi krisis ekonomi yang melanda kawasan Asia. Kegagalan model pembangunan ini terjadi di negara-negara dunia ketiga yang dianggap sukses sebagai negara industrialis baru, seperti Thailand, Malaysia, dan Indonesia. (Fakih, 2011 hal 197). Di sisi lain, krisis ekonomi membantu menegaskan kerentanan masyarakat, negara, atau kelompok tertentu. Terjadinya reformasi sistem jaminan sosial kerap kali diawali dengan adanya krisis ekonomi. (Wisnu, 2012 hal 68).

Hukum sosial merupakan aspek penting dalam mewujudkan kesejahteraan sosial. Model kesejahteraan yang dikembangkan bergantung pada kompromi politik yang kemudian diwujudkan dalam perundangan sosial. Sejak perubahan politik terjadi, yaitu melalui reformasi terhadap orde baru, berkembang upaya untuk melakukan reformasi terhadap sistem kesejahteraan yang telah ada sebelumnya. Dari berbagai aspek perubahan

tersebut, reformasi Hukum Sosial dimulai secara konstitusional melalui amandemen terhadap Undang-Undang Dasar 1945.

Melalui amandemen UUD tersebut, dapat dilihat bahwa keterlantaran dan fakir miskin, sistem jaminan sosial, kesehatan dan pelayanan publik merupakan reformasi terhadap sistem kesejahteraan sosial. Setelah amandemen UUD, ternyata perlu waktu yang cukup lama untuk mengembangkan perundangan sosial, 2 tahun setelah amandemen UUD barulah hadir UU SJSN tahun 2004, dan baru 7 tahun kemudian hadir UU Kesejahteraan Sosial tahun 2009, dan UU Kesehatan tahun 2009. Sejak reformasi digulirkan, disini dapat dilihat bahwa perlu waktu yang cukup lama untuk mengembangkan dan mewujudkan sistem Hukum Sosial di Indonesia.

## **B. Hukum Sosial**

Friedman (hal 217) menyebutkan bahwa deklarasi perang melawan kemiskinan di Amerika Serikat pada tahun 1960an merupakan peristiwa penting. Pemerintah federal secara intensif berupaya untuk mengakhiri kemiskinan dan diskriminasi, dan memberikan kesempatan yang setara untuk hitam dan putih, miskin dan kaya, di Amerika Serikat. Hal ini membuat para ahli dari berbagai bidang melakukan penelitian terhadap permasalahan kemiskinan dan kesejahteraan sosial. Begitu juga halnya dengan bidang hukum dan politik yang juga ikut terlibat, sehingga membuat ketertarikan terhadap bidang legislasi kesejahteraan sosial semakin berkembang.

Berdasarkan tulisan Freidman (hal 217) tentang *Social Welfare Legislation: An Introduction* yang diterbitkan oleh *Stanford Law Review* tahun 1969, karena ketertarikan terhadap bidang ini relatif baru, maka belum ada persetujuan secara umum tentang apakah yang dimaksud dengan legislasi kesejahteraan sosial tersebut. Istilah legislasi sosial, atau legislasi kesejahteraan, atau legislasi kesejahteraan sosial adalah bidang hukum pada asistensi publik, pengangguran, bantuan bagi tuna netra, perumahan umum, dan rehabilitasi vokasional bagi tuna daksa.

Sementara itu, Charles A. Reich pada tahun 1965 (hal 1245) menyatakan bahwa sudah saatnya bagi praktisi hukum untuk memberikan perhatian yang besar pada bidang kesejahteraan sosial, dan juga untuk profesi bidang kesejahteraan agar konsern terhadap perkembangan yang relevan dengan hukum. Walaupun kesejahteraan selalu hadir dalam setiap struktur hukum, hingga saat ini hanya ada sedikit pengakuan atau studi dari hukum yang berkaitan dengan persoalan keputusan yang berakibat pada penerima dari asistensi publik dan penerima kesejahteraan lainnya. Jika tidak, maka hal ini akan segera terlupakan, oleh karena itu terhadap persoalan ini meminta perhatian kita.

Berdasarkan pusat kajian untuk *Social Law and Social Policy* dari *Max Planck Institute*, fokus utama dalam sistem ini adalah perlindungan terhadap resiko sosial seperti kesakitan, usia tua, perawatan jangka panjang, kecacatan, pengangguran dan kecelakaan sebagaimana sistem tersebut menyediakan bantuan sosial dan dukungan. Studi sistematis dari pengembangan prinsip dalam hukum sosial, khususnya reformasi terhadap sistem jaminan sosial di negara maju, Eropanisasi dan internasionalisasi hukum sosial dan pembentukan sistem benefit sosial di negara berkembang yang sangat penting pada saat ini.

Di Univeritas Leiden, dikembangkan riset mengenai reformasi Legislasi Sosial (*Sociaal Recht*). Terdapat dua komponen utama, yaitu pengaruh dan internasionalisasi

legislasi sosial khususnya integrasi Eropa. Komponen kedua yang saling berhubungan adalah reformasi sistem jaminan sosial dan reformasi pasar kerja yang dianalisis melalui perspektif nasional. Penelitian tersebut memfokuskan pada realisasi reformasi legislasi sosial dan pilihan reformasi legislasi sosial di masa mendatang, melalui aspek hukum dan ekonomi dalam reformasi legislasi sosial.

Hal menarik diungkapkan oleh Zamboni adalah, apakah yang menjadi target dari area hukum yang dikenal sebagai hukum sosial, menurut Ewald (dalam Zamboni, hal 514), Hukum sosial (dikenal juga sebagai Hukum Jaminan Sosial, Hukum Perlindungan Sosial, atau Hukum Kesejahteraan Sosial) dapat dipertimbangkan, baik itu sebagai sistem regulasi normatif dan juga sebagai disiplin ilmu hukum. Sebagai contoh, bahwa hukum sosial tersebut lahir dan dibesarkan oleh karena bentuk negara kesejahteraan sebagai organisasi politiknya.

### C. Masyarakat Beresiko (*Risk Society*)

Masyarakat Beresiko diperkenalkan dan dikembangkan oleh Ulrich Beck, Niklas Luhmann, dan Anthony Giddens. Pada awalnya, istilah Masyarakat Beresiko dikemukakan oleh Ulrich Beck pada tahun 1986 melalui bukunya *Risikogesellschaft*, kemudian pada tahun 1992 terbit dalam bahasa Inggris dengan judul *Risk Society: Towards a New Modernity*.

Perubahan gagasan tentang resiko sosial dan perubahan persepsi resiko tidak hanya bermain di tataran perdebatan tentang negara kesejahteraan; dalam sosiologi, gagasan resiko dan manifestasi sosial dari resiko juga didiskusikan pada level yang lebih fundamental. Apa yang dimaksud dengan resiko? Pada umumnya, resiko terjadi pada peristiwa tertentu, contohnya resiko disabilitas karena pekerjaan, kemungkinan terjadinya peristiwa berbahaya seperti kecelakaan industri, kehilangan pendapatan. Informasi konsep teoritis dari resiko ini adalah konsep yang digunakan oleh perusahaan asuransi. Perluasan resiko, kemudian adalah pertanyaan dari lengkap atau tidak lengkapnya informasi. Resiko berlawanan dengan kepastian. Manajemen resiko harus dilakukan dengan cara memperoleh informasi sebanyak mungkin mengenai kemungkinan resiko dan kerusakan. (Veen, 2012 hal 20)

Sosiologi resiko dari Luhmann berhubungan langsung dengan gagasan masyarakat beresiko, sebagaimana yang diperkenalkan oleh Ulrich Beck (1986). Konsep inti dari Beck terhadap masyarakat beresiko adalah gagasan refleksifitas. Institusi dan teknologi dari masyarakat modern telah membangun sebuah nilai dimana kita berkonfrontasi dengan teknis yang tak diinginkan dan konsekuensi sosial, seperti polusi dan ketergantungan kesejahteraan. Pada fase pertama modernisasi, institusi dan teknologi memfasilitasi kontrol (sosial), sebagai contoh adalah kontrol sosial terhadap resiko. Kontrol sosial meningkat, maka konsekuensi yang tidak diinginkan juga meningkat. Konsekuensi yang tidak diinginkan ini diperkuat oleh proses yang sedang berlangsung yaitu individualisasi dan globalisasi. Modernitas telah memasuki fase kedua dimana konsekuensi yang tidak diinginkan (negatif) dari institusi dan teknologi membayangi konsekuensi yang diinginkan. Fase kedua ini disebut sebagai modernitas refleksif, atau modernitas kedua, dimana karakteristiknya adalah kehilangan kontrol dan kehilangan keyakinan terhadap keuntungan kinerja dari lembaga, teknologi dan ahli pengetahuan. (Veen, 2012 hal 21).

Gagasan Beck terhadap Masyarakat Beresiko adalah konsekuensi negatif dari lembaga dan teknologi, contohnya adalah bencana akibat nuklir, polusi lingkungan, atau penurunan efisiensi dalam negara kesejahteraan. Beck berbeda dengan Luhmann karena konseptualisasi Luhmann terhadap resiko mengarah lebih pada gagasan subjektif dari budaya resiko dan gagasan dari sindrom resiko, dimana konsentrasi Beck adalah perubahan objektif dalam resiko. (Veen, 2012 hal 21).

Perubahan karakter resiko berakibat juga pada manajemen resiko. Negara kesejahteraan adalah lembaga yang melindungi dan mengontrol resiko. Dalam negara kesejahteraan, solusi tradisional untuk manajemen resiko adalah memberikan warganya jaminan sosial. tetapi juga manajemen resiko dapat diambil alih dengan memberikan investasi pada kemampuan manusia untuk menghadapi resiko. (Bonoli 2004 dalam Veen, 2012 hal 24)

Model kesejahteraan berparadigma lama adalah berdasarkan redistribusi melalui jaminan sosial dan pelayanan universal, pada saat ini berkembang model kesejahteraan baru yang berdasarkan gagasan investasi dan inklusi. Negara kesejahteraan yang fokus pada investasi terhadap modal manusia dan perbaikan kesempatan individu, disebut sebagai negara investasi sosial. Gidden masih melihat bahwa negara investasi sosial sebagai negara kesejahteraan, tetapi sebagai negara kesejahteraan dimana tanggung jawab publik telah berubah dari melindungi menjadi mencegah, kebijakan publik menuju pemberdayaan masyarakat dan disebut sebagai kemenangan gagasan kesejahteraan positif. (Veen, 2012 hal 25).

#### **D. Pembagian Resiko**

Negara kesejahteraan dapat dilihat sebagai sebuah solusi terhadap permasalahan dan mengatasi resiko yang dihadapi oleh pekerja dalam kehidupan sehari-hari. Negara kesejahteraan merupakan produk dari masyarakat industri. Dalam Masyarakat industri, terdapat berbagai resiko yang menghadang seperti kecacatan, pengangguran, dan pada saat yang bersamaan juga telah ada resiko seperti kemiskinan, penuaan usia, dan penyakit. Pada masyarakat industri resiko seringkali datang dan dapat dilihat sebagai resiko sosial dan bukan sebagai permasalahan individu. Oleh karena itu ada sebuah mekanisme bernama pembagian resiko. (Veen, 2012 hal 15)

Wisnu (2012, hal 25-26) memberikan gambaran bahwa terdapat 3 sistem jaminan sosial yang diterapkan di berbagai negara, dilihat berdasarkan dari segi pendanaannya. Dari segi pendanaan, sistem jaminan sosial bisa didasarkan atas prinsip Beveridge, prinsip Bismarck,<sup>115</sup> atau prinsip pasar. Dalam prinsip Beveridge, jaminan sosial didanai oleh pemerintah lewat pajak. Karena mengandalkan pajak, proporsi upah yang dipotong pajak pun relatif besar (20-50%). Sistem seperti ini dianut oleh Inggris, Spanyol, Selandia Baru, dan negara-negara Skandinavia.

Dalam prinsip Bismarck, jaminan sosial didanai oleh iuran pemerintah, sehingga meskipun penyelenggara layanan kesehatannya adalah pihak swasta, mereka tak berorientasi profit. Sistem ini biasanya mengakomodasi model subsidi iuran bagi kelompok atau kalangan tertentu yang dianggap penting oleh negara, misalnya pegawai negeri dan militer. Sistem seperti ini dianut di Jerman, Perancis, Belanda, Swiss, dan di beberapa negara di Amerika Selatan (Wisnu, 2012 hal 25-26).

Sistem yang ketiga adalah sistem pasar, seperti yang dilakukan di Amerika Serikat, di mana jaminan sosial didanai oleh iuran pekerja dan pengusaha saja, dikelola oleh lembaga-lembaga swasta, tetapi ada aturan pemerintah yang menjadi patokan pengelolaan. Di sini faktor pilihan bagi konsumen dan prinsip pasar bagi keikutsertaan lembaga pengelola menjadi pertimbangan utama (Wisnu, 2012 hal 25-26).

### **E. Hukum Sosial dan Reformasi Kesejahteraan di Indonesia**

Ide reformasi sistem jaminan sosial di Indonesia muncul di tahun 1998 ketika BJ Habibie menjadi Presiden Republik Indonesia menggantikan Soeharto (Wisnu, 2012 hal 95). Ketika diadakan Pemilu tahun 1999 dan Habibie tidak terpilih, ide reformasi jaminan sosial pun sempat terhambat. Kemudian masa pemerintahan Abdurrahman Wahid pun berlangsung hanya 2 tahun, pada saat kepemimpinan Abdurrahman Wahid terdapat berbagai kejutan kebijakan akibat dari permasalahan politik, salah satunya adalah dihapuskannya Departemen Sosial sehingga Menkokesra harus berurusan langsung dengan Wapres Megawati Sukarnoputri. Maka reformasi sistem jaminan sosial kemudian diajukan ke Wapres Megawati Sukarnoputri. Reformasi sistem jaminan sosial ini pun sejalan dengan amandemen UUD 1945 yang pada saat itu sedang berlangsung (Wisnu, 2012 hal 98).

Fondasi Hukum Sosial di era reformasi adalah pada amandemen UUD 1945, melalui BAB XIV mengenai Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial. Amandemen yang dilakukan melalui 4 tahap perubahan dilaksanakan sejak tahun 1999 sampai dengan 2002. Amandemen terhadap Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial, terjadi pada amandemen ke empat di tahun 2002.

Berdasarkan pasal 34 UUD, kita dapat melihat bahwa:

1. Fakir miskin dan anak-anak yang terlantar dipelihara oleh negara.
2. Negara mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan.
3. Negara bertanggung jawab atas penyediaan fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak.
4. Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang.

Dari pasal 34 tersebut kemudian hadir beberapa Undang-undang yang berkaitan dengan pasal 34 sebagai dasarnya dalam menciptakan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia. Undang-undang tersebut adalah UU Sistem Jaminan Sosial Nasional tahun 2004, kemudian Undang-undang Kesejahteraan Sosial tahun 2009, Undang-Undang Kesehatan pada tahun 2009, dan undang-undang fakir miskin tahun 2011. Beberapa UU yang terkait dengan kesejahteraan sosial antara lain UU Perlindungan Anak, UU Penanganan Bencana.

Sistem kesejahteraan dan model kesejahteraan yang dikembangkan berdasarkan UU Kesejahteraan Sosial tahun 2009, pasal 6 menyebutkan bahwa penyelenggaraan kesejahteraan sosial meliputi:

- a. rehabilitasi sosial;

- b. jaminan sosial;
- c. pemberdayaan sosial; dan
- d. perlindungan sosial.

Berdasarkan UU Kesejahteraan Sosial, jaminan sosial hanya merupakan salah satu komponen dalam penyelenggaraan kesejahteraan sosial. Berbeda halnya dengan UU SJSN yang berfokus pada reformasi sistem jaminan sosial, melindungi masyarakat dari berbagai resiko. Pasal 18 UU SJSN menyebutkan bahwa jenis program jaminan sosial meliputi:

- a. Jaminan kesehatan
- b. Jaminan Kecelakaan kerja
- c. Jaminan Hari tua
- d. Jaminan Pensiun, dan
- e. Jaminan kematian

Pada penyelenggaraan kesejahteraan sosial yang berkaitan dengan jaminan sosial, Pasal 9 UU Kesejahteraan Sosial menyebutkan bahwa:

1. Jaminan sosial dimaksudkan untuk:
  - a. menjamin fakir miskin, anak yatim piatu terlantar, lanjut usia terlantar, penyandang cacat fisik, cacat mental, cacat fisik dan mental, eks penderita penyakit kronis yang mengalami masalah ketidakmampuan sosial-ekonomi agar kebutuhan dasarnya terpenuhi.
  - b. menghargai pejuang, perintis kemerdekaan, dan keluarga pahlawan atas jasa-jasanya.

Dari UU Kessos tersebut dapat jelas terlihat bahwa jaminan sosial tersebut peruntukannya. Jaminan sosial dalam UU Kessos diperuntukkan bagi masyarakat yang tidak mampu secara sosial ekonomi dan pejuang perintis kemerdekaan, sedangkan UU SJSN adalah jaminan sosial bagi seluruh masyarakat yang melalui pembayaran iuran.

UU Kessos menitikberatkan agar seluruh lapisan masyarakat mengupayakan kesejahteraan sosial, disini semua lapisan masyarakat diajak untuk mewujudkan kesejahteraan sosial. Peran negara disini mulai berkurang karena persoalan jangkauan dan akses dalam mengupayakan kesejahteraan sosial, untuk itu maka keterlibatan masyarakat, LSM dan Ornop, kalangan usaha untuk ikut serta dan berperan dalam mewujudkan kesejahteraan sosial. Selain itu, adanya UU Kessos memperkuat peran Kemensos, karena pada era kepemimpinan Presiden Abdurahman Wahid, pernah terjadi pembubaran terhadap Departemen Sosial.

Pada masa pemerintahan Presiden SBY pernah dilakukan sinergi dalam penerapan antara UU SJSN dengan Program Pemerintah untuk mengentaskan kemiskinan. Namun ternyata, dalam agenda pemerintah ada upaya untuk mengesampingkan Sistem Jaminan Sosial Nasional dengan lebih memfokuskan pada agenda pengentasan kemiskinan (Wisnu, 2012 hal 133).

## F. Penutup

Perubahan pada sistem jaminan sosial, adalah sistem jaminan sosial diberlakukan untuk seluruh lapisan masyarakat, kemudian pengelolaannya oleh Badan Penyelenggara Jaminan Sosial, yang hingga saat ini masih dalam proses pembentukan. Dari sini tentu ada upaya bahwa jaminan sosial adalah untuk mencakup seluruh lapisan masyarakat, karena di era orde baru sistem jaminan sosial hanya berlaku pada pekerja sektor formal, untuk pegawai pemerintah telah ada sebelumnya, namun untuk sektor pekerja swasta masih belum terlaksana secara keseluruhan karena terkait dengan kebijakan perusahaannya.

Pada saat ini berkembang juga model kesejahteraan berfokus pada investasi manusia dan perbaikan kesempatan individu, tanggung jawab publik telah berubah dari melindungi menjadi mencegah, kebijakan publik kemudian lebih mengarahkan pada pemberdayaan masyarakat. Seperti misalnya melalui Program Nasional Pemberdayaan Masyarakat, Program Kesejahteraan Sosial Anak, Program Keluarga Harapan, Jaminan Kesehatan Masyarakat, dll.

Hukum sosial di Indonesia setelah orde baru adalah adanya reformasi kesejahteraan sosial untuk kesejahteraan yang menjangkau seluruh lapisan masyarakat dan mewujudkan kesejahteraan sosial, seperti halnya cita-cita dari Undang-Undang Dasar yaitu mewujudkan kesejahteraan umum. Sejak reformasi digulirkan, disini dapat dilihat bahwa perlu waktu yang cukup lama untuk mengembangkan dan mewujudkan sistem Hukum Sosial di Indonesia. Kesejahteraan Sosial yang dikembangkan bergantung pada kompromi politik dan kemudian diwujudkan melalui perundangan sosial, kebijakan sosial, hingga program sosial.

## Daftar Pustaka

### Buku dan Artikel :

Fakih, Mansour. *Runtuhnya Teori Pembangunan dan Globalisasi*. Insist Press: Yogyakarta, 2011.

Friedman, Lawrence M. *Social Welfare Legislation: An Introduction*. <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1227652?uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101246409927>. diakses 27 September 2012.

Max Planck Institute. *Social Law and Social Policy*. [http://www.mpisoc.mpg.de/ww/en/pub/research/social\\_law.cfm](http://www.mpisoc.mpg.de/ww/en/pub/research/social_law.cfm). diakses 27 September 2012.

Leiden University. *Reform of Social Legislation*. [http://law.leiden.edu/research/researchprogrammes/reform-social\\_regulation/reformsociallegislation.html](http://law.leiden.edu/research/researchprogrammes/reform-social_regulation/reformsociallegislation.html) diakses 27 September 2012.

Reich, Charles A. *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*. [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4194&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4194&context=fss_papers). diakses 27 September 2012.

van der Veen, Romke. *Risk and the Welfare State: Risk, Risk Perception and Solidarity*. dalam Romke van der Veen, Mara Yerkes and Peter Achterberg. *The Transformation of Solidarity: Changing Risks and the Future of the Welfare State*. Amsterdam University Press, 2012.

Wisnu, Dinna. *Politik Sistem Jaminan Sosial: Menciptakan Rasa Aman dalam Ekonomi Pasar*. PT Gramedia Pustaka Utama: Jakarta, 2012.

Zamboni, Mauro. *The "Social" in Social Law -An Analysis of a Concept in Disguise*. <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/50-33.pdf>. diakses 27 September 2012.

### **Undang-Undang**

Amandemen Undang-Undang Dasar 1945

Undang-Undang Kesejahteraan Sosial

Undang-Undang Sistem Jaminan Sosial Nasional





---

<sup>1</sup> Luc J. Wintgens, "Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence" dalam buku "Legisprudence : A New Theoretical Approach to Legislation", Hart Publishing, Oregon, USA, 2002, hal. 10.

<sup>2</sup> Yu Xingzhong, Review on Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation, <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/wintgens-luc.htm>, diakses tanggal 15 Juni 2012

<sup>3</sup> R. Herlambang Perdana Wiratraman, Legisprudence, Pengembangan Teori Legislasi dalam Wacana Demokratisasi & Kritik Rule of Law, *herlambangperdana.files.wordpress.com/2008/06/herlambang-legisprudence.pdf*, diakses tanggal 14 Juni 2012

<sup>4</sup> Luc J. Wintgens, 2002, op cit, hal 10.

<sup>5</sup> Luc J. Wintgens, 2002, op cit, hal 10.

<sup>6</sup> Aarnio, "Towards a Theory of Legislation and its Role in Societal Change", dalam "Philosophical Perspective in Jurisprudence", Philosophical Society of Finland, Helsinki, 1983, hal 247.

<sup>7</sup> Luc J. Wintgens, 2002, ibid, hal 11.

<sup>8</sup> Aarnio, "Form and Content in Law: Dimensions and Definitions of Legal Positivism", dalam "Philosophical Perspectives in Jurisprudence", Philosophical Society of Finland, Helsinki, 1983, hal 91.

<sup>9</sup> Aarnio, 1983b, ibid, hal. 82.

<sup>10</sup> J N Shklar, Legalism: Law, Morals and Political Trials, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1986, 2nd Edition, hal. 1-12.

<sup>11</sup> Luc J. Wintgens, "Legisprudence as New Theory of Legislation" *Ratio Juris Volume 19 No. 1* (March, 2006) hlm. 2

<sup>12</sup> Erni Setyowati. Legisprudence Theory untuk Penilaian Kualitas Legislasi Peraturan Daerah di Kabupaten Sumbawa. Jakarta: Tesis.

<sup>13</sup> Luzius Mader, "Evaluating the Effect: A Contribution to the Quality of Legislation," *Statute Law Review Volume 22* (July 2001):120

<sup>14</sup>Asas Keterbukaan sebagai asas pembentukan Peraturan Perundang-undangan telah ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, dalam Pasal 5 huruf g yang mengandung maksud: bahwa dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan mulai dari perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan bersifat transparan dan terbuka. Dengan demikian, seluruh lapisan masyarakat mempunyai kesempatan yang seluas-luasnya untuk memberikan masukan dalam Pembentukan Peraturan perundang-undangan.

<sup>15</sup> Pasal 1 angka 10

<sup>16</sup> Pasal 35

<sup>17</sup> Pasal 33 ayat 3

<sup>18</sup> Pasal 34 ayat 2

<sup>19</sup> Pasal 34 ayat 3

<sup>20</sup> Pasal 36 ayat 1

<sup>21</sup> Pasal 5 dan 6

<sup>22</sup> Pasal 20 UUD 1945 sebelum amandemen menyatakan bahwa DPR dikehendaki persetujuannya dalam tiap undang-undang, jika DPR tidak menyetujui maka rancangan undang-undang tersebut tidak boleh dimajukan lagi dalam persidangan DPR pada masa itu. Yang artinya menutup peluang terbentuknya undang-undang baru. Namun dalam penjelasan pasal ini disebutkan bahwa DPR harus memberi persetujuannya kepada tiap-tiap rancangan undang-undang dari Pemerintah. Dari batang tubuh dan penjelasan pasal tersebut terjadi kontradiksi. Karena ternyata DPR diharuskan menyetujui rancangan undang-undang dari pemerintah. Adapun pengajuan undang-undang hanya sebatas hak anggota DPR. Berbeda halnya dengan UUD 1945 setelah amandemen di mana Pasal 20 menyatakan dengan tegas bahwa DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang. Dan Pasal 20A yang menerangkan DPR memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran, dan fungsi pengawasan. Fungsi tersebut kembali dinyatakan pada Pasal 69 ayat (1) Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU Nomor 27 Tahun 2009).

<sup>23</sup> Sementara itu, telah secara jelas dinyatakan pada ayat berikutnya dalam Pasal yang sama bahwa ketiga fungsi DPR dijalankan dalam kerangka representasi rakyat yang antara lain melalui pembukaan ruang partisipasi publik, transparansi pelaksanaan fungsi, dan pertanggungjawaban kerja DPR kepada rakyat.

---

Indonesia, *Undang-undang tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah*, UU Nomor 27 Tahun 2009, LN Nomor 123 Tahun 2009, TLN Nomor 5043, ps. 69 ayat (2).

<sup>24</sup> Standar pelayanan adalah “tolok ukur yang dipergunakan sebagai pedoman penyelenggaraan pelayanan dan acuan penilaian kualitas pelayanan sebagai kewajiban dan janji Penyelenggara kepada masyarakat dalam rangka pelayanan yang berkualitas, cepat, mudah, terjangkau, dan terukur.” Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang *Pelayanan Publik* (Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009).

<sup>25</sup> Reduksi berasal dari bahasa latin yang memiliki definisi pengurangan atau pemotongan. Reduksi bersinonim dengan refaksi. Dalam penelitian ini peneliti berasumsi kata reduksi selaras dengan kata regresi yang berarti kemunduran atau distorsi yang berarti pemutarbalikan. Keempat istilah tersebut merefleksikan/memberikan gambaran kesan negatif yang dalam penelitian ini tertuju pada regulasi pelayanan publik.

<sup>26</sup> Esensi juga berasal dari bahasa latin yang berarti hakikat, inti, sesuatu yang merupakan pokok. Dalam penelitian ini, esensi pelayanan publik melekat pada publik itu sendiri yaitu melalui partisipasinya. Definisi mengenai istilah latin seperti tersebut sebelumnya dapat dibaca dalam J.S. Badudu, *Kamus Kata-Kata Serapan Asing dalam Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2003)

<sup>27</sup> Indonesia, *Undang-undang tentang Pelayanan Publik*, UU Nomor 25 Tahun 2009, LN Nomor 112 Tahun 2009, TLN Nomor 5038, ps. 20 ayat (1).

<sup>28</sup> Dikatakan bersifat akumulatif karena menggunakan tanda koma (,) seperti yang dijelaskan oleh Maria Farida Indriati bahwa penggunaan tanda koma (,) dalam peraturan perundang-undangan bermakna menghimpun keseluruhan rumusan-rumusan yang ditentukan. Dalam penjelasan pasal 20 ayat (1) ini terdiri dari unsur sumber daya modal, sumber daya manusia, dan sumber daya aset/fisik. Kemampuan penyelenggara bersifat akumulatif dan tidak bersifat alternatif, yang artinya jika misalnya tidak tersedia dukungan pendanaan maka unsur kemampuan lain berupa pelaksana, sarana, prasarana, dan/atau fasilitas pelayanan harus tetap menyusun dan menetapkan standar pelayanan. Namun terdapat pengecualian untuk sumber daya manusia yaitu pelaksana karena pelaksana mutlak diperlukan sebagai subjek penyusun dan penetap standar pelayanan. Dengan demikian ketentuan ini seharusnya dipahami sebagai sebuah keharusan untuk menyusun dan menetapkan standar pelayanan.

<sup>29</sup> Joeniarto, *Selayang Pandang tentang Sumber-Sumber Hukum Tata Negara di Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1980), hal. 18. Menurut Joeniarto, sumber hukum terklasifikasi ke dalam tiga pengertian, *pertama*, sumber hukum sebagai asalnya hukum positif; *kedua*, sumber hukum sebagai bentuk-bentuknya hukum dimana sekaligus merupakan tempat diketemukannya aturan-aturan dan ketentuan-ketentuan hukum positifnya; dan *ketiga*, sumber hukum sebagai hal-hal yang seharusnya menjadi isi hukum positif.

<sup>30</sup> Tujuan negara Republik Indonesia yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, meningkatkan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian yang abadi, dan keadilan sosial.

<sup>31</sup> John P. Wheeler dalam Kelompok DPD di MPR RI, *Info Memo Perubahan Kelima Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, (Jakarta: 2011), hal. 1. Dapat dibandingkan dengan Brian Thompson yang menyebutkan bahwa “*constitution is a document which contains the rules for the operation of an organization*”.

<sup>32</sup> Dengan tujuan negara Republik Indonesia tersebut, para tokoh Indonesia yang merumuskannya sejatinya menganut konsepsi *welfare state*, yang oleh Utrecht dimaknai sebagai turut sertanya negara secara aktif dalam pergaulan sosial untuk menyelenggarakan kepentingan umum sehingga kesejahteraan sosial bagi semua orang tetap terpelihara. Konsepsi *welfare state* Utrecht dapat dibandingkan dengan pendapat Lemaire yang membahasakan *welfare state* sebagai *bestuurszorg* yang bermakna penyelenggaraan kesejahteraan umum yang dilakukan pemerintah/administrasi negara. *Bestuurszorg* menghapus azas *staatsonthouding* (tidak turut campurnya negara). Dengan demikian negara bertugas menyelenggarakan pelayanan publik untuk mewujudkan *welfare state*. Dapat dibaca di Utrecht, Moh. Saleh Djindang, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, cetakan kesembilan, (Jakarta: Ichtiar Baru, 1990), hal. 8

<sup>33</sup> William G. Andrews, *Constitutions and Constitutionalism* dalam Jimly Asshiddiqie (1), *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hal. 25.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Mengacu pada teori kontrak sosial yang masing-masing diutarakan oleh John Locke, Thomas Hobbes, dan J.J Rousseau yang masing-masing melahirkan konsep negara yang berbeda-beda. Baca George H. Sabine, *A History of Political Theory*, dalam Jimly Asshiddiqie (2), *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), hal. 200.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Beberapa buku Jimly Asshiddiqie, di antaranya Konstitusi dan Konstitusionalisme, Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi, dan Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi dituliskan istilah tersebut. Jimly Asshiddiqie mengidealkan UUD 1945 menganut Negara Republik Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis sekaligus negara demokrasi yang berdasar atas hukum yang tidak terpisahkan satu sama lain. Hendaknya diselenggarakan secara beriringan sebagai dua sisi dari mata uang yang sama.

<sup>38</sup> Jimly Asshiddiqie (2), *op.cit.*, hal. 293

<sup>39</sup> Maulana Abul A'la Al Maududi, *Hak-Hak Asasi Manusia dalam Islam*, diterjemahkan oleh Bambang Iriana Djajaatadja, (Jakarta: Bumi Aksara, 1995), hal. 3. Lebih lanjut Al Maududi menerangkan perbedaan demokrasi Barat dengan demokrasi Islam. Dalam demokrasi Barat rakyat yang berdaulat sehingga rakyatlah yang membuat hukumnya sendiri; dalam demokrasi Islam kedaulatan berada di tangan Tuhan dan rakyat adalah *khalifah/wakilnya* sehingga rakyat harus mentaati dan mematuhi hukum (*syari'ah*) yang diberikan Tuhan melalui Rasulnya. Al Qur'an juga telah tegas menyatakan, "Barangsiapa yang memutuskan perkara bukan menurut apa yang diturunkan Allah, mereka itu adalah orang-orang kafir (*kafirun*). Mereka adalah orang-orang zalim (*zalimun*). Mereka itu adalah orang-orang fasiq (*fasiqun*)."<sup>40</sup> Al Qur'an Surat Al Maidah ayat 44, 45, 47.

<sup>40</sup> Jimly Asshiddiqie (3), *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, (Jakarta: PT. Bhuana Ilmu Populer. 2007), hal. 740.

<sup>41</sup> Pemilihan umum (pemilu) adalah sarana pelaksanaan kedaulatan rakyat yang dilaksanakan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Definisi ini mengacu pada Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD (UU Nomor 10 Tahun 2008), LN Tahun 2008 Nomor 51, TLN Nomor 4836.

<sup>42</sup> Referendum merupakan mekanisme penentuan atau pemilihan kebijakan kenegaraan yang harus dimintakan persetujuannya secara langsung kepada rakyat. Referendum disinonimkan dengan plebisit.

<sup>43</sup> *Recall* adalah istilah pinjaman yang belum ada padanannya di Indonesia. Pengertian *Recall* di Indonesia berbeda dengan pengertian *recall* di Amerika Serikat. Di Amerika Serikat istilah *recall* (lengkapnya *recall election*) digunakan untuk menyatakan hak rakyat pemilih (konstituen) untuk melengserkan wakil rakyat sebelum masa jabatannya berakhir. Prosedurnya dimulai dari inisiatif rakyat pemilih yang mengajukan petisi kepada para anggota badan perwakilan. Bila Badan Perwakilan Rakyat menyetujui petisi pemilih (konstituen), maka diadakan pemungutan suara yang akan menentukan apakah wakil rakyat terkait akan lengser atau tetap dijabatannya. *Recall* adalah hak dari konstituen, bukan hak dari wakil rakyat alias *representative*.

Terdapat dua teori terkait *recall*. Pertama, *representative as delegates/messenger boy*, yakni wakil rakyat seyogyanya hanya menjadi penyalur suara atau pesan konstituennya. Kedua, *representative as trustee*, yang bermakna wakil rakyat seyogyanya menjadi utusan yang dipercaya. Menyampaikan pendapatnya di lembaga perwakilan menurut pertimbangan dan pemikirannya sendiri demi kepentingan seluruh rakyat.

Di Indonesia, istilah *recall* semula merujuk pada teori *representative as trustee*, namun dalam perkembangannya terjadi perubahan yang cukup signifikan dari kedaulatan rakyat menjadi kedaulatan partai. Dalam konteks ini, partai politik berhak menarik kembali anggotanya yang terpilih sebagai anggota DPR sehingga tidak lagi menjabat sebagai anggota DPR. Mahkamah Konstitusi pun telah memutuskan bahwa partai politik berhak *me-recall* anggotanya.

R.M. Ananda B. Kusuma, *Tentang "Recall"*, *Jurnal Konstitusi* volume III nomor 4 (desember 2006), diakses dari <http://bhariwibowo.blogspot.com/2007/02/tentang-recall.html> pada 28 Agustus 2012.

<sup>44</sup> Baik mogok kerja, unjuk rasa, maupun pernyataan pendapat melalui pers dijamin oleh UUD 1945 melalui kebebasan berekspresi, menyatakan pendapat, baik secara lisan maupun tulisan, kebebasan berkumpul, kebebasan berserikat, dan kebebasan pers. Selain itu, hak untuk mogok juga dijamin menurut ketentuan hukum perburuhan.

<sup>45</sup> Jimly Asshiddiqie, dalam makalah "*Cita Negara Hukum Indonesia Kontemporer*", <http://saniffa.wordpress.com/2009/12/23/negara-hukum/>, diakses pada tanggal 5 Maret 2010.

<sup>46</sup> Safri Nugraha, dkk, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal. 30-31.

<sup>47</sup> Meskipun draft RUU tersebut menurut Masyarakat Peduli Pelayanan Publik (MP3) dinilai masih menyimpan banyak persoalan.

<sup>48</sup> Istiyadi Insani dalam tulisannya yang berjudul *Kebijakan Standar Pelayanan Minimal di Indonesia*, hal. 7. diakses dari [www.docstoc.com/docs/4699909/Kebijakan-Standar-Pelayanan-Minimal-di-Indonesia](http://www.docstoc.com/docs/4699909/Kebijakan-Standar-Pelayanan-Minimal-di-Indonesia), pada 20 September 2012.

<sup>49</sup> Dalam Pasal 22A UUD NRI Tahun 1945 dinyatakan bahwa "*ketentuan mengenai tata cara pembentukan undang-undang diatur dengan undang-undang.*" Pelaksanaan dari ketentuan Pasal 22A tersebut, diundangkan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU Nomor 10 Tahun 2004, (UU Nomor

12 Tahun 2011, LN Nomor 53 Tahun 2011, TLN Nomor 4389). Pada Tahun 2011, UU Nomor 10 Tahun 2004 diganti dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU Nomor 12 Tahun 2011, LN Nomor 82 Tahun 2011, TLN Nomor 5234).

Berdasarkan UU 10 Tahun 2004, pembentukan sebuah undang-undang dimulai dari perencanaan, persiapan teknik penyusunan, perumusan, pembahasan, pengesahan sampai dengan pengundangan dan penyebarluasan. Dalam Pasal 15 ayat (1) UU Nomor 10 Tahun 2004, diatur bahwa perencanaan penyusunan undang-undang dilakukan dalam suatu Program Legislasi Nasional (Prolegnas). Prolegnas merupakan instrumen perencanaan program pembentukan undang-undang yang disusun secara berencana, terpadu, dan sistematis yang memuat daftar undang-undang yang disusun berdasarkan metode dan parameter tertentu serta dijiwai oleh visi dan misi pembangunan hukum nasional. Prolegnas memuat program legislasi jangka panjang, menengah, dan tahunan. Prolegnas disusun bersama oleh DPR dengan Pemerintah secara terkoordinasi, terarah, dan terpadu.

Mengenai Tata Cara dan Pengelolaan Prolegnas, selain diatur dalam UU Nomor 10 Tahun 2004, Tata Tertib DPR, Perpres Nomor 68 Tahun 2005 Tentang Peraturan Presiden Tentang Tata Cara Penyusunan Tata Cara Mempersiapkan Rancangan Undang-Undang, Rancangan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Rancangan Peraturan Pemerintah, Dan Rancangan Peraturan Presiden, juga diatur secara terperinci dalam Perpres Nomor 61 Tahun 2005 tentang Tata Cara Penyusunan dan Pengelolaan Prolegnas. Berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 61 Tahun 2005 tentang Tata Cara Penyusunan dan Pengelolaan Prolegnas, penyusunan Prolegnas di lingkungan DPR dikoordinasikan oleh Baleg sedangkan di lingkungan Pemerintah dikoordinasikan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia (Menkumham). DPR kemudian menetapkan prolegnas sesuai dengan masa jabatan anggotanya yakni selama lima tahun (prolegnas lima tahunan) dan prolegnas prioritas per tahunnya.

<sup>50</sup> Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara, *Signifikansi RUU tentang Pelayanan Publik*, materi presentasi yang disampaikan pada Lokakarya Diseminasi Naskah Akademis Dan RUU tentang Pelayanan Publik Versi Masyarakat Sipil Masyarakat Peduli Pelayanan Publik Jakarta, 23 Januari 2008. Diakses dari [http://yappika.or.id/index.php?option=com\\_content&task=view&id=206&Itemid=133](http://yappika.or.id/index.php?option=com_content&task=view&id=206&Itemid=133) pada 27 September 2012.

<sup>51</sup> Deputi Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara Bidang Pelayanan Publik, *Pokok-Pokok Materi RUU tentang Pelayanan Publik*, tanpa tahun. Diakses dari [http://yappika.or.id/index.php?option=com\\_content&task=view&id=206&Itemid=133](http://yappika.or.id/index.php?option=com_content&task=view&id=206&Itemid=133) pada 27 September 2012.

<sup>52</sup> Ruth Indiah Rahayu, *Langkah Kecil Mewujudkan Jaminan Hak Warga Atas Pelayanan Publik. Pengalaman Masyarakat Peduli Pelayanan Publik dalam Advokasi RUU Pelayanan Publik*, (Jakarta: Yappika, 2011), hal. 24. Poin lain yang dikritisi Gerakan Masyarakat Sipil adalah paradigma RUU pelayanan publik yang tidak berbasis Hak Asasi Manusia, tidak menjamin pelayanan khusus kelompok rentan, mekanisme pengawasan dan penanganan komplain yang tidak optimal, sanksi, ambiguitas dalam pembiayaan, dan tidak tergaransinya hak kebebasan informasi.

<sup>53</sup> *Ibid*, hal. 66.

<sup>54</sup> [http://jaringanmp3.multiply.com/reviews?&show\\_interstitial=1&u=%2Freviews](http://jaringanmp3.multiply.com/reviews?&show_interstitial=1&u=%2Freviews), diakses pada 5 Februari 2012.

<sup>55</sup> [http://yappika.or.id/index.php?option=com\\_content&task=view&id=206&Itemid=133](http://yappika.or.id/index.php?option=com_content&task=view&id=206&Itemid=133), diakses pada 27 September 2012.

<sup>56</sup> [http://www.yappika.or.id/index.php?option=com\\_content&task=view&id=126&Itemid=69](http://www.yappika.or.id/index.php?option=com_content&task=view&id=126&Itemid=69), *Piagam Warga menjadi Perdebatan di Sidang Panja RUU Pelayanan Publik*, diakses pada 5 Februari 2012.

<sup>57</sup> Rahayu, *op.cit.*, hal. 40.

<sup>58</sup> Lihat lagi tabel 2.1. Tabulasi komparasi SPM dengan Standar Pelayanan

<sup>59</sup> Agus Dwiyanto, *Manajemen Pelayanan Publik: Peduli, Inklusif, Kolaboratif* (edisi kedua), (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press), 2011, hal. 14.

<sup>60</sup> *Naskah Akademik dan Rancangan Undang-Undang Pelayanan Publik* versi Masyarakat Peduli Pelayanan Publik (MP3), 2007.

<sup>61</sup> Sri Yuliani, *Mewujudkan Birokrasi yang Pro-Citizen (Review Paradigma New Public Service)*, dalam *Spirit Publik – Jurnal Ilmu Administrasi Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik Universitas Negeri Sebelas Maret*. Vol. 3 No.1 Th. 2007.

<sup>62</sup> Dwiyanto, *op.cit.* hal. 16.

<sup>63</sup> *Ibid*. hal. 15

<sup>64</sup> Yuliani, *loc.cit.*

<sup>65</sup> *New public management* terkenal dengan istilah *steering not rowing*, mengarahkan, bukan mengayuh. E.S. Savas menyatakan, "Kata pemerintahan (*government*) berasal dari sebuah kata Yunani yang berarti mengarahkan. Tugas pemerintah adalah mengarahkan, bukan mengayuh perahu. Memberikan pelayanan adalah mengayuh, dan pemerintah tidaklah pandai mengayuh.

---

<sup>66</sup> Yuliani, *loc.cit.*

<sup>67</sup> Wamsley dan Wolf, King dan Stivers, Dernhardt dan Dernhart dalam Dwiyanto, *op.cit.*, hal. 15.

<sup>68</sup> Gavin Drewry, *Mr Major's Charter: Empowering The Consumer*, Copyright (c) Sweet & Maxwell Limited and Contributors, 1993, p. 1. Dalam kutipan ini, Drewry juga mengutip dari *The Citizen's Charter. Raising the Standard*, Cm. 1599 (1991). *This writer is indebted to the authors of House of Commons Library Reference Sheet no. 92/8 (June 11, 1992), which provides a very useful background to the Charter.* Diakses dari *westlaw* pada 4 November 2011.

<sup>69</sup> Colin Scott, *Regulation Inside Government: Re-Badging The Citizen's Charter*, 1999, p. 2. Diakses dari *westlaw* pada 4 November 2011.

<sup>70</sup> C. Willett, *The Citizen's Charter, Journal of Business Law*, Copyright (c) Sweet & Maxwell Limited and Contributors, 1992, p. 3. Diakses dari *westlaw* pada 4 November 2011.

<sup>71</sup> Gavin Drewry, *Whatever Happened To The Citizen's Charter?*, 2002, p.1. Diakses dari *westlaw* pada 4 November 2011.

<sup>72</sup> Prijono Tjiptoherijanto dan Mandala Manurung, *Paradigma Administrasi Publik dan Perkembangannya*, (Jakarta: UI Press), hal 149 dan 151.

<sup>73</sup> Prijono Tjiptoherijanto dalam Wahyudi Kumorotomo dan Agus Pramusinto, (ed.), *Governance Reform di Indonesia: Mencari Arah Kelembagaan Politik yang Demokratis dan Birokrasi yang Profesional*, (Yogyakarta: Gava Media dan Magister Administrasi Publik UGM, 2009), hal. 310.

<sup>74</sup> Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, ed. 3 (New York: Free Pres, 1968), hal. 252-253 dalam Peter M. Blau dan Marshall W. Meyer, *Birokrasi dalam Masyarakat Modern [Bureaucracy in Modern Society]* diterjemahkan oleh Slamet Rijanto, (Jakarta: Prestasi Pustakaraya, 2000), hal. 126-127.

<sup>75</sup> Eko Prasajo, Aditya Perdana, dan Nor Hiqmah, *Kinerja Pelayanan Publik (Persepsi Masyarakat terhadap Kinerja, Keterlibatan, dan Partisipasi dalam Pelayanan Bidang Pendidikan, Kesehatan, dan Kependudukan)*, (Jakarta: Yappika, 2006), hal. 14.

<sup>76</sup> Dwiyanto Indiahono, *Kebijakan Publik Berbasis Dynamic Policy Analysis*, (Yogyakarta: Gava Media, 2009), hal 162-163.

<sup>77</sup> *Ibid*, hal. 163.

<sup>78</sup> Rapat Dengar Pendapat Komisi II DPR dengan MP3 (audiensi *dengan Komisi II DPR RI, Rabu, 12 Januari 2011*). Pandangan MP3 Terhadap Percepatan Implementasi UU No. 25 tahun 2009 Bagi Pemenuhan Akses Pelayanan Publik yang Adil dan Berkualitas. [http://yappika.or.id/index.php?option=com\\_content&task=view&id=311&Itemid=133](http://yappika.or.id/index.php?option=com_content&task=view&id=311&Itemid=133), diakses pada 27 September 2012.

<sup>79</sup> Lihat Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, (Revised ed, Yale University Press, New Haven, 1969), hal. 33-38.

<sup>80</sup> Penegakan Kode Etik Advokat dilakukan oleh PERADI.

<sup>81</sup> Penegakan Kode Etik Kedokteran Indonesia dilakukan oleh Majelis Kode Etik Kedokteran (MKEK) dari Ikatan Dokter Indonesia.

<sup>82</sup> Sejak Juni 2009, Pemerintah telah mengundang Peraturan Menteri Kehutanan Nomor P.38/ 2009 dan petunjuk pelaksanaannya mengenai penerapan Sistem Verifikasi Legalitas Kayu (SVLK) yang disempurnakan menjadi Peraturan Menteri Kehutanan Nomer P.38/ Menhut-II/ 2011.

<sup>83</sup> Lihat Peraturan Menteri Pertanian 07 Tahun 2009 tentang Pedoman Penilaian Usaha Perkebunan dan Peraturan Menteri Pertanian Nomor 19/Permentan/OT.140/3/2011 tentang Pedoman Kelapa Sawit Berkelanjutan Indonesia (Indonesia Sustainable Palm Oil).

<sup>84</sup> FIFA bukan organisasi internasional, namun secara hukum statusnya adalah organisasi asosiasi independen yang berdiri berdasarkan hukum Swiss.

<sup>85</sup> Philip Selznick, *The moral commonwealth: Social theory and the promise of community*, (Berkeley, CA: University of California Press, 1992), hal. 336.

<sup>86</sup> *Ibid.*, hal. 465.

<sup>87</sup> FSA, Principles-based regulation, Focusing on the outcomes that matter, FSA April 2007, <http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/principles.pdf> (akses 4 Oktober 2012).

<sup>88</sup> John Braithwaite, "Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty", *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 27, (2002: 47-82), hal. 47.

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, hal. 48.

<sup>90</sup> Ronald M. Dworkin, "The Model of Rules", 35 *University of Chicago Law Review* (1967), hal. 27.

<sup>91</sup> *Ibid.*, hal. 27.

<sup>92</sup> Lihat perkembangan mulai dari Peraturan KPPU Nomor 01 Tahun 2009 Tentang Pranotifikasi Penggabungan, Peleburan, dan Pengambilalihan, Peraturan KPPU Nomor 10 Tahun 2010 Tentang Formulir Pemberitahuan Penggabungan, Peleburan Badan Usaha, dan Pengambilalihan Saham Perusahaan (sudah tidak berlaku), Peraturan KPPU Nomor 11 Tahun 2010 Tentang Konsultasi Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan, Peraturan KPPU Nomor 10 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 13 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 13 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2012 tentang Pedoman Pengenaan Denda Keterlambatan Pemberitahuan Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan.

<sup>93</sup> Ian Ayres dan John Braithwaite, *Responsive Regulation Transcending the Deregulation Debate*, (USA: Oxford University Press, 1992).

<sup>94</sup> *Ibid.* Lihat juga Robert Baldwin dan Julia Black, "Really Responsive Regulation", LSE Legal Studies Working Paper 15/2007.

<sup>95</sup> Lihat Peraturan Menteri ESDM No. 7 tahun 2012 Tentang Peningkatan Nilai Tambah Mineral yang mendorong hilirisasi mineral.

<sup>96</sup> Melalui Peraturan Menteri Perdagangan 35/2011 tentang larangan ekspor rotan mentah, pemerintah mendorong hilirisasi rotan.

<sup>97</sup> Michael Faure, Marjaan Peeters, Andri G. Wibisana, "Economic Instruments: Suited to Developing Countries" in Michael Faure and Nicole Niessen, ed, *Environmental Law and Development*, (Edward Elgar, 2006), hal. 218-255.

<sup>98</sup> Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics* 3 (1) (1960): hal. 1-44.

<sup>99</sup> Lihat Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms-Contributions to a Discourse Theory of Law*, (diterjemahkan oleh William Rehg), (MIT Press, 1998).

<sup>100</sup> Van Vollenhoven Institute & BAPPENAS, "Efektivitas Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup di Indonesia, Rekomendasi Kebijakan", Jakarta, Februari 2011, <http://media.leidenuniv.nl/legacy/policy-brief-vvi-%26-bappenas---efektivitas-penyelesaian-sengketa-lingkungan-hidup-di-indonesia---februari-2011.pdf> (akses 4 Oktober 2012).

<sup>101</sup> Sebagai contoh, kasus pidana Newmont di Teluk Buyat tidak terbukti meskipun ada pelanggaran dari aspek administratif. Kasus Newmont ini juga diwarnai gugatan perdata oleh pemerintah dan gugatan LSM terhadap keputusan TUN.

<sup>102</sup> Niel Gunningham, Peter Grabosky, Darren Sinclair, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, (Oxford: Clarendon Press, 1998).

<sup>103</sup> Lihat Anthony Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, (Clarendon 1994, reprinted 2004).

<sup>104</sup> Darren Sinclair, "Self-regulation versus command and control? Beyond False Dichotomies", *Law & Policy* 19 (4) (1997), hal. 529-559.

<sup>105</sup> Kehadiran BRTI sendiri juga mengundang kontroversi karena tidak jelas kewenangannya, dan tidak diatur dalam UU 36/1999 tentang Telekomunikasi. Penjelasan Pasal 4 dari UU 36/1999 menyatakan bahwa menteri dapat melimpahkan kewenangannya kepada badan regulasi. Dalam hal ini berarti BRTI bukanlah 'regulator' dalam arti sesungguhnya, dan tidak berbeda dengan bagian pola dan tata kelola dari Kementerian (dalam hal ini Kementerian Komunikasi dan Informasi, Direktorat Jenderal Pos dan Telekomunikasi). Pengaturannya pun 'hanya' berdasarkan Keputusan Menteri Perhubungan No. 31/2003 (sudah diubah dengan Peraturan Menteri Kominfo No. 25/11/2005).

<sup>106</sup> Jurgen Habermas, *The Theory of Communicative Action, Volume 1: Reason and the Rationalization of Society*, (diterjemahkan oleh Thomas McCarthy), (Beacon Press, 1985).

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> Lihat Habermas, *supra* note 22.

<sup>109</sup> Lihat James M. Buchanan dan Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, (University of Michigan, 1962).

---

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Salah satu contoh terjeratnya pimpinan BUMN akibat kerancuan pengertian tersebut adalah kasus sewa pesawat Merpati yang melibatkan mantan Direktur Utama Merpati Nusantara Airlines.

<sup>112</sup> Pandangan tentang buruknya kualitas legislasi dan legislator disampaikan oleh Ketua Mahkamah Konstitusi, Mahfud MD. Selengkapnya dapat dilihat pada "MK Kabulkan 97 Permohonan Uji Materiil, Potret Pembuatan UU yang Buruk?", <http://www.republika.co.id/berita/nasional/hukum/11/11/17/lushlo-mk-kabulkan-97-permohonan-uji-materiil-potret-pembuatan-uu-yang-buruk>, diakses 25 September 2012.

<sup>113</sup> Yuridifikasi dapat dimaknai sebagai perkembangan dalam suatu sistem yang mengandalkan proses hukum dan argumen hukum – dengan menggunakan bahasa hukum – menggantikan praktik politik pada umumnya dengan keputusan pengadilan dan formalitas hukum. Makna yuridifikasi tersebut dapat dibandingkan dengan Gordon Silverstein, 2009, *Law's Allure: How Law Shapes, Constrains, Saves, and Kill Politics*, New York, Cambridge University Press.

<sup>114</sup> Bagian pada tulisan ini berasal dari alasan konseptual dalam naskah akademik UU Sistem Kesejahteraan Sosial Nasional.

<sup>115</sup> Beveridge diambil dari nama ekonom Inggris (William Beveridge, 1879-1963) yang mereformasi sistem jaminan sosial di Inggris. Bismark diambil dari nama kanselir Jerman (Otto von Bismark, 1815-1898) yang pertama mendirikan sistem jaminan sosial di Jerman. (Wisnu, 2012 hal 25-26).





PEMBAHASAN MAKALAH PER PANEL

PANEL 6

PERLINDUNGAN HAK KONSTITUSIONAL  
MASYARAKAT ADAT/LOKAL  
DI INDONESIA



## Panel 6

Judul Panel : Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Adat/Lokal

Pengelola : Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa)

### Rekonstruksi Politik Hukum Kedudukan Masyarakat Adat

#### Berbasis Kearifan Lokal

Eko Sabar Prihatin

#### I. PENDAHULUAN

Bangsa Indonesia merupakan bangsa yang terdiri dari berbagai suku bangsa dengan adat istiadat yang majemuk dan bersatu dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) dengan dilandasi semangat *Bhinneka Tunggal Ika*. Namun, dalam kemajemukan tersebut terdapat kondisi yang paradoksal. Di satu sisi terjadi perubahan sosial yang membawa kemajuan pada satu kelompok masyarakat tertentu sedang di sisi lain menimbulkan ketertinggalan pada kelompok masyarakat lain yang disebabkan oleh faktor keterikatan pada adat maupun lokasi. Kelompok masyarakat yang dideskripsikan terakhir inilah disebut dengan Kesatuan Masyarakat Hukum Adat (KMHA) atau desa asli (desa adat).<sup>1</sup>

Desa-desanya yang beragam di seluruh Indonesia sejak dulu merupakan basis penghidupan masyarakat setempat, yang *notabene* mempunyai otonomi dalam mengelola tatakuasa dan tatakelola atas penduduk, pranata lokal dan sumberdaya ekonomi.

Pada awalnya desa merupakan organisasi komunitas lokal yang mempunyai batas-batas wilayah, dihuni oleh sejumlah penduduk, dan mempunyai adat-istiadat untuk mengelola dirinya sendiri. Inilah yang disebut dengan *self-governing community*. Sebutan desa sebagai kesatuan masyarakat hukum baru dikenal pada masa kolonial Belanda. Desa pada umumnya mempunyai pemerintahan sendiri yang dikelola secara otonom tanpa ikatan hirarkhis-struktural dengan struktur yang lebih tinggi. Di Sumatera Barat, misalnya, nagari adalah sebuah republik kecil yang mempunyai pemerintahan sendiri secara otonom dan berbasis pada masyarakat (*self-governing community*).

UU No 32 Tahun 2004 belum secara jelas mengatur tata kewenangan antara Pemerintah, Pemerintah daerah dan Desa. Berdasarkan prinsip desentralisasi dan otonomi luas yang dianut oleh UU No. 32/2004, Pemerintah hanya menjalankan lima kewenangan, dan diluar lima kewenangan itu menjadi kewenangan daerah. Dengan demikian konsepsi dasar yang dianut UU No. 32/2004, otonomi berhenti di kabupaten/kota. Kosekuensinya, pengaturan lebih jauh tentang Desa dilakukan oleh kabupaten/kota, dimana kewenangan Desa adalah kewenangan kabupaten/kota yang diserahkan kepada Desa. Selaian hal tersebut, disain kelembagaan pemerintahan Desa yang tertuang dalam UU No. 32/2004 juga belum sempurna sebagai visi dan kebijakan untuk membangun kemandirian, demokrasi dan kesejahteraan desa. Isu keragaman, misalnya, selalu mengundang pertanyaan tentang format dan disain kelembagannya. Meskipun UU No. 32/2004 mengedepankan keragaman, tetapi banyak kalangan menilai bahwa disain yang diambil tetap desa baku (*default village*),

sehingga kurang memberi ruang bagi *optional village* yang sesuai dengan keragaman lokal. Format bakunya adalah desa administratif (*the local state government*) atau disebut orang Bali sebagai desa dinas, yang tentu bukan desa adat yang mempunyai otonomi asli (*self governing community*) dan bukan juga desa otonom (*local self government*) seperti daerah otonom. UU No. 32/2004 tidak menempatkan desa pada posisi yang otonom, dan tidak membolehkan terbentuknya desa adat sendirian tanpa kehadiran Desa administratif. UU No. 32/2004 menempatkan desa sebagai bagian (subsistem) pemerintahan kabupaten/kota. Desain UU No. 32 Tahun 2004 tentang desa terlalu umum sehingga dalam banyak hal pasal-pasal tentang desa baru bisa dijalankan setelah lahir Peraturan Pemerintah dan Perda. Kecenderungan ini membuat implementasi kewenangan ke desa sangat tergantung pada kecepatan dan kapasitas Pemerintah dan pemerintah daerah dalam membuat pengaturan lebih lanjut tentang desa. Berdasarkan UU No. 32/2004 dan PP No. 72/2005 mengamanatkan ada sebanyak 18 buah Peraturan Daerah dan dua Peraturan Bupati/Walikota yang harus dibentuk oleh kabupaten/kota.

## II. PEMBAHASAN

Pembahasan Model otonomi desa sebagai satuan pemerintahan lokal dalam NKRI harus dihubungkan dengan sistem pemerintahan daerah (lokal) yang di atur oleh UUD 1945. Hal ini terkait dengan pembentukan satuan pemerintahan sub nasional di bawah pemerintah pusat, yang dalam kepastiaan terkait dengan dianut dan dilaksanakannya asas desentralisasi dan asas dekonsentrasi dalam negara kesatuan.

Secara teoritik dalam negara kesatuan, pelaksanaan desentralisasi akan membentuk satuan pemerintahan lokal dengan status sebagai daerah otonom. Daerah otonom ini memiliki hak mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri. Dengan kata lain satuan pemerintahan lokal dengan status sebagai daerah otonom akan memiliki otonomi.

Sedangkan pelaksanaan dekonsentrasi akan membentuk wilayah administrasi. Wilayah administrasi ini merupakan wilayah kerja pejabat pusat di daerah. Wilayah administrasi ini tidak memiliki otonomi.

Dengan cara demikian akan diketahui bagaimana kedudukan desa sebenarnya dalam konstelasi pemerintahan daerah (lokal) di Indonesia. Apakah berkedudukan sebagai daerah otonom atau berkedudukan sebagai wilayah administrasi. Atau ada corak lain di luar kedudukan sebagai daerah otonom atau sebagai wilayah administrasi. Untuk itu dalam melihat model ke depan harus berangkat dari aturan konstitusional dalam UUD 1945 pasca amandemen, yang mengatur model pemerintahan daerah di Indonesia.

Ada beberapa ketentuan konstitusi yang berkaitan dengan kedudukan desa yaitu Pasal 1 UUD 1945 setelah diamandemen yang berbunyi :

- (1) *Negara Indonesia adalah Negara Kesatuan yang berbentuk Republik*
- (2) *Kedaulatan ada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar.*
- (3) *Negara Indonesia adalah negara hukum.*

Selanjutnya, dalam Pasal 18 ayat (1) disebutkan :

- (1) *Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang.*
- (2) *Pemerintahan daerah provinsi, kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.*
- (3) *Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota memiliki Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dan yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum.*

Dalam pandangan Bhenyamin Hoessein, rumusan Pasal 18 ayat (1) tersebut dapat dicerna secara sesat. Hal ini dikarenakan pembagian negara dapat ditafsirkan melahirkan negara majemuk seperti halnya dalam negara federal.

Sebagaimana diketahui bahwa dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah (lokal) dikenal asas desentralisasi –atau juga disebut asas otonomi<sup>2</sup> dan asas dekonsentrasi. Yang pertama menghasilkan satuan pemerintahan lokal (daerah) yang disebut daerah otonom. Sedangkan asas dekonsentrasi menghasilkan satuan pemerintahan lokal (daerah) yang merupakan wilayah kerja pejabat pemerintah pusat pada tingkat lokal, dan menghasilkan wilayah administrasi.

Terkait dengan hal tersebut, ternyata UUD 1945 pasca amandemen IV tersebut tidak merumuskan asas desentralisasi dalam ketentuan Pasal 18 tersebut. Yang disebut hanya asas otonomi (desentralisasi) dan tugas pembantuan. Dalam kepustakaan tata negara asas pembantuan terkait dengan desentralisasi atau otonomi. Sedangkan asas dekonsentrasi tidak disebutkan.

Asas dekonsentrasi dijumpai dalam undang-undang yang mengatur pemerintahan daerah yang pernah berlaku (UU 5/1974, UU 22/1999, UU 32/2004). Sehubungan dengan itu, Ateng Syafrudin (2006:67) mengungkapkan bahwa secara umum, sumber yuridis pelaksanaan dekonsentrasi dalam UUD 1945 merupakan penafsiran bahwa dekonsentrasi merupakan konsekwensi logis dianutnya konsep negara kesatuan dalam Pasal 1 ayat 1 UUD 1945.

Dari beberapa ketentuan dalam UUD 1945 pasca amandemen ke IV tersebut dapat ditarik kesimpulan *pertama*, bahwa sebagai pelaksanaan asas otonomi (asas desentralisasi) dibentuk daerah provinsi, kabupaten atau kota yang mempunyai pemerintahan daerah. Oleh karena itu tidak akan ada pemerintahan daerah otonom di luar provinsi, kabupaten atau kota tersebut. Dan kesemuanya itu diatur dengan undang-undang.

*Kedua*, dengan mendasarkan pada pendapat Ateng Syafrudin tersebut walaupun asas dekonsentrasi tidak disebutkan dalam rumusan Pasal 18 di atas, sebagai negara kesatuan, maka asas tersebut dianggap melekat dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia. Oleh karena itu dalam NKRI dimungkinkan untuk dibentuk wilayah administrasi dengan beberapa model, antar lain *model fungsional*,

Model fungsional, luas wilayah administrasi tidak harus sama dengan luas teritorial daerah otonom. Wilayah administrasi dalam model ini hanya merupakan wilayah kerja pejabat instansi pusat atau vertikal di daerah, yang antara satu dengan yang lainnya terpisah. Dalam model ini tidak ada kepala wilayah administrasi.

Kedua model *perfectoral system*. Dalam model ini dapat dibentuk wilayah administrasi yang dipimpin kepala wilayah, yang merupakan wakil atau pejabat pemerintah di daerah. Luas wilayah administrasi ini sama dengan luas daerah otonom. Jika wilayah administrasi dan daerah otonom masing-masing berdiri sendiri dengan Kepala pemerintahannya masing-masing disebut dengan model *unintegrated perfectoral system*.

Jika antara wilayah administrasi dan daerah otonom masing-masing berhimpit, dan kepala pemerintahannya merupakan kepala pemerintah daerah otonom sekaligus juga kepala wilayah administrasi, sebagai pejabat pemerintah pusat di daerah, maka disebut dengan *integrated perfectoral system*. Disamping itu dapat juga dibentuk wilayah administrasi murni seperti kecamatan pada era UU 5/1974.

Oleh karena itu berdasarkan ketentuan UUD 1945 pasca amandemen tersebut di atas dapat disimpulkan jumlah atau jenis daerah otonom dibatasi hanya provinsi, kabupaten dan kota. Sedangkan jumlah atau jenis satuan pemerintahan wilayah administrasi tidak ada batasan.

Selanjutnya dalam Pasal 18 B menyatakan :

- (1) *Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang.*
- (2) *Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.*

Ketentuan Pasal 18 B ayat (1) tersebut menandakan bahwa negara Indonesia "*mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa*". Untuk memahami ketentuan harus dihubungkan dengan ketentuan Pasal 18 di atas. Oleh karena itu dapat ditafsirkan bahwa maksud dari ketentuan tersebut adalah, bahwa berdasar UU dapat diakui satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa, hanya saja satuan pemerintah tersebut berbentuk dan setingkat dengan daerah provinsi, kabupaten atau kota. Sebagai konsekwensinya maka pemerintah daerah istimewa tersebut harus memiliki DPRD juga. Sebagai contoh adalah Daerah Istimewa Yogyakarta.

Disamping itu negara juga *mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup*. Yang menjadi permasalahan adalah bagaimana bentuk pengakuan dan penghormatan tersebut.

Dalam konteks ini, desa sering dikaitkan dengan ketentuan tersebut. Desa sering dipandang sebagai kesatuan masyarakat hukum adat. Bintarto (2007: 2) memandang desa sebagai :

*"suatu hasil perwujudan antara kegiatan sekelompok manusia dengan lingkungannya. Hasil dari perpaduan itu ialah suatu ujud atau penampakan di muka bumi yang ditimbulkan oleh unsur-unsur fisiografi, sosial ekonomis, politis dan kultural yang saling berinteraksi antar unsur tersebut dan juga dalam hubungannya dengan daerah lain"*

Sedangkan Bouman mendefinisikan desa sebagai :

*Salah satu bentuk kuno dari kehidupan bersama sebanyak beberapa ribu orang, hampir semuanya saling mengenal, kebanyakan yang termasuk di dalamnya hidup dari pertanian, perikanan, dan sebagainya.....dan dalam tempat tinggal terdapat banyak ikatan-ikatan keluarga yang rapat, ketaatan tradisi dan kaidah-kaidah sosial*

Sebagai kesatuan masyarakat hukum desa dapat dikategorikan menjadi tiga : (i) tipe kesatuan masyarakat hukum berdasar teritorial, wilayah sebagai dasar utama, (ii) tipe kesatuan masyarakat hukum berdasar keturunan (suku, warga atau calon) sebagai dasar utama, (iii) tipe kesatuan masyarakat hukum berdasar campuran.

Selanjutnya Unang Sunardjo (2007:10) , menjelaskan bahwa desa, *merupakan suatu masyarakat hukum berdasarkan adat dan hukum adat yang menetap dalam suatu wilayah tertentu batas-batasnya; memiliki ikatan lahir batin yang sangat kuat, baik karena seketurunan maupun karena kepentingan politis, ekonomi, sosial dan kemandirian ; memiliki susunan pengurus yang dipilih bersama; memiliki kekayaan dalam jumlah tertentu, berhak menyelenggarakan rumah tangganya sendiri.*

Dalam pandangan Sutoro Eko Yunanto (2006: ), secara teoritis posisi desa ada tiga yaitu *Pertama, Self Governing Community*. Istilah resminya adalah kesatuan masyarakat hukum adat, yang sering disebut otonomi asli. Ada 3 (tiga) aliran: 1) aliran romantis, otonomi asli, ini sering sulit ditemukan karena semua sudah diambil oleh Negara, 2) aliran normatif, rambu-rambunya Pasal 18-b UUD 45, dan 3) aliran yang liberal, kembalikan urusan rakyat ke rakyat, negara tidak usah mengurus rakyat, negara peranannya minimal saja. Selanjutnya, bagi Sutoro Eko Yunanto, tiga aliran itu problematik, otonom asli itu sebenarnya hanya untuk urusan kemasyarakatan yang tidak ada hubungan dengan pemerintahan.

*Kedua, Local State Government*. Ini pernah diterapkan dalam masa orde baru, desa sebagai kepanjangan tangan negara, tukang mengawasi rakyat. UU 5/74, bunyinya undang-undang pokok-pokok pemerintahan di daerah, artinya pemerintahan yang punya pusat tetapi dilaksanakan di daerah. Intinya bukan penyeragaman, tetapi negara mengontrol desa/rakyat. Kelurahan kepanjangan tangan negara, dalam konteks desa ini bukan pilihan yang tepat.

*Ketiga local self government*. Pemerintahan lokal yang otonom seperti UU Nomor 22 Tahun 1999 –menurut penulis juga termasuk UU Nomor 32 Tahun 2004-,. Ibnu Tricahyo termasuk dalam kelompok yang mengkampanyekan model ini. Sebelum diuraikan kewenangan desa –atau otonomi bagi desa, terlebih dahulu dibicarakan dulu kedudukan desa.

Terkait UU Nomor 22 Tahun 1999, Sutoro Eko Yunanto mengungkapkan bahwa Ibnu Tricahyo selalu mengkritik UU Nomor 22 Tahun 1999 dengan menyatakan bahwa undang-undang ini –bagi penulis juga termasuk UU Nomor 32 Tahun 2004- mengarah ke otonomi, namun ada kekeliruan besar karena memberikan cek kosong kepada bupati untuk mengatur desa. Karena yang memberikan desentralisasi itu adalah Negara, bukan Kabupaten.

Selanjutnya menurut Sutoro Eko Yunanto, Selo Soemardjan pernah mengusulkan daerah Tingkat III, namun untuk sekarang, menurut Sutoro Eko Yunanto hal tersebut tidak relevan lagi. Pilihan tentang desa otonom perlu kajian komprehensif, tetapi tidak bisa diterapkan di seluruh desa di Indonesia.

Dari ketiga tipe posisi desa tersebut, demikian Sutoro Eko Yunanto, pilihan harus didasarkan pada dua faktor yaitu: 1) pengaruh adat, kalau masih kuat maka menjadi *self governing community*, 2) kalau pengaruh modern, maka bisa didorong ke *local self government*, ini yang siap adalah desa-desa di Jawa. Kalau pengaruh adat dan modernitas itu sama-sama kuat maka bisa dikompromikan menjadi *local self government*.

Baik adat maupun modernitas ini sama-sama kuat, pengaruhnya dapat dipilah menjadi 5 (lima) pilihan yaitu:

1. Ada adat tetapi tidak ada desa. Seperti di Papua, meskipun ada desa tetapi pemerintah desanya tidak berfungsi, justru adat ini sangat berperan, ini disarankan ke *self governing community*.
2. Tidak ada adat tetapi ada desa. Pengaruh adat sangat kecil, ini terutama di Jawa, sebagian besar Sulawesi, Kalimantan Timur dan Sumatra, ini bisa didorong menjadi desa yang lebih otonom, *local self government*.
3. Integrasi antara desa dan adat. Ini satu-satunya yang terjadi di Sumatra Barat, dimana antara adat dan modern itu digabungkan, dikompromikan, ini bisa didorong ke *local self government*.
4. Dualisme antara adat dengan desa. Masing-masing tumbuh, kedua-duanya terjadi perbedaan, ini terjadi di Bali, Kalimantan Barat, Aceh, NTT dan Maluku. Ini lebih baik pemerintah desanya dihapus saja, jadi nggak perlu ada pemerintah desa, lebih dikembangkan ke *self governing community* seperti di Papua.
5. Kelurahan. Ini sama sekali tidak ada adat, tidak ada desa.

Kewenangan desa hanya relevan terhadap desa sebagai *local self government*. Pada intinya hampir sama dengan pemerintahan daerah bahwa ada 4 kewenangan yang bisa diserahkan kepada desa dalam rangka desa sebagai desa otonom bukan desa sebagai *self governing community* yaitu:

1. Kewenangan yang generik, atau kewenangan asal-usul, mulai dari pemerintah sampai dengan mengelola tanah, SDA dan seterusnya, termasuk kewenangan di bidang yudikatif.
2. Kewenangan yang sifatnya devolutif. Kewenangan yang melekat yang harus ada pada desa karena desa sebagai daerah yang otonom, misalnya kewenangan membentuk susunan organisasi pemerintahan desa, pencalonan, pemilihan, penetapan kepala desa, termasuk menyusun SOT (Susunan Organisasi dan Tugas).
3. Kewenangan yang distribusi. Kalau dalam UU 32/2004 adalah kewenangan yang dibagi, di PMD sudah ada daftarnya, dan di Solok itu sudah ada 105 kewenangan.
4. Menolak tugas pembantuan apabila tidak disertai pembiayaan.



Dengan mendasarkan ketentuan Pasal 18 dan 18 B UUD 1945 pasca amandemen tersebut terdapat beberapa kemungkinan, *pertama*, desa dengan mendasarkan Pasal 18B ayat (2) dijadikan sebagai *local self governing community*. Hal ini sama dengan cara pandang negara-negara eropa yang memandang *commune* atau Inggris yang memandang *parish* sebagai sebagai organisasi komunitas lokal (Sutoro Eko, 2007: 3).

Konsekwensi pandangan tersebut desa harus dilepaskan dari birokrasi negara atau sistem pemerintahan nasional. Sejalan dengan hal tersebut adalah pandangan Jimly Asshiddiqie (2007:223) terhadap ketentuan yang mengatur desa dalam UU Nomor 22 Tahun 1999, yang menyatakan :

*“...Dalam UU No.22 Tahun 1999 tersebut, yang dapat dianggap sebagai wilayah daya jangkau kekuasaan negara (state) hanya sampai di tingkat kecamatan. Secara akademis, organ yang berada di bawah struktur organisasi kecamatan dapat dianggap sebagai organ masyarakat, dan masyarakat desa dapat disebut sebagai self governing communities yang otonom sifatnya. Oleh karena itu, susunan organisasi desa dapat diatur sendiri berdasarkan norma norma hukum adat yang hidup dan berkembang dalam kesadaran hukum dan kesadaran politik masyarakat desa itu sendiri”*

Selanjutnya menurut Jimly Asshiddiqie (2000: ), bahwa secara ideal, wilayah kekuasaan pemerintahan negara tidak dapat menjangkau atau turut campur dalam urusan pemerintahan desa. Masyarakat desa harus dibiarkan mengatur sendiri tata pemerintahan desa mereka serta mengatur peri kehidupan bersama mereka di desa sesuai dengan kebutuhan setempat. Tidak perlu diadakan penyeragaman pengaturan untuk seluruh wilayah nusantara seperti yang dipraktekkan selama ini. Prinsip '*self governing community*' ini sejalan pula dengan perkembangan pemikiran modern dalam hubungan antara '*state and civil society*' yang telah dikembangkan dalam gagasan masyarakat madani.

Cara yang *kedua* desa dipandang sebagai sebagai desa administratif seperti kelurahan di perkotaan. Konsekwensi pandangan ini akan menghilangkan model-model pemerintahan yang mendasarkan pada hukum adat untuk disesuaikan dengan birokrasi modern.

Sedangkan bentuk desa otonom menurut UUD 1945 pasca amandemen tidak dimungkinkan. Karena dua hal, *pertama* berdasarkan Pasal 18 ayat (1), sudah dijelaskan bahwa daerah otonom hanya terdiri dari provinsi, kabupaten atau kota. Oleh karena itu – alasan *kedua*, maka untuk memberikan status otonom bagi desa, desa harus berkedudukan sederajat dengan Provinsi – contoh Provinsi DIY dengan status otonom dengan hak istimewa berdasar asal usul atau *hak autochtoon*, atau sederajat dengan Kabupaten. Hal ini secara konstitusional tidak mungkin.

Berbeda dengan ketentuan Pasal 18 UUD 1945 asli – sebelum amandemen, yang menyatakan, "*Pembagian daerah Indonesia atas daerah besar dan kecil, dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang, dengan memandang dan mengingat dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara , dan hak asal-usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa*". Dalam rumusan konstitusional ini memungkinkan membentuk desa otonom. Dengan kata lain memungkinkan desa sebagai daerah otonom.

Negara yang menempatkan desa sebagai desa otonom adalah Filipina. Filipina menempatkan *barangay* sebagai *local self government*.

Dengan tidak disebutkannya jenis atau tingkatan daerah otonom secara jelas dalam Pasal 18 UUD 1945 sebelum diamandemen tersebut, maka terbuka peluang untuk mengatur dalam undang-undang tentang kedudukan desa sebagai daerah otonom. Akan tetapi berbeda dengan ketentuan Pasal 18 UUD 1945 setelah diamandemen, yang tidak memungkinkan membentuk desa sebagai daerah otonom.

Oleh karena itu jika ingin menempatkan desa dalam konstelasi pemerintahan lokal dalam lingkup di lingkungan NKRI sebagai daerah otonom atau desa otonom dalam pengertian desa sebagai *local self government* bukan desa sebagai *local self governing community*, terlebih dahulu harus diamandemen ketentuan Pasal 18 ayat (1) tersebut. Sedangkan desa sebagai *local self governing community*, mempunyai otonomi asli atau otonomi kebudayaan saja.

Namun menurut Riswanda Imawan (2001: 10) ada beberapa hal yang harus diperhatikan dan dipertimbangkan jika ingin menurunkan prinsip otonomi sebagaimana otonomi yang dimiliki daerah otonom ke desa. Menurutnya ada empat hal yang harus diwaspadai yaitu sebagai berikut yaitu.

*Pertama*, potensi konflik yang berdasarkan etnisitas. Salah satu kesalahan memandang desa adalah mengasumsikan penduduk desa homogen. Temuan-temuan para sosiolog maupun antropolog justru mengindikasikan adanya keragaman etnis pada tingkat desa. Dengan kata lain, desa merupakan entitas yang heterogen, bukan homogen. Di daerah Sumatera Barat misalnya, satu desa dihuni lebih dari dua etnis, sekalipun salah satunya mendominasi kehidupan disana. Bila otonomi (dan demokratisasi) diterapkan seperti yang dikenal pada tataran daerah (atau bahkan nasional), bukan mustahil konflik horizontal merebak ditingkat desa.

*Kedua*, sumber daya manusia yang tersedia di desa, bukan sekedar diragukan kualitasnya, namun jumlah mereka juga semakin menurun. Ini merupakan akibat logis dari mobilisasi sosial yang merupakan produk dari modernisasi. Warga desa yang terdidik, karena berbagai macam alasan, bekerja di daerah urban. Fasilitas untuk bekerja yang minim, yang tidak sesuai dengan pendidikan yang ditempuh, upah yang tidak menarik terutama bila dikaitkan dengan biaya yang dikeluarkan selama masa pendidikan, membuat warga desa yang terdidik tersedot ke lapangan kerja yang ada di daerah urban. Kondisi seperti ini jelas akan sangat menyulitkan bagi desa untuk berotonomi.

*Ketiga*, adanya kecenderungan untuk memaksimalkan hak dibawah payung kewenangan yang dikenal dalam konsep otonomi. Sebagaimana dalam UU Nomor 22 Tahun 1999 dan -menurut penulis juga termasuk UU Nomor 32 Tahun 2004-, menekankan kewenangan. Kewenangan-kewenangan itu bisa diwujudkan kedalam ribuan hak. Semangat untuk mandiri, bisa memicu desa untuk mewujudkan kewenangan itu kedalam serangkaian hak yang - bila tidak terkontrol - justru kontra produktif terhadap upaya mewujudkan tujuan pemerintahan. Demi meningkatkan keuangan desa misalnya, pemerintah desa melakukan ekspansi sumber-sumber pajak. Sangat mungkin ekspansi semacam ini justru menyulitkan kehidupan rakyat, yang akhirnya dapat bermuara pada enggannya masyarakat berpartisipasi dalam pemerintahan.

*Keempat*, kenyataan yang belum pudar bahwa desa tetap diposisikan (atau diimajinasikan) sebagai basis pembangunan dan tujuan dari pembangunan yang selama Republik Indonesia terbentuk dirancang oleh pemerintah pusat. Posisi ini menyebabkan desa memiliki demikian banyak "bos" dengan kepentingan yang berbeda. Tragisnya "para bos" menggunakan desa sebagai alasan pembenar untuk meminta sumbangan, atau memperbesar "tagihan" ke pemerintah pusat seperti dalam kasus dana-dana Inpres, sekalipun bantuan itu tidak pernah sampai atau sekalipun sampai ke tangan masyarakat desa jumlahnya sudah jauh berkurang. Otonomi desa menghilang. Masyarakat desa yang secara historis terbentuk secara independen, yang menjadi cikal-bakal terbentuknya masyarakat yang lebih besar lagi mulai dari kecamatan, kabupaten, propinsi, bahkan negara, lambat laun kehilangan independensinya, kehilangan otonominya. Desa menjadi obyek pengaturan melalui unifikasi peraturan yang ditetapkan atas nama konsep negara kesatuan.

Sebagaimana telah dipaparkan di muka tampak bahwa terkait dengan posisi desa dalam ketatanegaraan Indonesia masih dalam proses pencarian bentuk yang sesuai dengan kondisi yang ada. Mulai dengan IGO dan IGOB, yang berdasarkan ketentuan peralihan terus berlaku –secara faktual bukan yuridis, karena secara yuridis sampai dengan terbitnya UU 5/1979 sudah dicabut UU Desapraja- sampai saat ini, di bawah UU 32 Tahun 2004 tampak jelas pencarian bentuk itu.

Berikut ini merupakan ringkasan wacana-wacana beserta pendukungnya yang terkait dengan kedudukan desa sepanjang sejarah perkembangan pemerintahan desa di Indonesia sampai saat ini yang dihimpun Sutoro Eko dan AA GN Ari Dwipayana (2007: 4-5) sebagai berikut :

**Wacana Status Desa**  
**Dalam Susunan Negara Indonesia**

	<b>Desa Adat (<i>self governing community</i>)</b>	<b>Desa otonom (<i>self local government</i>)</b>	<b>Desa administratif (<i>local state government</i>)</b>
Bentuk	Desa adat atau sekedar organisasi komunitas yang mempunyai pemerintahan sendiri. Punya otonomi asli	Desa otonom atau sering disebut daerah otonom tingkat III	Desa administratif atau semacam unit birikrasi sebagai kepanjangan tangan "negara" di tingkat lokal
Status	Sebagai organisasi komunitas yang terlepas (di luar) struktur birokrasi negara	Sebagai unit pemerintahan lokal otonom yang berada dalam subsistem pemerintahan NKRI	Sebagai satuan kerja perangkat pemerintah daerah
Azas	Recognisi atau pengakuan	Desentralisasi (penyerahan)	Delegasi (dekonsentrasi) atau tugas pembantuan

Contoh	Desa adat di Bali	Desapraja atau Desa Swapraja	Kelurahan
Pendukung	M. Ryas Rasyid, Robert Lawang	M. Hatta, Soetardjo Kartohadikoesoemo, Selo soemardjan, Mochtar Naim, Sadu Wasistiono (IPDN), Khasan Effendi (IPDN), Ibnu Tricahyo (Unibraw), Yando Zakaria (NGO)	Pemerintah Orba
Desain institusional	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Desa mempunyai wewenang asal usul</li> <li>• Desa mengelola urusan yang berskala lokal</li> <li>• Mempunyai susunan asli</li> <li>• Mempunyai institusi demokrasi komunitarian (musyawarah)</li> <li>• Pemerintah memberikan bantuan keuangan</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Status desa seperti daerah otonom</li> <li>• Pemerintah memberikan desentralisasi (penyerahan) urusan-urusan yang menjadi kewenangan desa.</li> <li>• Mempunyai institusi politik demokrasi modern (elektoral dan perwakilan)</li> <li>• Pemerintah wajib mengalokasikan anggaran untuk pembiayaan pelaksanaan kewenangan atau urusan</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Desa menjalankan tugas-tugas administratif atau pelayanan yang ditugaskan pemerintah</li> <li>• Tidak mempunyai institusi demokrasi dan otonomi</li> <li>• Menerima dana belanja aparatur dari pemerintah</li> </ul>

### Kelebihan dan Kekurangan

#### Otonomi asli dan pemberian (desentralisasi)

	Otonomi "asli" Desa	Desa Otonom
Keunggulan	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sesuai dengan konteks sejarah desa yang mempunyai asal usul jauh sebelum lahir NKRI</li> <li>• Relevan dengan konsep penghormatan dan pengakuan</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kedudukannya lebih mudah, simple dan kongruen dengan pemerintahan daerah</li> <li>• Memperjelas pembagian urusan dari pemerintah kepada desa</li> </ul>

	<p>dalam konstitusi</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Relevan dengan keragaman desa-desa di Indonesia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Memungkinkan terjadinya penyebaran sumber daya pada rakyat di level grass root (desa)</li> <li>• Mengakhiri dualisme atau benturan antara modernisme vs tradisionalisme atau antara desa dinas/administratif dan desa adat</li> <li>• Desa menjadi lebih modern dan dinamis</li> </ul>
Kelemahan	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mengalami kerumitan/kesulitan dalam mendesain kelembagaan pengakuan (apa yang diakui, siapa yang mengakui, dan bagaimana mengakui)</li> <li>• Rumit atau sulit merumuskan format keragaman lokal</li> <li>• Lokal cenderung “prasmanan” dalam mengatur dan mengurus desa.</li> <li>• Pemerintah sulit menentukan standar nasional dalam pengaturan dan pelayanan publik pada masyarakat desa.</li> <li>• Bahkan sulit membangun kesatuan dalam keragaman. Yang menonjol adalah keragaman dalam kesatuan</li> <li>• Desa terus terjebak dalam tradisionalisme-romantisme dan sulit berkembang secara dinamis</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Konstitusi tidak secara eksplisit memberikan desentralisasi pada desa</li> <li>• Menambah beban dan cakupan desentralisasi dan otonomi daerah</li> <li>• Cenderung tunggal, jika tidak dikatakan seragam</li> <li>• Membutuhkan proses adaptasi dan transisi lebih panjang</li> <li>• Membutuhkan proses lebih panjang dalam meyakinkan masyarakat adat</li> <li>• Risikonya pemerintah harus mengalokasikan dana yang lebih besar kepada desa. Dan biasanya hal ini dianggap sebagai beban berat.</li> </ul>

#### DAFTAR PUSTAKA

- FAM Stroink, 2006. *Pemahaman tentang Dekonsentrasi*, Judul asli: *Deconcentratie*, terjemahan : Ateng Syafrudin, Refika Aditama, Bandung,
- Jimly Assiddiqie, 2000. *Otonomi Daerah dan Parlemen Daerah*, makalah yang disampaikan dalam “Lokakarya tentang Peraturan Daerah dan Budget Bagi Anggota DPRD se-Propinsi (baru) Banten” yang diselenggarakan oleh Institute for the Advancement of Strategies and Sciences (IASS), di Anyer,Banten, 2 Oktober
- Josep Riwu Kaho 1997. *Prospek Otonomi Daerah di Negara Republik Indonesia: identifikasi beberapa faktor yang mempengaruhi penyelenggaraannya*, Raja Grafindo Persada, Jakarta,

Riswanda Imawan, 2001, *Catatan Kritis Pelaksanaan Otonomi di Tingkat Desa di Bali*, Disiapkan untuk Seminar dan Loka Karya Mengkaji dan Menemukan Format Penyelenggaraan Pemerintahan Desa di Bali Dalam Rangka Otonomi Daerah, Universitas Warmadewa, Denpasar, 15 Februari ;

Sadu Wasistiono dan M. Irwan Tahir, 2007. *Prospek Pengembangan Desa*, Fokus Media, Bandung.

Sutoro Eko Yunanto, 2006. *Mempertegas Posisi Politik dan Kewenangan Desa*, presentasi 3 Juli

Sutoro Eko dan AA GN Ari Dwipayana, tt, *Mencari Format Otonomi Desa*, Bahan bacaan konsultasi publik RUU Desa, kerjasama antara IRE Yogyakarta, Ditjend PMD Depdagri, dan DRSP-USAID,

## Hak Konstitusional Rakyat atas Sumber Daya Air (Perlindungan Hukum Kearifan Lokal dalam Kelembagaan Himpunan Petani Pemakai Air (Hippa) di Provinsi Jawa Timur)

Jati Nugroho

### Pendahuluan

Sumber daya air sebagai karunia Tuhan harus memberikan manfaat mewujudkan kesejahteraan rakyat yang diamanatkan konstitusi dalam alinea ke-empat Pembukaan UUD 1945. Melalui Batang Tubuh Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 pada prinsipnya bahwa bumi, air dan kekayaan alam secara **filosofis** harus diabdikan untuk kemakmuran rakyat secara berkeadilan. Dalam konteks negara kesatuan dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, menuntut kewajiban pemerintah daerah mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat dan berbagai hak tradisionalnya.

Secara **juridis**, terjadi ketidakhormonisan hukum sebab Pasal 2 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1960 (UUPA) yang memberi kewenangan negara mengatur diamanatkan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, demikian pula Pasal 4 Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan jo. Pasal 1 huruf (h) PP Nomor 32 Tahun 1982 tentang Irigasi yang jelas menyebut hanya *subak*<sup>3</sup> sebagai satu-satunya kelembagaan pengelola air irigasi.

Dalam perkembangannya saat ini kelembagaan pengelolaan air irigasi melalui Pasal 41 ayat (3) UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (pengganti UU No. 11 Tahun 1974) bahwa pengaturan hak guna air yang tidak berorientasi keuntungan (*non profit oriented*) mengedepankan kemakmuran rakyat menjadi hak dan tanggung jawab perkumpulan petani pemakai air. Perkumpulan atau kelembagaan irigasi yang mensyaratkan dibentuk secara demokratis termasuk lembaga lokal memperhatikan kekhasan kelembagaan seperti: *Subak* di Bali, *Tuo Banda* di Sumatera Barat, *Dharma Tirta* di Jawa Tengah, dan *Mitra Cai* di Jawa Barat (Pasal 1 angka 21 PP Nomor 20 Tahun 2006 tentang Irigasi), dan *raja bandar*, *jogotirto*, *pekaseh* dan *ulu-ulu* (Penjelasan Pasal 1 angka (15) PP Nomor 77 Tahun 2001), dalam hukum negara tersebut mensyaratkan kelembagaan tersebut harus berbadan hukum dan membayar iuran pelayanan irigasi.

Dengan mencermati ketentuan Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 dan Pasal 41 ayat (3) UU Nomor 7 Tahun 2004 secara nyata tidak dilaksanakan secara konsekuen oleh PP Nomor 20 Tahun 2006 yang mengakui adanya pluralisme hukum sebab kelembagaan pengelola air irigasi pengakuan semu dengan syarat-syarat menurut ketentuan hukum negara. Akibatnya kelembagaan pengelola irigasi di Jawa Timur diatur dalam Perda Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 oleh kelembagaan Himpunan Petani Pemakai Air (HIPPA) sebagai pengambil keputusan dan pelaku utama mengandung kekaburan hukum (*vage normen*) karena hanya memperhatikan atau mengakui kelembagaan lokal atau kearifan lokal.<sup>4</sup> Secara **sosiologis** konflik hukum pengelolaan air irigasi, maka eksistensi kearifan lokal (*local wisdom*) melalui peran *ulu-ulu* masih ada dan menjadi pilihan masyarakat petani yang terabaikan perlindungannya.

## Hak Konstitusional Rakyat atas Sumber Daya Air

Sumber daya air merupakan karunia Tuhan Yang Maha Esa yang memberikan manfaat untuk mewujudkan kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia dalam dan stabilitas ekosistem merupakan salah satu hak asasi yang sangat penting yaitu hak hidup dan memperoleh kesejahteraan rakyat. Menurut konstitusi dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (selanjutnya disebut UUD NRI 1945) disebutkan bahwa:

“... pemerintah Negara Indonesia dibentuk untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan keadilan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.”

Hal tersebut mengandung makna bahwa dalam rangka mewujudkan kesejahteraan sosial maka Negara memiliki kewenangan sebagai bentuk hak menguasai negara atas sumber daya agraria untuk melakukan berbagai pengaturan berkenaan kehidupan bangsa dalam menegakkan prinsip-prinsip yang diakui dalam kehidupan bangsa termasuk pengaturan sumber daya air. Secara filsafati makna kesejahteraan rakyat harus menjadi dasar bagi pemerintah dalam membuat kebijakan dalam pengelolaan air irigasi yang menyerahkan pengelolaan sepenuhnya pada masyarakat petani bukan organisasi yang sengaja dibentuk pemerintah dengan pengabaian kearifan lokal.

Pelaksanaan ketentuan di atas diatur dalam Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 (UUD 1945) bahwa “*Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat*”. Hal ini mengandung arti secara **filosofis** bahwa bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara harus diabdikan untuk kemakmuran rakyat dengan berkeadilan. Prinsip pengelolaan sumber daya air menurut Pasal 18B ayat (2) UUD NRI 1945, maka ada kewajiban pemerintah daerah mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat (*adat rechtsgemeenschap*) dan berbagai hak tradisionalnya (*constitutional respect and recognition*).<sup>5</sup>

Implementasi prinsip hak menguasai negara sesuai amanah konstitusi secara **yuridis** dinyatakan dalam Pasal 2 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (selanjutnya disebut UUPA) yang memberi kewenangan negara untuk mengatur peruntukan, penyediaan dan penggunaan atas bumi, air dan ruang angkasa (wewenang regulasi). Hak guna air dalam UUPA selanjutnya juga diatur dalam UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air bahwa prinsip negara dalam pengaturan hak guna air terdiri atas hak guna usaha air yang berorientasi pada keuntungan (*profit oriented*) dan hak guna pakai air tidak berorientasi keuntungan (*non profit oriented*) dengan regulasi yang mengedepankan kemakmuran rakyat.

Ketentuan Pasal 41 ayat (3) UU No. 7 Tahun 2004 pada prinsipnya berkaitan hak guna pakai air bagi pertanian rakyat yang berada dalam kelembagaan sistem irigasi melalui pengembangan sistem irigasi tersier menjadi hak dan tanggung jawab perkumpulan petani pemakai air. Makna kelembagaan perkumpulan petani pemakai air ini menurut ketentuan Pasal 1 angka 21 Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 20 Tahun 2006 tentang Irigasi (yang menggantikan PP Nomor 77 tahun 2001 tentang Irigasi), merupakan kelembagaan pengelolaan air irigasi sebagai wadah petani pemakai air yang dibentuk secara demokratis termasuk lembaga lokal pengelola irigasi.



Dengan demikian jelas bahwa peraturan perundang-undangan di atas dengan tegas mengakui keberadaan kelembagaan lokal dalam pengelolaan air irigasi. Meski demikian pengelolaan sistem irigasi menurut ketentuan Pasal 26 PP Nomor 20 Tahun 2006 mensyaratkan dilakukan secara partisipatif, terpadu, berwawasan lingkungan hidup, transparan, akuntabel, dan berkeadilan pada tingkat irigasi tersier dilakukan kelembagaan pengelolaan air irigasi melalui partisipasi masyarakat petani berupa perkumpulan petani pemakai air. Partisipasi masyarakat petani dapat dilakukan secara bertahap sesuai kemampuan kelembagaan, teknis dan pembiayaan. Kemampuan kelembagaan ini diindikasikan melalui status hukum organisasi, kemampuan manajerial, keaktifan pengurus dan jumlah anggota yang aktif, sedangkan kemampuan teknis berkaitan jumlah tenaga *ulu-ulu* sebagai sebutan untuk petugas desa untuk pengairan di Jawa Timur yang mampu membagi air secara adil dan merata serta pembiayaan menyangkut kemampuan membiayai pengelolaan air irigasi. (Hasan, 1994: 365).

Dengan mencermati bentuk partisipasi masyarakat petani yang diatur hukum negara terjadi konflik norma (*conflict of norms*) melalui kelembagaan Perkumpulan Petani Pemakai Air (P3A) yang mengakomodir kearifan lokal merupakan bentuk pengakuan semu (*pseudo recognition*) karena pengakuan negara mensyaratkan kelembagaan lokal harus berbadan hukum dan kewajiban membayar Iuran Pelayanan Irigasi (IPAIR). Dengan demikian terjadi perselingkuhan antara negara (*state*) dengan pemilik modal yang memarjinalkan masyarakat (*civil society*). Menurut Kelsen dalam *Stufentheorie* atau *hierarchy of norm* seharusnya norma-norma hukum yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi. (Kelsen dalam Hamidi, 2006: 15). Dengan demikian terjadi inkonsistensi hukum secara vertikal dalam pengelolaan irigasi karena P3A (merupakan organisasi pengelola air irigasi yang dibentuk oleh pemerintah (*top-down approach*) sebagai ganti organisasi pengelola air irigasi tradisional. Ketentuan Pasal 18 B ayat (2) UUD NRI 1945 dengan Pasal 41 ayat (3) UU No. 7 Tahun 2004 tidak dilaksanakan secara konsekuen oleh PP Nomor 20 Tahun 2006 yang mengakui adanya pluralisme hukum pengelolaan air irigasi secara semu.

Akibatnya peraturan pelaksana berkaitan dengan kelembagaan pengelolaan air irigasi mengakui kelembagaan lokal secara semu tidak mencerminkan prinsip keadilan dinyatakan dalam Pasal 1 ayat (4) Keputusan Menteri Dalam Negeri Nomor 50 Tahun 2001 tentang Pedoman Pemberdayaan Perkumpulan Petani Pemakai Air dan Pasal 1 ayat (5) Keputusan Menteri Dalam Negeri Nomor 22 Tahun 2003 sama-sama menyatakan bahwa perkumpulan petani pemakai air (P3A) sebagai wadah petani dalam pelayanan air irigasi tingkat tersier dibentuk oleh petani secara demokratis termasuk kelembagaan lokal pengelola air irigasi. Hal tersebut nampak persyaratan berbadan hukum dan petani wajib membayar Iuran Pelayanan Irigasi (IPAIR), konsep P3A cenderung tidak menghormati organisasi lokal yang ada sehingga harus diganti dengan struktur organisasi yang modern dan permanen sesuai inisiatif pemerintah yang diatur dalam hukum negara.

Akibat dari semua itu muncul kebijakan pada tingkat daerah, kelembagaan pengelola air irigasi khusus di Jawa Timur diatur dalam Peraturan Daerah Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 (menggantikan Perda Provinsi Jawa Timur No. 15 Tahun 1986) masih mengacu UU No. 11 Tahun 1974 dilaksanakan melalui Himpunan Petani Pemakai Air (HIPPA). Ketentuan Pasal 1 angka 9 jo. Pasal 4 ayat (1) dinyatakan bahwa HIPPA sebagai pengelola air irigasi sebagai wadah petani pemakai air dibentuk secara demokratis sebagai pengambil keputusan dan pelaku utama dalam pengelolaan air irigasi yang menjadi

tanggung jawabnya. Demikian pula ketentuan Pasal 3 Keputusan Gubernur Jawa Timur Nomor 77 Tahun 1995 tentang Pembentukan dan Pembinaan HIPPA Provinsi Jawa Timur dinyatakan bahwa HIPPA sebagai organisasi bersifat sosial bertujuan meningkatkan kesejahteraan anggotanya dengan memperhatikan kepengurusan air tradisional yang telah ada. Dengan demikian pemaknaan wadah yang dibentuk demokratis menurut Perda Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 mengandung kekaburan hukum (*vague normen*) artinya norma tidak jelas atau kabur hanya sekedar memperhatikan atau pada tahap mengakui kelembagaan lokal dalam pengelolaan air irigasi dalam Peraturan Daerah Provinsi Jawa Timur.

Bahkan yang lebih dari hal di atas juga terjadi konflik norma (*conflict of norms*) yaitu terjadi inkonsistensi antara Perda Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 dan Keputusan Gubernur Jawa Timur Nomor 77 Tahun 1995 yang hingga saat ini masih berlaku bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang mengatur irigasi lebih tinggi (*conflict of norms*) termasuk dengan konstitusi berkaitan hak konstitusional rakyat atas sumber daya air yang diatur dalam Pasal 33 ayat (3) dan Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 yang tetap mengakomodasi dengan cara memperhatikan dan mengakui kelembagaan lokal.

Politik hukum tentang Hak Menguasai Negara (HMN) dalam pengelolaan sumber daya air mengingkari nilai keadilan sosial sesuai amanat Pasal 33 UUD 1945 bila makna HMN adalah negara sebagai *provider* (penyedia) dan sekaligus *regulator* atas pengelolaan sumber daya air. Hal itu terjadi karena negara tidak menempatkan hak atas air sebagai hak asasi manusia akibatnya negara sebagai *provider* menjadi negara sebagai *regulator* dengan melepaskan tanggung jawabnya untuk menciptakan keadilan sosial khususnya dalam bidang pengelolaan sumber daya air (Suteki, 2010: 299).

Sebagai salah satu bagian dari hak asasi manusia, menurut Martino Sardi bahwa terlaksananya hak hidup dan memperoleh kesejahteraannya dengan mendapat jaminan haknya atas kesejahteraan hidupnya melalui Undang-Undang Dasar Tahun 1945 yang dirumuskan dalam Pasal 33 ayat (3). Pemenuhan hak rakyat atas air sebagai jaminan perlindungan terhadap kesejahteraan rakyat telah diatur pula dalam *International Covenant on Economic, Social and Cultural Right*, yaitu air adalah hak asasi manusia dan negara memiliki kewajiban untuk menghargai, melindungi, dan memenuhi kebutuhan rakyatnya sesuai yang dimatangkan konstitusi. (<http://jundi-and-law.blogspot.com/2011/09>).

Pilihan hukum yang dilakukan pemerintah tidak lepas dari pemaknaan mengakomodir kearifan lokal masyarakat petani dilakukan pemerintah nampak dengan menstrukturkan yang menjadi bagian kelembagaan HIPPA dianggap sebagai bentuk menghormati pluralisme hukum bukan sebagai sistem berdiri sendiri. Di samping itu konteks hukum adat dianggap mengalami krisis yang berkonotasi bahwa hukum adat *stagnant (mandeg)*.

### **Perlindungan Hukum Kearifan Lokal dalam kelembagaan Irigasi**

Seperti yang diuraikan di atas, hak rakyat untuk memperoleh sumber daya air khususnya air irigasi bertujuan memperoleh kesejahteraan hidupnya sebagaimana diamanatkan oleh konstitusi, belum terpenuhi secara maksimal karena kearifan lokal tidak diakomodasi oleh HIPPA di Jawa Timur. Akibatnya Peraturan Daerah (Perda) secara umum di Jawa Timur dan secara khusus misalnya Kabupaten Lumajang melalui Peraturan Daerah Nomor 10 Tahun 1997 tentang Pembentukan dan Pembinaan HIPPA di Kabupaten Lumajang mengadopsi ketentuan dalam Perda Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 dan Keputusan Gubernur Jawa Timur Nomor 77 Tahun 1995, yang mewajibkan pembentukan HIPPA harus memenuhi syarat: 1) dibentuk oleh dan untuk petani pemakai air (pemilik, penggarap, penyakap kolam ikan atau tambak atau badan usaha yang mendapat pelayanan irigasi, 2) memiliki Anggaran Dasar dan Anggaran Rumah Tangga (AD/ART), 3) berstatus badan hukum, dan 4) ditetapkan dengan Keputusan Bupati.

Dengan demikian keberadaan *ulu-ulu* yang merupakan manifestasi kelembagaan lokal yang sudah berjalan turun-temurun diintervensi hukum negara terutama peraturan perundang-undangan yang mengatur air irigasi di tingkat Provinsi Jawa Timur dan Kabupaten Lumajang pada hakekatnya merupakan pengabaian pluralisme hukum. Politik hukum masa Orde Baru mensyaratkan menghormati adat kebiasaan masyarakat hanya *Subak* sebagai satu-satunya kelembagaan pengelola air irigasi.

Dengan demikian, hingga saat ini karakteristik dan substansi produk hukum P3A merupakan bentuk politik hukum oleh negara yang menghendaki hukum negara diberlakukan secara seragam (*legal uniformity*) dan unifikasi hukum dalam pengelolaan air irigasi artinya kelembagaan lokal atau kearifan lokal tidak diberi ruang hidup di wilayah negara Indonesia (Nurjaya, 2008: 39). Akibatnya, perlindungan hukum melalui keberadaan dan peran kelembagaan lokal tersebut semakin mantap dengan adanya dukungan dari pemerintah yang mengarahkan agar lembaga-lembaga lokal tersebut dibina menjadi suatu organisasi yang disebut P3A. Ironisnya perkembangan pembentukan P3A terjebak kepada pendekatan keproyekan daripada peningkatan efektifitas dan keberlanjutan kelembagaan tersebut dalam pengelolaan irigasi yang menjauhkan diri dari hakekat memberi perlindungan hukum bagi kearifan lokal.

Hal di atas tentunya bertentangan dengan produk hukum masa Orde Reformasi yang telah menggunakan hukum responsif melalui UU No. 7 Tahun 2004 di atas ternyata pada tataran politik hukum secara mikro tidak dibarengi dan terjadi inkonsistensi dengan peraturan pelaksanaan yang merespon kebutuhan masyarakat hingga sekarang. Keberadaan kearifan lokal (*ulu-ulu*) semakin termarginalkan dengan keberadaan pemerintah daerah menggunakan penyeragaman untuk pengelola air irigasi melalui P3A yang di Jawa Timur dilakukan HIPPA tanpa mengakomodir kelembagaan lokal.

Model pengakuan pemerintah daerah terhadap konsep pengakomodasian kearifan lokal saat ini dikatakan bukan pengakuan riil nampak pada kepengurusan HIPPA untuk sistem irigasi tersier.<sup>6</sup> Sistem ini tanpa mencermati pelaksanaan riil dalam pengelolaan air irigasi jelas membuat terabaikannya eksistensi kearifan lokal. Dengan demikian pengakuan dan penghargaan terhadap pluralisme hukum masih sebatas sebagai "*weak pluralism*". Hukum pengelolaan irigasi nasional dipandang sebagai *superior*, sementara hukum pengelolaan irigasi lokal tradisional berada di bawah hirarki hukum pengelolaan irigasi nasional. (Moore, 1986: 26).

### **Realitas Hukum: Kearifan Lokal sebagai Pilihan Pengelolaan Air Irigasi**

Secara **sosiologis**, fakta konflik hukum dalam interaksi antara hukum negara melalui peran yang dijalankan kelembagaan HIPPA dan kearifan lokal melalui peran *ulu-ulu/tuwawa* dalam pengelolaan air irigasi di Kabupaten Lumajang terjadi karena HIPPA sebagai satu-satunya lembaga pengelola air irigasi mendapat perlawanan/resistensi masyarakat petani terutama para anggota HIPPA yaitu *pembanyon*. Hal itu tidak lepas dari makna konsep hukum sebagai manifestasi makna-makna simbolik para pelaku sebagaimana tampak dalam interaksi antar mereka.

Pada hakekatnya saat airnya mencukupi, distribusi air kepada para anggotanya umumnya dilakukan dengan membiarkan air mengalir secara terus-menerus ke masing-masing bangunan bagi sepanjang tahun, baik yang ada pada saluran primer, sekunder maupun tersier. Petani atau sekelompok petani yang tidak membutuhkan air dapat menutup ambang pembagian airnya masing-masing. Akan tetapi pada kebanyakan pengairan di Lumajang yang berada di sekitar Gunung Semeru, terutama pada musim kemarau ada permasalahan air irigasi menyangkut: 1) air pada umumnya kurang mencukupi (defisit) untuk mengairi areal tanah pertanian akibat berkurangnya sumber mata air berdasarkan data dari Dinas Perkerjaan Umum Kabupaten Lumajang tahun 2011 sekarang tinggal 400-an dari 700-an sumber mata air yang ada dan adanya perusahaan air kemasan (dalam hal ini Aqnu dan Starnum) termasuk Perusahaan Daerah Air Minum (PDAM) dan isi ulang, 2) persaingan dan perebutan air antara daerah hulu dan hilir atau konflik antara berbagai sektor seperti petani tembakau, Pabrik Gula Jatiroto dan perusahaan yang ada di Kabupaten Lumajang. Dalam kondisi keterbatasan air, maka pelaksanaan distribusi air dilakukan secara bergilir yang membutuhkan orang yang ahli mengelola air irigasi dalam wadah organisasi yang bernama HIPPA.

Dengan mengkaji komponen bekerjanya hukum yaitu struktur, substansi dan kultur dalam konteks pluralisme hukum saling berinteraksi dalam suatu bidang kehidupan sosial (*social field*) antara kelembagaan HIPPA dan kearifan lokal. Kultur hukum menjadi bagian dari kekuatan sosial yang menentukan efektif atau tidaknya hukum dalam kehidupan masyarakat, kultur hukum menjadi motor penggerak dan memberi masukan-masukan kepada struktur dan substansi hukum dalam memperkuat sistem hukum.

Kekuatan sosial yang dilakukan kearifan lokal dalam kelembagaan pengelola air irigasi secara terus-menerus mempengaruhi kinerja sistem hukum, yang kadangkala dapat merusak, memperbaharui, memperkuat, atau memilih lebih menampilkan segi-segi tertentu yang menjadi pilihan hukumnya. Parameternya jelas yaitu realitas keberadaan kearifan lokal dalam pengelolaan air irigasi apakah mampu mencerminkan nilai keadilan, sikap, tindakan dan harapan dalam masyarakat sehingga budaya hukum yang tumbuh dan berkembang mampu menata ulang norma yang diatur dalam Peraturan Daerah Provinsi Jawa Timur No. 6 Tahun 2003 dan Perda No. 10 Tahun 2007 Kabupaten Lumajang agar seiring dan sejalan dengan UU No. 7 Tahun 2004.

Konflik pengelolaan air irigasi yang dikelola HIPPA antar petani pada saat ini terjadi, hal itu karena jauh sebelum HIPPA terbentuk, masyarakat sudah mengenal sistem pengelolaan air irigasi dari turun-temurun dari pendahulunya melalui peran *ulu-ulu/tuwawa* (ada yang menyebut dengan istilah lain yaitu *jogotirto*) bersama para *pembanyon* yaitu orang yang mengairi sawah yang menjadi garapannya. Kecenderungan pilihan hukum bila terjadi konflik antara HIPPA sebagai manifestasi hukum negara dan

*tuwawa* maka pengurus HIPPA menggunakan cara penyelesaian sengketa dengan cara membiarkan saja (*lumping it*) ataupun penghindaran (*avoidance*) dianggap bentuk perlindungan hukum masyarakat petani. Dengan demikian intervensi hukum negara dalam mengatur kelembagaan pengelolaan air irigasi melalui HIPPA justru membuat kurang efektif ketika berhadapan dengan kearifan lokal. Akibatnya pembagian air menjadi tanggung jawab penuh ulu-ulu dan hak mendapatkan *bekasak*/upah setiap panen dari seharusnya 1 *blek*<sup>7</sup> per hektar kepada pengurus HIPPA dan 2 *blek* per hektar bagi *ulu-ulu* sekarang semua menjadi hak *ulu-ulu*.

Hal tersebut karena pilihan masyarakat petani memilih kearifan lokal daripada HIPPA sebagai pilihan hukum berdasarkan pertimbangan beragam hukum (*plurality of law*) yang dipandang dapat dijadikan kendaraan untuk menyelesaikan kasus sengketa dimaksud dipilih memiliki makna semakin mendalam ketika di pihak satu mengusung tatanan lokal yang mengedepankan tatanan kultural (*local-legal behavior*) dan di pihak lain mengusung tatanan nasional (*state law*) yang mengedepankan tatanan struktural (*state-legal behavior*). Dengan pilihan masyarakat petani yang mengambil sikap mempertahankan (*resistance*) dengan cara mengusung hukum lokal dan kearifan lokal dapat dipandang sebagai harapan agen pertahanan tatanan lokal yang mempertahankan paham komunalisme dan sosialisme.

Di samping memiliki tatanan sosial sendiri dalam pengelolaan air irigasi melalui peran kearifan lokal yaitu *ulu-ulu* yang turun-temurun<sup>8</sup> masyarakat petani di daerah budaya *pandalungan* misalnya juga merupakan wujud pertarungan identitas yang merupakan gabungan dari hubungan yang kompleks, baik dengan alam, relasi sosial internal maupun hubungan dengan pihak luar. Sehingga, hukum dalam masyarakat adat, tidak akan terpisah atau merupakan wujud relasi yang kompleks. Hal ini mengingat kearifan lokal memiliki ciri bermatra 3 (tiga) waktu (masa lalu, sekarang, dan nanti), sehingga dimungkinkan ada upaya sambung-menyambung dan *suturing* kehidupan manusia dalam *setting* dan konteks yang berubah-ubah sesuai zamannya. Di sini yang dipentingkan adalah bagaimana kearifan lokal dapat memberikan kebermafaatan yang berkelanjutan bagi masyarakat seluas-luasnya yang menjadi pendukung kebudayaan setempat. Hukum yang baik menurut Mochtar Kusumatmadja dalam Romli Atmasasmita adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat, yang tentunya sesuai atau mencerminkan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. (Atmasasmita, 2012: 66).

Dikaitkan dengan pendapat Moore, apabila ditarik kepada hal yang lebih mendalam, berdasarkan pola-pola terbentuknya *Semi Autonomous Sosial Field* tersebut, bahwa terciptanya hukum yang ideal adalah hukum yang berasal dan terletak dari jiwa dan kesadaran masyarakat itu sendiri, bukan berasal dari penguasa semata yang tiba-tiba dijalankan begitu saja. Karena itu, hukum dalam perspektif antropologi bukan semata-mata berwujud peraturan perundang-undangan yang diciptakan oleh Negara (*state law*), tetapi juga hukum dalam wujudnya sebagai peraturan-peraturan lokal yang bersumber dari suatu kebiasaan masyarakat (*customary law/folk law*), termasuk pula di dalamnya mekanisme-mekanisme pengaturan dalam masyarakat (*self regulation*) yang juga berfungsi sebagai sarana pengendalian sosial (*legal order*). Konsep *semi autonomus social filed (SASF)* berkaitan dengan kearifan lokal memiliki kemampuan menciptakan kebiasaan-kebiasaan, aturan dan sarana-sarana memaksa dan mendorong kesepakatan bahwa "*Social fields typically studied by anthropologists are semi-autonomous: they can generate customs, rules and symbols internally but are 'vulnerable to rules and decisions and other forces' from the wider world*" (Moore yang dikutip Nurjaya, 2002: 6; 2011: 5)

Dikaitkan dengan tipologi Lumajang menurut Ayu Sutarto merupakan wilayah kebudayaan *pandalungan*<sup>9</sup> merupakan kebudayaan agraris-egaliter yang secara simbolik-kultural sebagai kawasan yang menampung beragam kelompok etnik dengan berbagai latar belakang budaya, yang kemudian melahirkan tipologi kebudayaan baru yang mengambil unsur-unsur budaya yang membentuknya yang tentunya banyak mengandung resistensi termasuk kearifan lokal dalam pengelolaan air irigasi.

Dalam situasi demikian, maka pendekatan pluralisme hukum dalam melengkapi cara menyelesaikan masalah-masalah yang terjadi di komunitas lokal menjadi relevan. Pendekatan pluralisme hukum ini secara kritis tidak sekedar melihat hukum (lokal) sebagai realitas, atau hukum sebagai kenyataan sosial. (Kleinans, Martha-Marie & Roderick A. MacDonald, 1997: 25-46). Pembentukan hukum rakyat (kearifan lokal), yang didasarkan pada jiwa dan pengalaman interaksi sosial di tingkat lokal, tentunya menjadi lebih dekat secara psikologis dan budaya dalam hal ini *pandalungan* memiliki daya pengikat lebih kuat dibandingkan penerapan hukum-hukum negara yang cenderung sentralistik dan represif dalam pengelolaan air irigasi.

Oleh sebab itu tidak mengherankan cara pandang positivisme melalui Peraturan Daerah Provisni Jawa Timur No. No. 6 Tahun 2003 dan Perda Kabupaten Lumajang No. 10 tahun 1997, akan melahirkan kontraksi-kontraksi sosial, terutama bila diterapkan pada situasi dan ruang di mana masyarakat memiliki hukumnya sendiri untuk memecahkan persoalan-persoalannya. Tentunya, bila kebekuan cara pandang positivisme dipertahankan saat ini memicu konflik dalam menerapkannya terlebih bilamana terjadi penyalahgunaan kekuasaan dimana hukum dipergunakan sebagai alat represi terhadap hukum lokal dan komunitasnya.

Peraturan Daerah Kabupaten Lumajang Nomor 10 Tahun 1997 tentang Pembentukan dan Pembinaan HIPPA di Kabupaten Lumajang mengadopsi ketentuan dalam Perda Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 dan Keputusan Gubernur Jawa Timur Nomor 77 Tahun 1995 yang pembentukannya harus memenuhi syarat dibentuk petani, memiliki AD/ART, berbadan hukum serta ditetapkan dengan Keputusan Bupati merupakan bentuk intervensi hukum negara terutama peraturan perundang-undangan yang mengatur air irigasi di tingkat Provinsi Jawa Timur dan Kabupaten Lumajang pada hakekatnya merupakan pengabaian pluralisme hukum dan tidak sejalan dengan semangat otonomi daerah.

Dengan dikeluarkannya Perda Provinsi Jawa Timur No. 6 Tahun 2003 dan Perda No. 10 Tahun 2007 Kabupaten Lumajang di atas maka terjadi inkonsisten dengan UU No. 7 tahun 2004 dengan menempatkan HIPPA sebagai pengelola air irigasi pada saluran tersier dan memarginalkan kedudukan kearifan lokal berarti masih menggunakan karakter hukum represif. Dengan demikian dalam kaitannya dengan pengelolaan air irigasi pada masa reformasi saatnya regulasi berdasarkan karakter hukum responsif yang mencerminkan pemenuhan atas aspirasi masyarakat, baik individu maupun berbagai kelompok sosial, sehingga secara relatif lebih mampu mencerminkan rasa keadilan di dalam masyarakat. Proses normatifkasinya mengundang secara terbuka partisipasi dan aspirasi masyarakat.

Konsep ke depan dalam proses interaksi masyarakat petani dalam pengelolaan air irigasi semakin meluas dengan jaringan sosial, pada saat yang sama kelahiran norma-norma bersama terjadi dan dijaga bersama, yang sekaligus dapat digunakan sebagai alat untuk mengakses dan mengatur berdasarkan nilai-nilai benih kearifan lokal (*local wisdom*)

misalnya nilai kerukunan dalam gotong royong, nilai tolong-menolong dalam *sambatan*. Intinya secara horisontal sebuah kebersamaan dan secara vertikal memiliki rasa erat terkait dengan ke-Tuhanan masing-masing (religius) dan nilai kemanusiaan sebagai jiwa bangsa berdasarkan nilai-nilai yang diterangi Pancasila.

### **Kesimpulan dan Saran**

Berdasarkan uraian di atas maka disimpulkan bahwa politik hukum Hak Menguasai Negara (HMN) dalam pengelolaan sumber daya air mengingkari nilai keadilan sosial sesuai amanat Pasal 33 UUD 1945, negara sebagai *provider* (penyedia) dan sekaligus *regulator* atas pengelolaan sumber daya air. Negara tidak menempatkan hak atas sumber daya air sebagai hak asasi manusia akibatnya negara sebagai *regulator* dengan melepaskan tanggung jawabnya untuk menciptakan keadilan sosial. Dengan demikian ketentuan Pasal 18 B ayat (2) UUD NRI 1945 dengan Pasal 41 ayat (3) UU No. 7 Tahun 2004 tidak dilaksanakan secara konsekuen oleh PP Nomor 20 Tahun 2006 yang mengakui adanya pluralisme hukum pengelolaan air irigasi secara semu. Akibat dari semua itu muncul kebijakan pada tingkat daerah, kelembagaan pengelola air irigasi khusus di Jawa Timur diatur dalam Peraturan Daerah Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 masih mengacu UU No. 11 Tahun 1974 dilaksanakan melalui kelembagaan Himpunan Petani Pemakai Air (HIPPA).

Perda Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 dan Perda Kabupaten Lumajang Nomor 10 Tahun 1997 mengandung kekaburan hukum (*vague normen*) karena hanya sekedar memperhatikan atau pada tahap mengakui kelembagaan lokal, sekaligus konflik norma (*conflict of norms*) yaitu terjadi inkonsistensi antara Perda Provinsi Jawa Timur Nomor 6 Tahun 2003 dan pada tataran kebijakan maka Keputusan Gubernur Jawa Timur Nomor 77 Tahun 1995 yang hingga saat ini masih berlaku bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang mengatur irigasi lebih tinggi (*conflict of norms*) termasuk dengan konstitusi berkaitan hak konstitusional rakyat atas sumber daya air yang diatur dalam Pasal 33 ayat (3) dan Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945.

Kecenderungan pilihan hukum bila terjadi konflik antara HIPPA sebagai manifestasi hukum negara dan *ulu-ulu/tuwawa* maka pengurus HIPPA menggunakan cara penyelesaian sengketa dengan cara membiarkan saja (*lumping it*) ataupun penghindaran (*avoidance*) dianggap bentuk perlindungan hukum masyarakat petani. Hal tersebut berbeda dengan pilihan hukum masyarakat petani memilih kearifan lokal daripada HIPPA sebagai pilihan hukum berdasarkan pertimbangan beragam hukum (*plurality of law*) yang dipandang untuk menyelesaikan kasus sengketa dengan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat, yang mencerminkan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat yang berasal dan terletak dari jiwa dan kesadaran masyarakat.

Saran terhadap konsep ke depan dengan mengembalikan peran pemerintah daerah memberikan perlindungan hukum kepada kearifan lokal seperti ketentuan Pasal 18 B ayat (2) agar dapat terwujudnya keadilan dan kemakmuran seperti diamanatkan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Pelaksanaan UU No. 7 Tahun 2004 dilakukan dengan harmonisasi vertikal dan horisontal terhadap peraturan pelaksana di bawahnya dengan tetap mengedepankan semangat reformasi yang mengakui kearifan lokal sebagai unsur budaya pengelolaan air irigasi. Pluralisme hukum dalam pengelolaan irigasi di Jawa Timur dengan mengakui dan menghormati kearifan lokal dalam interaksi masyarakat petani dapat digunakan sebagai konsep untuk mengakses dan mengatur kembali norma hukum berdasarkan nilai-nilai

kearifan lokal (*local wisdom*) yaitu nilai kerukunan dalam gotong royong, dan nilai tolong-menolong (secara horisontal) dan secara vertikal memiliki rasa erat terkait dengan ke-Tuhanan masing-masing (religius) dan nilai kemanusiaan yang adil dan beradab sebagai jiwa bangsa berdasarkan nilai-nilai yang diterangi Pancasila.

#### DAFTAR PUSTAKA

- Agung, Dewa, 2004, "Terbentuknya Organisasi Subak (Dalam Perspektif Historis)", *Jurnal Subak*, Vol. 8, No. 2.
- Atmasasmita, Romly, 2012, *Teori Hukum Integratif Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Yogyakarta, Genta Publishing.
- Hamidi, Jazim, 2005, *Hermeneutika Hukum: Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks*, Yogyakarta, UII Press.
- Hasan, Djuhaendah, 1994, *Laporan Akhir Penyusunan Monografi Hukum Adat Jawa Timur*, Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman.
- Kleinhaus, Martha-Marie & Roderick A. MacDonald, 1997, "What's Critical Legal Pluralism?". *Canadian: Journal of Law*, Volume 12 No. 2.
- Martino Sardi, 2004, dalam Jundiani, "Hak Konstitusional Atas Air". <http://jundi-and-law.blogspot.com/2011/09/hak-konstitusional-atas-sumber-daya-air.html>, diunduh tanggal 24 September 2012.
- Moore, Sally Falk, 1986, *Law and Sosial Change : The Semi Autonomous Sosial Field as An Appropriate Subject of Study*, London, Routledge & Kegan.
- Nurjaya, I Nyoman, 2008, "Rekonstruksi Politik Hukum Otonomi Daerah yang Berbasis pada Kemandirian dan Demokratisasi di Daerah", *Makalah* disampaikan pada Semiloka yang diselenggarakan PP Otoda Fakultas Hukum Universitas Brawijaya pada tanggal 18-20 Februari 2001 di Agro Wisata Hotel, Batu, Malang. *Otonomi Daerah: Menuju Tata Hukum Daerah yang Berbasis Kearifan Lokal, Pengelolaan Sumber Daya Alam dalam Perspektif Antropologi Hukum*, Jakarta: Prestasi Pustaka Publisher.
- \_\_\_\_\_, 2011, "State Law in a Multicultural Country of Indonesia: Toward a Just and Equitable State Law." *Paper Presented at Ceremonies of Law Conference Organized by Faculty of Law University of Wollongong, Australia, on 7<sup>th</sup>. to 9<sup>th</sup>., 2011.*
- Republik Indonesia. *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*.
- Republik Indonesia. *Undang-Undang tentang Pemerintahan Daerah*. UU Nomor 32 Tahun 2004.
- Republik Indonesia. *Undang-Undang tentang Pengairan*. UU Nomor 11 Tahun 1974.
- Republik Indonesia. *Undang-Undang tentang Sumber Daya Air*, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004.
- Republik Indonesia. *Peraturan Pemerintah tentang Irigasi*. PP Nomor 20 Tahun 2006 tentang Irigasi.



- Republik Indonesia. *Peraturan Daerah Jatim tentang Irigasi*. Peraturan Daerah Jatim Nomor 6 Tahun 2003.
- Republik Indonesia. *Keputusan Gubernur Jatim tentang Pembentukan dan Pembinaan HIPPA Propinsi Jawa Timur*. Keputusan Gubernur Jatim No. 77 Tahun 1995.
- Republik Indonesia. *Peraturan Daerah Tk. II Lumajang tentang Pembentukan dan Pembinaan HIPPA di Kabupaten Dati II Lumajang*. Peraturan Daerah Tk. II Lumajang No. 10 Tahun 1997.
- Rawls, John, 2006, "A Theory of Justice", diterjemahkan Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan Dasar-Dasar Filsafat politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Robequin, C, 1959, *Malaya, Indonesia, Borneo and The Philippines. A Geographical, Economic and Political*. New York: Logmans, Green and Co.
- Suciati, 2010, "Kewenangan Pengelolaan Sumber Daya Air di Wilayah Sungai dalam Perspektif Otonomi Daerah". *Disertasi Doktor Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang*, 2010.
- Sudjito, 2005, "Hukum Pengelolaan Irigasi: Suatu Percobaan Untuk Melakukan Pengaturan Secara Holistik". *Ringkasan Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Undip*. Semarang.
- Suteki, 2010, *Rekonstruksi Politik Hukum Hak Atas Air Pro-Rakyat*. Malang: Surya Pena Gemilang Publishing.
- Wignjosuebrotto, Soetandyo, 2002, "*Hukum Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*." Jakarta: Elsam dan Huma.

## **Pengakuan Desa Asal Usul (Masyarakat Hukum Adat) sebagai Subjek Hukum dalam Hukum Nasional**

**Nurul Firmansyah**

### **A. Pendahuluan**

Jaminan hukum terhadap masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum yang mempunyai hak asal-usul adalah bentuk perlindungan hukum terhadap keberadaan hak-hak masyarakat hukum adat. Berbagai persoalan-persoalan pelanggaran hak-hak masyarakat hukum adat selama ini terkait dengan dengan reduksi otonomi masyarakat hukum adat dan hak asal usulnya oleh hukum nasional.

Perubahan pasal 18 UUD 1945 berpengaruh besar terhadap kedudukan masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum yang diakui oleh UUD 1945. Perubahan tersebut berakibat pada pengakuan masyarakat hukum adat dengan hak asal usulnya harus melalui rezim hukum pemerintah daerah. Pengakuan tersebut adalah penyerahan kewenangan pemerintah daerah yang otonom kepada persekutuan masyarakat hukum adat melalui Peraturan Daerah. Artinya, pengakuan kewenangan-kewenangan masyarakat hukum adat, baik yang berdimensi hukum publik maupun hukum privat adalah hasil keputusan politik pemerintah daerah.

Di lapangan, dampak ketidakpastian hak asal usul masyarakat hukum adat terlihat dari maraknya berbagai konflik agraria. Banyak sekali contoh kasus dapat dikemukakan, mulai dari “sabang sampai merauke”, seperti kasus tanah Hanock Obe Ohee di Papua, Kasus tanah perkebunan di Lampung, Kasus tanah perkebunan di Pasaman Barat, Provinsi Sumatera Barat dan lain-lain (Kurniawarman 2007 :10).

Makalah ini mencoba untuk melacak kembali posisi masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum dan hak asal usulnya dalam hukum nasional. Harapannya, makalah ini dapat memberi gambaran awal posisi masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum dan melihat peluang-peluang untuk memperkuat pengakuan hak-hak masyarakat hukum adat dalam hukum nasional.

### **B. Konsep Masyarakat Hukum Adat**

Pengertian mendalam tentang masyarakat hukum adat perlu dihayati pada dua faktor, yaitu: teritorial dan genealogis yang menjadi dasar pembentukan dan kesinambungan hidup masyarakat hukum adat (Syahmunir, 2005 : 6). Selanjutnya, pengertian tentang masyarakat hukum adat disampaikan oleh Kurniawarman mengutip Ter Haar yang mengemukakan :

Persekutuan itu dapat diartikan sebagai kelompok manusia yang teratur, bersifat tetap dengan mempunyai kekuasaan tersendiri berupa benda (kekayaan) baik yang kelihatan maupun yang tidak kelihatan. Tidak ada seorangpun dari mereka yang mempunyai pikiran untuk membubarkan kelompok tersebut. Di situlah terdapat hukum adat sebagai endapan dari kenyataan social yang didukung dan dipelihara oleh dan dalam keputusan pemegang kekuasaan atau penghulu rakyat dan rapat yang dijatuhkan atas sesuatu tindakan hukum atau atas suatu perselisihan (*beslisingenleer*). Menurutny, masyarakat hukum itu terbentuk

baik karena faktor teritorial (daerah) maupun faktor genealogis (keturunan), (Kurniawarman, 2006 : 43).

Masyarakat hukum adat secara teritorial adalah persekutuan hukum yang terikat oleh teritorial. Sebagaimana dijelaskan oleh syahmunir, bahwa :

Sarjana hukum adat, baik itu Ter Haar, Soepomo dan lainnya berpendapat Desa di Jawa, Madura dan Bali merupakan contoh dari struktur masyarakat hukum adat yang berdasarkan teritorial, khususnya *Dorpsgemeenschap* (...). Desa dalam pengetahuan masyarakat hukum adat secara teritorial ini adalah kesatuan hukum sebagai tempat tinggal suatu masyarakat yang berkuasa mengadakan pemerintahan sendiri (Syahmunir, 2005 : 6)—autonom.

Oleh Chairul Anwar diperkuat lagi, bahwa ;

"Masyarakat hukum adat yang merupakan persekutuan hukum yang terikat oleh daerah (teritorial) sebagai unsur pokok tali pengikat persekutuan hukum tersebut, seperti di Jawa, sedangkan persekutuan hukum yang terikat oleh daerah (teritorial) sekaligus genealogi, seperti di minangkabau (nagari) (...). Dan juga terdapat persekutuan hukum yang hanya terikat oleh genealogis saja yang tentunya sangat sukar untuk menentukan batas-batas kediamannya" (Chairul Anwar, 1997 : 8).

Sedangkan, persekutuan hukum yang terikat pada teritorial dan genealogis salah satunya terlihat pada contoh masyarakat hukum adat minangkabau (Nagari). Nagari terbentuk dari tatanan masyarakat berdasarkan garis keturunan genealogis matrilineal. Tatanan tersebut dimulai dari paruik yang merupakan keluarga luas yang terdiri dari beberapa keluarga inti, pengembangan paruik-paruik yang menjadi kaum dan gabungan dari kaum-kaum akan menjadi suku (Kurniawarman, 2012 : 41). Suku merupakan ikatan pertalian darah (genealogis) yang tidak mesti terikat, dan dibatasi oleh teritorial. Masyarakat hukum adat minangkabau mempunyai empat (4) suku utama, yaitu ; Koto, Piliang, Bodi, dan Caniago (Kurniawarman, 2012 : 41). Himpunan beberapa suku akan membentuk satu nagari dalam bentuk satuan organisasi pemukiman. Pembentukan tersebut menunjukkan adanya ikatan teritorial yang mengikat semua anggota dari beberapa suku dan suku hanya menunjukkan adanya ikatan genealogis (Kurniawarman, 2012 : 42).

Selanjutnya, Kurniawarman menyebutkan dengan mengutip Soerjono Soerkanto dan Taneko (1986 : 107108) yang mengemukakan pendapat Hazairin bahwa:

Masyarakat hukum adat, seperti desa di Jawa, marga di Sumatera Selatan, nagari di Minangkabau, Kuria di Tapanuli, Wanua di Sulawesi Selatan adalah kesatuan-kesatuan masyarakat yang mempunyai kelengkapan-kelengkapan untuk sanggup berdiri sendiri. Mereka mempunyai kesatuan hukum, kesatuan penguasa dan kesatuan lingkungan hidup berdasarkan hak bersama atas tanah dan air bagi semua anggotanya (Kurniawarman, 2006 : 43).

Namun kenyataannya, masyarakat hukum adat tidak sepenuhnya otonom setelah bersinggungan dengan Negara. Reduksi otonomi masyarakat hukum adat tersebut oleh Kurniawarman dinyatakan sebagai :

"Secara faktual kondisi ini membuat setiap persekutuan hukum adat (*Rechtsgemeenschappen*) menjadi tidak sepenuhnya otonom seperti sebelumnya. Secara teori, menurut Moore, dalam perspektif hukum dan perubahan sosial (*Law and Social Change*) gambaran ketidakmutlakan autonomi suatu kelompok itu disebut dengan istilah *semi-autonomous social field*" (Kurniawarman, 2007 : 4).

Kondisi diatas adalah konsekuensi dari peleburan masyarakat hukum adat dalam entitas Negara, sehingga masyarakat hukum adat berada pada kondisi semi-otonom terhadap negara (Kurniawarman, 2007 : 4). Peleburan yang mengakibatkan berkurangnya autonomi masyarakat hukum adat berlaku bagi entitas yang terikat pokok secara teritorial seperti di Jawa, terikat secara genealogis dan terikat secara genealogis – teritorial seperti di nagari. Proses itu telah dimulai sejak pemerintahan kolonial Belanda sampai dengan zaman kemerdekaan hari ini.

Selanjutnya, untuk melacak bagaimana persekutuan-persekutuan masyarakat hukum adat tersebut dalam kerangka negara Indonesia, maka dilihat dalam penyusunan UUD 1945. Dalam penyusunan tersebut, pendiri bangsa mempunyai perhatian khusus terhadap persekutuan-persekutuan masyarakat hukum adat. Perhatian tersebut kemudian dicurahkan dalam pasal 18 UUD 1945 yang dijelaskan dengan sebutan susunan asli<sup>10</sup> masyarakat hukum adat sebagai bagian dari Negara dan penyelenggara Negara.

Susunan asli masyarakat hukum adat tersebut adalah desa atau nama lain yang dalam konsep UUD 1945 disebut dengan *volksgemeenschappen*. Desa atau nama lain merupakan susunan asli masyarakat hukum adat yang terikat secara teritorial, genealogis dan teritorial genealogis seperti yang dibahas sebelumnya. Untuk melihat kedudukan desa atau nama lain dalam UUD 1945 berikut akan dibahas dibawah ini.

### **C. Masyarakat Hukum Adat, Susunan Asli dan Desa dalam UUD 1945.**

Memang, hubungan masyarakat hukum adat dengan Negara menjadi isu sentral kualitas autonomi masyarakat hukum adat terutama terhadap wilayahnya (hak ulayat), yaitu susunan asli yang bernama desa, nagari, marga dan nama-nama lainnya. Oleh sebab itu, UUD 1945 yang lahir dari buah pikir pendiri bangsa memperhatikan secara serius hubungan Negara dengan susunan-susunan asli masyarakat hukum adat tersebut. Saldi Isra menulis, bahwa Soepomo dalam Rapat Besar BPUPK tanggal 14 Juli 1945 menyatakan :

"...Jadi rancangan undang-undang dasar memberi kemungkinan untuk mengadakan pembagian daerah Indonesia dalam daerah-daerah yang besar dan untuk membagi daerah-daerah besar itu atas daerah-daerah yang kecil. Dengan memandang dan mengingat "dasar permusyawaratan," artinya bagaimana bentuknya pemerintah daerah, pemerintahan itu harus berdasarkan atas musyawarah, jadi misalnya dengan mengadakan Dewan Perwakilan Daerah. Hak asal usul dalam daerah yang bersifat istimewa harus diperhatikan juga. Daerah-daerah yang bersifat istimewa itu ialah pertama daerah Kerajaan (*Kooti*), baik Djawa maupun diluar Djawa, daerah-daerah yang dalam bahasa Belanda dinamakan *Zelfbesturende landschappen*. Kedua, daerah-daerah kecil yang mempunyai susunan asli, ialah *dorfgemeinschaften*, daerah-daerah kecil yang

mempunyai susunan rakyat asli seperti desa di Jawa, negeri di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang, Huta di Tapanuli, Gampong di Aceh. Maksud panitia ialah hendaknya adanya daerah-daerah istimewa tadi. Ialah daerah kerajaan (*Zelfbesturende landschappen*) dan desa-desa itu menghormati dan memperbaiki susunan aslinya” (Saldi Isra, 2012 :3).

Selanjutnya, pendapat Soepomo tersebut menjadi dasar pembentukan penjelasan pasal 18 UUD 1945 (sebelum amandemen) yang menyebutkan ;

- I. Oleh karena Negara Indonesia itu suatu *een heidsstaat*, maka Indonesia tak akan mempunyai daerah didalam lingkungannya yang bersifat staat juga. Daerah Indonesia akan dibagi dalam daerah propinsi dan daerah propinsi akan dibagi pula dalam daerah yang lebih kecil.

Didaerah-daerah yang bersifat autonom (*streek* dan *Locale reschtgemeenschappen*) atau bersifat daerah administrasi belaka, semuanya menurut aturan yang akan ditetapkan dengan undang-undang. Didaerah-daerah yang bersifat autonom akan diadakan badan perwakilan daerah, oleh karena di daerahpun pemerintahan akan bersendi atas dasar permusyawaratan.

- II. Dalam teritorir Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 “Zelfbesturende landschappen” dan “*Volksgemeenschappen*”. Seperti desa di Jawa dan Bali, negeri di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dan sebagainya. Daerah - daerah ini mempunyai susunan asli dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa. Negara Republik Indonesia menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan Negara yang mengenai daerah itu akan mengingati hak-hak asal usul daerah tersebut.

Berdasarkan pasal 18 tersebut. Saldi Isra menjelaskan susunan Negara Republik Indonesia dalam tiga bentuk, yaitu :

1. Daerah yang berstatus daerah otonom, yang terdiri dari propinsi dan kabupaten/kota.
2. Daerah yang berstatus daerah administratif.
3. Daerah yang berstatus sebagai daerah istimewa, seperti negeri di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang, kerajaan seperti di Yogyakarta, dan lain-lain (Saldi Isra, 2012 : 5).

Daerah istimewa seperti yang disebutkan diatas, melekat hak asal usul, dibagi atas dua bentuk, yaitu : *pertama*, kerajaan-kerajaan atau *Zelfbesturende landschappen* dan *kedua*, Desa / nama lainnya / susunan asli / *Volksgemeenschappen*. *Volksgemeenschappen* atau Desa atau nama lainnya dalam pengertian pasal 18 inilah yang disebut juga dengan susunan asli masyarakat hukum adat, baik yang terikat secara territorial, genologis dan territorial genologis dalam pengertian konstitusionalnya.

Sejak amandemen UUD 1945 yang juga merubah pasal 18 berimplikasi pada kedudukan Desa dan atau susunan asli masyarakat hukum adat. Susunan asli masyarakat hukum adat tidak lagi diakui secara jelas pada pasal 18 hasil perubahan tersebut. Saldi Isra menyebutkan bahwa perubahan pasal 18 UUD 1945 berakibat pada :

1. Ketentuan pasal 18 B ayat (2) UUD dihubungkan dengan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 dapat dipahami bahwa keberadaan masyarakat adat diakui secara konstitusional, namun eksistensi daerah-daerah yang mempunyai susunan asli yang dihuni masyarakat hukum adat tidak mendapatkan jaminan. Atau dengan kata lain : subjeknya diakui, namun daerah tempat tinggalnya tidak mendapatkan pengakuan.
2. Pengaturan tentang masyarakat hukum adat masuk dalam rezim pemerintahan daerah, namun kedudukan masyarakat hukum adat dengan susunan asli yang mempunyai hak asal usul dalam penyelenggaraan Negara tidak lagi diakui.
3. Pengakuan konstitusi terhadap masyarakat hukum adat sebagai subjek bersyarat pada pasal 18B ayat 2, yaitu “sepanjang masih hidup,” “sesuai dengan perkembangan masyarakat,” dan “prinsip Negara kesatuan.”

#### **D. Masyarakat Hukum Adat Sebagai Subjek Hukum**

Pengakuan masyarakat hukum adat dalam Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 tidak otomatis menyelesaikan persoalan masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum, baik dalam ranah hukum publik maupun dalam ranah hukum privat yang mempunyai hak-hak tradisional / hak asal usul, terutama hak-hak masyarakat hukum adat atas wilayahnya (Hak ulayat). Pentingnya membahas masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum terkait dengan jaminan hukum terhadap hak-hak masyarakat hukum adat, sehingga terlindungi secara hukum. Adapun Masyarakat hukum adat dalam konteks subjek hukum adalah sebagai Badan Hukum<sup>11</sup> yang merupakan Persekutuan hukum yang terbentuk karena perkembangan faktor-faktor sosial dan politik dalam sejarah (*Gemeenschap*), bukan Badan Hukum dalam artian perhimpunan yang dibentuk dengan sengaja dan sukarela oleh orang-orang bermaksud untuk memperkuat kedudukan ekonomis mereka, atau kegiatan-kegiatan lain (*vereniging*). Masyarakat hukum adat sebagai badan hukum mempunyai kewenangan / hak dalam dimensi hukum publik maupun dimensi hukum privat.

##### **1. Masyarakat Hukum Adat sebagai Badan Hukum Dalam Dimensi Hukum Publik**

Bagian ini akan membahas posisi hukum masyarakat hukum adat sebagai Badan Hukum yang mempunyai hak (kewenangan) publik (kemudian disebut Badan Hukum Publik). Pengakuan hukum masyarakat hukum adat sebagai Badan Hukum Publik terkait dalam pasal 18 UUD 1945. Dalam pasal 18 UUD 1945 sebelum perubahan, jelas bahwa susunan asli masyarakat hukum adat dalam bentuk desa, nagari atau nama lain mempunyai kewenangan publik berdasarkan hak asal usul yang bersifat istimewa, termasuk kewenangannya terhadap wilayah dan sumber daya alam yang terkandung didalamnya.

Namun, sejak Perubahan Pasal 18 UUD 1945 berakibat pada kaburnya posisi hukum masyarakat hukum adat sebagai Badan Hukum Publik dalam penyelenggaraan Negara yang mempunyai hak asal usul, karena : (1) hanya mengenal pembagian wilayah Negara dalam daerah-daerah propinsi dan daerah propinsi di bagi dalam daerah-daerah kabupaten dalam

asas otonomi daerah dan (2) tidak mengenal lagi wilayah susunan asli masyarakat hukum adat yang mempunyai hak asal usul (Saldi Isra, 2012 : 13). Walaupun demikian, Pasal 18 B Ayat 2 hasil perubahan, sebagaimana disebutkan oleh Saldi Isra menjelaskan:

“Pengakuan hak-hak masyarakat hukum adat dengan hak-hak tradisionalnya dalam Pasal 18 B Ayat 2 merupakan pengakuan atas ikatan bathin dan ikatan kebendaan antara masyarakat hukum adat dengan wilayahnya. Berdasarkan ikatan tersebut, masyarakat hukum adat mempunyai hak atas penetapan wilayah dan batas wilayahnya. Namun hak tradisional itu tidak otomatis bisa dilaksanakan karena tidak ada lagi pengakuan wilayah berdasarkan susunan asli masyarakat hukum adat dalam Pasal 18 dan wilayah masyarakat hukum adat tersebut masuk dalam rezim pemerintahan daerah” (Saldi Isra, 2012 : 13-14).

Artinya, Pasal 18 hasil perubahan mengakui masyarakat hukum sebagai Subjek Hukum, khususnya Badan Hukum publik yang juga mempunyai hak-hak dan kewenangan atas wilayah melalui Undang-Undang dalam rezim hukum pemerintah daerah.

Bila ditelusuri lebih lanjut dalam rezim hukum pemerintah daerah. Terdapat peluang pengakuan masyarakat hukum adat sebagai badan hukum publik, yaitu dalam PP 72/2005 tentang Desa (Kurniawarman, 2007 : 12), selanjutnya Kurniawarman menjelaskan :

“Penjelasan pasal 7 huruf a dan b, memberikan uraian tentang apa yang dimaksud dengan hak asal usul desa, yaitu hak untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat sesuai dengan asal usul, adat istiadat yang berlaku dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan seperti *subak, jogoboyo, jogotirto, sasi, mapalus, kaolatan, kajaroan*, dan lain-lain (...) ... pelaksanaan hak asal usul oleh desa dilaksanakan dengan terlebih dahulu diidentifikasi hak asal usul yang hidup di desa tersebut. Selanjutnya ditetapkan melalui Peraturan Daerah ditingkat kabupaten / kota, adapun jenis-jenis kewenangan yang diserahkan ke desa, seperti kewenangan dibidang pertanian, pertambangan dan energy, kehutanan dan perkebunan, perindustrian dan perdagangan, perkoperasian, ketenagakerjaan, kesehatan, pendidikan dan kebudayaan, social, pekerjaan umum, perhubungan, lingkungan hidup, perikanan, politik dalam negeri dan administrasi publik, otonomi desa, perimbangan keuangan, tugas pembantuan, pariwisata, pertanahan, kependudukan, kesatuan bangsa dan perlindungan masyarakat, perencanaan, penerangan/informasi dan komunikasi” (Kurniawarman, 2007 : 14).

Pengakuan masyarakat hukum adat sebagai badan hukum publik, memang tidak sekuat sebelum perubahan pasal 18 UUD 1945. Pengakuan masyarakat hukum adat sebagai badan hukum publik itu kini terikat oleh kemauan politik pemerintah daerah untuk mengakui hak-hak asal usul tersebut melalui Peraturan Daerah. Kondisi tersebut terkait dengan pengakuan masyarakat hukum adat sebagai badan hukum publik yang menjalankan penyelenggaraan Negara sebagai penyerahan kewenangan pemerintah daerah kepada desa dalam rezim otonomi daerah, bukan pada pengakuan konstitusional yang utuh terhadap susunan asli masyarakat hukum adat / desa berdasarkan hak asal usul.

## 2. Masyarakat Hukum Adat sebagai Badan Hukum Dalam Dimensi Hukum Privat

Masyarakat hukum adat selain mempunyai kewenangan publik, juga melekat kewenangan-kewenangan yang bersifat keperdataan (privat), yaitu kewenangan untuk mengadakan perjanjian dengan pihak ketiga tentang pemanfaatan bagian-bagian dari ulayat (Kurniawarman, 2005 : 414). Kewenangan Badan Hukum Masyarakat hukum adat dalam dimensi hukum privat terkait erat tersebut dengan hak atas tanah (Hak Ulayat). Pengakuan masyarakat hukum adat sebagai Badan Hukum Privat ini terkait hak Pertuanan (*Beschikingsrecht*) atau tanah komunal dalam Pasal 3 UUPA. Hak pertuanan ini tidak dijelaskan secara rinci oleh UUPA namun merujuk pada kepastakaan adat. Oleh Ter Haar, yang dikutip oleh Kurniawarman menyebutkan bahwa :

“Sebagai badan hukum (Persekutuan Hukum); masyarakat hukum adat memiliki kewenangan terhadap tanah ulayat (*Beschikingsrecht*) dapat dibagi dua ; *pertama*, berlakunya kedalam, bahwa masyarakat atau anggota-anggotanya berwenang menggunakan hak pertuanan itu dengan jalan memungut hasil tanah beserta binatang-binatang dan tanaman-tanaman yang terdapat diwilayah kekuasaannya, *kedua*, kewenangan yang berlaku keluar. Bahwa orang luar dari masyarakat yang bersangkutan boleh memungut hasil pertuanannya, setelah mendapat izin dari persekutuan bersangkutan, orang luar tersebut juga harus membayar uang pengakuan di muka, serta uang penggantian kebelakang. Hak yang diberikan itu adalah hak menikmati hasil (*genotrecht*) dan itu hanya berlaku sekali panen.”

Dalam hal berlaku kedalam, setiap anggota masyarakat hukum adat sebagai individu (*natuurlijk person*) diperbolehkan mendapatkan hak atas sebagian tanah komunal (tanah ulayat) (Kurniawarman, 2012 : 18)—hubungan hukum antara anggota masyarakat hukum adat dengan tanahnya kemudian disebut hak privat. Hubungan hak privat dan tanah komunal dalam persekutuan hukum masyarakat hukum adat digambarkan oleh Herman Soesangobeng yang dikutip oleh Kurniawarman sebagai berikut :

“Ketika proses pemilikan tanah menurut hukum adat, yang terjadi pada saat hubungan hak atas tanah mulai dijalin, pengaruh kewenangan masyarakat hukum adat masih kuat dan penuh, tetapi setelah intensitas penggunaan tanah berlangsung cukup lama, kewenangan subyek hak (individu) menjadi lebih kuat dan pada saat bersamaan kewenangan masyarakat hukum adat menjadi semakin lemah, sekalipun tidak lenyap sama sekali.”

Dalam hal berlaku keluar, Kurniawarman dengan merujuk pada Van Vollenhoven menyebutkan :

“Pemberian izin pemanfaatan oleh “orang asing” diluar persekutuan hukum mesti membayar uang pengakuan (*recognitie*) dan hak ulayat tersebut tidak dapat dilepaskan walaupun dimanfaatkan oleh “orang asing” diluar persekutuan hukum. Jika dilepaskan sementara untuk orang asing dan berakibat kerugian, maka orang asing tersebut harus membayar ganti kerugian kepada persekutuan hukum yang memiliki tanah (Kurniawarman, 2012 :18). “



## E. Kesimpulan

1. Pengakuan hukum terhadap masyarakat hukum adat sebagai Badan Hukum Publik terkait dengan konsep susunan asli dalam bentuk desa, nagari, marga dan atau nama lainnya dalam pasal 18 UUD 1945 sebelum perubahan. Di sini masyarakat hukum adat adalah badan hukum publik yang mempunyai kewenangan penyelenggaraan Negara dalam kerangka Negara kesatuan Republik Indonesia dengan menjalankannya hak asal usulnya yang bersifat istimewa, seperti ; menentukan sendiri sistem pemerintahan desa, nagari atau nama lain berdasarkan hak asal usul, menentukan wilayah persekutuan hukumnya dan lain-lain.
2. Sejak perubahan Pasal 18 UUD 1945, posisi hukum masyarakat hukum adat sebagai Badan Hukum Publik menjadi kabur karena tidak lagi dikenal susunan asli berdasarkan hak asal usul, terutama terkait wilayah persekutuan hukum adat. Kewenangan-kewenangan publik masyarakat hukum adat berada dalam kerangka hukum pemerintah daerah yang diserahkan Pemerintah Daerah ke desa sehingga otonomi desa berdasarkan hak asal usul tidak lagi sekuat sebelum perubahan pasal 18 UUD 1945.
3. Kewenangan – kewenangan masyarakat hukum adat sebagai Badan Hukum dalam dimensi hukum privat terkait dengan penguasaan atas tanah (hak ulayat). Masyarakat hukum adat mempunyai kekuasaan penuh atas tanahnya sebagai bagian dari kekayaan masyarakat hukum adat yang melekat. Penguasaan itu bersifat komunal dan dapat di serahkan pada individu-individu dari anggota persekutuan hukum untuk digunakan. Penggunaan tanah ulayat oleh “orang asing” / subjek hukum diluar persekutuan hukum melalui mekanisme pengakuan (recognitie) dengan tidak menghilangkan hak ulayat tersebut atau pelepasan sementara.

## F. Saran

Untuk memperkuat masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum yang mempunyai hak dalam hukum nasional adalah melalui “pengakuan”. “Pengakuan” tersebut secara konstruksi hukum nasional hanya bisa dilakukan dalam rezim hukum pemerintah daerah, yaitu melalui Peraturan Daerah dengan mengembalikan lagi susunan asli / desa / nagari / nama lain yang mempunyai hak asal usul, termasuk hak atas tanah (wilayah) sehingga terdapat kepastian atau jaminan hak-hak masyarakat hukum adat, baik yang bersifat dimensi hukum publik, maupun yang lebih berdimensi hukum privat.

## Daftar Pustaka

- Anwar, Chairul, 1997, “Hukum adat Indonesia, meninjau hukum adat minangkabau,” Rineka Cipta, Jakarta
- Harsono, Boedi, 2003, “ Hukum Agraria Indonesia : Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya,” Djambatan, Jakarta.
- Hutagalung, Arie, 2005, “Tebaran Pemikiran Seputar Masalah Hukum Tanah,” Lembaga Pemberdayaan Hukum Indonesia, Jakarta

- Isra, Saldi, 2012, " Makalah : Perubahan Pasal 18 UUD 1945 : Otonomi Daerah, Otonomi Desa dan Keberadaan Masyarakat Adat," Disampaikan dalam Simposium Masyarakat Adat di Epistema Institute, Jakarta.
- Kansil,C.S.T, 2002, "Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia : Jilid I," Balai Pustaka, Jakarta
- Kurniawarman, 2006, "Ganggam Bauntuak Menjadi Hak Milik : Penyimpangan Hak Atas Tanah di Sumatera Barat, Andalas University Press, Padang
- Kurniawarman, 2007, " Nasib Tenurial Data Atas Kawasan Hutan : Tumpang Tindih Klaim Data dan Negara pada Aras Lokal di Sumatera Barat," HuMa, Jakarta.
- Kurniawarman (ed), 2012, " Studi Kebijakan : Penguatan Tenurial Masyarakat Dalam Penguasaan Hutan," World Agroforestry Centre, Bogor
- Soemarman, Anto, 2003, " Hukum Adat : Perspektif Sekarang dan Mendatang," Adi Cipta, Yogyakarta
- Syahmunir, 2005," *Eksistensi tanah ulayat dalam perundang-undangan di Indonesia*," Pusat pengkajian Islam dan Minangkabau, Padang
- Zakaria, Yando, 2012, "Makalah : Menggagas Arah Kebijakan dan Regulasi tentang Desa yang Menyembuhkan Indonesia," disampaikan Simposium Konsolidasi Advokasi RUU Desa, Yogyakarta

**Memerangkap Bayang-Bayang:  
Kajian Awal Penerapan Indikator Negara Hukum dalam Memeriksa Persoalan  
Masyarakat Adat di Indonesia**

Yance Arizona

“... rule of law promotion is perhaps best viewed as a sort of theatre, a morality tale staged as a spectacle, drawing on the techniques of rhetoric and the power of performance”

Stephen Humphrey, 2010

### **I. Pengantar**

Pada awalnya makalah ini dibuat untuk menguji indikator-indikator negara hukum dalam menganalisis persoalan masyarakat adat di Indonesia.<sup>12</sup> Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan elementer terhadap negara hukum yang diperkenalkan oleh Adriaan Bedner yang meliputi tiga elemen utama, yaitu elemen procedural, elemen substantif dan mekanisme kontrol. Tiga elemen tersebut dijabarkan lagi dalam sehingga terdapat 10 komponen.

Sebagai sebuah kajian awal, makalah ini membahas satu elemen dari tiga elemen yang dimaksud oleh Adriaan Bedner, yaitu elemen mekanisme kontrol. Elemen mekanisme kontrol meliputi dua hal yaitu adanya lembaga peradilan yang independen dan adanya lembaga-lembaga lain yang memiliki tanggung jawab dalam menjaga dan melindungi elemen-elemen negara hukum. Elemen mekanisme kontrol menempatkan pengadilan maupun institusi pengawas lainnya sebagai elemen penting yang bekerja untuk mencapai tujuan-tujuan substantif dari negara hukum.

Elemen mekanisme kontrol yang dibahas dalam makalah ini untuk memahami bagaimana peradilan memperlakukan masyarakat adat dalam mewujudkan cita-cita negara hukum. Selain itu, elemen ini tergolong jarang menjadi pokok kajian akhir-akhir ini. Sejumlah kajian tentang masyarakat adat banyak membahas peraturan perundang-undangan, kebijakan, program pemerintah yang berdampak terhadap masyarakat adat. Masalah utama dari kerangka hukum negara terhadap masyarakat adat telah banyak dimunculkan oleh sejumlah peneliti (Moniaga, Safitri, Zakaria, Arizona, etc). Namun bagaimana peranan peradilan masih kurang mendapat perhatian. Padahal pada masa kolonial, kajian-kajian terhadap masyarakat adat dan hukum adat banyak mengambil pintu masuk dari dunia peradilan atau penyelesaian sengketa sebagaimana dilakukan oleh B ter Haar Bzn.

Dalam makalah ini yang diperiksa adalah peranan Mahkamah Konstitusi yang memiliki kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945 menafsirkan norma-norma konstitusi menghadapi tuntutan masyarakat adat. Sebagai lembaga hasil reformasi, maka perlu melihat apakah institusi yang dibuat untuk mengimbangi cabang kekuasaan lainnya ini dapat bekerja melindungi hak-hak konstitusional warga negara yang merupakan prinsip substantif dalam sekalian konsep tentang negara hukum.

Setelah bagian pengantar ini, makalah ini akan menyampaikan tentang letak pendekatan elementer kajian negara hukum dalam beberapa pendekatan dalam kajian terhadap negara hukum. Hal ini penting dilakukan untuk melihat keterkaitan pendekatan ini dengan pendekatan negara hukum yang telah ada sebelumnya. Selain itu, uraian tentang pendekatan elementer negara hukum untuk menunjukkan bagian mana yang difokuskan dalam kajian ini, yaitu elemen mekanisme kontrol, dan sekaligus menjelaskan elemen procedural dan elemen substantif sebagai ruang yang akan diisi guna pengembangan makalah ini lebih lanjut.

Berikutnya yang merupakan bagian inti dari makalah ini adalah untuk memeriksa bagaimana institusi pengadilan memperlakukan masyarakat adat. Institusi peradilan yang dimaksud pada penelitian ini adalah Mahkamah Konstitusi. Ada dua hal pokok yang menjadi fokus, yaitu terhadap keberadaan masyarakat adat dan terhadap hak-hak masyarakat adat atas tanah dan sumber daya alam lainnya. Perlakuan negara terhadap masyarakat adat, termasuk melalui pengadilan, merupakan salah satu wujud mekanisme kontrol juga dalam upaya mewujudkan nilai-nilai dasar dari konsep negara hukum.

## II. Pendekatan elementer dalam kajian negara hukum

Pendekatan elementer terhadap negara hukum merupakan pendekatan yang diperkenalkan oleh Adriaan Bedner dalam rangka pengembangan studi terhadap negara hukum (Bedner, 2010). Pendekatan ini membagi elemen negara hukum dalam tiga komponen utama, yaitu elemen procedural, elemen substansi dan elemen mekanisme kontrol. Bender menyebutkan bahwa pendekatan elementer yang diperkenalkannya merupakan kelanjutan dari berbagai pendekatan yang telah ada dalam kajian negara hukum.

Tidak dapat dipungkiri bahwa pendekatan yang diperkenalkan itu merupakan pendekatan baru dalam literatur negara hukum berbahasa Indonesia. Selama ini, ketika berbicara tentang negara hukum, maka yang akan dirujuk adalah konsepsi *the rule of law* dari A.V. Dicey dan konsepsi *Rechtsstaat* dari Julius Stahl. Dikatakan pula bahwa antara *the rule of law* dan *Rechtsstaat* itu berbeda karena berakar dari tradisi hukum yang berbeda. A.V. Dicey mengembangkan gagasan tentang *the rule of law* berdasarkan refleksinya terhadap tradisi ber hukum orang di Inggris yang berbeda dengan tradisi hukum di banyak negara lainnya. Ia memuji-muji tradisi hukum Inggris sebagai tradisi hukum terbaik dimana orang diatur oleh hukum dan ada kepatuhan serta partisipasi luas masyarakat dalam menentukan hukum. Padahal di negara itu tidak pernah ada konstitusi tertulis. A.V. Dicey menguraikan adanya tiga ciri dalam konsep "The Rule of Law", yaitu *supremacy of law*, *equality before the law* dan *due Process of law*.

Sementara itu, *Rechtsstaat* merupakan konsep negara hukum yang berkembang di Eropa Kontinental termasuk Jerman, Belanda, dan juga Perancis. Pemikir dari Jerman yang memiliki kontribusi terhadap gagasan *rechtsstaat* ini antara lain Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte dan Otto Von Gierke (1841-1921). Gierke juga dikenal sebagai seorang sejarawan dan pemikir politik Jerman. *Rechtsstaat* yang merupakan istilah dalam bahasa Jerman untuk mengartikan negara hukum, menurut Julius Stahl (1802-1861) memiliki empat elemen utama, yaitu perlindungan hak asasi manusia, pembagian kekuasaan, pemerintahan berdasarkan undang-undang, dan adanya peradilan tata usaha negara.

Penjelasan tentang konsep *the rule of law* dari Dicey maupun *Rechtsstaat* dari Julius Stahl belum sampai pada tataran metodologis bagaimana melakukan penelitian terhadapnya. Dalam kaitannya untuk melakukan penelitian, beberapa ahli membedakan negara hukum secara kategoris misalkan membedakan negara hukum formal dan negara hukum substantif (Peerenboom, 2004: 1-13). Perbedaan antara negara hukum formal dan substantif mengacu kembali pada tradisi Yunani dan versi substantif pada pendekatan hak-hak fundamental manusia yang dikembangkan oleh John Locke. Versi formal memberi perhatian pada hukum sebagai suatu instrumen dan dasar bagi pemerintah, namun bungkam pada apa yang harus diatur oleh hukum. Versi substantif, di sisi lain, menyusun standar-standar untuk muatan-muatan suatu norma, yang harus terjustifikasi secara moral (Bedner, 2011:149).

Kemudian ada pula perbedaan negara hukum tipis (*thin*) ke tebal (*thick*) dari Brian Tamanaha sebagai pengembangan dari perbedaan negara hukum formal dan substantif dari Peerenboom (Tamanaha, 2004). Tamanaha membagi kategori negara hukum dari yang tipis (*thin*) dimana pemerintahan dilakukan berdasarkan hukum sampai dengan negara hukum yang tebal (*thick*) dimana kesejahteraan sosial sudah tercermin dalam di dalamnya.

<b>ALTERNATIVE RULE OF LAW FORMULATIONS</b>			
Thinner -----> to -----> Thicker			
<b>FORMAL VERSIONS:</b>	<b>1. Rule-by-Law</b> – law as instrument of government action	<b>2. Formal Legality</b> – general, prospective, clear, certain	<b>3. Democracy+ Legality</b> – consent determines content of law
<b>SUBSTANTIVE VERSIONS:</b>	<b>4. Individual Rights</b> – property, contract, privacy, autonomy	<b>5. Right of Dignity and for Justice</b>	<b>6. Social Welfare</b> – substantive equality, welfare, preservation of community

Ada pula pendekatan yang dipromosikan oleh Kleinfeld dengan membedakan antara *cara* dan *tujuan* dari negara hukum. Menurut Kleinfeld ada lima *tujuan* dari negara hukum adalah pemerintah yang dibatasi hukum, kesetaraan di hadapan hukum, ketertiban, keadilan yang terprediksi dan efisien, dan ketiadaan pelanggaran hak asasi manusia oleh negara (Kleinfeld, 2006:34-46). Selain itu ada pula pendekatan yang dikembangkan oleh *World Justice Project* dengan membuat indeks negara hukum (*the rule of law index*) yang diterapkan dengan metode penelitian kuantitatif untuk menilai kadar negara hukum negara-negara di dunia.<sup>13</sup>

Dapat dipahami bahwa pendekatan elementer negara hukum yang dibuat oleh Adriaan bukanlah satu-satunya pendekatan dalam kajian tentang negara hukum, lalu mengapa pendekatan ini yang akan digunakan dalam penelitian ini? Pendekatan elementer terhadap negara hukum ini digunakan karena, sebagaimana diakui oleh Adriaan, bahwa pendekatan elementer merupakan polesan dari pendekatan formal-substantif dan tipis-tebal sebagai titik mula pembahasannya. Jadi ia punya keterpautan dengan pendekatan yang telah ada sebelumnya. Selain itu, pendekatan ini lebih spesifik dan dapat dijadikan mudah

dijadikan panduan penelitian sebab elemen-elemen yang disusun lebih spesifik dan diantar dengan panduan-panduan pertanyaan untuk memahami setiap elemen negara hukum.

Pendekatan elementer negara hukum pada dasarnya didesain untuk penelitian interdisipliner dengan memperhatikan baik elemen-elemen dari perspektif legal maupun empiris. Namun dalam penelitian ini yang lebih ditekankan pada elemen legal untuk memahami bagaimana negara memperlakukan masyarakat adat. Meskipun demikian, sejumlah hasil-hasil penelitian empiris juga akan dirujuk untuk memperluas cakupan dan analisa yang digunakan.

Bila dijumlahkan, ada sepuluh komponen dari pendekatan elementer negara hukum yang dibagi dalam tiga kelompok besar oleh Adriaan. Sebagai kajian awal, penelitian ini belum sampai pada analisis yang detail untuk memeriksa kesepuluh komponen yang ada pada pendekatan ini. Secara ringkas penjabaran terhadap tiga elemen pokok dari pendekatan elementer negara hukum akan dijelaskan pada bagian berikut ini.

### **Kategori pertama: Elemen prosedural**

- Pemerintahan dengan hukum (*rule by law*)
- Tindakan negara harus tunduk pada hukum
- Legalitas formal (hukum harus jelas dan pasti muatannya, mudah diakses dan bisa diprediksi pokok perkaranya, serta diterapkan pada semua orang)
- Demokrasi (persetujuan menentukan atau mempengaruhi muatan dan tindakan hukum)

Kategori elemen procedural terdiri dari empat pokok antara lain: **Pertama**, Pemerintahan dengan hukum (*rule by law*); 'Pemerintahan dengan hukum' (*rule by law*) umumnya dilawankan dengan 'pemerintahan oleh orang-orang' (*rule by men*), yang mengandung konotasi kesewenang-wenangan. Sesungguhnya, 'pemerintahan dengan hukum' menyiratkan bahwa negara mempunyai hukum sebagai senjata yang ampuh untuk melaksanakan peranannya secara sah tanpa pembatasan yang secara inheren terkandung di dalamnya (Tamanaha, 2004:92). Tindakan negara yang mendayagunakan preman atau organisasi-organisasi sosial untuk melakukan kekerasan atau mengusir warga dari tanahnya adalah bentuk dari pemerintahan yang tidak dilaksanakan dengan hukum sebagai instrumen.

**Kedua**, Tindakan negara harus tunduk pada hukum. Persyaratan tentang tiap tindakan negara memiliki landasan hukum dapat tak bermakna jika landasan hukum ini kurang spesifik. Tindakan negara harus berdasarkan dan dapat dipertanggungjawabkan secara hukum. Kekuasaan diskresi (*discretionary power*) atau '*freies ermessen*' dalam bahasa Jerman perlu diperkecil agar tidak terjadi penyelewengan hukum. *Freies ermessen* melekat pada lingkup pemerintahan yang secara leluasa menentukan kebijakannya tanpa harus mempertanggungjawabkannya secara hukum. Sama halnya dengan isu ketertundukan pada hukum, masalah ini telah diselesaikan oleh ahli hukum dengan persyaratan kualitas hukum yang inheren dalam elemen berikutnya di kategori ini, serta konsep hukum administrasi sebagai prinsip pemerintahan yang baik.

**Ketiga**, Legalitas formal (hukum harus jelas dan pasti muatannya, mudah diakses dan bisa diprediksi pokok perkaranya, serta diterapkan pada semua orang). Hukum harus mengikuti persyaratan tertentu jika ingin efektif dalam membatasi penyelenggaraan

kekuasaan. Legalitas formal memungkinkan warga untuk merencanakan tindakannya, karena mereka dapat memprediksi bagaimana negara akan merespon. Hukum yang tidak jelas karena membuka ruang tafsir yang saling bertentangan akan mempengaruhi bagaimana hukum itu dilaksanakan dan dipatuhi oleh warga.

**Keempat**, Demokrasi (persetujuan menentukan atau mempengaruhi muatan dan tindakan hukum). Demokrasi dan negara hukum secara dekat terhubung satu sama lain – misalnya, dalam banyak negara adalah suatu hal yang umum untuk berbicara mengenai ‘negara hukum yang demokratis’ dan bukan mengenai negara hukum saja. Demokrasi dalam hal ini berarti memperhatikan pembentukan hukum dan pembuatan keputusan oleh pemerintah pada tingkat lokal dan pengaruh yang dapat dimiliki oleh warga negara terhadap hukum-hukum yang secara langsung dapat mempengaruhi mereka. Suatu contoh tentang penggunaan konsep itu adalah prosedur-prosedur untuk berpartisipasi dalam perancangan suatu rencana tata ruang atau prinsip bahwa seorang warga negara akan didengar sebelum keputusan hukum yang akan mempengaruhinya diambil oleh pemerintah atau ketersediaan aturan hukum yang mengatur bahwa tindakan negara harus memperhatikan, bahkan baru dapat dilaksanakan berdasarkan persetujuan dari kelompok rentan yang terkena dampak dari pembangunan.

#### **Kategori kedua: Elemen-elemen substantif**

- Subordinasi semua hukum dan interpretasinya terhadap prinsip-prinsip fundamental dari keadilan
- Perlindungan hak asasi dan kebebasan perorangan
- Pemajuan hak asasi sosial
- Perlindungan hak kelompok

Elemen substantif terdiri dari empat pokok antara lain: **Pertama**, *Subordinasi semua hukum dan interpretasinya terhadap prinsip-prinsip fundamental dari keadilan*. Elemen paling ‘relatif’ dari elemen-elemen tersebut terdiri dari prinsip-prinsip keadilan, moralitas, dan proses peradilan yang baik (*due process*). Prinsip-prinsip tersebut beragam dari satu tempat ke tempat lainnya dan dalam kurun waktu tertentu sehingga memungkinkan adanya interpretasi secara kontekstual. Dapat juga ditambahkan bahwa elemen ini menjadi sangat penting bagi legitimasi sistem hukum di hadapan warga negara. Bagaimanapun baiknya elemen-elemen prosedural telah diikuti, elemen-elemen tersebut tidak dapat menjamin hasil penerapan hukum secara substantif. Dan apabila banyak yang menganggap hasil hukum sebagai ketidakadilan, maka keseluruhan sistem tersebut bisa jadi dalam bahaya.

**Kedua**, *Perlindungan hak asasi dan kebebasan perorangan*. Dalam definisinya tentang negara hukum banyak pihak memasukkan hak asasi manusia. Berkembangnya literatur antropologi tentang hak asasi manusia mengungkapkan pentingnya untuk meletakkan hak asasi manusia dalam konteks ketika menggunakannya sebagai batasan-batasan terukur untuk perilaku negara dan argumen ini dapat secara sebanding diterapkan untuk penggunaan hak asasi manusia dalam kerangka negara hukum. Adriaan menyebutkan bahwa ideologi neoliberal yang mendasari sebagian besar dari kegiatan-kegiatan organisasi seperti Bank Dunia cenderung mengikuti definisi yang sangat terbatas tentang negara hukum, yaitu yang menekankan pada hak atas kepemilikan, kebebasan untuk berkontrak dan mekanisme-mekanisme hukum untuk menegakkan hak-hak tersebut.

**Ketiga, Pemajuan hak-hak asasi sosial.** Sementara hak asasi manusia dapat ditemukan dalam definisi-definisi negara hukum yang terkini, tidak demikian halnya dengan yang disebut sebagai hak-hak asasi 'sosial'. Hal ini tidak mengejutkan, karena hak-hak sosial tersebut tidak secara langsung berhubungan dengan pencegahan penyalahgunaan kekuasaan dengan cara yang sama sebagaimana elemen-elemen yang telah dibahas sebelumnya: hak-hak sosial ini menimbulkan kewajiban negara secara lebih jauh untuk menggunakan kekuasaannya bagi kepentingan warga negaranya, yang memberikan hak atas makanan, perlindungan, pendidikan, dan sebagainya. Apakah kebutuhan-kebutuhan tersebut harus dirumuskan dalam bentuk hak, adalah suatu pertanyaan yang sering diperdebatkan.

**Keempat, Perlindungan terhadap hak kelompok.** Argumen yang menentang tercakupnya hak-hak asasi sosial dalam suatu definisi negara hukum terdapat lebih kuat terhadap hak kelompok. Tidak banyak yang mendefinisikan negara hukum memasukkan hak kelompok ke dalam konsep mereka, karena hak kelompok kontroversial untuk dikualifikasikan sebagai hak asasi manusia. Alasan paling meyakinkan untuk memasukkan hak kelompok ke dalam konsep negara hukum adalah bahwa hak-hak tersebut dapat menjadi senjata yang ampuh dalam melawan pelanggaran negara atas hak-hak warga negara atau pelanggaran oleh warga negara lainnya, yang biasanya terjadi dalam bentuk perusahaan-perusahaan besar. Ketidakadilan yang dilakukan dengan cara tersebut terhadap masyarakat asli atau kelompok lainnya memberikan alasan kuat untuk memperhatikan hak kelompok dalam usaha untuk mewujudkan fungsi-fungsi yang diusahakan oleh negara hukum.

#### **Kategori ketiga: Mekanisme kontrol (lembaga-lembaga pengawal negara hukum)**

- Lembaga peradilan yang independen (terkadang diperluas menjadi *trias politica*)
- Lembaga-lembaga lain yang memiliki tanggung jawab dalam menjaga dan melindungi elemen-elemen negara hukum

Elemen mekanisme kontrol terdiri dari dua pokok, yaitu: **Pertama**, Lembaga peradilan yang independen (terkadang diperluas menjadi *trias politica*). Independensi peradilan pada umumnya dikenal sebagai elemen formal dari negara hukum, namun berdasarkan hakikat kelembagaannya, Bedner menjadikannya lebih cocok untuk dibicarakan di bawah kategori yang terpisah. Dapat juga ditambahkan bahwa peradilan tidak hanya berurusan dengan penjagaan dan perlindungan elemen-elemen formal dalam negara hukum. Peradilan tidak hanya membatasi dirinya dalam mengendalikan apakah pemerintah telah mempertimbangkan elemen-elemen formal dari negara hukum. Lebih jauh lagi, tidak seperti elemen-elemen formal dan substantif yang telah dibahas sebelumnya, peradilan adalah seorang aktor, yang memiliki tugas untuk menjamin pemerintah dan warga negaranya mematuhi batasan-batasan yang ditentukan untuk menjalankan kekuasaannya. Dengan demikian, masuk akal untuk menempatkannya dalam kategori 'aktor' yang terpisah dan yang terdiri dari mekanisme-mekanisme kontrol.

**Kedua, Lembaga-lembaga pengawal negara hukum lainnya.** Contoh yang baik tentang hal ini adalah lembaga-lembaga nasional untuk hak asasi manusia dan Ombudsman, yang telah berhasil memasuki banyak sistem, namun banyak juga institusi lain yang mengawasi tindakan-tindakan negara. Alasan untuk memasukkan lembaga-lembaga



tersebut ke dalam definisi negara hukum adalah bahwa dalam banyak kasus, lembaga peradilan saja tidak cukup untuk melindungi warga negara, dan ini juga merupakan suatu hasil logis dari bangkitnya negara kesejahteraan. Aspek khusus lainnya dari lembaga-lembaga tersebut adalah bahwa mereka seringkali adalah hasil dari proses internasional atau transnasional. Dengan demikian, lembaga-lembaga hak asasi manusia nasional dipromosikan secara gencar oleh Perserikatan Bangsa-bangsa, sementara Ombudsman diadopsi oleh banyak negara dari model Skandinavia, yang disesuaikan dengan kondisi dari masing-masing negara.

Aspek menarik lainnya dari lembaga-lembaga tersebut adalah bahwa terkadang mereka diperkenalkan untuk menggantikan lembaga peradilan yang tidak berfungsi. Meskipun tidak ada keraguan bahwa suatu lembaga peradilan yang independen tetap merupakan inti dalam mengontrol eksekutif, pada beberapa situasi dan ranah peran mereka telah diambil alih sebagian setidaknya oleh Ombudsman, Komite Nasional Hak Asasi Manusia, Pengadilan Tindak Pidana Korupsi, dan sebagainya, – baik sebagai langkah sementara atau sebagai langkah permanen.

### **III. Mahkamah Konstitusi dan Masyarakat Adat**

Reformasi yang bergulir pada tahun 1998 menempatkan supremasi hukum sebagai salah satu sendi guna menopang berlangsungnya proses transisi. Keinginan untuk menjadikan hukum menjadi bintang petunjuk dilakukan dengan melakukan sejumlah pembenahan, baik dengan melakukan amandemen UUD 1945 dan juga melakukan pembenahan institusi. Institusi peradilan menjadi salah satu sasaran perbaikan yang utama.

Independensi Peradilan didiskusikan, dijadikan program dan diwujudkan dengan sejumlah kebijakan serta perubahan kelembagaan. Salah satu langkah penting adalah dengan menjadikan urusan administrasi, keuangan dan kepegawaian yang sebelumnya diurus oleh menteri kehakiman menjadi di bawah Mahkamah Agung. “Program satu atap” itu menempatkan Mahkamah Agung selain mengurus peradilan tetapi juga mengurus hal-hal lain guna melaksanakan fungsi peradilan yang dimilikinya. Pembaruan yang tidak kalah penting adalah dibentuknya Mahkamah Konstitusi yang memiliki kewenangan untuk menyelesaikan perkara-perkara konstitusional. Indonesia merupakan negara ke 178 yang mendirikan Mahkamah Konstitusi. Telah banyak yang dilakukan guna melakukan pembaruan peradilan, sebagian sudah mulai nampak hasilnya, meskipun masih banyak yang perlu dibenahi.

Nilai-nilai independensi peradilan telah dijadikan sebagai bagian dari aturan internal lembaga kehakiman, sebagaimana dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung beserta untuk peradilan yang ada di bawahnya.<sup>14</sup> Dibentuknya komisi yudisial dengan kewenangan pengawasan terhadap martabat, kehormatan dan perilaku hakim telah pula memainkan peranan penting dalam upaya peningkatan kualitas pelaksanaan kekuasaan kehakiman. Meskipun pada periode awal Komisi Yudisial ada ‘perlawanan’ dari beberapa hakim yang mengajukan pengujian undang-undang Komisi Yudisial kepada Mahkamah Konstitusi yang kemudian mengurangi kewenangan strategis yang dimiliki oleh Komisi Yudisial.

Dari sekalian pembenahan institusi peradilan, dibentuknya Mahkamah Konstitusi sebagai hasil dari amandemen ketiga UUD 1945 merupakan fondasi terpenting sebab ia mengubah bangunan kekuasaan kehakiman yang sebelumnya berpuncak pada satu institusi Mahkamah Agung dan sekarang berpuncak dua dengan Mahkamah Konstitusi.<sup>15</sup> Mahkamah Konstitusi pun merupakan lembaga tinggi negara yang mengontrol legislasi yang dibuat oleh DPR melalui kewenangan pengujian undang-undang, menjaga titik seimbang demokrasi dalam menyelesaikan sengketa hasil pemilu dan memutus pembubaran partai politik serta menjadi pilar penting dalam *check and balances system* karena kewenangan memutus sengketa kewenangan lembaga negara dan *impeachment* presiden. Oleh karena itu, keberadaan Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu pilar penting dalam menguji bagaimana mekanisme kontrol (*control mechanism*) bekerja dalam mewujudkan negara hukum.

Berikut pada bagian ini akan dibahas dua permasalahan pokok berkaitan dengan peran Mahkamah Konstitusi dalam proses bernegara hukum dengan menjadikan masyarakat adat sebagai pokok bahasan untuk pendalaman. Persoalan masyarakat adat yang dibahas pada bagian ini menyangkut dua hal: Pertama, Subjek hukum masyarakat adat; dan Kedua, hak masyarakat adat atas tanah dan sumber daya alam lainnya.

### **1. Subjek hukum masyarakat adat**

Salah satu kewenangan strategis yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi adalah menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Dikatakan strategis karena perkara ini yang paling banyak ditangani oleh Mahkamah Konstitusi dan putusan terhadap perkara ini berdampak luas karena keberlakuan undang-undang di Indonesia berlaku secara nasional, kecuali undang-undang tertentu yang diberlakukan parsial. Pengujian undang-undang dilakukan agar undang-undang yang dibuat oleh DPR bersama dengan pemerintah tidak menimbulkan kerugian konstitusional warga negara. Pihak yang merasa dengan berlakunya suatu undang-undang telah melanggar hak konstitusionalnya dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang kepada Mahkamah Konstitusi. Salah satu pihak yang dapat menjadi pemohon dalam perkara pengujian undang-undang adalah masyarakat adat, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 51 ayat (1) UU No. 24/2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia;
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara.

Masyarakat adat yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai pihak yang dapat berperkara di Mahkamah Konstitusi dilekati dengan persyaratan sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang. Persyaratan ini mengikuti pola

persyaratan konstitusional yang terdapat dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang menyebutkan bahwa:

“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.”<sup>16</sup>

Dimasukkannya masyarakat adat sebagai salah satu pihak yang dapat menjadi pemohon dalam pengujian undang-undang suatu penerimaan bahwa masyarakat adat memiliki hak-hak konstitusional yang dapat saja terlanggar dengan berlakunya suatu ketentuan undang-undang. Istilah kesatuan masyarakat hukum adat yang dipakai sebagai salah satu subjek hukum yang memiliki *legal standing* untuk pengujian undang-undang merupakan pembeda keberadaannya dengan subjek hukum lain. Dengan kata lain, kesatuan masyarakat hukum adat bukanlah perorangan warga negara Indonesia, bukan pula badan hukum publik yang contohnya seperti desa, kecamatan, kelurahan. Bukan pula badan hukum privat seperti perusahaan maupun koperasi. Dan tentu juga bukan lembaga negara. Karena disebut tersendiri, maka sebenarnya masyarakat adat merupakan subjek hukum yang unik. Keunikan tersebutlah yang kemudian, agaknya yang mendorong para pembentuk hukum untuk memberikan sejumlah persyaratan tentang keberadaannya.

MK pertama kali memberikan makna konstitusional terhadap subjek hukum masyarakat adat melalui putusan perkara No. 10/PUU-I/2003 perihal pengujian Undang-undang No. 11 Tahun 2003 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 53 Tahun 1999 tentang Pembentukan Kabupaten Pelalawan, Kabupaten Rokan Hulu, Kabupaten Rokan Hilir, Kabupaten Siak, Kabupaten Karimun, Kabupaten Natuna, Kabupaten Singingi, dan Kota Batam. Dalam permohonan tersebut ada pihak yang mengajukan diri dengan *legal standing* sebagai masyarakat adat. Karena ada permohonan demikian, maka Mahkamah Konstitusi menjelaskan terlebih dahulu *legal standing* pemohon dengan memberikan makna terhadap Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang menjadi dasar konstitusional keberadaan masyarakat adat.

Dalam putusan tersebut MK memandang perlu untuk menentukan kriteria atau tolok ukur terpenuhinya ketentuan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 dimaksud yaitu bahwa kesatuan masyarakat hukum adat tersebut:

1. masih hidup;
2. sesuai dengan perkembangan masyarakat;
4. sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan
5. ada pengaturan berdasarkan undang-undang.

Selanjutnya MK menilai bahwa suatu kesatuan masyarakat hukum adat untuk dapat dikatakan secara *de facto* masih hidup (*actual existence*) baik yang bersifat teritorial, genealogis, maupun yang bersifat fungsional setidaknya mengandung unsur-unsur (i) adanya masyarakat yang warganya memiliki perasaan kelompok (*in-group feeling*); (ii) adanya pranata pemerintahan adat; (iii) adanya harta kekayaan dan/atau benda-benda adat;

dan (iv) adanya perangkat norma hukum adat. Khusus pada kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial juga terdapat unsur (v) adanya wilayah tertentu.

MK berpendapat bahwa kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dipandang sesuai dengan perkembangan masyarakat apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut:

1. Keberadaannya telah diakui berdasarkan undang-undang yang berlaku sebagai pencerminan perkembangan nilai-nilai yang dianggap ideal dalam masyarakat dewasa ini, baik undang-undang yang bersifat umum maupun bersifat sektoral, seperti bidang agraria, kehutanan, perikanan, dan lain-lain maupun dalam peraturan daerah;
2. Substansi hak-hak tradisional tersebut diakui dan dihormati oleh warga kesatuan masyarakat yang bersangkutan maupun masyarakat yang lebih luas, serta tidak bertentangan dengan hak-hak asasi manusia.

Kemudian disampaikan bahwa MK berpendapat suatu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut tidak mengganggu eksistensi Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai sebuah kesatuan politik dan kesatuan hukum yaitu:

1. Keberadaannya tidak mengancam kedaulatan dan integritas Negara Kesatuan Republik Indonesia;
2. Substansi norma hukum adatnya sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

Penafsiran Mahkamah Konstitusi terhadap Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 akan memiliki konsekuensi dalam perancangan peraturan perundang-undangan kedepan sebab tafsir konstitusional oleh MK memiliki nilai strategis sebab MK dalam berbagai literatur kajian konstitusi diposisikan sebagai *the sole interpreter of the constitution* dan *the guardian of the constitution*. Dengan demikian, setiap perancangan peraturan perundang-undangan kedepan perlu memperhatikan tafsir MK. Bila tidak, maka berpotensi dibatalkan bila diajukan pengujian kepada MK.

Di samping implikasi dalam perancangan peraturan perundang-undangan, putusan MK tentu juga mendapat tantangan dalam praktik-praktik lapangan. Pertanyaannya adalah apakah tafsir MK telah sesuai dengan realitas keberadaan masyarakat adat yang selama ini telah mengalami perampasan tanah dan menghadapi kerumitan-kerumitan birokrasi untuk menegaskan kebedaan serta memperjuangkan hak mereka atas tanah dan sumber daya alam lainnya.

Unsur adanya pranata adat misalkan merupakan ukuran terpenting, tetapi banyak pranata adat yang telah hancur, bahkan menjadi hancur karena penyeragaman sistem pemerintah yang dilakukan oleh pemerintahan sebelumnya. Penyeragaman yang menghancurkan pranata adat itu kemudian direspons pada masa reformasi dengan merevitalisasi dan menghidupkan kembali pranata lama. Kecenderungan ini terjadi di beberapa tempat misalkan dengan kembali kepada Sistem Pemerintah Nagari di Sumatra Barat, Sistem Gampong dan Mukin di Aceh dan diberbagai penjuru lainnya.

## **2. Hak konstitusional masyarakat adat atas tanah dan sumber daya alam lainnya**

Soal hak masyarakat adat atas tanah dan sumber daya alam lainnya merupakan faktor kunci yang menjadi persoalan selama ini. Banyak masyarakat adat dirampas tanah-tanah tempat mereka melangsungkan kehidupan, mencari makan, bermasyarakat, beribadah serta mengembangkan tradisi-tradisinya. Perampasan itu dilakukan atas dalih-dalih 'suci' misalkan atas nama pembangunan, hukum, kemajuan, kemakmuran yang dikampanyekan baik oleh pemernitah maupun pengusaha.

Praktik pada masa Orde Baru yang merampas tanah-tanah rakyat atas nama pembangunan dengan memanipulasi makna hak menguasai negara sebagai turunan dari Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 telah melahirkan gugatan terhadap keberadaan konsepsi hak menguasai negara tersebut. Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 berbunyi:

*Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.*

Seiring dengan terbentuknya MK dan kewenangannya yang dapat menafsirkan makna konstitusi, maka MK memberikan makna baru terhadap keberadaan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 agar tidak mudah dimanipulasi lagi seperti yang pernah dilakukan oleh rezim Orde Baru. Pembicaraan tentang hak masyarakat adat atas tanah dan sumber daya alam lainnya erat terkait dengan konsepsi penguasaan negara atas tanah dan sumber daya alam lainnya. Bila penguasaan negara tak terbatas, maka akan habis terampas semua tanah-tanah masyarakat adat. Interaksi antara penguasaan negara dan hak masyarakat atas tanah itu telah menjadi hubungan yang sejak masa kolonial telah dikembangkan dengan Domein Verklaring pada masa itu.

Dalam putusan perkara Nomor 3/PUU-VIII/2010 mengenai Pengujian Undang-Undang No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil, MK menyebutkan bahwa tujuan penguasaan negara menurut Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 adalah untuk sebesar-besar kemakmuran. Oleh karena itu, sebesar-besar kemakmuran rakyat-lah yang menjadi ukuran utama bagi negara dalam menentukan pengurusan, pengaturan atau pengelolaan atas bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Di samping itu, penguasaan oleh negara atas bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya harus juga memperhatikan hak-hak yang telah ada, baik hak individu maupun hak kolektif yang dimiliki masyarakat hukum adat (hak ulayat), hak masyarakat adat serta hak-hak konstitusional lainnya yang dimiliki oleh masyarakat dan dijamin oleh konstitusi, misalnya hak akses untuk melintas, hak atas lingkungan yang sehat dan lain-lain.

Pemberian Hak Pengelolaan Perairan Pesisir (HP-3) melalui UU Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-pulau Kecil dipandang oleh MK mengancam keberadaan hak-hak masyarakat tradisional dan kearifan masyarakat lokal atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil, karena menurut konsepsi undang-undang tersebut, masyarakat tradisional yang secara turun temurun memiliki hak atas pemanfaatan perairan pesisir dan pulau-pulau kecil akan diberikan HP-3, dan dapat menerima ganti rugi atas pemberian HP-3 kepada swasta berdasarkan kesepakatan musyawarah. Menurut Mahkamah konsep demikian, akan membatasi hak-hak tradisional masyarakat dalam batasan waktu tertentu menurut ketentuan pemberian HP-3 yaitu 20 tahun dan dapat diperpanjang.

Konsep ini bertentangan dengan konsep hak ulayat dan hak-hak tradisional rakyat yang tidak bisa dibatasi karena dapat dinikmati secara turun temurun. Demikian juga mengenai konsep ganti kerugian terhadap masyarakat yang memiliki hak-hak tradisional atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil, akan menghilangkan hak-hak tradisional rakyat yang seharusnya dinikmati secara turun temurun (*just saving principle*), karena dengan pemberian ganti kerugian maka hak tersebut hanya dinikmati oleh masyarakat penerima ganti kerugian pada saat itu. Hal itu juga bertentangan dengan prinsip hak-hak tradisional yang berlaku secara turun temurun, yang menurut Mahkamah bertentangan dengan jiwa Pasal 18B UUD 1945 yang mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya. Di samping itu, dengan konsep HP-3 dapat menghilangkan kesempatan bagi masyarakat adat dan masyarakat tradisional yang menggantungkan kehidupannya pada wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil, sehingga bertentangan dengan Pasal 28A UUD 1945.

Melalui putusan itu sebenarnya MK menolak mempersamakan hak masyarakat atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil dipersamakan dengan HP-3 yang merupakan konsesi yang diberikan oleh negara kepada pihak lain untuk mengusahakan wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil.

Dalam putusan yang lain, yaitu putusan perkara No. 45/PUU-IX/2011 mengenai Pengujian Undang-Undang Kehutanan, MK mempertimbangkan tentang konstusionalitas kawasan hutan. Dalam putusan tersebut MK menyampaikan bahwa penguasaan negara atas kawasan hutan harus memperhatikan keberadaan hak-hak individu dan hak-hak ulayat masyarakat. Bila di dalam kawasan hutan terdapat hak-hak individu dan hak ulayat, maka pemerintah harus mengeluarkannya dari kawasan hutan (Lihat Arizona, 2012). Pandangan bahwa hak individu dan hak ulayat masyarakat adat harus dikeluarkan dari kawasan hutan diikuti pula dalam putusan Perkara No. 34/PUU-IX/2011 mengenai Pengujian Undang-Undang Kehutanan. Dalam putusan yang terakhir ini, MK mempertimbangkan bahwa bukan hak individu dan hak ulayat saja yang mesti dikeluarkan, melainkan juga hak-hak atas tanah lainnya sesuai peraturan perundang-undangan seperti HGU, HGB dan Hak Pakai.

### **3. Mencari titik seimbang Negara Vs Masyarakat Adat**

Lewat serangkaian putusnya, MK telah menciptakan makna baru tentang penguasaan negara atas tanah dan sumber daya alam dan hubungannya dengan hak masyarakat adat atas tanah. Hubungan penguasaan negara dan hak masyarakat adat atas tanah telah menjadi perdebatan lebih dari satu abad karena telah menjadi objek perdebatan sejak masa kolonial. Bagian ini menguraikan terlebih dahulu secara singkat konsepsi *domein verklaring* pada masa kolonial dan hak menguasai negara pada masa pemerintah republik untuk menggantikan konsepsi kolonial tersebut. Baik *domein verklaring* maupun hak menguasai negara adalah pokok persoalan bagaimana relasi antara negara dengan masyarakat adat dalam hal penguasaan atas tanah dan sumber daya alam lainnya.

#### *Konsepsi Domein Verklaring*

*Domein verklaring* atau yang sering disebut dengan istilah seperti Prinsip Domein, Asas Domein, Doktrin Domein, Teori Domein, Konsep Domein atau Deklarasi Domein merupakan prinsip pemilikan tanah yang berkembang pada masa kolonial. *Domein Verklaring* yang termuat dalam *Agrarische Wet 1870*<sup>17</sup> menyatakan bahwa semua tanah di mana tidak dapat

dibuktikan kepemilikannya oleh orang lain, maka tanah demikian merupakan tanah milik (*domein*) negara.

Rentang kendali kekuasaan negara dengan dan melalui Prinsip Domein menjadi sangat luas. *Domein Verklaring* Hindia-Belanda biasanya ditafsirkan sedemikian rupa sehingga ketentuan Pasal 576 BW Belanda (Pasal 520 KUHPerdara) harus dibaca sebagai penegasan bahwa tanah-tanah yang tidak dikelola dan tidak ada pemiliknya, akan dianggap kepunyaan (milik) negara.<sup>18</sup> Pemberlakuan ketentuan Pasal 520 KUHPerdara pada dasarnya menghendaki negara yang harus membuktikan bahwa suatu bidang tanah memang tidak dikelola dan tidak dimiliki seseorang. Hanya dalam hal itulah negara boleh mengklaim dirinya sebagai pemilik. Namun dalam kenyataannya, *Domein Verklaring* versi Hindia-Belanda membalikkan beban pembuktian: bukan negara yang harus membuktikan, tetapi orang yang mengklaim hak atas tanah yang harus membuktikan dirinya sebagai pemilik atau penguasa tanah yang sah. Setidak-tidaknya, inilah yang merupakan penafsiran yang umum berlaku sesudah tahun 1870 terhadap penerapan hukum dan perundang-undangan sepanjang menyangkut *Domein Verklaring* (Termorshuizen-Arts, 2010).

Tidak dapat dipungkiri bahwa Agrarische Wet 1870 adalah produk politik yang didorong oleh kepentingan-kepentingan tertentu, dalam hal ini terutama kepentingan para kapitalis, pengusaha asing. Pemberlakuan secara eksplisit dalam Wet dibutuhkan para kapitalis untuk menjamin kepastian hukum yang memudahkan mereka dalam memperoleh lahan yang luas demi pendirian dan pengembangan usaha mereka di Hindia Belanda. *Prinsip Domein Verklaring* ini memberi kewenangan yang luas kepada negara sebagai pemilik untuk memanfaatkan berdasar kepentingannya. Begitu juga ketika desakan kapitalis mendorong negara untuk menggunakan kewenangannya demi kepentingan mereka. Dengan beralihnya kewenangan negara atas tanah yang luas kepada kaum kapitalis menimbulkan “negara dalam negara.” Inilah yang kemudian menjadi permasalahan besar sejak awal kemerdekaan bangsa Indonesia.

Konsepsi *Domein Verklaring* inilah yang oleh banyak pejuang republik dan dalam pembentukan UUPA dianggap sebagai ‘biang keladi’ penindasan terhadap rakyat dan tanah pribumi. Sebab dengan prinsip itu, pemerintah kolonial dapat dengan mudah mengklaim pemilikan atas tanah dan menyerahkan perusahaan tanah tersebut kepada perusahaan-perusahaan asing untuk melakukan aktivitas yang pada akhirnya memperparah kehidupan rakyat di Hindia Belanda. Keberadaan prinsip itu telah menjadikannya sasaran kritik berbagai pihak yang melawan kapitalisme agraria penguasa kolonial Belanda baik oleh penstudi berkebangsaan Belanda maupun oleh pejuang kemerdekaan Indonesia.

Walaupun ada perbedaan pendapat, namun dalam praktiknya yang sering diterapkan adalah penafsiran yang dibuat oleh pemerintah hindia belanda. sehingga tanah-tanah yang dipunyai rakyat Indonesia asli dengan hak milik dan tanah-tanah yang dipunyai oleh masyarakat hukum adat dengan hak ulayat, adalah tanah domein Negara. Tanah yang dipunyai orang indonesia asli dengan hak milik hanya dihargai sebagai hak pakai turun-temurun, namun demikian hak-hak adat tersebut tetap dilindungi dan dihormati sehingga tidak boleh diambil oleh Gubernur Jenderal untuk diberikan kepada pengusaha dengan hak *erfpacth*. Dari asas domeinverklaring yang termuat dalam pasal 1 *Agrarische Besluit (AB)* tersebut dapat disimpulkan bahwa, hubungan hukum antara tanah dan Negara adalah hubungan kepemilikan, artinya Negara memiliki semua tanah yang bukan hak *eigendom* dan hak *agrarische eigendom*.

Dalam praktek fungsi *domeinverklaring* dalam perundang-undangan pertanahan pemerintah kolonial Belanda digunakan sebagai landasan hukum bagi pemerintah yang mewakili Negara sebagai pemilik tanah, untuk memberikan tanah dengan hak-hak barat yang diatur dalam KUHPdt, seperti hak erfacht, hak postal dan lain-lainnya. Dalam rangka *domeinverklaring*, pemberian tanah dengan hak eigendom dilakukan dengan cara pemindahan hak milik Negara kepada penerima tanah. Selain itu juga digunakan sebagai bidang pembuktian pemilikan (Harsono, 1999).

### *Hak Menguasai Negara*

UUPA menerjemahkan prinsip dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 menjadi Hak Menguasai Negara (HMN). Di dalam UUPA memang tidak disebut secara persis Hak Menguasai Negara, melainkan dengan frasa "Hak Menguasai dari Negara." Pasal 2 ayat (1) UUPA menyebutkan: "Atas dasar ketentuan dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya itu pada tingkatan tertinggi dikuasai oleh Negara, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat. Selanjutnya hak menguasai dari negara sebagaimana dimaksud tersebut memberikan wewenang kepada negara untuk melakukan tiga hal yaitu:

- (a) mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa tersebut;
- (b) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa; dan
- (c) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.

Adapun ruang lingkup HMN adalah berlaku atas semua tanah yang ada di Indonesia, baik itu tanah yang belum dihaki, juga tanah yang telah dihaki oleh perseorangan. Itulah beda antara HMN dengan Prinsip *Domein Verklaring*. Prinsip *Domein Verklaring* meskipun menganut konsepsi pemilikan tanah oleh negara, tapi hanya berlaku untuk tanah-tanah yang tidak dapat dibuktikan hak pemilikannya. Artinya, Prinsip *Domein Verklaring* menjadi tidak berlaku di tanah-tanah milik individu rakyat pribumi dan terhadap tanah-tanah ulayat. Tidak berarti *domein verklaring* itu lebih baik sebab konsepsi itu mengandaikan konsep pemilikan atas tanah oleh negara yang sebenarnya bertujuan untuk memberi legalisasi dan legitimasi bagi perusahaan perkebunan swasta dalam perolehan lahan yang luas di Hindia Belanda (Wiradi, 2002). Apalagi beban untuk membuktikan apakah sesuatu itu merupakan tanah milik perorangan atau tanah ulayat dibebankan kepada masyarakat, bukan negara yang harus membuktikan apakah suatu tanah merupakan tanah negara bebas.

Konsepsi Hak Menguasai Negara dipengaruhi paham Negara integralistik yang berkembang saat itu dan didukung terutama oleh Soekarno dan Supomo. Kesatuan antara masyarakat dan Negara dimana kepentingan individu dan kelompok larut dalam kepentingan Negara (mirip dengan konsep Rousseau tentang masyarakat organis) sehingga tidak terjadi pertentangan hak dan kepentingan warga masyarakat dan Negara. Individu ditempatkan di bawah nilai masyarakat sebagai keseluruhan (Suseno, 1993:94-96).



Dalam mengadakan hubungan langsung antara negara dengan tanah, dapat dipilih tiga kemungkinan:

1. Negara sebagai subyek, yang kita persamakan dengan perseorangan, sehingga dengan demikian hubungan antara negara dan tanah itu mempunyai *sifat privaatechtelijk*, negara sebagai pemilik. Hak negara adalah *hak dominium*.
2. Negara sebagai subyek, diberi kedudukan tidak sebagai perseorangan, tetapi sebagai negara, jadi sebagai badan kenegaraan, sebagai badan yang *publiekrechtelijk*. Hak negara adalah hak dominium juga dan disamping itu dapat juga digunakan istilah *hak publiek*.
3. Negara sebagai subyek, dalam arti tidak sebagai perseorangan dan tidak sebagai badan kenegaraan, akan tetapi negara sebagai *personafikasi* rakyat seluruhnya, sehingga dalam konsepsi ini negara tidak lepas dari rakyat, negara hanya menjadi pendiri, menjadi pendukung daripada kesatuan-kesatuan rakyat.

Hubungan yang tersebut pada no. 3, negara sebagai personafikasi rakyat bersama, kiranya yang paling tepat karena kalau ditinjau dari sudut perikemanusiaan, sesuai dengan sifat makhluk sosial juga dengan sifat perseorangan yang merupakan kesatuan daripada individu-individunya (Soetiknjo, 1987:37-8). Konsep yang tersebut pada angka 2 di atas menjadi prinsip dari politik hukum UUPA. Jika ditelaah lebih mendalam, konsepsi negara menguasai ini, mengasumsikan "*negara berdiri di atas kepentingan semua golongan*" atau dalam istilah Kuntowijoyo "Negara Budiman". Padahal, pada kenyataannya tidak demikian, karena negara merupakan organisasi kekuasaan yang sarat dengan sejumlah kepentingan kelompok atau individu yang mengatasnamakan kepentingan rakyat atau kepentingan negara. Paham ini sangat dipengaruhi oleh teori *integralistik*, yang diajarkan oleh Spinoza, Adam Muller, Hegel dan lain-lain yang berpendapat bahwa negara bukan dimaksudkan untuk menjamin kepentingan seseorang atau golongan, akan tetapi menjamin kepentingan masyarakat seluruhnya sebagai satu kesatuan. Lebih lanjut: "Negara ialah suatu susunan masyarakat yang integral, segala golongan, segala bagian, segala anggotanya berhubungan erat satu sama lain dan merupakan persatuan masyarakat yang organis."

Atas dasar integralisme itulah kemudian hak-hak rakyat atas tanah, terutama hak ulayat dianggap melebur dalam tubuh negara. Bahkan Budi Harsono mengatakan bahwa penguasaan negara, yang disebutnya sebagai hak bangsa, merupakan hak ulayat yang ditinggikan kedudukannya pada tingkat supra masyarakat adat. Perbedaan mendasar dari Hak Menguasai Negara dengan Domein Verklaring berkaitan dengan perlakuannya terhadap tanah ulayat. Bila Domein Verklaring dalam konsepsinya terbatas keberlakuannya pada tanah-tanah yang telah dimiliki oleh penduduk pribumi, konsepsi Hak Menguasai Negara malah membatasi keberadaan tanah ulayat dengan memberikan sejumlah persyaratan. UUPA dalam Pasal 2 ayat (4) menyebutkan bahwa: Hak menguasai dari Negara tersebut diatas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan Peraturan Pemerintah."

Termorshuizen-Arts menyebutkan bahwa pada praktiknya HMN sama dengan *domein verklaring* karena adanya interpretasi sempit mengenai hak ulayat masyarakat hukum adat (*beschikkingsrecht*) yang sebaliknya memunculkan tafsiran sangat luas atas lingkup Hak Menguasai Negara atas tanah. Bilamana klaim negara (*Doktrin Domein de facto*

di atas) diinterpretasikan secara sempit, yaitu *domein* negara hanya mencakup tanah-tanah yang tidak dimanfaatkan, maka lingkup hak ulayat masyarakat hukum adat menjadi sangat luas. Sebaliknya ialah bila penafsiran *domein* negara dilakukan secara luas, maka penguasaan masyarakat hukum adat atas tanah menjadi lebih sempit (Termorshuizen-Arts, 2010). Tahir yang luas terhadap hak menguasai negara dan pembatasan terhadap hak ulayat telah dimanfaatkan oleh rezim Orde Baru untuk secara berangsur-angsur menggusur keberadaan tanah ulayat dan menjadikan konsepsi hak menguasai negara sebagai dalih pembenarnya.

#### *Konsepsi Konstitusional Penguasaan Negara*

Terbentuknya Mahkamah Konstitusi sejak tahun 2003 dengan kewenangan yang dimilikinya untuk menguji undang-undang telah menjadikannya sebagai salah satu sumber kajian hukum yang baru. Dalam berbagai putusannya Mahkamah Konstitusi menguji undang-undang di bidang agraria terhadap Pasal 33 UUD 1945 yang menjadi dasar penguasaan negara atas tanah dan sumber daya alam lainnya.

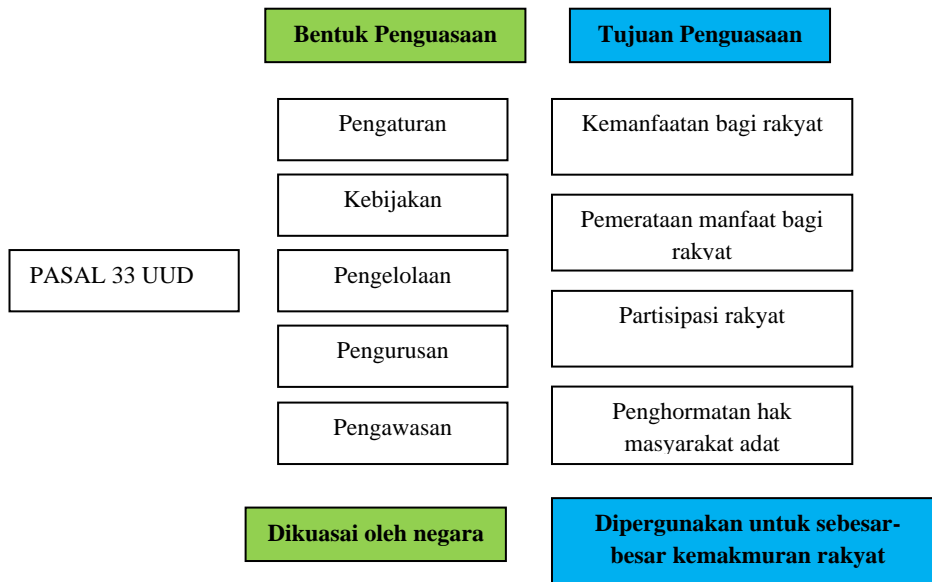
Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa seluruh ketentuan (lima ayat) dalam Pasal 33 UUD 1945 harus dipahami sebagai kesatuan yang bulat dan dengan semangat untuk senantiasa menjadikan UUD 1945 sebagai konstitusi yang hidup (*living constitution*). Pasal 33 UUD 1945 bertujuan mewujudkan perekonomian nasional yang memberikan kemakmuran yang sebesar-besarnya kepada rakyat. Perekonomian nasional, yang berupa usaha bersama yang berasaskan kekeluargaan itu, tidak dapat diartikan lain selain sebagai bagian dari tugas Pemerintah Negara Indonesia untuk memajukan kesejahteraan umum. Dalam kerangka pikir itu pula makna “sebesar-besar kemakmuran rakyat” dalam Pasal 33 UUD 1945 itu harus dipahami, bukan semata-mata pada bentuk. Hanya dengan pemahaman demikian pula dapat diterima jalan pikiran pembentuk undang-undang bahwa terhadap bidang-bidang dan/atau cabang-cabang produksi tertentu memang diperlukan penguasaan oleh negara. Dengan penegasan tersebut di atas maka tiga hal berikut menjadi jelas:

1. Hak menguasai yang diberikan oleh UUD 1945 kepada negara bukanlah demi negara itu sendiri. Melainkan dipergunakan bagi sebesar-besar kemakmuran rakyat.
2. Bagi orang perorangan pemegang hak atas tanah, termasuk badan hukum, penegasan tersebut memberi kepastian bahwa dalam hak atas tanah yang dipunyainya itu melekat pula pembatasan-pembatasan yang lahir dari adanya hak penguasaan oleh negara.
3. Bagi pihak-pihak lain yang bukan pemegang hak atas tanah juga diperoleh kepastian bahwa mereka tidak serta-merta dapat meminta negara untuk melakukan tindakan penguasaan atas tanah yang terhadap tanah itu sudah melekat suatu hak tertentu.

Penguasaan negara sebagai mandate rakyat secara kolektif dalam Pasal 33 UUD 1945 diwujudkan dalam lima bentuk atau fungsi, yaitu kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*) dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Mahkamah Konstitusi juga merumuskan empat tolak ukur untuk menentukan apakah suatu bentuk hukum atau tindakan hukum bertujuan untuk memberikan sebesar-besar kemakmuran rakyat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Empat tolak ukur tersebut antara lain: (i) kemanfaatan sumber daya alam bagi rakyat, (ii) tingkat pemerataan manfaat sumber daya alam bagi rakyat, (iii) tingkat partisipasi rakyat dalam

menentukan manfaat sumber daya alam, serta (iv) penghormatan terhadap hak rakyat secara turun temurun dalam memanfaatkan sumber daya alam.

**Bagan . Konsepsi Konstitusional Penguasaan Negara atas Tanah dan Sumber Daya Alam lainnya dalam Pasal 33 UUD 1945**



Bagan di atas menggambarkan bagaimana konstruksi penguasaan negara dalam Pasal 33 UUD 1945. Penguasaan negara dilakukan dalam bentuk fungsi, sedangkan tujuan penguasaan negara tersebut diukur dari empat tolak ukur. Jadi rumusan untuk memahami makna penguasaan negara di dalam Pasal 33 UUD 1945 dari putusan Mahkamah Konstitusi dapat dirumuskan dengan 4 X 5. Putusan Mahkamah Konstitusi merumuskan makna Pasal 33 UUD 1945, sepanjang berkaitan dengan penguasaan negara atas cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak serta bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya yang dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat, diwujudkan dalam lima fungsi negara dan empat tolak ukurnya.

Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 menentukan bahwa bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Dengan adanya anak kalimat “*dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat*” dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, maka sebesar-besar kemakmuran rakyat-lah yang menjadi ukuran utama bagi negara dalam menentukan pengurusan, pengaturan atau pengelolaan atas bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Di samping itu, penguasaan oleh negara atas bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya harus juga memperhatikan hak-hak yang telah ada, baik hak individu maupun hak kolektif yang dimiliki masyarakat hukum adat (hak ulayat), hak masyarakat adat serta hak-hak konstitusional lainnya yang dimiliki oleh masyarakat dan dijamin oleh konstitusi, misalnya hak akses untuk melintas, hak atas lingkungan yang sehat dan lain-lain.

Perlindungan terhadap hak masyarakat adat dalam putusan Mahkamah Konstitusi dapat dilihat dalam putusan pengujian UU Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-pulau Kecil. Dalam putusan yang membatalkan keberadaan HP-3 tersebut Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pemberian HP-3 mengancam keberadaan hak-hak masyarakat tradisional dan kearifan masyarakat lokal atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil, karena menurut konsepsi undang-undang tersebut, masyarakat tradisional yang secara turun temurun memiliki hak atas pemanfaatan perairan pesisir dan pulau-pulau kecil akan diberikan HP-3, dan dapat menerima ganti rugi atas pemberian HP-3 kepada swasta berdasarkan kesepakatan musyawarah. Menurut Mahkamah konsep demikian, akan membatasi hak-hak tradisional masyarakat dalam batasan waktu tertentu menurut ketentuan pemberian HP-3 yaitu 20 tahun dan dapat diperpanjang.

Konsep ini bertentangan dengan konsep hak ulayat dan hak-hak tradisional rakyat yang tidak bisa dibatasi karena dapat dinikmati secara turun temurun. Demikian juga mengenai konsep ganti kerugian terhadap masyarakat yang memiliki hak-hak tradisional atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil, akan menghilangkan hak-hak tradisional rakyat yang seharusnya dinikmati secara turun temurun (*just saving principle*), karena dengan pemberian ganti kerugian maka hak tersebut hanya dinikmati oleh masyarakat penerima ganti kerugian pada saat itu. Hal itu juga bertentangan dengan prinsip hak-hak tradisional yang berlaku secara turun temurun, yang menurut Mahkamah bertentangan dengan jiwa Pasal 18B UUD 1945 yang mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya.

#### 4. Penutup

Keberadaan mekanisme kontrol melalui pengadilan merupakan fundamen penting dalam mewujudkan negara hukum. Di Indonesia, Mahkamah Konstitusi yang merupakan lembaga baru sebagai hasil dari proses reformasi telah memainkan peranan penting untuk mengoreksi 'kebijakan negara' dalam memperlakukan masyarakat adat. Peranan itu bahkan dilakukan dengan melahirkan makna baru tentang hubungan penguasaan negara atas tanah dan sumber daya alam lainnya serta hubungannya dengan hak ulayat masyarakat adat atas tanah. MK telah memainkan peranan menjadi kekuatan penyeimbang dari ketimpangan kuasa antara negara dengan masyarakat adat.

Meskipun telah ada perubahan konsepsi konstitusional penguasaan negara atas tanah dan sumber daya alam lainnya yang lebih menghargai keberadaan hak ulayat, namun tetap saja praktik pemerintahan menjadi penentu bagaimana norma-norma positif dari konstitusi dan putusan MK dapat diterapkan di kampung-kampung. Penyelewengan terhadap mandat konstitusi telah banyak dilakukan oleh rezim-rezim sebelumnya. Namun sayang sekali, karena keterbatasan desainnya, MK tidak bisa terlibat jauh untuk memeriksa atau memastikan bagaimana norma konstitusi dan putusannya dijalankan oleh pembentuk dan pelaksana hukum.

Sifat putusan MK dalam pengujian undang-undang sama dengan norma undang-undang yang bersifat abstrak dan umum. Putusan MK mengikat semua orang (*erga omnes*) tidak saja pada para pemohon yang mengajukan perkara. Sifatnya yang abstrak itulah yang memungkinkan pemberian tafsir yang longgar pula bagi para pelaksana dan pembuat hukum untuk merespons putusan Mahkamah Konstitusi. Hal ini nampak ketika Kementerian Kehutanan memberikan tafsir terhadap putusan MK No. 45/PUU-IX/2011. Sehingga menjadi

tantangan kedepan agar MK memberikan penafsiran hukum yang lebih spesifik dan dapat menjadi panduan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan konkret yang dihadapi oleh masyarakat adat dalam mempertahankan dan memperjuangkan hak konstitusionalnya atas tanah dan sumber daya alam lainnya

### Daftar Pustaka

Arizona, Yance.

2008 *Konstitusi dalam Intaian Neoliberalisme*, Jurnal Konstitusi, Volume I, Nomor 1, November 2008. Diterbitkan atas kerjasama Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dengan dengan Lembaga Kajian Konstitusi Universitas Airlangga.

2011 *Perkembangan konstitusionalitas penguasaan negara atas sumber daya alam dalam putusan Mahkamah Konstitusi*, Jurnal Konstitusi Vol. 8. No. 3. Juni 2011

2012 *Konsepsi Konstitusional Penguasaan Negara atas Agraria dan Pelaksanaannya*, tesis pada Program Magister Ilmu Hukum, Universitas Indonesia, Jakarta.

Bedner, Adriaan

2010 *An Elementery Approach to the Rule of Law*, Hague Journal on the Rule of Law, 2 : 48-74, 2010

2011 "Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum," dalam Myrna Safitri, Awaludin Marwan dan Yance Arizona, 2010, *Satjipto Rahardjodan Hukum Progresif: Urgensi dan Kritik*, Jakarta: Epistema-HuMa

Fauzi, Noer.

1998 *Petani dan Penguasa, Dinamika Perjalanan Politik Agraria Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, bekerjasama dengan Insist Press dan Konsorsium Pembaruan Agraria.

2012 *Land reform dari masa ke masa*, Yogyakarta: Tanah Air Beta.

Harsono, Budi.

1999 *Hukum Agraria Indonesia: Sejarah pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, isi dan pelaksanaannya*, edisi revisi. Jakarta: Djambatan

Kleinfeld, R.

2006 'Competing definitions of the rule of law', dalam: Th. Carothers (ed.), *Promoting the rule of law abroad: In search of knowledge*, Rule of Law Series, Vol. 34, Washington: Carnegie Endowment for International Peace, hal 31-74.

Notonagoro,

Tanpa tahun, *Politik hukum dan pembangunan Agraria di Indonesia*, Jakarta: Bina Aksara.

Peerenboom, R.

2004 'Varieties of rule of law: An introduction and provisional conclusion', dalam: R. Peerenboom (ed.), *Asian discourses on rule of law: Theories and implementation of law in twelve Asian countries, France and the U.S.* London: RoutledgeCurzon, hal. 1-53.

Soetiknjo, Iman.

1974 *Politik Agraria dan Pembangunan Negara*. Pidato pengukuhan jabatan Guru Besar dalam Politik Agraria pada Fakultas Sosial dan Politik Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 19 Juni 1974.

1987 *Proses Terjadinya UUPA, Peran Serta Seksi Agraria Universitas Gadjah Mada*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.

1994 *Politik Agraria Nasional*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.

Sumardjono, Maria SW.

1998 *Kewenangan Negara untuk Mengatur dalam Konsep Penguasaan Tanah oleh Negara*, dalam Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum UGM, tanggal 14 Februari 1998 di Yogyakarta.

2009 *Tanah dalam perspektif hak ekonomi, sosial dan budaya*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas

Tamanaha, B. Z.

2004 *On the rule of law: History, politics, theory*. Oxford: Oxford University Press.

Termorshuizen-Arts, Marjanne.

2010 'Rakyat Indonesia dan tanahnya: Perkembangan Doktrin Domein di masa kolonial dan pengaruhnya dalam hukum agraria Indonesia', dalam Myrna Safitri dan Tristam Moeliono, 2010. *Hukum agraria dan masyarakat di Indonesia: Studi tentang tanah, kekayaan alam, dan ruang di masa kolonial dan desentralisasi*, Jakarta: HuMa, Van Vollenhoven Institute, dan KITLV.

Wignjosoebroto, Soetandyo.

1994 *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional: Dinamika Sosial Politik dalam Perkembangan Hukum Indonesia*. Jakarta, Rajawali Pers.

Wiradi, Gunawan.

2009 *Reforma Agraria: Perjalanan yang Belum Berakhir*. Jakarta-Bogor-Bandung, Insist Press, KPA dan Akatiga.

## **Paradigma *Legal Policy* Terkait dengan Tanggungjawab Negara dalam Pemenuhan Hak-Hak Konstitusional Warga Perbatasan**

**Saru Arifin**

### **A. Pendahuluan**

Pengelolaan perbatasan Negara merupakan rangkaian akhir dari proses pembentukan perbatasan. Stephen B. Jhones (1945), sebagai salah satu ahli di bidang Kajian Perbatasan Negara khususnya perbatasan darat, menegaskan bahwa aspek management (pengelolaan) Negara merupakan pekerjaan yang bersifat kontinu. Sebab, di dalam kegiatan pengelolaan tersebut menyangkut banyak aspek yg terkait dengan pelaksanaan kedaulatan Negara itu sendiri, seperti pemeliharaan patok batas Negara, lalu lintas orang dan barang, serta persoalan pertahanan dan keamanan Negara itu sendiri (Sutisna dan Lukito, 2008). Oleh karena itu, sudah sewajarnya bila wilayah perbatasan memerlukan sebuah mekanisme pengelolaan yang terintegrasi dan berkesinambungan karena di ruang perbatasan tersebut akan selalu terjadi "pergesekan" atau interaksi dengan negara tetangga, baik positif maupun negatif.

Secara garis besar, fungsi-fungsi pelayanan, pendataan, pembangunan dan pemeliharaan kawasan perbatasan ke sisi dalam, yang meliputi aspek-aspek pembangunan politik, ekonomi, sosial, budaya, infrastruktur, lingkungan hidup, pertahanan dan keamanan dikerj akan dalam ruang lingkup atau tahapan ini (Sutisna dan Lukito, 2008).

Dalam konteks itu, kesadaran pengelolaan perbatasan Indonesia khususnya di wilayah Kalimantan Barat-Sarawak, secara intensif dimulai pada sekitar sepuluh tahun terakhir setelah banyak mengalami pergesekan politik dengan Negara tetangga tersebut. Misalnya, dalam kasus Sipadan-Ligitan yang berujung pada kekalahan Indonesia di Mahkamah Intemasional pada tahun 2002. Bermula dari kasus ini yang diiringi dengan rentetan kasus-kasus perbatasan lainnya yang bersifat hukum dan politis, seperti sengketa batas wilayah, patok perbatasan, illegal logging, illegal fishing dan lain sebagainya. Berbagai fenomena tersebut memberikan inspirasi bagi pemerintah untuk secara serius mengelola perbatasan Negara yang selama berpuluh tahun tidak pernah disentuh. Titik tolak (*starting point*) dari upaya tersebut dimulai pada tahun 2007 lalu dengan disahkannya UU No. 27 Tahun 2007 Tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil. Semangat yang melandasi kelahiran undang-undang ini selain bemuansa ekonomi-maritim juga erat kaitannya dengan batas maritime Negara dengan sejumlah Negara tetangga. Kemudian setahun berikutnya, disahkan UU No. 43 Tahun 2008 Tentang Wilayah Negara.

Jika dilihat dari pespektif Hukum Intemasional, kesadaran terhadap kawasan perbatasan Negara tersebut terbilang cukup terlambat. Sebab, pada tahun 1982 Indonesia melalui perjuangan Deklarasi Djuanda yang berujung manis dengan disahkannya UNCLOS 1982 oleh PBB, telah memberikan banyak keuntungan bagi Indonesia sebagai Negara kepulauan (*Archipelagic State*). Semestinya, kedua undang-undang "perbatasan Negara" tersebut dilahirkan tidak terlalu jauh dari UNCLOS 1982 tersebut, sehingga konsentrasi berikutnya lebih fokus pada sisi pengelolaan wilayah perbatasan (Mahfud, MD. 2009).

Peristiwa lainnya yang menggugah kesadaran atas pengelolaan wilayah perbatasan Negara tersebut, secara historis berasal dari gagasan pemimpin Negara tetanggal, yakni Dato' Musa Hitam dalam sebuah kesempatan sidang perbatasan di Kua Lumpur pada tahun 1983, yang melontarkan gagasan untuk membangun jalinan kerjasama pembangunan perbatasan yang kemudian hari dikenal dengan sebutan kerjasama sosial-ekonomi Malaysia-Indonesia (Sosek Malindo).

Berangkat dari gagasan itulah kemudian Indonesia mulai memberikan perhatian terhadap pembangunan kawasan perbatasan dari sisi sosial dan ekonominya. Sebelum itu, kebijakan terhadap perbatasan didominasi oleh isu-isu pertahanan dan keamanan yang menyebabkan kawasan perbatasan menjadi kawasan terisolir (*isolated*) dan berbahaya. Kondisi ini secara sadar telah menegaskan eksistensi penduduk yang ada di kawasan tersebut, sehingga hak-haknya secara konstitusional untuk mendapatkan pembangunan guna meningkatkan taraf kehidupan mereka yang sejajar dengan kawasan lainnya menjadi terabaikan. Berbarengan dengan itu, sudut pandang pemerintah terhadap Negara adalah sebagai kawasan belakang Negara atau wilayah pinggiran (*ifrontier*). Situasi ini tentu membawa implikasi yang signifikan terhadap paradigma pemerintah dalam pengelolaan perbatasan. Dalam konteks ini, paradigma atau sudut pandang Negara terhadap kawasan perbatasan, dapat melahirkan cara pendekatan kebijakan yang dilahirkannya, baik positif maupun negatif.

## **B. Tanggungjawab Negara**

Norma-norma yang termuat dalam konstitusi, tidak saja yang mengatur organisasi kewenangan lembaga, dan hubungannya satu dengan yang lain, yang melahirkan kewenangan atau *constitutional authorities*, tetapi juga mengatur hubungan Negara dengan warganegara dalam konteks kewenangan yang disebut dengan hak-hak konstitusional rakyat. Dalam hubungan dengan kekuasaan Negara, hak-hak warganegara diatur dalam konstitusi sebagai perlindungan dari penyimpangan perbuatan penyelenggara Negara. Sebagai pemegang kedaulatan rakyat, wujud demokrasi bukan hanya tampak dari penentuan mereka yang duduk dalam kursi kekuasaan Negara melalui hak pilih rakyat yang menjadi salah satu hak konstitusional, tetapi juga tampak dari hak-hak yang diatur dalam konstitusi, yang merupakan batas yang tidak bisa dilanggar oleh penyelenggara Negara dalam menjalankan kekuasaan Negara, yaitu baik sebagai hak warga Negara atau hak asasi (Siahaan, 2011).

Dalam UUD 1945 ada hak-hak yang secara tegas disebut sebagai hak asasi, yang termuat dalam Bab XA UUD 1945, yang merupakan hak yang melekat pada harkat dan martabat manusia sejak lahir, seperti hak untuk hidup, hak untuk diperlakukan sama dan hak untuk mendapat kepastian hukum dan keadilan serta sejumlah hak-hak asasi lainnya. Hak asasi tersebut dikatakan sesungguhnya tidak tergantung pada Negara, dan telah ada sebelum Negara lahir. Namun hak konstitusional dapat juga dilihat secara timbal balik dengan kewajiban konstitusional Negara. Setiap kewajiban konstitusional Negara yang disebut dalam UUD 1945, menyimpulkan adanya hak konstitusional sebagai bagian yang tidak dapat dipisahkan dari padanya atau yang melekat pada kewajiban Negara tersebut. Misalnya kewajiban Negara untuk mengalokasikan dana pendidikan 20 % dari APBN, serta kewajiban untuk belajar, semua melahirkan hak konstitusional bagi warga Negara, terhadap siapa Negara bekerja, serta yang menjadi tujuan Negara itu sendiri. Oleh karena itu di



samping hak konstitusional yang dapat dilihat secara tegas dituliskan dalam konstitusi, ada juga yang harus di simpulkan dari kewajiban. Kewajiban yang paling menuntut intervensi negara (positive measures) sehingga terjamin hak setiap orang atas kesempatan memperoleh haknya yang tidak dapat dipenuhi melalui usaha sendiri. Dalam kewajiban ini masalah anggaran belanja negara menjadi sangat penting. Dalam konteks hak atas tempat tinggal layak untuk masyarakat pesisir, akses terhadap kepemilikan tanah atau kredit rumah yang murah harus menjadi agenda pemerintah.

Penjabaran teknis dari tanggungjawab Negara tersebut dilihat dari perspektif hukum HAM, dibagi lagi dalam dua rumpun besar hak, yakni hak-hak sipil dan politik dengan paying konvensi ICCPR (*International Convention on Civil and Political Rights*), dan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya yang dipayungi dengan konvensi ICE SCR (*International Convention on Economic, Social, and Cultural Rights*). Namun dalam implementasinya, kedua konvensi tersebut memiliki operasionalisasi yang berbeda. Hak-hak sipil dan politik pemenuhannya bersifat segera, dan sebaliknya hak-hak ekonomi, sosial dan budaya pemenuhannya secara berangsur-angsur (Asplund, dkk., 2010; Iskandar, 2010).

Pada prinsipnya persoalan perlindungan dan pemenuhan Hak Masyarakat khususnya masyarakat di wilayah perbatasan dalam semua aspek termasuk hak ekonomi, sosial dan budaya (ekosob) merupakan bagian dari tujuan pendirian suatu negara. Bahkan dalam perspektif Teori Locke Perlindungan hak-hak Kodrati (hak asasi manusia) merupakan dasar dalam pendirian suatu negara. Setiap orang harus tunduk terhadap kekuasaan negara sepanjang dilakukan untuk menciptakan perdamaian, keamanan dan kesejahteraan serta melindungi hak-hak kodrati rakyat, dimana hak-hak kodrati yang dilindungi negara ini adalah hak-hak yang tidak dapat dipisahkan dan terpisahkan dari manusia sejak keadaan alamiah atau 'state of nature', yaitu 'life, liberty and estate'. Negara hanya akan memperoleh legitimasi kekuasaannya dari rakyat apabila negara akan merealisasikan hak-hak rakyatnya (Yahya, 2011). Dalam konteks itu, "ketidakhadiran Negara akan menimbulkan kemerosotan rasa nasionalisme dan kecintaan mereka kepada Negara, sehingga hal ini menjadi problem dalam pelaksanaan kedaulatan Negara.

### **C. Potret Keterpenuhan Hak-Hak Konstitusional Warga Perbatasan**

Berangkat dari pijakan norma HAM tersebut, dalam kasus wilayah perbatasan, pemenuhan kedua rumpun hak-hak warga Negara tersebut sama-sama mengalami halangan mendasar dalam pemenuhannya. Banyak faktor yang menyebabkan kondisi ini tidak bias dilakukan oleh Negara sebagaimana tuntutan dari konvensi tersebut (Arifin, 2010). *Pertama*, sejak Indonesia berdiri sampai kurun waktu berakhirnya Orde Baru, paradigm pemerintah terhadap perbatasan sebagai kawasan *frontier* (pinggiran) atau dalam istilah populernya disebut serambi belakang. Paradigma ini mengakibatkan wilayah-wilayah remote area tersebut hampir tidak tersentuh (*untouchtable*) dari pembangunan. Dengan demikian, afirmasi kebijakan bagi masyarakat perbatasan menjadi terabaikan.

*Kedua*, pendekatan pengelolaan perbatasan lebih didominasi keamanan dan menegas ikan pendekatan kesej ahteraan. Dalam konsepsi klasik ataupun tradisional, kebijakan keamanan lebih diartikan sebagai usaha untuk menjaga keutuhan teritorial negara dari ancaman yang muncul dari luar. Konflik antar negara khususnya dalam upaya memperluas imperium daerah jajahan membawa definisi security hanya ditujukan kepada bagaimana negara memperkuat diri dalam upaya menghadapi ancaman militer. Disini

negara (*state*) menjadi subyek dan obyek dari upaya mengejar kepentingan keamanan. Pandangan kelompok ini menilai, bahwa semua fenomena politik dan hubungan internasional adalah fenomena tentang negara. Dalam alam pemikiran tradisional ini negara menjadi inti dalam upaya menjaga keamanan negara (al-Araf dan Abbas, et al. 2008).

Dalam pandangan sebagian ahli, stagnasi pembangunan wilayah perbatasan yang berimplikasi terhadap terjadinya kemiskinan massal pada masyarakat wilayah perbatasan, dipicu oleh paradigma penanganan wilayah perbatasan selama ini yang lebih mengutamakan keamanan. Pada masa lalu kawasan perbatasan dipandang sebagai wilayah yang perlu diawasi secara ketat, karena menjadi tempat persembunyian para pemberontak. Akibatnya, di sejumlah daerah, kawasan perbatasan tidak tersentuh pembangunan. Masyarakat di kawasan itu pun umumnya miskin dan secara ekonomi lebih berorientasi ke negara tetangga. Di lain pihak, negara tetangga seperti Malaysia justru telah membangun pusat-pusat pertumbuhan dan koridor perbatasannya melalui berbagai kegiatan ekonomi dan perdagangan. Pembangunan tersebut telah memberikan keuntungan bagi pemerintah maupun masyarakatnya (Bappenas, 2003; Supiadi, 2004).

Dalam konteks perbatasan Indonesia, seperti di Kalimantan dan Sarawak Malaysia, kesenjangan sarana dan prasarana wilayah antar kedua wilayah negara, telah menjadi pemicu orientasi perekonomian masyarakat perbatasan ke negara tetangga, dimana akses ke Malaysia, jauh lebih mudah dibandingkan ke **Ibu Kota** Kecamatan/Kabupaten di wilayah tersebut (Sianturi dan Nafsiah, 2001).

Berdasarkan hasil penelitian terdahulu yang dilakukan peneliti, terlihat bahwa penduduk perbatasan, khususnya di wilayah Kecamatan Sajingan Besar, tepatnya di desa Aruk yang berbatasan dengan Biawak, Malaysia, penduduk di wilayah tersebut menjual hasil produksi buminya ke Biawak yang hanya berjarak  $\pm 400$  m, sementara pasar induk Kecamatan ada di Galing yang berjarak sekitar  $\pm 60$  km dengan medan jalan yang rusak, berbatu dan bergelombang. Sementara sarana transportasi perintis hanya menggunakan Truck. Hal yang memprihatinkan adalah bahwa penduduk perbatasan yang menjual produksi hasil buminya ke Biawak tersebut, menurut Camat Sajingan tidak mempunyai kewenangan menentukan harga komoditas yang mereka jual, harga sepenuhnya ditentukan oleh pembeli dari Biawak. Selain itu, penduduk juga dikenakan *tax* di pos pemeriksaan Malindo (Thontowi, Sembiring dan Arifin, 2008).

Menurut Muhdad (2002), minimnya pembangunan kawasan perbatasan yang tidak seimbang bila dibandingkan dengan kawasan negara tetangga Malaysia, disebabkan lemahnya konsentrasi pembangunan ke kawasan tersebut, sehingga kurang mendapat prioritas di dalam perencanaan pembangunan. Konsekuensinya infrastruktur seperti sarana dan prasarana transportasi, telekomunikasi dan lain-lain, menjadi terbatas, sehingga kawasan perbatasan memiliki aksesibilitas yang rendah dan sulit untuk dijangkau, serta berimplikasi pada munculnya berbagai permasalahan, baik yang bersifat internal bahkan sampai menyangkut hubungan kedua negara (eksternal).

Secara umum, ada tiga permasalahan yang muncul akibat terabaikannya perhatian pemerintah terhadap pembangunan kawasan perbatasan yang terbagi dalam tiga dimensi, yaitu: permasalahan yang berdimensi lokal, nasional, dan internasional (Lahnisafitra, 2005).

*Pertama*, dimensi lokal dapat dilihat dari adanya kesenjangan pendapatan yang begitu jauh antara penduduk di kawasan perbatasan dengan negara tetangga. Misalnya, pada tahun 2000 lalu, perbandingan pendapatan perkapita penduduk perbatasan dengan

Sarawak, sebesar US\$ 300 berbanding US\$ 4000. Data pada tahun 2008 dari Gubernur Kalbar menunjukkan, bahwa perbandingan pendapatan antara Pendapatan perkapita: Prov. Kalbar US \$ sebesar 1.000, sedangkan Sarawak US \$ 11.000

*Kedua*, permasalahan yang berdimensi nasional, dimana sepanjang jalur perbatasan yang ada belum mampu diawasi secara efektif dan terbatasnya prasarana dan sarana transportasi, serta kondisi sosial ekonomi masyarakatnya yang rendah, sehingga menjadikan masyarakat perbatasan mudah terprovokasi untuk melakukan kegiatan illegal, mengeskplotasi sumber daya alam (hutan), serta upaya-upaya penyeludupan lainnya dengan sasaran pemasaran ke Sarawak, Malaysia.

*Ketiga*, permasalahan yang berdimensi Intemasional, dimana saat ini permasalahan perbatasan telah berkembang sampai menyentuh aspek kedaulatan negara, yaitu mengenai pemindahan tanda/patok tapal batas dan ketidakjelasan patok batas antar kedua negara tersebut. Wilayah perbatasan yang sangat panjang dan tidak tersedianya kemampuan pemerintah untuk melakukan pengawasan, merupakan suatu kondisi yang sangat rawan bagi kedaulatan negara.

Secara umum, dampak domino dari stagnasi pembangunan perbatasan tersebut tercermin dalam beberapa elemen hak konstitusional yang masih rendah. Misalnya dalam pembangunan SDM, kesejahteraan, dan keamanan. Beberapa elemen ini secara umum akan dielaborasi lebih jauh lagi pada bagian berikut.

### **1. Kondisi SDM Penduduk Perbatasan**

Sumberdaya manusia sebagai bagian terpenting dalam pembangunan wilayah merupakan persoalan serius yang terjadi di wilayah perbatasan. Berdasarkan data BPS dari setiap Kecamatan Perbatasan tahun 2007 diketahui, bahwa tingkat pendidikan masyarakat perbatasan tergolong rendah, dan tidak merata di setiap daerah. Dalam data BPS kecamatan perbatasan tersebut disebutkan, bahwa dari total jumlah penduduk perbatasan yang mencapai 241.541 jiwa, yang berpendidikan sarjana (S1) hanya sebanyak 384 orang, S2 sebanyak 9 orang, yaitu di Ketungau Tengah larang, Kedamin Kabupaten Kapuas Hulu sebanyak 5 orang, Badau larang dan Batang Lupar 2 orang, masing-masing di Kabupaten Sintang.

Sementara yang berpendidikan Diploma sebanyak 778 orang, dan jumlahnya amsing-masing kecamatan perbatasan cukup merata, kecuali di Kecamatan Siding, Kabupaten Bengkayang sebanyak larang dan di Kecamatan perbatasan Emp anang , Kabupaten Kapuas Hulu, sebanyak 3 orang. Selebihnya dari itu rata-rata di atas 10 orang. Data tersebut, selengkapnya dapat dilihat pada Tabel!.

Di samping rendahnya SDM wilayah perbatasan, sarana dan prasarana pendidikan juga terlihat minim. Namun demikian, fasilitas sekolah pendidikan dasar, secara umum di setiap kecamatan perbatasan sudah tersedia. Persoalan terjadi pada sarana pendidikan di jenjang SMP dan SMA. Sarana pendidikan untuk kedua jenjang tersebut masih belum banyak tersedia. Misalnya, berdasarkan data Bappeda Kalbar (2007) diketahui, bahwa jumlah gedung SMP di seluruh perbatasan hnaya mencapai 37 unit, dan untuk SMA mencapai 20 unit ditambah Madras Aliyah (dua) 2 unit.

Minimnya sarana dan prasarana pendidikan tersebut berimplikasi senus terhadap kesempatan bagi para siswa untuk mendapatkan hak pendidikan yang disediakan pemerintah. Sebab, dengan kondisi minimnya sarana dan prasarana pendidikan yang tidak merata tersedia di setiap kecamatan perbatasan, kecuali gedung SD, maka bagi penduduk usia sekolah yang berbeda kecamatan yang akan melanjutkan pendidikan di jenjang SMP atau SMA, mereka harus menempuh jalan rata-rata 23 km dengan akses jalan yang sangat sulit. Bahkan di daerah tertentu, seperti yang terjadi di Desa Sebus, Kecamatan Paloh, Desa Tirta Karya dan Desa Kertasari, Kecamatan Ketungau Tengah, anak-anak yang ingin melanjutkan pendidikan menuju jenjang SMP di tempat lainnya, harus menempuh jarak sejauh 100 km. Kondisi ini baru dilihat dari jarak geografis, belum lagi dilihat dari segi sarana dan prasarana jalan yang belum baik. Hal ini berimplikasi pada rendahnya kualitas SDM perbatasan.

No.	Kabupaten	Kecamatan	Jumlah Tamatan					
			SD	SMP	SMA	DIPL	S1	S2
1	Sambas	Saiingan Besar	483	391	156	22	-	-
		Paloh	4.467	1.646	683	81	29	-
2	Bengkayang	Siding	2.813	889	272	16	1	-
		Jagoi Babang						
3	Sanggau	Sekavam						
		Entikong	3.884	1.772	428	22	33	-
4	Sintang	Ketungau	3.075	1.728	1.124	76	138	1
		Tengah						
		Ketungau Hulu						
5	Kapuas Hulu	Empananz	472	374	149	38	3	-
		Puring	220	99	77	25	12	-
		Kencana						
		Badau	66	457	261	25	10	1
		Batang Lupar	1.796	611	310	37	26	2
		Emba10h Hulu	721	493	328	57	32	-
	Putussibau	304	111	118				
Total			24.247	13.076	7.402	778	384	9

Sumber: BPS Masing-Masing Kecamatan Perbatasan, 2007

Selain faktor sarana pendidikan yang mmim, persoalan lainnya yang dihadapi dunia pendidikan di wilayah perbatasan adalah menyangkut minimnya tenaga pendidik yang mengabdikan di daerah perbatasan tersebut. Hal ini terlihat dari data yang dihimpun oleh

Bappeda Kalimantan (2007) yang menyebutkan, bahwa jumlah pendidik di seluruh wilayah perbatasan untuk tingkat TK sebanyak 37 orang, tingkat SD relatif banyak yaitu mencapai 1.239 orang, Ibtidaiyah sebanyak 51 orang, tingkat SMP sebanyak 291 orang, tingkat MTS sebanyak 27 orang dan tingkat SMA sebanyak 216 orang, serta tingkat Madrasah Aliyah sebanyak 9 orang. Bagi daerah perbatasan yang relatif dekat dengan wilayah Malaysia seperti: Desa Jagoibabang, Pala Pasang dan Desa Bengkarum, sebagian warganya ada yang menyekolahkan anak-anak mereka ke Malaysia, melalui jalur kekerabatan dengan saudara mereka di Sarawak. Hal ini dikarenakan adanya akses jalan yang lebih mudah, serta sarana dan prasarana pendidikan yang jauh lebih memadai dibandingkan dengan di dalam negeri.

Kondisi tersebut di atas mencerminkan, bahwa pembangunan sumberdaya manusia di wilayah perbatasan masih sangat minim, sehingga hal ini menjadi persoalan tersendiri bagi pembangunan perbatasan, terutama jika menggunakan pendekatan-pendekatan pembangunan modern dengan parameter pendidikan formal yang tinggi. Persoalan lainnya adalah, bahwa dengan adanya beberapa daerah yang kedekatannya dengan Malaysia berada pada level I (dekat), ditunjang oleh faktor kekerabatan dan kemampuan ekonomi yang memadai, sebagian masyarakat menyekolahkan anaknya ke Malaysia. Kondisi ini tentu berpengaruh terhadap pembentukan karakter nasionalisme anak didik yang sejak usia pendidikan dasar telah dididik di negeri tetangga. Hal ini tentu berimplikasi pada semakin jauhnya rasa nasionalisme penduduk di wilayah perbatasan.

Kekhawatiran tersebut sebagaimana disampaikan oleh Dingga dan Silvanus (Wawancara, 23/3/2008), tokoh adat yang ada di Aruk, Kecamatan Sajingan Besar, Kabupaten Sambas. Menurut Dingga, generasi muda di wilayah perbatasan, saat ini lebih suka gaya hidupnya meniru kehidupan kota yang ada di Sarawak. Kondisi ini dipengaruhi oleh derasnya informasi mengenai Malaysia yang diterima oleh penduduk perbatasan, sementara sarana dan prasarana informasi di wilayah Aruk masih sangat minim. Di beberapa kecamatan perbatasan lainnya, seperti di Desa Suruh Tembawang, Entikong, banyak anakanak usia sekolah SMP dan SMA yang lebih memilih bekerja di Malaysia dibandingkan dengan bersekolah, karena tidak adanya biaya dan juga sekolah terdekat (Wawancara dengan Yohanes Pran, 13/5/2009).

Kondisi tersebut di atas, jika tidak ditangani dengan serius maka akan berdampak pada tergerusnya nilai-nilai nasionalisme warga perbatasan. Dalam konteks yang lebih jauh, maka hal itu dapat berdampak negatif terhadap pertahanan dan keamanan negara di wilayah perbatasan. Sebab, warga secara sosial ekonomi dan juga emosi akan jauh lebih merasa dekat dengan negara tetangga di bandingkan dengan dalam negeri.

## **2. Kondisi Kesejahteraan Penduduk Perbatasan**

Penduduk wilayah perbatasan negara pada umumnya berada dalam kondisi miskin dan terisolir. Sebagian ahli menyatakan bahwa keterpurukan penduduk perbatasan disebabkan oleh kuatnya paradigma pertahanan dan keamanan yang dilakukan oleh pemerintah. Dalam konteks ini, wilayah perbatasan semata dipandang sebagai wilayah pertahanan dan keamanan negara dari ancaman asing. Kondisi ini berpengaruh terhadap lemahnya pembangunan sosial ekonomi di wilayah perbatasan, sehingga orientasi ekonomi penduduk perbatasan pada umumnya ke negeri tetangga. Namun sayangnya, praktek ekonomi yang dijalankan oleh penduduk perbatasan banyak menggunakan cara-cara ilegal, seperti penebangan hutan secara ilegal dan memasarkannya ke Malaysia (Lahnisafitra, 2005).

Dengan kondisi kesejahteraan yang sangat minim itu, maka penduduk perbatasan dalam kasus-kasus tertentu mudah dipengaruhi oleh oknum-oknum warga Malaysia untuk melakukan tindakan ilegal logging dengan sejumlah imbalan tertentu. Dalam catatan Bappeda Kalimantan Barat (2008), setidaknya ada dua modus operandi yang dilakukan oleh pihak Malaysia dalam melakukan tindakan-tindakan illegal di wilayah Indonesia, seperti di wilayah Kecamatan Sajingan Besar, yaitu: pembukaan lahan perkebunan dan pencurian kayu.

Pembukaan lahan perkebunan dilatarbelakangi oleh motif ekonomi oleh para pengusaha Malaysia yang bekerj asama dengan aparat keamanan negara setempat, dan dengan memanfaatkan kelemahan ekonomi masyarakat Indonesia. Dalam catatan Bappeda tersebut dijelaskan, bahwa dibukanya lahan perkebunan oleh pihak Malaysia di wilayah Indonesia, sebagai akibat kurangnya areal yang dapat dipergunakan sebagai kebun, dan juga masalah tenaga kerja di negara tersebut yang sangat kurang. Salah satu contoh perkebunan milik Malaysia yang berada di wilayah Indonesia adalah Salcra Raya Oil Palmeestatwe yang dibangun pada sekitar tahun 1999/2000, di atas areal bekas HPH PT. Yamaker dengan luas 300 Ha, dan ditanami kelapa sawit. Pihak Malaysia sebenarnya mengetahui bahwa perkebunan tersebut berada di wilayah Indonesia, tetapi secara formal belum pernah dipermasalahkan oleh pihak Indonesia, kecuali "sekedar protes" oleh pihak Pemda Kabupaten Sambas. Dengan demikian, secara *de facto* areal tersebut menjadi milik Malaysia.

Dalam kasus tersebut, pihak Malaysia menggunakan dalih patok tapal batas negara yang berada di daerah Sungai Sebunga, namun patok tersebut tidak seperti yang ada di daerah Gunung Putting dengan ukuran 10x10 cm. Berdasarkan keterangan warga, mereka dulu pernah disuruh oleh pihak Malaysia memindahkan patok dari satu tempat ke tempat lainnya dengan imbalan sejumlah uang dan kebutuhan lainnya.

Kondisi ini diperparah lagi dengan kenyataan, bahwa mayoritas tenaga kerja yang bekerja di perusahaan sawit Malaysia tersebut adalah para warga setempat, sehingga secara ekonomis hal itu menguntungkan warga. Dengan demikian, pihak Malaysia telah memanfaatkan kelemahan ekonomi warga untuk kepentingan Malaysia, dan warga dijadikan tameng jika terjadi protes dari Indonesia. Hal ini tentu menjadi permasalahan dilematis tersendiri bagi Indonesia yang secara faktual belum dapat memberikan solusi konkrit atas kemiskinan yang dialami oleh masyarakat perbatasan di daerah Sajingan Besar tersebut.

Praktek ilegal lainnya yang dilakukan oleh warga Malaysia di wilayah perbatasan Indonesia, khususnya di Desa Sebunga, Kecamatan Sajingan Besar adalah berupa pencurian kayu hutan. Pencurian kayu oleh warga Malaysia dilakukan melalui dua cara, yaitu: pencurian dengan tebang gantung dan melalui jalan darat. Pencurian dengan cara tebang gantung adalah suatu cara mengambil kayu dengan menggunakan pesawat helikopter sebagai alat untuk memindahkan kayu dari wilayah Indonesia ke wilayah Sarawak, Malaysia. Proses pencarian kayu model ini, dilakukan sangat profesional. Prosesnya cepat dan sangat terencana dengan baik, dimana para pelaku menentukan terlebih dulu wilayah mana yang akan mereka curi. Alat-alat Chain saw yang dipakai menggunakan peredam, sehingga dalam jarak 2-3 km tidak terdengar oleh aparat. Model pencurian kayu seperti ini juga mampu mencapai daerah yang sulit dijangkau seperti Gunung Rasau (Bappeda Kalimantan Barat, 2008).

Model pencurian kayu yang lainnya adalah melalui jalur darat. Dalam operasinya pencurian kayu lewat jalan darat dilakukan secara besar-besaran dan terorganisir dengan baik. Pelaku sebelum melakukan operasinya terlebih dulu memindahkan tapal batas sejauh 8 km dan lebar 800 m masuk ke wilayah Indonesia. Pemindahan patok tersebut pada umumnya dilakukan melalui dua cara. *Pertama*, para pencuri melakukan sendiri pemindahan patok tapal batas, dan cara ini dilakukan jika di wilayah tersebut tidak ada penduduk dan jauh dari pengawasan aparat. *Kedua*, para pencuri kayu memberdayakan masyarakat setempat, jika di daerah yang akan diambil kayunya terdapat perkampungan. Masyarakat yang dapat memindahkan patok masuk ke dalam wilayah Indonesia, seperti yang mereka inginkan, maka akan diberi imbalan uang, disamping itu keluarga mereka akan ditanggung biaya hidupnya. Sejauh ini, tempat pencurian kayu banyak terjadi di wilayah Aruk.

Kasus pergeseran patok, sebagaimana yang terjadi di Sajingan Besar, Kabupaten Sambas tersebut, mencerminkan lemahnya pengawasan wilayah perbatasan, akibat minimnya aparat petugas pengawas perbatasan. Selain itu, pengawasan swakarsa oleh penduduk juga lemah, karena jumlahnya sedikit dan terpecah, sehingga tidak mampu membantu pemerintah dalam pengawasan perbatasan. Selain itu, faktor kemiskinan dan intensitas kontak dengan warga Malaysia yang secara ekonomi jauh lebih makmur telah berdampak negatif terhadap keamanan wilayah dan sumberdaya alam perbatasan. Penduduk perbatasan yang pada umumnya berada dalam garis kemiskinan, dengan mudah melakukan tindakan ilegal loging yang dijual ke warga Malaysia, demi untuk memenuhi kebutuhan hidup sehari-hari. Sebab, melalui cara seperti itu, mereka dapat survive kehidupannya. Sementara untuk mendapatkan pekerjaan yang layak di wilayah perbatasan sangat sulit. Oleh sebab itu, kondisi ini menegaskan bahwa perspektif pertahanan dan keamanan dalam pembangunan perbatasan tidak bisa berjalan secara parsial, melainkan juga harus diintegrasikan dengan kesejahteraan penduduk. Dalam konteks ini, maka penegakan hukum akan mampu dilaksanakan dengan efektif.

Sebagaimana dinyatakan oleh Soerjono Soekanto (1983), bahwa salah satu elemen penting dalam penegakan hukum yang efektif adalah terkait dengan kondisi sosial masyarakatnya, di samping faktor-faktor lainnya, seperti materi hukumnya sendiri, aparat penegak hukumnya, dan sarana-prasarana pendukung lainnya. Gambaran mengenai kerawanan wilayah perbatasan dapat dilihat pada Tabel 2 di bawah ini.

Tabel 2

Luas Wilayah, Kepadatan Penduduk dan Pengaruhnya Terhadap Keamanan

No.	Kabupaten	Kecamatan	Kepadatan (Jiwa/Km <sup>2</sup> )	Kerawanan Wilayah dan Pelanggaran Hukum	Faktor Penyebab
1	Sambas	Sajingan Besar	6	- Pemindahan Patok	- Kemiskinan penduduk
				- Ketidakjelasan Posisi Patok	perbatasan dan Pengawasan

		Paloh	21	- Trafficking - Illegal Logging - Penyelundupan - Illegal Fisihing - Imigran Gelap	Lemah - Sikap Agresivitas warga Malaysia memindah dan/atau mengklaim patok
2	Bengkayang	Siding	28	- Illegal Logging	Lemahnya pengawasan keamanan dan adanya beberapa j alan tikus ke Sarawak
		Jagoi Babang	11	- Trafficking - Pemindahan Patok - Penyelundupan	
3	Sanggau	Sekayam	32	- Penyelundupan	Lemahnya pengawasan keamanan dan adanya beberapa j alan tikus ke Sarawak
		Entikong	26	- Narkoba - Keimigrasian dan Kepabeanan - Trafficking	
4	Sintang	Ketungau Tengah	12	- Penyelundupan	Lemahnya pengawasan keamanan dan adanya beberapa j alan tikus ke Sarawak
		Ketungau Hulu	9	- Trafficking - Pencurian SDA	
5	Kapuas Hulu	Empanang	7		Lemahnya pengawasan keamanan dan adanya beberapa
		Puring Kencana	7	Penyelundupan Kepabeanan	
		Badau	8	Trafficking	



		Batang Lupar	4	Illegal Logging	jalan tikus ke Sarawak
		Embaloh Hulu	1		
		Putussibau	4		
<b>Total</b>			<b>12</b>		

Sumber: BPS Lima Kabupaten Perbatasan 2007/2008 dan Polda Kalbar 2008

#### D. Afirmasi Kebijakan Pemenuhan Hak-Hak Konstitusional

Tipologi kawasan perbatasan dalam banyak hal memiliki perbedaan yang signifikan dengan kawasan lainnya di luar perbatasan, seperti letak geografisnya yang berdekatan dengan Negara lain, fungsi kawasan yang kompleks, hubungan sosial dan ekonomi masyarakatnya. Oleh sebab itu, maka pengembangan wilayah perbatasan harus disesuaikan dengan karakteristik wilayah tersebut. Menurut Wu (2001), terdapat beberapa kriteria mendasar yang berbeda dengan pengembangan wilayah konvensional yaitu: immobilitas dari faktor produksi, adanya biaya transaksi dan delay, sistem ekonomi yang berbeda, isu institusi, penetapan perwilayahan, dan peran sektor informal. Dimensi ekonomi sangat mewamahi sifat dari wilayah perbatasan, apakah kemungkinan tersebut menjadi sebuah keuntungan ataupun kerugian dari wilayah perbatasan sangat tergantung pada lokalitas dan peran dari pemerintah sebagai pemangku kebijakan utama pengelolaan perbatasan. Tipologi kawasan perbatasan ini secara esensial menjelaskan kunci karakteristik dari pengembangan kawasan perbatasan, sehingga setiap tahapan dapat diidentifikasi. Tipologi ini berfokus pada faktor penting yang berkontribusi ataupun yang menghalangi dalam pengembangan wilayah perbatasan (Wu, 2001).

Perkembangan sebuah kawasan perbatasan dapat dilihat dengan mengetahui berbagai faktor terkait dengan elemen penting dalam sebuah kawasan perbatasan. Tipologi tersebut menggambarkan satu kesatuan dengan menggunakan terminology Ratti (1993), yang bergerak dari frontier (wilayah terdepan) menjadi barrier (pembatas), kemudian menuju border (perbatasan) sebagai filter kemudian menjadi border region (wilayah perbatasan) sebagai zona kontak dimana kerjasama pembangunan lebih terlihat.

Sementara itu, Martinez sebagaimana dikutip oleh Tirtosudarmo (2002), mengelompokkan perbatasan dari segi politik dalam empat tipe. *Pertama*, Alienated borderland; yaitu suatu wilayah perbatasan yang tidak terjadi aktifitas lintas batas, sebagai akibat berkecamuknya perang, konflik, dominasi nasionalisme, kebencian ideologis, permusuhan agama, perbedaan kebudayaan dan persaingan etnik. *Kedua*, Coexistence borderland; yaitu suatu wilayah perbatasan dimana konflik lintas batas bisa ditekan sampai ke tingkat yang bisa dikendalikan meskipun masih muncul persoalan yang penyelesaiannya berkaitan dengan masalah kepemilikan sumberdaya alam yang strategis di perbatasan. *Ketiga*, Interdependent borderland; yaitu suatu wilayah perbatasan yang di kedua sisinya secara simbolik dihubungkan oleh hubungan intemasional yang relatif stabil. Penduduk di kedua bagian daerah perbatasan, juga di kedua negara terlibat dalam berbagai kegiatan perekonomian yang saling menguntungkan dan kurang lebih dalam tingkat yang setara, misalnya salah satu pihak mempunyai fasilitas produksi sementara yang lain memiliki tenaga kerja yang murah. *Keempat*, Integrated borderland; yaitu suatu wilayah perbatasan yang kegiatan ekonominya merupakan sebuah kesatuan, nasionalisme jauh menyurut pada

kedua negara dan keduanya tergabung dalam sebuah persekutuan yang erat.

Mengacu pada tipologi Martinez di atas, Tirtosudarmo (2002), mengkatagorikan wilayah perbatasan Indonesia dan Malaysia termasuk diantara tipe kedua dan ketiga yaitu: *Coexistence* dan *Interdependent borderland*. Kondisi ini ditandai dengan tumbuhnya komitmen untuk hidup bertetangga secara damai diantara kedua Negara, dan juga semakin intensifnya kerjasama lintas batas dalam naungan Sosek Malindo.

Berangkat dari kondisi obyektif tersebut, maka fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial dalam teori Roescoe Pund (1921), maka dalam konteks perbatasan harus mampu mengawal perubahan paradigmatik Negara terhadap perbatasan menjadi aksi konkrit menuju kesejahteraan. Terciptanya tujuan hukum sebagaimana dikehendaki oleh Roscoe Pound, dalam teori rekayasa sosial, lebih khusus adalah dalam kaitannya dengan upaya manusia dalam memenuhi kepuasan akan kebutuhan dan kemauan manusia, rasa aman dari peroleh kepentingan yang lebih baik dalam proses peradabannya. Lebih lanjut Roesco Pound menegaskan, bahwa rekayasa sosial dalam kaitannya dengan pembangunan masyarakat melalui upaya mencapai tujuan hukum, yaitu suatu perubahan-perubahan terdiri dari pemikiran tidak sekedar dalam mengharmonisasikan kemauan manusia yang abstrak, akan tetapi pengamanan konkrit atau merealisasikan kepentingan manusia dalam wujud dan hasrat dan kepentingan kebendaan umat manusia.

Kelemahan *Social Engineering Rescoe Pound* ini selain dalam teori dan praktek hanya memberikan peran dominan pada penguasa, juga tidak memberi peluang yang cukup bagi masyarakat lemah. Tetapi, bagi Negara-negara yang sedang membangun, seperti halnya pemerintah Indonesia pada masa orde baru 1973 s/d 1997, tampaknya masih tetap relevan bagi upaya meningkatkan pertumbuhan ekonomi. Tetapi, tidak sekaligus membawa dampak pemerintahan terhadap masyarakat (*trickle down effect*). Bahkan kecenderungan teori *Social Engineering* mengabaikan hak-hak masyarakat.

Namun demikian, peranan kebijakan hukum tersebut dapat bermakna positif manakala upaya rekayasa sosial masyarakat dilandasi dengan semangat afirmasi dan nilai-nilai demokrasi. Dengan kata lain, kebijakan pembangunan kawasan perbatasan harus menjadi kemauan kuat pemerintah sebagai wujud tanggung jawabnya dalam melaksanakan kedaulatan Negara di perbatasan. Sementara wujud demokrasinya, adalah memperhatikan aspirasi lokalitas perbatasan yang memiliki karakteristik yang khas dan strategis dalam konstelasi NKRI.

Kewajiban konstitusional Negara yang dituangkan dalam UUD 1945 dengan gamblang tertera pada bagian pembukaannya, yakni:..... melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia serta memajukan kesejahteraan umum ..... ' merupakan salah satu tujuan Negara Republik Indonesia, yang jika dikristalisasikan salah satunya dalam bentuk kewajiban negara untuk merealisasikan pemenuhan hak masyarakatnya. Kegagalan negara/pemerintah dalam memenuhi kewajibannya dalam melindungi dan memenuhi hak masyarakat tersebut akan melahirkan isu keadilan korektif sebagai justifikasi perlunya upaya hukum untuk menegakkan keadilan distributif (Yahya, 2011).

Kondisi sebaliknya, kalau negara (yang harusnya melakukan tapi) tidak melakukan kewajiban itu dianggap sebagai pelanggaran hak dengan pembiaran, sebagai contoh:

1. dalam Prinsip Limburg (UN Doc. E/CNA/1987/17), kegagalan negara untuk melakukan

- langkah-langkah yang diperlukan (sesuai Pasal 2 ayat 1) merupakan pelanggaran hak asasi manusia karena pembiaran;
2. kegagalan merubah atau mencabut aturan yang sungguh-sungguh tidak konsisten dengan kewajiban yang ada dalam kovenan ini.
  3. kegagalan melaksanakan aturan atau memberlakukan kebijakan yang diperuntukan bagi pemenuhan hak-hak masyarakat pesisir.
  4. kegagalan mengatur pihak ketiga (termasuk modal) entah individu atau kelompok agar mereka mencegah melakukan pelanggaran hak masyarakat;
  5. kegagalan negara memperhitungkan aspek ekonomi, sosial dan budaya dalam membuat perjanjian intemasional dengan negara lain, sebuah orgarusasi intemasional, atau dengan perusahaan multinasional. Dalam hal ini, negara tetap dianggap sebagai pihak yang memiliki kapasitas untuk menjamin pencegahan pelanggaran oleh pihak ketiga.

Berdasarkan pada ketentuan-ketentuan normatif tersebut, maka untuk mengantisipasi kegagalan pemerintah dalam menderivasikan kebijakan pembangunan yang berbasis pada kesej ahteraan, maka perlu merumuskan kebijakan yang berbasis pada perspektif afirmasi dan demokrasi. Sinyalemen ini sebenarnya sudah terlihat dalam beberapa perundang-undangan sektoral.

Misalnya, berdasarkan Undang-Undang No. 25 Tahun 2000 tentang Program Pembangunan Nasional (Prop enas) telah dijelaskan bahwa dalam pengembangan wilayah perbatasan **perlu di prioritaskan dan mendapat perlakuan khusus** dalam rangka peningkatan taraf hidup, kesejahteraan masyarakat, serta mengokohkan ketertiban dan keamanan daerah yang berbatasan dengan negara lain, Program prioritas ini dijabarkan lagi dalam Rencana Pembangunan Tahunan (Repeta) yang disusun setiap tahun dan bertujuan untuk menjaga keutuhan wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) dan menjadikan wilayah perbatasan sebagai beranda depan negara melalui delimitasi dan demarkasi batas, pengamanan wilayah perbatasan dan pembangunan sosial ekonomi wilayah sepanjang perbatasan. Rencana pembangunan tahunan wilayah perbatasan tahun 2004 misalnya dijabarkan dalam 3 (tiga) kelompok kegiatan, yaitu kelompok kegiatan penetapan garis batas intemasional, kelompok kegiatan pengamanan wilayah perbatasan dan kelompok kegiatan pengembangan wilayah perbatasan. Kemudian, berdasarkan RPJMN 2004-2009 disebutkan bahwa pembangunan kawasan perbatasan menjadi beranda depan negara. Program ini ditujukan untuk: (1) menjaga keutuhan wilayah NKRI melalui penetapan hak kedaulatan NKRI yang dijamin oleh hukum intemasional, (2) meningkatkan kesej ahteraan masyarakat setempat dengan menggali potensi ekonomi, sosial dan budaya, serta keuntungan lokasi geografis yang sangat strategis untuk berhubungan dengan negara tetangga.

Dari berbagai kebijakan pemerintah tentang pembangunan kawasan perbatasan tersebut, dalam implementasi pengelolaannya selama ini belum dilakukan secara terpadu dengan mengintegrasikan seluruh sektor terkait. Dan bahkan, elemen di pemerintah daerah terkesan kurang dilibatkan secara signifikan dalam formulasi kebijakan pembangunan kawasan perbatasan, sehingga yang terjadi selama ini adalah permasalahan beberapa kawasan perbatasan masih ditangani secara *ad hoc*, sementara (temporer) dan parsial serta lebih didominasi oleh pendekatan keamanan (*security*) melalui beberapa kepanitiaan

(*committee*), sehingga belum memberikan hasil yang optimal. Kehadiran Undang-Undang Nomor 43 tahun 2008 tentang Wilayah Negara sebagai payung hukum utama bagi pemerintah pusat dan daerah untuk betul-betul punya komitmen yang tinggi dalam upaya akselerasi pembangunan kawasan perbatasan. Di dalam Pasal 9 UU No.43 2008 ditegaskan bahwa Pemerintah dan pemerintah daerah berwenang mengatur pengelolaan dan pemanfaatan Wilayah Negara dan Kawasan Perbatasan. Kewenangan normative ini dipertegas lagi dengan munculnya Perpres No.12 Tahun 2010 Rentang Badan Nasional Pengelola Perbatasan dan Permendagri No. 2 Tahun 2012 Tentang Pedoman Pembentukan Badan Pengelola Perbatasan di Daerah. Kedua instrument hukum ini memiliki semangat *mainstreaming* kebijakan pengelolaan perbatasan satu pintu, sehingga lebih efektif dan efisien dalam pelaksanaannya.

Dalam realitanya ternyata persoalan kebijakan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat di kawasan perbatasan selama ini masih terdapat berbagai macam kelemahan, bahkan hal ini di perparah lagi dengan terabaikannya prinsip-prinsip keadilan dan keberlanjutan di dalam pengelolaan sumber daya di kawasan perbatasan, bahkan tidak jarang justru terdapat konflik akibat proses pengusuran hak-hak masyarakat lokal atas ruang gerak mereka terhadap wilayah perbatasan. Padahal pada dasarnya dalam Mukadiman Kovenan Tentang Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya di sebutkan bahwa pengakuan terhadap martabat yang melekat pada hak-hak yang sama dan tidak dapat dipisahkan dari semua umat manusia merupakan landasan dari kebebasan, keadilan dan perdamaian di dunia.

Setiap Negara yang telah meratifikasi Kovenan Intemasional Tentang Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya termasuk Indonesia pada prinsipnya harus bertanggung jawab dalam pemenuhan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya di negara masing-masing dengan mengakui bahwa:

1. Hak-hak ini berasal dari martabat yang melekat pada manusia,
2. Sesuai dengan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, cita-cita umat manusia yang bebas untuk menikmati kebebasan dari rasa takut dan kekurangan hanya dapat dicapai apabila diciptakan kondisi dimana setiap orang dapat menikmati baik hak hak ekonomi, sosial dan budayanya, maupun hak sipil dan politiknya.
3. Adanya kewajiban Negara-negara sesuai dengan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk memajukan penghormatan dan pentaatan hak asasi dan kebebasan manusia secara universal,
4. Bahwa individu, yang mempunyai kewajiban terhadap individu lainnya dan terhadap komunitas yang di dalamnya ia termasuk, bertanggung jawab untuk berusaha keras bagi pemajuan dan pentaatan hak Ekosob.
5. Dengan demikian hak-hak konstitusional warga perbatasan yang secara umum inheren dalam UUD 1945 seperti yang tertuang dalam rangkaian HAM di Pasal 28 dan juga beberapa Pasal berikutnya yang terkait dengan pendidikan, kesehatan dna perekonomian dapat juga dinikmati oleh warga perbatasan.

## E. Penutup

Tanggungjawab Negara dalam pemenuhan hak-hak konstitusional warga perbatasan yang dapat dipetakan dalam dua paradigma kebijakan yang selama ini berlaku bagi wilayah perbatasan. *Pertama*, pada era Orde lama hingga penghujung Orde baru, Negara memandang kawasan perbatasan sebagai daerah frontier (pinggiran) atau dalam bahasa populernya halaman nelakang Negara. Pandangan ini berakibat serius terhadap keterisolasian daerah perbatasan dari pusat pemerintahan, yang ditandai dengan minimnya alokasi pembangunan bagi kawasan tersebut. Akibatnya, ruang mobilitas dan aksesibilitas penduduk di kawasan perbatasan menjadi terbatas dan bahkan sulit untuk berinteraksi dengan masyarakat di luar perbatasan. *Kedua*, pendekatan pembangunan selama kurun waktu tersebut lebih dominan menggunakan pendekatan keamanan, dengan meletakkan kepentingan Negara di atas segalanya. Kondisi ini berdampak serius terhadap peminggiran (*marginalized*) penduduk sebagai entitas penting bagi Negara. Situasi ini memaksa mereka untuk mencari jalan keluar dalam memenuhi hak-hak primernya dengan melakukan aktivitas perekonomian lintas batas secara "illegal".

Pada fase era reformasi, sikap dan pandangan Negara terhadap perbatasan mulai bergeser *darifrontier* sebagai *border region*. Sikap ini menunjukkan bahwa kawasan perbatasan dianggap sebagai serambi depan Negara, sehingga perlu dilakukan penataan yang komprehensif untuk menunjukkan halaman depan Negara yang lebih baik, tertata dan menguatkan citra Negara dalam melaksanakan kedaulatannya. Semangat ini kemudian melahirkan paradigma baru yang menggeser pendekatan keamanan (*security approach*) menjadi kesejahteraan (*prosperity approach*). Secara konseptual, perubahan paradigmatik tersebut akan mencapai hasil yang efektif, manakala dalam program aksinya (*action plan*) pada tataran kebijakan teknis yang dilandasi dengan semangat afirmasi dan demokrasi dalam pembangunan kawasan perbatasan. Dalam konteks itu, kebijakan teknis dibuat dengan memperhatikan karakteristik wilayah perbatasan dengan segenap elemen yang ada padanya, dan kebijakan yang diambil harus sesuai dengan aspirasi dan kebutuhan warga masyarakat perbatasan.

## **Makna Amandemen Pasal 18 UUD 1945 bagi Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Adat di Indonesia<sup>19</sup>**

**R. Yando Zakaria**

“Amandemen UUD 1945 cenderung diwarnai oleh semangat anti-Soeharto yang sangat berlebihan. Sebaliknya, tindakan itu gagal mengapresiasi upaya para Pendiri Bangsa dalam mengoreksi struktur ekonomi kolonial yang diwarisi Indonesia. ...”

(Revrison Baswir, Kepala Pusat Studi Ekonomi Kerakyatan Universitas Gadjah Mada)<sup>20</sup>

### **Pengantar**

Suatu pagi, Sabtu 10 Maret 2012, saya mendapat kiriman *link* berita tentang terbitnya sebuah buku baru (Warman, *et.al.*, 2012). Dalam buku karya empat sejawat saya itu, antara lain, disimpulkan bahwa ‘dalam kacamata teori hukum, **masyarakat tidak memiliki kepastian tenurial yang penuh untuk melindungi tanah-tanah komunal mereka di bawah aturan pertanahan yang ada** (cetak tebal saya tambahkan).<sup>21</sup>

Meski hal tersebut bukan satu-satunya kesimpulan yang disampaikan, pernyataan itu cukup menyentak saya. Sebab, jelas ini bukan temuan baru alias tidak beda dengan berbagai kesimpulan (pokok) – setidaknya mengarah pada kesimpulan yang sama -- yang telah disampaikan berbagai pihak sebelumnya, meski dalam versi rumusan yang bervariasi satu sama lain. Misalnya, sebagaimana yang disinggung beberapa penulis dalam bunga rampai yang disunting Harman, *et.al.*, eds. (1995), Setiawan, Bachriadi, dan Faryadi, eds., (1997). Juga sebagaimana yang disinggung oleh Hariadi & Masruchah, eds., 1995; Fidro & Fauzi, 1995; Fauzi, ed., 1997; Fauzi, 1999; Fauzi, *et.al.*, 2000. Dan yang lebih baru, sebagaimana yang dikemukakan dalam karya Bekker & Moniaga, 2010; Warman, 2010; Safitri dan Moeliono, 2010; Safitri, 2011; Arizona, 2011; dan Konsorsium Pembaruan Agraria, 2011.

‘Gugatan’ saya, jika dapat dikatakan begitu, tentunya bukan dimaksudkan untuk mengatakan apa yang telah disimpulkan itu tidak benar dan tidak berguna adanya. Justru sebaliknya, dimaksudkan untuk menonjolkan adanya suatu harapan lain agar upaya-upaya yang mengandalkan kemampuan intelektual itu (baca: serangkain kegiatan penelitian dan penulisan ilmiah) bisa ‘lebih maju’ dari sekedar menemukan permasalahan-permasalahan yang telah diungkap pada masa-masa sebelumnya.

Saya makin yakin dengan pandangan saya tersebut ketika duet ‘HuMA – Epistema Institute’, dua ORNOP yang mengkhususkan diri pada kajian dan kegiatan-kegiatan lapangan yang berhubungan dengan ‘hukum dan masyarakat’, baik yang bekerja sama dengan van Vollenhoven Intitute, KITLV – Jakarta, ataupun Forest Peoples Programme, menerbitkan buku dengan objek kajian yang relative sama. Diawali dengan buku bertajuk *Hukum Agraria dan Masyarakat di Indonesia: Studi tentang tanah, kekayaan alam, dan ruang di masa kolonial dan desentralisasi* (Sjafitri dan Moeliono, eds., 2010), dan kemudian disusul dengan beberapa buku lainnya.<sup>22</sup> Masalahnya, seiring dengan studi-studi yang begitu gencar dilakukan dalam satu dekade terakhir ini, alih-alih memperlancar pengaturan ‘hak-hak masyarakat adat’,

yang terjadi adalah justru menimbulkan keragu-raguan baru, tidak dalam soal pengakuannya, karena telah dijamin oleh KONSTITUSI (sebagaimana akan dibahas lebih lanjut), melainkan menyangkut soal-soal teknis pengaturan pelaksanaan dari pengakuan dan penghormatan atas hak-hak masyarakat adat itu sendiri.<sup>23</sup>

Studi yang dilakukan World Bank tentang 'konflik agraria' adalah salah satu contoh bagaimana pengakuan atas hak-hak masyarakat adat 'dilemahkan', dengan cara mengemukakan tesis yang menekankan soal 'tidak hanya sekedar milik, melainkan masalah akses', sebuah tesis yang bersumber dari 'resep' Hernando de Soto tentang pentingnya 'akses reform', yang ternyata gagal memperbaiki akses orang miskin pada modal di Kampung Rawa, Jakarta.<sup>24</sup>

Saya pun kemudian menyayangkan, mengapa hasil amandemen Pasal 18 yang, antara lain, memunculkan Pasal 18B ayat 2 yang sejatinya mengenai pengakuan dan penghormatan Negara atas 'hak-hak tradisional dari kesatuan masyarakat hukum adat tidak dipertimbangkan dalam analisis soal hak masyarakat adat dalam analisis yang muncul pasca amandemen pada tahun 2000 itu, sebagaimana yang terjadi dalam Warman, *et.al.*, (2012) yang saya kutip di awal tulisan ini. Padahal, 'pembaruan konstitusi' itu sudah terjadi lebih dari 10 tahun lalu! Padahal lagi, Pasal 18 (lama) saja -- hemat saya -- menghasilkan norma sebagaimana yang tercantum pada Pasal 2 ayat 4 UUPA 1960 yang 'menguntungkan' posisi masyarakat adat, meski pun tidak pernah terjabarkan ke dalam peraturan pelaksanaannya.<sup>25</sup> Bahkan peraturan pelaksanaan UUPA 1960 justru mengabaikannya, sebagaimana yang terjadi pada PP ... tentang Pendaftaran Tanah, misalnya.<sup>26</sup>

Saya percaya, andai saja para ahli ataupun sekedar pemerhati mau 'mengoptimalkan' hasil amandemen berupa pasal 18b ayat 2 niscaya kita punya 'pemahaman baru' tentang posisi hak-hak masyarakat adat itu. Dan akhirnya kita juga bisa mendesak kembali realisasi *TAP MPR IX Tahun 2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumberdaya Alam* yang tengah mati suri itu. Dengan semangat inilah makalah ini disusun.

### **Fokus Kajian**

Apa implikasi keberadaan Pasal 18B Ayat 2 terhadap keberadaan masyarakat (hukum) adat beserta seluruh hak-hak tradisional-nya? Masalah inilah yang belum pernah dikaji secara sistematis dan mendalam.<sup>27</sup> Kecuali sedikit yang menyangkut implikasinya terhadap sistem pemerintahan daerah, yang menyimpulkan bahwa (pemerintahan) di tingkat *desa* atau disebut dengan nama lain, tidak lagi termasuk ke dalam rezim Pemerintahan Daerah (yang berdasarkan azas desentralisasi cq. otonomi daerah). Melainkan memiliki rezimnya sendiri, berdasarkan azas rekognisi cq. otonomi asli (KARSA, 2012).

'Sengketa keabsahan'<sup>28</sup> antara 'hak-hak yang melekat pada satuan-satuan sosial yang telah eksis sebelum adanya Republik Indonesia' dengan 'hak-hak yang muncul seiring dengan pemberlakuan perturan-perundangan Nasional pasca-Proklamasi 17 Agustus 1945' dari hari ke hari, nyatanya, terus berkembang sebagai salah satu sumber bagi krisis sosial yang bukannya tidak mungkin mempengaruhi keutuhan integrasi Nasional.<sup>29</sup> Konflik dimaksud menyangkut dua hal utama. Pertama, menyangkut soal 'sengketa otonomi' dari apa yang disebut dalam konstitusi (sebelum amandemen) sebagai 'susunan asli', sebagaimana yang terwujud ke dalam fenomena sosial yang disebut '*desa* di Jawa dan Bali,

*nagari* di Minangkabau, dst...' dalam konteks tata pemerintahan di Indonesia;<sup>30</sup> dan kedua, soal eksistensi dan pengakuan atas 'hak-hak masyarakat hukum adat' dihadapan 'hak menguasai negara' (HMN) yang menjadi ladan sistem tenurial baru, sebagaimana yang diatur oleh berbagai peraturan-perundangan keagrariaan pasca-kemerdekaan.

Masalah pertama menyangkut kewenangan dari unit-unit yang berbeda namun saling terkait satu sama lainnya, dalam hal ini menyangkut pemilahan kewenangan dari entitas-entitas sosial-politik cq. pemerintahan negara di satu pihak dan entitas-entitas sosial yang disebut 'desa atau disebut dengan nama lain' itu di pihak lain. Sedangkan masalah kedua adalah masalah turunan dari masalah yang pertama, yakni yang menyangkut pengakuan dan penghormatan hak-hak yang melekat pada entitas sosial semacam 'desa atau disebut dengan nama lain' itu, khususnya yang menyangkut hak-hak atas sumber-sumber kehidupan entitas sosial dimaksud (baca: sumber-sumber agraria) di hadapan tenurial system yang muncul sebagai akibat dari pengaturan negara, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 33 ayat 3 dan peraturan-perundangan keagrariaan pada umumnya. Sebagaimana akan dijelaskan nanti, kedua hal tersebut pada dasarnya adalah dua sisi dari satu mata uang yang sama.

Terkait dengan permasalahan di atas, pertanyaan pokok yang dapat diajukan adalah apakah amandemen Pasal 18 telah mendorong perbaikan bagi masalah-masalah yang menjadi domainnya? Pertanyaan ini relevan diajukan mengingat -- setidaknya -- kehadiran dua wacana yang terus 'membayang-bayangi' substansi persoalan yang diurus oleh pasal yang bersangkutan. Baik pada masa sebelum -- dan terlebih lagi setelah -- amandemen berlangsung. Pertama, amandemen ini terjadi di tengah-tengah perdebatan dan gugatan tentang ambiguitas kedudukan (otonomi) *desa* atau disebut dengan nama lain sebagai wujud lapangan dari apa yang disebut sebagai 'susunan asli' itu terhadap (otonomi) Pemerintahan Daerah atau sebaliknya (Zakaria 2000 & 2004; Depdgar, 2012)<sup>31</sup> Kedua, amandemen itu juga hadir di tengah maraknya sengketa pendakuan (*conflict of claim*) antara 'hak masyarakat adat' di satu pihak, dan 'otonomi sektoral' cq. 'hak menguasai negara' yang bersumber dari pemberlakuan UU No. 5/1960 tentang Pokok-pokok Agraria 1960; UU No. 41/1999 tentang Kehutanan, dan UU sektoral lainnya di pihak lain, yang terus berlangsung hingga hari ini (Harman, *et.al.*, eds. 1995; Hariadi & Masruchah, eds., 1995; Fidro & Fauzi, 1995; Setiawan, Bachriadi, Faryadi, eds., 1997; Fauzi, ed., 1997; Fauzi, 1999; Fauzi, *et.al.*, 2000; Bekker & Moniaga, 2010; Arizona, 2011; Konsorsium Pembaruan Agraria, 2011).

Terkait dengan perubahan-perubahan kerangka hukum dimaksud, makalah ini akan menguraikan jawaban atas dua pertanyaan pokok yang terkait dengan hasil amandemen Pasal 18, khususnya keberadaan Pasal 18B ayat 2 yang pada dasarnya mengatur soal pengakuan atas hak-hak masyarakat hukum adat. Dua pertanyaan pokok dimaksud adalah, pertama, apa implikasi kehadiran Pasal 18B ayat 2 ini terhadap kedudukan (satuan-satuan) masyarakat hukum adat dalam tata Pemerintahan; dan kedua, apa implikasi kehadiran pasal itu bagi kejelasan status hukum hak-hak masyarakat adat atas sumber-sumber agraria dalam tatanan hukum sektoral cq. hukum keagrariaan yang ada.



### Seputar Proses Amandemen Pasal 18

Menurut Romli (2007), lahirnya Pasal 18 UUD 1945 menunjukkan para pendiri Negara sadar bahwa bangsa Indonesia merupakan Negara yang heterogen dan terdiri dari daerah yang masing-masing memiliki karakteristik sendiri-sendiri.<sup>32</sup> Meski begitu, makna Pasal 18 sebelum amandemen telah menjadi perdebatan para pihak. Inti perdebatan itu terletak pada masalah adanya ketidakpastian makna dari norma-norma hukum yang menyangkut 'pembagian daerah yang besar dan kecil' cq 'hak istimewa', serta keberadaan 'susunan asli' yang disebut-sebut dalam Pasal 18 maupun Pejelasanannya. Wujud dari ketidakpastian makna itu terlihat dari kehadiran bermacam corak peraturan-perundang tentang Pemerintahan Daerah dan juga Pemerintahan Desa selama ini. Setidaknya sampai saat ini terdapat 9 (sembilan) Undang-Undang yang pernah mengatur kedua unit pemerintahan tersebut.<sup>33</sup> Versi terakhir Undang-Undang tentang Pemerintahan Daerah dan Undang-Undang Pemerintahan Desa sebelum reformasi 1998, sebagaimana yang terkandung dalam UU No. 5/1974 dan UU No. 5/79, disebut telah menimbulkan krisis politik, sehingga perlu melakukan revisi atas kedua undang-undang dimaksud.<sup>34</sup>

Terkait masalah ini Isra (2012) berpandangan bahwa proses amandemen Pasal 18 tidak dapat dilepaskan dari kesepakatan untuk tetap memepertahankan negara kesatuan. Maka upaya mencari isi dan format Negara kesatuan itu yang bermuara pada perubahan Pasal 18 UUD 1945. Salah satu alasan mendasar yang berada di balik perubahan itu, menurut Isra, ketentuan Pasal 18 (asli) dinilai terlalu sederhana dan tidak cukup lengkap mengatur sendi-sendi Pemerintahan Daerah dan model hubungannya dengan Pemerintah Pusat, "Karena itu, pengaturan pemerintah daerah yang semula hanya satu pasal 'dimekarkan' menjadi tiga Pasal: Pasal 18, 18A dan 18B. Secara substansi perubahan itu tidak hanya sebatas memberikan pengaturan dasar hubungan pusat-daerah, penyelenggara(an) pemerintahan, mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa, tetapi juga pengakuan terhadap masyarakat adat" (Isra, 2012: 1).

Boleh jadi – karena memang tidak ada pernyataan eksplisit tentang ini -- perlunya perubahan atas Pasal 18 ini menjadi salah satu agenda reformasi yang cukup prioritas, sehingga menjadi pokok bahasan pada proses Amandemen Kedua yang berlangsung pada tahun 2000 lalu.<sup>35</sup> Menurut Isra (2012: 6), ada empat persoalan utama yang dibahas terkait perubahan Pasal 18, yaitu (1) pembagian wilayah negara; (2) pemerintahan daerah; (3) hubungan pusat – daerah; dan (4) masyarakat adat. Selain itu, menurut Isra, juga terdapat satu persoalan di luar substansi perubahan Pasal 18, yaitu terjadinya pergeseran terhadap makna daerah istimewa.

Wacana tentang masyarakat adat atau 'desa atau disebut dengan nama lain' makin menguat dalam proses amandemen Pasal 18 ketika Pah I BP MPR melakukan dengar pendapat dengan kalangan organisasi non-pemerintah (Mahkamah Konstitusi, 2010: 1140 – dst.). Dalam satu kesempatan, Sandra Moniaga, aktifis ORNOP mantan petinggi Wahana Lingkungan Hidup (WALHI) yang juga aktif mendirikan dan mengurus sejumlah organisasi ataupun jaringan kerja ORNOP lainnya, antara lain ELSAM dan Jaringan Pembela Hak-hak Masyarakat Adat (JAPHAMA), mengatakan bahwa:

“... Bicara tentang hak adat di sini, itu bukan hanya hak adat yang atas sumber daya alam. Tetapi hak adat yang sifatnya lebih holistik. Termasuk menyangkut soal hak beragama. Termasuk juga soal hak-hak hukum beragama. Sebagian

besar kami menghormati dari kawan-kawan aliansi masyarakat nusantara yang merumuskan istilah kedaulatan masyarakat adat bahwa di dalam wilayah masyarakat adat itu ada satu kewenangan. Ada satu otonomi bagi di masyarakat adat untuk mengatur dirinya sendiri yang kita kenal *self determination*. Bukan artinya mereka menjadi negara sendiri tetapi ada satu kewenangan yang diakui oleh negara di mana mereka bisa mengatur wilayahnya dan itu sebenarnya bukan hanya tuntunan dari orang sini sebenarnya tuntutan dari masyarakat adat sedunia. ..." (Mahkamah Konstitusi, 2010: 1141).

Singkat cerita, meski semula Fraksi TNI-POLRI menolak rencana amandemen Pasal 18 ini,<sup>36</sup> adalah Taufiequrrahman Ruki yang menyarankan pemilahan norma pengaturan Pasal 18 yang telah menimbulkan ketidakpastian itu ke dalam dua ranah pengaturan yang berbeda satu sama lainnya. Dalam satu proses perdebatan yang hangat dalam rangka rencana amandemen Pasal 18 itu, Ruki menyatakan: " ... kalimat yang di Ayat (7) ini mengatur dua hal yang saling berbeda. Di satu sisi dia mengatur ada daerah-daerah yang bersifat istimewa di satu sisi dia mengatur juga tentang daerah-daerah adat. Yang memang merupakan asal-usul terbentuknya republik ini. Jadi, ada dua yang diatur ini, makanya dengan pemikiran itu kalimat ini saya pecah."<sup>37</sup>

Sepertinya 'logika dasar' menyangkut substansi yang akan diatur dalam hasil amandemen Pasal 18 yang diusulkan Ruki dapat diterima. Sebagaimana kita tahu, belakangan, perdebatan ini bermuara pada pengaturan-pengaturan, **pertama**, soal 'pembagian daerah besar dan kecil' cq. 'Pemerintahan Daerah', sebagaimana yang kemudian yang diatur oleh Pasal 18 dan 18A; dan **kedua**, adalah soal pengakuan 'hak istimewa', sebagaimana yang kemudian diatur oleh Pasal 18B.

Pasal 18B pun kemudian mengatur dua entitas sosial-politik yang berbeda satu sama lainnya. Pasal 18B Ayat (1) mengatur soal kemungkinan penyelenggaraan 'hak istimewa' pada satuan pemerintahan-pemerintahan daerah tertentu, sebagaimana yang terkandung dalam pasal yang berbunyi "*Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang*". Sedangkan Pasal 18B Ayat (2) mengatur soal 'hak istimewa' pada kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat, sebagaimana diatur dalam pasal berbunyi "*Negara mengakui dan menghormati **kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat** beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang*" (cetak tebal ditambahkan).

Sebagaimana juga kita ketahui, perdebatan yang berkembang selama ini tidak saja soal adanya ketidakpastian makna pengaturan sebagaimana yang telah di bahas, melainkan juga soal keabsahan norma-norma yang terkandung dalam Penjelasan untuk Pasal 18 yang selalu menjadi rujukan oleh undang-undang tentang Pemerintahan Daerah dan/atau Pemerintahan Desa selama ini. Karena kedudukannya adalah 'sekedar penjelasan', maknanya pun menjadi tidak pasti. Ahli hukum (Tata Negara) yang *getol* mempermasalahkan ini adalah Prof. Harus Alrasjid. Menurutnya, Penjelasan untuk UUD 1945 itu adalah 'liar', dan hanya 'kreasi' Soepomo saja, karenanya tidak mengikat. Adalah Sardjono Jatiman (almarhum), sosiolog Universitas Indonesia, yang menjadi orang pertama yang kemudian mengusulkan agar pesan yang terkandung dalam Penjelasan untuk Pasal 18,

khususnya yang berkaitan dengan ‘masyarakat lokal’, karena memang relevan bagi kehidupan berbangsa dan bernegara Republik Indonesia ke depan, ‘dinaikkan derajatnya’ menjadi norma hukum dalam batang tubuh konstitusi. Katanya:

“... Nah, oleh sebab itu saya sarankan barangkali penjelasan Pasal 18 itu dimasukkan saja di dalam batang tubuh dengan beberapa perubahan. Sehingga perlindungan terhadap budaya lokal itu bisa dijalankan. Termasuk juga, mungkin juga *local economy*. Nah, dengan demikian maka setiap upaya penyeragaman di negeri ini, sebaiknya dihindari. Penyeragaman apapun bentuknya. Karena sejak awal kita sepakat bahwa kita bhineka,” (Mahkamah Konstitusi, 2010: 1148).

Oleh karena itulah rumusan pasal-pasal 18B: 2 ‘relatif mirip’ dengan norma-norma yang terkandung dalam Penjelasan Pasal 18, khususnya yang tercantum pada II (Romawi) itu. Dengan demikian, penyebutan ‘kesatuan masyarakat hukum adat’ – yang dalam versi Penjelasan Pasal 18 butir II disebut *volkgemeenschappen* -- tidak lagi menjadi sekedar berada pada penjelasan melainkan langsung berada pada batang tubuh UUD 1945 hasil Amandemen Kedua itu. Artinya, melalui proses amandemen, pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat itu menjadi semakin kuat dari waktu-waktu sebelumnya.

Menurut Sodiki (2012), sekarang menjadi anggota Mahkamah Konstitusi, jika dilihat pengelompokannya, hasil amandemen Pasal 18 yang dijabarkan ke dalam 11 pasal itu, terdapat dua substansi pokok yang diatur dalam Pasal 18B. “Ayat (1) mengatur tentang **daerah yang khusus dan bersifat istimewa**. Sedangkan ayat (2) mengatur tentang kesatuan masyarakat hukum adat yang bisa dimaknai sebagai **desa, nagari** atau sejenisnya” (cetak tebal dan miring ditambahkan).

### **Beberapa Tafsir Pokok Atas Pasal 18B: 2**

Hingga karya ini mulai disusun setidaknya terdapat 6 pandangan ahli hukum – utamanya para ahli hukum tata negara -- yang terkait dengan kehadiran Pasal 18B: 2 hasil Amandemen Kedua ini. Masing-masing adalah tafsir – jika dapat dikatakan begitu – sesuai urutan tahun publikasinya, adalah dari Prof. Bagir Manan (2002); Prof. Philipus M. Hadjon (2004); Prof. Jimly Asshiddiqie (2006); Prof. Satjipto Rahardjo (2006); Prof. Achmad Sodiki (2012); dan Prof. Saldi Isra (2012). Sayangnya saya tidak bisa memperoleh naskah asli dari para ahli dimaksud secara keseluruhan. Dari keenam dokumen yang mengandung bahasan para ahli dimaksud, saya hanya memiliki karya asli dari Asshiddiqie, Sodiki dan Isra. Sementara pengetahuan saya atas pandangan Manan (2002)<sup>38</sup> dan Hadjon (2004) saya peroleh melalui karya Pietersz (2010); dan tentang pandangan Rahardjo (2006) diperoleh dari karya Syamsuddin (2008).

Pada bagian-bagian berikut saya coba menguraikan pandangan para ahli ini, yang akan saya pilah ke dalam beberapa sub-topik yang menjadi lokus perdebatan berbagai pihak selama ini.

- **Makna Hakiki Hasil Amandemen**

Menurut Sodiki (2012), perdebatan dan perumusan Pasal 18B: 2 UUD 1945 (*law in the book*) telah menjadi sejarah perkembangan konstitusi RI. "... dipandang dari sudut pengakuan eksistensi masyarakat hukum adat merupakan kemajuan **karena sebelumnya tidak ada ketegasan seperti itu,**" tulisnya (cetak tebal saya tambahkan).

Meski begitu, Sodiki tetap mengingatkan bahwa rumusan Pasal 18B: 2 "... bisa menimbulkan multi tafsir karena sifatnya yang umum." Terhadap yang demikian, menurut Sodiki, dapat dilakukan klarifikasi dengan melakukan pendekatan yang bersifat tektual untuk mengetahui apa sebenarnya maksud sesungguhnya (*original intent*) dari perumusan pasal dimaksud.<sup>39</sup>

Sementara itu, Philipus M. Hadjon berpendapat bahwa pada dasarnya keberadaan Pasal 18: 2 ini mengandung prinsip pengakuan eksistensi terhadap masyarakat hukum adat berikut hak-hak tradisional yang melekat padanya.<sup>40</sup> Melalui pasal dimaksud, menurut Manan (2002), "kesatuan-kesatuan masyarakat hukum ini tidak hanya saja diakui tetapi juga dihormati. Artinya kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat ini mempunyai hak hidup yang sederajat dan sama pentingnya dengan kesatuan pemerintahan lain seperti kabupaten dan kota. Kesederajatan ini mengandung makna bahwa kesatuan masyarakat hukum yang berdasarkan hukum adat berhak atas segala perlakuan dan diberi kesempatan berkembang **sebagai subsistem negara kesatuan Republik Indonesia** yang maju, sejahtera, dan modern. Hal ini **merupakan esensi yang membedakan dengan pengakuan kolonial terhadap kesatuan masyarakat hukum adat.** Pemerintahan kolonial tidak bermaksud menghormati, tetapi membiarkan agar kesatuan masyarakat adat tetap hidup secara tradisional sehingga tidak akan menjadi pengganggu kekuasaan kolonial. Pengakuan dan penghormatan sebagaimana diatur dalam Pasal 18B justru mengandung tuntutan pembaharuan kesatuan masyarakat hukum adat sesuai dengan perannya sebagai subsistem negara kesatuan Republik Indonesia yang maju dan modern (cetak tebal saya tambahkan).<sup>41</sup>

Salah satu kata kunci yang perlu disarikan dari beberapa pandangan di atas adalah bahwa, dibandingkan dengan masa sebelum amandemen, dalam rumusan Pasal 18B: 2 itu terdapat **ketegasan** dalam rangka menerapkan **prinsip** pengakuan dan penghormatan yang menyangkut keberadaan 'kesatuan masyarakat hukum adat' itu sendiri. Hemat saya, sebagaimana akan saya tunjukkan nanti, ketegasan itu menyangkut beberapa hal yang pokok, yakni (1) menyangkut pengertian dari konsep 'kesatuan masyarakat hukum adat' itu sendiri, termasuk soal 'persamaan dan perbedaannya' jika dibandingkan dengan penggunaan terma 'masyarakat hukum adat' dan 'masyarakat adat';<sup>42</sup> (2) ketegasan soal 'unit sosial' dari 'kesatuan masyarakat hukum adat' cq. 'masyarakat hukum adat' cq. 'masyarakat adat'; dan (3) ketegasan soal hak-hak yang dimaksudkan dalam pengakuan dan penghormatan ini.

Selain itu, ketegasan dimaksud juga (4) menyangkut 'sikap, pandangan, dan tindakan' yang harus dilakukan dalam menghadapi 4 sampai 5 prasyarat yang harus dipenuhi dalam proses pengakuan dan penghormatan itu.

- **Tentang Pengertian ‘Kesatuan Masyarakat Hukum Adat’ cq, ‘Masyarakat Hukum Adat’ cq. ‘Masyarakat Adat’ dan unit sosialnya**

Pada masa pra ataupun pasca amandemen debat di kalangan organisasi ‘masyarakat sipil yang peduli’ diramaikan oleh pilihan dan/atau silang-pengertian dari terma antara ‘kesatuan masyarakat hukum adat’, ‘masyarakat hukum adat’, dan ‘masyarakat adat’. Jika merujuk pada hasil amandemen, rumusan Pasal 18B: 2 dengan jelas menyebut ‘kesatuan masyarakat hukum adat’.

Apa pengertian ‘kesatuan masyarakat hukum adat’ itu? Tentang konsep ini Asshiddiqie (2006: 76 - 85), menyatakan bahwa kita harus membedakan dengan jelas antara kesatuan masyarakat hukum adat dengan masyarakat hukum adat. Menurut Asshiddiqi, masyarakat adalah kumpulan individu yang hidup dalam lingkungan pergaulan bersama sebagai suatu *community* atau *society*, sedangkan kesatuan masyarakat menunjuk kepada pengertian masyarakat organik, yang tersusun dalam kerangka kehidupan berorganisasi dengan saling mengikatkan diri untuk kepentingan mencapai tujuan bersama. Dengan perkataan lain, kesatuan masyarakat hukum adat sebagai unit organisasi masyarakat hukum adat itu **haruslah dibedakan** dari masyarakat hukum adatnya sendiri sebagai isi dari kesatuan organisasinya itu (cetak tebal ditambahkan). Asshiddiqie menyebutkan, misalnya, di Sumatera Barat, yang dimaksud sebagai kesatuan masyarakat hukum adat adalah **unit pemerintah nagari**-nya (cetak tebal ditambahkan), bukan aktivitas-aktivitas hukum adat sehari-hari di luar konteks unit organisasi masyarakat hukum itu. Dengan perkataan lain sebagai suatu kesatuan organik, masyarakat hukum adat itu dapat dinisbatkan dengan kesatuan organisasi masyarakat yang berpemerintahan hukum adat setempat.

Kecuali tentang pilihan dan silang-pengertian tentang terma-terma yang akan digunakan, perdebatan di kalangan ‘masyarakat sipil yang peduli’ juga diwanai perdebatan tentang unit sosial dari apa yang disebut ‘kesatuan masyarakat hukum adat’ atau ‘masyarakat hukum adat’ atau ‘masyarakat adat’ itu sendiri. Tentang hal ini, sejauh sumber yang dimiliki, hanya Asshiddiqie, Manan, dan Sodiki yang secara terang menyebutkannya. Bagi Asshiddiqie jelas bahwa unit sosial dari apa yang disebut dengan ‘kesatuan masyarakat hukum adat’ -- dan juga ‘masyarakat hukum adat’ -- itu adalah seperti *nagari* di Sumatera Barat (minus Kepulauan Mentawai), sebagaimana dapat terlihat dalam ilustrasinya tentang konsep kesatuan masyarakat hukum adat yang telah dikutipkan pada bagian terdahulu.

Manan (2002) juga berpendapat yang sama. Menurutnya, "... yang dimaksud masyarakat hukum adat adalah masyarakat hukum (*rechtsgemeenschap*) yang berdasarkan hukum adat atau adat istiadat seperti *desa, marga, nagari, gampong, meunasah, huta, negorij* dan lain-lain. Menurut Manan, masyarakat hukum adalah kesatuan masyarakat – bersifat teritorial atau genealogis – yang memiliki kekayaan sendiri, memiliki warga yang dapat dibedakan dengan warga masyarakat hukum lain dan dapat bertindak ke dalam atau ke luar sebagai satu kesatuan hukum (subjek hukum) yang mandiri dan memerintah diri mereka sendiri.<sup>43</sup>

Padangan Manan ini sebenarnya sudah disampaikan pada kesempatan yang lebih awal lagi, yakni dalam proses perdebatan dalam rangka amandemen Pasal 18 itu sendiri. Dalam suatu kesempatan, sebagai respons atas pertanyaan anggota dewan yang masih

kuatir dengan rencana pemberian 'hak istimewa' pada (kesatuan) masyarakat (hukum) adat ini.<sup>44</sup> Pada suatu kesempatan sidang, Manan antara lain mengatakan:

"... Yang ketiga itu yang bertalian dengan masyarakat hukum adat. Ini juga pengertiannya harus jelas. Ini bukan masyarakatnya hukum adat, tapi masyarakat hukum yang berdasar hukum adat. Sebab bahasa Belanda itu *rechtsgemeenschap*, *rechtsgemeenschap*. Jadi satu lingkungan masyarakat yang berdasarkan hukum adat. *Rechtsgemeenschap* itu adalah satu *entity*, satu *legal entity*. Bisa bersifat teritorial, bisa teritorial genealogis atau merupakan *geneal*. Ciri dari satu *rechtsgemeenschap* asli ini adalah mempunyai kekayaan sendiri, dan mempunyai sifat keanggotaan. Dalam arti hukum bukan riil anggota gitu sehingga dia bisa membedakan orang desanya dan bukan orang desanya, itu kita akan begitu. Ulayat itu merupakan salah satu kekayaan dari *rechtsgemeenschap* itu. ..."

Terkait soal unit sosial dari (kesatuan atau persekutuan) masyarakat (hukum) adat ini pada suatu kesempatan saya pernah mengajukan pertanyaan "apakah ada unit sosial lain, selain *desa* atau yang disebut dengan nama lain' itu yang dapat ditafsirkan juga dirujuk oleh Pasal 18B: 2". Atas pertanyaan ini, baik Sodiki maupun Isra yang menjadi pembicara kunci dalam pertemuan dimaksud mengaku "belum bisa memberikan jawaban yang tegas. Perlu waktu khusus untuk mengkajinya secara lebih sungguh-sungguh'.

- **Tentang Hak-hak Tradisional cq. 'hak-hak masyarakat adat'**

Menurut Manan (2002), hak-hak tradisional dari kesatuan masyarakat hukum adat diakui dan dijunjung tinggi itu meliputi hak ulayat, hak-hak memperoleh manfaat atau kenikmatan dari tanah dan air, atau hasil hutan dan lain-lain di sekitarnya.

Menarik untuk dicatat bahwa dalam proses amandemen Pasal 18 itu, karena substansi-substansi yang kemudian diatur dalam Pasal 18B ayat 2 hasil amandemen yang sedemikian rupa, maka ada yang berpendapat bahwa norma itu tidak tepat lagi berada di dalam Pasal 18 yang notabene soal Pemerintahan Daerah. Sebagai penggantinya, diusulkan agar dipindahkan -- dan menjadi bagian -- dari Bab yang mengatur soal Kesejahteraan Sosial cq. Pasal 33. Adalah Happy Bone Zulkarnain dari Fraksi Partai Golkar yang mengusulkan soal itu. Pada suatu kesempatan sidang, Zulkarnaik menyatakan:

"... Saya ingin fokus kepada (ketika itu, *pen*) Ayat (5), yaitu tentang negara mengakui dan melindungi masyarakat hukum adat, hak ulayat, atau hak-hak yang melekat kepadanya. Tentu kami sangat bergembira tentang hukum adat dan hak ulayat ini diangkat. Namun demikian setelah melalui perenungan yang cukup lama, kelihatannya hukum adat dan hak ulayat ini sebetulnya dalam penempatan, nampaknya tidak berkait atau barangkali tidak perlu disatukan dengan pemerintahan daerah, kenapa demikian?"

Karena hukum adat, hak ulayat itu sebetulnya adalah targetnya atau orientasinya adalah dalam rangka meningkatkan kesejahteraan sosial masyarakat yang berada di daerah. Jadi masyarakat daerah itu harus mempunyai akses yang kuat terhadap sumber daya alam. Kita barangkali ingat bagaimana kasus Freeport pada saat sekarang ini masyarakat Papua, yang berada di Irian Jaya sana pada saat sekarang ini tidak menikmati apa-apa.

*Nah*, hanya karena dia tadi kami pikir bahwa berkait dengan kesejahteraan sosial masyarakat di daerah dan oleh karena itu harus mempunyai akses langsung kepada sumber daya alam yang berada di daerah. Kami menawarkan agar hal-hal berkaitan dengan hukum adat dan hak ulayat ini dipindahkan kepada ke dalam Pasal 33, katakanlah dalam ayat tersendiri. Rumusannya misalnya adalah pengelolaan sumber daya alam dan kesejahteraan sosial masyarakat, harus menghormati hukum adat dan hak ulayat yang melekat padanya yang dalam pelaksanaannya diatur oleh undang-undang.” (Mahkamah Konstitusi, 2010: 1324 – 1325).

Fakta yang terungkap dalam proses amandemen Pasal 18 itu mengindikasikan bahwa, secara substansial, begitu dekatnya hubungan pasal 18B ayat 2 itu dengan hal-hal yang berkaitan dengan masalah keagrariaan. Maka, sudah tepat jika dikatakan bahwa, pengakuan terhadap eksistensi (kesatuan) masyarakat (hukum) adat itu – sejatinya – juga menyangkut pengakuan atas ulayatnya, sebagaimana yang disampaikan Manan (2000 & 2002) di atas.

Meski begitu, menurut Manan (2002), pengakuan dan penghormatan tersebut tidak berarti menjadi hak yang tidak disentuh atau diatur. Negara atau pemerintah berwenang mengatur berbagai hak tradisional tersebut untuk sebesar-besarnya kemakmuran bersama, tanpa merugikan kepentingan masyarakat yang mempunyai hubungan dengan hak tradisional tersebut.<sup>45</sup>

Pertanyaan-pertanyaan yang muncul soal ini adalah, bagaimana wujud pengaturan itu; prinsip-prinsip apa yang tidak boleh dilanggar? Pada pertanyaan ini mungkin bisa diajukan adigum bahwa ‘pengaturan tidaklah boleh mengingkari pengakuan dan penghormatan itu sendiri’. Misalnya, dalam kasus HP3 misalnya, pengaturan untuk memperoleh hak itu, jika dikaitkan dengan kapasitas masyarakat hukum adat yang bersangkutan, akan membuat hak itu ‘tidur’ karena kalah bersaing dengan kelompok lain yang memiliki kapasitas yang lebih dari cukup untuk memproses perolehan hak itu.<sup>46</sup>

- **Tentang Pengakuan Bersyarat**

Nyatanya, pengakuan dan penghormatan negara terhadap eksistensi masyarakat adat dan hak-hak tradisionalnya sebagaimana yang diatur dalam Pasal 18B: 2 UUD 1945 mensyaratkan 4 (empat) hal. Masing-masing adalah (1) sepanjang masih hidup; (2) sesuai dengan perkembangan masyarakat; (3) sesuai dengan prinsip NKRI; dan (4) diatur dalam undang-undang. Dalam konteks permohonan pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 51 ayat 91 huruf b UU No.24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Asshiddiqie (2006: 79) menambahkan satu syarat lain bahwa kelompok masyarakat adat yang mengajukan permohonan perkara ke Mahkamah Konstitusi itu haruslah ‘termasuk ke dalam pengertian kesatuan masyarakat hukum adat’.

Pasca amandemen, para aktivis organisasi masyarakat sipil banyak membahas soal pembatasan-pembatasan yang terkandung pada Pasal 18: 2, yang sesungguhnya juga sudah terjadi pada masa-masa sebelumnya, seperti yang terjadi pada Undang-Undang Pokok Agraria 1960. Misalnya sebagaimana yang dibahas Simarmata (2002), dan Arozona (2011). Saya sudah sejak lama bersikap ‘lebih optimis’ soal pembatasan itu (Zakaria, 2004). Menurut saya, banyak argument yang dapat disampaikan sebagai ‘opini tanding’ yang bisa diajukan

dalam menafsirkan makna pembatasan-pembatasan itu. Belakangan keyakinan saya ini mendapat konfirmasinya dari pernyataan seorang intelektual Sumatera Barat, Prof. Bungaran A. Simandjuntak, pensiunan Guru Besar pada Universitas Negeri Medan (d/h IKIP Medan). Katanya pada suatu ketika: 'Sejauh seseorang itu (Orang Batak, *pen*) masih mentaati aturan perkawinan sebagaimana diatur dalam tradisi *dalihan na tolu*, dia masihlah warga masyarakat adat, dan itu pertanda kesatuan masyarakat adatnya pun masih ada dan relevan bagi kehidupannya di masa kini,' urai profesor yang kerap menyingkat namanya menjadi BAS, yang kemudian menjadi panggilan akrabnya. Menurut saya, Pak BAS, begitu beliau sering disapa, tengah berusaha memberi ilustrasi agar tidak terlalu membesar-besarkan masalah 'pembatasan' ini.

Menurut Manan (2002), pembatasan ini betapapun perlu untuk mencegah tuntutan seolah-olah suatu masyarakat hukum masih ada, sedangkan kenyataan telah sama sekali berubah atau hapus, antara lain karena terserap pada satuan pemerintahan lainnya. Juga harus tunduk pada prinsip negara kesatuan. Ini sesuatu yang wajar. Satuan masyarakat hukum atau satuan pemerintahan lainnya adalah subsistem Negara kesatuan, karena itu harus tetap tunduk pada prinsip-prinsip Negara kesatuan.<sup>47</sup>

Terkait dengan adanya persyaratan dalam pengakuan dan penghormatan itu, Satjipto Rahardjo,<sup>48</sup> mengajukan dua catatan yang perlu dicermati dalam rangka memahami kehadiran Pasal 18B: 2 ini. *Pertama*, Pasal 18B sudah menjadi hukum positif, sehingga setiap warga negara terikat kepadanya. Terikat berarti menerima dan harus dimulai dengan membaca isi peraturan tersebut. Namun, membacanya bukan sekedar mengeja kalimat demi kalimat, akan tetapi **memberi makna** terhadap peraturan tersebut. Makna yang diberikan haruslah bertolak dari tata pikiran (*mind-set*) bahwa hukum adat adalah suatu hukum yang khas mengandung bahan-bahan muatan sosio-antropologis Indonesia. Sifatnya yang penuh dengan afeksi membuat para penggunanya merasa bahagia. Hal ini menjadi alasan penting untuk menjaga dan merawatnya. *Kedua*, tata pikir (*mind-set*) yang demikian itu harus menjadi pemandu dalam mencermati dan memahami keempat syarat yang telah disebutkan terdahulu. Dengan catatan yang dikemukakannya itu maka, menurut Rahardjo, persyaratan *sepanjang masih hidup* perlu dimaknai bahwa persyaratan tersebut perlu diteliti dengan seksama dan hati-hati, tidak hanya menggunakan tolok ukur kuantitatif-rasional, melainkan lebih dengan empati dan partisipasi. Kita tidak semata-mata melakukan pengamatan dari luar, melainkan juga dari dalam, dengan menyelami perasaan masyarakat setempat. Metode yang digunakan adalah partisipatif.

Dalam konteks persyaratan *sepanjang masih hidup* ini Asshiddiqie (2006) menjelaskan bahwa suatu masyarakat bisa saja masih hidup dalam arti bahwa warganya memang belum mati, tetapi tradisi hukum adatnya sudah tidak lagi dijalankan atau tidak lagi dikenal, baik dalam teori maupun dalam praktek. Lebih lanjut dikatakan bahwa dalam suatu komunitas masyarakat dapat pula terjadi bahwa warganya memang orang baru sama sekali atau sebagian terbesar pendatang semua, sedangkan orang aslinya sudah meninggal atau berpindah ke tempat lain. Akan tetapi, tradisi hukum adatnya, meskipun tidak dipraktekkan lagi, tetap terekam dalam catatan sejarah dan dalam buku-buku pelajaran yang pada suatu hari dapat saja dipraktekkan lagi. Dalam contoh kasus terakhir dapat dikatakan bahwa masyarakatnya sudah mati atau tidak ada lagi, tradisi hukum adatnya juga sudah tidak dipraktekkan lagi, tetapi rekamannya atau tulisannya masih ada dan masih dapat dipraktekkan lagi pada suatu saat. Lebih lanjut Assiddiqie mengatakan bahwa hilangnya tradisi hukum adat yang bersangkutan dari kegiatan praktek sehari-hari,



sangat boleh jadi disebabkan oleh banyak factor, termasuk karena adanya intervensi kebijakan pemerintahan secara terpusat dan seragam secara nasional yang diterapkan selama ini, sehingga menghancurkan sendi-sendi hukum adat di berbagai kalangan masyarakat hukum adat asli di tanah air. Namun begitu, menurut Assiddiqie, meskipun UU tentang Pemerintah Daerah telah menentukan bahwa mana yang tidak ditetapkan dengan peraturan daerah, tetapi tidaklah terlalu tepat betul memberikan kewenangan semacam itu kepada Peraturan Daerah tanpa pedoman substantif yang dapat dijadikan pegangan yang menyeluruh. Jika mati hidup suatu masyarakat hukum adat sepenuhnya diserahkan kepada kewenangan regulasi di tingkat kabupaten dan kota tanpa rambu-rambu yang jelas, tentulah cukup besar risikonya. Misalnya, dapat saja timbul romantisme di daerah-daerah sehingga muncul kecenderungan untuk menghidup-hidupkan tradisi-tradisi yang sesungguhnya sudah *mati*, atau sebaliknya dapat timbul pula kenyataan bahwa warisan-warisan tradisi masyarakat hukum adat yang berada dalam kondisi sekarat tidak mendapat perhatian yang semestinya oleh aparat pemerintahan daerah yang mempunyai kewenangan regulasi tersebut.<sup>49</sup>

Syarat kedua adalah *sesuai dengan perkembangan masyarakat*. Menurut Rahardjo (2006) harus ditafsirkan tidak dari segi ekonomi dan politik, melainkan dari kacamata masyarakat setempat. Penafsiran dari segi ekonomi politik mengandung risiko untuk memaksakan (*imposing*) kepentingan raksasa atas nama perkembangan masyarakat. Masyarakat adat perlu diberi peluang dan dibiarkan berproses sendiri secara bebas.<sup>50</sup>

Dalam konteks persyaratan *sesuai dengan prinsip NKRI* Asshiddiqie (2006) berpendapat bahwa apabila tradisi hukum adat yang bersangkutan itu justru bertentangan ataupun akan mengganggu upaya mempertahankan dan memperkuat prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, tentu juga tidak boleh dihidupkan lagi. Misalnya jika ada satu kesatuan masyarakat hukum adat di daerah perbatasan yang lebih berorientasi kepada kesatuan masyarakat hukum adat yang berpusat di Negara lain di perbatasan, tentu dapat membahayakan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Dalam konteks ini Rahardjo (2006) berpendapat bahwa persyaratan *sesuai dengan prinsip NKRI* perlu dipahami dan dimaknai bahwa masyarakat adat (lokal) adalah satu kesatuan tubuh NKRI. Keduanya tidak perlu dihadapkan secara dikhotomis atau hitam putih. Masyarakat adat (lokal) adalah bagian dari darah-daging NKRI itu sendiri. Metode yang perlu dikembangkan adalah metode holistik untuk melihat masalah tersebut.<sup>51</sup>

Terkait soal persyaratan *diatur dalam undang-undang* Rahardjo (2006) berpandangan bahwa di Negara hukum Indonesia, kehidupan sehari-hari tidak memadai segalanya diserahkan kepada undang-undang, karena akan menjadi tidak produktif. Banyak kejadian telah membuktikan tentang hal itu. Hukum (undang-undang) yang selalu ingin mengatur ranahnya sendiri dan merasa cakap untuk itu telah gagal. Nonet & Selznick (1978) menyarankan agar hukum itu dicerahkan dan diperkaya dengan Ilmu-Ilmu Sosial.<sup>52</sup>

### **Pendalaman Soal Kedudukan 'Desa atau disebut dengan nama lain'**

Sebagaimana telah dibahas dalam bagian-bagian terdahulu, sebelum amandemen, salah satu wujud implementasi Pasal 18 adalah melalui pemberlakuan Undang-Undang tentang Pemerintahan Desa. Sesuai dengan kenyataan pemaknaan yang tidak jelas, pengaturan tentang Pemerintahan Desa ini pun sepanjang sejarahnya pun beragam. Bahkan, pengaturan

desa sebagaimana dikonstruksikan melalui UU No 5/1979 tentang Pemerintahan Desa disebutkan ‘tidak sesuai dengan jiwa UUD 1945’.<sup>53</sup>

Bagaimana kedudukan desa cq. Pemerintahan Desa pasca amandemen? Jika dicermati, melalui pengaturan pada Pasal 18 dan Pasal 18A, *desa* – dengan demikian tentunya juga soal ‘Pemerintahan di *Desa*’ – tidak lagi menjadi bagian dari tata pemerintahan yang diamanatkan langsung oleh konstitusi seperti yang pernah berlaku pada masa pra-amandemen. Pasal 18 pasca-amandemen jelas-jelas mengatur hanya ada 3 unit wilayah yang disebut ‘Daerah’, berikut dengan Pemerintahan Propinsi, Kabupaten, dan Kota.

Tafsir selanjutnya, walaupun diperlukan apa yang kemudian disebut sebagai sistem pengaturan tentang ‘penyelenggaraan Pemerintahan di tingkat *Desa* atau disebut dengan nama lain’ atau disingkat ‘Pemerintahan Desa atau disebut dengan nama lain’, kedudukannya tidaklah menjadi bagian dari rezim Pemerintahan Daerah, melainkan menjadi unit pemerintahan yang otonom, berdasarkan ‘otonomi asli’ *desa* (atau yang disebut dengan nama lain). Bisa juga disebutbakan bahwa ‘otonomi desa’ adalah ‘imbangan’ dari ‘otonomi daerah’, sebagaimana diatur oleh Pasal 18B Ayat 2. Sebagaimana juga dikemukakan Manan (2002) “... kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat ini tidak hanya diakui tetapi juga dihormati, artinya mempunyai **hak hidup yang sederajat** dan sama pentingnya dengan kesatuan pemerintahan lain seperti kabupaten dan kota. Kesederajatan ini mengandung makna bahwa **kesatuan masyarakat hukum adat berhak atas segala perlakuan dan diberi kesempatan sebagai susistem Negara kesatuan Republik Indonesia** yang maju, sejahtera, dan modern” (cetak tebal ditambahkan).<sup>54</sup>

Kalaupun pengaturan tentang ‘Pemerintahan Desa’ itu perlu ‘merujuk’ pada pasal-pasal yang mengatur soal-soal yang menyangkut pemerintahan (daerah), hal itu tidak harus berarti ‘otonomi desa’ berada di bawah ‘otonomi daerah’. Sebabnya adalah, alih-alih memberikan perhatian pada soal ‘pemerintahan desa’, proses amandemen Pasal 18 memang memberikan perhatian khusus pada soal-soal yang menyangkut *desa* atau disebut dengan nama lain, sebagaimana yang ditunjukkan oleh Pasal 18B ayat 2.

Dalam konteks ini dapat dikatakan bahwa kedudukan *desa* sebenarnya setara dengan kedudukan ‘daerah’ dan/atau ‘daerah istimewa’ itu. Hal ini didasarkan pada pandangan Prof. Talizinduhu Ndraha (1999) yang menyebutkan bahwa kewenangan (dalam sistem pemerintahan) dapat diturunkan/dikembangkan dari dua jenis hak yang berbeda satu sama lainnya. Masing-masing adalah hak bawaan, yakni hak yang melekat pada entitas yang bersangkutan; dan hak berian, yakni hak yang muncul sebagai hasil pemberian/peyerahan dari kekuasaan yang lebih tinggi. Dengan konsepsi yang demikian maka sejatinya ‘Daerah’ memiliki ‘otonomi daerah’, yang dikembangkan berdasarkan ‘hak berian’, kecuali untuk daerah-daerah tertentu sebagaimana yang dimaksudkan oleh Pasal 18B ayat 1, di mana hak-haknya juga diturunkan dari hak-hak bawaan yang dimilikinya. Sementara *Desa* atau disebut dengan nama lain memiliki ‘otonomi desa’, yang muncul sebagai konsekuensi ‘hak bawaan’ (yang muncul sebagai akibat disebutkannya ‘hak asal-usul’ (sebelum amendemen) dan/atau ‘hak-hak tradisional’ di dalam UUD 45 pasca-amandemen. Oleh sebab itu sering pula disebut sebagai ‘otonomi asli’.

Namun Isra (2012) memiliki pandangan yang berbeda. Menurutnya rumusan Pasal 18B; 2 yang sedemikian rupa menimbulkan pertanyaan tentang “apa saja yang termasuk dalam konteks hak-hak tradisional masyarakat adat”. Dalam rangka mencari jawaban atas pertanyaannya itu Isra mengatakan bahwa pandangan yang dikemukakan Sandra Moniaga

(seperti yang telah dikutipkan dalam bagian terdahulu) sejalan dengan pendapat kelompok para ahli masyarakat adat sedunia yang pernah mengadakan pertemuan di Greenland, September 1991. Merujuk padangan di tingkat Internasional itu, menurut Isra, ruang untuk memiliki pemerintahan sendiri bagi daerah yang memiliki susunan asli terbuka lebar dalam Penjelasan UUD 1945. Dengan kata lain, otonomi yang dikehendaki masyarakat adat sebetulnya lebih mudah untuk diwujudkan, sebab daerah-daerah yang mempunyai susunan asli dianggap sebagai daerah istimewa yang diakui hak asal-usulnya. Pasca amandemen, menurut Isra, peluang untuk membentuk pemerintahan sendiri sesuai dengan asal-usul semakin kecil. Alasannya adalah pengakuan terhadap masyarakat adat melalui Pasal 18B: 2 tidak disertai dengan pengakuan terhadap kedudukan daerah yang dihuni masyarakat adat.

Melalui tulisan yang memang diakui Isra sendiri masih merupakan 'draf awal yang perlu pengajian lebih lanjut', hemat saya, Isra telah melakukan beberapa kesalahan dalam penafsirannya atas beberapa hal yang berkaitan dengan 'hak-hak tradisional masyarakat adat' sehingga menjadi salah arah. Isra tidak membedakan secara tegas perbedaan substansi pengaturan yang dimasukkan oleh Pasal 18B (tentang pemerintahan daerah) dan Pasal 18B: 1 (tentang daerah yang bersifat istimewa) dengan pengaturan pengakuan dan penghormatan kepada kesatuan masyarakat hukum adat (yang disebut Isra sebagai masyarakat adat saja). Kerancuan yang paling mendasar adalah Isra telah mencampuradukkan pengertian 'daerah' di satu pihak dan 'masyarakat adat' di pihak lain. Menurut saya ini terjadi karena Isra 'gagal' menemukan unit sosial masyarakat adat dalam analisisnya. Dalam diskusi Isra memang mengakui belum mendalami unit sosial dari konsep masyarakat adat sebagaimana yang dimaksudkan oleh Pasal 18B: 2. Jika Isra mengatakan 'otonomi yang dikehendaki masyarakat adat sebetulnya lebih mudah untuk diwujudkan, sebab daerah-daerah yang mempunyai susunan asli dianggap sebagai daerah istimewa yang diakui hak asal-usulnya', nyatanya, implementasi 'hak asal usul yang bersifat istimewa' pasca-amandemen sudah lebih dahulu dapat diterapkan di tingkat daerah, sebagaimana yang diekspresikan oleh UU ttg Otonomi Khusus untuk Provinsi Aceh dan Papua, dan belakangan dalam UU tentang Keistimewaan Yogyakarta. Sedangkan sebaliknya, 'hak asal usul yang bersifat istimewa' untuk '*desa* atau disebut dengan nama lain' itu tidak – atau belum pernah – diimplementasikan sama sekali. Baik sebelum amandemen, ataupun setelah amandemen.

Mengatasi situasi yang sedemikian rupa saya berpendapat bahwa daerah dan masyarakat adat adalah dua unit sosial-politik yang diatur oleh pasal-pasal yang berbeda satu sama lainnya. Daerah adalah daerah, sebagaimana dimaksudkan oleh Pasal 18A dan Pasal 18B: 1, dan masyarakat adat adalah masyarakat adat sebagaimana yang diatur oleh Pasal 18B : 2. Karenanya, pengakuan kedudukan desa sebagai 'penyelenggara pemerintahan Nasional di tingkat '*desa* atau disebut dengan nama lain' tidak harus menjadikan masyarakat sebagai daerah; sehingga dibutuhkan pernyataan tentang 'pengakuan terhadap kedudukan daerah yang dihuni masyarakat adat'.

Dalam pandangan yang demikian maka saya bersetuju dengan pandangan Lingkar pembaruan Desa dan Agraria (KARSA) yang mengatakan bahwa amandemen Pasal 18 pada dasarnya memperkuat konteks pengakuan (rekognisi) keberadaan *desa*, yang pada dasarnya memang berbeda dengan — serta bukan merupakan bagian dari sub-sistem — daerah yang lebih besar. Oleh sebab itu, walaupun secara umum *desa* dimasukkan dalam konstruksi rejim pemerintahan daerah (tercantum pada Bab VI tentang Pemerintahan Daerah), akan tetapi

konsekuensi pengakuan secara khusus ini juga membawa perlakuan yang juga khusus dan tersendiri. Sebagaimana keberlakuan azas universal hukum yang menyatakan bahwa ketentuan yang lebih khusus/spesifik berlaku mengalahkan atau mengenyampingkan ketentuan yang umum (*lex specialis derogat legi generalis*). Untuk itu, diperlukan Undang-Undang khusus yang mengatur tentang *desa* tersendiri, dan berada di luar Undang-Undang yang mengatur pemerintahan daerah. Demikianlah amanat atributif dari konstitusi.<sup>55</sup>

Dengan demikian, gagasan desentralisasi *desa* sebagai wujud derivasi dari amanat Pasal 18B ayat (2) UUD'45, setidaknya menskemakan tiga aras desentralisasi. *Pertama*, desentralisasi politik (devolusi); yaitu menegaskan/mengakui bahwa *desa* sebagai entitas yang otonom atau sebagai *local-self government*, yang kemudian diikuti dengan pembagian hak dan kekuasaan (Eko dan Rozaki, 2005: 46). Di dalam desentralisasi politik juga terkandung, kedua, gagasan desentralisasi pembangunan. Gagasan pembangunan yang terdesentralisasi pada prinsipnya paralel dan terintegrasi dengan pemerintahan. Gagasan utama desentralisasi pembangunan adalah menempatkan *desa* sebagai entitas yang otonom dalam pengelolaan pembangunan. Dengan demikian, perencanaan *desa* dari bawah ke atas (*bottom up*) juga harus ditransformasikan menjadi *village self planning*, sesuai dengan batas-batas kewenangan yang dimiliki oleh *desa*. Desentralisasi pembangunan identik dengan membuat perencanaan pembangunan cukup sampai di *desa* saja. *Desa* oleh karenanya mempunyai kemandirian dalam perencanaan pembangunan tanpa instruksi dan intervensi oleh pemerintah supradesa (Eko dan Rozaki, 2005: 47).

Desentralisasi politik dan desentralisasi pembangunan tidak dapat berjalan apabila tidak diikuti dengan desentralisasi keuangan (fiskal) sampai ke *desa*. Tujuannya adalah memastikan perimbangan keuangan antara pusat, daerah dan *desa*. Dana Alokasi Umum, misalnya, harus dibagi secara seimbang antara provinsi, kabupaten/kota dan *desa*. Demikian juga pembagian dana perimbangan (Pajak Bumi dan Bangunan, Bea Perolehan Hak atas Tanah dan Bangunan, dan penerimaan SDA) maupun pemberian *taxing power* kepada *desa*. *Desa* juga mempunyai hak dan kesempatan untuk melakukan pungutan, retribusi maupun mengelola sumber-sumber lain di luar tanah kas *desa*, seperti pasar. Pungutan dan hasil pasar *desa* dapat dikumpulkan langsung oleh *desa* tanpa harus disetor kepada kabupaten, untuk pembiayaan urusan *desa*. Cara seperti ini memungkinkan penguatan kesempatan, kepercayaan, tanggungjawab dan sekaligus bisa mengurangi budaya ketergantungan dan kultur mengemis pada kabupaten (Eko dan Rozaki, 2005: 48).

Desentralisasi *desa* sebagai sebuah wacana yang lebih lanjut akan direalisasikan menjadi peraturan perundang-undangan sebagai benteng pengakuan *desa* (atau disebut dengan nama lain) dengan demikian secara konstitusional feasibilitasnya memungkinkan. Didasarkan pada pemahaman pada amanat Pasal 18B ayat (2) UUD'45, lebih jauh desentralisasi *desa* merupakan ketentuan khusus (*lex specialis*) dari rejim pemerintahan daerah (*lex generalis*) sebagaimana ketentuan Pasal 18 dan Pasal 18A UUD'45.<sup>56</sup>

### **Menegakkan Hak-hak Masyarakat Adat melalui 'Undang-Undang tentang *Desa* atau Disebut dengan Nama lain'**

Sejauh yang saya ketahui, saat ini setidaknya ada 6 (enam) draf Rencana Undang-Undang yang berkaitan dengan penjabaran lebih lanjut dari amanat Pasal 18B: 2. Masing-masing adalah, sesuai dengan urutan tahun terbitnya, (1) Rancangan Undang-Undang tentang *Desa* (RUU *Desa*), 2012;<sup>57</sup> (2) Rancangan Undang-Undang tentang *Desa* (versi *Institute for*

*Research and Empowerment*, 2008);<sup>58</sup> (3) Rancangan Undang-Undang tentang Perlindungan Masyarakat Adat (versi hasil kerjasama antara Dewan Perwakilan Daerah dan Sekretariat Nasional Masyarakat Hukum Adat, 2010); (4) Rancangan Undang-Undang tentang Desa (versi DPD 2011);<sup>59</sup> (5) Rancangan Undang-Undang tentang Pengakuan dan Perlindungan Hak-hak Masyarakat Adat (versi AMAN 2011); dan (6) Rancangan Undang-Undang tentang Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat (RUU HMHA), versi Badan Legislatif DPR RI, 2012.<sup>60</sup>

Sebagaimana dengan mudah dipahami, dari judul masing-masing versi RUU saja, segera terlihat keragaman dalam menafsirkan makna amanat konstitusi dimaksud, jika dibandingkan dengan beberapa pandangan yang telah saya uraikan panjang-lebar dalam bagian-bagian terdahulu. Belum lai soal pandangan tentang beberapa hal pokok sebagaimana yang menjadi pokok bahasan utama tulisan ini. Hemat saya, yang paling 'mengecewakan' adalah diprosesnya 'RUU Desa' (versi Pemerintah 2012) di satu pihak,<sup>61</sup> dan RUU HMHA (sebagaimana yang tengah ditangani Baleg) di pihak lain.

Menanggapi situasi yang ada, mengingat masalah ini juga tidak menjadi pokok bahasan dalam Kongres Masyarakat Adat Nusantara IV yang diselenggarakan di Tobelo, Maluku Utara, April 2012 lalu, bersama Hedar Laudjeng (Almarhum), seorang aktivis senior yang sangat dihormati dalam jaringan kerja pembelaan hak-hak masyarakat di Nusantara ini, kami menyusun sebuah catatan, dengan harapan dapat menjadi salah satu bahan yang dibahas dalam rapat-rapat 'komisi politik' KMAN IV itu, dengan tajuk "Pengakuan dan perlindungan masyarakat adat bisa dengan Undang-Undang tentang Desa. Mari lupakan kulit, bersungguh-sungguhlah dengan substansi" (Zakaria dan Laudjeng, 2012).<sup>62</sup> Pesan utama yang hendak disampaikan adalah, bagi mereka yang percaya dengan dua proses tersebut -- jelas menunjukkan ketidakpahaman atas permasalahan yang sesungguhnya. Bagi kami, dua fenomena politik itu menimbulkan sejumlah tanya. Yang terpokok adalah apakah memang kedua RUU itu akan mengurus dua hal yang berbeda satu sama lainnya; atau akan mengurus hal yang sama dengan 'agenda politik' yang berbeda di antara para proponent yang memperjuangkannya? Kalau memang akan mengurus masalah yang sama, mengapa harus ada dua undang-undang? Jika tidak sama, jika nantinya kedua undang-undang itu hadir dalam kehidupan nyata, siapa yang menjamin tidak-akan terjadi tumpang-tindih? Tidakkah akan menimbulkan persoalan sebagaimana yang pernah terjadi selama ini?

Dalam catatan itu kembali kami menegaskan bahwa berbeda dengan posisi *desa* dan konsep *volksgemeenschappen* cq. 'kesatuan masyarakat hukum adat' pada UUD 1945, sebagaimana telah dibahas dalam bagian-bagian terdahulu, konsep 'kesatuan masyarakat hukum adat' muncul secara langsung pada norma konstitusi. Seperti juga pada situasi sebelum-amandemen, *desa* dan atau disebut dengan nama lain, kemudian, juga 'sekedar' menjadi contoh saja dari apa yang kemudian disebut 'masyarakat adat', sebagai sandingan dari penyebutan-penyebutan lain seperti *nagari*, *marga*, dan seterusnya. Atau dapat kita singkat menjadi 'desa atau disebut dengan nama lain' saja.

Dalam pada itu, yang dimaksud sebagai 'masyarakat hukum adat' dalam proses amendemen Pasal 18 adalah juga apa yang disebut 'masyarakat adat', konsep yang diusulkan oleh OMS dalam rapat-rapat dengar pendapat dalam proses amendemen kedua. Adanya kesamaan 'objek yang diacu' antara konsep 'masyarakat hukum adat', 'masyarakat adat', dan 'desa atau disebut dengan nama lain' itu juga ditegaskan dan/atau dibenarkan oleh Prof. Dr. Bagir Manan, SH. di dalam proses amendemen yang berlangsung tahun 2000 itu sebagaimana telah disinggung di atas.

Selanjutnya, pengakuan terhadap hak-hak yang melekat kepada 'kesatuan masyarakat hukum adat', 'masyarakat adat', atau '*desa* atau disebut dengan nama lain' itu makin diperkuat pula oleh kehadiran Bab XA, tentang Hak Azasi Manusia, Pasal 28i, yang menyebutkan bahwa "Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman".

Dengan argumentasi di atas, kami percaya bahwa pengakuan dan perlindungan hak-hak masyarakat (hukum) adat dapat saja dicapai melalui undang-undang yang mengatur tentang '*desa* dan atau disebut dengan nama lain', sejauh undang-undang dimaksud tidak semata-mata tentang 'pemerintahan desa', sebagaimana yang terdapat pada aturan-perundangan tentang desa selama ini. Termasuk 'semangat utama' yang mewarnai 'RUU Desa' yang tengah berproses itu. Selain itu, ditegaskan pula bahwa penyebutan sekedar 'RUU Desa' itu juga sangat mudah 'ditelikung' menjadi sekedar regulasi tentang 'pemerintahan desa', sebagai 'efek historis' yang begitu kental melekat pada sebutan '*desa*' saat ini. Baik yang menjadi 'keyakinan' dari kalangan pemerintah (termasuk aparat pemerintahan desa, sebagaimana yang tergambarkan dalam RUU versi Pemerintah dan aspirasi Aparat Pemerintahan Desa, sebagaimana yang disuarakan beberapa organisasi yang mengatasnamakan 'aparatur dan/atau rakyat desa'), maupun kalangan masyarakat luas pada umumnya. Bahkan, anehnya, juga menjadi 'keyakinan' dari sebagian kalangan gerakan sosial dan perguruan tinggi sekalipun!

### **Beberapa Wujud Kerancuan Berfikir**

Realita lapangan memang sering berkata lain. Pengalaman dalam mengubah pandangan bahwa kata *desa* itu tidak semata-mata merujuk pada pengertian desa sebagai hasil konstruksi administrasi pemerintahan pada masa kolonial dan nasional, melainkan juga bisa merujuk pada *desa* sebagai 'susunan asli' yang ada sebelum upaya-upaya administrasi pemerintahan itu dilakukan, sebagaimana yang pernah ada di di Jawa dan Bali pada masa lampau misalnya, tidaklah mudah dimengerti. Boleh jadi, diperlukan satu kebiasaan baru, sebagaimana telah 'ditemukan' oleh masyarakat Bali, yang menyebut '*desa*' sebagai hasil konstruksi proses administrasi pemerintahan itu sebagai *desa dinas*, dan *desa adat* untuk menyebut entitas sosial yang tumbuh dalam proses perkembangan masyarakat (Bali) itu sendiri. Dengan cara ini, kita mungkin lebih mudah membedakan keduanya; untuk yang pertama (*desa dinas*), kita cukup menuliskannya dengan kata *desa* saja, tapi *desa* (cetak miring) untuk menunjukkan keberadaan *desa adat* – atau *desa asli* -- itu.

Selain itu, akibat pengalaman masa lalu, kata '*desa*' nyatanya begitu menakutkan bagi kalangan yang terlibat dalam gerakan hak-hak masyarakat adat; dan sebaliknya, kata '*masyarakat adat*' dan/atau '*masyarakat hukum adat*' begitu 'tidak jelasnya' bagi kubu yang lain. Dalam sebuah diskusi dengan tokoh-tokoh penggerak Parade Nusantara, salah satu organisasi 'persatuan aparat dan rakyat desa' yang gigih memperjuangkan 'RUU Desa' agar segera ditetapkan misalnya, merasa 'jengghah' jika 'RUU Desa' yang tengah diperjuangkan itu, sesuai dengan amanat Pasal 18 Ayat 2, diubah judulnya sesuai dengan tuntutan AMAN. Padahal, Parade Nusantara sangat maklum dan mendukung apa yang menjadi *concern* pihak AMAN, yang menginginkan 'RUU PPMA' – oleh sebab itu juga 'RUU Desa' -- itu tidak sekedar mengatur soal Pemerintahan Desa, melainkan juga mengatur soal pengakuan dan perlindungan hak-hak masyarakat adat pada umumnya. "Kami memaklumi tuntutan AMAN," kata seorang tokoh Parade Nusantara suatu ketika. "Tapi, mohon, kata '*desa*' tidak

dihilangkan dalam RUU yang sedang dibahas DPR itu. Kalau mau diganti dengan 'RUU tentang *Desa* atau disebut dengan nama lain' kami masih bisa menerimanya."<sup>63</sup>

Sebaliknya, bagi sebagian aktivis pendukung gerakan masyarakat adat, yang terjadi justru sebaliknya. "Kata desa itu penuh rekayasa demi kepentingan negara. Berbahaya bagi kepentingan pengakuan hak-hak masyarakat adat," kata Sandra Moniaga, seorang aktivis senior yang gigih memperjuangkan sebutan 'masyarakat adat' dalam proses amandemen Pasal 18, berkali-kali.<sup>64</sup> Perdebatan di kalangan pendukung gerakan masyarakat tentang konsepsi mana yang akan digunakan untuk memperjuangkan hak-hak masyarakat (hukum) adat, antara pilihan-pilihan yang tersedia itu, pun akhirnya tidak kunjung berakhir.<sup>65</sup>

Bahkan kerancuan pengertian yang demikian itu juga dialami oleh kaum cerdik-cendekia yang berkumpul di perguruan tinggi dan lembaga-lembaga penelitian. Salah satu contohnya adalah sebagaimana yang tergambarkan dalam tabel berikut, yang merupakan rangkuman hasil penelitian yang dilakukan Tim Peneliti FPPD (2008),<sup>66</sup> dan juga Kolopaking (2011).

Jika dicermati, dalam tabel dimaksud secara tegas mengasumsikan bahwa (pengertian) 'desa' tidaklah dapat berupa adat; dan desa adalah semata-mata unit wilayah yang saat ini diurus oleh sebuah Pemerintahan Desa, meski kami tahu – secara tersirat -- yang dimaksud 'desa' di sini adalah apa yang dimaksud sebagai 'desa dinas' tadi. Namun, penggunaan yang 'serampangan' itu tetap saja potensial menimbulkan kerancuan dalam menyusun kebijakan ke depan. Misalnya, 'desa adat' – meminjam dikotomi yang dikembangkan masyarakat Bali tadi -- yang ada di sebagian Sulawesi, Kalimantan dan Sumatera, yang dikenal dengan sebutan *ngata*, *banua*, *wanua*, *marga*, misalnya, jadi tersingkirkan sebagai contoh dari 'desa adat'. Bagaimana mungkin 'Jawa, sebagian besar Sulawesi, Kalimantan Timur, sebagian Sumatera' dikategorikan sebagai 'tidak ada adat, tetapi ada desa'? Jika demikian halnya, lalu, bagaimana kita mendudukkan keberadaan 'kelurahan (sebelum diboyong ke kota), *ngata*, *banua*, *wanua*, *marga*, sekedar menyebutkan contoh sebutan 'desa adat' dari 'Jawa, sebagian besar Sulawesi, Kalimantan Timur, sebagian Sumatera'? Bukankah sejatinya *kelurahan* (sebelum 'diboyong ke kota), *ngata*, *banua*, *wanua*, *marga* itu adalah 'desa adat' atau sering juga disebut sebagai bentuk 'desa asli', terlepas apakah masih sangat efektif atau pun tidak sistem pengorganisasiannya?

**Tabel Rincian Tipe Desa** (FPPD, 2008 dan Kolopaking (2011))

<b>Tipe Desa</b>	<b>Deskripsi</b>	<b>Daerah</b>
Ada adat, tetapi tidak ada desa.	Adat sangat dominan. Desa tidak punya pengaruh.	Papua
Tidak ada adat, tetapi ada desa	Pengaruh adat sangat kecil. Desa modern sudah tumbuh kuat.	Jawa, sebagian besar Sulawesi, Kalimantan Timur, sebagian Sumatera
Integrasi antara desa dan adat.	Adat dan desa sama-sama kuat. Terjadi kompromi keduanya.	Sumatera Barat
Dualisme/Konflik antara adat dengan	Pengaruh adat jauh lebih kuat ketimbang desa. Terjadi dualisme kepemimpinan lokal. Pemerintahan	Bali, Kalimantan Barat, Aceh, NTT, Maluku.

desa	desa tidak efektif.	
Tidak ada desa tidak ada adat	Kelurahan sebagai unit administratif ( <i>local state government</i> ). Tidak ada demokrasi lokal.	Wilayah perkotaan.

Fakta menarik lain soal 'kerancuan berfikir' ini adalah sebagaimana yang terjadi kasus perumusan tentang 'Hak Pengusahaan Perairan Pesisir' atau yang disingkat HP3 sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1 angka 4, angka 7, dan angka 18, Pasal 16 ayat (1), Pasal 23 ayat (2) dan ayat (4) Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-pulau Kecil yang telah dibatalkan melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VIII/2010.<sup>67</sup> Dalam dokumen putusan Mahkamah Konstitusi dimaksud 'tercatat' hal sebagai berikut:

"Akan tetapi, Mahkamah memberi perhatian khusus terhadap keterangan ahli Abdon Nababan<sup>68</sup> dan Dietrich G Bengen (Ahli dari Pemerintah), yang berpendapat bahwa masalah utama dari pengelolaan pesisir laut dan pulau-pulau kecil adalah *tragedy of open acces* yaitu tragedi yang diakibatkan oleh penggunaan prinsip *open acces* terhadap wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil serta prinsip *common property* atas wilayah pesisir dan pulaupulau kecil yang mengakibatkan tidak memungkinkan pengkaplingan wilayah pesisir atau laut yang ada. **Menurut Mahkamah jika pendapat kedua ahli tersebut benar, dapat disimpulkan bahwa maksud pembentukan undang-undang ini adalah dalam rangka melegalisasi pengkaplingan wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil untuk dijadikan *private ownership* dan *close ownership* kepada perseorangan, badan hukum atau masyarakat tertentu, sehingga bagian terbesar dari pengelolaan wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil diserahkan kepada perseorangan, badan hukum, dan kelompok masyarakat yang dikonstruksikan menurut Undang-Undang *a quo* dengan pemberian HP-3.** Hal ini berarti bahwa terdapat semangat privatisasi pengelolaan dan pemanfaatan perairan pesisir dan pulau-pulau kecil kepada usaha perseorangan dan swasta" (cetak tebal saya tambahkan).

Pelajaran apa yang dapat kita petik dari kejadian ini? Sebuah kesalahan yang bersifat *by accident* atau *by design*? Saya lebih cenderung berbaik sangka bahwa hal ini lebih disebabkan oleh kesalahan yang bersifat *by accident*. Sebab, saya tahu persis, setidaknya pada tingkat AMAN secara organisasi, AMAN sangat menentang upaya-upaya privatisasi, apalagi yang berkaitan langsung dengan hak-hak masyarakat adat. Saya juga percaya bahwa situasi yang sama juga terjadi dalam debat hangat tentang unit sosial dari 'masyarakat adat' sebagaimana yang telah saya singgung di atas; dan juga beberapa pasal yang bermasalah dalam draf RUU PPMA versi AMAN terakhir. Karena itu, saya kira, perlu 'klarifikasi' dari AMAN secara organisasi, agar para peneliti maupun pengamat misalnya, tidak salah arah dalam menafsirkan 'arah politik perjuangan AMAN' yang sesungguhnya.<sup>69</sup>

Demikian pula dalam kasus *judicial review* atas beberapa pasal Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan yang diajukan AMAN. Saya kira AMAN alpa menegaskan titik berangkatnya; di mana keberadaan Pasal 18B: 2, yang telah terbukti efektif dalam melindungi hak-hak masyarakat adat, sebagaimana yang terjadi dalam kasus JR atas HP - 3 yang telah dibahas di atas, tidak dijadikan amanat konstitusi utama yang dilanggar oleh pasal-pasal UU No. 41/1999 yang digugat itu.<sup>70</sup>



Malah, melalui kasus JR UU. No. 41/1999 tentang Kehutanan ini, yang justru terlihat telanjang adalah soal ketidakkonsistenan AMAN dalam menggunakan terma 'masyarakat adat' yang secara *ngotot* hendak dipertahankannya dalam perdebatan yang saya sebutkan dalam Catatan Kaki ... Dalam kasus JR UU No. 41/1999 tentang Kehutanan ini, tiba-tiba, dalam tuntutan AMAN menggunakan terminologi (hak) masyarakat hukum adat'. Tidakkah ini nantinya menimbulkan masalah keorganisasian, mengingat pembelaan atas absahnya penggunaan terma 'masyarakat adat' berada dalam lingkup anggaran dasar dan anggaran rumahtangga AMAN?

## Kesimpulan

Dari penelusuran data-data yang ada, baik yang bersumber dari kajian pustaka maupun akumulasi data-data lapangan (primer), sebagaimana yang telah dibahas panjang-lebar dalam bagian-bagianter dahulu, nyatalah bahwa hasil amandemen itu belum membawa perubahan yang berarti bagi pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat di negeri ini. Hal ini tampak jelas dalam berbagai rumusan legislasi yang terkait masyarakat hukum adat, seperti 'RUU Desa' yang diajukan Pemerintah maupun 'RUU Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Adat' yang didorong oleh gerakan masyarakat sipil sendiri.

Lebih buruk lagi, pandangan para pihak tentang makna hasil amandemen Pasal18 yang menghasilkan Pasal 18B: 2 itu ternyata masih sangat beragam; artinya belum berubah dari keadaan sebelum amandemen.

Meski begitu, berbeda dari masa sebelum amandemen, keberagaman makna tidak lagi bersumber dari norma pasal yang bersangkutan, melainkan lebih disebabkan oleh pandangan lain yang dianut, yang boleh jadi bukan sebagaimana yang diinginkan oleh konstitusi itu sendiri. Sebab, sebagaimana ditunjukkan oleh beberapa pandangan ahli hukum yang telah dirujuk, makna Pasal 18B:2, baik dari segi prinsip, pilihan terma dan unit sosial yang dimaksudkan, hak-hak tradisional yang dimaksudkan melekat pada 'kesatuan masyarakat hukum adat' itu, serta bagaimana memaknai batasan-batas yang dikandung dalam norma Pasal 18B: 2 adalah jelas adanya.

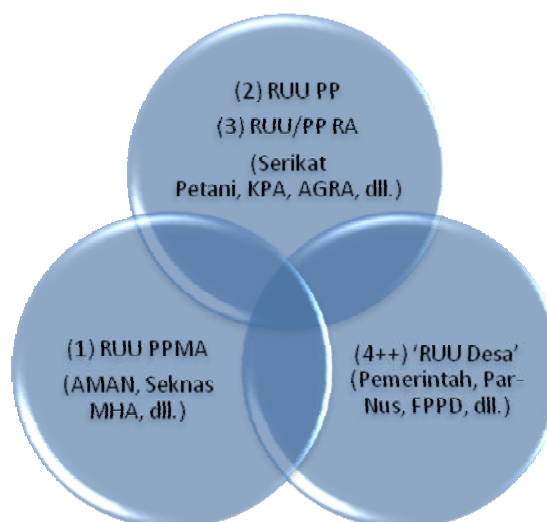
Akibatnya, perjuangan masyarakat hukum adat sebagai subyek hukum yang sah atas berbagai sumber kehidupan belum juga mendapat – setidaknya menurut perkembangan dinamika lapangan yang ada – pijakan yang lebih kokoh. Sejauh ini baru UU No. 41/1999 tentang Kehutanan yang telah diajukan tuntutan *judicial review*-nya, itupun tidak semata-mata karena dianggap melanggar amanat Pasal 18B: 2. Makanya, perjuangan yang menyangkut penguasaan sumber-sumber agraria, tidak lebih ringan ketimbang waktu-waktu sebelumnya. Meski begitu, kenyataan ini secara langsung menunjukkan adanya kemendesakan lahirnya peraturan-perundangan turunan yang lebih lanjut.

Betapapun, kerancuan yang demikian itu telah pula mengakibatkan gerakan sosial yang peduli dengan hak-hak masyarakat adat dan/atau hak-hak petani dan/atau hak-hak masyarakat perdesaan pada umumnya tersegregasi satu sama lain (lihat gambar). Realitas yang demikian tentulah sangat tidak produktif. Maka, sejumlah kompromi – yang tidak meninggalkan substansi tentunya -- perlu diupayakan. Perdebatan yang mempertentangkan konsep-konsep masyarakat hukum adat, masyarakat adat, *desa* dan atau disebut dengan nama lain, menurut kami, sudah harus diakhiri. Gerakan pembelaan harus mulai memberikan perhatian pada substansi dan proses-proses politik yang terus bergulir. Sebab

itulah, dua fenomena politik yang kami singgung di atas harus segera disikapi, dan tidak boleh dibiarkan berproses 'sebagaimana adanya saja'.

Oleh sebab itu pula, di tengah tetap menggodog 'RUU PPMA' seperti yang tengah dilakukan AMAN bersama Badan Legislasi DPR RI saat ini, upaya untuk 'mensubversi' proses legislasi RUU Desa adalah keniscayaan.

Bagi kami, membiarkan proses legislasi dua RUU tersebut 'berjalan beriring' adalah sangat berbahaya! Dalam arti, *status quo* antara pengakuan atas hak-hak masyarakat adat di satu pihak, dan penyelenggaraan 'pemerintahan desa' di sisi lain akan terus berlanjut. Pengalaman selama ini menunjukkan, masyarakat (hukum) adat dalam posisi yang terus merugi dari waktu ke waktu.



Bahkan, hemat kami, upaya mensubversi proses 'RUU Desa' itu jauh lebih strategis, karena proses legislasi yang berlangsung telah berada dalam 'situasi yang mengikat', di mana RUU tersebut telah menjadi agenda sidang antara Pemerintah dan Parlemen cq. Komisi II). Sementara RUU PPMA masih pada tahap *legal drafting* di Badan Legislasi DPR RI dan belum ditemukan siapa mitra kerjanya dalam prses legislasi nanti. Untuk itu, tidak bisa tidak AMAN harus mensegerakan substansi yang ingin diusungnya melalui 'UU PPMA' itu menjadi substansi yang harus didesakkan ke dalam 'RUU Desa'.<sup>71</sup>

Mari lupakan 'kulit'. Bersungguh-sungguhlah dengan 'isi' atau substansi. Misalnya, dengan mempromosikan defenisi '*desa* atau disebut dengan nama lain', selanjutnya disebut *desa*, "adalah kesatuan masyarakat hukum adat yang memiliki hak asal usul yang berkaitan dengan tatanan/struktur organisasi, ulayat (wilayah kehidupan), dan aturan-aturan yang mengatur kehidupan bersama masyarakat desa yang bersangkutan, termasuk melakukan upaya peradilan, oleh karenanya adalah subyek hukum atas serangkaian hak-hak adat yang melekat pada persekutuan masyarakat hukum adat yang bersangkutan itu, dan yang diberi kewenang untuk menyelenggarakan Pemerintahan Nasional yang disebut pemerintahan desa dalam sistem Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia. \*\*\*

### Bahan Bacaan

Alinasi MAsyarakat Adat Nusantara (AMAN), 1999. *Catatan Hasil Kongres Masyarakat Adat Nusantara, Hotel Indonesia, Jakarta, 15 – 22 Maret 1999.*

Arizona, Yance, ed., 2010. *Antara Teks dan Konteks. Dinamika Pengakuan Hukum Terhadap Hak Masyarakat Adat Atas Sumberdaya Alam di Indonesia.* Jakarta: HuMA.

Arizona, Yance, 2012. "Hak Masyarakat Adat Sebagai Hak Konstitusional". Makalah disampaikan pada "Simposium Keberadaan Masyarakat Adat sebagai Subyek

- Hukum". Diselenggarakan oleh HuMa dan Epistema Institute, di Jakarta, 27 – 28 Juni 2012.
- Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Konstitusi Press, Jakarta.
- Bakker, Laurens, and Sandra Moniaga, 2010. "The Space Between: Land Claims and the Law of Indonesia", dalam *Asian Journal of Social Science*, 38: 187 – 203. Leiden: Koninklijke Brill NV.
- Damanik, M. Riza, tanpa tahun, "Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Terhadap Pembatalan Ketentuan tentang Hak Pengusahaan Pengairan Pesiri (HP – 3)".
- Direktorat Pemerintahan Desa dan Kelurahan, Direktorat Jenderal Pemberdayaan Masyarakat dan Desa, Departemen (sekarang Kementerian) Dalam Negeri, 2007. *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Tentang Desa*.
- Eko, Sutoro, dan Abdur Rozaki, 2005. *Prakarsa Desentralisasi dan Otonomi Desa*. Yogyakarta: IRE Press.
- Fakih, Mansour, "Tanah sebagai Sumber Krisis Sosial di Masa Mendatang. Sebuah Pengantar", dalam Hariadi, Untoro, dan Masruchah, eds., 1995. *Tanah, Rakyat, dan Demokrasi*. Yogyakarta: Forum LSM – LPSM DIY.
- Fauzi, Noer, ed. 1997. *Tanah dan Pembangunan. Risalah dari Konferensi INFID ke 10*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- Fauzi, Noer. 1999. *Petani dan Penguasa, Dinamika Perjalanan Politik Agraria Indonesia*. Yogyakarta: Kerjasama INSISTPress, Konsorsium Pembaruan Agraria, dan Pustaka Pelajar.
- Fauzi, Noer, et.al., 2000. *Otonomi Daerah dan Sengketa Tanah. Pergeseran Politik di Bawah Problem Agraria*. Yogyakarta: Laperia Pustaka Utama.
- Fidro, Boy, dan Noer Fauzi, 1995. *Pembangunan Berbuah Sengketa. 29 Tulisan Pengalaman Advokasi Tanah*. Medan: Wahana Informasi Masyarakat, bekerjasama dengan Yayasan Sintesa, Kisaran; Pos Pelayanan LBH Indonesia, Lampung; Lembaga Pendidikan dan Pengembangan Pedesaan, Bandung, dan Lembaga Kajian Hak-hak Masyarakat, Yogyakarta.
- Hadjon, Philipus M., 2004. "Kedudukan Undang-Undang Pemerintahan Daerah Dalam Sistem Pemerintahan", makalah disampaikan dalam Seminar Sistem Pemerintahan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia R.I. bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Airlangga dan Kantor Wilayah Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia Provinsi Jawa Timur, Surabaya, 9-10 Juni 2004.
- Hariadi, Untoro, dan Masruchah, eds., 1995. *Tanah, Rakyat, dan Demokrasi*. Yogyakarta: Forum LSM – LPSM DIY.
- Harman, Benny K., et.al., eds., 1995. *Pluralisme Hukum Pertanahan dan Kumpulan Kasus Pertanahan*. Jakarta: Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia.
- Harsono, Boedi. *Hukum Agraria Indonesia. Himpunan Perauran-peraturan Hukum Tanah*. Jakarta: Penerbit Djambatan.

Heroepoetri, Arimbi, 2012. "Unit Sosial Masyarakat Adat dan Administrasi Eksistensi Masyarakat Adat dan Hak-haknya dalam Negara Indonesia. Sebuah Sumbangan Pikiran". Makalah disampaikan pada "Simposium Keberadaan Masyarakat Adat sebagai Subyek Hukum". Diselenggarakan oleh HuMa dan Epistema Institute, di Jakarta, 27 – 28 Juni 2012.

Hidayah, Zulyani, 1996. *Ensiklopedi Suku Bangsa di Indonesia*. Jakarta: Penerbit LP3ES.

Indrayana, Denny. 2007. *Amandemen UUD 1945, Antara Mitos dan Pembongkaran*. Bandung: Penerbit Mizan

Isra, Saldi, 2012. "Perubahan Pasal 18 Undang-Undang Dasar 1945 (Otonomi Daerah, Otonomi Desa dan Keberadaan Masyarakat Adat". Makalah disampaikan pada "Simposium Keberadaan Masyarakat Adat sebagai Subyek Hukum". Diselenggarakan oleh HuMa dan Epistema Institute, di Jakarta, 27 – 28 Juni 2012.

Jaweng, Robert Endi, 2011. "Desa Menuntut Tekognisi Negara", dalam *Harian Kompas*, Tanggal 10 Desember 2011.

KARSA (Lingkar Belajar untuk Pembaruan Desa dan Agraria), 2012. "Menggagas 'RUU Desa atau disebut dengan nama lain' yang Menyembuhkan Indonesia: Pandangan dan Usulan Lingkar untuk Pembaruan Desa dan Agraria (KARSA) untuk Penyempurnaan 'RUU Desa' yang diajukan oleh Pemerintah Tahun 2012." Disampaikan pada Rapat Dengar Pendapat Umum yang diselenggarakan Panitia Khusus (Pansus) RUU Desa DPR RI, Jakarta, tanggal 20 Juni 2012.

Kleden, Emil Ola, 2012. "Urgensi Kejelasan Unit Sosial dalam Pelaksanaan Prinsip *Free, Prior and Informed Consent* (FPIC)". Makalah disampaikan pada "Simposium Keberadaan Masyarakat Adat sebagai Subyek Hukum". Diselenggarakan oleh HuMa dan Epistema Institute, di Jakarta, 27 – 28 Juni 2012.

Koentjaraningrat, 1970. *Manusia dan Kebudayaan di Indonesia*. Jakarta: Penerbit Djambatan.

Kolopaking, Lala M., 2011. "Peningkatan Kapasitas dan Penguatan Struktur Kelembagaan Otonomi Desa", dalam Arif Satria, Ernani Rustandi, dan Agustina M. Purnomo, eds., *Menuju Desa 2030*. Bogor: CRESTPENT PRESS, bekerjasama dengan Kantor Pusat Pengkajian Perencanaan dan Pengembangan Wilayah (P4W), Institut Pertanian Bogor.

Komisi Nasional Hak Azasi Manusia, *et.al.*, 2005. "Kesimpulan Seminar Nasional Hubungan Struktural antara Masyarakat Hukum Adat dengan Suku Bangsa, Bangsa, dan Negara dari Prespektif Hak Azasi Manusia", Jakarta, 3 – 4 Oktober 2005.

Konsorsium Pembaruan Agraria, "TAHUN PERAMPASAN TANAH DAN KEKERASAN TERHADAP RAKYAT". Laporan Akhir Tahun Konsorsium Pembaruan Agraria Tahun 2011.

Laudjeng, Hedar, 2012. "Kesatuan Masyarakat Hukum Adat". Makalah disampaikan pada "Simposium Keberadaan Masyarakat Adat sebagai Subyek Hukum". Diselenggarakan oleh HuMa dan Epistema Institute, di Jakarta, 27 – 28 Juni 2012.

LAP .....

Mahardika, Timur, 2001. *Strategi Tiga Kaki. Dari Pintu Otonomi Daerah Mencapai Keadilan Sosial*. Yogyakarta: Laper Pustaka Utama.

- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2010. *Naskah Konprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Latar-belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan, 1999 – 2002. Buku IV: Kekuasaan Pemerintahan Negara, Jilid 2. Edisi Revisi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- Manan, Bagir, 2002, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum UII, Cetakan II, Yogyakarta.
- Marzali, Amri, (dalam proses penerbitan). “Klasifikasi Tipologi Komunitas Desa di Indonesia”. Sebuah tulisan yang dipersiapkan untuk sebuah buku yang masih dalam proses penerbitan.”.
- Melalatoa, Junus., 1997. *Sistem Budaya Indonesia*. Jakarta: Kerjasama Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik Universitas Indonesia dan Penerbit Paktor.
- Ndraha, Taliziduhu, 1999. “Desa MAsa Depan: Garis Depan Demokrasi”, makalah yang disampaikan pada ‘Seminar Menggagas Format Perundangan bagi Berlangsungnya Demokrasi dan Penguatan Fungsi Sosial Desa’, diselenggarakan oleh Forum LSM DI Yogyakarta, 15 Januari 1999.
- Pakpahan, Moshedayan dan Sony Bachtiar, 1998. *Tanah Adat di Daerah-daerah Indonesia*. Jakarta: Pusat Penelitian dan Pengembangan Badan Pertanahan Nasional.
- Pietersz, Jemmy J., 2010. “Fungsi dan Peran Lembaga Kewang dalam Perlindungan Lingkungan di Maluku”, dalam *JURNAL KONSTITUSI*, Vol. II Nomor 1, Juni 2010. Ambon: Pusat Kajian Konstitusi, Fakultas Hukum Universitas Pattimura.
- PIU – BAPPENAS & Program *Land Management and Policy Development Project (LMPDP)*, 2008. Inception Report.
- Rahardjo, Satjipto, 2006. “Hukum Adat dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia”, Bahan Bacaan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.
- Rachman, Noer Fauzi, 2012a. “Memperbaiki Rute Transformasi Kewarganegaraan Masyarakat Adat”. Makalah yang dimaksudkan sebagai Keterangan Ahli kepada Mahkamah Konstitusi dalam sidang pertama gugatan Judicial Review yang diajukan Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) atas Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, tanggal 5 Juni 2012.
- , 2012b. “Masyarakat Adat dan Perjuangan Tanah Airnya”. Dimuat di Harian KOMPAS, Tanggal 11 Juni 2012.
- Romli, Lili. 2007, *Potret Otonomi Daerah dan Wakil Rakyat di Tingkat Lokal*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Safitri, Myrna A., ed. 2011. *Untuk apa pluralism hukum? Regulasi, Negosiasi dan Perlawanan dalam Konflik Agraria di Indonesia*. Jakarta: HuMa, Epsitema Institute, dan Forest People Programme.
- Safitri, Myrna A., dan Tristam Moelinono, eds. 2010. *Hukum Agraria dan Masyarakat di Indonesia. Studi tentang Tanah, Kekayaan Alam, dan Ruang di MAsa Kolonial dan Desentraliasi*. Jakarta: HuMa, van Vollenhoven Institute, dan KITLV, Jakarta.
- Sangaji, Arianto, 2012. “Masyarakat Adat, Kelas, dan Kuasa Eksklusi”. Dimuat di Harian KOMPAS, Tanggal 21 Juni 2012.

- Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1995. *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), 28 Mei 1945 - 22 Agustus 1945*. Jakarta: Sekretarian Negara Republik Indonesia.
- Setiawan, Bonnie, Dianto Bachriadi, dan Erpan Faryadi, eds., 1997. *Reforma Agraria, Perubahan Politik, Sengketa dan Agenda Pembaruan Agraria di Indonesia*. Jakarta: Lembaga Penerbit FEUI dan Konsorsium Pembaruan Agraria.
- Simarmata, Ricardo, 2002. "Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat: Resistensi Pengakuan Bersyarat". Tidak/belum diterbitkan.
- Sirait, Martua T., "Di Mana Kita Sekarang? Pembelajaran tentang Pengakuan Hak-hak Masyarakat Adat di Indonesia". Makalah disampaikan pada "Simposium Keberadaan Masyarakat Adat sebagai Subyek Hukum". Diselenggarakan oleh HuMa dan Epistema Institute, di Jakarta, 27 - 28 Juni 2012.
- Slamet, Ina. E., 1965. *Pokok-pokok Pembangunan Masyarakat Desa. Sebuah Pandangan Anthropologi Budaya*. Jakarta: Bharata.
- Sodiki, Achmad, 2012. "Konstitusionalitas Masyarakat Adat dalam Konstitusi". Makalah disampaikan pada "Simposium Keberadaan Masyarakat Adat sebagai Subyek Hukum". Diselenggarakan oleh HuMa dan Epistema Institute, di Jakarta, 27 - 28 Juni 2012.
- Soemano, H., et.al., eds., 1980. *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa dan Proses Kelahirannya*. Jakarta: Departemen Dalam Negeri Republik Indonesia.
- Syamsudin, M, 2008. "Beban Masyarakat Adat Menghadapi Hukum Negara". Dalam *JURNAL HUKUM*, No. 3 Vol. 15, Juli 2008.
- Unger, Roberto Mangabeira, 1976. *Teori-Teori Hukum Kritis, Posisi Hukum dalam Masyarakat Modern*, 2007, diterjemahkan oleh Dariyatno dan Derta Sri Widowatie. Dari Buku *Law and Modern Society : Toward a Criticism of Social Theory*.
- van Vollenhoven Institute dan BAPPENAS. 2010. *Masa Depan Hak-hak Komunal Atas Tanah: Beberapa Gagasan untuk Pengakuan Hukum*. Jakarta: Kerjasama Van Vollenhoven Institute, Universitas Leiden dan BAPPENAS.
- Warman, Kurnia, 2010. *Hukum Agraria dalam Masyarakat Majemuk. Dinamika Interaksi Hukum Adat dan Hukum Negara di Sumatera Barat*. Jakarta: HuMa, van Vollenhoven Institute, dan KITLV - Jakarta.
- Warman, Kurnia, Idris Sardi, Andiko and Gamma Galudra, 2012. *Studi Kebijakan Penguatan Tenurial Masyarakat Dalam Penguasaan Hutan*. World Agroforestry Centre - ICRAF, SEA Regional Office and Perkumpulan untuk Pembaruan Hukum yang Berbasiskan Masyarakat dan Ekologis (HuMa).
- Zakaria, R. Yando, 2000. *Abih Tandeh. Masyarakat Desa di Bawah Rezim Orde Baru*. Jakarta: ELSAM.
- , 2004. *Merebut Negara. Beberapa Catatan Reflektif tentang Upaya-upaya Pengakuan, Pengembalian dan Pemulihan Otonomi Desa*. Yogyakarta: Lingkar Pembaruan Desa dan Agraria (KARSA) dan Lappera Pustaka Utama.

- , 2008. "Beberapa Catatan atas Inception Report Land Management & Policy Development Project/LMPDP – BAPPENAS". Disampaikan pada kegiatan *Focus Group Meeting* (FGM) yang dilaksanakan oleh PIU – BAPPENAS, Program *Land Management and Policy Development Project* (LMPDP), di Jakarta, Tanggal 21 Februari 2008.
- , 2010. "Apresiasi pada Riset/Disertasi/Buku Hukum Agraria dalam Masyarakat Majemuk (Kurnia Warman, HuMA, VVI, KITLV Jakarta, 2010)" Bahan presentasi yang disampaikan dalam acara book launching, di Jakarta, Tanggal 16 Desember 2010.
- , 2010. "Resep de Soto Gugur di Kampung Rawa?" Sebagaimana dapat diakses pada <http://ikhtisarstudiagraria.blogspot.com/search?q=de+Soto>
- , 2011, "Masih Solusi Kaum Keledai", sebagaimana yang saya publikasikan melalui beberapa mailinglist yang saya ikut dan laman Facebook saya. Silahkan taut ke <http://www.facebook.com/notes/yando-zakaria/masih-solusi-kaum-keledai/10150428963248318>
- , 2012 "Catatan Atas JR yang Diajukan AMAN Terhadap UU 41/1999 tentang Kehutanan", sebagaimana yang saya publikasikan pada mailinglist [adalist@yahoo.com](mailto:adalist@yahoo.com) dan laman Facebook saya. Silahkan taut ke <http://www.facebook.com/notes/yando-zakaria/catatan-atas-jr-yang-diajukan-aman-terhadap-uu-no-411999-tentang-kehutanan/10150738681718318>
- Zakaria, R. Yando dan Hedar Laudjeng, 2012, "Pengakuan dan perlindungan masyarakat adat bisa dengan Undang-Undang tentang Desa. Mari lupakan kulit, bersungguh-sungguhlah dengan substansi" " sebagaimana yang saya publikasikan (kembali) melalui laman Facebook saya. Silahkan taut ke <http://www.facebook.com/notes/yando-zakaria/pengakuan-dan-perlindungan-masyarakat-adat-bisa-dengan-undang-undang-tentang-des/10150732219433318>

## **Perlindungan Pengetahuan Tradisional sebagai Bagian Kearifan Lokal dari Masyarakat Hukum Adat dalam Kerangka Negara Hukum Indonesia yang Berkeadilan Sosial**

**Wina Puspitasari**

### **A. Latar Belakang Masalah**

Dalam kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi global, pengetahuan tradisional dan sumber daya genetik memiliki peran penting sebagai bahan dasar utama dalam kegiatan penelitian dan pengembangan yang berbasis produk dalam bidang biofarmasi, bioteknologi, industri kimia, kosmetik, pertanian, dan lain sebagainya. Berdasarkan hasil studi terhadap penggunaan komersial atas keanekaragaman hayati yang meliputi sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional pada tahun 1999 bahwa: "Nilai ekonomi tahunan untuk produk yang berasal dari sumber daya genetik berkisar antara US \$ 500 miliar sampai dengan US \$ 800 miliar." (Graham Dutfield, 2004: 19). Potensi ekonomis ini berkembang secara signifikan dari tahun ke tahun mengingat permintaan pasar terhadap obat-obatan dan kosmetik semakin meningkat. Berdasarkan data tahun 2008, diperkirakan bahwa: "Pasar global farmasi yang menggunakan bahan dasar sumber daya hayati dan/atau pengetahuan tradisional senilai US \$ 773,1 miliar". (Daniel F. Robinson, 2010: 12).

Untuk pencarian sumber daya bagi bidang-bidang tersebut, banyak peneliti dari negara-negara maju melakukan penelitian ke negara-negara berkembang untuk mencari sumber daya yang dapat dikembangkan dalam industri-industri transnasional. Jonathan Curci mengatakan bahwa: "Pada kenyataannya, sekitar 90 % informasi mengenai sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik terdapat di negara-negara berkembang (Jonathan Curci, 2010: 7). Penggunaan pengetahuan tradisional sebagai komponen industri tersebut dilakukan tanpa adanya kompensasi yang wajar terhadap komunitas lokal sebagai pemegang haknya. Penyalahgunaan pemanfaatan pengetahuan tradisional dilakukan dengan memakai rezim Hukum Hak Kekayaan Intelektual secara tidak adil, antara lain menggunakan instrumen paten. Hal ini dimungkinkan mengingat ketentuan internasional tentang paten memberi celah terhadap pendaftaran paten yang didasarkan pada pengetahuan komunitas lokal tertentu asalkan memenuhi persyaratan paten yang ditetapkan. Dalam Pasal 27 TRIPS, diatur bahwa paten dapat diberikan terhadap penemuan apapun, baik yang berkaitan dengan produk, maupun proses, asalkan penemuan tersebut baru, mengandung langkah inventif, dan dapat diaplikasikan dalam industri.

Salah satu isu utama dalam pemanfaatan pengetahuan tradisional adalah "pencarian harta biologi" (*bio-prospecting*) atau "pembajakan biologi" (*bio-piracy*). Banyak masyarakat tradisional dan asli selama bertahun-tahun bahkan berabad-abad mengembangkan berbagai obat-obatan yang membantu merawat kesehatan manusia atau hewan, bahkan menyembuhkan dari penyakit berat. Masyarakat ini juga telah menemukan cara untuk mempercepat dan memperbanyak hasil pertumbuhan tanaman, maupun memberi tanaman ini kekebalan terhadap serangga. Perusahaan besar (seringkali asing) yang bergerak dalam bidang industri farmasi dan agrobisnis telah banyak memperoleh pengetahuan tentang cara-cara pengobatan tradisional ini dari masyarakat tradisional, kemudian memproduksinya



secara massal dan menjualnya kepada masyarakat asli/ tradisional dan mendapat laba yang besar.

Tindakan *bioprospecting* merupakan pencarian terhadap sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang potensial untuk dikembangkan dalam kegiatan penelitian yang tidak selalu berfokus pada komersialisasi. (Graham Dutfield, 2003: 14). Sedangkan, *biopiracy* merupakan penggunaan pengetahuan tradisional dan sumber daya genetik secara tidak sah yang bertujuan untuk memperoleh keuntungan komersial tanpa persetujuan dari komunitas sumber atau otoritas negara penyedia. (Ikechi Mgbeoji, 2006: 13). Bahkan, "*biopiracy*" seringpula dikatakan sebagai "*biocolonialism*" yaitu tindakan dari "negara pengguna" pengetahuan tradisional –melalui korporasi industri- mengambil sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional sebagai bahan sumber untuk produk yang akan dihasilkan dari industri tersebut. Kemudian, mereka memperoleh hak paten berdasarkan bahan pengetahuan tradisional tanpa adanya persetujuan sebelumnya dan pembagian keuntungan. Produk jadi tersebut lalu dijual ke "negara penyedia" dengan harga yang sangat tinggi. Oleh karena itu, "*biopiracy*" dikatakan sebagai bentuk baru kolonisasi negara maju terhadap negara berkembang.

Dalam konteks kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, Hukum Hak Kekayaan Intelektual telah memungkinkan terjadinya industrialisasi pengetahuan tradisional yang mengabaikan hak-hak moral<sup>72</sup> dan material (finansial) yang dimiliki oleh komunitas lokal. Fakta tersebut di atas menunjukkan bahwa pengetahuan tradisional dieksploitasi secara luas dan komersial dalam industri dan perdagangan dunia yang berkaitan dengan pangan, kosmetik, obat-obatan, dan lain sebagainya. Secara faktual, tidak ada realisasi pembagian keuntungan bagi komunitas pemilik pengetahuan tradisional tersebut. Akibatnya, masyarakat adat atau komunitas lokal sebagai pemangku hak atas pengetahuan tradisional tersebut tidak menikmati keuntungan ekonomis atas eksploitasi sumber daya yang mereka kembangkan. Oleh karena itu, diperlukan sistem perlindungan pengetahuan tradisional yang dikembangkan dalam kerangka hukum dan organisasi negara yang memadai.

## **B. Pengetahuan Tradisional sebagai Bagian Kearifan Lokal dari Masyarakat Hukum Adat**

Dalam hubungannya dengan pengelolaan kekayaan hayati, pengetahuan tradisional merupakan informasi dan teknologi yang digunakan oleh komunitas lokal untuk mengolah dan menggunakan sumber daya genetik tersebut dalam kehidupan sehari-hari. Pengetahuan tradisional juga digunakan sebagai informasi untuk meracik obat-obatan tradisional yang berbahan sumber daya genetik dari tumbuhan, hewan, atau mikroorganisme sehingga memiliki khasiat bagi pengobatan dan penyembuhan berbagai penyakit. Dengan korelasi antara pengetahuan tradisional dengan pengobatan, menarik untuk menyimak pendapat dari Padmashree Gehl Sampath sebagai berikut: "*Traditional knowledge is also often used to denote indigenous medicinal knowledge that is a coherent system linking social behavior, human physiology, and botanical observations.*" (Padmashree Gehl Sampath, 2005: 118).

Dalam pengertian yang berkaitan dengan pengelolaan sumber daya hayati, istilah "*Traditional Knowledge*" juga dipadankan dengan istilah "*Traditional Ecological Knowledge (TEK)*". Mengacu pada pengertian dari Freeman dan Carbyn, TEK didefinisikan sebagai berikut:

*TEK is a cumulative body of knowledge and beliefs, handed down through generations by cultural transmission, about the relationship of living beings (including humans) with one another and with their environment. Further, TEK is an attribute of societies with historical continuity in resource use practices; by and large, these are non-industrial or less technologically advanced societies, many of them indigenous or tribal. (Julian T. Inglis, 1993: 3).*

Pengetahuan tradisional merupakan sistem pengetahuan yang dikembangkan dalam nuansa budaya dan lingkungan dari masyarakat lokal tertentu. Istilah “traditional” ini sering menyesatkan karena seringkali ditafsirkan sebagai hal-hal yang bersifat primitif, usang atau kuno, dan bernilai rendah. Istilah ini juga memberi kesan bahwa pengetahuan tradisional dikembangkan dalam kondisi lingkungan yang miskin dan lemah. Dalam kenyataannya, pengetahuan tradisional ini justru dibuat dalam lingkungan yang sangat terstruksur, sistematis, disiplin, dan terikat dengan pola hidup masyarakat pemiliknya. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Avanson C. Kamau bahwa: “Istilah tradisional tersebut hanya menunjukkan bahwa pengetahuan tersebut dibuat, dikembangkan, dan disebarluaskan dengan cara-cara yang mencerminkan tradisi dari masyarakat yang menciptakannya.” (Evanson C. Kamau, 2009, hlm. 145). Istilah tradisional biasanya mengacu pada bentuk-bentuk budaya yang disampaikan dari generasi ke generasi dalam bentuk sikap sosial, keyakinan, prinsip dan perilaku, serta praktik yang berasal dari pengalaman sejarah. Dengan demikian, istilah “tradisional” itu tidak berkaitan dengan sifat pengetahuan itu sendiri, tetapi berkaitan dengan cara di mana pengetahuan tersebut yang dibuat, dilestarikan, dan dikembangkan.

Masyarakat adat berhak atas kepemilikan kolektif atas kekayaan intelektual budaya yang mereka miliki. Mereka berhak untuk menguasai, mengembangkan, dan melindungi pengetahuan tradisional yang mencakup informasi dan teknologi tentang sumber daya genetik dan obat-obatan, pengetahuan tentang sifat flora dan fauna, dan kesenian tradisional sebagai manifestasi budaya. Dalam pemanfaatan pengetahuan tradisional, masyarakat adat memiliki hak material maupun nonmaterial atas sumber daya tradisional tersebut yang dikelola secara komunal berdasarkan kepemilikan bersama. Apabila pengetahuan tradisional dimanfaatkan di luar lingkungan komunitas lokal, maka mereka berhak untuk memiliki kontrol atas penggunaan tersebut agar dapat dipastikan bahwa penggunaan tersebut tidak merugikan kepentingan mereka.

Dalam fora internasional, negosiasi terkait perlindungan pengetahuan tradisional sebagai hak komunal dari masyarakat adat atau komunitas lokal, mulai menghangat sejak disahkannya *Convention on Biological Diversity (CBD)* dalam *the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)* pada Juni 1992 di Rio de Janeiro, Brasil. Konvensi ini telah diratifikasi oleh kebanyakan negara di dunia yang menegaskan kembali kedaulatan negara atas sumber daya alam yang ada di wilayahnya. Konvensi ini menjadi perjanjian multilateral lingkungan pertama yang secara eksplisit menghubungkan konservasi keanekaragaman hayati dengan pembangunan berkelanjutan. Pengaturan tentang hak berdaulat negara atas sumber daya alam diformulasikan dalam ketentuan Pasal 3 CBD. Dalam ketentuan tersebut, ditegaskan bahwa setiap negara mempunyai hak berdaulat untuk memanfaatkan sumber daya yang dimilikinya (*own resources*) sesuai dengan kebijakan pembangunan lingkungannya sendiri secara bertanggung jawab yang menjamin tidak akan menimbulkan kerusakan terhadap lingkungan. Dalam hubungannya dengan Pasal 2

konvensi tersebut, “*own resources*” dipahami sebagai sumber daya biologis dan genetik yang memiliki nilai aktual dan potensial (*biological and genetic resources of actual or potential value*).

Terkait dengan pengakuan pengetahuan tradisional sebagai hak komunitas lokal, Pasal 8 (j) CBD mencakup pengertian yang luas mengenai tanggung jawab negara untuk melindungi keberadaannya. Berdasarkan pasal tersebut, ditegaskan mengenai pengetahuan, inovasi, dan praktik dari masyarakat adat beserta hubungan antara pengetahuan masyarakat tersebut dengan konservasi dan pemanfaatan yang berkelanjutan dari sumber daya hayati. Dengan semangat ini, diharapkan pemerintah nasional, tidak hanya mengakui hak, tetapi juga menyediakan mekanisme partisipatif untuk melaksanakan hak tersebut sehingga masyarakat dapat memperoleh manfaat dari komersialisasi sumber daya mereka. Dalam fora internasional, Pasal 8 (j) CBD ini menandai perkembangan dari wacana hak-hak masyarakat adat. Dalam Pasal 15 CBD, dijelaskan mengenai mekanisme akses terhadap sumber daya genetik, termasuk peningkatan transparansi dalam proses permohonan paten, yaitu penyampaian informasi tentang asal usul penemuan tersebut. Dalam ayat (1), ditegaskan bahwa negara memiliki kewenangan untuk menentukan akses terhadap sumber daya genetik berdasarkan kedaulatan negara atas wilayahnya dan sumber daya alam yang terkandung di dalamnya. Berdasarkan ayat (4), dimungkinkan untuk mengatur akses terhadap sumber daya genetik berdasarkan persetujuan yang disepakati bersama.

Dalam pelaksanaan CBD, Implementasi pembagian keuntungan yang adil dan berimbang atas pemanfaatan sumber daya genetik terbukti tidak pernah berjalan secara efektif karena tidak adanya kerangka kerja yang mengatur pembagian keuntungan tersebut dalam CBD. Protokol Nagoya merupakan perjanjian internasional yang bertujuan untuk menjabarkan lebih lanjut salah satu tujuan dari CBD yaitu pembagian keuntungan yang adil dan berimbang atas pemanfaatan sumber daya genetik. Protokol ini diadopsi oleh COP Ke-10 pada 29 Oktober 2010 di Nagoya, Jepang. Berdasarkan Pasal 6 ayat (1) Protokol Nagoya, dijelaskan bahwa akses terhadap sumber daya genetik harus tunduk pada Persetujuan atas Dasar Informasi Awal (PADIA) dari pihak penyedia sumber daya tersebut. Sama halnya, diatur pula bahwa pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik yang dimiliki oleh masyarakat lokal diakses dengan Persetujuan atas Dasar Informasi Awal (PADIA) dan keterlibatan masyarakat lokal tersebut dalam kesepakatan bersama yang telah ditetapkan. Dalam implementasi PADIA tersebut, pemerintah wajib mengambil kebijakan hukum yang mengatur tentang mekanisme akses secara prosedural, termasuk di antaranya sistem perizinan dalam akses terhadap sumber daya genetik dan/atau pengetahuan tradisional.

Negosiasi internasional terkait perlindungan pengetahuan tradisional juga dilakukan dalam kerangka WIPO. Dalam sidang ke-25 Majelis Umum WIPO, dipertimbangkan untuk mendirikan *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (IGC). IGC merupakan sebuah forum untuk membahas isu-isu hak kekayaan intelektual dalam konteks sebagai berikut: (1) Akses terhadap sumber daya genetik dan pembagian keuntungan; (2) Perlindungan pengetahuan tradisional, baik yang terkait, maupun yang tidak terkait dengan sumber daya genetik; (3) Perlindungan terhadap folklor. Dalam pelaksanaan tugasnya tersebut, IGC melakukan negosiasi berbasis teks dengan tujuan untuk mencapai kesepakatan melalui instrumen hukum internasional yang akan menjamin perlindungan yang efektif terhadap pengetahuan tradisional, sumber daya genetik, dan ekspresi budaya tradisional.

### C. Pemenuhan Hak Asasi Komunal dalam Kerangka Negara Hukum yang Berkeadilan Sosial

Seiring dengan perkembangan ketatanegaraan, konsep negara hukum mengalami diferensiasi yang didasarkan pada kebutuhan untuk menyejahterakan rakyat. Wolfe mendefinisikan pengertian “negara kesejahteraan” berdasarkan pendekatan kultural yang menempatkan pemerintah sebagai organisasi tertinggi negara yang secara moral memiliki tanggung jawab untuk mengusahakan kesejahteraan bagi warganya. Selengkapnya, Wolfe mengatakan bahwa:

*A welfare state is a moral agent. Welfare states send culturally defined moral messages. A state is not only a lawyer drawing up contracts between citizens and between citizens and the state, or a merchant connecting supply and demand, but also a priest trying to give people an interpretation of the world and of the most appropriate behaviour in a specific context. (Monique Kremer, 2007: 242).*

Berdasarkan ruang lingkup tugas pemerintahan, maka secara filosofis-konstitusional Indonesia menganut prinsip negara hukum kesejahteraan. Hal ini ditandai dengan kewajiban negara untuk menjamin kesejahteraan masyarakat. Landasannya terdapat dalam Pembukaan UUD 1945 alinea ke-4, yang antara lain memuat tujuan negara yaitu: “...melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, mencerdaskan kehidupan bangsa, melindungi kesejahteraan umum, ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.” Sila kelima dari Pancasila yang juga tercantum dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945 menegaskan prinsip “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”.

Tugas negara menurut paham negara kesejahteraan (*social service state*) adalah menyelenggarakan kepentingan umum untuk memberikan kemakmuran dan perasaan kesejahteraan yang sebesar-besarnya berdasarkan keadilan. Upaya untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat, meliputi pemenuhan hak individu, hak kolektif, dan hak komunal secara komprehensif sebagai bagian pemenuhan hak asasi manusia. Dalam kaitannya dengan hak kolektif sebagai bagian integral dari hak asasi manusia, Freeman menyatakan bahwa: “*Collective human rights are rights the bearers of which are collectivities, which are not reducible to, but consistent with individual human rights.* (Neus Torbisco Casals, 2006: 30). Hak kolektif mencerminkan kepentingan kelompok yang didasari oleh suatu kesamaan cara pandang yang fundamental. Secara kongruen, hak komunal memiliki kesamaan dengan hak kolektif yaitu bersifat sebagai “hak bersama”. Hak komunal merupakan hak bersama yang dimiliki oleh subjek kolektif (masyarakat adat atau komunitas lokal) untuk melindungi praktik-praktik budaya.

Hak komunal dari komunitas lokal yang berkaitan dengan interaksi antara lingkungan fisik, sosial, dan budaya dinamakan hak asasi budaya. Hak asasi budaya mencerminkan preferensi komunitas lokal terhadap praktik tradisional yang didasarkan pada sistem nilai dan tata cara tertentu sehingga menghasilkan pengetahuan yang berbasis budaya. Pengakuan terhadap hak asasi budaya tersebut merupakan prinsip dasar dalam hak asasi manusia modern. Dalam kaitannya dengan hak asasi budaya sebagai hak kolektif masyarakat, Miranda Risang Ayu mengidentifikasi karakteristik hak budaya berikut ini:

*Cultural rights focus on the existence of minority people; Cultural rights are related to all cultural aspects in a customary law of a certain group of people, including the rights to use their own or local language and the right to profess their own belief or religion; Cultural rights involve both immaterial and material aspects, including spiritual aspects of a cultural system; Cultural rights are commonly assumed as a collective right; Cultural rights always have a historic nature. A cultural aspect upon which the right is attached usually has been passed on from generation to generation, so it is difficult to determine some elements of individual authorial originality. (Miranda Risang Ayu, 2009: 209)*

Dalam pengaturan internasional, pengakuan hak asasi budaya diformulasikan dalam *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR)*. Dalam Pasal 15 ayat (1) kovenan ini, ditegaskan mengenai hak asasi budaya yaitu hak setiap orang untuk terlibat dalam kehidupan budaya dan menghargai hasil-hasil yang diperoleh dari kegiatan budaya. Selanjutnya, dalam ayat (2), ditentukan bahwa pemenuhan terhadap hak budaya tersebut dilakukan dalam kerangka tanggung jawab negara untuk melestarikan, mengembangkan dan menyebarkan ilmu pengetahuan dan kebudayaan. Selain dalam Kovenan tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya, pengakuan terhadap hak budaya sebagai bagian dari hak masyarakat adat, juga diakomodasi dalam *The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*. Dalam Pasal 27 kovenan ini, diakui mengenai hak dari kelompok minoritas berdasarkan suku bangsa untuk menikmati budaya mereka sendiri. Dalam hal ini, pengakuan tersebut dinyatakan secara negatif bahwa negara berkewajiban untuk tidak menyangkal hak-hak dari kelompok minoritas, termasuk hak atas budaya dalam lingkungan kelompok masyarakat.

Secara spesifik, pengakuan terhadap hak-hak masyarakat adat terdapat dalam *International Labour Organization Convention No. 169*. Berdasarkan Pasal 13 ayat (1), konvensi ini mengakui hak-hak masyarakat adat dalam korelasinya dengan nilai spiritual dan budaya serta keterikatan antara masyarakat adat dengan tanah dan wilayahnya. Selain itu, berdasarkan Pasal 15 ayat (1), konvensi ini juga menekankan pentingnya keterlibatan masyarakat adat dalam pengelolaan sumber daya alam yang terdapat di wilayahnya. Pengakuan eksplisit mengenai hak masyarakat adat, termasuk di antaranya hak atas budaya, dielaborasi secara terperinci dalam *Declaration on the Rights of Indigenous People*. Dalam Pasal 31 ayat (1), dijabarkan mengenai hak masyarakat adat untuk mengembangkan warisan budaya dan pengetahuan tradisional yang mencakup pengetahuan tentang sumber daya genetik, obat-obatan tradisional, dan ekspresi budaya material seperti kesenian. Selanjutnya, ditegaskan pula bahwa negara harus mengambil langkah efektif untuk mengakui dan melindungi hak-hak tersebut.

Berdasarkan perubahan UUD 1945, hak asasi budaya merupakan hak konstitusional yang diakui keberadaannya secara eksplisit dalam konstitusi. Hak konstitusional tersebut dijabarkan melalui ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang kesatuan masyarakat hukum adat dalam kerangka pengaturan tentang Pemerintahan Daerah dan hak-hak dasar yang menyangkut pemenuhan hak atas budaya dalam konstruksi Hak Asasi Manusia. Berdasarkan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, negara mengakui keberadaan masyarakat adat dan hak-hak tradisionalnya dengan mensyaratkan adanya kesesuaian antara masyarakat adat tersebut dengan perkembangan kekinian dari masyarakat Indonesia dan sejalan dengan prinsip Negara Kestuan Republik Indonesia. Ketentuan ini merupakan landasan

fundamental untuk melindungi hak-hak tradisional masyarakat adat yang berbasis peran negara secara konstitusional. Dalam konstruksi hak asasi manusia pada Pasal 28C ayat (1) UUD 1945, dijamin mengenai hak untuk memperoleh manfaat dari aktivitas budaya dalam rangka meningkatkan kualitas kehidupan manusia. Selanjutnya dalam ayat (2), dinyatakan pula hak untuk memperjuangkan hak secara kolektif sebagai bagian dari kelompok dan masyarakat. Ketentuan ini merupakan kerangka dasar untuk melindungi hak komunal masyarakat adat sebagai hak bersama atas praktik budaya. Replikasi pengakuan hak tradisional dari masyarakat adat atas budayanya dicantumkan dalam Pasal 28I ayat (3) UUD 1945. Pasal ini menegaskan kembali pentingnya perlindungan hak-hak tradisional masyarakat adat sebagaimana yang telah dicantumkan dalam Pasal 18 ayat (2). Penekanan dalam ketentuan ini adalah penghormatan terhadap identitas budaya yang selaras dengan perkembangan peradaban.

#### **D. Upaya Perlindungan Pengetahuan Tradisional yang Berorientasi Kesejahteraan Masyarakat Adat**

Dalam kaitannya dengan perlindungan terhadap hak asasi budaya sebagai hak komunal komunitas lokal, pemerintah harus menyusun kebijakan yang melindungi hak atas budaya di satu sisi, dan hak komunal di sisi lainnya. Kedua bentuk hak tersebut membutuhkan perlakuan hukum yang berbeda untuk diakomodasi dalam peraturan perundang-undangan. Hak asasi budaya harus dilihat sebagai hak yang aplikatif yang terkait dengan akselerasi pembangunan komunitas lokal. Artinya, pemahaman terhadap hak asasi budaya tidak hanya mencakup pengertian budaya secara fisik, tetapi juga mencakup pengertian budaya secara sosiologis sebagai sistem etis dan praktis yang bekerja dalam masyarakat. Urgensi peran positif negara dalam pemenuhan hak atas budaya, sebagaimana yang dikemukakan oleh Wheeler bahwa: "Negara mampu mengembangkan kapasitas kolektif untuk penegakan hak asasi manusia melalui intervensi legislasi dan kelembagaan yang efektif. (Gene M. Lyons and James Mayall, 2003: 16). Inilah yang menjadikan peran negara sangat strategis dalam pemenuhan hak asasi budaya karena negara memiliki kelengkapan fungsional untuk menegakan hak tersebut sebagai bagian dari hak atas dasar hukum. Spesifikasi inilah yang membedakan negara dengan "aktor" hak asasi manusia lainnya. Dalam perlindungan hak asasi budaya, terutama hak komunal komunitas lokal, negara dituntut untuk mengkombinasikan pendekatan kelambagaan dengan pendekatan hukum.

Dalam upaya melindungi kepentingan negara berkembang dari penyalahgunaan sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional melalui adaptasi sistem hak kekayaan intelektual dengan itikad buruk, dapat dilakukan upaya perlindungan dengan format sebagai berikut:

##### **a. Perlindungan Pengetahuan Tradisional secara Defensif.**

Perlindungan preventif dengan menggunakan sistem data dapat mencegah seseorang agar tidak memperoleh hak kekayaan intelektual atas produk yang didasarkan pada penggunaan pengetahuan tradisional secara tidak sah. Jika pengetahuan tradisional yang terdokumentasi tersebut digunakan sebagai *prior art* dalam prosedur pendaftaran paten, maka dapat ditentukan apakah suatu penemuan tersebut merupakan invensi yang benar-benar baru mengandung langkah-langkah inventif atau tidak. Dalam hal ini, pengetahuan tradisional digunakan sebagai dokumen pembanding untuk menentukan apakah invensi atau inovasi

yang didaftarkan paten tersebut layak untuk memperoleh hak paten atau tidak berdasarkan persyaratan paten.

Pendokumentasian pengetahuan tradisional dilakukan dalam suatu register data yang terintegrasi. Register pengetahuan tradisional adalah sekumpulan informasi dari pendokumentasian pengetahuan tradisional. Register tersebut dapat dibangun, baik secara lokal (dalam komunitas), maupun secara eksternal (di luar komunitas tersebut). Dengan register lokal, masyarakat dapat memutuskan secara kolektif mengenai pengetahuan-pengetahuan apa yang akan dimasukkan dalam daftar register tersebut dan apakah pengetahuan tersebut dapat dibagikan kepada orang di luar masyarakat yang bersangkutan. Sementara itu, register eksternal diselenggarakan oleh pihak-pihak di luar komunitas tersebut, baik pada tingkat nasional, maupun internasional. Biasanya, register tersebut melibatkan pemerintah atau organisasi non-pemerintah.

Sebagai perbandingan, India telah berhasil membatalkan dan menganulir paten yang didasarkan pada pengetahuan tradisional masyarakat lokalnya dengan sistem perlindungan defensif. Perlindungan pengetahuan tradisional secara defensif, dilakukan oleh pemerintah India dengan menyusun *Traditional Knowledge Digital Library* (TKDL) yang diinisiasi oleh *The National Institute of Science Communication of the Indian Council of Scientific and Industrial Research* dan *the Department of Indian Systems of Medicine and Health*. Menurut Graham Dutfield bahwa: "TKDL tersebut disusun dalam bentuk kompilasi data mengenai pengetahuan tradisional, baik yang berasal dari teks kuno, maupun yang berasal dari praktik masyarakat India." (Graham Dutfield, 2004: 201). Kompilasi data tersebut berguna sebagai bukti adanya penemuan sebelumnya (*prior art*) sehingga dapat mencegah kecurangan dalam pendaftaran suatu penemuan yang identik dengan pengetahuan tradisional. Informasi dalam TKDL ini tersedia bagi pemeriksa paten sebagai dokumen pembanding untuk menguji kebaruan suatu penemuan.

#### b. Perlindungan Pengetahuan Tradisional secara Positif

Tujuan utama dari perlindungan pengetahuan tradisional secara positif adalah untuk menciptakan mekanisme akses dan pembagian keuntungan yang adil dan berimbang bagi kepentingan negara penyedia atas pemanfaat sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional. Perlindungan pengetahuan tradisional secara positif mengacu pada tindakan yang diambil oleh pemerintah dari negara sumber untuk secara aktif mendorong perlindungan pengetahuan tradisional dengan mengakui hak-hak komunitas lokal atas sumber daya yang dimilikinya. Sebagaimana yang diamanatkan dalam CBD dan Protokol Nagoya, negara diwajibkan untuk menganbil tindakan legislasi, regulasi, administrasi, dan kebijakan untuk melaksanakan perlindungan yang efektif terhadap pengetahuan tradisional. Perlindungan positif dilakukan dengan menyusun perundang-undangan tersendiri yang mengatur perlindungan pengetahuan tradisional berdasarkan politik perundang-undangan.

Dalam perlindungan pengetahuan tradisional, pemerintah tengah menyiapkan peraturan *sui generis* yang terbagi dalam tiga RUU yaitu: RUU tentang Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional, RUU tentang Perlindungan dan Pengelolaan Sumber Daya Genetik, serta RUU tentang Keanekaragaman Hayati. Ketiga RUU tersebut memiliki titik singgungan dalam hal objek perlindungan yang berupa pengetahuan tradisional yang berkaitan dengan sumber daya genetik. Saat ini, pengaturan dalam ketiga RUU tersebut berpotensi untuk menimbulkan tumpang tindih kewenangan dalam praktik

perlindungan sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional karena ketiganya mengatur objek perlindungan yang sama dengan mekanisme dan kelembagaan yang berbeda-beda berdasarkan RUU masing-masing. Untuk menghindari potensi konflik tersebut, diperlukan kerja sama lintas sektoral untuk membahas materi muatan masing-masing RUU tersebut. Selain ketiga RUU tersebut, pemerintah juga tengah membahas RUU tentang Pengakuan dan Perlindungan Hak-hak Masyarakat Hukum Adat. Dalam RUU tersebut, dielaborasi prinsip penghormatan terhadap hak masyarakat adat, termasuk hak atas pengetahuan tradisional, untuk diaktualisasikan secara berkeadilan.

Sebagai perbandingan untuk menentukan model hukum, pada Agustus 2002, Peru menjadi negara pertama yang mengadaptasi pengaturan komprehensif dalam perlindungan pengetahuan tradisional yang terkait dengan keanekaragaman hayati dengan *The Peruvian Law No 27811*. Peru memberlakukan pengaturan *sui generis* terhadap perlindungan pengetahuan tradisional yang dikenal dengan rezim perlindungan pengetahuan kolektif masyarakat adat. Berdasarkan rezim *sui generis* perlindungan pengetahuan tradisional di Peru, diakui bahwa pengetahuan tradisional yang dimiliki oleh masyarakat adat telah membantu melestarikan komponen keanekaragaman hayati untuk digunakan secara berkelanjutan. Undang-undang tersebut disusun oleh sebuah badan pemerintah Peru, INDECOPI (*National Institute for the Defence of Competition and Intellectual Property*), untuk melindungi pengetahuan kolektif masyarakat adat di negara tersebut. Selain Peru, Pemerintah India telah menyusun perundang-undangan nasional yang berkaitan dengan perlindungan kekayaan hayati dan pengetahuan tradisional yaitu sebagai berikut: (1) *The Act on Geographical Indication*; (2) *The Plant Variety Protection and Farmers Rights Act, 2001*; (3) *The Biological Biodiversity Act, 2002*; (4) *The Patent Amendment Act*.

### c. Perlindungan Pengetahuan Tradisional Berdasarkan Pendekatan Kelembagaan

Kelembagaan dalam perlindungan pengetahuan tradisional, diperlukan untuk menopang pelaksanaan akses dan pembagian keuntungan atas pemanfaatan pengetahuan tradisional. Dalam bahasa Protokol Nagoya, kelembagaan tersebut diterjemahkan sebagai suatu *national focal point* dan otoritas nasional yang kompeten. *National focal point* harus membuat informasi mengenai prosedur untuk mendapatkan PADIA, kesepakatan bersama, dan pembagian keuntungan dengan melibatkan masyarakat lokal yang terkait. Sedangkan, otoritas nasional yang kompeten bertanggung jawab untuk memberikan akses berdasarkan PADIA dan kesepakatan bersama secara administratif. Dalam kedudukannya sebagai lembaga yang berwenang, *national focal point* dan otoritas negara yang berwenang dapat dipegang oleh satu lembaga.

Untuk menciptakan sistem perlindungan bagi pengetahuan tradisional sebagai hak komunal komunitas lokal, diperlukan lembaga yang berwenang untuk mengatur, mengelola, dan mengkoordinasikan perlindungan pengetahuan tradisional dalam kerangka tanggung jawab negara. Untuk mengimplementasikan sistem izin dalam perlindungan pengetahuan tradisional, diperlukan keberadaan lembaga sebagai representasi negara yang berwenang untuk menerima atau menolak izin akses dan pemanfaatan pengetahuan tradisional tersebut. Selain itu, lembaga memegang peranan penting dalam pengawasan perizinan setelah izin tersebut diterbitkan untuk memastikan bahwa izin dilaksanakan dengan sebagaimana mestinya. Tanpa ditunjang dengan sistem kelembagaan yang efektif, maka



sistem perizinan dalam perlindungan pengetahuan tradisional, tidak mungkin dapat dilaksanakan.

Dalam model hukum India, dibentuk *Biodiversity Management Committee* (BMC) dan *National Biodiversity Authority* (NBA) berdasarkan *Indian Biological Diversity Act* (2002). BMC berwenang untuk mendokumentasikan pengetahuan yang berkaitan dengan keanekaragaman hayati, sedangkan NBA berwenang untuk memberikan atau menolak izin terhadap orang asing dan perusahaan asing (termasuk perusahaan berbasis di India yang tidak sepenuhnya dimiliki dan dikelola oleh orang India) untuk mengakses sumber daya biologi atau pengetahuan tradisional untuk tujuan penelitian atau penggunaan komersial. Sementara itu, INDECOPI (*National Institute for the Defence of Competition and Intellectual Property*) dibentuk oleh Pemerintah Peru untuk melindungi pengetahuan kolektif masyarakat adat di negara tersebut.

Dengan melihat model kelembagaan yang diadopsi di India dan Peru tersebut, pemerintah Indonesia dapat mengembangkan kebijakan kelembagaan untuk memenuhi prioritas inventarisasi dan dokumentasi pengetahuan tradisional, serta pelaksanaan akses dan pembagian keuntungan atas pemanfaatan pengetahuan tradisional. Menurut Protokol Nagoya, kedua kewenangan tersebut dapat diserahkan kepada satu lembaga yang berperan sekaligus sebagai *national focal point* dan otoritas nasional yang berwenang. Dalam upaya perlindungan terhadap pengetahuan tradisional, ada beberapa lembaga yang terkait, di antaranya: Kementerian Lingkungan Hidup, Kementerian Luar Negeri, Kementerian Riset dan Teknologi, serta Direktorat Jenderal HKI. Kementerian Lingkungan Hidup berperan dalam upaya penyusunan kebijakan yang berkaitan dengan perlindungan sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik dalam rangka konservasi lingkungan hidup dan pemanfaatan yang berkelanjutan atas komponen-komponennya. Dalam hubungan Indonesia dengan dunia internasional, Kementerian Luar Negeri berperan untuk menentukan langkah kebijakan dalam negosiasi internasional yang berhubungan dengan hak-hak masyarakat lokal dan perlindungan pengetahuan tradisional. Sementara itu, Kementerian Riset dan Teknologi berperan strategis dalam upaya inventarisasi dan dokumentasi sumber daya genetik dalam ranah riset dan teknologi. Sebagai penghubung antara rezim sui generis dengan rezim hak kekayaan intelektual, Direktorat Jenderal HKI berperan untuk menyusun kebijakan dalam kerangka harmonisasi pengaturan tentang perlindungan pengetahuan tradisional dengan sistem hak kekayaan intelektual.

## **E. Kesimpulan dan Saran**

### Kesimpulan

1. Dalam internalisasi pemenuhan hak asasi budaya masyarakat adat, perlindungan terhadap pengetahuan tradisional sebagai bagian kearifan lokal dari masyarakat adat, merupakan bagian integral dari pemenuhan atas hak komunal masyarakat adat;
2. Perlindungan terhadap pengetahuan tradisional dilakukan dalam kerangka organisasi negara kesejahteraan, dengan menekankan pentingnya peran aktif negara untuk menyusun tindakan legislasi, administrasi, dan kebijakan dalam rangka perlindungan terhadap pengetahuan tradisional yang berorientasi pada pembagian keuntungan yang adil dan berimbang;

3. Kerangka perlindungan terhadap pengetahuan tradisional dilakukan dengan: inventarisasi dan dokumentasi pengetahuan tradisional sebagai bentuk perlindungan defensif untuk melawan pendaftaran hak kekayaan intelektual yang didasarkan pada penyalahgunaan pengetahuan tradisional; penyusunan pengaturan *sui generis* yang mengakomodasi mekanisme perlindungan pengetahuan tradisional secara spesifik dan komprehensif; pembentukan lembaga yang berwenang dalam berfungsi sebagai otoritas nasional untuk melaksanakan kebijakan perlindungan pengetahuan tradisional.

### Saran

1. Pemerintah segera meratifikasi Protokol Nagoya untuk menjamin kepastian hukum dalam perlindungan terhadap sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik;
2. Pemerintah, bekerja sama dengan Lembaga Swadaya Masyarakat dan Masyarakat adat, melakukan inventarisasi dan dokumentasi terhadap pengetahuan tradisional ke dalam suatu sistem data terpadu dengan metode partisipatif;
3. Agar pengaturan tidak saling tumpang tindih, Pemerintah perlu meninjau kembali substansi dalam RUU tentang Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional, RUU tentang Perlindungan dan Pengelolaan Sumber Daya Genetik, dan RUU tentang Keanekaragaman Hayati, sebagai sistem *sui generis* perlindungan pengetahuan tradisional;
4. Untuk menciptakan sistem perlindungan yang efektif, perlu dilakukan perubahan terhadap Undang-undang Nomor 14 tahun 2001 tentang Paten, dengan mengakomodasi klausul tentang persyaratan pengungkapan asal-usul (*Disclosure of Origin*) dalam aplikasi paten;
5. Dalam pembentukan lembaga, pemerintah perlu menginisiasi langkah koordinasi melalui kementerian yang terkait agar perlindungan terhadap pengetahuan tradisional dilakukan secara lintas sektoral dengan melibatkan instansi pusat dan daerah.



<sup>1</sup> Kesatuan Masyarakat Hukum Adat oleh dunia internasional diterjemahkan dengan istilah *Indigenous Peoples (IPs)* dan merupakan konsep yang sudah berkembang sejak abad Ke-XIV. Perkembangan berikutnya melalui Konvensi ILO 107 Tahun 1957 tentang Bangsa Pribumi dan Masyarakat Adat, menyatakan bahwa Masyarakat Hukum Adat adalah masyarakat tertinggal (*uncivilized society*) yang harus dikembangkan menjadi masyarakat modern, pada waktu itu pemikiran dunia internasional masih berpegang pada doktrin klasik *Terra Nullius*. Dengan berkembangnya masalah perlindungan dan penegakan Hak Asasi Manusia (HAM), *Indigenous Peoples* menjadi fokus penegakan HAM Internasional. Hal ini didasarkan pada fakta bahwa *Indigenous Peoples* adalah pihak yang sering mengalami tindakan pelanggaran HAM. Di dalam Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia (DUHAM) dan rekomendasi yang dibuat Komisi PBB untuk Eliminasi Diskriminasi Rasial dan Rekomendasi tentang Penduduk Asli, mewajibkan kepada seluruh pihak untuk mengakui dan melindungi Masyarakat Hukum Adat dengan segala hak-hak dan wilayah tradisionalnya dan larangan perampasan hak-hak dan wilayah Masyarakat Hukum Adat dengan alasan apapun kecuali disetujui oleh Masyarakat Hukum Adat tersebut dan disertai kompensasi yang pantas, adil dan tepat. Wacana penegakan HAM inilah yang kemudian menghasilkan Konvensi ILO 169 Tahun 1989 *Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent States* yang menetapkan bahwa setiap pemerintah harus menghormati kebudayaan dan nilai-nilai spiritual masyarakat asli yang dijunjung tinggi dalam hubungan mereka dengan lahan yang mereka tempati atau gunakan, dengan kata lain *Indigenous Peoples* adalah suatu entitas yang harus diakui dan dilindungi dengan pengakuan terhadap hak-hak asasi *Indigenous Peoples* seperti hak untuk menentukan nasib sendiri, hak atas pembangunan, hak atas milik, hak hidup, hak atas kesehatan, dan sejumlah hak lain yang diatur dalam konvensi tersebut. Dengan pengaturan Konvensi ILO 169 Tahun 1989 berarti telah meralat pengaturan Konvensi ILO 107 Tahun 1957 dengan menyatakan bahwa *Indigenous Peoples* memiliki hak untuk hidup sesuai dengan sistem hukum dan politik yang mereka miliki.

<sup>2</sup> Bagi Bagi Manan otonomi adalah asas sedangkan desentralisasi adalah proses atau cara. Tapi dalam literatur lain desentralisasi disebut asas. Seperti Solly Lubis menyebut "asas desentralisasi". Tapi yang jelas keduanya, baik desentralisasi atau otonomi saling berkaitan erat

<sup>3</sup> Secara etimologis *Subak* berasal dari kata *kasuwakan, suwak*. Kata *suwak* berasal dari kata *wak*, artinya bak atau saluran air mendapat preposisi *su* yang berarti baik. sehingga kata *suwak* atau *subak* secara harafiah berarti saluran air yang baik. Dalam perkembangannya *Subak* adalah suatu masyarakat hukum adat yang memiliki karakteristik sosioagraris-religius, yang diketuai *pekaseh* merupakan perkumpulan petani yang mengelola air irigasi di lahan sawah. Nilai tradisional *Subak* terlihat dari penerapan falsafat *Tri Hita Karana* berupa hubungan antara manusia dengan Tuhan Yang Maha Esa (*parhyangan*), hubungan antara manusia dengan manusia (*pawongan* atau *bhuana alit*), dan hubungan manusia dengan alam (*palemahan* atau *bhuana agung*). Perkembangan terbaru menurut harian Kompas tanggal 3 Juli 2012, *subak* ditetapkan sebagai situs warisan budaya dunia oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) melalui Unesco pada akhir bulan Juni 2012.

<sup>4</sup> Kearifan lokal adalah tata nilai yang tumbuh dan berkembang dalam kehidupan masyarakat lokal (*indigenous people* atau *adat community*) sebagaimana tercermin dalam sistem pengetahuan, teknologi, institusi, tradisi-tradisi termasuk sistem norma hukum lokal, yang secara nyata dioperasikan untuk menjaga keteraturan hubungan masyarakat dengan penciptanya, hubungan antar warga masyarakat dan masyarakat dengan lingkungannya.

<sup>5</sup> Ketentuan ini dalam UUD 1945 diatur dalam Pasal 18 B ayat (2). Berikut kutipan lengkap pasal tersebut : Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

<sup>6</sup> Dalam sistem kelembagaan HIPPA terdiri atas unsur: Ketua, Wakil Ketua, sekretaris, Bendahara, Pelaksana Teknis (ulu-ulu P3A), Ketua petak (blok).

<sup>7</sup> 1 *blek* setara dengan 15 kg. gabah atau kalau diuangkan sekitar Rp. 100.000

<sup>8</sup> Bila disimak secara mendalam sebenarnya sejak abad ke IX sudah terjadi imigrasi secara besar-besaran dari Jawa ke Bali sampai abad ke XVI yang sangat terkait dengan kedatangan Islam pada masa Kerajaan Majapahit. (Robequin, 1959: 240-241). Pada saat inilah diperkirakan terjadi perkembangan pertanian sawah yang dikelola oleh lembaga *Subak* yang merupakan perkembangan lebih lanjut dari sawah kering atau *tegalan* yang sebelumnya dimungkinkan pernah dilaksanakan di Pulau Jawa, khususnya di Jawa Timur sehingga teknologi ini kemudian berkembang di Bali melalui organisasi *Subak*.

<sup>9</sup> Pandalungan merujuk kepada suatu kawasan di wilayah pantai utara dan bagian timur Provinsi Jawa Timur (Pasuruan, Probolinggo, Lumajang, Jember, Situbondo dan Bondowoso) yang mayoritas penduduknya berlatar belakang budaya Madura dan Jawa sebagai komunitas hibrida.

<sup>10</sup> Dalam terminologi Pasal 18 UUD 1945 (sebelum Amandemen), susunan asli terdiri dari dua bentuk : (1) *Zelfbesturende landschappen* yaitu kerajaan-kerajaan, dan (2) *volksgemeenschappen*, yaitu : desa atau nama lain seperti nagari, marga, dusun dan lain-lain. Susunan asli dalam makalah ini memfokuskan pada konteks desa atau nama lain dalam konsep UUD 1945 (selanjutnya lihat, Yando Zakaria, (2012) makalah : Menggagas Arah Kebijakan dan Regulasi tentang Desa yang Menyembuhkan Indonesia, Disampaikan pada Simposium Konsolidasi Jaringan Advokasi RUU Desa yang diselenggarakan oleh Pengembangan Pembaruan Desa.

<sup>11</sup> Badan hukum dalam ilmu hukum adalah entitas pembawa hak dan yang tak berjiwa dapat melakukan sebagai pembawa hak manusia, misalnya : dapat melakukan persetujuan-persetujuan, memiliki kekayaan yang sama sekali terlepas dari kekayaan anggotanya, (Kansil, 2002 : 86). Selanjutnya, Kansil juga menyebutkan jenis-jenis Badan hukum, yaitu Badan Hukum Publik seperti Negara sampai dengan Desa dan Badan Hukum Privat yang Badan Hukum Privat Eropa dan Badan Hukum Privat Indonesia (Kansil, 2002 : 86).

<sup>12</sup> Dalam tulisan ini istilah masyarakat adat, masyarakat hukum adat dan kesatuan masyarakat hukum adat digunakan secara bergantian

<sup>13</sup> Selengkapnya tentang Indeks Negara Hukum (*rule of law index*) dapat dilihat di <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>

<sup>14</sup> Peraturan tentang Kode Etik Hakim Konstitusi diatur dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 9/PMK/2006 tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi. Sedangkan untuk Hakim Agung dan Hakim diatur dalam Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung dan Ketua Komisi Yudisial Republik Indonesia No. 047/KMA/SKB/IV/2009-2 SKB/P.KY/IV/2009.

<sup>15</sup> Kewenangan Mahkamah Konstitusi diatur dalam Pasal 24C Ayat (1) dan Ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi: (1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

(2) Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar

<sup>16</sup> Sebenarnya Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 hanyalah salah satu ketentuan di dalam UUD 1945 yang berkaitan dengan keberadaan dan hak-hak masyarakat adat. Selain itu terdapat Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 yang berbunyi: Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.

<sup>17</sup> Dalam tulisan ini Domein verklaring, deklarasi domein, teori domein, prinsip domein, teori domein digunakan secara bergantian untuk menunjuk kepada satu hal yang sama, yaitu konsepsi pemilikan tanah oleh penguasa pada masa Hindia Belanda.

<sup>18</sup> Pasal 520 BW Hindia Belanda Timur yang sekarang menjadi Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata) berbunyi: Pekarangan dan barang tak bergerak lainnya yang tidak dipelihara dan tidak ada pemiliknya, seperti halnya barang seseorang yang meninggal dunia tanpa ahli waris atau yang warisannya ditinggalkan, adalah milik negara (Termorshuizen-Arts, 2010).

<sup>19</sup> Makalah yang disampaikan pada Konferensi dan Dialog Nasional dalam rangka Satu Dasawarsa Amandemen UUD 1945 dengan tema "NEGARA HUKUM INDONESIA KE MANA AKAN MELANGKAH?". Diselenggarakan di Jakarta, tanggal 9-10 Oktober 2012. Khususnya pada Panel 6 yang bertajuk "Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Adat/Lokal di Indonesia", yang dikelola oleh Perhimpunan untuk Hukum dan Masyarakat (HuMa). Kehadiran saya pada konferensi dimaksud dimungkinkan oleh dukungan biaya dari Yayasan PUSAKA, Jakarta.

<sup>20</sup> Dikutip dari Indrayana, 2007. Hal. 14.

<sup>21</sup> Lihat Kurnia Warman, Idris Sardi, Andiko, dan Gamma Galudra, *Studi Kebijakan Penguatan Tenurial Masyarakat Dalam Penguasaan Hutan*. World Agroforestry Centre - ICRAF, SEA Regional Office and Perkumpulan untuk Pembaruan Hukum yang Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa), 2012. Dapat diunduh melalui [http://www.worldagroforestry.org/sea/publication?do=view\\_pub\\_detail&pub\\_no=BK0153-12](http://www.worldagroforestry.org/sea/publication?do=view_pub_detail&pub_no=BK0153-12)

<sup>22</sup> Lihat Warman, 2010; Safitri, 2011; dan Arizona, 2011.

<sup>23</sup> Frasa 'hak-hak masyarakat adat' dalam kalimat ini dengan sengaja saya beri tanda petik mengingat masih adanya perdebatan di sejumlah kalangan yang menyangkut keberadaan, berikut persamaan dan perbedaan antara terma-terma 'masyarakat adat', 'masyarakat hukum adat', 'kesatuan masyarakat hukum adat', dan juga 'persekutuan masyarakat hukum adat'. Soal ini akan saya bahas dalam bagian lain tulisan ini. Dalam tulisan ini, untuk menunjukkan sikap saya atas keberadaan terma yang berbeda itu, akan menggunakannya secara bergantian, atau 'gabungan' dari padanya.

<sup>24</sup> Zakaria, 2010.

<sup>25</sup> Pada pasal dimaksud disebutkan bahwa "Hak Menguasai dari Negara tersebut di atas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan Peraturan Pemerintah" (cetak tebal saya tambahkan).

<sup>26</sup> Soal ini sebenarnya dapat menjadi kajian yang menarik, dan setahu saya, belum ada yang melakukannya.

<sup>27</sup> Mengawali penyampaian makalahnya pada “Simposium Keberadaan Masyarakat Adat sebagai Subyek Hukum” yang diselenggarakan oleh HuMa dan Epistema Institute, di Jakarta, 27 – 28 Juni 2012, Saldi Isra, Guru Besar Hukum Tata Negara pada Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, mengatakan bahwa, dibandingkan dengan 7 Tujuh) proses amandemen konstitusi yang pernah dipelajarinya, termasuk proses amandemen konstitusi Thailand, yang dianggap banyak pihak sebagai proses amandemen yang sempurna, agak sulit mencari alasan-alasan yang menjadi dasar (*orginal intended*) dari beberapa perubahan pada pasal-pasal UUD 1945 yang telah berlangsung sebanyak 4 (empat) kali itu (terhitung semenjak Dekrit Presiden 1959 yang memerintahkan untuk kembali pada UUD 1945 seperti sedia kala). Akibatnya, agak sulit untuk memastikan makna ataupun tujuan sesungguhnya yang dimaksudkan oleh masing-masing perubahan. Boleh jadi pendapat Prof. Saldi Isra ini benar adanya. Namun, hemat saya, itu bukan berarti tertutup kemungkinan para pihak untuk menggali *orginal intent* dari perubahan yang terjadi itu. Untuk itu, kekurangan informasi yang terdapat dalam proses-proses formal dari proses-proses amandemen yang dilalui, seperti yang telah tertuang ke dalam berbagai risalah sidang ataupun masukan tertulis dalam berbagai tahapan amandemen, seperti kegiatan rapat dengar pendapat umum (RDPU), catatan kunjungan ke daerah, dan seterusnya, perlu atau bisa dilengkapi dengan wacana yang berkembang di luar proses-proses formal amandemen itu. Wacana yang berkembang di luar ruang formal ini, menurut saya, bisa menjadi pengganti. Saya percaya, perubahan-perubahan yang terjadi itu tidak saja muncul sekonyong-konyong dalam proses-proses formal amandemen dimaksud, melainkan sudah berakumulasi dari masa-masa sebelumnya, seiring pengalaman yang dialami oleh berbagai pelaku, baik yang terlibat langsung maupun tidak langsung dalam proses-proses formal. Dengan pandangan yang demikianlah makalah ini disusun.

<sup>28</sup> Sengketa di sini dimaknai sebagai "hubungan antara dua pihak atau lebih (baik individu maupun kelompok) yang memiliki, atau yang merasa memiliki sasaran-sasaran yang tidak sejalan" (Chris Mitchel dalam Simon Fisher, 2000). Lihat juga Gamal Pasya dan Martua T. Sirait, 2011. *Analisa Gaya Bersengketa. Panduan Ringkas untuk Membantu Memilih Bentuk Penyelesaian Sengketa Pengelolaan Sumberdaya Alam*. Bogor, Indonesia The Samdhana Institute, hal. 5.

<sup>29</sup> Misalnya, lihat Fakih, 1995.

<sup>30</sup> Dalam Penjelasan untuk Pasal 18 (asli), khususnya pada Angka II, disebutkan bahwa “Dalam terroitor Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 “*Zelfbesturende landschappen*” dan “*Volksgemeenschappen*”, seperti *desa* di Jawa dan Bali, *negeri* di Minangkabau, *dusun* dan *marga* di Palembang dan sebagainya. Daerah-daerah itu mempunyai susunan asli dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa. Negara Republik Indonesia menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan negara yang mengenai daerah itu akan mengingati hak-hak asal-usul daerah tersebut”. Oleh sebab itulah, dalam tulisan ini, disamping penggunaan terma (kesatuan) masyarakat (hukum) adat’ sebagaimana telah dijelaskan apda Catatan Kaki No. ... terdahulu, berdasarkan lasan yang akan saya kemukakan dalam kesempatan lain dalam tulisan ini, saya juga menggunakan frasa ‘*desa* atau disebut dengan nama lain’ sebagai pengganti terma-terma yang berhubungan dengan (kesatuan) masyarakat (hukum) adat itu. Seperti yang juga akan saya jelaskan lebih lanjut, bagi saya unit sosial dari (kesatuan) masyarakat (hukum) adat itu HANYALAH menyangkut unit sosial ‘*desa* atau disebut dengan nama lain’ berikut unit-unit sosial yang berada dalam lingkup ‘*desa* atau disebut dengan nama lain’ itu. Seperti famili, keluarga, dan seterusnya. Tidak termasuk unit-unit sosial yang berada di supra-*desa* atau disebut dengan nama lain itu. Seperti ‘kerajaan-kerajaan nusantara’, misalnya.

<sup>31</sup> Lihat juga seluruh makalah yang disampaikan pada, antara lain, pada “Simposium Keberadaan Masyarakat Adat sebagai Subyek Hukum” yang diselenggarakan oleh HuMA dan Epsitema, di Jakarta, tanggal 17 – 28 Juni 2012 lalu.

<sup>32</sup> Lili Romli, 2007, *Potret Otonomi Daerah dan Wakil Rakyat di Tingkat Lokal*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hal. 8, sebagaimana dikutip Isra, 2012: 4.

<sup>33</sup> Dua UU lahir pada masa pasca-reformasi 1998, yakni UU No. 22 Tahun 1999 dan UU no. 32 Tahun 2004. Tujuh lainnya berlaku sebelum masa reformasi 1998. Lihat Zakaria (2000), Bab 2, catatan kaki No. 41.

<sup>34</sup> Lihat Ketetapan MPR No. XV/MPR/1998 tentang Penyelenggaraan Otonomi Daerah: Pengaturan Pembagian, dan Pemanfaatan Sumber Daya Nasional Yang Berkeadilan; serta Perimbangan Keuangan Pusat dan Daerah Dalam Kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia. Cermati pula kembali kutipan dari Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor X/MPR/1999 tentang Pokok-pokok Reformasi Pembangunan dalam Rangka Penyelamatan dan Normalisasi Kehidupan Nasional sebagai Haluan Negara terdahulu.

<sup>35</sup> Risalah resmi tentang proses amandemen Pasal 18 ini dapat ditemukan dalam Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2010. Khususnya Bab 5, hal. 1107 – dst.

<sup>36</sup> Mahkamah Konstitusi, 2010: 1158 – 1159.

<sup>37</sup> Mahkamah Konstitusi, 2010: 1244.

<sup>38</sup> Kecuali saya sebutkan lain.

<sup>39</sup> Sebuah saran yang coba diterapkan dalam tulisan ini.

<sup>40</sup> Philipus M. Hadjon, “Kedudukan Undang-Undang Pemerintahan Daerah dalam Sistem Pemerintahan”, makalah disampaikan dalam Seminar Sistem Pemerintahan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan Hak Azasi Manusia Republik Indonesia, bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Airlangga dan Kantor Wilayah Departemen Kehakiman dan Hak Azasi Manusia Provinsi Jawa Timur, Surabaya, 9 – 10 Juni 2004, hal. 1, sebagaimana dikutip oleh Pietersz, 2010: 10.

<sup>41</sup> Sebagaimana dikutip oleh Pietersz, 2010.

<sup>42</sup> Terma ‘masyarakat adat’ ini dipromosikan oleh kalangan masyarakat sipil yang peduli tepat 20 tahun lalu. Secara lebih sistimatis terma ini dirumuskan dalam sebuah sarasehan yang diselenggarakan oleh sejumlah ORNOP dan individu yang concern yang tergabung dalam Jaringan Pembelaan Hak-hak Masyarakat Adat (JAPHAMA) di Tana Toraja, pada tahun 1993. Tentang peristiwa ini lihat Zakaria 2000 dan 2004.

<sup>43</sup> Sebagaimana dikutip oleh Pietersz, 2010.

<sup>44</sup> Lihat Mahkamah Konstitusi, 2010. *Naskah Komprehensif Amandemen UUD 1945, Buku 4, Jilid 2*, hal. 1356 - 1357.

<sup>45</sup> Sebagaimana dikutip oleh Pietersz, 2010.

<sup>46</sup> Lihat Risalah Lengkap Keputusan JR tentang HP3.

<sup>47</sup> Sebagaimana dikutip oleh Pietersz, 2010.

<sup>48</sup> Satjipto Rahardjo, Hukum Adat dalam Negara Kesatuan RI,” *Makalah Bahan Bacaan Program Doktor Ilmu Hukum Undip Semarang*, 2006: 12, sebagaimana dikutip dalam Syamsudin, 2008.

<sup>49</sup> Uraian lengkap rumusan Assiddiqie yang coba mengkombinasikan soal kenyataan Masyarakat (M), Tradisi (T), dan Catatan atas tradisi dimaksud (C), dalam rangka mengkaji apakah masyarakat adat itu ada atau sudah punah, lebih lanjut lihat Assiddiqi, 2006: 75 – 85.

<sup>50</sup> Sebagaimana dikutip dalam Syamsudin, 2008.

<sup>51</sup> Sebagaimana dikutip dalam Syamsudin, 2008.

<sup>52</sup> Sebagaimana dikutip dalam Syamsudin, 2008.

<sup>53</sup> Lihat Pasal 1 butir o pada UU No. 22/1999 tentang Otonomi Daerah.

<sup>54</sup> Sebagaimana dikutip oleh Pietersz, 2010.

<sup>55</sup> Pandangan KARSA ini tentunya berbeda dengan pandangan pihak Pemerintah, sebagaimana yang dapat dilihat dalam proses penyusunan dan proses legislasi RUU Desa yang tengah berlangsung saat ini (lihat Direktorat Pemerintahan Desa dan Kelurahan, Direktorat Jenderal Pemberdayaan Masyarakat dan Desa, Departemen Kementarian) Dalam Negeri, 2007). Hal ini, sebagaimana yang akan dibahas lebih lanjut dalam bagian lain, keragaman tafsir soal ini terus berlanjut pada masa pasca amandemen. Bagaimana bentuk akhir dari pertarungan makna ini layak untuk ditunggu, baik melalui rumusan UU Desa yang kemudian diundangkan maupun, mungkin, hasil judicial review pasca-pengundangan UU Desa itu sendiri. Atau jug ahasil JR– mungkin saja – atas sejumlah UU yang berkaitan dengan sumberdaya alam dan agrarian.

<sup>56</sup> Uraian lebih lengkap silahkan lihat KARSA, 2012. Sebagai catatan tambahan, saya adalah alah satu anggota tim yang merumuskan ‘kertas kerja’ dimaksud.

<sup>57</sup> Versi terakhir tertanggal Mei 2012 menjadi bahan/dokuen resmi yang dibahas dalam sidang-sidang Rapat Dengar Pendapat Umum/RDPU yang diselenggarakan oleh Panitia Khusus RUU Desa DPR RI. Baik dokumen Naskah Akademik maupun batang tubuh RUU Desa versi Pemerintah ini telah berproses semenjak tahun 2007 lalu.

<sup>58</sup> Perlu dicatat bahwa RUU Desa versi IRE 2008 ini adalah respons atas ‘kekecewaan’ IRE, dan juga Forum Pengembangan dan Pemberdayaan Desa (FPPD), sebuah jaringan kerja multipihak yang peduli dengan masalah desa atas RUU Desa versi Pemerintah yang muncul pada tahun 2007. Sebagaimana diketahui, dalam rangka revisi UU No. 32/2004, dengan bantuan beberapa lembaga donor, IRE cq FPPD diminta untuk turut terlibat dalam proses penyusunan NA dan RUU Desa, baik dalam bentuk melakukan sejumlah studi, lokakarya, maupun ‘dengar pendapat’ diberbagai daerah. Hasil-hasil kerja IRE cq. FPPD ini menjadi masukan bagi Tim yang resmi bekerja untuk Kemendagri. Draf RUU Desa versi Pemerintah tahun 2007 dianggap tidak sesuai dengan fakta dan masukan yang terjadi dalam proses/kegiatan-kegiatan yang dilakukan IRE cq. FPPD. Sebagai pertanggungjawaban secara publik atas keterlibatan IRE cq. FPPD dalam proses dimaksud, IRE cq. FPPD menerbitkan RUU Desa versi IRE tahun 2008 dimaksud.

<sup>59</sup> Sebagaimana yang ditetapkan melalui Persetujuan Sidang Paripurna Ke-14 Dewan Perwakilan Daerah Republik Indonesia Masa Sidang IV Tahun Sidang 2010-2011, Tanggal 15 Juli 2011, yang kemudian dituangkan ke dalam Surat Keputusan Dewan Perwakilan Rakyat REPUBLIK INDONESIA NOMOR 44 /DPD RI/IV/2010-2011 TENTANG RANCANGAN UNDANG-UNDANG TENTANG DESA, tertanggal 15 Juli 2011.

---

<sup>60</sup> RUU PPHMA versi Bale 2012 ini adalah hasil tindaklanjut – atau respons – atas tuntutan AMAN kepada DPR RI agar tersedia kebijakan yang ‘mengakui dan melindungi hak-hak masyarakat adat’, sebagaimana yang AMAN rumuskan dalam naskah akademik dan RUU yang telah disusunnya. Dokumen-dokumen yang disampaikan AMAN itu, yang secara seremonial diserahkan Sekretaris Jenderal AMAN kepada Ketua Dewan Perwakilan Rakyat RI, Marzuki Alie, pada kesempatan Kongres Masyarakat Adat Nusantara IV, di Tobela, Maluku Utara, April 2012 lalu.

<sup>61</sup> Rincian kritik saya tentang kelemahan RUU Desa versi Pemerintah, khususnya atas versi tahun 2010, dapat dilihat dalam Zakaria, 2010.

<sup>62</sup> Sayang sekali, catatan yang disiapkan secara khusus dalam suasana yang ‘tergopoh-gopoh’, di tengah kongres yang tengah berlangsung itu, ‘tidak dibagikan’ beredar oleh Sekretaris Jenderal AMAN dan Ketua Pelaksana KMAN IV, dengan alasan yang disampaikan beberapa hari setelah KMAN IV berakhir, yang ‘dirangkul dalam kalimat-kalimat yang saling bertentangan/kontradiktif, ataupun kalimat berkelit yang sulit untuk dipahami”. Tentang hal ini silahkan periksa ‘diskusi’ di mailinglist [adatlist@yahoogroups.com](mailto:adatlist@yahoogroups.com), utamanya pada periodeakhir April hingga tanggal 7 Juli 2012, hari berpulangnya Hedar Laudjeng di tengah suatu kegiatan yang tengah diikutinya. RIP, Bung!

<sup>63</sup> Komunikasi pribadi, Yogyakarta, 15 Februari 2012.

<sup>64</sup> Komunikasi pribadi. Terakhir terjadi pada 21 April 2012, di Tobelo, Halmahera Utara, Maluku Utara.

<sup>65</sup> Silahkan ikuti diskusi pada [adatlist@yahoogroups.com](mailto:adatlist@yahoogroups.com), mailing list resmi yang dikelola oleh Aliansi Masyarakat Adat Nusantara, AMAN.

<sup>66</sup> Dikutip dari Naskah Akademik ‘Rancangan Undang-Undang Tentang Desa’, 2007, yang diedarkan oleh Direktorat Pemerintahan Desa dan Kelurahan, Direktorat Jenderal Pemberdayaan Masyarakat dan Desa, Departemen (sekarang Kementerian) Dalam Negeri. Lihat juga Kolopaking, 2011.

<sup>67</sup> Tinjauan mendalam atas latar belakang dan makna putusan Mahkamah Konstitusi ini dapat dilihat pada Damanik, tanpa tahun.

<sup>68</sup> Dalam komunikasi pribadi dengan Abdon Nababan terkait proses sidang-sidang judicial review atas Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-pulau Kecil, Abdon mengatakan kepada saya bahwa kehadirannya dalam sidang-sidang itu adalah dalam kapasitasnya sebagai pribadi dan sebagai ahli dari pihak Pemerintah. Namun, yang tercatat dalam dokumen putusan sidang dimaksud, Abadon tetap dicatat sebagai Sekretaris Jenderal AMAN, lengkap dengan alamat yang sama dengan Kantor Sekretariat Jenderal AMAN, dengan status sebagai ahli dari pihak Pemerintah.

<sup>69</sup> Hal ini telah saya sampaikan dalam posting saya pada mailinglist [adatlist@yahoogroups.com](mailto:adatlist@yahoogroups.com) tertanggal 12 Juli 2012.

<sup>70</sup> Tentang hal ini lihat Zakaria, 2012b.

<sup>71</sup> Usul ini tentu dengan catatan bahwa defenisi tentang apa yang dimaksudkan dengan ‘masyarakat adat’ oleh AMAN perlu dipikirkan ulang secara lebih sungguh-sungguh. Dalam sebuah draf yang pernah dihasilkan AMAN pada tahun 2011 lalu, dan setahu kami draf RUU PPMA tersebut belum lagi mengalami perubahan, ‘masyarakat adat’ didefinisikan “kelompok masyarakat yang secara turun temurun bermukim di wilayah geografis tertentu di Negara Indonesia karena adanya ikatan pada asal usul leluhur, adanya hubungan yang kuat dengan tanah, wilayah dan sumber daya alam di wilayah adatnya, serta adanya sistem nilai yang menentukan pranata ekonomi, politik, sosial dan hukum yang berbeda, baik sebagian maupun seluruhnya dari masyarakat pada umumnya.” Pada suatu kesempatan, defenisi ini pernah kami kritisi sebagai defenisi yang bisa merujuk pada satu persekutuan suku-bangsa yang SEJATINYA tidak terorganisir ke dalam satu system pengorganisasian berdasarkan adat tertentu! Tentu masih banyak pertanyaan kritis yang bisa diajukan, namun tidak akan dilakukan dalam kesempatan ini.

<sup>72</sup> Dalam pemanfaatan pengetahuan tradisional, hak-hak moral dapat didefinisikan sebagai hak dari pemilik pengetahuan tradisional untuk memperoleh pengakuan yang tepat atas pengetahuan tradisional mereka. Antara lain, hak agar pengetahuan tradisional mereka tidak diubah tanpa izin dari komunitas lokal dan agar pengetahuan tradisional tersebut tidak digunakan dengan cara-cara yang merugikan komunitas lokal.



# PEMBAHASAN MAKALAH PER PANEL

## PANEL 7

### PERAN HUKUM DALAM MEWUJUDKAN KEADILAN LINGKUNGAN



## Panel 7

Judul panel : Peran Hukum dalam Mewujudkan Keadilan Lingkungan

Pengelola : Indonesian Center for Environmental Law (ICEL)

### **Penegakan Hukum Lingkungan dengan Pendekatan Hukum Progresif, Upaya Mewujudkan Keadilan Lingkungan**

**Absori**

#### **A. Pendahuluan**

Kerusakan dan pencemaran lingkungan hidup telah terjadi di berbagai daerah di wilayah Indonesia dari tahun ke tahun akumulasinya selalu bertambah dan cenderung tidak dapat terkendali, seperti kerusakan dan kebakaran hutan, banjir pada waktu musim penghujan, kekeringan pada waktu musim kemarau. Berbagai bencana alam dan kerusakan lingkungan terjadi di berbagai daerah, seperti gempa bumi, banjir bandang dan tanah longsor, kerusakan hutan akibat *illegal logging*, kerusakan terumbu karang, pencemaran air (sungai) dan udara di berbagai daerah sudah mencapai pada tarap yang amat mengkhawatirkan. Semuanya itu akibat dari perilaku manusia yang menempatkan alam lingkungan sebagai komoditas yang diperlakukan sebagai objek eksploitasi, media pembuangan dan kegiatan industri tanpa menghiraukan bahwa lingkungan itu materi yang mempunyai keterbatasan dan bisa mengalami degradasi.

Upaya yang dilakukan pemerintah dalam menangani berbagai persoalan lingkungan belum menunjukkan hasil yang diharapkan. Pemerintah dinilai hanya mengurus masalah politik dan sibuk mengeluarkan kebijakan ekonomi kurang ada keberpihakan pada lingkungan. Akibatnya persoalan lingkungan, seperti pencemaran dan kerusakan lingkungan di sejumlah daerah tidak dapat ditangani secara tuntas. Kebijakan pemerintah dinilai yang kurang memihak pada lingkungan berakibat pada timbulnya berbagai kerusakan lingkungan dan bencana alam yang terus terjadi secara beruntun di berbagai tempat di hampir seluruh wilayah Indonesia.

Lembaga pengadilan yang diharapkan mampu dijadikan benteng penegak keadilan dalam menangani masalah lingkungan ternyata belum mampu menunjukkan hasil yang menggembirakan. Keputusan pengadilan dalam berbagai persidangan persoalan lingkungan amat mengecewakan. Lembaga pengadilan masih belum bisa menunjukkan sebagai lembaga yang independen dan bebas dari pengaruh kepentingan, seperti politik dan ekonomi. Disamping itu, aparat penegakan hukum dalam menangani permasalahan lingkungan dinilai masih kurang profesional dan hanya mendasarkan pada ketentuan hukum formal.

Permasalahan lingkungan juga tidak lepas dari model pembangunan yang dilakukan selama ini lebih menekankan pada ekonomi pertumbuhan didasarkan pertimbangan kepentingan analisis untung rugi melalui mekanisme pasar dan perhitungan biaya produksi (*internal transfer of benefits*), sedangkan ongkos lingkungan dan ongkos sosial (*social cost*) yang timbul tidak dimasukkan ke dalam perhitungan untung dan rugi. Karena itu, hukum dan lembaga ekonomi yang berlaku selama ini tidak lagi memadai untuk mengatasi masalah yang timbul akibat kegiatan industri. Ketidakmampuan mekanisme pasar untuk memasukan

faktor lingkungan merupakan faktor penyebab timbulnya konsep pembentukan hukum yang tidak mendukung terhadap keberadaan lingkungan seperti yang ada sekarang.<sup>1</sup>

Orientasi pembangunan pada pembangunan ekonomi pertumbuhan, terlebih pada era otonomi daerah menempatkan persoalan sumber daya alam dan lingkungan pada posisi yang tidak menguntungkan dan terabaikan. Segala hal yang dianggap menghasilkan ekonomi akan dieksploitasi sedemikian rupa tanpa memikirkan dampak negatif di masa mendatang terhadap lingkungan. Dalam rangka mengejar pendapatan asli daerah (PAD), di berbagai daerah eksploitasi sumber daya alam dilakukan dengan tidak mempertimbangkan secara matang dampaknya terhadap lingkungan tetapi karena pertimbangan ego daerah dan sektoral ekonomi yang bersifat jangka pendek. Tulisan berikut akan menguraikan apakah penegakan hukum lingkungan melalui lembaga pengadilan dapat dilakukan secara independen, tidak terpengaruh kepentingan lain, seperti politik dan ekonomi? Dalam kondisi demikian, bagaimana pendekatan penegakan hukum lingkungan yang dilakukan?, dan bagaimana pembinaan aparat penegak hukum lingkungan dalam rangka untuk mewujudkan aparat penegak hukum yang bersih, berwibawa dan bertanggungjawab?

## **B. Penegakan Hukum Lingkungan**

Hukum lingkungan yang diatur dalam UU No. 4 Tahun 1982, dirubah dengan UU No. 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, kemudian diperbarui dengan UU No. 32 Tahun 2009 tentang Pengendalian dan Pengelolaan Lingkungan Hidup pada awalnya diharapkan dapat berfungsi mengendalikan dan mengelola lingkungan hidup dengan baik dalam rangka mewujudkan pembangunan berkelanjutan. Dalam perkembangannya ternyata keberadaannya belum mampu memberikan kontribusi yang berarti bagi upaya penyelamatan lingkungan dari ancaman kerusakan dan pencemaran lingkungan. Hal ini disebabkan oleh keberadaan UU lingkungan sejak kehadiran dan bekerjanya tampak tidak lepas dari pengaruh tarik menarik kepentingan politik dan ekonomi terutama antara kepentingan investor, pemerintah, dan masyarakat.

Berbagai kasus penegakan hukum lingkungan yang terjadi diberbagai daerah di Indonesia menunjukkan bahwa kepentingan politik dan ekonomi telah mempengaruhi bekerjanya hukum. Hal ini bisa dilihat dari berbagai kasus seperti keputusan PN Medan, 5 Nopember 2007 yang telah membebaskan terdakwa Adelin Lis dalam kasus pembalakan liar (*illegal logging*) menunjukkan bahwa majelis hakim dalam memeriksa dan membuat keputusan tampak terpengaruh intervensi kepentingan lain sehingga keputusan yang dijatuhkan menjadi tidak adil. Disamping itu juga berkaitan dengan pemahaman, penafsiran dan pengambilan keputusan yang dilakukan hakim yang lebih berorientasi pada hukum formal yang positif. Hakim tidak berusaha mencari cara lain (terobosan hukum) untuk menemukan hukum yang bisa dijadikan pijakan dalam rangka merumuskan keputusan yang berkualitas dan adil.

Sebagai reaksi atas keputusan tersebut, Komisi Judisial berusaha untuk memeriksa hakim yang menagai kasus tersebut, tetapi tampaknya terkendala alasan kewenangan. Sementara pengadilan yang lebih tinggi, yakni PT Sumatera Utara telah memeriksa hakim yang mengani kasus tersebut. Demikian juga, Kejaksaan Tinggi setempat atas perintah Jaksa Agung berusaha untuk menguji (eksaminasi) tuntutan jaksa. Sebagai reaksi atas keputusan tersebut sebanyak 21 LSM di Medan menyatakan bahwa pembebasan Adelin Lis oleh PN Medan sebagai preseden buruk penegakan hukum lingkungan di Indonesia. Aparat penegak

hukum dan pemerintah dianggap tidak mempunyai kemauan yang kuat untuk melakukan penegakan hukum lingkungan. Sekalipun pada tingkat kasasi Adelin Lis oleh MA dijatuhi hukuman 5 tahun secara absensia tetapi oleh masyarakat dianggap terlambat karena terdakwa telah melarikan diri dan sampai sekarang belum tertangkap.

Kasus yang hampir sama dinilai sarat dengan pengaruh politik yakni peradilan kasus pencemaran lingkungan Teluk Buyat, Sulawesi Utara (2005-2006). Pihak yang dituduh bertanggung jawab, yakni PT Newmont Minahasa yang dianggap telah melakukan pembuangan limbah tambang di Teluk Buyat divonis bebas oleh pengadilan negeri setempat. Demikian juga ketika diajukan kasasi MA telah membebaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum. Banyak pihak yang menyoroti bahwa keputusan tersebut mengadung indikasi adanya intervensi pihak eksternal (politik). Atas dasar itu, Walhi atas organisasi lingkungan berusaha menggugat PT PT Newmont Minahasa melalui pengadilan negeri Jakarta Pusat namun gugatan yang diajukan Walhi juga ditolak.

Pada waktu Direktur PT Newmont Minahasa, Richard B. Ness ditahan oleh Polri Duta besar Amerika Serikat, Ralph L. Boyce mendatangi Presiden dan Kapolri dan meminta supaya iklim investasi yang kondungsif dijaga dan investor Amerika dilindungi. Beberapa saat kemudian Direktur PT Newmont Minahasa, Richard B. Ness dibebaskan. Hal ini menandakan bahwa politik kepentingan Amerika Serikat telah mencampuri bekerjanya hukum lingkungan di Indonesia dalam kasus persidangan pencemaran Teluk Buyat. Sikap Duta Besar Amerika Serikat mendapat reaksi keras sejumlah LSM dan Ormas termasuk Muhammadiyah.

Demikian juga kasus PT Lapindo, sampai sekarang penyelesaian melalui jalur hukum masih menunjukkan gambaran yang gelap dan mengandung misteri. Berbagai upaya masyarakat yang menjadi korban dan LSM yang berusaha memperjuangkan hak-hak masyarakat belum menunjukkan adanya tanda-tanda kearah titik terang penyelesaiannya. YLBHI berusaha mencari terobosan dengan menggugat PT Lapindo dan pemerintah (pusat dan daerah) yang dianggap telah melakukan perbuatan melawan hukum ke PN Jakarta. Namun gugatan yang dilakukan YLBHI tidak dapat dikabulkan.

Upaya Kepolisian untuk melakukan penuntutan jalur pidana belum direspon oleh Kejaksaan. Berkas perkara dari Kepolisian masih belum bisa diterima Kejaksaan dengan alasan bahwa para ahli masih berbeda pendapat penyebab terjadinya semburan lumpur PT Lapindo apakah disebabkan karena faktor kecerobohan manusia atau karena faktor alam akibat terjadinya gempa di Yogyakarta yang getarannya terasa di Jawa Timur. Kejaksaan Agung melalui pernyataan Hendarman Supandji pada waktu itu mengatakan bahwa berdasarkan pada asas hukum yang mengatakan selama keterangan para ahli masih berbeda pendapat maka diambil sikap yang menguntungkan bagi terdakwa. Atas dasar itu, Kejaksaan belum bisa memproses berkas perkara ke Pengadilan.

Apa yang dikatakankan Kejagung sulit untuk diterima oleh logika hukum karena dalam banyak pengalaman menangani kasus sudah biasa terjadi perbedaan pandangan para saksi ahli. Untuk menilai keterangan saksi ahli bisa dilakukan verifikasi berdasarkan metode keilmuan yang bisa dipertanggungjawabkan baik di luar pengadilan maupun di dalam pengadilan. Kalau logika semacam itu dijadikan dasar untuk mengajukan suatu kasus ke pengadilan maka bisa dipastikan akan menghambat jalannya penegakan hukum. Dalam hal ini, Kejagung tampaknya mengalami ketakutan untuk membawa kasus PT Lapindo ke Pengadilan.

Berdasarkan bukti-bukti ilmiah para ahli berpendapat bahwa semburan lumpur PT Lapindo bukan karena faktor alam, seperti Gempa Bumi tetapi kecerobohan manusia. Hal ini dikatakan oleh para Peneliti dari ITB, ITS dan University of Durham, Inggris menyatakan bahwa semburan lumpur panas PT Lapindo adalah karena kesalahan manusia. Richard J Davies, pakar geologi Department of Earth Science, University of Durham, Inggris mengatakan bahwa semburan lumpur panas PT Lapindo bukan karena peristiwa alam tetapi akibat kesalahan manusia dalam melakukan pengeboran migas. Menurut Richard J Davies semburan lumpur panas PT Lapindo tidak terkait dengan akibat gempa Yogyakarta, 27 Mei 2006. Geteran gempa Yogya yang sampai ke Sidoarjo amat kecil, yang kekuatannya seperti air gelombang atau air beriak akibat dilempar kerikil.

Upaya hukum lain melalui jalur negosiasi sampai sekarang belum ada kejelasan penyelesaiannya. Peran Pemerintah untuk turut menyelesaikan baru sebatas langkah normatif, yakni dengan cara membuat Kepres No. 13 Tahun 2006 tentang Tim Nasional Penanggulangan Semburan Lumpur Sidoarjo dan Perpres No. 14 Tahun 2007 tentang Badan Penanggulangan Lumpur Lapindo. Menurut Pasal 15 ayat (2) Perpres No. 14 Tahun 2007 pembayaran ganti rugi dilakukan dengan dua cara 20 persen uang muka dari total ganti rugi, sisanya dibayar paling lambat sebulan sebelum masa kontrak rumah dua tahun habis. Ketika masa kontrak rumah habis PT Lapindo belum mampu melunasi sisanya sebesar 80 persen. Karena belum ada kejelasan penyelesaiannya masyarakat protes dan demonstrasi. Sekalipun Presiden berjanji akan merespon tuntutan masyarakat tetapi sampai sekarang belum ada kejelasan penyelesaiannya. Ketidakjelasan penyelesaian lumpur PT Lapindo mengundang anggapan bahwa persoalan lumpur PT Lapindo akan selalu mengambang karena mengadung muatan politik.

Di Jawa Tengah pengadilan kasus lingkungan seperti yang terjadi di PN Karanganyar dalam kasus pencemaran persawahan dan sejumlah aliran sungai di Jaten dan Kebak Kramat Karanganyar diadukan masyarakat ke kepolisian dan kejaksaan. Setelah memakan waktu lebih dari 2 tahun (2003-2005), mulai awal tahun 2005 disidangkan di PN Karanganyar dan pada tanggal 24 Mei 2005 PN Karanganyar telah menjatuhkan vonis dengan hukuman yang amat ringan dibandingkan dengan ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 43 ayat (1) dan Pasal 45 UU No. 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup. PN Karanganyar hanya menjatuhkan putusan untuk 5 terdakwa rata-rata antara 4-6 bulan penjara dan denda antara Rp. 20-75 juta.

Pada waktu proses hukum di pengadilan pemerintah pernah meminta masyarakat untuk mencabut gugatannya. Pernyataan tersebut dianggap oleh aktivis lingkungan dan masyarakat sebagai bentuk intervensi politik terhadap bekerjanya hukum. Sejumlah aktivis organisasi lingkungan memprotes dan melakukan demonstrasi di pengadilan untuk memberikan dukungan kepada lembaga pengadilan dalam menangani penyelesaian sengketa lingkungan supaya tidak terpengaruh pernyataan dari elite kekuasaan. Mereka mendesak kepada petinggi kekuasaan untuk tidak mencampuri bekerjanya lembaga pengadilan dan meminta kepada lembaga pengadilan untuk bersikap independen dan dalam menggunakan instrumen hukum yang ada mengacu pada spirit yang didasarkan nilai-nilai keadilan.

Kasus lain di Jawa Tengah adalah kontraversi pembangunan PT Semen Gresik di Sukolilo, Pati menunjukkan indikasi bahwa rencana pembangunan lebih menekankan pada pertimbangan ekonomi dan politik dan kurang memperhatikan aspek lingkungan. Pro dan kontra pendirian PT Semen Gresik tidak hanya di kalangan masyarakat tetapi juga para

akademisi. Masyarakat yang menolak pendirian pabrik menyandera tim proyek ketika meninjau calon lokasi pabrik, 22 Januari 2009. Polisi mengamankan delapan warga yang diduga menjadi pemicu penyanderaan yang berakhir dengan anarkhis. LSM Yaphi Kudus dan LBH Semarang berusaha mendampingi untuk memastikan keselamatan warga masyarakat selama dalam tahanan dan menghadapi persidangan.

Dikalangan akademisi juga berbeda pendapat dalam masalah Amdal yang digunakan untuk menganalisis dampak lingkungan pendirian pabrik PT Semen Gresik di Sukolilo, Pati yang sudah disahkan Gubernur Jawa Tengah. Akedemisi Undip sebagai pembuat Amdal berpendapat metode pembuaan Amdal sudah benar dan sesuai dengan kondisi lapangan, sementara akademisi lain berpendapat bahwa Amdal yang dibuat tim Undip bermasalah dan dianggap tidak memenuhi kaidah dasar sebuah Amdal, memiliki banyak cacat dan kontraversial. Karena itu, Amdal yang telah disahkan Gubernur perlu direvisi agar dikemudian hari tidak menimbulkan masalah terhadap lingkungan. Karena persoalannya menyangkut kepentingan masyarakat, PT Semen Gresik dan Pemerintah maka akan lebih baik apabila pemerintah tidak memaksakan diri dengan alasan pertimbangan ekonomi, seperti lapangan kerja dan pertumbuhan ekonomi.

Berdasarkan analisis studi terhadap berbagai kasus tersebut di atas menunjukkan bahwa pengaruh politik dan kepentingan ekonomi menyebabkan bekerjanya hukum yang dijalankan aparat penegak hukum dalam mengatasi masalah lingkungan tidak berjalan independen dan mandiri. Hal ini menjadi penghambat lembaga hukum dalam menjalankan fungsinya sebagai penegak hukum. Menurut Stephen Trudgill, faktor penghambat dalam mengatasi masalah lingkungan adalah faktor politik, disamping faktor sosial, ekonomi, teknologi, pengetahuan, dan kesepakatan<sup>2</sup>. Dalam banyak kasus sering kali terjadi penekanan yang berlebihan faktor politik dan ekonomi, sehingga kebenaran pengetahuan ilmiah terpaksa dikorbankan. Akibatnya, sudah jelas kepentingan lingkungan dikalahkan oleh kepentingan politik dan ekonomi yang *nota bene* hasil kreasi manusia sepenuhnya<sup>3</sup>. Stanlay Diamond<sup>4</sup> mengatakan bahwa terperuknya penegakan hukum di berbagai negara berkembang, termasuk di Indonesia sangat berkaitan dengan kultur dan kondisi politik suatu masyarakat. Dari pendapat tersebut dapat dikatakan bahwa produk hukum dan penagakannya amat dipengaruhi kepentingan politik.

Roberto M. Unger<sup>5</sup> mengatakan bahwa pemahaman hukum dan bekerjanya hukum tidak bisa bebas dari konteksnya. Hukum bekerja tidak di ruang hampa tetapi bekerja dalam realitas yang tidak netral dari pengaruh lain, dan nilai yang ada di belakangnya adalah subjektif. Hukum bukanlah sesuatu yang terjadi secara alamiah, melainkan dikonstruksi secara sosial. Karena itu, menggunakan hukum yang hanya bersifat formal akan gagal untuk mengatasi problem kemasyarakatan. Dia mencoba mengetengahkan visinya mengenai tatanan masyarakat dan tatanan hukum masa mendatang melalui gerakan aktivitas transformatif yang dilakukan atas dasar hak-hak individu yang dilindungi hukum dan menyadarkan birokrasi kekuasaan dan aparat penegak hukum untuk bekerja dengan penuh tanggung jawab.

Dari sisi penegakan hukum lingkungan yang dilakukan lembaga formal, seperti pengadilan dan pemerintah selama ini belum bergeser dari pendekatan positivis dan formal. Aparat penegak hukum dalam merespon dan menyelesaikan berbagai persoalan lingkungan menunjukkan sikap yang formalis, deterministik, dan memberi peluang terjadinya perilaku eksploitatif di kalangan pelaku usaha (investor). Instrumen hukum yang dipakai hanya berorientasi prosedur dan tidak dapat diandalkan sebagai pilar utama untuk mengatasi

problem lingkungan, sementara pencemaran lingkungan dalam proses waktu semakin sulit untuk dapat dikendalikan.

Secara normatif UU No. 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup diperbarui dengan UU No. 32 Tahun 2009 tentang Pengendalian dan Pengelolaan Lingkungan Hidup telah mencantumkan ketentuan ganti rugi yang begitu besar dan sanksi hukuman yang begitu berat, namun ketentuan tersebut ternyata dalam praktek belum menjamin para pencemar dan perusak lingkungan dapat dijerat dengan hukuman yang setimpal. Hal ini dapat dilihat dalam beberapa data persidangan penegakan lingkungan hidup yang dilakukan di pengadilan sebagaimana telah disebutkan di atas. Para pihak yang didakwa melakukan perbuatan pencemaran dan perusakan lingkungan hidup dapat lolos dari jeratan hukum atau memperoleh hukuman yang teramat ringan.

Bekerjanya hukum lingkungan di pengadilan yang dilakukan aparat penegak hukum hanya berorientasi pada ketentuan hukum formal. Hakim tidak melihat pada pertimbangan hukum lain yang terdapat dalam asas-asas hukum yang hidup di masyarakat atau asas hukum mempunyai kedudukan lebih tinggi, seperti prinsip pencegahan secara dini, prinsip kehati-hatian (*precautionary*), prinsip pembelaan melalui "*due diligence*" dan prinsip pertanggungjawaban ketat (*strict liability*). Di samping itu, hakim juga tidak melihat fakta hukum yang terungkap di persidangan sehingga keputusan hakim dalam menyelesaikan sengketa lingkungan dianggap tidak mencerminkan rasa keadilan lingkungan.

Karena itu, pendekatan seperti itu kiranya perlu segera diakhiri, diganti dengan semangat pendekatan hukum progresif yang dimulai dari kesadaran yang tumbuh dari semua kalangan yang mempunyai kepedulian terhadap lingkungan untuk memahami bahwa persoalan lingkungan sudah mencapai tarap yang mengkhawatirkan. Karena itu, perlu ada terapi kejut yang segera digulirkan dalam berbagai upaya dan langkah dalam rangka memberikan dorongan yang lebih kuat lagi. Untuk mengatasinya perlu dilakukan gerakan penyadaran secara progresif dengan melibatkan partisipasi masyarakat, aparat penegak hukum, dan pemerintah akan tugas dan tanggung jawabnya dalam menyelesaikan dan memecahkan masalah-masalah lingkungan.

### **C. Pendekatan Hukum Progresif**

Menurut Satjipto Rahardjo, penanganan penyelesaian sengketa yang menempatkan masalah pada tataran yang simpel yang penyelesaiannya juga simpel, laksana menarik garis lurus antara dua titik. Karena itu, modus penanganannya menjadi linier, hitam putih, dan matematis. Menurutnya, orang cukup bertanya "apa bunyi peraturannya"? dan "ikut saja itu", maka segalanya akan selesai. Dalam aturan yang hitam putih itulah yang dijalankan, yang tidak di situ tidak perlu dijalankan. Dunia atau masyarakat dimasukkan ke dalam rumusan peraturan, skema, atau bagan, dan pengkotakan secara eksak. Di sini konstruksi mengabaikan realitas<sup>6</sup>.

Kegagalan hukum untuk membawa pelaku ke penghukuman oleh pengadilan disebabkan oleh sikap submisif terhadap kelengkapan hukum yang ada, seperti prosedur, doktrin dan asas. Sebagai akibatnya hukum bisa menjadi *safe haven* bagi para pelaku. Jika dilihat dari optik hukum progresif, maka cara-cara dan praktek berhukum seperti itu sudah tergolong kontra-progresif<sup>7</sup>. Dibandingkan dengan pendekatan hukum praktis, maka pendekatan progresif sebetulnya tidak sama sekali gagal. Pendekatan progresif menempatkan

paradigma manusia yang membawa pendekatan ini mempedulikan faktor perilaku (*behavior, experience*). Pendekatan hukum progresif adalah hukum untuk manusia, sedang pada ilmu hukum praktis manusia adalah untuk hukum dan logika hukum. Hukum dan ilmu hukum progresif lebih cenderung ke kreativitas dan menolak rutinitas logika peraturan. Di sinilah letak pencerahan pendekatan ilmu hukum progresif<sup>8</sup>.

Hukum progresif amat peduli dengan perburuan kebenaran, dan menghendaki sejauh mungkin mampu menampilkan gambar yang utuh. Hukum dipahami tidak hanya berupa keteraturan (*order*), tetapi juga ketidakteraturan (*disorder*). Di samping itu, perlu terbuka terhadap realitas *chaostic* yang ada pada hukum, karena memang keadaan seperti itu bisa ditemukan dalam hukum<sup>9</sup>.

Dalam artikelnya, "Indonesia Butuh Keadilan Progresif", Satjipto Rahardjo mengatakan kerusakan dan kemerosotan dalam perburuan keadilan melalui hukum modern disebabkan oleh permainan prosedur yang menyebabkan timbul pertanyaan "apakah pengadilan itu tempat mencari keadilan atau kemenangan?". Membandingkan apa yang terjadi Amerika Serikat, yang menggunakan *extreme adversary system* dalam perkara OJ Simson (1993), karena adanya keleluasaan besar untuk bermain-main dengan prosedur. Para pembela Simson tidak berusaha membuktikan ketidaksalahan Simson, melainkan menyoroti prosedur penanganan kasusnya<sup>10</sup>.

Lebih lanjut dikatakan apabila kehidupan dan praktik hukum di Indonesia terus seperti sekarang ini, dikhawatirkan Indonesia akan menjadi negara hukum kacangan atau picisan. Di dalamnya digambarkan bahwa negara hukum kian gagal untuk mengangkat kualitas kehidupan bangsa menjadi mulia. Alih-alih menggunakan hukum untuk memuliakan dan mensejahterakan bangsa, hukum telah diturunkan derajatnya menjadi alat untuk mengabdikan dan melayani kepentingan individu dan kelompok yang sempit". Negara hukum kacangan merupakan sebutan yang dipakai untuk membandingkan negara hukum yang dijalankan dengan penuh dedikasi untuk mengangkat kemuliaan kehidupan bangsa, seperti kesejahteraan dan keadilan bagi seluruh bangsa<sup>11</sup>.

Lembaga pengadilan harus diarahkan pada upaya menempatkan pengadilan sebagai lembaga profesional, independen tidak memihak dalam menegakan keadilan. Penegakan hukum dilakukan dalam rangka menciptakan sistem hukum yang adil, konsekwen dan tidak diskriminatif serta memberikan perlindungan kelompok sosial yang lemah. Dalam hal ini, bekerjanya hukum melalui lembaga pengadilan membutuhkan adanya kekuatan yang mampu menentukan, mengkonsep, membentuk, menerapkan hukum, yang kesemuanya dilembagakan dalam suatu proses politik yang sehat.

Arah penegakan hukum banyak ditentukan oleh peran lembaga pengadilan dan partisipasi kelompok sosial/individu di dalam masyarakat. Lembaga pengadilan menjadi kreatif, keputusannya berkualitas dan mampu menjadi pengayomi keadilan. Mahkamah Agung dapat didorong untuk berperan aktif dalam proses penegakan hukum dengan berani membuat putusan yang mempunyai visi ke depan. Hal ini penting dilakukan rangka menunjukkan kebesaran dan wibawanya. Mahkamah Agung juga perlu introspeksi, evaluasi melalui eksaminasi terhadap keputusan yang telah dijatuhkan yang dilakukan untuk meningkatkan kualitas putusan-putusan pengadilan.

Dalam tataran sosiologis dalam berbagai praktek penegakan hukum, pengadilan sering dianggap sebagai penyebab terpuruknya wibawa bangsa sebagai negara hukum. Dalam banyak kasus penyelesaian sengketa ataupun penegakan hukum di pengadilan



keputusan-keputusan yang dijatuhkan tidak mencerminkan rasa keadilan. Lembaga pengadilan sering dinilai tertutup dan berada dalam budaya otoriter, tidak independen, dan terpengaruh kepentingan kekuatan lembaga lain. Aparat penegak hukum dianggap kurang profesional dan dalam memahami hukum masih berpijak pada pemahaman hukum yang terbatas, positivis dan prosedural sehingga keputusan yang dijauhkan menjadi tidak adil.

Kegagalan hukum membawa pelaku ke penghukuman oleh pengadilan disebabkan oleh sikap submisif terhadap kelengkapan hukum yang ada, seperti prosedur, doktrin dan asas. Sebagai akibatnya hukum bisa menjadi *safe haven* bagi para pelaku. Dilihat dari optik hukum progresif, cara-cara dan praktek ber hukum seperti itu sudah tergolong kontra-progresif<sup>12</sup>. Pendekatan progresif menempatkan paradigma manusia yang membawa pendekatan ini mempedulikan faktor perilaku (*behavior, experience*). Pendekatan hukum progresif adalah hukum untuk manusia, sedang pada ilmu hukum praktis manusia adalah untuk hukum. Hukum dan ilmu hukum progresif lebih cenderung ke kreativitas dan menolak rutinitas logika peraturan. Di sinilah letak pencerahan pendekatan ilmu hukum progresif<sup>13</sup>.

Secara keseluruhan untuk bangkit dari keterpurukan di bidang hukum, yakni penegakan dan citra lembaga peradilan yang tidak kunjung membaik kiranya perlu untuk melakukan perenungan lebih dalam apa makna kehidupan sosial dalam negara hukum. Untuk menjawabnya tidak cukup hanya menggunakan logika dan perasaan, tetapi lebih dari itu bisa dipakai kecerdasan spiritual, karena menjalankan hukum tidak sama dengan menerapkan huruf-huruf peraturan begitu saja, tetapi harus mencari dan menemukan makna sebenarnya dari suatu peraturan yang akan dijalankannya. Hukum bukan buku telepon yang hanya membuat daftar peraturan dan pasal, tetapi sesuatu yang sarat dengan makna dan nilai<sup>14</sup>

Penyelesaian sengketa lingkungan yang dilakukan lembaga formal, seperti pengadilan dan pemerintah selama ini belum bergeser dari pendekatan positifis formal dan prosedural. Aparat penegak hukum dalam merespon dan menyelesaikan berbagai persoalan lingkungan menunjukkan sikap yang formalis, deterministik, dan memberi peluang terjadinya perilaku eksploitatif di kalangan pelaku usaha (*investor*). Instrumen hukum yang dipakai hanya berorientasi prosedural dan tidak dapat diandalkan sebagai pilar utama untuk mengatasi problem lingkungan, sementara pencemaran lingkungan dalam proses waktu semakin sulit untuk dapat dikendalikan.

Dilihat dari pengelolaan penyelesaian sengketa lingkungan melalui pengadilan perlu diakomodasi aspirasi masyarakat sebagai bentuk partisipasi publik dengan mengusulkan model pemeriksaan dan pemberkasan berita acara pemeriksaan perkara sengketa lingkungan dengan target diajukan ke pengadilan melalui model kerja kerja "hilir mudik" dalam penegakan hukum yang dilakukan oleh polisi dan jaksa penuntut umum sebagai satu tim kerja dalam proses pencarian dan penguatan data untuk pembuktian.

Sekalipun usulan tersebut terbentur kendala prosedur hukum acara sebagaimana diatur dalam KUHAP, namun upaya untuk mengusulkan aspirasi tersebut harus terus menerus dilakukan. Karena itu, dalam rangka menghilangkan kesan kerja yang saling melempar antara polisi dan jaksa, sekaligus untuk menunjukkan kesungguhan aparat penegak hukum dalam menangani masalah lingkungan, harus ada kemauan di kalangan aparat penegak hukum untuk melakukan terobosan prosedural formal yang selama ini menjadi kendala dalam penegakan hukum.

Dalam konteks ini untuk dapat menjalankan hukum lingkungan di tengah masyarakat yang penuh dengan kompleksitas, dibutuhkan aparat penegak hukum, yakni polisi, jaksa, dan hakim yang mempunyai visi, komitmen yang kuat, dan pengetahuan yang memadai di bidang lingkungan. Karena itu, sudah saatnya perlu dilakukan rekrutmen dan pembinaan aparat penegak secara khusus, yang nantinya diharapkan dapat menjalankan tugas khusus dalam menangani sengketa ataupun pengaduan masyarakat masalah lingkungan, berupa perusakan atau pencemaran lingkungan. Hakim yang diangkat atau ditunjuk dapat saja direkrut dari kalangan akademisi atau pakar hukum lingkungan, praktisi yang mengetahui seluk-beluk masalah lingkungan, ataupun kalangan aktivis yang selama ini gigih memperjuangkan lingkungan.

Untuk itu penegakan hukum lingkungan perlu dilakukan pengawalan dengan menempatkan masyarakat pada akses yang lebih besar menuju *civil society*. Akses masyarakat tersebut meliputi akses informasi publik, partisipasi dan keadilan. Pada tataran implementasi dibutuhkan kerangka dan pelaksanaan program yang jelas dalam melaksanakan amanat pembangunan berkelanjutan yang didukung semangat *good governance* dalam pengelolaan lingkungan hidup.

Di samping itu, mengingat sifat dan karakter kasus lingkungan yang berbeda dengan kasus-kasus lainnya, dalam beberapa diskusi *focus group* berkembang pemikiran perlunya model pengadilan khusus sebagai model pengadilan yang diharapkan. Institusi pengadilan ini bisa berdiri sendiri secara mandiri atau melekat pada pengadilan yang sudah ada yang bertugas secara khusus menangani, memeriksa, dan memutus sengketa masalah lingkungan.

Hakim khusus yang akan menangani persoalan sengketa lingkungan harus mempunyai pemahaman, pengetahuan dan keterampilan lebih di bidang lingkungan. Di samping itu perlu dilakukan pembinaan yang intensif para hakim khusus akan tugas tanggung jawabnya. Hakim diharapkan akan mampu menjalankan hukum dengan kompleksitas yang tinggi dengan penekanan yang mengutamakan pendekatan *humanity and ecology*. Dengan demikian keinginan untuk mewujudkan keadilan masyarakat dan keadilan lingkungan dapat terwujud.

Upaya untuk mewujudkan pengadilan khusus di bidang lingkungan sudah berusaha dilakukan, tetapi tidak dengan cara membentuk pengadilan *ad hoc*, sebagaimana pengadilan HAM atau korupsi. Mengingat selama ini hakim *ad hoc* yang telah melepaskan jabatannya sebagai hakim karier dan diangkat dengan menjadi hakim *ad hoc* dengan Keputusan Presiden (Kepres), ternyata kesejahteraan dan kariernya berada dalam ketidakpastian. Kondisi seperti itu dikhawatirkan akan mempengaruhi kesungguhan hakim *ad hoc* dalam menjalankan tugasnya.

Untuk menunjukkan kesungguhan dalam penegakan hukum terhadap persoalan yang dianggap amat serius, seperti masalah lingkungan hidup MA telah mengeluarkan Surat Edaran No: MA/Kumdil/ 197.A/VI/K/2000<sup>15</sup>, yang isinya “meminta pengadilan dan hakim untuk menjatuhkan hukuman yang sungguh-sungguh, setimpal dengan perbuatannya, dan jangan sampai menyinggung rasa keadilan masyarakat terhadap perkara pidana ekonomi, narkoba, perkosaan pelanggaran HAM berat, dan lingkungan hidup. Di samping itu, hakim diminta untuk menjadi katalisator kesenjangan antara hukum positif dengan nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat.

Dengan berbagai keterbatasan yang ada, Kementerian Lingkungan Hidup (KLH) sebenarnya dapat melakukan langkah-langkah terobosan dalam upaya untuk melakukan pencegahan ataupun penanggulangan pencemaran dan perusakan lingkungan. Beberapa di antaranya KLH dapat melakukan kerjasama dengan kepolisian dan kejaksaan untuk menyamakan persepsi, pemahaman, dan langkah dalam rangka melakukan penegakan hukum lingkungan dengan membentuk kerjasama penegakan hukum lingkungan dengan manajemen satu atap yang ditempatkan di KLH. Di samping itu, dapat dilakukan dengan cara pembinaan aparat penegak hukum, polisi, jaksa, dan hakim dengan muatan materi hukum lingkungan. Dalam proses peradilan yang menangani sengketa lingkungan kepada lembaga pengadilan supaya dalam menggunakan hakim yang salah satunya harus sudah bersertifikat di bidang lingkungan.

Sebagai langkah konkrit perlu ditawarkan kepada Kementerian Lingkungan Hidup untuk melakukan kerja sama dengan Mahkamah Agung untuk melakukan pembinaan hakim dengan materi yang berkaitan hukum lingkungan. Dari pembinaan yang dilakukan para hakim yang telah menjalani dalam waktu tertentu akan memperoleh sertifikat hakim berkeahlian hukum lingkungan. Sebagai tindak lanjut hakim-hakim tersebut akan diprogramkan untuk menangani sengketa lingkungan di berbagai daerah di Indonesia. Hakim yang dinilai berhasil dalam menangani sengketa lingkungan akan dipromosikan pada jabatan yang lebih tinggi dengan harapan akan menjadi daya tarik tersendiri bagi hakim yang mengikuti program pembinaan tersebut.

Pembinaan aparat penegak hukum yang akan menangani persoalan sengketa lingkungan tidak hanya didasarkan peningkatan kemampuan dengan menggunakan IQ ataupun EQ, tetapi sudah mulai diasah dengan pendekatan SQ sebagai *creative, insightful, rule-making, rule-breaking thinking*. Dalam hal ini hukum progresif yang visioner dan membebaskan sudah barang tentu berpihak kepada SQ dalam menjalankan hukum<sup>16</sup>.

Danah Zohar dan Ian Marshall mendefinisikan kecerdasan spiritual (SQ) sebagai kecerdasan untuk menghadapi persoalan makna (*value*), yaitu kecerdasan untuk menempatkan perilaku dan hidup dan kehidupan manusia dalam konteks makna yang lebih luas dan kaya. Kecerdasan untuk menilai bahwa tindakan atau jalan hidup seseorang lebih bermakna dibandingkan dengan yang lain. SQ merupakan landasan yang diperlukan untuk memfungsikan IQ dan EQ secara efektif, bahkan SQ merupakan kecerdasan yang tertinggi<sup>17</sup>.

Menurut Ary Ginanjar, kecerdasan spiritual adalah kemampuan manusia untuk memberi makna aktivitas hidup (ibadah) dalam setiap perilaku dan kegiatan yang dilakukan, melalui langkah-langkah dan pemikiran yang bersifat fitrah, menuju manusia yang seutuhnya (*hanif*), dan memiliki pola pemikiran integralistik (*tauhidi*), serta berprinsip "hanya karena Allah" mereka beraktivitas. Dicontohkan seorang aparat atau pekerja memaknai pekerjaan atau profesinya sebagai ibadah yang semuanya dilakukan demi kepentingan umat manusia dan Tuhannya yang sangat dicintainya. Dia berpikir secara *tauhidi* dengan memahami seluruh kondisi institusi, situasi yang ada, termasuk sosial, ekonomi, dan politik dalam kesatuan yang esa (integral). Dengan berprinsip *bismillah* dia bekerja giat bahkan lebih giat lagi. Di dalamnya ada kebebasan jiwa yang independen dan merdeka semata-mata karena *la ilaha illallah*, dan apa yang dilakukan memberi *rakhmat lil alamin*<sup>18</sup>.

Untuk pembinaan para hakim dengan pendekatan kecerdasan spiritual perlu diarahkan pada pembinaan moral, kejujuran, integritas, kepribadian layak dipercaya dan mempunyai kebanggaan menjadi hakim sebagai jabatan yang mulia. Di samping itu tidak kalah pentingnya perlu dilakukan pembinaan spiritual berdasarkan ajaran agama yang diyakininya, yang menyadarkan bahwa tugas hakim sarat dengan tugas keadilan yang membahasakan atas nama Allah untuk memutus perkara dengan berdasarkan keadilan. Dengan kualitas hakim seperti itu, seorang hakim tidak akan tergoda suap dan praktik mafia peradilan, lebih dari itu hakim akan dapat melakukan keputusan yang benar sesuai dengan hati nurani dan nilai-nilai keadilan.

Pembinaan aparat penegak hukum (hakim) dengan pendekatan SQ, di dalamnya terdapat kesadaran dan pesan spiritual yang dalam bahwa seorang hakim adalah wakil (wali) Allah di muka bumi (*fil ardi*), ia menjalankan tugas atas nama Allah, Tuhan semesta alam untuk menjaga dan menyelamatkan kerusakan alam lingkungan yang telah dirusak oleh pihak-pihak yang tidak bertanggung jawab. Dengan demikian, apa yang dilakukan aparat penegak hukum (hakim) semata dalam rangka menjalankan amanat mulia sebagai hamba untuk mensejahterakan alam lingkungan, sekaligus di dalamnya terkandung amanat pengabdian (ibadah) kepada Tuhannya.

Pembinaan hakim dengan pendekatan SQ adalah sesuai dengan amanat tugas seorang hakim yang menjatuhkan keputusan berdasarkan pada "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa"<sup>19</sup>. Tugas yang dijalankan seorang hakim adalah tugas spiritual dengan mengatasmakan Tuhan dan keadilan, pertanggungjawaban tidak hanya dihadapan manusia tetapi kepada Tuhannya, dengan taruhan surga dan neraka, karena itu dalam menjalankan tugasnya dia tidak boleh main-main dengan mengotak atik pasal atau memplintirnya hanya karena iming-iming materi atau kekuasaan.

Penyadaran dan pesan spiritual yang harus menjadi pola pikir seorang hakim untuk menegakan keadilan termasuk untuk diri dan keluarganya. Apa yang dilakukan semata dalam rangka menjalankan amanat mulia dalam rangka menjalankan pengabdian (ibadah) kepada Allah, zat pengenggam keadilan. Kalau upaya dan pembinaan sebagaimana yang digambarkan di atas dilakukan, hukum dan citra lembaga pengadilan akan terangkat kembali dan mampu memberikan kontribusi yang berarti bagi penegakan hukum lingkungan.

Jauh berabad-abad yang lalu Allah sudah mengingatkan kepada manusia akan kerusakan dan kehancuran alam lingkungan yang diakibatkan perbuatan manusia sebagaimana digambarkan dalam Al-Quran bahwa "telah tampak kerusakan di darat dan di laut disebabkan perbuatan tangan manusia, supaya Allah merasakan kepada mereka sebagian dari (akibat) perbuatan mereka, agar mereka kembali (ke jalan yang benar)"<sup>20</sup>. Karena itu, seorang aparat penegak hukum (hakim) dalam menjalankan hukum harus selalu menggunakan kecerdasan spiritualnya yang dilakukan dengan mengedepankan pendekatan nurani dan visi yang jauh ke depan dalam rangka menyelamatkan alam lingkungan agar tetap berkelanjutan.

#### D. Penutup

Dari uraian tersebut dapat disimpulkan sebagai berikut :

1. Keberadaan hukum lingkungan dalam praktek ternyata belum mampu memberikan kontribusi yang berarti dalam upaya menyelamatkan lingkungan dari ancaman kerusakan dan pencemaran lingkungan. Penegakan hukum lingkungan tidak lepas dari dipengaruhi kekuatan politik dan kepentingan ekonomi menyebabkan bekerjanya hukum tidak independen dan mandiri dalam mengatasi masalah lingkungan. Disamping itu, penegakan hukum lingkungan yang dilakukan lembaga pengadilan belum bergeser dari pendekatan positivis dan prosedural menyebabkan keputusan yang dijatuhkan pengadilan belum mencerminkan rasa keadilan masyarakat dan keadilan lingkungan.
2. Aparat penegak hukum belum mampu menunjukkan sikap yang profesional, berwibawa dan memihak pada keadilan lingkungan. Aparat penegak hukum dalam melakukan penegakan hukum lingkungan belum mempunyai visi, komitmen yang kuat, dan pengetahuan yang memadai di bidang lingkungan. Atas dasar itu, penegak hukum perlu diarahkan pada pendekatan hukum progresif yang menekankan pada kecerdasan spiritual. Pembinaan aparat penegak hukum dengan pendekatan kecerdasan spiritual perlu diarahkan pada pembinaan moral, kejujuran, integritas, kepribadian layak dipercaya dan mempunyai kebanggaan menjadi hakim sebagai jabatan yang mulia. Di samping itu tidak kalah pentingnya perlu dilakukan pembinaan spiritual berdasarkan ajaran agama yang diyakininya, yang menyadarkan bahwa tugas hakim sarat dengan tugas keadilan yang membahasakan atas nama Allah untuk memutus perkara dengan berdasarkan keadilan.

#### Daftar Pustaka

- Asshididie, Jimly, 2009, *Green Constitution, Nuansa Hijau Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta, Rajawali Press.
- Ary Ginanjar, 2004, *Rahasia Sukses Membangun Kecerdasan Emosi dan Spiritual, ESQ, Emotional Spiritual Quotient*, Jakarta, Penerbit Arga.
- Budi Widianrko. 2004, 13 Juli, *Bias Politik dalam Kasus Pencemaran*, Jakarta, Kompas
- Dietz, Ton, 1998, *Pengakuan Hak atas Sumber Daya Alam*, Pengantar Mansour Fakhri, Refleksi Gerakan Lingkungan, Yogyakarta, Remdec, Insist Press dan Pustaka Pelajar.
- Hadi, Sudharto P, 2002, *Dimensi Hukum Pembangunan Berkelanjutan*, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro.
- M. Mahfud MD. 1998, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta, LP3ES,.
- M. Miharadi, 2002, Vol 2 No. 2, *Menelaah Kebijakan Penegakan HAM*, Jakarta, Jurnal Keadilan.
- Roesad, Kurnya, 1996, *Perdagangan Internasional dan Lingkungan Hidup: Implikasi bagi Indonesia*. dalam *Transparansi Industri Indonesia dalam Era Perdagangan Bebas*, Jakarta, CSIS,
- Satjipto Rahardjo, 8 Desember 2001, "Hukum Progresif sebagai Dasar Bangunan Ilmu Hukum Indonesia", *Makalah Seminar Nasional Menggagas Ilmu Hukum Progresif*

*Indonesia*, Semarang, Kerjasama IAIN Walisongo dengan IKA Program Doktor Ilmu Hukum Undip.

-----, 30 Desember 2002, "Menjalankan Hukum dengan Kecerdasan Spiritual", Jakarta, *Kompas*.

-----, 25 Oktober 2004, "Formal dan Non Formal dalam Ketatanegaraan, Jakarta, ", *Kompas*.

-----, 2003, Ilmu Hukum : *Pencarian, Pembebasan, dan Pencerahan*, Semarang, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP.

Roberto M Unger, 1999, *The Critical Legal Studies Movement* (1983), diterjemahkan Ifdhal Kasim, Jakarta, Elsam

## **Paradoks Ketimpangan Emisi Nasional: Kajian Kritis Ketidakadilan Iklim Indonesia**

**Deni Bram**

### **Pendahuluan**

Salah satu isu lingkungan hidup yang memberikan pengaruh signifikan terhadap semua komponen kehidupan dan sistem kehidupan banyak kalangan saat ini adalah mengenai fenomena perubahan iklim (*climate change*). Perubahan iklim hadir sebagai suatu bentuk fenomena kerusakan lingkungan yang memiliki dampak pada hampir setiap bidang kehidupan yang mengancam eksistensi kehidupan manusia baik pada tataran lokal, nasional dan juga pada tataran global.

Dalam konteks Indonesia, dampak perubahan iklim yang nyata akan terjadi adalah kenaikan muka air laut setinggi satu meter yang akan mengakibatkan masalah besar pada masyarakat yang tinggal di daerah pesisir. Abrasi pantai dan mundurnya garis pantai sampai beberapa kilometer menyebabkan banyak masyarakat kehilangan tempat tinggal dan sumber daya. Beberapa hasil penelitian menunjukkan bahwa kenaikan permukaan air laut setinggi 60 cm akan berpengaruh langsung terhadap jutaan penduduk yang hidup di daerah pesisir. Panjang garis pantai Indonesia yang lebih dari 80.000 km memiliki konsentrasi penduduk dan kegiatan sosial ekonomi masyarakat yang tinggi, termasuk kota pantai dan pelabuhan. Demikian juga ekosistem alami seperti mangrove akan banyak mengalami gangguan dari pelumpuran dan penggenangan yang makin tinggi.

Uraian data ilmiah mengenai akibat yang dihasilkan dari perubahan iklim sebagaimana tertuang dalam paragraf di atas secara jelas menggambarkan bahwa dampak dari perubahan iklim telah terjadi secara nyata saat ini dan berimbas pada masa yang akan datang. Eksistensi negara – negara kepulauan yang semakin terancam serta dampak simultan yang akan dialami oleh negara – negara miskin menjadi cerminan ketidakadilan iklim bagi saat ini. Pada masa yang akan datang, kondisi sekarang ini turut andil dalam memperburuk iklim yang akan dirasakan oleh generasi ke depan.

Secara umum eksistensi baik hukum internasional maupun hukum nasional yang pada awalnya hanya berada dalam pemikiran hukum di masa lalu mulai dipertanyakan untuk kepentingan saat ini dan saat yang akan datang. Kehadiran instrumen hukum lingkungan pada umumnya dan yang menyangkut pada bidang perubahan iklim pada khususnya dirasakan tidak memberikan sumbangsih yang simetris baik pada kondisi saat ini dalam belahan dunia yang berbeda, maupun dalam kondisi yang bersifat lintas waktu yaitu antara kepentingan saat ini dan saat akan datang. Lebih parah lagi, ketimpangan sumbangsih terhadap laju emisi juga terjadi pada skala nasional yang memperlihatkan kontribusi yang berbeda daerah satu dengan daerah lainnya.

Penelitian ini secara khusus akan bertujuan untuk melakukan kajian keadilan iklim baik pada tataran internasional maupun nasional. Selain itu fakta mengenai ketimpangan emisi baik pada tataran internasional maupun nasional akan menjadi dasar dari penelitian ini untuk menyuguhkan gagasan pengukuran yang berperspektif keadilan iklim. Beberapa tulisan dalam tataran internasional telah mencoba untuk mengupas konteks keadilan iklim dalam berbagai sudut. Brown Edit Weiss merupakan salah satu tokoh ternama saat

membicarakan presposisi keadilan iklim. Derivasi keadilan iklim dalam bentuk keadilan inter generasi dan keadilan intra generasi menjadi alat ukur yang spesifik dalam perspektif Weiss. Pada tingkatan nasional, pendekatan keadilan iklim seringkali digunakan oleh para pemikir baik dari tataran kampus, birokrasi hingga lembaga swadaya masyarakat. Salah satu hasil penelitian yang penulis lihat *concern* akan hal ini yaitu kajian dari Epistema Institute serta *Institute for Essential Services Reform* (IESR) yang menyuguhkan data mengenai kondisi emisi di Indonesia.

### Hasil dan Pembahasan

Proyeksi dari berbagai kajian ilmiah yang menggambarkan bahwa akan terjadi peningkatan suhu bumi secara masif sebanyak 0,2 derajat Celcius setiap dekadanya dalam 2 (dua) dekade ke depan membuat para ahli dan juga pengambil kebijakan seantero dunia memikirkan mekanisme yang tepat. Memperhatikan kecenderungan adanya peningkatan suhu seperti ini, *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC) telah mengindikasikan bahwa konsentrasi gas rumah kaca di lapisan atmosfer harus distabilkan pada tingkat konsentrasi yang mampu menghindari dampak bahaya dari tindakan manusia kepada perubahan iklim. Banyak ahli berkeyakinan bahwa titik aman untuk mengendalikan konsentrasi gas rumah kaca berada di angka 350 *part per million* (ppm). Hal inilah yang kemudian dipercaya oleh banyak kalangan sebagai target utama yang harus dicapai dalam usaha penurunan nilai konsentrasi gas rumah kaca di udara.

Banyak ahli yang berpendapat bahwa dalam rangka mencapai tujuan sebagaimana disebutkan di atas, sistem cap and trade dapat menjadi salah satu solusi dalam usaha penurunan emisi gas rumah kaca. Dalam konstruksi cap and trade system setiap negara yang tergabung dalam perjanjian penurunan emisi atau bahkan seluruh negara di dunia akan menentukan batas dari nilai emisi yang dapat dihasilkan oleh masing – masing negara. Dalam perspektif lain hal ini juga dapat dimaknai sebagai bentuk pemberian hak untuk mengeluarkan emisi sampai pada limit tertentu dan kekurangan atas dasar itu pun dapat di konversi dengan sejumlah uang. Mekanisme inilah yang semula dianggap beberapa orang akan menjadi salah satu alternatif yang efektif dan efisien dalam penurunan emisi gas rumah kaca.

Dalam regulasi internasional yang mengatur mengenai perubahan iklim, banyak ketentuan yang secara pasti sudah menentukan batas alokasi emisi dari masing – masing negara berdasarkan prosentase angka tertentu . Hal ini tentu dirasakan dapat mengganggu rasa keadilan dari banyak negara yang memiliki angka populasi yang tinggi. Atas dasar inilah banyak ahli yang merekomendasikan bahwa penentuan nilai emisi hendaknya memasukkan pertimbangan populasi di dalamnya. Beberapa penelitian mengenai perubahan iklim terdapat banyak metode yang kerap digunakan untuk menggambarkan metode perhitungan nilai emisi yang dihasilkan, baik secara keseluruhan ataupun untuk setiap negara. Pembahasan yang hendak dilakukan pertama kali dalam sub bab ini oleh penulis adalah mencoba untuk memperbandingkan konsep perhitungan emisi secara keseluruhan dengan konsep perhitungan emisi per kapita. Hal ini menjadi menarik untuk dibahas terlebih dahulu karena akan menyuguhkan secara implisit adanya kepentingan – kepentingan dalam menganut suatu metode perhitungan tertentu oleh kelompok negara tertentu.



Merujuk pada berbagai penelitian yang dilakukan oleh beberapa lembaga terlihat beberapa negara yang menjadi *top five* dalam sumbangsih emisi gas rumah kaca dari waktu ke waktu yaitu secara berurutan Republik Rakyat Cina, Amerika Serikat, India, Uni Eropa dan Jepang. Bahkan jika emisi yang dihasilkan oleh Republik Rakyat Cina dan Amerika Serikat digabungkan keduanya telah bersumbangsih lebih dari setengah emisi karbon dioksida yang ada di dunia.

#### Perubahan Kadar Karbon Dioksida 1990 – 2004

Negara	Prosentase Perubahan Emisi Karbon 1990 – 2004
Republik Rakyat Cina	108.3
Amerika Serikat	19.8
India	87.5
Korea Selatan	104.6
India	110.7
Indonesia	137.7
Saudi Arabia	85.6
Brazil	67.8
Spanyol	59.0
Pakistan	96.6
Polandia	-15.3
Uni Eropa	1.6
Jerman	-12.2
Ukraina	-47.1
Rusia	-24.8

Sumber : *International Environmental Agency Report*

Secara simultan dari negara – negara yang ada dalam urutan di atas terdapat 2 (dua) kelompok yang berjalan dalam arah yang berbeda. Kelompok pertama adalah negara – negara yang berjalan dengan kecenderungan untuk menurunkan tingkat emisi yang dihasilkan dan kelompok kedua adalah negara – negara yang berada pada kecenderungan peningkatan nilai emisi setiap tahunnya. Pada perhitungan proyeksi hingga 2030 pun menunjukkan bahwa keberadaan dari negara – negara berkembang telah memberikan sumbangsih terhadap peningkatan konsentrasi emisi gas rumah kaca sebanyak 55% dan negara maju bersumbangsih sebesar 45%. Secara lebih mendetil dapat dikatakan bahwa terdapat dua negara besar dengan jumlah populasi besar yaitu India dan Cina merupakan

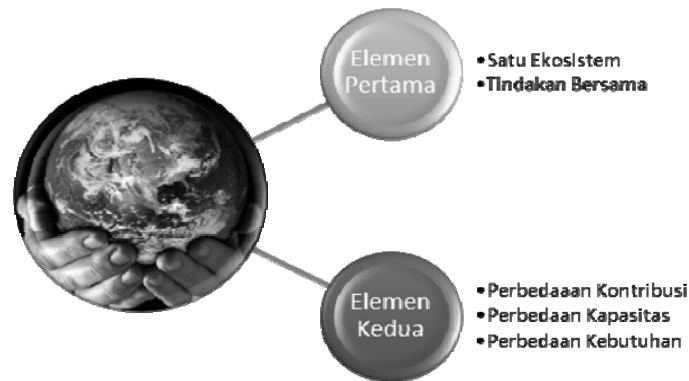
penyebab utama dan bertanggung jawab terhadap sepertiga jumlah emisi yang akan dihasilkan di masa depan.

Dalam uraian di atas menjadi rasional pada saat negara – negara berkembang memiliki ketertarikan pada konsep hak emisi yang diusung. Hal ini tentu tidak akan membatasi dari ruang gerak mereka untuk meningkatkan daya saing ekonomi dengan membangun sentra – sentra kegiatan industri yang cenderung menjadi penyumbang utama peningkatan emisi gas rumah kaca. Pada kondisi ini negara – negara berkembang mencoba untuk mendengungkan konsep bahwa negara mereka mempunyai hak yang sama untuk melakukan pembangunan. Negara – negara berkembang mempunyai dalih bahwa negara mereka mempunyai alasan pembenar dalam tindakan mereka yang memberikan kontribusi besar dalam peningkatan konsentrasi gas rumah kaca. Dalam kapasitas mereka sebagai negara yang sedang meningkatkan kemampuan ekonomi, peningkatan industri berbasis energi mutlak mereka lakukan sebagai langkah pengentasan kemiskinan dan pemenuhan kebutuhan sesuai dengan angka populasi yang ada. Argumentasi ini memang sukar untuk ditampik oleh negara – negara maju, karena segala kegiatan yang dilakukan oleh negara – negara berkembang pada saat ini dilakukan semata – mata hanya mengikuti pola yang telah dilakukan sebelumnya oleh negara maju.

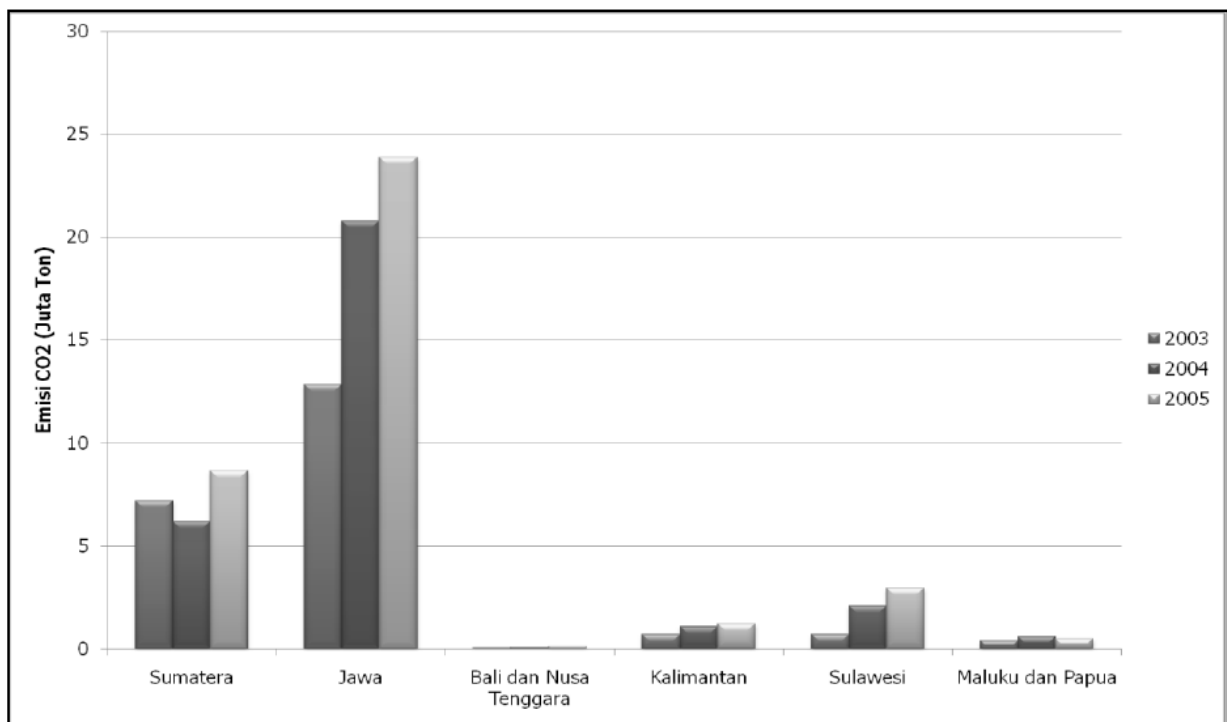
Isu lain yang mencuat dari negara – negara berkembang seperti Cina dan India adalah mekanisme penghitungan emisi dengan berbasis pada kapita suatu negara. Bersandar pada konsep penghitungan emisi per kapita dari sebuah negara dengan mempertimbangkan jumlah penduduk sebagai angka pembagi terhadap emisi yang dihasilkan, seketika Cina dan India berada pada level bawah negara penyumbang emisi pada versi ini. Secara teoretis perkembangan dari konsep emisi per kapita memang tidak dapat dilepaskan dari konsep *common but differentiated responsibilities*. Philippe Sands, salah satu pemikir hukum lingkungan internasional mengatakan terdapat 2 (dua) elemen penting yang termuat dalam prinsip *common but differentiated responsibilities*. Pertama, prinsip ini memuat pemahaman bahwa masalah lingkungan hidup adalah masalah internasional yang mutlak diperlukan kerjasama. Elemen pertama ini secara implisit mengatakan bahwa terdapat interkoneksi antara negara satu dengan negara lain dalam mengatasi masalah lingkungan dan ekonomi, sehingga cara yang paling efektif untuk mengatasi masalah tersebut adalah dengan bertindak bersama.

Elemen kedua dalam preposisi Sand's paling tidak memiliki tiga pemaknaan yang dapat diambil. Pertama adalah asumsi bahwa setiap negara memiliki kontribusi dan kemampuan yang berbeda dalam setiap bentuk permasalahan lingkungan internasional. Oleh karena itu, hal inilah yang menjadi pintu masuk untuk pembahasan dalam melihat bahwa setiap negara memiliki gradasi yang berbeda dalam sejarah sumbangsih emisi dan hal tersebut sangat patut menjadi pertimbangan dalam kerangka kewajiban hukum lingkungan internasional. Pemaknaan kedua yang dapat dilakukan dari elemen kedua pada preposisi yang dilakukan oleh Sand's adalah bahwa setiap negara memiliki kapasitas yang berbeda untuk merespon masalah lingkungan internasional seperti perubahan iklim. Negara – negara maju dengan keunggulan finansial dan keunggulan teknologi yang mereka miliki, jelas berada pada posisi yang lebih bertanggung jawab untuk melakukan usaha lebih dalam perbaikan kondisi lingkungan pada dimensi waktu saat ini. Terakhir, adalah pemaknaan berdasarkan kebutuhan dari setiap negara yang berbeda – beda. Negara – negara berkembang tentu memiliki kebutuhan dari segi ekonomi dan teknologi yang berbeda dibandingkan dengan negara – negara maju yang relatif telah mapan secara ekonomi. Hal ini

lah yang kemudian menjadi dasar pemikiran bahwa terdapat diferensiasi dalam kebutuhan terhadap kepentingan dan orientasi masing - masing negara.

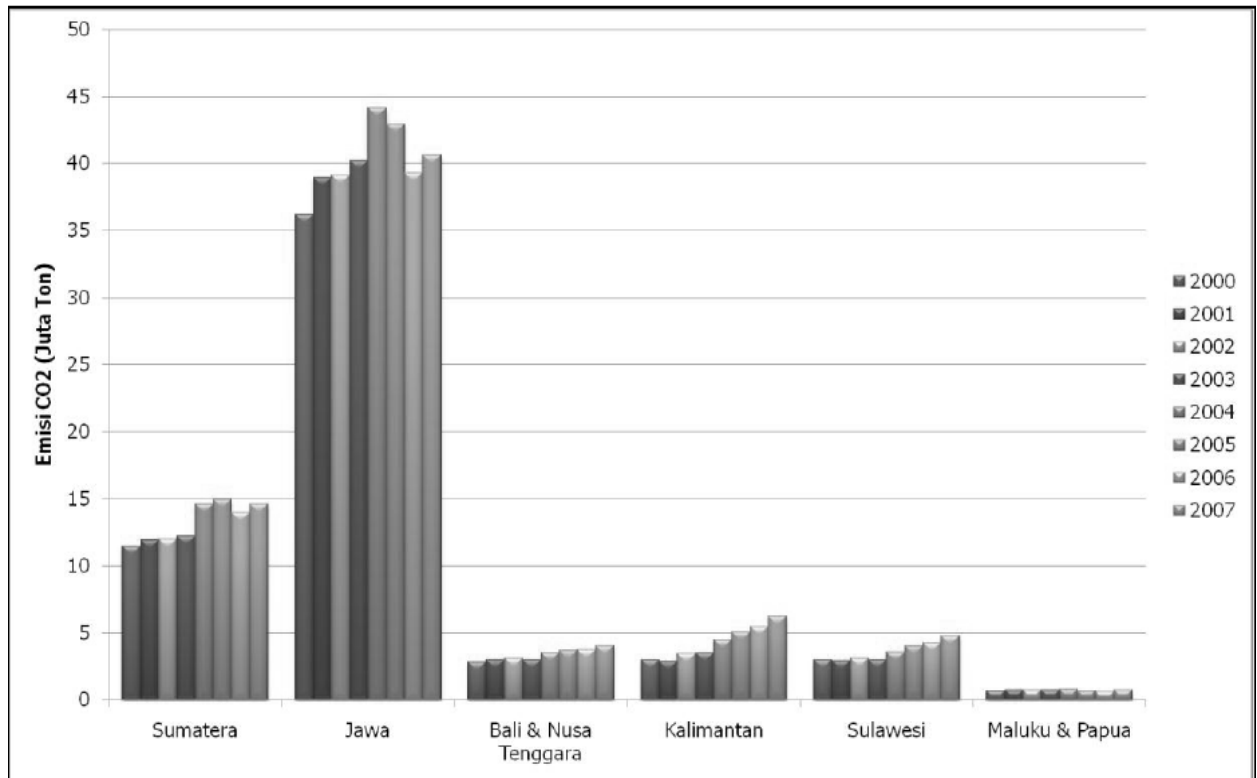


Ketimpangan yang sama pun terjadi dalam konteks nasional. Bersandar pada data perhitungan emisi gas rumah kaca dari sektor energi yang dirilis oleh Kementerian Lingkungan Hidup pada tahun 2009 menunjukkan bahwa Pulau Jawa mendominasi konsumsi energi nasional. Data hasil survei industri yang dilakukan oleh Badan Pusat Statistik (BPS) menunjukkan bahwa pada tahun 2003 - 2005 terdapat sekitar 20 ribu industri di Indonesia yang menggunakan bahan bakar solar, minyak tanah, dan batubara. Penggunaan bahan bakar tersebut menyebabkan emisi CO2 di pulau Jawa menempati urutan tertinggi, diikuti Sulawesi, Kalimantan, Maluku - Papua, dan Bali - Nusa Tenggara. Di pulau Jawa emisi CO2 dari industri yang menggunakan ketiga bahan bakar tersebut terus meningkat dari sekitar 13 juta ton pada tahun 2003 menjadi 24 juta ton pada tahun 2005.



Tidak hanya berdasarkan parameter konsumsi energi, bersandar kepada data emisi dari sektor transportasi pun menunjukkan tren yang serupa. Perkiraan emisi CO2 dari kendaraan bermotor pada tahun 2007 menunjukkan pula bahwa provinsi DKI Jakarta

merupakan penyumbang emisi terbesar, yaitu 16 juta ton. Provinsi lainnya yang perkiraan emisinya lebih dari 5 juta ton adalah provinsi Jawa Tengah dan Jawa Timur. Sedangkan provinsi dengan perkiraan emisi CO<sub>2</sub> terkecil adalah Maluku Utara yaitu sebesar 2 ribu ton.



Namun hal ini menjadi ironis apabila memperhatikan hasil dari *Institute for Essential Services Reform* (IESR) sebagai salah satu institusi yang memperkenalkan konsep perhitungan karbon. Dari hasil penelitian mengenai penggunaan kalkulator karbon dalam rangka menghitung *carbon footprint* terungkap bahwa daerah yang dominan untuk mengakses situs tersebut untuk melakukan kalkulasi karbon justru dilakukan oleh daerah yang berkontribusi maksimal dalam emisi nasional. Dari hasil penelitian IESR terungkap bahwa daerah yang dominan melakukan penghitungan karbon secara berturut – turut adalah Jakarta, Jawa Barat, Jawa Tengah, Banten, Sumatera, Jawa Timur, Yogyakarta, dan daerah lainnya. Paradoks seperti ini memang menjadi suatu fenomena yang mencengangkan dalam usaha mitigasi perubahan iklim pada tingkat nasional.

Kondisi seperti ini membuat konsep emisi per kapita suatu negara yang awalnya telah dianggap memiliki perspektif keadilan iklim menjadi dipertanyakan kembali. Melihat ketidakefektifan pasar yang ada dalam pemanfaatan kuota emisi nasional melatarbelakangi pemikir untuk mengungkap konsep emisi per orang. Maraknya *free rider* dalam konteks nasional paling tidak telah melukai rasa keadilan iklim pada tataran nasional sehingga perlu adanya rekonstruksi ulang terhadap pemahaman perhitungan emisi dengan mempertimbangkan isu keadilan di dalamnya.

## Kesimpulan

Kondisi iklim sekarang ini yang telah mengkhawatirkan wajib menjadi perhatian utama baik pada tingkat internasional maupun nasional. Karakteristik masalah lingkungan yang tidak terikat batas wilayah dan waktu membuat isu keadilan iklim menjadi prioritas para pemangku kepentingan dan perumus kebijakan. Dalam tataran global saat ini perhitungan emisi masih menggunakan pendekatan global sebagai agregat dari perhitungan secara umum. Hal ini dirasakan tidak adil oleh negara berkembang ketika mereka mendapatkan perlakuan yang sama di saat memberikan kontribusi yang berbeda dengan negara – negara maju sebagai emitter utama. Bersandar pada konsep *common but differentiated responsibilities* negara berkembang mempunyai justifikasi untuk menggunakan hak membangun yang mereka miliki.

Namun usulan dari negara – negara berkembang tersebut tidak berjalan mulus dan justru oleh sebagian orang dijadikan ajang untuk memaksimalkan keuntungan diri sendiri. Ketimpangan emisi yang terjadi pada tingkat nasional justru menunjukkan kota – kota besar dengan gaya hidup dan pola pemanfaatan energi secara tidak terkontrol menjadi konsumen utama emisi dari suatu negara. Hal ini tentu memberikan pemahaman bahwa sebagian orang telah menjadi penumpang gelap terhadap pemanfaatan kuota emisi. Salah satu wacana dan penelitian lanjutan yang dapat dilakukan dalam konteks ini adalah keberadaan konsep emisi per orang dengan menafikan batas wilayah dan administrasi. Konsep ini menurut sebagian orang memang dianggap cocok namun pengakuan entitas negara dalam dimensi hukum internasional memberikan tingkat kesulitan sendiri.

## Daftar Pustaka

- Sir David King, 2004. "Climate change science: Adapt, mitigate, or ignore?" *Science*. 303 : 1776-1777.
- Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) Report, 2007. *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability*.
- Philippe Sands, 2003. *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press : 286.
- Institute for Essential Services Reform (IESR), 2011. *Potensi Penurunan Emisi Indonesia Melalui Perubahan Gaya Hidup Individu*, Jakarta.
- Kementerian Lingkungan Hidup. 2009. *Emisi Gas Rumah Kaca dalam Angka*. Jakarta
- Henry Shue, 1992. The Unavoidability of Justice, in Andrew Hurrell & Benedict Kingsbury, *The International Politics of the Environment* 373, 385

## **Kearifan Lokal dan Konservasi Berbasis Komunitas di Aceh**

**Harjoni Desky**

### **Pendahuluan**

Peristiwa gempa bumi dan tsunami yang melanda Aceh pada 26 Desember 2004, telah menggugah kesadaran kolektif banyak pihak untuk melakukan hal-hal yang positif, bukan hanya bagi Aceh, akan tetapi juga bagi masyarakat di belahan dunia lainnya. Dalam konteks Aceh, kesadaran kolektif tersebut seperti: upaya menghentikan konflik Aceh, gerakan ziarah ke kampung halaman, dan perhatian untuk mengkaji kembali kearifan lokal yang kita miliki. Dalam berapa dasa warsa sebelumnya, kearifan lokal hanya mengisi ruang diskusi pinggiran di kalangan para aktivis masyarakat adat, segelintir kaum akademisi, atau tersembunyi dalam literatur lama dalam bentuk hikayat atau kitab lama.

Saat itu, belum banyak kajian yang dilakukan terhadap isu kearifan lokal, demikian pula penerapannya untuk keperluan pembangunan. Keadaan itu, tentu saja berbeda dengan sekarang, di mana "kearifan lokal" telah mengisi panggung sejarah, mulai dari ruang akademik, pemerintahan, pembangunan, penyelesaian konflik, kehidupan sosial hingga lingkungan hidup. Dengan demikian perhatian terhadap isu kearifan lokal terus meningkat dan semakin menjadi bahan kajian menarik untuk berbagai keperluan. Baik untuk keperluan pembangunan, penyelesaian konflik, pemulihan sosial, pengurangan resiko bencana, maupun dalam hal konservasi lingkungan.

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, dimaktupkan pengertian kearifan lokal adalah nilai-nilai luhur yang berlaku dalam tata kehidupan masyarakat untuk antara lain melindungi dan mengelola lingkungan hidup secara lestari (pasal 1 ayat 30).<sup>21</sup>

### **Kearifan Lokal di Aceh**

Berdasarkan pengamatan terhadap praktek dalam kehidupan masyarakat, penulis berkesimpulan bahwa kearifan lokal yang dipraktikkan dalam berbagai segi kehidupan di Aceh, meliputi: Pertama, kearifan lokal dalam mengelola kehidupan masyarakat. Seperti dalam komunikasi sosial, pengembangan sistem ekonomi, dan penyelesaian perselisihan antar warga. Kedua, kearifan dalam membaca tanda-tanda alam. Seperti dalam mengamati posisi bintang di langit, tanda paseung (air pasang), reudok (mendung), tanda badee (tanda badai), keuneunong (penentuan musim tanam), dan perilaku hewan (Migrasi semut, burung dan Gajah).

Ketiga, kearifan dalam mengurangi resiko bencana atau dalam tindakan penyelamatan. Seperti penentuan lokasi dan struktur bangunan rumah, penentuan arah bangunan rumah, serta tindakan keselamatan ketika menghadapi gempa bumi dan peristiwa kebakaran. Keempat, kearifan dalam mengelola kawasan/lingkungan. Seperti dalam penataan tata ruang mukim, sistem pengelolaan dan pemanfaatan kawasan/ lingkungan, sistem pemeliharaan ternak, sistem budidaya tanaman dan sistem memanenkan hasil pertanian. "Kangkong Kameng" kearifan lokal ini untuk mencegah kambing masuk kebun.

Banyak lagi kearifan lokal yang lain dan tentunya satu kabupaten/kota di Aceh memiliki beberapa perbedaan dengan istilah nama maupun dengan prakteknya.<sup>22</sup> Namun, biasanya memiliki arti yang sangat penting bagi masyarakat karena diambil dan dilaksanakan dari tradisi turun menurun.

### **Konservasi dan Kearifan Lokal**

Kaitannya dengan konservasi, kearifan lokal di Aceh telah menemukan bentuknya yang khas, dan secara umum tidak jauh beda dengan praktek di tempat lain (provinsi yang lain) di Indonesia. Misalnya dalam bentuk usaha pertanian, perikanan, kehutanan dan lingkungan, terdapat beberapa bentuk praktek kearifan lokal yang berkaitan dengan konservasi, yaitu pengaturan lokasi pemanfaatan, pengaturan waktu pemanfaatan, pengaturan cara pemanfaatan, pengaturan kawasan flora dan satwa lindung, serta penentuan pantang dan larangan.

Pertama, pengaturan lokasi pemanfaatan bertujuan untuk memastikan keberlanjutan lingkungan (regenerasi, budidaya tanaman atau hewan) dapat lebih terjamin. Selain itu juga untuk memastikan adanya kawasan tertentu yang dapat dimanfaatkan sebagai sumber kehidupan masyarakat setempat. Sebagai contoh adalah penentuan lokasi yang dibenarkan untuk melakukan penangkapan ikan di kawasan Payeun (waduk alam) pada musim penghujan di Lamteuba Aceh Besar misalnya. Lokasi yang dibenarkan untuk penangkapan ikan adalah di luar mon (sumur).

Dengan demikian, ikan-ikan yang berada di dalam mon dapat selamat dan tumbuh-berkembang hingga tibanya waktu pemanenan di saat air genangan payeun mengering. Dalam bentuk lain, di luar Aceh, seperti di Jambi, Tapsel dan Riau, penentuan lokasi pemanfaatan berhubungan dengan konsep lubuk larangan. Di mana hanya kawasan perairan sungai yang berada di luar lubuk larangan saja yang dibenarkan melakukan kegiatan penangkapan ikan.

Kedua, pengaturan waktu pemanfaatan larangan menangkap ikan pada hari-hari tertentu merupakan salah satu kearifan yang paling populer di Aceh. Dalam hal ini, pada saat hari Jum'at dan dua hari raya (Idil Fitri dan Idil Adha, termasuk hari tasyrik), serta tiga hari setelah komunitas nelayan setempat melaksanakan khanduri laut. Selain itu, juga pada hari ketika meninggalnya salah seorang warga dari perkampungan nelayan setempat. Dengan demikian, paling kurang ada satu hari dalam satu minggu bagi ikan di laut untuk leluasa bergerak, tanpa dikejar-kejar oleh perahu atau bot nelayan.

Selain larangan menangkap ikan pada hari-hari tertentu, masyarakat Mukim Pulo Nasi (Pulau Peunaso), juga mempraktekkan larangan menangkap ikan taman (Aceh Selatan: ikan tamban) dalam dalam waktu yang relatif lama, hingga berbulan-bulan lamanya. Mulai saat kawanan anak ikan taman memasuki perairan dangkal (gugusan karang) di Gampong Pasie Janeng hingga ikan tersebut tumbuh dewasa. Setelah cukup besar, diadakan khanduri khusus dan prosesi penangkapan ikan perdana, yang dipimpin oleh keuchik (kepala kampung) setempat.<sup>23</sup> Praktek pengaturan dan larangan menangkap ikan taman di Pasie Janeng tersebut, agak mirip dengan praktek sasi di Maluku.<sup>24</sup>

Ketiga, pengaturan cara pemanfaatan, dalam hal ini meliputi penggunaan alat dan cara memanen. Contoh penggunaan alat dalam kegiatan penangkapan ikan di payeun (Mukim Lamteuba). Di kawasan tersebut, jaring dan jala tidak dibenarkan untuk digunakan.

Yang dibenarkan hanya pancing.<sup>25</sup> Tujuannya, selain untuk memastikan ketersediaan dalam jangka waktu lama hingga masa pengeringan payeun dilakukan, juga untuk melindungi hak-hak tradisional dari ahli waris pemilik mon di dalam payeun. Demikian pula cara memaanen sambang uno (sarang lebah) untuk mengambil madu. Dalam hal ini si pemungut sarang madu harus memotong sisa-sisa sarang sampai bersih. Karena kalau sisa sarang lebah masih menempel di dahan kayu, maka lebah biasanya tidak akan kembali membuat sarang di dahan tersebut.

Akibatnya, koloni lebah untuk musim panen berikutnya akan berkurang. Dalam adat Aceh juga melarang penggunaan tuba (racun ikan organik) dan racun kimia dalam menangkap ikan. Bagi yang meracun ikan (meuresep) dikenakan sanksi adat. Walaupun demikian, di sebagian tempat, kegiatan penubaan ikan yang terlarang khusus untuk katagori tuba tui (lubuk) dan tuba pucok krueng. Dalam sistem tuba tui, semua ikan dalam dalam lubuk tersebut akan mati. Sebaliknya tuba pucok krueng akan menyebabkan kematian ikan sepanjang sungai, mulai dari arah hulu hingga ke muara.

Oleh sebab itu, sanksi adat untuk pelaku tuba pucok krueng jauh lebih berat dari tuba tui. Sedangkan tuba mon (tuba sumur), dengan melokallisir salah satu bagian sungai di luar tui (sarah) tetap dibenarkan.<sup>26</sup>

Empat, adalah kearifan lokal terhadap pemeliharaan kawasan lindung. Salah yang berkaitan dengan kawasan lindung ini adalah penegasan kawasan Uteun Pasie di Gampong Deudap – Mukim Pulo Nasi. Keberadaan uteun pasie tersebut mendapat perhatian khusus dari masyarakat setempat. Hal ini disebabkan oleh fungsi ekologis dari uteun tersebut, seperti: memberikan perlindungan bagi kawasan perumahan dari hantaman angin laut, melindungi perumahan (atap seng) dari butiran air laut yang dibawa angin dan mencegah intrusi air laut. Sedangkan untuk kawasan Daerah Alur Sungai (DAS) secara adat diharuskan pemeliharaan bambu disepanjang tebing sungai di berbagai daerah di Aceh.<sup>27</sup>

Lima, kearifan lokal terhadap perlindungan Tanaman dan Hewan. Perlindungan tanaman dan hewan ini ternyata berhubungan erat dengan keberadaan dan manfaat yang dapat dipetik dari jenis tanaman atau hewan tersebut. Misalnya, perlindungan adat terhadap kayee uno (kayu tempat lebah membuat sarang), seperti pohon ara, keuruweng, mangkireng, perlak, dan rambong (Bahasa Aceh). Kayu-kayu tersebut ternyata menyimpan cadangan air yang cukup banyak, sehingga membentuk kelembaban yang khas di sekeliling batangnya dan sangat disukai oleh lebah. Selain itu, stuktur batangnya yang tinggi sangat sesuai bagi lebah untuk bersarang dan berkembang biak.

Selain itu, juga perlindungan terhadap kayu yang mengandung banyak air, terutama yang tumbuh di sekitar sumber air dan kayu penguat tebing sungai. Sebagai contoh adalah larangan menebang kayu (bak) tingkeum di sekitar sumber mata air dan larangan menebang kayu ara yang tumbuh di sepanjang tebing sungai. Khusus untuk hewan, ada beberapa jenis hewan yang dilindungi, antara lain ikan lumba-lumba. Dalam hal ini, nelayan Aceh tidak menangkap dan memakan lumba-lumba. Karena jenis ikan lumba-lumba merupakan salah satu mammalia laut yang suka menolong orang-orang yang karam di laut. Selain itu, keberadaan kawanan lumba-lumba juga dijadikan sebagai tanda adanya kawanan ikan di sekitarnya.

Inilah beberapa kearifan lokal dan konservasi berbasis komunitas yang ada di aceh yang dapat menjadi refensi dari kekurangan dalam pengaturan yang dimiliki oleh hokum formal selama ini. Namun, kearifan lokal dan konservasi berbasis komunitas juga mulai



menghadapi masalah yaitu mulainya keinginan sebagian masyarakat melaksanakannya. Hal ini juga butuh perhatian dan komitmen bersama untuk melaksanakan kearifan lokal yang cocok dan mempunyai arti penting bagi masyarakat.

### Daftar Pustaka

- Abdurrahman, 2009. *Pelaksanaan Peradilan Adat dan Penerapan Hukumnya*, Makalah disampaikan pada seminar Pelatihan Adat tanggal 2-3 dan 5-6 Juni 2009.
- Avonius, Leena dan Sehat Ihsan Shadiqin, 2010. *Adat dalam Dinamika Politik di Aceh*, Banda Aceh: ICAIOS.
- Bourchier, David, 2001. *Conservative Political Ideology In Indonesia: A Fourth Wave?* "dalam Grayson Lioyd dan Shannon Smith, *Indonesia Today, Challenges of History*, Singapore: Institute of Southeast Asian Studies.
- Bushar, Muhammad, 2003, *Azas-azas Hukum Adat (Suatu Pengantar)*, Jakarta: Pradnya Pratama.
- Davidson S, James, 2007. *Culture and rights in ethnic violence* dalam James S Davidson dan David Henley: *The Revival of Tradition in Indonesian Politict The Deployment Of Adat From Colonialism*. New York: Routledge.
- Hadi, Abdul, 2005, *Aceh Kembali ke Masa Depan*, Jakarta: Yayasan SET Gudang Garam.
- Hasan, Saleh, 1992, *Mengapa Aceh Bergolak*, Jakarta: Grafiti.
- Mardani, Muhammad, 2009. *Hukum Acara Perdata-Perdata Peradilan Agama*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Majelis Adat Aceh Kabupaten Aceh Utara, 2005, *Peran Adat Aceh sebagai alat Pemersatu dalam Masyarakat (Ditinjau dari Sudut Pandangan Cendikiawan)*, MAA Kabupaten Aceh Utara: Lhokseumawe.
- MAA Aceh, 2008. *Pedoman Peradilan Adat di Aceh untuk Peradilan Adat yang Adil dan Akuntabel*, MAA Aceh: Aceh.
- Noor, Arifin, 1997., *Ilmu Sosial Dasar, Untuk IAIN, STAIN, PTSAIS, Semua Fakultas dan Jurusan Komponen MKU*, Jakarta: Pustaka Setia.
- Umar, Muhammad, 2006, *Peradaban Aceh (Tamadun) I*, Banda Aceh: Buboena Jaya.

## **Perkembangan Politik Hukum Pengelolaan Minyak dan Gas Bumi Menuju Keadilan Sosial dan Ekologis**

**Indah Dwi Qurbani**

### **A. PENDAHULUAN**

Sebagai sebuah landasan dasar bernegara, konstitusi sesungguhnya merupakan falsafah kebangsaan guna memastikan proses perjalanan pemerintahan, sekaligus memuat cita-cita bangsa ke depan. Sebagai negara yang kaya akan sumber daya alam, Indonesia telah mengatur pengusahaan kekayaan alam tersebut sebagaimana tertuang dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (disingkat UUD NRI 1945) setelah perubahan Undang-Undang Dasar 1945 (disingkat UUD 1945) menegaskan bahwa cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara. Demikian pula bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran dan kesejahteraan rakyat.

Negara menguasai segala sesuatu yang berada di dalam wilayah kedaulatannya dan selanjutnya mengatur sedemikian rupa semua potensi dan kepentingan yang ada melalui mekanisme hukum, oleh karena itu hak menguasai oleh negara atas bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya pada hakekatnya merupakan suatu perlindungan dan jaminan akan terwujudnya sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Salah satu sumber daya alam yang kita miliki adalah minyak dan gas bumi (disingkat migas). Sektor migas sebagai salah satu dari sumber daya alam (*non-renewable*) strategis tidak terbarukan yang dikuasai oleh negara serta merupakan komoditas vital yang menguasai hajat hidup orang banyak dan mempunyai peranan penting dalam perekonomian nasional sehingga pengelolaannya harus dapat secara maksimal memberikan kemakmuran dan kesejahteraan rakyat.

Dalam pengelolaan migas di Indonesia prinsip hukum sebagaimana diamanatkan Pasal 33 UUD NRI Tahun 1945 sekilas tampak memang telah mewakili hak dan kewajiban pemerintah dalam pengusahaan migas di Indonesia. Sekalipun dalam praktik, pengelolaan migas di banyak daerah telah menghasilkan dampak dan kerusakan ekologis yang demikian besar. Hal ini dikarenakan konstitusi hanya mengantisipasi penyalahgunaan pengusahaan dan hasil migas (sektor ekonomi), sementara dampak luasan ke sektor-sektor lain tidak pernah diantisipasi.

Apabila moda perluasan ekonomik merusak tersebut berlanjut untuk satu generasi ke depan, dapat diperkirakan bahwa konfigurasi perubahan sosial-ekologis tidak mungkin akan dipandu oleh syarat-syarat kepatuhan pada kriteria ekologis. Masyarakat akan berada di lapis paling bawah dari proses pemburukan krisis. Dengan munculnya gangguan sistemik yang baru termasuk kekacauan iklim.

Karena, tidak seperti pengusahaan sumber daya alam lainnya sektor pertambangan termasuk migas pada umumnya, cenderung menghadirkan daya rusak yang lebih parah dibanding jenis lainnya. Karena itu pelaksanaan tanggungjawab lingkungannya harus benar-

benar dipastikan. Disinilah pentingnya pembahasan akan perkembangan politik hukum pengelolaan migas karena persoalan di atas merupakan dampak luasan yang tidak pernah diantisipasi konstitusi, sehingga sumber hukum turunannya, baik Undang-Undang maupun Peraturan Pemerintah bahkan Peraturan Daerah tak pernah dapat menjamin lahirnya prinsip hukum yang berparadigma sosial ekologi.

## **B. PEMBAHASAN PERKEMBANGAN POLITIK HUKUM MINYAK DAN GAS BUMI**

Politik hukum adalah kebijakan dasar penyelenggaraan negara dalam bidang hukum yang akan, sedang dan telah berlaku, yang bersumber dari nilai-nilai yang berlaku di masyarakat untuk mencapai tujuan negara yang dicita-citakan. Dalam merumuskan dan menetapkan hukum yang telah dan akan dilakukan, politik hukum menyerahkan otoritas legislasi kepada penyelenggara Negara, tetapi dengan tetap memperhatikan nilai-nilai yang berlaku di masyarakat. Dan kesemuanya itu diarahkan dalam rangka mencapai tujuan Negara yang dicita-citakan. (Mahfud MD, 2007: 45).

Negara menguasai segala sesuatu yang berada di dalam wilayah kedaulatannya dan selanjutnya mengatur sedemikian rupa semua potensi dan kepentingan yang ada melalui mekanisme hukum, oleh karena itu hak menguasai oleh negara atas bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya pada hakekatnya merupakan suatu perlindungan dan jaminan akan terwujudnya sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Alinea IV pembukaan UUD 1945 menunjukkan bahwa negara Indonesia menganut konsep negara hukum material (*welfare state*) yakni suatu konsep negara yang memberikan kekuasaan kepada negara untuk bertindak aktif dan turut campur (*fries ermessen*) dalam kegiatan-kegiatan kemasyarakatan untuk membangun kesejahteraan masyarakat. Berdasarkan konsekuensi dapat menekan peranan masyarakat dan meletakkannya di bawah peranan Negara. (Mahfud MD, 2000: 45).

Negara sebagai organisasi kekuasaan tertinggi dari bangsa Indonesia memiliki wewenang dan kewajiban untuk melakukan pengelolaan terhadap komoditas vital tersebut. Hal ini selaras dengan 4 (empat) fungsi yang dimiliki negara yaitu: (1). Negara sebagai penjamin (*provider*); (2). Negara sebagai pengatur (*regulator*); (3). Negara sebagai pelaku ekonomi (*entrepreneur*); (4). Negara sebagai pengawas (*umpire*). (Arief Hidayat, 2006: 198).

Dalam fungsinya sebagai penjamin negara bertanggung jawab dan menjamin suatu standar minimum kehidupan secara keseluruhan. Sebagai regulator negara memiliki kewenangan untuk mengatur yang dapat diwujudkan dalam peraturan perundang-undangan. Sebagai pelaku ekonomi negara menjalankan sektor tertentu dalam bidang ekonomi melalui Badan Usaha Milik Negara (disingkat BUMN) dalam rangka menciptakan keseimbangan peran sektor publik dan sektor swasta. Sedangkan sebagai pengawas negara dituntut untuk merumuskan standar-standar yang adil berkaitan dengan kinerja sektor-sektor yang berbeda dalam bidang ekonomi. Dengan demikian negara berkewajiban untuk meregulasi, mendistribusi, menyediakan dan meresolusi konflik dalam halnya perolehan sumber-sumber kesejahteraan. (Arief Hidayat, 2006: 199).

Indonesia telah memiliki beberapa aturan hukum untuk melakukan pengusahaan migas. Beberapa aturan hukum tersebut antara lain; Undang-Undang No. 44 Prp Tahun 1960 Tentang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi; Undang-Undang No. 15 Tahun 1962 Tentang Kewajiban Perusahaan Memenuhi Kebutuhan Dalam Negeri; Undang-Undang No. 8 Tahun

1971 Tentang Perusahaan Minyak dan Gas Bumi Negara (Pertamina); dan terakhir Undang-Undang No. 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi.

Perkembangan politik hukum migas tersebut bersandarkan pada pengembangan atau penyempurnaan produk-produk hukum migas yang telah ada (*ius constitutum*) ataupun produk hukum konstitusi ataupun produk-produk hukum kebiasaan yang berkembang di masyarakat dalam rangka menggapai cita-cita sesuai dengan amanat UUD 1945. Dalam hal ini kata "politik hukum" mengacu pada hukum positif yang berlaku berkaitan dengan peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang migas di Indonesia sebagai produk hukum yang dibuat oleh penyelenggara negara dan arah perkembangan hukum yang akan dibangun sehingga mencakup *ius constitutum* (hukum yang sedang berlaku) dan *ius constituendum* (hukum yang dicita-citakan di masa yang akan datang).

Sehingga, aturan hukum tersebut di atas memiliki masa dan sejarahnya sendiri. Keberadaannyapun memiliki tantangan masing-masing. Undang-Undang Migas yang baru lahir tahun 1960 pasca kemerdekaan Indonesia mencerminkan kemerdekaan ekonomi yang terlambat. Dalam artian 15 tahun pasca proklamasi (migas) masih dalam kendali penjajah.

Perekonomian Indonesia di tahun 1950 pada umumnya masih menjadi hak milik asing. Bidang-bidang strategis dalam hal ini migas masih dikelola asing. Sebuah survei yang dilakukan pemerintah pada tahun 1953 membuktikan bahwa, nilai investasi asing di Indonesia pada waktu itu berjumlah; \$2. 240 juta AS. Dari jumlah itu sebanyak \$1. 470 juta adalah milik Belanda.

Bergantinya beberapa penyelenggara negara dari pemerintah Orde Lama hingga Orde Reformasi yang menjadi pemegang otoritas negara sama sekali tidak mencerminkan penghentian terhadap *liberalisasi* migas. Saat ini eksploitasi migas semakin tak tertanggulangi, aturan yang dikeluarkan demi keuntungan investasi semata. Indonesia sebagai salah satu koloni sumber daya energi dan pasar konsumsi tak terhindarkan telah digeser pada *globalisme* dan *imperialisme* Mutakhir. Dalam konteks semacam ini mega proyek negara bukan lagi pada politik hukum pembangunan seperti halnya di masa pemerintahan Orde Baru, akan tetapi pada pendudukan ekonomi sumber daya alam, aset-aset vital perekonomian dan penguasaan pasar lokal oleh perusahaan asing.

Hal ini merupakan konsekuensi dari pembangunan yang didasarkan pada ekspor migas yang cenderung negatif setidaknya selama 40 tahun terakhir. Efek buruknya meliputi pertumbuhan ekonomi lebih lambat dari yang diharapkan, diversifikasi ekonomi yang buruk, indikator kesejahteraan sosial yang menyedihkan, tingkat kemiskinan dan ketimpangan yang tinggi, kerusakan lingkungan di tingkat lokal, korupsi yang meluas, penyelenggaraan pemerintahan yang sangat buruk, serta tingkat konflik dan perang yang tinggi. (Terry Lynn, 2007: 26).

Disektor industri migas ada banyak kasus perusakan lingkungan yang terjadi. Salah satunya yang terbesar adalah tragedi semburan lumpur Lapindo yang disebabkan pengeboran gas yang dilakukan oleh PT. Lapindo Brantas Inc. Di sumur Banjar Panji I Sidoarjo Jawa Timur.

Sejak tragedi itu terjadi pada tanggal 29 Mei 2006 hingga makalah ini ditulis sudah 11 desa di 3 kecamatan yang tenggelam semburan lumpur. Seluruh rumah, pekarangan bahkan jaringan sosial ludes porak poranda, anak-anak terganggu proses belajarnya,

kehilangan kesempatan bersosialisasi dan bertumbuh secara wajar, sementara para suami menganggur karena kehilangan pekerjaan.

Perjuangan 2.381 Kepala Keluarga (KK) atau 9.160 Jiwa tersebut untuk mendapatkan haknya yang telah dirampas diubah hanya sebatas hak ganti rugi dan itu pun harus dengan menyerahkan sertifikat tanahnya ke Lapindo hingga kini politik ganti rugi ini, menggantung tak kunjung tuntas. Sejak tahun 2007, uang APBN yang telah digunakan mencapai triliunan rupiah. Sumber lumpur lapindo telah menghadirkan daya rusak tak terperi. Ini adalah potret buram dampak dari pertambangan migas yang terjadi.

Karenanya, perlu segera dilakukan *reinterpretasi* kepemilikan energi secara faktual dan *de facto*, salah satunya adalah melalui mekanisme transparansi tatakelola pendapatan dan lingkungan pertambangan migas untuk mengembalikan dalam kerangka *de jure* dan ideal serta mendapatkan data publik yang transparan dan berkualitas baik, yang sesuai dengan semangat Pasal 33 UUD NRI Tahun 1945 sebagai landasan filosofis politik hukum pengelolaan migas. Serta, untuk menjamin efektifitas pelaksanaan dan pengendalian kegiatan secara berdaya guna, berhasil guna, serta berdaya saing tinggi dan berkelanjutan atas migas yang strategis dan tidak terbarukan melalui mekanisme yang terbuka dan transparan demi mencapai keadilan sosial dan keadilan ekologis yang dicita-citakan.

### C. MENUJU KEADILAN SOSIAL DAN EKOLOGIS : MEKANISME TRANSPARANSI

Pembangunan berwawasan lingkungan menjadi suatu kebutuhan penting bagi setiap bangsa dan negara yang menginginkan kelestarian sumberdaya alam. Oleh sebab itu, sumberdaya alam perlu dijaga dan dipertahankan untuk kelangsungan hidup manusia kini, maupun untuk generasi yang akan datang.

Dalam proses perubahan sosial-ekologis yang radikal tersebut, arena politik pengurusan publik (sistem hukum dan politik) bukannya menjadi ajang tindakan koreksi untuk mengendalikan perluasan ekonomik atau vektor perubahan yang didorongnya, melainkan menjadi arena “jual-beli” bagi yang hendak berkuasa. Warga negara adalah alat partai politik dan alat produksi nilai-uang yang diurus kebutuhan minimumnya, sejauh tidak mengganggu sirkulasi kapital.

Oleh karena itu berpedoman pada Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 dimana tercantum pokok-pokok pikiran sebagai berikut : *Pertama*, Negara melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia; *Kedua*, negara hendak mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat; *Ketiga*, Negara berkedaulatan rakyat berdasarkan kerakyatan dan permusyawaratan perwakilan; *Keempat*, negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.

Pernyataan tersebut merupakan ejawantah dari cita hukum yang menguasai hukum dasar negara baik hukum tertulis maupun yang tidak tertulis. Yaitu “negara hendak mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.” Sehingga hal ini pun tertuang dalam salah satu tujuan penyelenggaraan kegiatan usaha migas sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 3 Undang-Undang No. 22 Tahun 2001 tentang Migas adalah ‘Untuk menjamin efektifitas pelaksanaan dan pengendalian kegiatan Usaha Eksplorasi dan Eksploitasi (Hulu Migas) secara berdaya guna, berhasil guna, serta berdaya saing tinggi dan berkelanjutan atas Minyak dan Gas Bumi milik negara yang strategis dan tidak terbarukan melalui mekanisme yang terbuka dan transparan.

Mekanisme transparansi ini meliputi 3 (tiga) hal yaitu : *Pertama*, Pendapatan (*revenue*) yang meliputi pendapatan-pendapatan dari sektor Hulu Migas yang diterima, meliputi Dana Bagi Hasil (DBH) melalui skema dana perimbangan, Bagi Hasil Investasi melalui skema penyertaan modal daerah (*participating interest/PI*), maupun Penerimaan Pajak dan Pungutan lainnya-melalui skema Bagi Hasil Pajak maupun pembayaran-pembayaran lainnya.

*Kedua*, Dampak Lingkungan dan Sosial. Transparansi dalam ruang lingkup ini meliputi dampak/resiko lingkungan dan sosial, penerapan standar pengelolaan lingkungan, maupun standar penanganan keadaan darurat dalam kegiatan industri ekstraktif Migas. Transparansi dampak lingkungan dan sosial ini meliputi baik pada tahap prakonstruksi, konstruksi dan pengeboran, tahap operasi produksi maupun tahap pasca operasi. Secara umum titik kritis permasalahan lingkungan hidup dalam pengelolaan Migas ini terdiri atas :

1. Proses sosialisasi yang minim terkait dampak lingkungan dan resiko/bahaya yang mungkin timbul dari kegiatan industri ekstraktif Migas kepada masyarakat, terutama masyarakat sekitar akan berakibat pada ketidaktahuan masyarakat akan dampak perubahan lingkungan yang akan terjadi dan ketidaksiapan masyarakat menghadapi resiko/bahaya yang mungkin timbul dari kegiatan tersebut. Persoalan ini juga menuntut adanya sosialisasi standar penanganan bahaya (*contingency plan*) dan pengkondisian skill masyarakat dalam mengambil tindakan darurat jika terjadi keadaan bahaya di luar kendali.
2. Penerapan Standar HSE (*Health, Safety & Environment*) dari kegiatan operasional Migas harus dijalankan secara ketat oleh perusahaan, hal ini dilakukan untuk meminimalisir terjadinya resiko kebocoran atau semburan baik gas, lumpur, maupun minyak yang dapat mengancam keselamatan masyarakat dan berakibat menimbulkan kerusakan lingkungan yang meluas. Penerapan standar HSE ini memerlukan pengawasan secara ketat oleh Badan terkait (Bp Migas), serta diperlukan koordinasi dan pelibatan pemerintah daerah secara proaktif.
3. Persoalan tumpang tindih penggunaan kawasan kehutanan dalam kegiatan operasional Migas, baik oleh penambang besar seperti perusahaan maupun penambang rakyat pada sumur-sumur tua. Persoalan seperti peruntukan kawasan hutan untuk hak lintas pipa (ROW) membutuhkan keterlibatan berbagai pihak baik di daerah, maupun tingkat nasional.
4. Pelaporan perkembangan kondisi lingkungan oleh Perusahaan bersama Badan Publik/Dinas terkait kepada masyarakat masih dirasakan minim.

*Ketiga*, Pengembangan Masyarakat Sekitar (*Coorporate Social Responsibility-Community Development*). Transparansi dalam ruang lingkup ini meliputi tahap penilaian/assesment, perencanaan program dan anggaran, pelaksanaan program, monitoring dan evaluasi, serta keberlanjutan program-program pengembangan masyarakat sekitar melalui kegiatan tanggung jawab sosial perusahaan (*Corporate Social Responsibility-Community Development*).

Pelaksanaan ketiga mekanisme transparansi tersebut harus didukung dengan *reinterpretasi* dua prinsip hukum, yaitu prinsip yang berpusat pada rerantai proses-proses ekologis, dan prinsip hukum yang berpusat pada rerantai proses-proses sosial pada

peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang pengelolaan migas sehingga Dengan demikian, proses pertambangan di Indonesia akan dapat meminimalisir daya rusak terhadap jasa layanan alam dan keberlanjutan bagi generasi mendatang.

Titik tekannya adalah pada pemahaman dan implementasi:

- a. Keadilan substantif sebagai dasar legitimasi hukum;
- b. Peraturan merupakan sub-ordinasi dari prinsip dan kebijakan;
- c. Pertimbangan hukum harus berorientasi pada tujuan dan akibat bagi kemaslahatan masyarakat;
- d. Penggunaan diskresi sangat dianjurkan dalam pengambilan keputusan hukum dengan tetap berorientasi pada tujuan;
- e. Memupuk sistem kewajiban sebagai ganti sistem paksaan;
- f. Moralitas kerjasama sebagai prinsip moral dalam menjalankan hukum;
- g. Kekuasaan didayagunakan untuk mendukung vitalitas hukum dalam melayani masyarakat;
- h. Penolakan terhadap hukum harus dilihat sebagai gugatan terhadap legitimasi hukum;
- i. Akses partisipasi publik dibuka lebar dalam rangka integrasi advokasi hukum dan sosial.

#### **Daftar Pustaka**

- Albarade. L, 2008, *Corporate responsibility, governance and accountability: from self-regulation to co-regulation*, Corporate Governance, Vol. 8.4 2008.
- Amien Rais, 1996, *Politik Minyak*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Aminuddin Kirom dkk, 2005, "Tambang dan Kemiskinan (Catatan Kecil Kasus Pertambangan di Indonesia 2001-2003)", Jakarta, Jaringan Advokasi Tambang (jatam).
- Arief Hidayat, 2006, "Hubungan Kewenangan Pusat dan Daerah dalam Pengelolaan Sumber Daya Alam," Makalah dalam Dialog Nasional Hukum dan Non Hukum, Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, Tanggal 17-19 Juli 2006.
- Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, Markus Y.Hage, 2006, "Teori hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi", Surabaya, CV. Kita.
- Doyglas Smith Marshall, 2000, *Black Gold Hot Gold; The Rise of Fascism in The American Energy Business*, Pre-publication online preview excerpt.
- Darji Darmodiharjo dan Sidharta, 2002, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, Jakarta PT. Gramedia Pustaka Utama.
- David Miller, 1986, *Filsafat kebahasaan dan Teori Politik*, dalam buku 'Politik dalam prespektif Pemikiran Filsafat dan Teori', Jakarta, Rajawali Press.
- Eugene O. Kunts, et.all., 1993, *Cases and Materials on Oil and Gas Law*, 2nd edition, Minnesota, web publishing Co., St. Paul.

- Frans Magnis Suseno, 1993, *Filsafat sebagai Ilmu Kritis*, Yogyakarta, Kanisius.
- George Soros, 2002, *The Crisis of Global Capitalism; Open Society Endangered*, (ter) Didin Solihudin dalam; *Krisis Kapitalisme Global; Masyarakat Terbuka dan Ancaman Terhadapnya*, , Yogyakarta, Qalam.
- Hans Kelsen, 1995, *Teori Hukum Murni* , Jakarta, Rimdi Pers.
- Hendro Sangkoyo 2001, *Indonesia: Kemunduran Sebuah Rejim Karbon (Karbokrasi)*, Perdu Manokwari, 2003 *Laporan Perkembangan Proyek Tangguh Juli 2003*, dbase JATAM, Kasus Migas Indonesia “Proyek Tangguh”, Antara, Kamis, 14 Juni 2001, Siaran Pers Aliansi Ornop Manokwari untuk Advokasi Tangguh, Manokwari, 12 April 2002; *Dokumen Amdal Proyek LNG Tangguh di Teluk Bintuni Cacat Dalam Proses Penyusunannya*, *Down to Earth* Nr. 50, Agustus 2001.
- Hanan Nugroho, 2004, *Deregulasi Setengah Hati: Tinjauan Terhadap Restrukturisasi Sektor Energi Indonesia*, Seminar Akademik Tahunan Ekonomi I, Pasca Sarjana Ekonomi Universitas Indonesia dan Ikatan Sarjana Ekonomi Indonesia, Jakarta, 8-9 Desember 2004.
- HCB. Dharmawan dan Al Soni (Editor), 2005, *BBM Antara Lahan Hidup dan Lahan Korupsi*, Jakarta, Penerbit Buku Kompas.
- Howard R. Williams dan Charles J. Meyers, 1994, *Manual of Oil and Gas Terms*, New York, 9<sup>th</sup> edition, Matthew Bender & Co.Inc.
- Ivan Valentine Agung, 2007, *Potret Advokasi Ekologis Vis a Vis Kejahatan Korporasi*, Wahana Lingkungan Hidup, Jakarta
- James Petras dan Henry Veltmeyer, 2002, *Imperialisme Abad 21*, Yogyakarta, Kreasi Wacana.
- Joseph Stiglitz, 2002, *Globalization and Its Discontents*, Allen Lane, London, Penguin Books.
- Moh. Mahfud.MD, 2000, “Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia,” Jakarta, Rineka Cipta.
- M. Solly Lubis, 2000, *Politik dan Hukum di Era Reformasi*, Bandung, Mandar Maju.
- Rudi M. Simamora, 2000, *Hukum Minyak dan Gas Bumi* , Jakarta, Djambatan.
- Robert A.Dahl, 1992, *Demokrasi dan Para Pengritiknya*, , Jakarta, Yayasan Obor Indonesia.
- R. Wiratno, dkk, 1958, *Ahli-Ahli Pikir Besar tentang Negara dan Hukum*, PT. Pembangunan, Jakarta
- Sentosa Sembiring, 2007, *Hukum Investasi*, CV. Nuansa Aulia, Bandung.
- Sosrokoesumo dan Ann Soekatrie, 1984, *Pelaksanaan Ketentuan pasal 33 UUD 1945 dalam Bidang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi dan Segi-segi Hukum Pengusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi dan Sumber pengusahaan Sumber Daya Panas Bumi*, Direktorat Jenderal Minyak dan Gas Bumi, Departemen Pertambangan Energi, Yakarta.
- Svetlana Tsalik dan Anna Schiffrin (editor), 2007, *Covering Oil Mengenyahkan Kutukan Sumber Daya Alam*, Panduan Wartawan Meliput Energi dan Pembangunan, Pantau, Jakarta.



- Salim HS, 2005, Hukum Pertambangan di Indonesia, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Stephanie Freud, 2003, Ringkasan Eksekutif Agen Kredit Ekspor di Indonesia dengan Fokus Terhadap Sektor Pertambangan Minyak dan Gas Bumi, Anonim, Case for world bank withdrawal of support to the extractive industries.
- Tim Walhi, 2008, Lapindo Tragedi Kemanusiaan dan Ekologi, Wahana Lingkungan Hidup, Jakarta.
- Tim Lemhannas, 1997, *Pembangunan Nasional*, PT. Balai Pustaka, Jakarta.
- W. Friedmann, Teori dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis Atas Teori-teori Hukum (susunan I), Terjemahan Moh. Arifin, Rajawali Pers, Jakarta
- Usulan Multipihak dalam Workshop ke-3: Penyepakatan Rencana Pembangunan Berkelanjutan dan Mekanisme Transparansi Migas Bojonegoro, 22-24 April 2010
- Kertas Kerja, Transparansi Pengelolaan Migas Kabupaten Bojonegoro.
- Undang-undang Dasar 1945
- Undang-undang No. 44 Prp Tahun 1960 Tentang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi (Lembaran Negara Tahun 1960 Nomor 133, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2070).
- Undang-undang No. 15 Tahun 1962 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1962 tentang Kewajiban Perusahaan Minyak Memenuhi Kebutuhan Dalam Negeri (Lembaran Negara Tahun 1962 Nomor 80, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2505)
- Undang-undang No. 8 tahun 1971 Tentang Perusahaan Pertambangan Minyak Negara (Lembaran Negara Tahun 1971 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2971) berikut segala perubahannya, terakhir diubah dengan Undang-undang Nomor 10 Tahun 1974 (Lembaran Negara Tahun 1974 Nomor 3045)
- Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi. (Lembaran Negara Tahun 2001 Nomor 136 Tambahan Lembaran Negara Nomor 4152).
- Draf Revisi Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.
- Peraturan Pemerintah Nomor 41 Tahun 1982 Tentang Kewajiban dan Tata Cara Penyetoran Pendapatan Pemerintah dari Hasil Operasi Pertamina Sendiri dan Kontrak *Production Sharing*.
- Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2002 Tentang Badan Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi;
- Putusan Perkara No. 002/PUU-I/2003 Permohonan Pengujian UU No. 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi Terhadap UUD 1945, Dimuat dalam berita negara Republik Indonesia No. 01 Tahun 2005.
- Putusan No. 20/PUU-V/2007 Tentang Pengujian terhadap UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi terhadap UUD 1945, [www.mahkamahkonstitusi.go.id](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id)

## **Tanggung Jawab Negara dalam Perlindungan Lingkungan yang Berkeadilan bagi Generasi yang Akan Datang**

**Maret Priyanta**

### **I. PENDAHULUAN**

Masalah lingkungan telah menjadi salah satu perhatian masyarakat dunia saat ini. Penurunan kualitas, daya tampung dan daya dukung lingkungan berangsur-angsur terjadi secara alamiah, namun disisi lain pencemaran dan perusakan lingkungan yang bersumber akibat kegiatan manusia memberikan kontribusi yang cukup signifikan terhadap penurunan kualitas dan fungsi lingkungan dalam mendukung kehidupan manusia dan makhluk hidup lainnya.

Salah satu permasalahan global yang harus dihadapi semua negara di dunia saat ini adalah pemanasan global yang menyebabkan perubahan iklim. Pemanasan global menyebabkan pertumbuhan dan perkembangan organisme hidup, termasuk organisme pembawa penyakit, kenaikan suhu oleh kegiatan transportasi, penggunaan AC (*air conditioner*) dan penyusutan luas lahan hijau (Otto Soemarwoto, 2004: 63-63). Hal tersebut memberikan dampak terhadap lingkungan secara global dan salah satu upaya dalam menyelesaikannya adalah melalui kerjasama internasional dan komitmen negara-negara di dunia termasuk peran negara dalam menyusun serta menerapkan suatu kebijakan negaranya dalam upaya pencegahan dan penanggulangan permasalahan perubahan iklim.

*Fourth Assessment Report* yang dikeluarkan oleh *Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*, menyatakan bahwa aktivitas manusia selama 250 tahun terakhir yang membuat planet Bumi semakin panas. Peningkatan konsentrasi CO<sub>2</sub> di atmosfer Bumi itu tertinggi sejak 650.000 tahun terakhir. IPCC juga menyimpulkan bahwa 90% gas rumah kaca yang dihasilkan manusia. Kegiatan manusia menjadi kontributor terbesar dari gas-gas rumah kaca tersebut yang dihasilkan oleh peternakan, pembakaran bahan bakar fosil pada kendaraan bermotor, pabrik-pabrik modern, pembangkit tenaga listrik, serta pembabatan hutan.

Perubahan iklim sebagai permasalahan global secara langsung maupun tidak langsung akan berdampak kepada negara Indonesia, namun selain harus menghadapi permasalahan global tersebut, Indonesia juga harus menghadapi permasalahan lingkungan dalam negeri akibat kegiatan usaha manusia yang memberikan dampak terhadap lingkungan termasuk yang berdampak langsung maupun tidak langsung terhadap pemanasan global. Bidang-bidang pengelolaan kehutanan, perkebunan, mineral dan batu bara serta bidang-bidang lain yang mengelola sumber daya alam menjadi permasalahan yang penting bagi bangsa Indonesia, karena pengelolaannya sangat berdampak bagi segala aspek kehidupan manusia dan makhluk hidup lainnya. Secara umum kualitas lingkungan di seluruh Indonesia semakin mengalami degradasi. Pencemaran dan kerusakan lingkungan terjadi di berbagai wilayah dan berbagai sebab yang menyebabkan bencana lingkungan. Hutan dan lahan yang rusak telah menyebabkan dampak yang luas. (Imamulhadi, 2011: 1)

Masalah pengelolaan lingkungan di Indonesia, disebabkan oleh berbagai macam hal, salah satunya adalah peran negara melalui hukum positif dalam bentuk perundang-undangan yang mengatur pengelolaan sumber daya alam di Indonesia. Masalah lingkungan yang beraneka ragam corak dan intensitasnya itu, pada dasarnya dapat dikelompokkan

menjadi 4 (empat) golongan menurut sumbernya yaitu : masalah lingkungan yang bersumber kepada kependudukan, kemiskinan, kekotoran dan kerusakan serta kebijaksanaan. (Danusaputro, 2001 : 52). Kebijakan dalam peraturan perundang-undangan di bidang lingkungan mempunyai peran yang penting dalam pelestarian fungsi lingkungan di Indonesia, sehingga fungsi hukum dalam memberikan ketertiban, kepastian dan keadilan bagi masyarakat, lingkungan dan generasi yang akan datang menjadi sangat penting. Namun ketidakharmonisan penyusunan undang-undang menyebabkan banyaknya undang-undang yang sektoral yang kurang mengedepankan perlindungan lingkungan sehingga terjadi banyak permasalahan dalam sinkronisasi peraturan pelaksanaannya.

Pada dasarnya perlindungan lingkungan menjadi tanggung jawab bersama seluruh warga negara Indonesia, namun negara mempunyai kewajiban dan tanggung jawab berdasarkan konsitusi. Dalam kondisi lingkungan yang telah mengalami penurunan yang cukup memprihatinkan akibat pembangunan yang tidak berwawasan lingkungan dan berkelanjutan, negara harus dapat memberikan solusi dan penegasan mengenai permasalahan perlindungan lingkungan melalui berbagai macam upaya termasuk pengaturan yang jelas dan tegas dalam peraturan perundang-undangan baik dalam konstitusi, undang-undang maupun peraturan pelaksanaan lainnya.

Pengelolaan lingkungan saat ini belum mencerminkan keadilan. Konsep keadilan dalam negara Indonesia berpedoman kepada pancasila sebagai falsafah negara yang mengedepankan keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia. Keadilan dalam aspek lingkungan harus diartikan sebagai keadilan dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan bagi kesejahteraan masyarakat dan lingkungan yang telah memberikan fungsinya dalam mendukung kehidupan manusia dan makhluk hidup lainnya. Keadilan lingkungan saat ini tercermin dalam keadilan berdasarkan undang-undang yang sektoral yang mengedepankan kepentingan-kepentingan sektor. Sehingga negara mempunyai peran yang besar dalam memberikan keadilan bagi lingkungan dan masyarakat dalam konsep negara kesatuan yang berwawasan nusantara. (Danusaputro, 1984:102)

Dalam konsep Pembangunan berkelanjutan yang disepakati dalam Konferensi *Rio de Janeiro* Tahun 1992 mengedepankan pembangunan yang memenuhi kebutuhan sekarang tanpa mengurangi kemampuan generasi-generasi mendatang memenuhi kebutuhannya sendiri (Hardjasoemantri, 2004) sehingga terjaminnya keadilan lingkungan bagi generasi yang akan datang. Lingkungan merupakan warisan bagi seluruh umat manusia (*common heritage of mankind*), sehingga perlindungannya menjadi hal yang utama bagi setiap umat manusia untuk kepentingan generasi yang akan datang.

## **II. TANGGUNG JAWAB NEGARA DALAM PERLINDUNGAN LINGKUNGAN**

Lingkungan hidup pada hakekatnya merupakan suatu ekosistem, maka hukum yang mengatur segi-segi lingkungan hidup harus pula dipandang sebagai suatu sistem. Sistem hukum terdiri atas sub sistem – sub sistem hukum, yang antara lain adalah sub sistem hukum lingkungan. (Sunaryati Hartono,1991:46) Sub sistem Hukum Lingkungan terdiri dari asas-asas, kaidah-kaidah dan juga meliputi lembaga-lembaga dan proses-proses guna mewujudkannya dalam kenyataan. (Kusumaatmadja,1976:14) Sistem hukum merupakan juga suatu kesatuan hukum yang terpadu dan tersusun dari bagian-bagian kelengkapannya menurut suatu tujuan yang pasti. (Danusaputro, 1982:6). Hukum Lingkungan di Indonesia dalam arti sempit, meliputi peraturan perundang-undangan yang disecara hierarki dimana

ketentuan yang paling bersumber dengan ketentuan yang lebih atas derajatnya (Kelsen,1973:134) yang dalam implementasinya di Indonesia diatur berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan terdiri atas Undang Undang Dasar 1945, Ketetapan MPR, Undang-undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota.

Kekuasaan dalam negara bersumber dari berbagai macam teori diantaranya teori kedaulatan negara yang menegaskan bahwa kedaulatan ada pada negara. negaralah yang membuat dan menetapkan hukum dan teori kedaulatan hukum kekuasaan tertinggi di dalam suatu negara itu adalah hukum itu sendiri. Penguasa maupun rakyat atau warganegara, termasuk negara itu sendiri semuanya tunduk kepada hukum (Soehino, 1993: 154-156) Dalam kaitannya dengan kekuasaan, negara diberikan tanggung jawab dalam upaya mencapai kesejahteraan masyarakat termasuk perlindungan dan pengelolaan lingkungan.

Secara internasional berdasarkan Prinsip 21 *Declaration of the United Nation Conference on the Human Environment, Stockholm 1972* telah dirumuskan prinsip tanggung jawab negara (*state of responsibility*). Lebih lanjut prinsip ini kemudian dikukuhkan dan ditegaskan dalam Prinsip Kedua Konferensi di Rio de Janeiro 1992 (*Declaration of the United Nation Conference on the Human Environment and Development Rio de Janeiro 1992.*). Berdasarkan prinsip ini negara memiliki kedaulatan terhadap pengelolaan sumber-sumber daya alam di wilayahnya, namun negara berkewajiban untuk melindungi dan melestarikan fungsi lingkungan dalam yurisdiksi dan hak berdaulatnya dari bahaya kerusakan dan kehancuran. Kedaulatan dan hak berdaulat tersebut merupakan kekuasaan tertinggi bagi negara tersebut. (Kusumaatmadja dan Etty Agoes, 2003 :18)

Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 alinea keempat menyatakan bahwa negara Indonesia melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum. Berkenaan dengan pernyataan melindungi segenap bangsa dan tumpah darah Indonesia dari sudut pandang hukum lingkungan, bahwa negara mempunyai tanggung jawab terhadap pelestarian fungsi dan perlindungan terhadap lingkungan baik sumberdaya manusia, sumberdaya alam dan sumberdaya budaya. Adapun pendekatannya melalui konsep wawasan nusantara yang menekankan bahwa kebulatan wilayah nasional dengan segala isi dan kekayaannya merupakan satu kesatuan wilayah, wadah, ruang hidup dan kesatuan matra seluruh bangsa serta menjadi modal dan milik bersama bangsa. (Danusaputro, 1982:105) Lebih lanjut Pasal 28 H ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 Amandemen Kedua menegaskan bahwa setiap orang berhak mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat. Hak mendapatkan lingkungan yang bersih dan sehat merupakan hak asasi yang dilindungi oleh konstitusi di Indonesia dan pencantuman hak asasi manusia dalam konstitusi suatu negara merupakan salah satu ciri negara modern. (Wheare, 1975: 33)

Dalam upaya mencapai kesejahteraan masyarakat, konstitusi mengatur bahwa bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Salah satu upaya dalam rangka kesejahteraan masyarakat adalah melalui pembangunan dengan mengelola lingkungan. Hal tersebut memungkinkan terjadinya pemanfaatan secara berlebihan sehingga mengakibatkan pencemaran dan perusakan lingkungan, sehingga dalam pengelolaan dan pemanfaatan lingkungan harus tetap dibatasi oleh hak setiap orang mendapat lingkungan yang bersih dan

sehat dan tanggung jawab pemerintah dalam rangka mencapai tujuan negara untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.

Dalam sistem hukum di Indonesia, perlindungan lingkungan tidak diatur secara tegas baik langsung dalam batang tubuh konstitusi maupun pengaturan secara tegas melalui pasal-pasal yang memerintahkan secara delegasi penyusunan undang-undang tentang perlindungan lingkungan yang menjadi dasar bagi seluruh peraturan perundang-undangan berkenaan dengan pengelolaan lingkungan. Dalam sejarah perkembangan pengaturan hukum lingkungan melalui undang-undang, saat disahkannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1982 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pengelolaan Lingkungan Hidup sebenarnya telah menempatkan aturannya sebagai dasar bagi aturan pengelolaan lingkungan lainnya. Secara tegas dinyatakan dalam penjelasan undang-undang tersebut bahwa:

“...undang-undang ini akan menjadi landasan untuk menilai dan menyesuaikan semua peraturan perundang-undangan yang memuat ketentuan tentang segi-segi lingkungan hidup yang kini telah berlaku yaitu peraturan perundang-undangan mengenai pengairan, pertambangan dan energi, kehutanan, perlindungan dan pengawetan alam, industri, pemukiman, tata ruang, tata guna tanah, dan lainnya. Dengan demikian semua peraturan perundang-undangan tersebut di atas dapat terangkum dalam satu sistem hukum lingkungan Indonesia”

Artinya, pada awal pembentukannya telah direncanakan untuk disusunnya suatu sistem hukum lingkungan nasional yang menjadikan aturan tentang lingkungan sebagai dasar bagi aturan bidang-bidang pengelolaan lingkungan lainnya sehingga dinyatakan sebagai hukum lingkungan nusantara dengan pendekatan yang holistik dan multisektoral. Perkembangan lebih lanjut, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan hidup dan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup tidak menempatkan pengaturannya sebagai dasar bagi aturan lainnya bidang lingkungan lainnya sehingga menyebabkan banyaknya undang-undang sektoral yang lebih berorientasi kepada pengelolaan dan kepentingan ekonomi tanpa memperhatikan aspek perlindungan dan kepentingan generasi yang akan datang.

Negara bertanggung jawab dalam upaya menyelesaikan permasalahan hukum lingkungan di Indonesia, dengan berbagai undang-undang yang tidak harmonis dan aturan pelaksanaannya yang tidak sinkron dimungkinkannya secara hukum penempatan aturan secara tegas berkenaan dengan kewajiban seluruh warga negara untuk melindungi lingkungan dalam konstitusi. Pengaturan dalam konstitusi tersebut harus menjadi dasar bagi seluruh peraturan perundang-undangan di bidang lingkungan.

Penempatan lingkungan dalam konstitusi telah di mulai di berbagai negara di dunia. Salah satu negara yang memiliki komitmen dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup adalah Republik Ekuador. Konstitusi Ekuador yang disahkan oleh *Constitutional Assembly* pada 10 April 2008 dan mulai berlaku setelah mendapat persetujuan rakyat melalui referendum dapat dikatakan sebagai konstitusi yang pertama kali menegaskan adanya hak alam sebagai subyek hukum dalam kehidupan manusia dalam wadah negara konstitusional. Dalam title II tentang *Fundamental Right* Article of Right Entitlement ditegaskan bahwa “ *Person and people have the fundamental rights quaranteed in this*

*constitution and in the international human rights instrument. Nature is subject to those rights given by constitution and law” (Assidiqie, 2009:173)*

Lebih lanjut pengaturan dalam konstitusi Ekuador tentang hak-hak yang dimiliki lingkungan, dalam *Chapter: Rights for Nature* antara lain menegaskan hal-hal sebagai berikut:

1. Alam merupakan tempat kehidupan bersama, tumbuh dan mengalami reproduksi, juga mempunyai hak asasinya sendiri, disamping hak asasi manusia;
2. Setiap orang, masyarakat, atau bangsa membutuhkan pengakuan akan hak-haknya atas alam dihadapan hukum dan pemerintahan;
3. Negara harus memberikan dorongan kepada setiap orang dan badan hukum untuk melindungi alam dan harus mempromosikan sikap penghormatan kepada semua elemen dalam satu kesatuan ekosistem;
4. Negara harus melakukan prinsip kehati-hatian dan mengadakan pembatasan dalam semua aktivitas yang dapat mengarah kepada pemusnahan spesies, perusakan ekosistem atau menyebabkan perubahan permanen pada sirkul alam;
5. Setiap orang pribadi, masyarakat, kelompok dan bangsa mempunyai keuntungan dari alam dan memupuk kekayaan alam untuk kehidupan bersama. Alam disekitarnya tidak boleh dirusak dan dikurangi daya dukung dan fungsinya bagi kehidupan bersama.

Dengan ketentuan *right of nature* dalam konstitusi Ekuador, dikatakan bahwa ekuador yang dinyatakan sebagai konstitusi hijau di dunia saat ini. Ketentuan mengenai hak-hak lingkungan alam yang diadopsi ke dalam ketentuan Konstitusi Ekuador tersebut tidak lagi bersifat tempelan dan menempatkan alam sebagai suplemen dalam hubungan dengan manusia, tetapi justru menempatkan alam sebagai subyek hak-hak konstitusional. (Assidiqie, 2009:75) Hal yang menarik dalam konstitusi Ekuador adalah berkenaan dengan pernyataan Lingkungan sebagai subyek hukum. Di Indonesia konsep Lingkungan sebagai subyek hukum berkembang dalam tataran praktis yaitu dalam tataran yurisprudensi. Lingkungan sebagai subyek hukum mengandung arti bahwa Lingkungan mempunyai hak dan kewajiban hukum, dalam hal ini melakukan gugatan atau tuntutan dalam konsep *legal standing* yang dalam hal ini telah diatur dalam Pasal 92 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup tentang Hak Gugat Organisasi Lingkungan Hidup.

Terdapat masalah apabila konstitusi mengatur hal-hal yang bersifat terlalu teknis, hal ini terkait dengan muatan sebuah konstitusi, namun masalah Lingkungan bukanlah masalah yang akan selesai dalam tataran undang-undang di Indonesia. Pemanfaatan sumber daya alam mempunyai hubungan yang erat dengan faktor-faktor lainnya seperti ekonomi, politik, investasi sehingga banyak aspek yang berkepentingan dan saling mempengaruhi sehingga menimbulkan ketidakharmonisan dalam pembentukan dan ketidaksinkronan dalam pelaksanaannya. Sehingga diperlukan pendekatan dalam pengelolaan lingkungan hidup, menggunakan metode kerja Komprehensif-integral (utuh menyeluruh) dengan selalu menyelenggarakan keselarasan dan kelestarian. (Danusaputro, 2001: 206)

Konstitusi di Indonesia dipahami sebagai suatu naskah tertulis, tertinggi dan berlaku serta dijadikan dasar dalam penyelenggaraan negara. Suatu hal yang positif apabila konstitusi memuat hal-hal maupun hak-hak berkenaan dengan perlindungan dan kewajiban warga negaranya dalam pengelolaan lingkungan hidup. Penegasan hal tersebut dalam konstitusi mencegah permasalahan tumpang tindih peraturan perundang-undangan serta membuat peraturan perundang-undangan menjadi harmonis karena aspek dan kewajiban perlindungan bersumber langsung kepada konstitusi negara Republik Indonesia.

### **III. FUNGSI HUKUM DALAM MEMBERIKAN KEADILAN SERTA PERLINDUNGAN LINGKUNGAN BAGI GENERASI YANG AKAN DATANG**

Pengertian hukum dan fungsi hukum dalam masyarakat dapat dikembalikan pada pertanyaan dasar tentang tujuan hukum itu sendiri. Tujuan pokok hukum adalah ketertiban (*order*), kebutuhan akan ketertiban merupakan syarat pokok (*fundamental*) bagi adanya suatu masyarakat yang teratur. Manusia, masyarakat dan hukum merupakan pengertian yang tidak dapat dipisah-pisahkan (*ubi societas ibi ius*). (Kusumaatmadja, 1972:2-3) Dalam konsepsi hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat di Indonesia, pembaharuan masyarakat dilakukan melalui perundang-undangan. Konsepsi hukum yang melandasi kebijaksanaan hukum dan perundang-undangan (*recht politik*) dapat dijelaskan menurut peristilahan dan konsepsi atau teori modern, namun pada hakikatnya konsep tersebut lahir dari masyarakat Indonesia sendiri berdasarkan kebutuhan yang mendesak dan dipengaruhi faktor-faktor yang berakar dalam sejarah masyarakat dan bangsa Indonesia. (Kusumaatmadja, 1972:10) Sejalan dengan hal tersebut, tujuan pasti daripada sistem hukum adalah tujuan yang terkandung dalam hukum itu sendiri yaitu ketertiban, keseimbangan dan keserasian serta keadilan (Danasaputro, 1984: 6))

Keadilan dalam konsep hukum bukan merupakan tujuan utama, namun filsafat hukum memberikan tempat yang istimewa kepada keadilan. Hukum harus adil supaya berlaku. Kelsen menitikberatkan keadilan sebagai tujuan hukum. Oleh karena hidup bersama dibangun melalui keadilan, maka keadilan itu dapat disebut prinsip hukum atau juga ide hukum atau finalitas hukum. Sesuai dengan ajaran Kant keadilan itu bertitik tolak dari martabat manusia. suatu aturan yang adil memajukan kebaikan dalam hidup bersama dan dengan ini mengembangkan manusia. Fungsi hukum ialah memelihara kepentingan umum dalam masyarakat, menjaga hak-hak manusia, mewujudkan keadilan dalam hidup bersama. (Huijbers, 1982: 288-289).

Wujud keadilan yang berlaku saat ini di Indonesia adalah keadilan berdasarkan peraturan perundang-undangan. Maksudnya sesuatu yang dianggap adil apabila sesuai dengan peraturan perundang-undangan walaupun tidak sesuai dengan rasa keadilan masyarakat dan keadilan lingkungan. Implementasi peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai pengelolaan sumber daya alam yang sifatnya sektoral menyebabkan keadilan yang menjadi salah satu tujuan hukum bersifat sektoral dengan tidak memperhatikan kepentingan dan keberlanjutan sektor atau bidang lainnya.

Keadilan bagi lingkungan lebih tidak mendapatkan perhatian dari aspek hukum, walaupun lingkungan telah menjalankan fungsi atau kewajibannya dalam mendukung kehidupan manusia dan makhluk hidup lainnya. Saat ini peraturan perundang-undangan dalam bidang pengelolaan lingkungan lebih mengutamakan pemanfaatan dengan mengeksploitasi sebanyak-banyaknya sumber daya alam tanpa memperhatikan aspek

keberlanjutan dan pelestarian fungsi lingkungan bagi kepentingan generasi yang akan datang.

Dalam laporan Komisi Brundland *“Our Common Future”* pada tahun 1987. (Hardjasoemantri, 2004) WCED mendekati masalah lingkungan dan pembangunan dari enam sudut pandang antara lain keterkaitan (*interdependency*), berkelanjutan (*sustainability*), pemerataan (*equity*), sekuriti dan resiko lingkungan, pendidikan dan komunikasi, dan kerjasama internasional. Proses pembangunan berkelanjutan bertumpu pada kondisi sumberdaya alam, kualitas lingkungan dan faktor kependudukan. Mengingat ketiga faktor diatas maka upaya pembangunan berwawasan lingkungan perlu memelihara keutuhan fungsi tatanan lingkungan agar lingkungan dapat secara berlanjut menopang proses pembangunan secara terus menerus dari generasi ke generasi untuk meningkatkan kualitas manusia Indonesia. (Djajadiningrat, 1994)

Dalam konsep pembangunan berkelanjutan dan berwawasan keadilan antar generasi yang mengandung makna bahwa seluruh kegiatan atau usaha manusia, tidak hanya untuk kepentingan generasi sekarang, tetapi juga harus mempertimbangkan pemenuhan kebutuhan dan kepentingan generasi yang akan datang serta keadilan dalam satu generasi yang menekankan pada pentingnya keadilan dalam satu generasi guna memenuhi kebutuhan dasar manusia serta makhluk hidup lainnya.

Sebagai suatu konsep pembangunan, definisi dan pengertian pembangunan berkelanjutan seringkali dianggap tidak jelas dan/ atau mengambang. Atas dasar hal tersebut, Bruce Mitchell, B. Setiawan dan Dwita Hadi Rahmi mengkategorikan berbagai pandangan atas makna konsep pembangunan berkelanjutan bagi negara-negara berkembang, antara lain:

1. Pembangunan diprioritaskan pada upaya pemenuhan kebutuhan dasar manusia saat ini, dan menjamin kelangsungan pembangunan ekonomi itu sendiri;
2. Lebih menekankan pada pemerataan antar generasi daripada lintas generasi; dan
3. Negara-negara berkembang enggan memenuhi saran negara-negara maju untuk merubah kegiatan ekonominya demi melindungi lingkungan global. Para pemimpin negara berkembang berpendapat bahwa rakyat mereka mempunyai hak yang sama untuk memenuhi kebutuhan dasar hidupnya, dan mereka seharusnya tidak dilarang untuk melakukan sesuatu yang dahulu juga dilakukan masyarakat negara maju untuk mencapai satu tingkat kemapanan ekonomi seperti sekarang.

Indonesia menghadapi masalah penerapan konsep pembangunan berkelanjutan seperti di atas. Pemenuhan kebutuhan dasar manusia dan kelangsungan pembangunan ekonomi yang selama ini mengandalkan ketersediaan sumber daya alam, menyebabkan timbulnya berbagai permasalahan yang berkaitan dengan isu-isu lingkungan dan pemanfaatan sumber daya alam. Di sisi lain, makna konsep pembangunan berkelanjutan itu sendiri belum dipahami dengan baik oleh *stake holders* di Indonesia. (Ida Nurlinda, 2009:193-195)

Dalam kaitannya dengan konsep pembangunan berkelanjutan dan keadilan antar generasi, bahwa negara berdasarkan kedaulatan yang dimilikinya dapat menerapkan hukum melalui peraturan perundang-undangan yang berorientasi kepada perlindungan lingkungan yang berkeadilan. Dalam konsep hukum sebagai sarana pembangunan, dinyatakan bahwa



hukum dalam pembangunan harus berdiri di depan dalam menentukan arah pembangunan. Dalam konsep ini pembangunan tidak hanya pembangunan fisik, namun termasuk pembangunan sumber daya manusia dan seluruh aspek kehidupan dalam suatu negara. Di Indonesia saat ini hukum sebagai sarana pembangunan masyarakat diimplementasikan dalam Undang-Undang Nomor 25 tahun 2004 tentang Sistem Perencanaan Pembangunan Nasional yang akan dijabarkan dalam Rencana Pembangunan Jangka Panjang dan Rencana Pembangunan Jangka Menengah nasional maupun daerah.

Dalam memberikan peran dalam perlindungan lingkungan serta upaya memberikan keadilan bagi generasi yang akan datang, fungsi hukum menjadi sangat penting. Dalam mengatasi berbagai permasalahan tidak harmonisnya peraturan perundang-undangan pada berbagai tingkatan dan berbagai bidang menyebabkan negara harus melakukan upaya yang signifikan melalui peran konstitusi yang memberikan penegasan dan menjadi sumber seluruh peraturan perundang-undangan di bidang pengelolaan sumber daya alam di Indonesia.

#### IV. KESIMPULAN

Hukum berfungsi memberikan ketertiban dan keadilan dalam masyarakat. Lingkungan sebagai warisan seluruh umat manusia merupakan hak bagi generasi masa kini dan masa yang akan datang. Dalam upaya mengatasi berbagai permasalahan lingkungan yang disebabkan oleh peraturan perundang-undangan yang tidak harmonis sehingga menyebabkan ketidaksinkronan dalam implementasinya, serta mengatasi ego sektoral dalam berbagai bidang yang mengelola sumber daya alam, negara harus bertanggungjawab melalui konstitusi negara yaitu Undang-Undang Dasar 1945.

Konstitusi di Indonesia merupakan suatu naskah tertulis, tertinggi dan berlaku serta dijadikan dasar dalam penyelenggaraan negara. Penegasan perlindungan lingkungan yang berkeadilan bagi lintas generasi dalam konstitusi (konsep *green constitution*) yang setidaknya akan mengurangi dan mengatasi permasalahan tumpang tindih peraturan perundang-undangan dan mendorongnya menjadi harmonis karena aspek perlindungan, hak dan kewajiban perlindungan terhadap lingkungan bersumber langsung kepada konstitusi negara Republik Indonesia.

#### Daftar Pustaka

Asshidiqie, Jimly, 1994, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, PT.Ichtiar Baru Van Hoeve.

-----, 2009 *Kini Saatnya ,Membumikan Konstitusi Hijau*, Kuliah Umum dan diskusi publik yang bertajuk "Konstitusi Hijau dan Hak Asasi Manusia", sebagai bagian dari hak konstitusional warga negara dalam pengelolaan lingkungan hidup dan kekayaan alam di Indonesia., Sarekat Hijau Indonesia (SHI).

-----, 2009, *Green Constitution "Nuansa Hijau Undang-Undang Dasar Negara esRepublik Indonesia Tahun 1945*, Rajawali Press,

Danusaputro, Munadjat 1984, *Hukum Lingkungan Nusantara Buku V: Sektoral Jilid 2*, Cetakan Pertama, Putra A Bardin.

- , 2001, *Hukum Lingkungan Buku I: Umum*, Cetakan Ketiga, Putra A Bardin.
- Djajadiningrat, Surna T. , 1994, *Artikel: Pembangunan Berkelanjutan dan Berwawasan Lingkungan*, , Jurnal Hukum Lingkungan, ICEL
- Hardjasoemantri, Koesnadi, 1999, *Hukum Tata Lingkungan*, Edisi ketujuh Cetakan Keenam Belas, Gadjah Mada Univesity Press.
- , 2004, Kuliah umum Program Pasca Sarjana Ilmu Hukum UNLAM, Tanggal 31 Mei 20
- Huijbers, Theo, 1982, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius.
- Ida Nurlinda, 2009, *Prinsip-Prinsip Pembaruan Agraria "Perspektif Hukum"*, Rajawali Press.
- Imamulhadi, 2011, *Penegakan Hukum Lingkungan : Berbasis Kearifan Masyarakat Adat Nusantara*, UNPAD PRESS.
- Kelsen, Hans, 1973, *General Theory of Law and State*, Translated By Anders Wedberg, Russell and Russell, New York.
- Kusumaatmadja, Mochtar, 1972, *Fungsi Dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Bina Cipta.
- , 1976, *Hukum, Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional*, Bina Cipta.
- dan Ety R. Agoes, 2003, *Pengantar Hukum Internasional*, Alumni, Bandung.
- Mitchell, Bruce, et. Al., 2000, *Pengelolaan Sumber Daya dan Lingkungan*, Edisi Indonesia, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta.
- Penyebab Utama Perubahan Iklim, <http://www.perubahaniklim.net/penyebab-utama-perubahan-iklim.htm>
- Perubahan Iklim, *Pencegahan Deforestasi dan Indonesia*, *Down to Earth* No.74, Agustus 2007 <dalam <http://dte.gn.apc.org/74icl.htm>>
- Soehino, 1993, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, Cetakan Ketiga.
- Soemarwoto, Otto, 2004, *Atur Diri Sendiri : Paradigma Baru Pengelolaan Lingkungan Hidup*, Gadjah Mada University Press, Cetakan Ketiga
- Sunaryati Hartono, 1991, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, PT Alumni Bandung.
- Wheare, K.C, 1975, *Modern Constitution*, Oxford University Press, London,

## **Menakar Tanggung Gugat Negara dalam Pembentukan Kebijakan REDD di Indonesia**

**Mumu Muhajir**

### **I. Pendahuluan**

Secara singkat, REDD atau *Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation* merupakan skema mitigasi perubahan iklim lewat penurunan gas emisi rumah kaca (kemudian lebih banyak ditujukan pada karbon) yang berasal dari deforestasi (berubahnya peruntukan lahan hutan menjadi non hutan) serta akibat rusaknya kondisi hutan. Skema ini pertama kali dirundingkan di UNFCCC pada COP 11 tahun 2005 di Montreal, Kanada dalam term RED atau Reducing Emission from Deforestation yang merupakan penerjemahan dari konsep "avoiding deforestation". Skema ini terus berkembang.

Pada COP 13 di Bali, Skema ini berkembang menjadi REDD, dengan menambahkan "forest Degradation" dan bahkan disepakati sebagai mekanisme global mitigasi perubahan iklim. Skema yang ditawarkan ini dipandang lebih banyak melihat pada sisi "pencegahan". Karena itu dalam perundingan UNFCCC selanjutnya di COP 14 di Poznan dan kemudian "disahkan" di COP 15 di Kopenhagen, sisi yang lebih aktif ditambahkan pada skema ini dengan menambahkan aktivitas peningkatan stok karbon, pengelolaan hutan yang berkelanjutan dan konservasi hutan, yang kemudian dikenal sebagai REDD+.<sup>28</sup>

Sampai COP 18 yang akan dilaksanakan di Doha November tahun 2012 ini, belum ada keputusan yang sifatnya final mengikat terhadap skema REDD+ ini. Dua hal yang menjadi halangan adalah tarik menarik kepentingan politik ekonomi yang berimplikasi pada siapa yang harus melakukan (terlebih dahulu) mitigasi perubahan iklim dan dari siapa dan bagaimana pendanaannya. Tahun 2012 ini penting dari sisi mitigasi perubahan iklim karena tahun ini merupakan akhir dari komitmen pertama Protokol Kyoto. Belum ada kejelasan apakah akan ada Komitmen Kedua atau sama sekali mengganti Protokol Kyoto dengan skema lain. Termasuk ketidakjelasan dengan proyeksi bahwa REDD akan menggantikan selepas berakhirnya komitmen pertama Protokol Kyoto atau menjadikan REDD sebagai bagian komplementer dari perjanjian penurunan emisi pasca 2012. Sisi pendanaan juga penting, apakah mekanisme untuk menjalankan skema REDD itu berasal dari pasar/sukarela atau melalui dana publik/kewajiban.

### **II. Tanggapan pemerintah Indonesia atas skema REDD**

Di tengah belum pasti terlaksananya skema REDD+, respon pemerintah Indonesia terhadap skema ini yang bisa dikatakan sangat tanggap ini sebenarnya cukup mengejutkan. Respon itu tidak hanya dalam bentuk pernyataan, tetapi juga sudah terlihat di lapangan, terutama dalam usaha pengintegrasian ke dalam kebijakan sehari-hari pemerintah. Pengintegrasian ini bukanlah pekerjaan yang mudah, murah dan cepat, tetapi menjadi hal fundamental yang harus dilakukan oleh pemerintah. Karena itu di lapangan terjadi berbagai percobaan, inovasi, penyesuaian, yang kadang tidak sesuai dengan diharapkan. Hasil riset Muhajir (2010) memperlihatkan pola pengintegrasian itu dilakukan dengan cara: menciptakan kebijakan baru tentang penanggulangan dampak perubahan iklim/REDD,

menyelaraskan kebijakan yang sudah ada dengan prioritas baru pengendalian perubahan iklim/REDD serta tidak kebijakan yang tegas, tetapi dalam kenyataannya tetap dilaksanakan.

Selepas COP 13 tahun 2007 di Bali, Pemerintah Indonesia seperti berlari kencang dan ingin yang terdepan dalam menjalankan usulan skema REDD tersebut. Bahkan dalam usaha untuk meyakinkan negara-negara lain soal komitmen Indonesia untuk lebih terlibat dalam usaha penanggulangan dampak perubahan iklim, Pemerintah Indonesia secara sukarela hendak menurunkan emisinya sebesar 26% dengan usaha sendiri atau 41% dengan bantuan internasional pada tahun 2020 dengan referensi emisi pada tahun 2005. Komitmen ini diucapkan oleh Presiden Soesilo Bambang Yudhoyono pada saat menghadiri pertemuan G20 September 2009 di Pittsburg Amerika Serikat, dua bulan sebelum dilakukan COP 15 di Kopenhagen yang salah satu isu besarnya adalah soal kelanjutan skema REDD.

Mengapa komitmen penurunan emisi itu penting dihubungkan dengan skema REDD+? Pertama, dilihat dari emisi. Sektor kehutanan berperan besar dalam proses mencapai penurunan emisi karena sektor kehutanan (dan konversi lahan gambut) merupakan sektor penyumbang terbesar emisi Indonesia. Data tahun 2005 menyebutkan dari 2,8 miliar ton setara CO<sub>2</sub> emisi, 2,4 miliar ton-nya (85%-nya) berasal dari dua sektor itu. Dari target 26% target itu, lebih dari separuh target penurunan emisi itu berasal dari kontribusi sektor kehutanan. Bisa dikatakan, ketika berbicara soal penurunan emisi di Indonesia sebenarnya lebih banyak merujuk pada skema REDD+ ini. Usaha penurunan emisi lain hampir tidak terdengar kiprahnya dan berada di wilayah “pinggiran” kebijakan pemerintah.

Kedua, dilihat dari sisi perubahan kelembagaan. Sebelum ada pernyataan komitmen ini, REDD dipersepsikan sebagai ‘miliknya” Kementerian Kehutanan yang dalam pelaksanaannya kurang begitu melibatkan instansi pemerintah lain. Kementerian kehutanan juga melihat bahwa kegiatan dalam REDD merupakan pekerjaan yang biasa mereka lakukan sehari-hari, tanpa harus ada perubahan dan inovasi dalam pekerjaan mereka. REDD hanya berfungsi memberikan penyempurnaan saja pada apa yang mereka lakukan. Kondisi yang tidak sesuai dengan kenyataan ini membuat pelaksanaan REDD di bawah Kementerian Kehutanan ini berjalan pelan (LTS International, Indufor Oy, Ecometrica and Christian Michelsen Institute, 2011).

Komitmen Presiden RI di Pittsburg itu menyaratkan dalam proses penurunan emisi dilakukan secara lintas sektor, termasuk dalam pelaksanaan REDD. Hal ini membuat instansi pemerintah lain diberikan ruang berkiprah lebih luas dalam menyukseskan REDD+. Bappenas menyusun *Indonesia Climate Change Sectoral Roadmap* atau ICCSR, Departemen Keuangan membuat *Ministry of Finance Green Paper: Economic and Fiscal Policy Strategies for Climate Change Mitigation in Indonesia* (Ministry of finance 2009). Di dalam kedua dokumen perencanaan itu tentu saja disinggung komponen penurunan emisi dari sektor kehutanan dan diperlihatkan keterkaitannya dengan sektor-sektor lainnya. Kebijakan yang lebih umum sebagai basis untuk menurunkan emisi juga direncanakan secara lintas sektor, misalnya pada penginventarisasian gas rumah kaca<sup>29</sup>; dan tampak nyata dalam rencana aksi pengurangan emisi gas rumah kaca.<sup>30</sup>

Usaha pengintegrasian ke dalam kebijakan pembangunan dilakukan dengan memberikan warna “perubahan iklim” atau “REDD” ke dalam kebijakan perencanaan pembangunan. Hal itu sangat terlihat dalam RPJMN (Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional) tahun 2010-2014. Ancaman dampak perubahan iklim dilihat secara

nyata dan dikaitkan dengan, antara lain, usaha ketahanan pangan, pengelolaan lingkungan hidup dan sumber daya alam. Perubahan iklim merupakan satu dari empat kebijakan lintas bidang yang pelaksanaannya harus dilakukan secara lintas sektoral instansi pemerintah. Karena kebijakan soal perubahan iklim ini sudah dinyatakan dalam RPJMN, maka ia juga mewarnai dalam kebijakan perencanaan kebijakan di bawahnya seperti ke dalam Rencana Kerja Pemerintah, Rencana Kerja Pemerintah, Renstra Kementerian/Lembaga, Rencana Kerja Kementerian/ lembaga. Bahkan ia juga mewarnai ke perencanaan pembangunan di tingkat daerah.

Dari sisi kelembagaan, Pemerintah Indonesia membentuk Dewan Nasional Perubahan Iklim (DNPI) pada tahun 2008.<sup>31</sup> Ia merupakan lembaga yang diharapkan menjadi semacam “hub” yang mengorkestrasikan penyusunan kebijakan dan pelaksanaan kebijakan terkait perubahan iklim, termasuk REDD+ di dalamnya. Namun dalam kenyataannya, keterbatasan kewenangan lembaga serta pendanaan, membuat kinerja DNPI tidak terlalu menggembarakan. Alokasi dana dari pemerintah baru dialokasikan pada APBN tahun 2010. Dalam Perpres 46/2008 disebutkan bahwa sumber pembiayaan DNPI, hanya berasal dari APBN dari DIPA KemenLH, tidak ada penyebutan boleh mendapatkan dana dari pihak ketiga yang tidak mengikat.

Begitu juga dalam soal REDD, walaupun diberikan tugas, salah satunya, merumuskan kebijakan pengaturan mekanisme dan tata cara perdagangan karbon, kiprah DNPI semakin mengecil. Lembaga yang banyak berperan dalam soal REDD ini adalah Kementerian Kehutanan dan Satgas REDD+.

Sebelum kehadiran Satgas REDD+, Kementerian Kehutanan seolah menjadi satu-satu lembaga otoritatif berbicara soal REDD+ di Indonesia. Pada tahun 2007, Kementerian Kehutanan ini membentuk IFCA atau Indonesia Forest Climate Alliance, yang semua anggotanya berasal donor, LSM internasional dan tenaga teknis asing, tanpa ada perwakilan dari lembaga LSM nasional. IFCA ini menelurkan dokumen pertama strategi REDD di Indonesia. Setelah itu, Kementerian Kehutanan rajin mengeluarkan aturan-aturan teknis terkait dengan REDD+<sup>32</sup>, mengenalkan istilah DA atau Demonstration Activities REDD+<sup>33</sup>, membentuk berbagai kelompok kerja di internal Kementerian Kehutanan<sup>34</sup> serta terlibat dalam negosiasi di perundingan internasional dan melakukan sosialisasi tentang REDD ke pihak lain.

LoI antara Pemerintah Indonesia dengan Kerajaan Norwegia pada Mei 2010 yang mendukung pelaksanaan REDD+ di Indonesia kembali merubah konstelasi kelembagaan REDD dan bahkan memberikan dampak yang sangat besar dan mendasar pada perbincangan soal REDD di Indonesia. LoI ini menjanjikan pencairan dana sebesar 1 milyar dollar Amerika Serikat buat Indonesia jika berhasil melaksanakan tahapan yang disepakati. Tahapan itu terbagi dalam tiga: persiapan, transformasi dan kontribusi pada penurunan emisi yang terverifikasi. Dilihat dari output yang harus dikerjakan seturut dengan tahapan dalam LoI itu, Indonesia berada di tahapan persiapan dan transformasi.

Agar pelaksanaan tahapan dalam LoI itu bisa berjalan dengan baik, dibentuklah Satgas persiapan pembentukan kelembagaan REDD+ atau disingkat Satgas REDD+. Satgas REDD+ ini sudah menjalani dua masa kerja. Masa kerja pertama Satgas REDD ini berlangsung dari 20 September 2010 sampai dengan 30 Juni 2011.<sup>35</sup> Sementara masa kerja kedua berlangsung antara 8 September 2011 sampai dengan 31 Desember 2012.<sup>36</sup> Masing-

masing dalam dua masa kerja itu memiliki tugas yang hampir sama kecuali pada tugas yang keenamnya serta adanya perbedaan titik tekan pada masing-masing tugas.

Tugas Satgas REDD+	
Keppres 19/2010	Keppres 25/2011
a. Memastikan penyusunan strategi nasional REDD+ dan Rencana Aksi Nasional Pengurangan Gas Rumah Kaca (RAN-GRK); b. Mempersiapkan pendirian lembaga REDD+; c. Menyiapkan instrumen dan mekanisme pendanaan; d. Mempersiapkan pembentukan lembaga MRV (monitorable, reportable and verifiable, atau termonitor, dilaporkan dan terverifikasi) REDD+ yang independen dan terpercaya; e. Menyusun kriteria pemilihan provinsi percontohan dan memastikan persiapan provinsi terpilih; d f. Melaksanakan kegiatan lain yang terkait dengan persiapan implementasi Surat Niat dengan Pemerintah Norwegia.	a. Menyiapkan pembentukan kelembagaan REDD+; b. Mengkoordinasikan penyusunan strategi nasional REDD+; c. Menyiapkan instrumen dan mekanisme pendanaan REDD+; d. Menyiapkan pembentukan lembaga MR)/ (measurable, reportable and verifiable, atau terukur, dilaporkan dan tei-verifikasi) REDD+ yang independen dan terpercaya; e. Melaksanakan kegiatan REDD+ di provinsi percontohan pertama dan menyusun kriteria pemilihan provinsi percontohan kedua; f. Melaksanakan pemantauan pelaksanaan Instruksi Presiden Nomor 10 Tahun 2011 tentang Penundaan Pemberian izin Baru dan Penyempurnaan Tata Kelola Hutan Primer dan Lahan Gambut.

Selain keistimewaan dapat menerima dan memanfaatkan dana pihak selain APBN asal tidak mengikat atau sah sesuai dengan peraturan perundang-undangan (sesuatu yang tidak dimiliki oleh DNPI), Satgas REDD+ ini tengah mempersiapkan lahirnya lembaga baru yang akan membentuk dan melaksanakan skema REDD di Indonesia. Dengan demikian, kelembagaan REDD akan terlepas dari kementerian yang ada dan posisinya akan sejajar dengannya kementerian dan lembaga lain.

Kebijakan lain yang penting dilihat sebagai tanggapan pemerintah yang juga didorong oleh LoI dengan Kerajaan Norwegia adalah moratorium pemberian ijin konsesi di kawasan gambut dan huta alam selama dua tahun.<sup>37</sup> Output ini ada dalam tahap transformasi dalam LoI. Instruksi moratorium selama dua tahun ini tentu saja keputusan yang keras dan menimbulkan pro kontra di publik. Bagi kalangan swasta, pelaksanaan moratorium ini mempersempit ruang mereka memperluas pembangunan berbasis lahan. Keberatan juga dikemukakan oleh berbagai kalangan pro lingkungan yang merasa bahwa lingkup moratorium terlalu sempit yang tidak bisa melindungi wilayah-wilayah penting secara ekologis lainnya serta adanya pengecualian (misalnya tidak berlaku bagi ijin yang sudah berjalan) yang semakin melemahkan tujuan dari moratorium ini. Di sisi lain, banyak pihak juga yang mengkhawatirkan terancamnya wilayah-wilayah di luar kawasan yang

dimoratoriumkan, terutama wilayah kelola rakyat yang sebagian besar belum mendapatkan perlindungan hukum. Dalam kaitan dengan wilayah kelola rakyat, moratorium ini dikawatirkan mempersempit akses masyarakat pada perijinan hutan kemasyarakatan, hutan desa atau hutan tanaman rakyat.

Tanggapan kebijakan atas skema mitigasi perubahan iklim/REDD juga terjadi di daerah. Beberapa provinsi bahkan beraksi seiring dengan naiknya isu REDD di pemerintah pusat, terutama provinsi-provinsi yang masuk kriteria dan sudah ditunjuk sebagai provinsi pilot REDD, antara lain, Kalimantan Timur atau Kalimantan Tengah. Kalimantan Timur, walau belum menyusun peraturan terkait langsung dengan perubahan iklim atau REDD, tetapi sudah membentuk Kelompok Kerja REDD serta Dewan Daerah Perubahan Iklim.<sup>38</sup> Kaltim juga sudah menyusun “Program Kaltim Hijau”, yang berisi prioritas penurunan emisi dan prioritas pembangunan rendah karbon (DNPI, Pemprov Kaltim, tanpa tahun). Visi kaltim hijau ini sedang dicoba dicampurkan ke dalam Perda RTRW Kalimantan Timur yang mempunyai visi kaltim sebagai pusat keunggulan agroindustri dan energi.

Selain itu, para Pemerintah daerah, terutama daerah yang memiliki hutan luas, tidak tinggal diam, menunggu perkembangan di pusat. 5 provinsi di Indonesia (Aceh, Kalbar, Kalteng, Kaltim serta Papua) bergabung dengan berbagai provinsi atau negara bagian dari belahan dunia lain, dalam wadah bernama GCF atau Governor Climate Forest. Mereka sedang mengusahakan skema REDD lewat penurunan emisi dengan referensi provinsi (“sub-national”; dimungkin pelaksanaannya oleh Copenhagen Accord). Group ini cukup solid dalam menggalang dukungan pendanaan dan membuka diri pada berbagai investor yang mau berinvestasi hijau di daerah mereka.

Respon pemerintah kabupaten/kota atas isu perubahan iklim/REDD juga tampak baik. Di Provinsi Kalimantan Timur, sudah ada dua kabupaten yang dipersiapkan untuk menjadi pilot DA-REDD: Berau dan Malinau. Berau ini bahkan sudah memiliki Pokja REDD – dibentuk Juni 2008 – serta sudah memiliki rencana proyek Program Karbon Hutan Berau (PKHB) dan Program FORCLIME. Kedua program ini menjalin kerja sama dengan donor atau lembaga asing. Bahkan hampir semua kegiatan Pokja REDD Berau dibiayai oleh lembaga konservasi besar dari Amerika Serikat. Kuatnya pendanaan dari Lembaga konservasi ini, membuat Pokja REDD tergantung. Ketika lembaga konservasi ini menghadapi krisis keuangan di negaranya, kerja Pokja REDD pun melambat.

Kabupaten Berau mengandalkan PKHB sebagai andalan dalam proyek REDD. Dokumen ini berisi informasi soal hutan dan karbon, arahan ke depan pembangunan Berau agar bisa menunjang keberhasilan program ini. Agar PKHB ini bisa berjalan, sudah dibentuk Dewan Pengarah Program Karbon Hutan yang dipimpin oleh Wakil Bupati Berau. Anggota dalam Dewan Pengarah ini tidak hanya berasal dari kalangan kabupaten Berau, tetapi juga berasal dari Provinsi dan bahkan pusat. Semua kegiatan pertemuan – yang dipastikan mahal ini – masih mengandalkan bantuan dana dari lembaga konservasi yang juga membiayai Pokja REDD.

### **III. Tanggung gugat negara di tengah kepuangan dana dan proyek asing**

Pola berupa ketiadaan dana dari negara yang kemudian diisi oleh “pihak ketiga” dengan embel-embel asal ‘sah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku’ atau “tidak mengikat” ditemukan hampir di semua pengaturan kelembagaan REDD. Hampir juga

bisa dipastikan bahwa yang disebut sebagai “pihak ketiga” itu adalah lembaga/orang asing atau lembaga nasional dengan dana bukan rupiah yang bergerak di isu lingkungan atau konservasi.

Kondisi di atas tidak hanya tampak pada pendanaan kegiatan sebuah lembaga terkait langsung dengan perubahan iklim/REDD, tetapi juga sudah terjadi pada awal pada saat penyusunan rencana kebijakan. Dokumen Program Kaltim Hijau disusun oleh lembaga-lembaga konservasi, konsultan dan akademisi. Dokumen ini kemudian diterima dan dijadikan dokumen resmi pemerintah yang diharapkan nantinya menjadi basis bagi lahirnya berbagai kebijakan lainnya. Bahkan IFCA, pada awalnya hanya diisi oleh Donor, LSM Internasional dan tenaga ahli asing tanpa ada kehadiran perwakilan LSM lokal. Lembaga ini berhasil membuat strategy REDD+ yang dalam banyak hal membuka jalan bagi lahirnya kebijakan atau peraturan dan kelembagaan setelahnya. Contoh yang lain, Pokja REDD di Kabupaten Berau hampir tidak mendapatkan pendanaan dari Pemerintah, biarpun dipimpin dan diisi oleh banyak staf pemerintah. Semua pendanaan kegiatannya dibiayai oleh LSM Konservasi asing. Padahal hasil dari Pokja ini cukup penting dalam perubahan arah pembangunan di Kabupaten Berau.

Keadaan ini bisa dianggap wajar ketika pada awal-awal program perubahan iklim/REDD ini seperti mengintervensi di tengah jalannya rencana pembangunan. Kendala dari pengaturan keuangan negara bisa membuat lembaga yang dibentuk tidak disediakan alokasi anggarannya, sehingga mengandalkan alokasi anggaran milik lembaga negara lain atau bantuan dari donor. Tapi menjadi pertanyaan penting ketika Pemerintah Indonesia sendiri sudah memeluk erat kebijakan ini dan memasukkannya ke dalam kebijakan pembangunannya – misalnya pasca 2010 – namun masalah pengalokasian dana dari APBN atau APBD tidak kunjung datang atau seret turun. Kondisi ini memperlihatkan adanya kesenjangan antara gegap gempita respon pada isu dan kemauan membiayai kegiatannya.

Sejatinya, tulisan ini tidak akan mengarah pada persoalan kehadiran bantuan pihak asing itu pada dirinya sendiri berdampak buruk pada kegiatan penanggulangan dampak perubahan iklim atau pelaksanaan REDD. Apalagi mengarah pada xenophobia. Bantuan asing tentu sangat membantu di tengah ketiadaan dana (walaupun terdengar klise) di pemerintahan Indonesia. Bantuan itu (baik hutang maupun hibah) memperlihatkan solidaritas dan perhatian masyarakat di negara lain atas kondisi masyarakat di negara berbeda. Yang menjadi persoalan adalah ketika bantuan itu, keterlibatan dalam pembuatan kebijakan itu memengaruhi kebijakan publik yang berdampak besar pada keberlangsungan kehidupan masyarakat tanpa masyarakat itu sendiri terlibat dalam proses pembentukannya. Apalagi jika proses pembentukan kebijakan itu dilakukan secara tertutup, elitis (dengan alasan isu perubahan iklim baru dan kompleks), dan menghasilkan kebijakan yang tidak berpihak kepada masyarakat terkena dampak.

Penulis ingin melaporkan dua hal yang bisa dikatakan paradoks: pertama, respon pemerintah untuk mengantisipasi isu perubahan iklim/REDD (dalam bentuk lahirnya kebijakan baru, peraturan dan lembaga baru, penambahan tupoksi, penyesuaian kebijakan, alokasi anggaran, dst) tersebut sangat tanggap; dan kedua, terlihat minimnya suara soal perubahan iklim/REDD pada tingkat masyarakat biasa yang terkena dampak langsung, apalagi masyarakat lokal/adat yang termarginalkan. Suara ini lebih banyak dibunyikan dari tingkat “mediator” (LSM, pengamat, intelektual). Masyarakat terkena dampak jarang diberi ruang memberikan opininya.

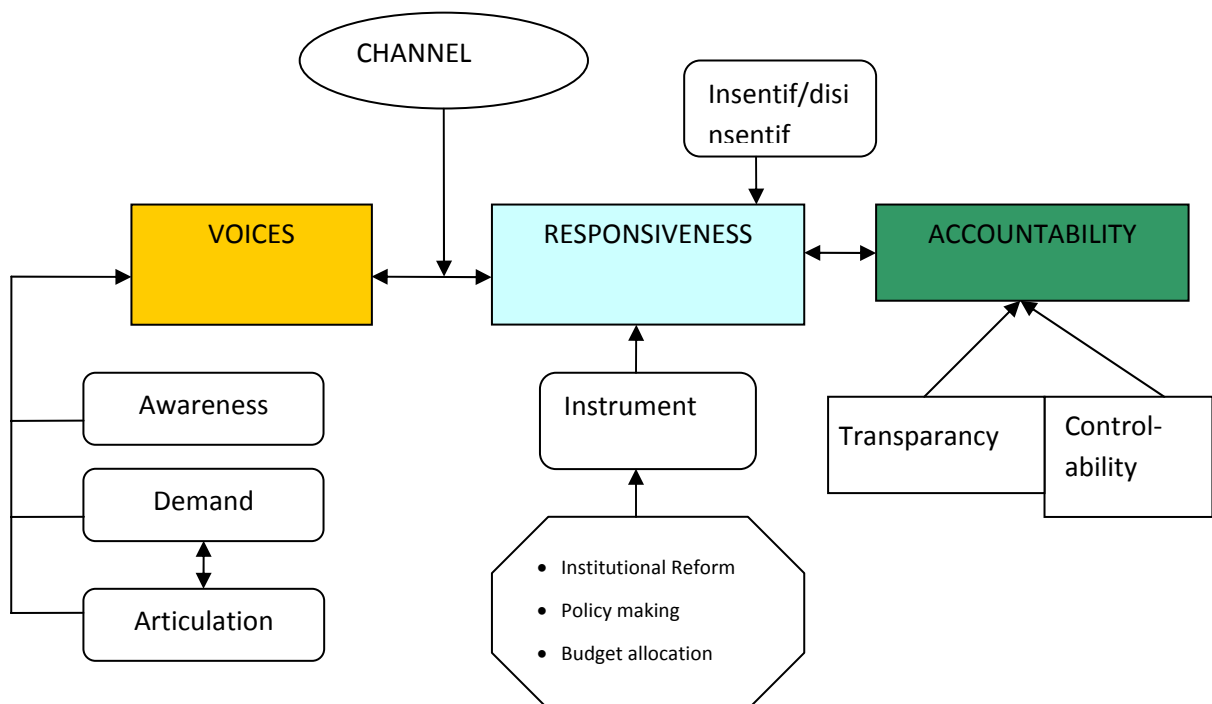


Pertanyaan yang mengemuka adalah bagaimana kebijakan pemerintah terkait perubahan iklim dan atau REDD dapat dipertanggung gugatkan di tengah-tengah suasana sedikitnya, kalau tidak mau dikatakan tidak ada, (real) konstituen (baca: masyarakat) yang menyuarakan dua isu tersebut. Apakah kebijakan yang dikeluarkan itu memenuhi keinginan dan kebutuhan masyarakat terdampak atau melindungi dan menghormati hak-hak (asasi) masyarakat? Pertanyaan-pertanyaan itu bisa saja hadir dari konteks di luar isu perubahan iklim atau REDD, dan mungkin ini pertanyaan klasik dalam khazanah kebijakan publik di Indonesia. Tentang tidak adanya ruang partisipasi masyarakat dalam proses pengambilan keputusan sudah banyak yang membahasnya. Tapi mengaitkan hal itu dengan tata kelola lingkungan hidup (“environmental governance”) di Indonesia masih cukup relevan.

Untuk kebutuhan memberikan jawaban atas pertanyaan itu, penulis akan paparkan terlebih dahulu hubungan antara penyuaran ‘aspirasi” atau pelibatan masyarakat dengan tanggung gugat negara. Kemudian, REDD dengan pilot REDDnya akan diajukan sebagai salah satu contoh untuk melihat hubungan antara respon negara atas isu, pihak yang terlibat, yang mempengaruhi kebijakan yang lahir dan dampaknya bagi masyarakat terdampak kegiatan/proyek.

**IV. Menghadapkan muka pemerintah ke warga negara<sup>39</sup>**

Untuk melihat hubungan antara aktor negara dengan aktor non-negara dala proses pembuatan dan pelaksanaan kebijakan perlu diperhatikan tiga bidang: Voices/Suara, Responsiveness/Ketanggapan, dan Accountability/Tanggung Gugat. Ketiga hal ini berkaitan dengan berbagai sisi-sisi yang akan dijelaskan satu persatu seturut dengan bidang.



**Suara.** Komponen ini berada di wilayah konstituen atau berada di wilayah non-negara. Aktor yang dimaksud di sini adalah dapat masyarakat terkena dampak, kalangan mediator, baik asing maupun domestik, kalangan swasta. Ketiga pihak ini saling berkompetisi atau berkolaborasi untuk menyuarakan kepentingannya ke pihak negara. Dominasi kuasa pengetahuan terjadi di area ini dengan membisukan pihak yang jauh dari sumbu diskursus pengetahuan. Pada titik itu melahirkan konsep “perwalian”, dimana pihak yang (dipaksa) bisu sering diwakilkan apa yang ingin diomongkannya oleh pihak mediator (biasanya kalangan LSM atau akademisi atau kalangan swasta). Kalangan mediator ini bisa bersuara karena isi pesannya dapat disesuaikan dengan diskursus yang sedang berkembang.

Dalam isu lingkungan hidup, masyarakat diposisikan kadang sebagai perusak atau malah sebagai penjaga lingkungan. Posisi mana yang akan disuarakan digantungkan pada diskursus apa dan aktor apa yang akan dihadapinya. Dari dua posisi itu melahirkan adanya apa yang Foucault bilang sebagai ‘governmentality’: keinginan untuk mengatur agar sesuai dengan kuasa pengetahuan yang dominan (Foucault 1991). Posisinya sebagai perusak membutuhkan intervensi peningkatan kapasitas agar sama dengan pengetahuan dominan itu atau malah penyingkiran. Posisi sebagai penjaga lingkungan akan melahirkan kuasa untuk mempertahankan posisi masyarakat dalam kondisi demikian. Kedua pandangan atas dua posisi ini tidak lagi memperhatikan problem sehari-hari masyarakat.

Komponen Suara ini digantungkan pada tiga hal: kesadaran, permintaan, serta penyuaaran. Ketiga hal tersebut berkaitan erat terutama soal Kesadaran serta Penyuaaran. Pada ketiga titik itu lembaga-lembaga mediasi melakukan banyak intervensi.

Kesadaran merupakan bahan bakar yang mendorong masyarakat untuk menyuarakan kepentingannya atau permintaannya. Pandangan arus utamanya adalah kesadaran masyarakat dalam soal perubahan iklim/REDD atau dalam soal yang lebih umum, lingkungan hidup, bisa dikatakan masih dalam tataran minimal. Sehingga penyuaaran masyarakat langsung dalam soal perubahan iklim juga minimal. Tanpa membaca adanya pertarungan kuasa pengetahuan padangan itu muncul. Mungkin saja masyarakat selama ini sudah menyuarakan kepentingan/permintaannya, hanya saja karena “bahasa” yang dipakai tidak sama dengan “bahasa” yang lazim dipakai di perundingan UNFCCC atau di lembaga-lembaga konservasi internasional, maka masyarakat dianggap tidak mengetahui.

Articulation atau penyuaaran merupakan aspek lain yang penting dalam soal Suara ini. Ia berhubungan erat dengan soal Permintaan apa yang akan disuarakan. Soal artikulasi ini berhubungan dengan apa dan kepada siapa Permintaan itu hendak disuarakan oleh masyarakat. Dalam hubungannya dengan negara, kerap kali masalah artikulasi ini menjadi batu sandungan penting. Bisa jadi masyarakat telah sadar dan telah menyuarakan kepentingannya dengan berbagai cara. Namun, artikulasi yang dilakukan oleh masyarakat ternyata direspon oleh unit dalam pemerintahan yang sebenarnya bukan unit yang diinginkan oleh masyarakat untuk meresponnya atau artikulasi diberikan kepada unit pemerintahan yang salah.

**Responsiveness/tanggapan.** Ini merupakan bagian tanggapan pemerintah dalam menerima Suara dari masyarakat. Pemerintah tidak dibayangkan sebagai satu kesatuan utuh, namun berisi berbagai fragmen yang kadang saling bersinggungan dan masing-masing kadang otonom. Pemerintah melakukan respon berdasarkan instrument yang dimilikinya dan biasanya dilakukan dalam bentuk institutional reform (membuat/menyederhanakan

lembaga, menambah tupoksi), policy making (pembuatan kebijakan, peraturan) serta budget allocation (alokasi anggaran).

Dalam dunia ideal, respon pemerintah merupakan tanggapan dari suara yang diinginkan oleh masyarakat. Ada koherensi antara apa yang diinginkan masyarakat dengan apa yang dijawab oleh pemerintah. Namun kenyataannya, respon itu tidak sejalan dengan yang diinginkan, bahkan bertentangan. Di sini terlihat otonominya pemerintah, sehingga respon apa yang dilakukan oleh pemerintah menjadi penting untuk dilihat. Karena dapat memperlihatkan tanggung gugatnya pemerintah atas lahirnya keputusan/kebijakan yang tidak berdasar pada Suara masyarakat.

Selain penting untuk memperhatikan respon apa yang dilakukan oleh pemerintah, bagaimana respon itu dilakukan juga penting dilihat. Dalam hal ini adalah soal unit (-unit) mana di pemerintah yang melakukan respon, bagaimana unit antar pemerintah itu saling berkoordinasi serta apakah respon itu memadai. Untuk mengukur sejauh mana respon itu memadai dapat dilakukan perbandingan dengan standar-standar di tingkat internasional, respon yang dilakukan oleh negara-negara lain atau diukur dari masalah domestik yang seharusnya direspon.

Dalam hubungannya dengan Suara, harusnya ada channel/space yang dibuat sebagai jembatannya. Channel ini menjadi arena pertemuan antara Voice yang di bawa oleh masyarakat dan Respon yang dilakukan oleh pemerintah. Bisa berupa kelembagaan formal maupun informal. Institusi formal misalnya timbul dalam bentuk musrenbang atau saluran-saluran resmi yang dibuat oleh pemerintah/Negara untuk mendengarkan dan merespon keinginan masyarakat (pemilu, Pilkada, Hearing di lembaga perwakilan, dll). Channel Informal lahir dalam banyak ragam, baik dengan mempergunakan pendekatan kultural maupun lobi di luar mekanisme resmi.

Channel ini penting dilihat dalam isu perubahan iklim/REDD karena kerap kali masyarakat diberikan hak untuk menyuarakan kepentingannya namun alpa memberikan salurannya. Dalam peraturan teknis soal REDD atau jasa karbon ada kewajiban penggagas untuk memberitahukan kegiatannya kepada masyarakat dan ada hak yang dimiliki masyarakat untuk mengetahui, tapi pertanyaannya pada saat apa dan kapan hal itu dilakukan? Apa yang terjadi jika masyarakat tidak sepakat, apakah disediakan mekanismenya? Seiring dengan menguatnya gagasan perluasan keterlibatan masyarakat berkontribusi pada lahirnya banyak pengatuan soal peran serta masyarakat. Tetapi kebanyakan hanya memberikan hak (mengadu, menginformasikan/mendapat informasi, dst) tetapi sangat sedikit yang memberikan Channel agar hak itu dapat dimaksimalkan penggunaannya.

Apa sebenarnya yang menggerakkan respon pemerintah? Mesin itu adalah insentif/disinsentif. Insentif ini tidak harus dibaca sebagai bantuan keuangan, tapi juga bentuk-bentuk lainnya: bantuan teknis, peningkatan image, dst. Dalam persoalan perubahan iklim dan REDD, ketika Suara hampir tidak ada sementara respon pemerintah demikian tanggap, maka pertanyaannya adalah apa yang menggerakkan respon itu? Motif mungkin terlalu jauh untuk dijawab, tapi indikasi tawaran insentif yang menggerakkan respon pemerintah perlu dilihat dengan cermat.

Insentif ini layak untuk diperhatikan untuk, misalnya, melihat mengapa pemerintah tetap bergerak dengan suatu kebijakan, sementara dukungan Voice dari masyarakat hampir nihil? Jangan-jangan pemerintah bergerak karena insentif itu berada atau berasal dari luar

negari sehingga pemerintah tidak merasa harus mempertanggungjawabkannya ke masyarakat. Kita bisa lihat hal ini dalam lahirnya insentif 1 milyar dollar US dari Kerajaan Norwegia sebagai gula agar Indonesia mau menerapkan skema REDD+.

**Tanggung Gugat.** Pertanyaan tentang tanggung gugat sebenarnya tidak akan hadir ketika perhatian hanya ditujukan kepada Voice yang disuarakan masyarakat atau respon yang dikerjakan oleh pemerintah. Respon pemerintah boleh tanggap atas suatu isu dan mungkin perlu dilakukan. Tapi ia kehilangan legitimasi/akuntabilitasnya ketika tidak ada Suara yang mendukungnya. Tanggung gugat muncul ketika suara dan respon diperbandingkan.

Bagaimanapun baiknya tanggapan yang dilakukan oleh pemerintah tetapi jika hal itu tidak menyentuh apa yang diinginkan oleh masyarakat maka tanggapan itu bisa dipertanyakan ke-akuntabilitasnya. Tidak adanya transparansi serta kontrol dari masyarakat sebagai pemilik sah kekuasaan negara akan membuat sebuah kebijakan tidak akuntabel.

Akuntabilitas menjadi poin penting ketika ternyata kebijakan pemerintah didorong oleh sebuah insentif yang berasal dari luar negeri dan tidak berasal dari dalam negeri. Nilai-nilai akuntabilitas akan menjaga kebijakan itu tetap transparan, dapat dikontrol oleh serta mengikutsertakan konstituennya (dari perencanaan, pelaksanaan, monitoring), walaupun pemerintah, misalnya, tidak akan mendapatkan insentif yang signifikan dari konstituennya.

Namun, kondisinya menjadi rawan jika negara c.q. pemerintah seolah otonom terhadap konstituennya yang bisa dibaca dari hampir minimnya konstituen yang menyuarakan pentingnya antisipasi perubahan iklim dan atau REDD dalam kehidupan mereka sehari-hari dan pada saat yang sama betapa tanggapnya Negara c.q. pemerintah dalam merespon dua isu itu. Kondisi ini memungkinkan hal yang buruk terjadi. Ketika kebijakan yang lahir hanya memberikan ruang lebih lebar pada kalangan swasta besar, lembaga konservasi internasional atau nasional tanpa memberikan ruang lebih bagi masyarakat terkena dampak maka masyarakat akan menjadi bulan-bulanan kebijakan itu. Ketika dia dianggap sebagai perusak, maka ia akan diberikan pelatihan untuk hidup yang memungkinkannya tidak merusak wilayah yang dilindungi. Ketika dia dianggap sebagai penjaga lingkungan pun, tetap akan ada dilakukan penyesuaian pada pola hidupnya agar sesuai dengan diskursus konservasi yang ada di instansi pemerintah atau lembaga konservasi tersebut.

## **V. REDD+: Sejauh mana (mau) mendengarkan suara masyarakat?**

Potensi insentif yang besar telah mendorong berbagai negara melaksanakan proyek REDD. Data tahun 2009 memperlihatkan sedikitnya ada 144 proyek REDD di tingkat lapangan (Cotula and Mayers 2009). Karena belum ada skema yang baku yang disepakati di tingkat perundingan di UNFCCC, membuka masing-masing proyek tersebut pembelajaran bagi yang lain, sehingga bentuk pelaksanaannya pun berbeda. REDD+ dilakukan secara multilateral, bilateral (LoI Indonesia dengan Norwegia), diinisiasi oleh LSM, atau kerja sama antara pemerintah, LSM dan lembaga swasta.

Indonesia merupakan Negara yang paling banyak aktivitas pilot proyek REDDnya. Tercatat ada 29 aktivitas REDD yang sekarang ada di Indonesia yang bisa dikategorikan ke dalam 3 versi (Madeira, 2009):

1. Proyek REDD yang dilakukan dengan cara mengajukan ijin konsesi hutan ("Model Konsesi"), seperti IUPHHK Restorasi Ekosistem atau Ijin Karbon.
2. Proyek REDD yang dilakukan dengan melakukan kerjasama dengan pemerintah ("Kerjasama Pemerintah"), seperti KFCP, atau Skema di bawah payung UN-REDD
3. Proyek REDD yang dilakukan dengan melakukan kerjasama dengan para pemilik ijin/lahan ("Kerjasama Pengguna Lahan"), misalnya pemrakarsa melakukan kerja sama dengan pemilik Ijin HTI, HGU Sawit, Hutan Desa, dst.
4. Proyek REDD yang dilakukan dengan kerja sama pemerintah dengan lembaga konservasi dan atau lembaga swasta, misalnya Pemerintah Provinsi Aceh, FFI dan Carbon Conservation)

Dari 4 kategori pilot proyek itu, kebanyakan di Indonesia mengikuti model konsesi (Madeira, 2009). Model konsesi ini bisa dilakukan dengan pemrakarsa mengajukan ijin konsesi baru atau pemilik suatu konsesi mengubah atau menambahkan ke ijin awalnya usaha-usaha pengurangan emisi dari deforestasi dan kerusakan hutan.

**Kekhawatiran pertama.** Dipakainya sistem konsesi bagi pengusaha besar. Banyaknya model konsesi ini bisa dicirikan alasannya, pertama, untuk mencegah terjadinya deforestasi yang direncanakan. Di Indonesia, deforestasi lebih banyak terjadi karena aktivitas yang direncanakan, bisa oleh pemerintah atau oleh mereka yang mendapatkan ijin dari pemerintah. Kedua, kebijakan kehutanan Indonesia selalu memihak pada perusahaan besar. Ketiga, terkait masalah teknis pembiayaan, proyek REDD untuk sampai mendapatkan kredit karbon memerlukan dana awal yang besar. Keempat, model konsesi menjamin kepastian hukum, sesuatu yang sangat penting dalam REDD yang dipergunakan untuk menunjukkan bahwa akses terhadap karbon bisa dipertahankan sesuai dengan perjanjian jual beli kredit karbon. Kelima, model konsesi dipakai karena tujuannya adalah mencegah pihak luar mengkonversi hutan untuk keperluan di luar urusan konservasi atau penyimpanan karbon di pohon dan lahan. Pihak luar ini tidak hanya perusahaan, tetapi juga masyarakat sekitar yang dikawatirkan akan melakukan perambahan.

**Kekhawatiran kedua.** "Kebaikan" konsep/skema REDD+ harus diterapkan di atas sistem yang tidak memihak masyarakat. Bukan hanya karena sistem konsesinya yang perlu dikhawatirkan, tetapi bahwa pelaksanaan REDD+ ini akan berada di atas jalur tata kelola hutan dan sumber daya alam yang selama ini tidak berpihak pada masyarakat lokal. Pemrakarsa REDD+ memang lebih terbuka dalam menerima kritikan pada skema yang ditawarkan. Dua hal yang sempat menjadi batu sandungan besar konsep REDD+: penghormatan pada hak-hak masyarakat adat, termasuk sistem tenurialnya dan penerapan FPIC. Kedua hal ini sudah diterima dalam konsep REDD+, baik melalui keputusan UNFCCC seperti Copenhagen Accord maupun diterapkan di dalam standar valuasi karbon seperti Standar CCB. Tinggal pemerintah menerapkan kedua prinsip itu di dalam kebijakan pembangunan atau pelaksanaan REDD+nya. Pada kekhawatiran berikutnya kesenjangan kentara terlihat.

**Kekhawatiran ketiga.** Memicu kompetisi lahan yang dapat mengancam ruang kelola masyarakat yang ada. REDD+ dan program konservasi baru lainnya menerbitkan motif baru penguasaan tanah, yakni untuk dilindungi kekayaan ekologisnya. Dan dalam kasus Indonesia, lahan demikian tidak hanya ada di dalam hutan, tetapi juga di luar kawasan

hutan. Agar kawasan itu tetap lestari dengan baik, maka motif lain penguasaan tanah lahir: mengurangi tekanan pada hutan. Tanah karenanya tidak dikuasai atau dimiliki untuk kepentingan pangan atau energi, tetapi juga kepentingan konservasi atau karbonnya atau jasa lingkungannya. Dua masalah sekaligus dihadapi oleh pelaksana REDD+: kompetisi penggunaan lahan untuk pembangunan ekonomi, dan perlindungan hak masyarakat atas lahan.

Kompetisi lahan ini terjadi misalnya karena skema REDD+ memungkinkan dilakukannya aktivitas peningkatan cadangan karbon; sehingga keuntungan akan lebih besar jika lahannya berada di lahan kritis. Di sisi lain, pemerintah justru sedang mengerahkan usaha agar ekspansi perkebunan (terutama sawit) dilakukan di lahan-lahan kritis. Di titik itu, pengertian dari lahan kritis juga bisa berbeda antara masyarakat dengan pemerintah/lembaga konservasi/pemrakarsa REDD+. Bagi sebagian kalangan masyarakat, pembiaran lahan justru diperlukan agar tanah kembali sehat dan tanah-tanah yang telantar/kritis belum tentu tidak ada pemilikinya; sementara pihak pemerintah melihatnya sebagai tanah telantar yang menurut peraturan pertanahan bisa ditarik menjadi tanah negara untuk selanjutnya diberikan kepada pihak lain.

Pemerintah dan berbagai kalangan konservasi sedang memikirkan jalan keluar dari kompetisi lahan ini. Jika tidak ada pengistimewaan pada skema REDD+, maka bisa jadi REDD+ hanya akan melindungi daerah-daerah yang memang sudah dilindungi dan membiarkan daerah lain yang potensi ekologisnya tinggi diserahkan kepada pihak lain yang akan merusaknya. Jalan keluar yang sedang ramai dibicarakan adalah tukar menukar lahan. Satu lahan yang secara ekologis harus dilindungi dan penting bagi penurunan emisi namun berada di dalam wilayah konsesi perkebunan sawit, dapat ditukarkan dengan lahan lain di luar areal perkebunan sawit tersebut. Skenario yang sama bisa terjadi dengan masyarakat lokal yang berada di wilayah yang harus dilindungi. Mereka dapat didekati baik-baik untuk menyerahkan lahannya kepada lembaga konservasi pemrakarsa REDD+; sehingga mereka kehilangan tanahnya, hidupnya. Lalu pemrakarsa menyediakan pelatihan untuk mengubah mata pencahariannya agar tidak merusak hutan itu tadi.

**Kekhawatiran keempat.** REDD membutuhkan kepastian lahan dan skema penggunaan lahan berbeda dengan bentuk penggunaan lahan oleh masyarakat sekitar lahan yang dijadikan REDD. Dalam perkembangan literatur tentang land grabbing (penyerobotan tanah) terselip satu khazanah baru isu yang nampaknya akan mulai menarik jika semua motif penguasaan tanah atas nama konservasi (PES, REDD+, Biodiversity market, dst) mulai meningkat jumlahnya, yakni *green grabbing*. Dalam penyerobotan hijau ini tidak hanya bermuara pada pelepasan hak dan akumulasi kapital, tetapi perubahan aturan akses pada lahan, tata cara kelola dan pakai SDA, dst. Kondisi terakhir ini lebih mungkin terjadi dengan adanya REDD+ dan “contohnya baiknya” sudah dapat dilihat dari “praktek pendisiplinan” masyarakat yang berada di dalam atau sekitar hutan konservasi atau lindung. Masyarakat yang tidak beruntung telah kehilangan lahannya, dipaksa keluar dari wilayah konservasi itu. Di sisi lain, ada masyarakat lainnya yang kehilangan haknya, namun akses ke lahannya tersebut tetap terbuka. Tetapi “pemilik baru” lahan (bisa taman nasional, bisa juga pemrakarsa REDD+) menetapkan aturan baru kapan akses dibuka, aturan dalam pemakaian lahan juga berubah, mengikuti petunjuk ilmu pengetahuan agar karbonnya dapat terus bertahan di pohon dan tanah dan bahkan dapat terus menyedot karbon dari udara.

Diarahkannya masyarakat ke tipe pekerjaan yang tidak lagi bergantung pada hutan – semata karena akan merusak hutan – menjadi mimpi besar para konservasionis yang nampak dikerjakan dalam program-program Integrated Conservation and Development Program [ICDP]. Tapi, hanya sedikit yang berhasil.

Pelepasan lahan maupun perubahan mata pencaharian dapat berkonsekuensi masyarakat tidak terlibat dalam skema REDD. Ia mungkin akan menjadi migran ke daerah lain dengan lahan di kampung halaman yang semakin sempit. Konsekuensinya adalah jika pun REDD+ itu berhasil maka masyarakat tersebut tidak akan mendapatkan “kompensasi” atau mendapatkan kompensasi kecil (dihitung sesuai kontribusinya) dari skema REDD yang berlangsung disekitarnya dan justru dia akan dibebani dengan “cost” tertentu, tergantung pada bagaimana pemrakarsa memandang hubungan antara proyeknya dengan masyarakat tersebut. Inilah proses akumulasi dengan cara pelepasan itu.

**Kekhawatiran kelima.** Insentif REDD berasal dari luar negeri. Terlihat bahwa pemerintah seperti berjalan sendiri dalam mengeluarkan kebijakan soal REDD atau perubahan iklim. Hal yang sering terjadi ketika insentif tidak berasal dari dalam negeri suatu negara tetapi berasal dari luar negeri. Seolah tidak harus bertanggung jawab kepada rakyatnya.

Insentif REDD tidaklah datang dari dalam negeri, ia merupakan jalan bagi terlaksananya offset emisi Negara-negara maju dengan membeli kredit karbon yang dijual oleh negara-negara pemilik hutan tropis. Insentif yang datang dari luar negeri ini dapat melemahkan aspek akuntabilitas negara terhadap rakyatnya. “Proyek lingkungan hidup”, termasuk perubahan iklim dan REDD, yang berjalan di Indonesia umumnya mengalirkan insentif dari luar negeri dan belum bisa menghidupkan insentif dari dalam negeri, sehingga rentan gagal dan kurang mengakomodasi kepentingan lokal shareholder.

Pada titik ini, menjadi sebuah keharusan untuk terus menerus menyuarakan suara masyarakat dalam perencanaan kebijakan yang terkait maupun tidak terkait dengan perubahan iklim atau REDD dan bahkan menjadikan “perspektif masyarakat” bersandingan dengan “perspektif pengurangan emisi”. Menjadikan keterlibatan masyarakat tidak hanya dalam tataran formal, tapi terlibat penuh dalam perencanaan, pelaksanaan dan monitoring pilot proyek REDD.

## **VI. Kesimpulan**

Bantuan keuangan asing atau keterlibatan penuhnya dalam penyusunan perencanaan kebijakan REDD+ tidak serta merta dianggap berdampak buruk jika saja dilakukan melalui saluran yang lebih transparan, terbuka dan peka pada suara dari masyarakat terkena dampak dan bermuara pada perlindungan dan pemenuhan kepentingan dan hak-hak asasi masyarakat terkena dampak. Dalam soal kebijakan REDD+, walaupun sudah mulai dicoba dalam penyusunan Stranas REDD, tetapi derajat keterlibatan masyarakat tetap lebih kecil daripada keterlibatan pada lembaga mediator. Ini persoalan diskursus dengan terma berbeda harus bertemu muka dengan diskursus di tingkat lapangan yang juga berbeda termannya yang perlu dicarikan jalan pertemuan yang lebih elegan. Bukan persoalan ketiadaan pengetahuan di tingkat masyarakat yang biasanya mengarah pada sosialisasi.

Mengapa penghargaan atas pengetahuan dan juga ijin dari masyarakat ini penting? REDD+ hampir bisa dipastikan tidak akan dilakukan di wilayah urban. Dia akan dilakukan di wilayah-wilayah rural dan mungkin terpencil. Di wilayah itu hidup jutaan orang yang menggantungkan hidupnya pada tanah. Tanpa menghargai, melindungi dan memenuhi hak-hak masyarakat yang ada di sekitar wilayah REDD, maka REDD+ tidak ada bedanya dengan intervensi ekonomi skala besar lainnya yang akan menghilangkan atau mengurangi akses masyarakat rural itu atas tanahnya. REDD+ membutuhkan kepastian wilayah, begitu juga masyarakat di sekitarnya yang berada di dalam kondisi terjepit oleh intervensi ekonomi lahan skala besar lainnya.

Di satu sisi, tanggapan pemerintah atas skema REDD+ berjalan begitu tanggap. Infrastruktur kebijakan disediakan bagi mereka para investor REDD+. tetapi di sisi yang lain, perlindungan dan pemenuhan masyarakat atas lahan, dan pola penghidupannya tidak mendapatkan respon yang demikian cepat sebagaimana tanggapannya pada skema REDD+. Dalam proses penyusunan kebijakan REDD+ itu banyak pihak yang bekerja untuk tetap melindungi hak masyarakat di tengah kebisingan suara masyarakat. Tetapi keberlanjutannya tetap harus berada pada pembangunan sistem yang baik yang memungkinkan suara masyarakat terdengar lebih terang dengan respon pemerintah yang lebih condong pada suara masyarakat ini.

Aspek insentif yang besar dari luar negeri ini bisa dikurangi dengan membuat insentif yang serupa namun berasal dari dalam negeri. Cara lainnya adalah dengan mempertegas dan memperbaiki saluran-saluran penyampaian dan keterlibatan masyarakat. Peraturan yang ada sekarang yang terkait dengan REDD+ yang hanya memberikan hak namun tidak memberikan cara bagaimana hak itu berjalan semestinya mulai diubah.

### Daftar Bacaan

- DNPI, Pemprov Kaltim, tanpa tahun. “(draft) Strategi Pembangunan Kalimantan Timur yang Berkelanjutan dan Ramah Lingkungan”
- Fairhead, James, Melissa Leach & Ian Scoones. 2012. Green Grabbing: a new appropriation of nature?, *Journal of Peasant Studies*, 39:2, 237-261
- Foucault, Michel, 1991. “Governmentality” dalam Graham Burchell, Colin Gordon, Peter Miller, 1991, *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press
- LTS International, Indufor Oy, Ecometrica and Christian Michelsen Institute, 2011. Real-Time Evaluation of Norway’s International Climate and Forest Initiative: Contributions to National REDD+ Processes 2007-2010 Country Report: Indonesia. Oslo: Norad
- Madeira, Erin Myers. 2009. REDD in Design: Assessment of Planned First-Generation Activities in Indonesia, RFF Discussion Paper 09-49, Washington D.C: Resources for the Future
- Ministry of Finance, 2009, *Ministry of Finance Green Paper: Economic and Fiscal Policy Strategies for Climate Change Mitigation in Indonesia*, Jakarta: Ministry of Finance and Australia Indonesia Partnership



## Kasus Lapindo: Bencana Alam atau Kejahatan Lingkungan?

Vinita Susanti

### A. ISSUE LINGKUNGAN SELAYANG PANDANG

*"May Day !...!" "May Day !...!" "Planet Earth is Calling" .."* Tolong-tolong ,,planet bumi sedang kepanasan, ituah yang terjadi saat ini di planet bumi kita tercinta. *May Day! May Day! Planet Earth is calling*, Issue lingkungan hidup sudah menjadi *'concern'*, salah satu SD di lingkungan Cinere Ujung, Depok, SD Lazuardi GIS. Anak-anak memainkan perannya dalam berpartisipasi pada acara pentas seni di pertengahan tahun 2006.

Kelas 1, mementaskan gambaran suasana penghijauan alam yang indah, anak-anak yang masih kecil dengan kostum menggambarkan hutan yang damai, hijau dimana-mana; Kelas 2, "Suasana kehidupan alam", kehidupan yang tenang menggambarkan masyarakat yang tentram dan damai. Pada penampilan berikutnya adalah kelas 3, menampilkan kegiatan pencemaran dan perusakan hutan, disana tergambarkan manusia yang mulai serakah memabat hutan dengan 'membabi buta', tidak lagi bersahabat dengan alam. Dan adegan berikutnya, adalah kelas 4, "Kugadaikan Tanahku", yang menggambarkan kemiskinan struktural yang menyebabkan ketidak berdayaan masyarakat. Masyarakat untuk mencari kehidupannya, dengan terpaksa harus menggadaikan tanah pusakanya. Hijau kini menjadi hutan beton, menjadi kota baru yang penuh sesak dengan gedung-gedung. Kemudian kelas 5, kegiatan panggungpun berganti, dengan kegiatan masyarakat yang 'super sibuk' menggambarkan suasana kota yang ramai, berbagai kegiatan tersebut mengakibatkan berbagai pencemaran terjadi, pencemaran laut oleh minyak-minyak, pencearan udara oleh asap kendaraan-kendaraan bermotor.

Terakhir, kelas 6 Menampilkan berbagai alternatif penyelesaian masalah lingkungan dan ternyata pilihannya adalah pergi ke bulan. Apakah di bulan dapat menolong kehidupannya ? Apakah di bulan ada kehidupan yang lebih baik ? atau tetap di bumi dengan memperhatikan lingkungan, merubah lingkungan kearah yang lebih baik, berdamai dengan semua, untuk kesejahteraan bersama di bumi ? Belajar dari pementasan seni anak-anak SD tampak bahwa lingkungan hidup menjadi persoalan tersendiri yang berefek pada kita semua. Di lingkungan sekolah tersebut pelan-pelan telah berhasil menanamkan kesan ramah dan akrab lingkungan yang mendalam bagi anak didiknya. Juga menimbulkan rasa keprihatinan anak-anak terhadap lingkungan dan peduli terhadap bencana yang terjadi.

Dua tahun setelah pentas seni tersebut, SD Lazuardi GIS diminta untuk berpartisipasi dalam rangka memperingati Hari Bumi oleh Metro TV, Female Radio dan Kompas yang mngadakan acara "Green Festival". SD tersebut diminta sebagai sekolah yang dianggap pemerhati terhadap pelestarian lingkungan hidup, dengan menampilkan operet anak-anak. Menarik lagu yang ditampilkan dalam operet tersebut :

I want to plant tree

I want to plant treeeeeeeeeeeeeeeeee

I want to plant tree as many as

The earth will need it....

I want to plant tree

For sure....

For sure I want to plant tree<sup>40</sup>

(Parodi dari lagu Queen yang berjudul "I want to break free")

Itu sekelumit cerita dari sekolah dasar yang letaknya di ujung Cinere, Depok. Dan tidak jauh berbeda, ternyata issue lingkungan juga menjadi topik hangat di penghujung tahun 2007, bulan Desember tepatnya di Bali. Terbukti dengan diselenggarakan Konferensi Pemanasan Global. Masyarakat dunia pemerhati lingkungan menunjukkan perhatiannya, dan ikut berpartisipasi dalam konvensi tersebut. Dapatkah kita mempertahankan masa depan yang asri untuk kita bersama di planet bumi ini ?

Sementara, merujuk Majalah Forum tentang Kasus Lapindo Brantas<sup>41</sup>, diawal Kasus ini mengangkat, sempat terjadi polemik. Dalam satu sisi, Yayasan Wahana Lingkungan Hidup Indonesia (WALHI) menggulirkan kasus lumpur Lapindo alias Lumpur Sidoarjo ke ranah pengadilan. Yayasan yang sangat peduli dalam menjaga lingkungan hidup ini, menuntut Lapindo, mengaku bersalah dan meminta ma'af ke publik. Lapindo harus bertanggung jawab memulihkan kerusakan lingkungan sebagaimana di tuntutan UU N. 23/ 1997 tentang Lingkungan Hidup. Semburan lumpur panas di Sumur Banjar Panji I terjadi pada tanggal 29 Mei 2006 di picu eksplorasi tanpa Amdal yang dilakukan PT Lapindo Brantas Incorporated. Selain itu, Lapindo lalai memperhatikan sensitivitas zona Porong yang sudah diketahui oleh para ahli.

Namun disisi lain, pihak Lapindo berdalih merasa bukan pencetus terjadinya bencana lingkungan di Sidoarjo. Menurut Lapindo, semburan itu merupakan *force majeure*, di luar kehendak Lapindo. Semburan lumpur yang hampir enam tahun lamanya itu dialami oleh warga Sidoarjo dan di rasakan oleh seluruh masyarakat Indonesia. Apakah betul merupakan bencana alam atau malah kejahatan lingkungan yang mengakibatkan bencana alam yang bersifat nasional ?

Issue lingkungan hidup merupakan salah satu isu global dan sejak akhir tahun 70-an, lingkungan hidup menjadi salah satu agenda politik, ekonomi dan bisnis global. Lingkungan hidup diartikan adalah kesatuan ruang dengan semua bentuk, daya, keadaan dan makhluk hidup, termasuk manusia dan perilakunya, yang mempengaruhi kelangsungan perikehidupan dan kesejahteraan manusia serta makhluk hidup lainnya.<sup>42</sup> Issue lingkungan ini, di akomodir Departemen Kriminologi, dengan menjadikan lingkungan hidup sebagai salah satu mata kuliah pilihan di program sarjana strata 1, dengan nama Kejahatan Lingkungan.

Dalam mempelajari kejahatan lingkungan, kita tidak bisa membebaskan diri, sebelum mengetahui apa lingkungan hidup yang dimaksudkan untuk dipelajari. Lingkungan hidup manusia<sup>43</sup> terdiri atas: lingkungan hidup fisik dan non fisik. Lingkungan fisik terdiri atas: lingkungan alam dan lingkungan buatan, lingkungan non fisik terdiri atas; lingkungan sosial budaya (populasi<sup>44</sup> manusia yang menentukan corak dan kualitas lingkungan hidup secara keseluruhan).

Lingkungan hidup alam atau ekosistem terdiri atas lingkungan fisik (sekumpulan pengada ragawi = abiota) dan lingkungan hidup hayati (sekumpulan / komunitas pengada insane = biota). Dalam pengertian lingkungan hidup alami ini juga terdapat manusia sebagai bagian dari lingkungan hidup hayati. Sementara lingkungan hidup buatan, dalam penerapan ilmu pengetahuan, teknologi dan seni, maka sebenarnya sekaligus manusia juga membentuk system sosial manusia, karena itu oleh Rambo<sup>45</sup>, lingkungan hidup buatan ini disatukan dalam *sociosystem*, dimana didalamnya juga terdapat sistem pertanian, sistem kesehatan, pendidikan, budaya, agama dan sebagainya. Uraian tentang lingkungan hidup buatan ini dapat didasarkan atas berbagai pendekatan. Salah satu yang cukup sesuai untuk dipergunakan adalah pendekatan industri. Industri dalam arti luas adalah upaya pemenuhan kebutuhan manusia (dasar, tambahan dan pelayanan) melalui industri primer, sekunder dan tersier. Lingkungan hidup sosial, adalah masyarakat manusia yang mempunyai kesamaan kepentingan pokok untuk mempertahankan eksistensi manusia serta untuk mengupayakan peningkatan kesejahteraan manusia dalam pembangunan yang berkesinambungan (*sustainable development*).

Kejahatan lingkungan (*Crime, Againsts Environment*) adalah suatu perbuatan/ tindakan yang dilakukan oleh orang atau badan hukum yang bersifat merusak dan atau mencemari lingkungan hidup". Dasar teori kejahatan lingkungan dalam kajian kriminologis tidak terlepas dari ilmu asalnya, yakni ilmu lingkungan<sup>46</sup>. Ekologi manusia<sup>47</sup> adalah dasar dari ilmu lingkungan. Permasalahan yang dihadapi oleh keduanya, adalah: (1) Interaksi antara manusia dengan lingkungan, yaitu bagaimana manusia memberikan respon terhadap pengaruh, gangguan atau informasi yang diperoleh dari lingkungannya; (2) Efisiensi dalam pemanfaatan sumber daya oleh manusia, baik sumber daya manusia maupun sumber daya alam. Sementara, Kriminologi adalah ilmu yang mempelajari manusia dan perilakunya yang asosial, melanggar UU atau norma masyarakat dan reaksi sosial. Dalam kriminologi, yang dibahas adalah ekologi<sup>48</sup>, khususnya ekologi manusia.

## **B. KEJAHATAN LINGKUNGAN DAN UNSUR-UNSURNYA**

Kejahatan lingkungan didefinisikan oleh Ridha Saleh<sup>49</sup>, adalah pelaku atau tindakan perampasan atau penghilangan hak atas lingkungan hidup dan sumber-sumber kehidupan rakyat yang dilakukan secara langsung melalui pengaruh kekuatan modal, kekuatan politik, dan kekuatan di dalam suatu badan usaha/ pemerintah yang menimbulkan dan mengakibatkan pengrusakan atau pemusnahan secara terus menerus lingkungan hidup dan sumber-sumber kehidupan rakyat serta ancaman terhadap gangguan hidup manusia.

Definisi lain, diajukan oleh Yingyi Situ<sup>50</sup> yang mengatakan bahwa :

*"An Environmental crime is an unauthorized act or omission that violates the law and is therefore subject to criminal prosecution and criminal sanctions. This offense harms or endangers people's physical safety or health as well as the environment itself".*

(Terjemahan bebasnya: "Kejahatan lingkungan adalah tindakan ilegal yang melanggar hukum dan hal tersebut kemudian menjadi subjek tuntutan hukum mendapat sanksi kriminal. Pelanggaran ini membahayakan keamanan fisik, dan kesehatan masyarakat serta lingkungan itu sendiri.).

Yingyi juga menyebutkan ada 3 ciri dari kejahatan lingkungan, yakni : (1) Kejahatan lingkungan adalah pelanggaran atas hukum lingkungan yang ada; (2) Korban dari kejahatan lingkungan ada dua, yaitu manusia dan lingkungan; (3) Pelaku kejahatan lingkungan tidak selalu perusakan, tetapi juga badan hukum lain dan juga individu-individu.

Kejahatan lingkungan hidup telah diatur dalam UU No. 23 tahun 1997. Bab yang mengatur tentang ketentuan pidana dicantumkan dalam Bab IX dalam UU tersebut, meliputi pasal 41 sampai dengan pasal 48. Pasal 48 menyatakan bahwa tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Bab IX adalah kejahatan. Sayangnya, dalam UU tersebut tidak didefinisikan apa yang dimaksud dengan kejahatan lingkungan hidup. Yang didefinisikan di dalam UU ini hanyalah kerusakan lingkungan hidup yang disebutkan di dalam Pasal 1 ayat 14, yaitu Perusakan lingkungan hidup adalah tindakan yang menimbulkan perubahan langsung atau tidak langsung terhadap sifat fisik dan / atau hayatinya yang mengakibatkan lingkungan hidup tidak berfungsi lagi dalam menunjang pembangunan berkelanjutan.

Kriminolog, Suwarniyati<sup>51</sup>, mendefinisikan kejahatan lingkungan adalah sebagai perbuatan melawan hukum berupa pencemaran dan atau perusakan<sup>52</sup> atas lingkungan hidup, baik lingkungan alam/ fisik, lingkungan buatan, maupun lingkungan sosial-budaya, yang dilakukan oleh anggota masyarakat atau badan hukum.

Ditinjau dari perspektif kriminologi, kejahatan lingkungan cukup unik dibandingkan dengan jenis kejahatan konvensional (kejahatan menurut KUHP). Beberapa unsur kajian dalam kriminologi, seperti unsur pelaku, korban dan reaksi sosial yang selalu menjadi bahasan utamanya, memperjelas keunikan dari kejahatan lingkungan tersebut, dapat dilihat pada gambar dalam Tabel 1. Perbandingan antara Kejahatan Konvensional dengan Kejahatan Lingkungan, berikut ini :

Tabel 1.  
Unsur Kejahatan Lingkungan

UNSUR	KEJAHATAN LINGKUNGAN	KEJAHATAN KONVENSIONAL
PELAKU	KOLEKTIF Badan Hukum (Corporate Crime). Durasi: perilakunya berulang-ulang	INDIVIDU / KOLEKTIF
KORBAN	KOLEKTIF/ AKUMULATIF Pembuktian terbalik (korporasi yang harus membuktikannya)	INDIVIDU / KOLEKTIF Korban yang membuktikannya
REAKSI SOSIAL	TIDAK LANGSUNG DAN LAMBAN	LANGSUNG DAN SEGERA

Pada akhirnya kejahatan lingkungan adalah “Perbuatan/ tingkah aku yang melanggar UU dan aturan terhadap perlindungan lingkungan hidup, perusakan lingkungan atau yang menyebabkan pencemaran serius terhadap lingkungan hidup atau peristiwa serius lain yang merusak lingkungan hidup yang telah ditetapkan sesuai dengan hukum pidana lingkungan”.

## **1. Kejahatan Lingkungan : Pencemaran dan Perusakan**

Inti dari kejahatan lingkungan adalah pencemaran dan perusakan lingkungan hidup. Yang dimaksud dengan pencemaran lingkungan adalah masuknya atau dimasukkannya makhluk hidup, zat, energi, dan / atau komponen lain ke dalam lingkungan hidup oleh kegiatan manusia sehingga kualitasnya turun sampai ke tingkat tertentu yang menyebabkan lingkungan hidup tidak dapat berfungsi sesuai dengan peruntukannya.<sup>53</sup> Pencemaran ini dapat dilihat sehari-hari di kota besar yang sangat sibuk. Sejak manusia terjebak konsumerisme, mereka membuang sisa ‘jauh-jauh’, tetapi dimanakah yang ‘jauh-jauh’ itu?<sup>54</sup> Ketika jumlah penduduk masih sedikit dan semua yang dibuang bersifat organik, maka pertanyaan di atas bukan persoalan besar. Dunia itu luas, dan sisa-sisa kita akan dihancurkan sampai benar-benar lenyap. Tapi situasi berubah dengan munculnya revolusi industri, ketika polusi menjadi masalah besar. Sekurangnya ada tiga alasan, yakni : (1) Proses-proses industri : asap di udara semakin banyak begitu pula limbah yang mengalir ke dalam air; (2) Pertumbuhan populasi: semakin banyak barang yang dibuang dan semakin menyempit ruang untuk membuangnya; (3) Kimia; bermula pada tahun 1828 dengan sintesa urea, para ahli kimia telah merangkai atau menemukan sekitar 7 juta zat-zat baru, pewarna, peledak, plastik, deterjen, pelarut dan sebagainya. Masalahnya bukan Cuma membuang lebih banyak sampah ke lingkungan, sifat barang yang kita buangpun berubah.<sup>55</sup>

Sementara perusakan adalah tindakan yang menimbulkan perubahan langsung atau tidak langsung terhadap fisik dan / atau hayatinya yang mengakibatkan lingkungan hidup tidak berfungsi lagi dalam menunjang pembangunan berkelanjutan.<sup>56</sup> Perusakan lingkungan pada umumnya terjadi di daerah-daerah yang terkena proyek pembangunan, seperti Kasus Lapindo Brantas, penggalian timah illegal, illegal logging, dan banyak lagi masalah yang sudah di alami negara kita.

## **2. Individu, Kelompok, Komunitas Hingga Korporasi Pelaku**

### **a. Pelaku Individu secara Kolektif**

Ada perdebatan pendapat antara pelaku kejahatan lingkungan, dilakukan oleh individu atau dilakukan oleh perusahaan atau kelompok saja. Untuk penerapan lebih lanjut pelaku kejahatan bisa saja dilakukan secara personal (individu), tapi akan menjadi kejahatan lingkungan bila itu terjadi secara kolektif.

Menurut Yingyi Sittu dan David Emmora<sup>57</sup>, ada 5 karakteristik kejahatan lingkungan yang dilakukan personal, yakni : (1) Mengarah pada perilaku individual, yang tidak berhubungan dengan pekerjaannya, tidak terkait dengan afiliasinya di suatu organisasi. Mereka adalah bagian dari masyarakat secara umum; (2) Dilakukan oleh masyarakat umum yang awam, dan tidak berkaitan dengan aktivitas kriminal lain, tiap orang setidaknya pernah melaukan sekali pelanggaran ini; (3) Pelakunya tidak berfikir bahwa yang mereka lakukan adalah kejahatan, walaupun hukum sebenarnya telah mengatakan hal itu; (4) Pelakunya

tidak mendapatkan stigma masyarakat yang berat ataupun melekat; (5) Walaupun pengaruh dari perilakunya tidak serius, tapi jika terakumulasi oleh perilaku serupa dari orang lain, pengaruh serius pasti akan muncul.

Lebih lanjut, kejahatan lingkungan personal ini di bagi menjadi 2 tipe, yakni:

1. Kejahatan lingkungan dalam lingkup rumah tangga; Paling umum terjadi, biasanya dilakukan untuk mempermudah pekerjaan, memanfaatkan jalan pintas, walaupun sebenarnya illegal. Tipe ini dilakukan masyarakat umum karena ada peluang. Kejahatan ini contohnya: membuang sampah rumah tangga secara sembarangan, menyemprotkan racun serangga ke udara secara berlebihan, membuang bahan atau zat kimia yang biasa di pakai rumah tangga ke dalam saluran air, tidak memisahkan sampah organik dan non organik dengan benar, membakar sampah, memboroskan air.
2. Kejahatan lingkungan rekreasional; Kejahatan jenis ini biasa terjadi dalam konteks selingan, ketika liburan, karena hobby dan kegiatan rekreasional lainnya. Misalnya, terjadi pada saat berburu, naik perahu, memancing, camping atau kegiatan luar ruangan lainnya, tetapi yang bersifat merusak perairan, tanah dan udara. Umumnya dilakukan di tempat umum, mengenai fasilitas umum milik negara tapi dimanfaatkan masyarakat umum, seperti: pantai, laut, sungai, danau, taman nasional, hutan, dilakukan karena tidak peduli, kelalaian, tapi berdampak merusak lingkungan.

### **b. Pelaku Korporasi**

Sutherland<sup>58</sup>, mengatakan kejahatan lingkungan dapat dikategorikan sebagai kejahatan korporasi. Dalam bukunya "*White Collar Crime*", ia membahas *Crime and Corporation* sebagai bagian dari kejahatan kerah putih<sup>59</sup>. Kejahatan lingkungan sebagai kejahatan korporasi memiliki masalah tersendiri, khususnya dalam hal penegakan hukumnya. Siapa yang bertanggung jawab ? Perusahaan atau Pimpinan Perusahaan ?

Sutherland dibantu oleh Geis<sup>60</sup> mencoba memperjelas kerancuan tersebut untuk membedakan antara perusahaan, para eksekutif dan para pegawainya. Mereka antara lain merumuskan :

"Corporation are, of course, legal entities which can be and are subjected to criminal processes. There is today, Little restriction on the range of crimes for which a corporation may be held responsible, though it can not, for obvious reason, be imprisoned".

(Terjemahan bebasnya: Perusahaan adalah usaha berbadan hukum yang dalam operasinya bisa melakukan tindakan criminal. Pada saat ini sedikit batasan pada *range* tindakan criminal yang bisa dipertanggungjawabkan. Bahkan perusahaan untuk alasan yang jelas tidak bisa dipenjarakan).

Selanjutnya tanpa keraguan apapun Sutherland menegaskan bahwa: "*Crimes of corporations are precisely the crimes of their executives and managers*" (terj. Bebasnya: Kejahatan Perusahaan sesungguhnya adalah kejahatan para eksekutif / pejabat dan manajernya). Bila ditelusuri lebih lanjut, kejahatan lingkungan terkait dengan : (1) *Occupational Crime*, terdiri dari pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan individu untuk kepentingan dirinya sendiri dihubungkan dengan pekerjaan/ jabatannya; (2) *Corporate*

*Crime*, terdiri dari pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan oleh korporasi maupun pegawainya untuk kepentingan korporasi.

Clinard dan Quiney<sup>61</sup> membuat tipologi kejahatan korporasi kedalam lima aspek, yakni :

### **1. Aspek hukum dari kejahatan yang bersangkutan**

Yaitu, bahwa dengan tumbuh dan semakin berkembangnya kegiatan di bidang korporasi, hukum pidana diciptakan untuk mengatur semua kegiatan korporasi. Hukum pidana, khususnya yang menyangkut ketentuan-ketentuan administratif di susun untuk melindungi ekonomi kapitalis.

### **2. Karir criminal perilaku**

Yaitu, bahwa pelanggaran yang dilakukan oleh anggota korporasi merupakan bagian integral dari kegiatan bisnis korpporasi. Jenis kegiatan termasuk pelanggaran yang dilakukan memiliki status sosial tinggi di mata masyarakat. Pelanggaran tersebut bahkan dianggap rasional dan merupakan tolak ukur berkembangnya korporasi.

### **3. Dukungan kelompok**

Yaitu, bahwa kejahatan oleh korporasi selalu memperoleh dukungan dari sesama korporasi. Pelanggaran merupakan pola umum dan sangat biasa dilakukan oleh banyak korporasi.

### **4. Hubungan antara pelaku dan tingkah laku yang dianggap sah**

Yaitu, bahwa kejahatan korporasi selalu konsisten dengan motto meningkatkan produksi tak terbatas, demi memenuhi kebutuhan konsumen.

### **5. Reaksi sosial dan proses hukum**

Yaitu, bahwa reaksi sosial dan proses penegakkan hukum dari kejahatan korporasi pada umumnya hanya berupa sanksi-sanksi administrasi ketimbang sanksi pidana.

Dalam definisi yang dipublikasikan oleh WALHI (Mei, 2004), Penjahat lingkungan adalah orang atau lembaga yang melakukan tindakan perampasan atau penghilangan hal dan sumber-sumber kehidupan rakyat yang dilakukan secara langsung melalui pengaruh, kekuatan modal, kekuatan politik dan kekuasaan (posisi-jabatan) di dalam suatu badan usaha / pemerintahan atau TNI – POLRI yang menimbulkan dan mengakibatkan perusakan atau pemusnahan, secara terus menerus, lingkungan hidup dan sumber-sumber kehidupan rakyat (*ecocide*) serta ancaman terhadap keamanan hidup manusia (*human security*).

Definisi ini dimaksudkan untuk mempertegas sejumlah tindak kejahatan lingkungan yang dilakukan oleh sejumlah aktor. Banyak dari mereka telah terlibat dalam praktek kejahatan lingkungan tetapi tidak mendapatkan sanksi hukum politik yang setara. Bahkan, para penjahat lingkungan tersebut, terkesan kebal hukum di negara ini, karena regulasi lingkungan hidup tidak begitu tegas mengatur tentang para penjahat lingkungan.

### **3. Hukum dan Penegakkannya**

#### **a. Korban, Pembuktian Dan Reaksi Sosial Kejahatan Lingkungan**

Korban kejahatan lingkungan cukup lama baru diketahui. Pada umumnya, korban dalam waktu dekat atau secara langsung, belum mengetahui kalau ia menjadi korban. Setelah dalam jangka waktu (periode yang cukup lama), baru terbukti kalau ia menjadi korban kejahatan lingkungan. Inipun belum cukup, apabila yang menjadi korban sifatnya hanya individual. Korban baru masuk dalam katagori korban kejahatan lingkungan, apabila yang menderita atau menjadi korban banyak, sifatnya tidak individual tapi berupa kelompok. Apabila ternyata korban kejahatan lingkungan sudah ada, maka yang dianggap melakukan kejahatan lingkungan atau 'pelaku; kejahatan lingkungan harus membuktikan kalau ia tidak melakukan kejahatan lingkungan (pebuktian terbalik).

Sementara dalam hal penegakkan hukum teradap kejahatan lingkungan sangat sulit. Hampir tidak ditemukan para pelaku kejahatan lingkungan termasuk para eksekutif maupun manajer perusahaan pencemar dan perusak lingkungan hidup jika kita berkunjung ke lembaga masyarakat ataupun dalam data statistik. Hasil tugas lapangan mahasiswa kriminologi, tahun 2003, hanya menemukan 1 kapolsek dari sekian banyak polsek yang ada di wilayah DKI Jakarta, yang mendata, kalau di wilayahnya terjadi kejahatan lingkungan, tapi tidak diproses lebih lanjut. Setelah diteliti lebih lanjut, ternyata Kapolseknya pernah menjadi salah satu mahasiswa yang mengikuti mata kuliah Kejahatan Lingkungan di Program Ekstensi Departemen Kriminologi, Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik, Universitas Indonesia.

Banyak faktor yang menyebabkan sulitnya penegakkan hukum (*law enforcement*) dari kejahatan lingkungan tersebut. Sanksi pidana sebagaimana tercantum pada bab IX UU RI No. 23 tahun 1997 tentang ketentuan pidana sangat sulit untuk diterjemahkan bahkan dilaksanakan. Aparat penegak hukum di lapangan belum tentu mampu mengejawantahkan makna dan arti dari konsep "Lingkungan Hidup". Terlebih lagi apabila kajian teoritis tentang konsep lingkungan hidup dirumuskan sebagai lingkungan yang terdiri dari lingkungan fisik/ alam, lingkungan buatan dan lingkungan sosial-budaya, maka proses penegakkan hukum akan seakin rumit.

### **4. Lingkungan Hidup sebagai Hak Asasi Manusia (HAM)**

Dokumen Ksentini dan Draft Deklarasi yang pernah diajukan ke Sidang Umum PBB pada tahun 1994 dengan jelas menunjukkan bahwa potensi kerusakan lingkungan yang permanen memberikan pertanggung jawaban khusus untuk mencegah perusakan. Karena kerusakan lingkungan hidup sangatlah berhubungan erat dengan pelanggaran hak asasi kemanusiaan.<sup>62</sup>

Dalam draft tersebut ditegaskan bahwa semua manusia mempunyai hak untuk merasa aman dan sehat secara ekologis. Dimana lingkungan hidup itu dapat menunjang kebutuhan generasi saat ini tanpa mengorbankan generasi yang akan datang. Hak-hak yang dimaksud antara lain, adalah :<sup>63</sup>: (1) Bebas dari polusi, degradasi lingkungan dan aktivitas yang dapat mempengaruhi lingkungan atau mengancam yang dapat mempengaruhi lingkungan atau mengancam jiwa, kesehatan atau pembangunan yang berkelanjutan; (2) Perlindungan dan preservasi udara, tanah, air, flora, dan fauna dan proses esensial untuk dapat menjaga keutuhan keanekaragaman hayati dan ekosistem; (3) Memperoleh standar



kesehatan yang tinggi; (4) Memperoleh makanan, minuman dan lingkungan yang sehat dan aman; (5) Perumahan yang memadai, dan kondisi hidup yang aman, sehat dan tertata baik secara ekologis; (6) Akses ekologi terhadap alam, dan konservasi dan penggunaan yang berkelanjutan dari alam dan sumber dayanya; (7) Preservasi cagar dan pemandangan alam; (8) Hak untuk menikmati kehidupan tradisional dan subsistensi terhadap *indigenous peoples*.

Hak atas lingkungan hidup, sebagai sebuah tafsir awal harus mencakup dimensi struktural maupun kultural. Secara struktural, hak atas lingkungan hidup menekankan pentingnya tanggung jawab negara untuk memberikan jaminan terhadap penghormatan, perlindungan dan pemenuhan terhadap penegakan hukum dan kemauan politik. Sedangkan secara kultural, hak atas lingkungan hidup mencakup nilai-nilai penting menjaga keberlanjutan dan keadilan sosial bagi lingkungan hidup saat ini dan yang akan datang,<sup>64</sup>

### C. KASUS LAPINDO DALAM KACAMATA KRIMINOLOGI

Bagaimanakah dengan kasus Lumpur Lapindo, apakah dapat dikategorikan sebagai kejahatan lingkungan? Pada saat ini sedikit batasan *range* terhadap tindakan kriminal yang bisa dipertanggung jawabkan. Bahkan perusahaan untuk alasan yang jelas tidak bisa dipenjarakan. Memang untuk kejahatan korporasi ini memiliki masalah tersendiri, siapa pelakunya? para eksekutif / personilnya? atau perusahaannya?

Bila ditelusuri, yang sudah terjadi pada kasus lumpur lapindo ini bisa dilihat dari berbagai aspek, yaitu :

1. Dari sudut pelaku, yang menyebabkan terjadinya semburan lumpur adalah PT Lapindo, status Badan Hukum. Semburan yang menyebabkan pencemaran dan kerusakan lingkungan. Pelanggaran terhadap UU Pengelolaan Lingkungan Hidup, No. 23 Tahun 1997.
2. Sementara korbannya, luar biasa banyaknya. Mulai dari bidang sosial, ekonomi, lingkungan, infrastruktur sampai psikologi. Dan sampai saat ini, dalam waktu yang panjang, dari mulai terjadi sampai saat ini, korban masih menderita. Masih ingat, dalam salah satu acara di stasiun TV News Dot Com, menyiarkan korban Lapindo yang berkeluh kesah atas nasibnya, semua merubah dunianya. Mereka berharap 'para petinggi' Lapindo memperhatikan nasibnya. Walaupun belum semua keinginan mereka (korban) terpenuhi, kini, sudah ditindak lanjuti, dimana Lapindo membeli tanah atau lokasi dimana mereka tinggal.
3. Reaksi sosial yang beragam, mulai dari korban, para ahli, birokrat, hampir semua kalangan ikut bereaksi dan banyak yang sumbang saran. Sementara, pembuktian terus berjalan, seperti berjalannya waktu.

Ditinjau dari perspektif kriminologi, kasus lumpur lapindo yang menghebohkan ini bisa dikategorikan masuk dalam kejahatan, yang pelakunya adalah korporasi<sup>65</sup> Seperti yang dikatakan oleh Clinard<sup>66</sup>, perusahaan dapat menyebabkan kejahatan lingkungan. Kelalaian maupun kesengajaan dalam operasi perusahaan<sup>67</sup> dapat menyebabkan kejahatan lingkungan. Penegakkan hukum terhadap kejahatan lingkungan kelihatannya jauh panggang dari api. Tapi tidak ditemukan para pelaku kejahatan lingkungan, termasuk para eksekutif dan manajer perusahaan pencemar dan perusakan lingkungan hidup. Yang paling mudah, mungkin bisa dibuktikan jika kita berkunjung ke Lembaga Pemasyarakatan. Apakah aa pelaku kejahatan lingkungan yang menginap disana?

#### **D. KESIMPULAN**

Setelah kita melihat pembahasan sebelumnya, apakah kasus Lapindo termasuk dalam katagori kejahatan lingkungan atau tidak, dalam sudut pandang kriminologi sudah dijelaskan. Dalam kasus lapindo ini, apakah masuk dalam penyebab bencana alam, *force majeure*, seperti yang dikatakan oleh Kuasa Hukum PT Lapindo Brantas Incorporated atau termasuk dalam katagori kejahatan lingkungan. Hal yang lebih penting adalah menderitanya korban lumpur lapindo ini yang amat panjang, karena penyemburan lumpur belum lagi berakhir. Masih diprediksi sekitar 31 tahun lagi. Penanganan korban lumpur Lapindo sebaiknya didahulukan, sebelum memperbaiki kerusakan yang diakibatkan oleh semburan akibat pengeboran yang dilakukan oleh PT Lapindo Brantas Incorporated.

## Politik Hukum SDA: Menuju Tata Kelola SDA Berkeadilan

W. Riawan Tjandra

### 1. Pendahuluan

Potensi alam nusantara sejak lama telah menjadi daya tarik bagi kapitalis internasional, mulai dari kapitalis gelombang pertama para saudagar VOC, kapitalis gelombang kedua yang hadir melalui sindikasi modal internasional lewat skema hutang internasional dan kapitalis gelombang ketiga yang hadir lewat korporasi-korporasi bisnis internasional yang datang mengeruk kekayaan alam nusantara.

Kasus “perlawanan” komunitas lokal yang didukung para aktivitis NGO dan mahasiswa di Papua terhadap kehadiran PT Freeport Mc Moran, sebenarnya harus disikapi sebagai bentuk kesadaran kritis rakyat lokal yang ingin merevitalisasi kearifan lokal dalam paradigma pembangunan spasial. Paradigma pembangunan spasial yang terjadi selama ini sangat bias keadilan. Korporasi bisnis internasional yang beroperasi dengan disahkan oleh konsesi/kontrak karya oleh *state*, dinilai tidak secara jelas menunjukkan kepedulian sosial terhadap mayoritas komunitas lokal yang bergelut dengan kemiskinan struktural, sebagai akibat pola pembangunan yang masih terlihat “*Java centris*”.

Tuntutan pembangunan kawasan timur Indonesia yang sempat mengilhami dibentuknya Kementerian Negara Percepatan Pembangunan Kawasan Timur Indonesia di era yang lalu, ternyata belum sepenuhnya mampu mengubah paradigma pembangunan yang diwariskan pada masa Hindia Belanda yang “*Java centris*”. Akibatnya, di tengah maraknya pembangunan *mall/hyermall* di berbagai daerah, khususnya di seputar kawasan Barat dan Tengah RI, sebagian besar rakyat di kawasan Indonesia Bagian Timur, khususnya saudara-saudara di Papua, dalam kesehariannya tidak pernah lepas dari kubangan lumpur kemiskinan. Kemiskinan itu ternyata tidak hanya disebabkan faktor kultural, tetapi lebih disebabkan oleh faktor-faktor struktural karena ketidakadilan pola pembangunan spasial dan tidak jelasnya keberpihakan elite pusat maupun lokal terhadap kelompok masyarakat miskin. Alhasil, otonomi daerah belum memiliki manfaat yang berarti untuk mengatasi persoalan kemiskinan dan ketidakadilan struktural.

Dalam relasi Pusat-Daerah, masih terlihat bahwa Pusat mendominasi kepentingan dalam hal perolehan pendapatan dari Sumber Daya Alam. Transfer fiskal (*intergovernmental fiscal transfer*) belum didasarkan pertimbangan yang komprehensif untuk mengatasi persoalan kesenjangan di daerah dan antardaerah. Manakala di suatu tempat ditemukan adanya sumber-sumber alam seperti bahan galian pertambangan, dengan mudah dan cepat hak-hak sosial dan kultural masyarakat lokal harus mengalah terhadap “Hak Menguasai Negara” dengan dalih kepentingan umum yang bias tafsir.

Ditinjau dari sudut hukum perijinan, terdapat perbedaan prinsip terkait dengan ijin yang diberikan untuk kepentingan memperoleh pendapatan bagi negara/daerah (*for revenue raising purposes*) dan perijinan untuk kepentingan proteksi sumber daya alam (*to control the use of natural resources*). Namun, dalam kasus perijinan dalam rangka melakukan eksploitasi sumber daya alam pada umumnya di Indonesia, perbedaan prinsip dari kedua tipe perijinan itu tidak (mau) dipahami dengan baik oleh otoritas kebijakan perijinan. Akibatnya, sumber daya alam dipelintir maknanya menjadi menjadi “sumber dana alam”, karena proses eksploitasi sumber daya alam lebih ditujukan untuk kepentingan pendapatan

negara/daerah dan cenderung pro-bisnis saja, daripada untuk melakukan proteksi terhadap fungsi sumber daya alam (*the protection of natural resources's function*).

Sumber daya alam yang dikelola oleh PT Freeport misalnya, yang pada awalnya dilakukan berdasarkan skema UU Pertambangan 1967 jo pasal 1 PP No. 27/1980 di masa lalu yang kini sudah diperbarui melalui UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (Minerba), termasuk dalam *cluster* bahan galian vital, yang ditujukan untuk menjamin hajat hidup orang banyak. Pada kenyataannya, kemanfaatan dari eksploitasi sumber alam oleh PT Freeport tersebut lebih banyak menguntungkan asing, daripada untuk hajat hidup orang banyak, khususnya terhadap komunitas lokal setempat.

Diperlukan politik hukum yang menempatkan perlindungan fungsi lingkungan dan sumber daya alam (SDA) sebagai paradigma dan landasan kebijakan perijinan. Politik hukum dalam analisis ini mengikuti pandangan dari Sugeng Istanto yang mengutip Bellefroid, yaitu “act of choice to determine *ius constituendum*” yang maknanya proses pembentukan *ius constituendum* dari *ius constitutum* dalam menghadapi perubahan kehidupan masyarakat.

Pada masa yang akan datang, pengambilan keputusan untuk mengizinkan eksploitasi potensi sumber-sumber daya alam, tidak boleh berubah pemaknaannya sebagai “sumber dana alam” yang mensubordinasikan pelestarian alam dan keadilan sosial di bawah kepentingan bisnis atau pendapatan negara/daerah semata-mata. Hal itu menyebabkan pentingnya proses untuk menormativisasikan prinsip-prinsip keadilan antar generasi dalam pemanfaatan sumber daya alam. Pertama, *conservation of option*, menjaga agar generasi mendatang dapat memilih kuantitas keanekaragaman sumber daya alam. Kedua, *conservation of quality*, menjaga kualitas lingkungan agar lestari. Ketiga, *conservation of acces*, menjamin generasi mendatang minimal memiliki akses yang sama dengan generasi sekarang atas titipan kekayaan alam ciptaan Sang Khalik. Manakala berbagai korporasi bisnis internasional sudah tidak lagi memiliki kearifan global, saatnya sekarang untuk berpihak secara selektif terhadap kearifan lokal (*local wisdom*).

## 2. Menggugat Antroposentrisme Perijinan

Fenomena banjir, tanah longsor, angin ribut kini telah menjadi “ritual alam” yang nyaris selalu terjadi di tanah air setiap memasuki musim penghujan. Bencana alam kini telah menjadi “bahasa nasional” kedua dari Sabang sampai Merauke, setelah bahasa Indonesia.

Kebijakan perijinan lingkungan dan yang menyangkut pengelolaan SDA seharusnya didasarkan atas etika lingkungan. Nilai-nilai yang terkandung dalam etika lingkungan dapat dirumuskan sebagai berikut (disarikan dari pendapat Keraf, 2002: 144-157):

### 1. Prinsip hormat terhadap alam (*respect for nature*)

Seperti halnya setiap anggota komunitas sosial mempunyai kewajiban untuk menghargai kehidupan bersama (kohesivitas sosial), demikian pula setiap anggota komunitas ekologis harus menghargai dan menghormati setiap kehidupan dan spesies dalam komunitas ekologis itu, serta mempunyai kewajiban moral untuk menjaga kohesivitas dan integritas komunitas ekologis, alam tempat hidup manusia.

## 2. Prinsip tanggung jawab (*moral responsibility for nature*)

Manusia mempunyai tanggung jawab terhadap alam semesta seluruhnya dan integritasnya, maupun terhadap keberadaan dan kelestarian setiap bagian dan benda di alam semesta ini, khususnya makhluk hidup. Setiap bagian dan benda di alam semesta ini diciptakan oleh Tuhan dengan tujuannya masing-masing, terlepas dari apakah tujuan itu untuk kepentingan manusia atau tidak. Tanggung jawab moral bukan saja bersifat antroposentris-egoistis, melainkan juga kosmis. Dengan menggunakan cara pandang Arne Naess, tanggung jawab ini muncul sebagai perwujudan *ecosophy*, suatu kearifan untuk menjaga dan merawat alam semesta ini sebagai rumah sendiri.

## 3. Solidaritas kosmis (*cosmic solidarity*)

Dalam perspektif ekofeminisme, manusia mempunyai kedudukan sederajat dan setara dengan alam semesta dan semua makhluk hidup lain di alam ini. Kenyataan ini membangkitkan dalam diri manusia perasaan solider, perasaan sepenanggungan dengan alam dan sesama makhluk hidup lain. Prinsip solidaritas kosmis ini lalu mendorong manusia untuk menyelamatkan lingkungan, untuk menyelamatkan semua kehidupan di alam ini. Karena, alam dan semua kehidupan di dalamnya mempunyai nilai yang sama dengan kehidupan manusia. Solidaritas kosmis juga mencegah manusia untuk tidak merusak dan mencemari alam dan seluruh kehidupan di dalamnya, sama seperti manusia tidak akan merusak kehidupannya serta merusak rumah tangganya sendiri.

## 4. Prinsip kasih sayang dan kepedulian terhadap alam (*caring for nature*)

Sebagai sesama anggota komunitas ekologis yang setara, manusia digugah untuk mencintai, menyayangi dan peduli kepada alam dan seluruh isinya, tanpa diskriminasi. Kasih sayang dan kepedulian ini juga muncul dari kenyataan bahwa sebagai sesama anggota komunitas ekologis semua makhluk hidup mempunyai hak untuk dilindungi, dipelihara, tidak disakiti, dan dirawat. Justru dalam menempati alam, manusia menjadi semakin kaya dan semakin merealisasikan dirinya sebagai pribadi ekologis.

## 5. Prinsip "No harm"

Manusia mempunyai kewajiban moral dan tanggung jawab terhadap alam, sehingga paling tidak manusia tidak akan mau merugikan alam secara tidak perlu. Dengan mendasarkan pada biosentrisme dan ekosentrisme, manusia berkewajiban moral untuk melindungi kehidupan di alam semesta ini. Demikian pula, karena merasa dirinya sebagai anggota komunitas ekologis, manusia merasa solider dan peduli terhadap alam beserta segala isinya. Kewajiban, sikap solider dan kepedulian ini bisa mengambil bentuk minimal berupa tidak melakukan tindakan yang merugikan atau mengancam eksistensi makhluk hidup lain di alam semesta ini (*no harm*), sebagaimana manusia tidak dibenarkan secara moral untuk melakukan tindakan yang merugikan sesama manusia.

## 6. Prinsip hidup sederhana dan selaras dengan alam

Kalau manusia memahami dirinya sebagai bagian integral dari alam, ia harus memanfaatkan alam itu secara secukupnya. Ada batas sekedar untuk hidup secara layak sebagai manusia. Maka, prinsip hidup sederhana menjadi prinsip fundamental. Ini berarti, pola konsumsi dan produksi manusia modern harus dibatasi. Harus ada titik batas yang bisa ditolerir oleh alam

### 7. Prinsip keadilan

Akses yang sama bagi semua kelompok dan anggota masyarakat dalam ikut menentukan kebijakan pengelolaan sumber daya alam dan pelestarian alam, dan dalam ikut menikmati pemanfaatan sumber daya alam atau alam semesta seluruhnya. Dengan demikian, prinsip keadilan ini telah masuk dalam wilayah politik ekologi, dimana pemerintah dituntut untuk membuka peluang dan akses yang sama bagi semua kelompok dan anggota masyarakat dalam ikut menentukan kebijakan publik (khususnya di bidang lingkungan) dan dalam memanfaatkan alam ini bagi kepentingan vital manusia.

### 8. Prinsip demokrasi

Prinsip demokrasi terkait erat dengan hakikat alam. Isi alam semesta selalu beraneka ragam. Keanekaragaman dan pluralitas adalah hakikat alam, hakikat alam kehidupan itu sendiri. Setiap kecenderungan reduksionistis dan anti keanekaragaman serta antipluralitas bertentangan dengan alam kehidupan.

Prinsip demokrasi ini mencakup beberapa prinsip moral lainnya:

1. Demokrasi menjamin adanya keanekaragaman dan pluralitas, baik pluralitas kehidupan maupun pluralitas aspirasi, kelompok politik dan nilai.
2. Demokrasi menjamin kebebasan dalam mengeluarkan pendapat dan memperjuangkan nilai yang dianut oleh setiap orang dan kelompok masyarakat dalam bingkai kepentingan bersama.
3. Demokrasi menjamin setiap orang dan kelompok masyarakat ikut berpartisipasi dalam menentukan kebijakan publik dan memperoleh peluang yang sama untuk memperoleh manfaat dari kebijakan publik tersebut. Demokrasi menentang setiap kebijakan yang otoriter dan tidak aspiratif.
4. Demokrasi menjamin hak setiap orang dan kelompok masyarakat untuk memperoleh informasi yang akurat tentang setiap kebijakan publik dan segala sesuatu yang berkaitan dengan kepentingan publik.
5. Demokrasi menuntut adanya akuntabilitas publik agar kekuasaan yang diwakilkan rakyat kepada penguasa tidak digunakan serta sewenang-wenang melainkan digunakan secara bertanggung jawab demi kepentingan publik. Demokrasi menjamin bahwa pemerintah wajib mempertanggungjawabkan kebijakannya di bidang lingkungan, khususnya kebijakan yang merugikan lingkungan. Bahkan, demokrasi menjamin bahwa rakyat mempunyai hak untuk berbeda pendapat dengan pemerintah, dengan menggugat setiap kebijakan publik yang berdampak merugikan lingkungan.

Kebijakan publik mengenai lingkungan harus diletakkan di atas landasan dan mengarah pada tujuan etis yang benar. Pemahaman terhadap prinsip-prinsip lingkungan tersebut dapat menjadi suatu *ethical guidance* guna membangun paradigma perijinan lingkungan yang mencerminkan visi etis berdasarkan prinsip biosentrisme dan ekosentrisme.

Maraknya penebangan hutan dan perubahan bentang alam akibat pembangunan kawasan hunian/perindustrian merupakan faktor utama yang menjadi penyebab terjadinya bencana banjir dan tanah longsor. Dalam perspektif etika lingkungan, terdapat beberapa cara pandang mengenai hubungan antara manusia dengan lingkungan yaitu: (1). antroposentrisme; (2). biosentrisme dan (3). ekosentrisme. Antroposentrisme pada intinya memandang bahwa nilai lingkungan ditentukan oleh nilai kemanfaatannya bagi manusia. Jadi, lingkungan ditentukan oleh nilai utilitasnya bagi kepentingan subyektif manusia. Cara pandang ini cenderung membenarkan eksploitasi lingkungan sejauh memberi kemanfaatan (utilitas) bagi kepentingan manusia.

Biosentrisme melihat bahwa kehidupan dan makhluk hidup (lingkungan) mempunyai nilai dan berharga pada dirinya sendiri. Moralitas menjadi sikap dasar dalam memperlakukan alam, terlepas dari apakah ia memberi kemanfaatan bagi manusia ataukah tidak. Eksploitasi terhadap alam yang semata-mata hanya untuk kepentingan kemanfaatan bagi manusia dan mengabaikan pelestarian fungsi lingkungan, dengan sendirinya merupakan tindakan yang bertentangan dengan moralitas sikap dasar yang harus menjadi paradigma etis tingkah laku manusia terhadap alam.

Ekosentrisme hampir sama dengan biosentrisme, namun menambahkan unsur abiotik terhadap alam yang harus dilindungi oleh manusia. Hal ini disebabkan secara ekologis, makhluk hidup dan benda-benda abiotis memiliki interelasi satu sama lain. Baik biosentrisme maupun ekosentrisme merupakan landasan sikap etis manusia dalam memperlakukan lingkungan dengan berpusat pada nilai-nilai intrinsik lingkungan itu sendiri, bukan berpusat pada kepentingan subjektif manusia.

Fenomena maraknya pembangunan kawasan hunian yang semakin rakus lahan dan kayu sebagai bahan dasarnya, bahkan material pasir maupun batu yang cara pengambilannya banyak dilakukan dengan mengubah bentang alam seringkali dilakukan berdasarkan instrumen perijinan yang kurang dipantau pelaksanaannya oleh negara. Tidak heran bila saat ini, bahkan sawahpun enggan menumbuhkan padi, tetapi justru menumbuhkan bangunan gedung atau rumah.

Perijinan yang dikeluarkan saat ini dari sudut pandang etika lingkungan, lebih terlihat didasarkan atas etika antroposentrisme, yang seingkali mengabaikan nilai pelestarian fungsi lingkungan. Dari sudut hukum administrasi, perijinan sudah banyak menyimpang dari makna dasar dari istilah "ijin". Istilah "ijin" sejatinya bermakna suatu persetujuan penguasa berdasarkan undang-undang atau peraturan pemerintah, untuk dalam keadaan tertentu menyimpang dari ketentuan larangan perundang-undangan (Spelt dan ten Berge, 1993).

Makna dasar dari ijin tersebut bertitik tolak dari suatu keadaan yang dilarang oleh perundang-undangan, sehingga perlu ada persyaratan administratif yang sangat ketat dalam proses pemberian, pelaksanaan dan evaluasi terhadap perijinan. Kenyataan yang terlihat saat ini perijinan sudah bergeser dari makna tersebut. Ijin cenderung hanya dilihat sebagai alat pelayanan publik untuk memuaskan kebutuhan segelembir orang yang dalam teori *New Public Administration* diposisikan sebagai *customer*. Akibatnya, negara lebih mengutamakan kepentingan pelanggannya dan sibuk menjual otoritasnya demi kepuasan pelanggannya. Perilaku antroposentris yang mengabaikan nilai-nilai pelestarian fungsi lingkungan tersebut telah membawa negara tak lebih sebagai kepanjangan tangan para penjahat lingkungan yang telah membat habis hutan-hutan Indonesia.

Kewenangan administratif untuk mengeluarkan ijin, sangat berkaitan dengan filosofi yang mendasari peraturan perundang-undangan di bidang lingkungan dan pengelolaan SDA, karena ijin lingkungan (*environmental licensing*) ditujukan untuk merealisasikan norma-norma yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan lingkungan. Filosofi dan prinsip etika lingkungan yang mendasari peraturan perundang-undangan di bidang lingkungan dan pengelolaan SDA, akan mempengaruhi konsep perijinan lingkungan dan pengelolaan SDA.

Peraturan perundang-undangan di bidang lingkungan dan pengelolaan SDA harus memiliki landasan etis yang sesuai untuk memberikan perlindungan terhadap lingkungan dan pengelolaan SDA, dengan demikian dapat terbentuk paradigma perijinan yang bertitik tolak pada perlindungan substantif terhadap lingkungan dan SDA, bukan hanya sekedar menjadi "instrumen prosedur" untuk mengeksploitasi lingkungan tanpa prinsip pelestarian maupun mengeksploitasi SDA tanpa wawasan pelestarian maupun keadilan sosial. Terlebih jangan sampai hanya sekedar menjadi instrumen legalisasi terhadap aktivitas-aktivitas usaha yang tidak pro-lingkungan dan pelestarian fungsi SDA berkeadilan.

Banyak studi telah memperlihatkan bahwa pepohonan hutan mempengaruhi struktur tanah dan erosi, karena berpengaruh terhadap pengadaan air di lereng gunung. Hutan juga berpengaruh terhadap tata guna tanah, hal ini dikembangkan dalam mencari korelasi antara vegetasi dengan iklim dalam suatu bidang ekologi yang dikenal dengan ekologi zona kehidupan (*life-zone ecology*).

Kebijakan perijinan lingkungan harus mencerminkan prinsip eko/biosentris, dengan mengembalikan jati diri instrumen ijin lingkungan sebagai alat kontrol negara, bukan sekedar sebagai alat pelayanan publik. Perijinan yang ada saat ini harus diintegrasikan dalam format perijinan lingkungan satu pintu, dengan menempatkan instansi yang bertanggungjawab di bidang lingkungan sebagai *leading sector*. Paradigma antroposentrisme harus ditinggalkan dan manusia harus mulai menghargai nilai-nilai intrinsik alam semesta, supaya alam juga "menghargai" nilai-nilai kemanusiaan sebagai rekan sekerja alam semesta.

Sejatinya bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya harus (*das solen*) dikuasai oleh negara dan dimanfaatkan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Hal itu menjadi mandat konstitusional yang diatur dalam Pasal 33 ayat (3) UUD Negara RI 1945. Namun, ternyata secara empirik (*das sein*) justru ditemukan realitas yang berbeda dari bingkai konstitusi tersebut. Pasca diterapkannya kebijakan otonomi daerah yang dimulai dari berlakunya UU No. 22 Tahun 1999 hingga berlakunya UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah saat ini, penguasaan maupun pengurusan Sumber Daya Alam (SDA) di negeri ini justru tak banyak digunakan untuk kepentingan rakyat. Kekuasaan modal lokal/nasional/internasional yang bersenyawa dengan praktik-praktik buruk birokrasi penguasa telah menjadikan SDA sebagai komoditas dalam aliran transaksional modal yang mengalir kian menjauhi konstitusi.

Pada tahun 2006 saja, luas hutan yang rusak dan tidak dapat berfungsi optimal telah mencapai 59.6 juta hektar dari 120.35 juta hektar kawasan hutan Indonesia, dengan laju deforestasi dalam lima tahun terakhir mencapai 2,83 juta hektar per tahun. Kondisi tersebut kian diperparah dengan semakin tingginya permintaan pasar domestik dan internasional terhadap kayu ilegal, minimnya kontrol dalam pemanfaatan sumber daya hutan melalui sistem HPH, kegiatan konversi hutan bagi pembangunan hutan tanaman industri,



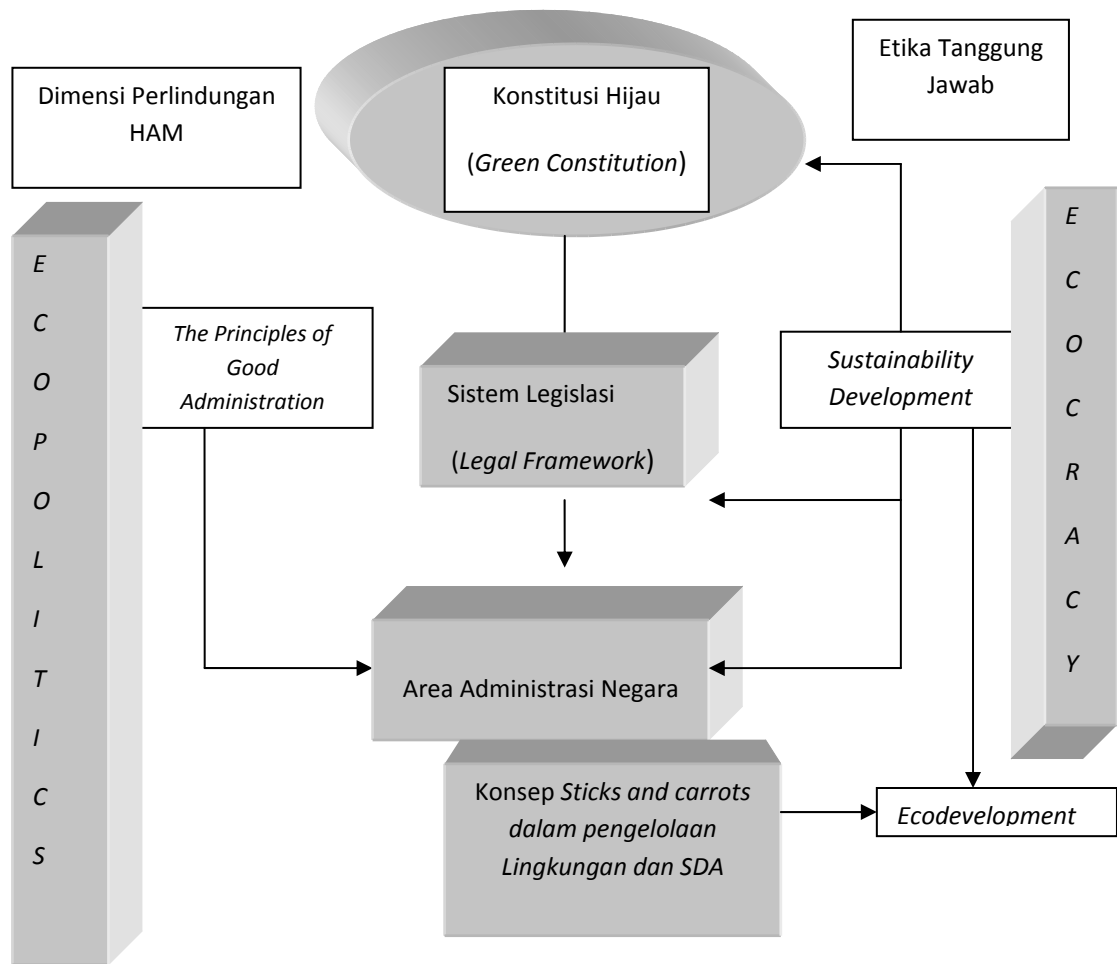
perkebunan dan transmigrasi, kebakaran hutan, serta ekspansi industri perkayuan sehingga terjadi *over capacity* industri perkayuan.

Jaringan Advokasi Tambang (Jatam) pernah menyebutkan bahwa PT Freeport Indonesia di Papua untuk mendapatkan satu gram emas, harus membuang 650 Kg limbah *tailing* dan tak kurang dari 1.730 Kg limbah batuan (*overburden*). Sementara, di tambang Laverton Sumatera Selatan dibutuhkan setidaknya 104 liter air hanya untuk mengambil satu gram emas.

Kegiatan pertambangan yang seharusnya dalam operasinya mengacu pada mandate konstitusional Pasal 33 UUD 1945, ternyata justru menimbulkan terjadinya berbagai disparitas/kesenjangan yang terjadi secara multilevel (*multilevel disparity*). Pada level bawah, pertambangan yang dilakukan justru menyebabkan terjadinya disparitas pendapatan (kemakmuran) antara pengusaha pertambangan (yang tak jarang berkolaborasi dengan kekuatan ekonomi asing) dengan rendahnya tingkat kesejahteraan masyarakat yang tinggal di sekitar daerah pertambangan. Pada level tengah dan atas, pertambangan yang dilakukan seringkali juga menimbulkan terjadinya disparitas pendapatan Pemda penghasil tambang dengan Pemerintah Pusat dan tak banyak membawa kemanfaatan terhadap Pemda setingkat yang terletak berbatasan dengan daerah penghasil tambang. Acapkali yang jamak terjadi justru dampak kerusakan ekologis yang dampaknya harus dirasakan masyarakat setempat, misalnya dalam bentuk rusaknya lingkungan/alam, banjir, lumpur yang meluap tak terkendali (kasus lumpur Lapindo-Sidoarjo), erosi dan kekeringan akibat penggundulan hutan di daerah pertambangan, punahnya margasatwa, dan lain-lain.

Jika ditelusuri asal muasal semua kerusakan ekologis tersebut juga bisa ditarik benang merahnya dari maraknya korupsi birokrasi (kleptokrasi) terutama pasca penerapan otonomi daerah. Multitafsir pemaknaan otonomi daerah dan tidak tuntasnya penataan urusan pemerintahan daerah ditambah lemahnya kendali Pusat pascaotonomi telah menyebabkan daerah merasa memiliki keleluasaan dalam mengelola pemerintahan. Akibatnya, cukup banyak peraturan daerah dibuat dan perijinan berbau rente birokrasi dikeluarkan oleh Pemerintah Daerah. Kecenderungan adanya tafsir yang terlalu luas terhadap kewenangan daerah ditambah lemahnya moralitas birokrasi telah menyebabkan perijinan mudah diterabas oleh para pengambil jalan pintas.

Maraknya konflik dalam pengelolaan SDA antara masyarakat adat/lokal dengan pengusaha/pekerja pertambangan sebenarnya merupakan reaksi masyarakat terhadap proses aneksasi tanah leluhurnya di masa lalu oleh sindikasi pemodal-birokrat-militer yang melegalkannya dengan status yuridis atas nama hak penguasaan tanah pertambangan. Pola penguasaan SDA yang represif dan eksploitatif telah menambah eskalasi konflik antara hak tenurial masyarakat lokal dengan sindikasi pemodal-pengusaha pertambangan-birokrat. SDA telah berubah fungsinya dari sebuah barang publik (*public goods*) yang harus dimanfaatkan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat sebagai mandat konstitusi, menjadi sebuah barang ekonomi (*economic goods*) yang tunduk pada nilai uang (valuasi) dalam sistem ekonomi pasar global. Hal itulah yang menyebabkan masyarakat adat/lokal kian merasa teralienasi yang berujung pada maraknya konflik di seputar area pertambangan.



**Gambar 1**

**Basis Teoretis Perlindungan SDA dan Lingkungan**

Langkah yang mendesak untuk dilakukan pemerintah adalah membenahi korupsi multilevel (*multilevel corruption*) dalam pengelolaan SDA. Pada level birokrasi yang mengendalikan sistem regulasi dan konsesi pertambangan telah terjadi korupsi makna terhadap kedudukan hak atas SDA dari sebuah barang publik menjadi barang ekonomi. Pada level empiris pengelolaan SDA oleh pengusaha-pemodal yang eksploitatif telah mengorupsi hak rakyat atas pemanfaatan SDA tersebut, sehingga rakyat lebih banyak menjadi korban kerusakan ekologis akibat kesemrawutan tata kelola SDA. Diperlukan komitmen semua pihak untuk melakukan reformasi tata kelola SDA jika konstitusi masih dikehendaki memiliki kesahihan sebagai hukum dasar dalam berbangsa dan bernegara di negeri ini.

**3. Krisis Peran Negara dalam Tata Kelola SDA**

Negara dalam konstelasi sistem pemerintahan bercorak negara kesejahteraan (*welfare state*) dinisbatkan sebagai pelindung rakyat (*the guardian of the citizen*) dalam format trias politika di negara modern, yaitu negara, pasar (*market*) dan rakyat. Jika dalam format trias politika klasik (legislatif, eksekutif dan yudikatif) tiga pilar kekuasaan tersebut harus

melaksanakan fungsi saling mengawasi (*checks and balances*), dalam format trias politika modern tiga pilar kekuasaan tersebut (negara, pasar dan rakyat) juga diharapkan mampu membangun keseimbangan peranan.

Alih-alih terbangun suatu keseimbangan peranan di antara ketiga pilar kekuasaan dalam format trias politika modern, yang jamak terjadi justru hegemoni pasar terhadap pilar negara maupun rakyat. Maka, sejak dari lahirnya paham konstitusionalisme di Eropa, konstitusi suatu negara diposisikan sebagai jembatan emas yang menjadi jalan untuk membangun keseimbangan pilar-pilar trias politika klasik maupun modern. Indonesia sebagai salah satu negara yang konstitusinya mendeklarasikan sebagai negara kesejahteraan mengatur keseimbangan relasi antara ketiga pilar trias politika modern tersebut melalui sebuah konstitusi ekonomi (*economic constitution*). Konstitusi ekonomi adalah suatu konstitusi/hukum dasar suatu negara yang berupaya meletakkan landasan kesejahteraan dan keselamatan ekonomi rakyatnya dengan menata keseimbangan relasi antara negara, pasar dan rakyat. Lahirnya konstitusi ekonomi menurut pandangan Charles A Beard (2004) jika ditelusuri dari proses lahirnya sebuah konstitusi, lazimnya sarat dengan konflik antarkepentingan ekonomi, baik kepentingan para pendukung (*proponents*) maupun penentang (*opponents*) dalam sebuah paradigma ekonomi negara yang diidealkan. Para pendiri republik di masa itu menggagas sebuah ekonomi kesejahteraan dalam sebuah negara yang bertipe *welfare state*.

Negeri ini kini kian diramaikan oleh sengketa seputar pengelolaan Sumber Daya Alam (SDA) di Freeport, Mesuji, dan pelabuhan Sape-Bima NTB dan sejenisnya, yang bukan tak mungkin akan semakin berkembang lebih luas lagi. Jika direfleksikan, perselisihan-perselisihan yang terjadi antara rakyat/pekerja dengan korporasi yang memegang konsesi/lisensi pengelolaan SDA dan diperparah dengan kesan ketidaknetralan aparat keamanan yang cenderung menguntungkan korporat pengelola SDA di daerah-daerah tersebut di atas, sebenarnya merupakan gugatan atas krisis peran negara dalam tata kelola SDA dalam ranah konflik agrarian, lingkungan dan SDA. Konflik-konflik sporadis yang sementara ini terjadi secara acak di berbagai daerah di Indonesia, bukan tak mungkin bisa berkembang sebagai sebuah gerakan sistematis yang pada intinya menggugat keadilan dalam pengelolaan SDA apabila negara tidak segera mengelolanya dalam desain strategis reforma agrarian (*landreform*) sebagaimana pernah diamanatkan sejak tahun 1960.

Pasal 33 UUD 1945 yang merupakan ketentuan pokok dalam konstitusi ekonomi yang menggariskan peran negara sebagai penguasa tunggal atas bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya agar mampu menjamin terwujudnya kemakmuran/kesejahteraan rakyat, terlihat kehilangan daya kekuatan konstitusionalnya ketika praktik-praktik pengelolaan SDA berdasarkan konsesi/lisensi pemerintah ternyata justru menderogasi kekuatan Pasal 33 UUD 1945 dalam menjaga kesejahteraan atau keselamatan ekonomi rakyatnya. Supremasi konstitusi yang lazimnya menjadi pilar dasar sebuah negara hukum telah digantikan dengan supremasi "libido ekonomi korporasi" para pengelola SDA yang tak jarang bersimbiosis dengan negara yang menyebabkan rakyat perambah hutan teralienasi karena tercabut status hak adatnya atas tanah yang dikelolanya secara turun temurun, tambang emas dan SDA lainnya tersedot kian menjauhi bumi pertiwi karena dieksploitasi atas nama kepentingan pemodal yang tinggal nun jauh di negeri seberang dan sederet praktik-praktik eksploitasi SDA yang jauh dari pesan konstitusi ekonomi negeri ini. Reformasi agraria yang sejak berlakunya UUPA (UU No. 5 Tahun 1960) telah dicanangkan, sebenarnya bisa menjadi salah satu langkah penting untuk mulai melakukan penataan ulang

peran negara dalam pengelolaan SDA. Negara tak boleh kehilangan watak dasarnya sebagai pelindung kesejahteraan rakyatnya. Selain itu, kini gerakan yang menuntut dikeluarkannya pengaturan khusus mengenai desa sangat penting untuk diakomodasi sambil mengintegrasikan dan mengharmonisasikan berbagai substansi produk legislasi yang terkait tata kelola SDA dalam produk undang-undang yang mengatur tentang desa. UU Desa nantinya bisa dijadikan sebagai undang-undang yang mensinergikan pengelolaan SDA sembari menegaskan kedudukan dan peranan desa dalam negara. Hal ini sangat penting karena muara dalam pengaturan mengenai reforma agraria pasti akan berujung pada penataan ulang kedudukan dan kewenangan desa.

**Tabel 1**  
**Politik Hukum SDA dan Lingkungan Berkeadilan**

	Level Peraturan Perundang-undangan ( <i>Legal Policy Level</i> )	Implementasi Pasal 33 UUD Negara RI 1945  Harmonisasi peraturan perundang-undangan yang berimplikasi terhadap kebijakan SDA dan lingkungan  Basis etika bio/antroposentrisme dalam peraturan perundang-undangan SDA dan lingkungan  Sinkronisasi peraturan perundang-undangan Pusat dan Daerah dalam rangka perlindungan SDA dan lingkungan.  Mengintegrasikan prinsip pemberdayaan masyarakat dan distribusi kesejahteraan dengan pengaturan SDA dan lingkungan.  Menyusun UU Hukum Administrasi Umum ( <i>General administrative law</i> ) untuk mengintegrasikan prinsip perlindungan hukum ( <i>rechtsbescherming</i> ) dan partisipasi ( <i>inspraak</i> dan <i>adviesering</i> ) warga negara dalam pengaturan perijinan sektoral, khususnya yang terkait dengan pengelolaan SDA dan lingkungan.
2	Level Peraturan Kebijakan ( <i>Policy Rule Level</i> )	Peninjauan berbagai peraturan kebijakan sektoral terkait perlindungan fungsi SDA lingkungan berkelanjutan.  Harmonisasi dan sinkronisasi seluruh peraturan kebijakan sektoral dengan prinsip-prinsip perlindungan fungsi SDA dan lingkungan.  Mengintegrasikan prinsip-prinsip keadilan

		sosial dalam kebijakan pengelolaan SDA dan lingkungan
3	Level Organisasi Pemerintah ( <i>Government's Organizational Level</i> )	Sistem pelayanan terpadu satu pintu dengan <i>leading sector</i> instansi yang bertanggungjawab di bidang lingkungan.  Integrasi sistem keterbukaan informasi berbasis <i>web government</i> dalam kebijakan perijinan sektoral.  Menginternalisasikan prinsip-prinsip pemerintahan yang baik ( <i>the principles of good administration</i> ) dalam penyelenggaraan fungsi pemerintahan ( <i>government function</i> )
4	Level Operasional Kebijakan ( <i>Operational Policy Level</i> )	Memperkuat jejaring ( <i>networking</i> ) sektor publik-privat dalam implementasi dan pengawasan kebijakan di bidang SDA dan lingkungan.  Sinergi implementasi kebijakan dan pengawasan perijinan SDA/lingkungan dengan penanggulangan kemiskinan serta pemberdayaan masyarakat ( <i>people empowerment</i> )

Negara yang berkonstitusi sebenarnya merupakan wujud kasat mata dari negara yang telah bebas dari belenggu penjajahan. Rekonseptualisasi peran negara mengacu pada konstitusi ekonomi yang menjadi piagam kemerdekaannya secara ekonomi guna menyejahterakan rakyatnya menjadi suatu keharusan, jika negeri ini tak ingin kian tergadai. Bukankah itu komitmen semula ketika para pendiri negeri ini mendeklarasikan kemerdekaan negeri ini dari tangan penjajah enam puluh tahun silam dalam sebuah republik desa sebagai bentuk demokrasi ideal yang dicita-citakan, yaitu adanya pemimpin yang bersatu jiwa dengan rakyatnya?

#### 4. Penutup (Kesimpulan)

- a. Pengambilan keputusan untuk mengizinkan eksploitasi potensi sumber-sumber daya alam, tidak boleh berubah pemaknaannya sebagai "sumber dana alam" yang mensubordinasikan pelestarian alam dan keadilan sosial di bawah kepentingan bisnis atau pendapatan negara/daerah semata-mata. Hal itu menyebabkan pentingnya proses untuk menormativisasikan prinsip-prinsip keadilan antar generasi dalam pemanfaatan sumber daya alam. Pertama, *conservation of option*, menjaga agar generasi mendatang dapat memilih kuantitas keanekaragaman sumber daya alam. Kedua, *conservation of quality*, menjaga kualitas lingkungan agar lestari. Ketiga, *conservation of acces*, menjamin generasi mendatang minimal memiliki akses yang sama dengan generasi sekarang atas titipan kekayaan alam ciptaan Sang Khalik.

- b. Kebijakan perijinan lingkungan harus mencerminkan prinsip eko/biosentris, dengan mengembalikan jati diri instrumen ijin lingkungan sebagai alat kontrol negara, bukan sekedar sebagai alat pelayanan publik. Perijinan yang ada saat ini harus diintegrasikan dalam format perijinan lingkungan satu pintu, dengan menempatkan instansi yang bertanggungjawab di bidang lingkungan sebagai *leading sector*. Paradigma etis antroposentrisme harus ditinggalkan dan manusia harus mulai menghargai nilai-nilai intrinsik alam semesta, supaya alam juga “menghargai” nilai-nilai kemanusiaan sebagai rekan sekerja alam semesta.

### Daftar Pustaka

- Bruggink, JJH. Alih bahasa Arief Sidharta, 1996, *Refleksi Tentang Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Foulkes, David, 1982, *Administrative Law*, Butterworths, London.
- Goede, B. de, 1986, *Beeld van Het Nederlands Bestuursrecht*, vijfde druk, VUGA Uitgeverij B.V. 's-Gravenhage.
- Hadjon, 1988, *Pengertian-pengertian Dasar Tentang Tindak Pemerintahan (Bestuurshandeling)*, Percetakan Djumali, Surabaya.
- Hardjasoemantri, Koesnadi, 2001, *Hukum Tata Lingkungan*, edisi ketujuh, cetakan keenambelas, Gadjah Mada university Press, Yogyakarta.
- Hughes, Owen, 1994, *Public Management and Administration – an Introduction*, Matrin,s Press, New York.
- Jimly Asshiddiqie, 2010, *Konstitusi Ekonomi*, Kompas, Jakarta.
- Jones, Ian Ellis, 2001, *Essensial Administrative Law*, Second Edition, Cavendish Publishing, New South Wales, Australia.
- Le Sueur, Andrew dan Maurice Sunkin, 1997, *Public Law*, Longman, London, England.
- Otong Rosadi, 2012, *Quo Vadis Hukum Ekologi & Keadilan Sosial – Perenungan Pemikiran (Filsafat) Hukum*, Thafa Media, Yogyakarta.
- Sony Keraf, A., 2002, *Etika Lingkungan*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta.
- Spelt, et.al., disunting oleh Hadjon, 1992, *Pengantar Hukum Perizinan* (stensilan).
- Sugeng Istanto, hand out kuliah Magister Ilmu Hukum Kenegaraan, *Politik Hukum* (tidak diterbitkan)



- 
- <sup>1</sup> Surna T.Djajadiningrat, *Industrialisasi dan Lingkungan Hidup : Mencari Keseimbangan, dalam Teologi Industri*, Muhammadiyah University Press, Surakarta, 1995, hal 118
- <sup>2</sup> Stephen Trudgill dalam Budi Widiako. *Bias Politik dalam Kasus Pencemaran*, Kompas, 31 Juli 2004.
- <sup>3</sup> *Ibid*,
- <sup>4</sup> Stanlay Diamon dalam M. Mihradi, *Menelaah Kebijakan Penegakan HAM*, Jurnal Keadilan, Vol 2 No. 2, 2002, hal 21.
- <sup>5</sup> Roberto M Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (1983), diterjemahkan Ildhal Kasim, Elsam, Jakarta, 1999, hal 22.
- <sup>6</sup> Satjipto Rahardjo, "Formal dan Non Formal dalam Ketatanegaraan", *Kompas*, 25 Oktober 2004
- <sup>7</sup> Satjipto Rahardjo, "Hukum Progresif sebagai Dasar Bangunan Ilmu Hukum Indonesia", *Makalah Seminar Nasional Menggagas Ilmu Hukum Progresif Indonesia*, Kerjasama IAIN Walisongo dengan IKA Program Doktor Ilmu Hukum Undip, Semarang, 8 Desember 2004, hal 5.
- <sup>8</sup> *Ibid*, hal 6.
- <sup>9</sup> *Ibid*, hal 9
- <sup>10</sup> *Kompas*, 17 Oktober 2002.
- <sup>11</sup> Satjipto Rahardjo, "Indonesia Jangan Menjadi Negara Hukum Kacangan", *Kompas*, 19 Agustus 2002, hal 4 -5.
- <sup>12</sup> Sartjipto Rahardjo, "Hukum Progresif sebagai Dasar Bangunan Ilmu Hukum Indonesia", *Makalah Seminar Nasional Menggagas Ilmu Hukum Progresif Indonesia*, Kerjasama IAIN Walisongo dengan IKA Program Doktor Ilmu Hukum Undip, Semarang, 8 Desember 2004, hal 5.
- <sup>13</sup> *Ibid*, hal 6.
- <sup>14</sup> Satjipto Rahardjo, "Menjalankan Hukum dengan Kecerdasan Spiritual", *Kompas*, 30 Desember 2002, hal 4 -5.
- <sup>15</sup> Surat Eradaran MA dikeluarkan tanggal 30 Juni 2000.
- <sup>16</sup> Satjipto Rahardjo, *Op Cit*, hal 10.
- <sup>17</sup> Danah Zohar dan Ian Marshall dalam Ary Ginanjar , *Rahasis Sukses Membangun Kecerdasan Emosi dan Spiritual, ESQ, Emotional Spiritual Quatient*, Penerbit Arga, Jakarta, 2004, hal 57.
- <sup>18</sup> *Ibid*, hal 58.
- <sup>19</sup> Lihat UU No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman
- <sup>20</sup> Lihat Al-Qur'an Surat Ar-rum Ayat 41.
- <sup>21</sup> Lihat kembali dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1999 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, pasal 1 ayat 30.
- <sup>22</sup> Perbedaan ini terjadi karena keterogenn di miliki Aceh seperti misalnya mulai akan ke sawah di Kabupaten Aceh Utara disitilahkan *kenduri blang*, sementara di kabupaten Aceh Tenggara *kendukhi saweh* dan banyak lagi istilah dalam tradisi Aceh yang lain.
- <sup>23</sup> Abdul Hadi, *Aceh Kembali ke Masa Depan*, (Jakarta: Yayasan SET Gudang Garam, 2005), hal. 25-27.
- <sup>24</sup> Ismail Badruzzaman, *Sistem Budaya Adat Aceh dalam Membangun Kesejahteraan (Nilai Sejarah dan Dinamika Kekinian)*, (Banda Aceh:MAA, 2008), hal.55.
- <sup>25</sup> Hasil wawancara dengan H.Usman, *kepala Mukim Lamteuba, Kabupaten Aceh Besar, tanggal 5 Juni 2012*.
- <sup>26</sup> Leena Avonius dan Sehat Ihsan Shadiqin, *Adat dalam Dinamika Politik di Aceh*, (Banda Aceh: ICAIOS,2010), hal. 31
- <sup>27</sup> Hasil wawancara dengan Lukman Hakim, tokoh adat dan masyarakat *Kabupaten Aceh Besar, tanggal 5 Juni 2012*
- <sup>28</sup> Decision 2/CP.15. Copenhagen Accord.
- <sup>29</sup> Peraturan Presiden No. 71 Tahun 2011 Tentang Inventarisasi Nasional Gas Rumah Kaca
- <sup>30</sup> Peraturan Presiden No 61 Tahun 2011 Tentang Rencana Aksi Nasional Pengurangan Emisi Gas Rumah Kaca
- <sup>31</sup> Peraturan Presiden No. 46 Tahun 2008 Tentang Dewan Nasional Perubahan Iklim
- <sup>32</sup> Antara lain: Peraturan Menteri Kehutanan No P.8/Menhut-II/2010 Tentang Renstra Kemenhut 2010-2014 (mitigasi dan adaptasi PI di Sektor Kehutanan); Peraturan Menteri Kehutanan No. P.30 Tahun 2009 Tentang Tata Cara Pengurangan Emisi dari REDD; Peraturan Menteri Kehutanan No. P.36 tahun 2009 tentang Tata Cara Perijinan Usaha Pemanfaatan Penyerapan dan/atau Penyimpanan Karbon pada Hutan Produksi dan Hutan Lindung; Peraturan Menteri



---

Kehutanan No. 7 Tahun 2012 (berisi penugasan sebagian urusan kehutanan tahun 2012 ini kepada tiga bupati (Berau dan Malinau (Kaltim) serta Kapuas Hulu, Kalbar) dalam rangka DA REDD dan Peraturan Menteri Kehutanan No. P.20 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Karbon Hutan.

<sup>33</sup> Peraturan Menteri Kehutanan No P. 68 Tahun 2008 Tentang Penyelenggaraan DA Pengurangan Emisi dari Deforestasi dan Degradasi Hutan

<sup>34</sup> SK Menteri Kehutanan No. 13 Tahun 2009 Tentang Pembentukan Pokja PI di Kementrian Kehutanan;

<sup>35</sup> Keputusan Presiden No 19 tahun 2010 tentang Satuan Tugas Persiapan Pembentukan Kelembagaan REDD+

<sup>36</sup> Keputusan Presiden No 25 tahun 2011 tentang Satuan Tugas Persiapan Pembentukan Kelembagaan REDD+

<sup>37</sup> Instruksi Presiden No. 10 tahun 2011 tentang Penundaan Pemberian izin Baru dan Penyempurnaan Tata Kelola Hutan Primer dan Lahan Gambut.

<sup>38</sup> Peraturan Gubernur Kaltim No 2 Tahun 2011 Tentang Dewan Daerah Perubahan Iklim.

<sup>39</sup> Terima kasih kepada Darwawan Triwibowo yang mendiskusikan dengan hangat persoalan dalam sub-bab ini

<sup>40</sup> Parodi Operet SD Lazuardi GIS dalam acara Memperingati Hari Bumi, Metro TV, Female Radio dan Kompas, Parkir Timur Senayan, Jakarta 20 April 2008.

<sup>41</sup> Majalah Forum, 2006.

<sup>42</sup> Definisi Lingkungan Hidup (UU No. 23 / 1997) tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.

<sup>43</sup> "Perkembangan dan Lingkungan: Meniti Gagasan dan Pelaksanaan Sustainable Development", Mohamad Soerjani, Institut Pendidikan dan Pengembangan Lingkungan (PPU), Jakarta: Masyarakat perhutanan Indonesia (MPL), 1997, hlm. 8-15.

<sup>44</sup> Ekosfer atau biosfer merupakan bulatan planet bumi di mana terdapat kehidupan. Makna yang sebenarnya dari ekosfer adalah bulatan (bumi) di mana kehidupan berlangsung. Tingkatan organisasi kehidupan dalam ekologi yang terkecil adalah individu dari makhluk hidup. Kumpulan individu makhluk hidup yang terdiri atas jenis atau spesies yang sama, Yang disebut Populasi.

<sup>45</sup> "Human Ecology Research Antropical Agroecosystem in S.E. Asia", A.T. Rambo, Singapore: Singapore Journal of Tropical Geography 3, hlm. 86-99, dalam buku "Pembangunan dan Lingkungan: Meniti Gagasan dan Pelaksanaan Sustainable Development", Mohamad Soerjani, Institut Pendidikan dan Pengembangan Lingkungan (IPPL), Jakarta: Masyarakat Perhutanan Indonesia (IMPL), 1997, hlm. 10.

<sup>46</sup> Ilmu lingkungan adalah suatu ilmu yang mempelajari hubungan timbal balik antara manusia dan makhluk hidup lain dan lingkungan hidup.

<sup>47</sup> Ekologi manusia adalah ilmu yang mempelajari hubungan antara manusia dengan makhluk hidup lainnya.

<sup>48</sup> Ekologi adalah ilmu yang mempelajari rumah tangga makhluk hidup.

<sup>49</sup> M.Ridha Saleh, "Ecocide Politik Kejahatan Lingkungan dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia", Jakarta: WALHI, 2005, hlm. 97.

<sup>50</sup> "Environmental Crime: The Criminal Justice System Role in Protecting the Environment", Yingyi Situ and David Emmans., London: Sage Publication, 2000, hlm.. 83-84.

<sup>51</sup> Makalah Suwarniyati Sartomo, "Kejahatan Lingkungan Hidup dalam Perspektif Kriinologi, HAM dan Ilmu Lingkungan, disampaikan pada acara Groups Discussion: KERjasama WALHI, JATAM, Kontras, Koalisi EKOSOBm KOMNAS HAM, hlm.1.

<sup>52</sup> Definisi Pencemaran dan Kerusakan Lingkungan Hidup dapat dilihat pada keterangan UU RI No. 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.

<sup>53</sup> Pasal I point 12 dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1977, tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.

<sup>54</sup> Larry Gonik and Alice Outwater, "The Cartoon Guideto the Environment", New York: Harper Parenial, 1996. Diterjemahkan dalam "Kartun Lingkungan", oleh Ismunandar dan TIM KPG, Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia (KPG), 2004, hlm. 189.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Op.Cit.*, Pasal 1 Point 14, UU No. 23 tahun 1997.

<sup>57</sup> *Loc.Cit.*, Yingyi.

<sup>58</sup> E.H. Sutherland, "White Collar Crime", New York: Rinehart and Winston, Inc., 1961.

---

<sup>59</sup> M.B. Clinard dan R.Quinney, "Criminal Behavior System: A Typology", New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1973, hlm. 188.

<sup>60</sup> Ibid., hlm. 206.

<sup>61</sup> Loc.Cit., Clinard.

<sup>62</sup> Mengacu pada prinsip mendasar hukum kemanusiaan internasional. Menegaskan sifat universal tak terpisah-pisah dan kesaling tergantung dari seluruh hak-hak kemanusiaan.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ridha, Op.Cit., hlm 32.

<sup>65</sup> Kejahatan korporasi adalah masuk dalam katagori kejahatan lingkungan, dimana pelakunya adalah korporasi.

<sup>66</sup> Clinard, Op.Cit., hlm 206.

<sup>67</sup> Perusahaan adalah usaha berbadan hukum yang dalam operasinya bisa melakukan tindakan criminal.



# PEMBAHASAN MAKALAH PER PANEL

## PANEL 8

### NEGARA HUKUM, KEBEBASAN INFORMASI, DAN MEDIA



## Panel 8

Judul panel : Negara Hukum, Kebebasan Informasi, dan Media

Pengelola : Fakultas Hukum Universitas Airlangga

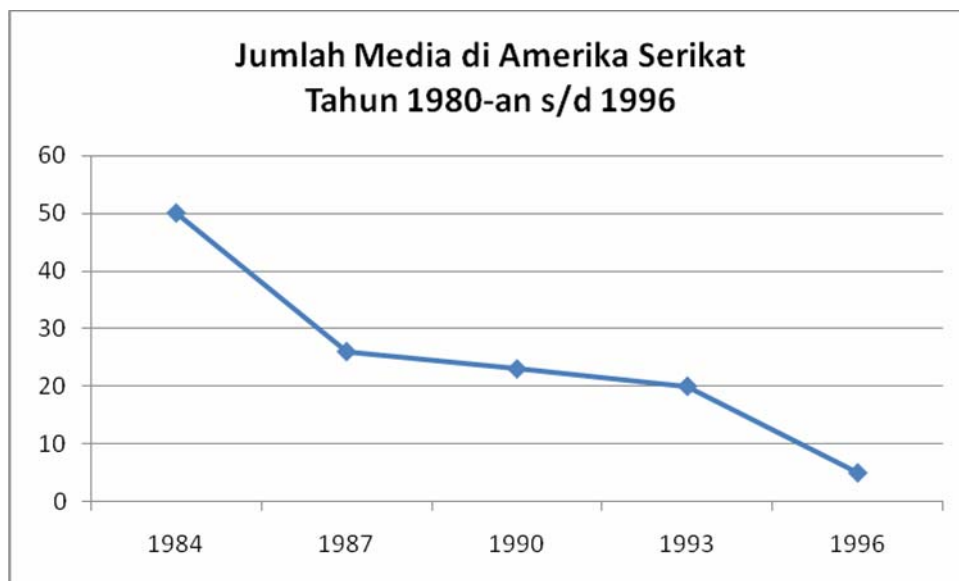
### Kebijakan Telematika dan Konglomerasi Media di Indonesia

Firdaus Cahyadi

#### I. Media di Era Konvergensi Telematika

Era digital membuat setiap orang memiliki kesempatan untuk menjadi konsumen sekaligus produsen dari sebuah konten. Namun di sisi lain era digital juga dimanfaatkan oleh perusahaan-perusahaan media massa besar untuk memperkokoh bangunan konglomerasi medianya<sup>1</sup>.

Amerika Serikat adalah negara yang dapat dijadikan contoh dari konglomerasi media. Pada era tahun 1980-an hingga pertengahan tahun 1990-an, perusahaan media massa di Amerika Serikat terus mengalami penurunan. Tahun 1996, perusahaan media di negeri itu hanya menyisakan lima media, yaitu Time-Warner, Viacom, News Corp., Bertelsmann Inc., dan Disney<sup>2</sup>.



Diolah dari tulisan Veronika Kusuma<sup>3</sup>

Tahun 2011, muncullah sejarah besar dalam integrasi konglomerasi media di Amerika Serikat yang mencoba mengintegrasikan kepemilikan media dan infrastruktur internet. Pada tahun tersebut perusahaan raksasa *Time Warner* bergabung dengan *American On Line (AOL)*<sup>4</sup> menjadi *Time Warner and AOL (TWOL)*<sup>5</sup>. Penggabungan dua perusahaan itu dinilai sangat strategis dan menandai munculnya konglomerasi media baru<sup>6</sup>.

Namun merger TWOL tidak berlangsung lama. Pada tahun 2003 merger itu bubar. Menurut Satrio Arismunandar<sup>7</sup>, yang ditulis dalam blognya<sup>8</sup>, setidaknya ada tiga penyebab dari kegagalan merger kedua media besar itu. Pertama, alasan yang bersifat teknis. Orang Amerika ternyata lamban dalam mengadopsi koneksi pita-lebar berkecepatan tinggi, yang diperlukan untuk terjadinya konvergensi.

Kedua, pemilihan waktu yang tidak tepat. Merger itu terjadi tak lama sebelum saham-saham perusahaan yang terkait dengan Internet berguguran, sehingga menguras habis modal potensial yang dibutuhkan untuk memajukan proses ke arah konvergensi yang diidamkan.

Ketiga, terkait dengan kekeliruan dalam membaca psikologi konsumen. Hanya karena seseorang bisa terkoneksi ke Internet melalui AOL, tidaklah lantas berarti ia ingin menyaksikan liputan CNN<sup>9</sup> atau menonton film-film Warner Brothers atau membaca majalah Time<sup>10</sup>.

Sementara itu menurut Direktur LSPP<sup>11</sup> Ignatius Haryanto, dalam wawancara dengan Yayasan SatuDunia<sup>12</sup>, kegagalan merger TWOL disebabkan oleh culture dari keduanya (Time Warner dan AOL) berbeda. "Misalnya, AOL terkait dengan internet yang sangat tinggi. Sementara produksi konten Time Warner sangat lama bila dibandingkan dengan internet," ujarnya, "Kalau kita bicara soal produksi majalah, itu kan skalanya mingguan atau bulanan. Bahkan jika bicara film, maka proses produksinya bisa tahunan,"

Hal itulah, menurut Ignatius yang kurang bisa dipertemukan. Pertanyaan berikutnya adalah, apakah jika faktor-faktor kegagalan yang menimpa TWOL itu dibenahi, apakah akan ada integrasi baru antara industri konten media dan penyedia infrastruktur internet? "Bisa jadi, jika perusahaan-perusahaan lain sudah mengetahui kunci untuk mengatasi kegagalan merger TWOL itu dan bisa bersinergi, maka bukan tidak mungkin muncul konglomerasi media baru yang berbasiskan konvergensi telematika itu di masa depan," katanya.

Konglomerasi media yang menyorot perhatian publik di Amerika Serikat lainnya adalah kerajaan media News Corporation milik Rupert Murdoch. Jaringan bisnis media dari News Corporation ini membentang dari Amerika, Australia, Inggris, Eropa dan Asia. Jaringan bisnis medianya meliputi media cetak, televisi dan internet.

No	Negara	Media dalam Jaringan News Corporation
1	Australia	Fox Studio Australia, Fox Sport Australia, Foxtel, Harper Collins Australia, Big League, Daily Telegraph, Gold Coast Bulletin, Herald Sun, Alpha, Donna Hay, Inside Out, Sunday Herald Sun, Sunday Mail, Sunday Tasmanian, Sunday Territorian, The Advertiser, The Australian, The Courier-mail, The Sunday Times, Weekly Times, The Mercury, The Sunday Telegraph, Sunday Times, The Sunday Mail, NT News, Truelocal.com.au, News.com.au, Careerone.com.au, Foxsport.com.au
2	Inggris	Bskyb, News International, The Times, The Sun, Shine Group, Harper Collins UK, Time Literary Supplement, NDS
3	Amerika	Fox News Channel, National Geographic Channel AS, The Wall Street Journal, 20 <sup>th</sup> Century Fox, Fox Searchlight Picture, Fox Broadcasting

	Serikat	Company, Harper Collins Publishers, New York Post, FX dsb
4	India	Tata Sky, Harper Collins India
5	Hongkong	Star TV
6	Kanada	Harper Collins Canada
7	Italia	Sky Italia
8	Jerman	Sky Deutschland
9	Selendia Baru	Harper Collins New Zealand
10	Papua Nugini	Post-Courier

Tabel Kerajaan Bisnis Media Murdoch<sup>13</sup>.

Beberapa kerajaan bisnis media Murdoch juga merambah dunia internet. Jejaring media milik Murdoch di internet antara lain: Americanidol.com, askmen, fox.com, foxsport.com, hulu.com, mikround, News Digital Media, News Outdoor, Scout, Spring Widgets dan Whatifsport. Selain itu pada tahun 2005, News Corporation juga membeli saham MySpace<sup>14</sup>. Rupert Murdoch, membeli MySpace pada 2005 seharga US\$580 juta sekitar Rp 5,2 triliun<sup>15</sup>.

Di Amerika Serikat, menurut Ketua Yayasan Pantau<sup>16</sup> Andreas Harsono dalam sebuah wawancara melalui Skype dengan SatuDunia<sup>17</sup>, beberapa konglomerat media itu memiliki saham di perusahaan telekomunikasi dan jasa internet. "Washington Post<sup>18</sup> itu punya saham di facebook, meskipun kecil," ujarnya, "Donald Graham, CEO The Washington Post<sup>19</sup>, menjadi salah satu investor facebook," Raksasa di dunia internet, seperti google, lanjut Andreas Harsono, itu memiliki kerjasama dengan New York Time<sup>20</sup>. "Tapi itu bukan kepemilikan saham," lanjutnya.

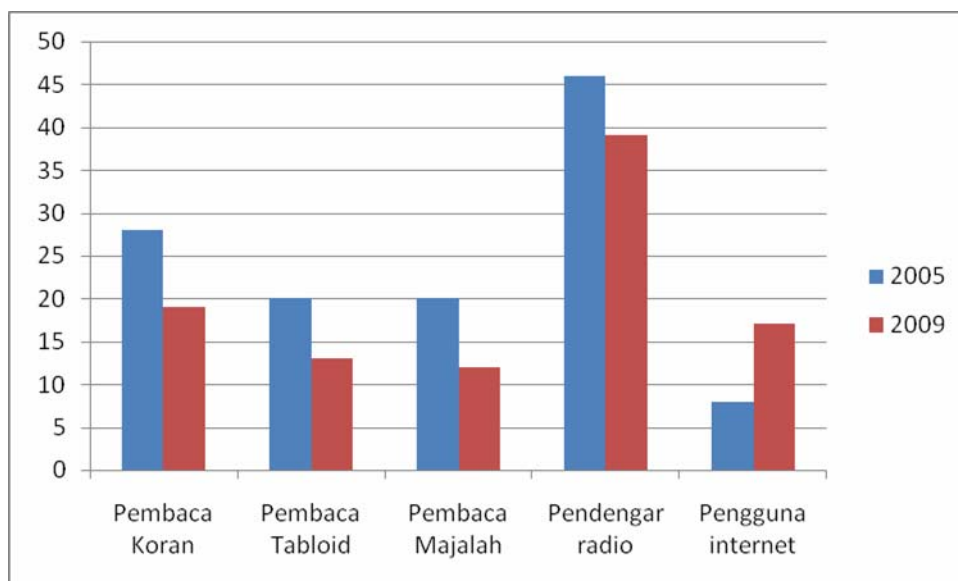
Seperti ditulis oleh kompas.com<sup>21</sup>, *The New York Times* (dan juga *Washington Post*) memiliki kerjasama dengan Google. Kedua media besar AS tersebut membuat proyek eksperimen yang disebut Living Stories untuk menyajikan berita secara komprehensif berdasarkan tema dan akan ter-*update* setiap ada berita lanjutan.

## II. Konglomerasi Media di Indonesia

### a. Perubahan konsumsi masyarakat terhadap media di Indonesia

Trend digital juga merambah ke Indonesia. "Saat ini sedang transisi dari analog ke digital, ditandai dengan proses migrasi dari system analog dan digital yang menurut blue print pemerintah berakhir di tahun 2017," ujar aktivis AJI<sup>22</sup> Margiono di Jakarta pada Agustus 2011<sup>23</sup>. Setelah 2017 tidak ada lagi radio FM, TV UHF. Kita melihatnya TV Digital. Pada 2013 dilakukan switch di kota-kota besar dahulu. Kalau planning tersebut berjalan, dua tahun lagi di Jakarta kita tidak akan bisa lagi ndengar radio FM, nonton TV UHF, kita harus beli seatle box terlebih dahulu.

Trend baru itu juga membawa perubahan pola konsumsi masyarakat terhadap media di negeri ini. Hasil Survei Media Index yang dilakukan oleh Nielsen Media Survei<sup>24</sup>, menunjukkan pembaca koran konvensional menurun sementara pengguna internet mengalami kenaikan. Sementara penonton televisi relatif stabil di angka 94%.



Sumber riset Nilsen yang dikutip Kompas.com

Data itu juga dikuatkan oleh riset yahoo.com dan TNS mengenai trend pengguna internet di Indonesia. Riset itu menyebutkan bahwa telah terjadi lonjakan yang signifikan dalam pengaksesan berita online, 28% di tahun 2009 dibandingkan 37% di tahun 2010 sementara penggunaan media cetak terus menurun<sup>25</sup>.

Survei Markplus Insight<sup>26</sup>, juga menunjukkan bahwa pengguna internet di Indonesia cenderung tidak lagi menjadikan media konvensional sebagai sumber informasi utama. Menurut riset tersebut, internet sudah menjadi preferensi utama dalam mendapatkan informasi dan hiburan selain TV. Bahkan di kota-kota besar seperti Jakarta, Bandung, dan Surabaya, Internet lebih unggul di banding TV.

Temuan lain yang cukup menarik sekaligus mengkhawatirkan adalah penetrasi media cetak seperti surat kabar, tabloid, dan majalah terlihat jauh di bawah media yang lain. Meski demikian ada beberapa kota yang memiliki karakteristik yang berbeda. Di Surabaya surat kabar masih populer, karena posisi Jawa Pos yang sangat kuat. Hal yang sama juga terjadi di Denpasar.

### ***b. Konglomerasi Media di Era Konvergensi Telematika***

Era konvergensi telematika yang mulai menjalar di Indonesia dimanfaatkan pula oleh para konglomerat media untuk mengukuhkan bisnis medianya. Namun, sejarah konglomerasi media di Indonesia sendiri, sejatinya telah dimulai sejak era Orde Baru.

Menurut aktivis AJI Margiyono, proses konvergensi di Indonesia dimulai dari konglomerasi, "Dimana industri-industri media besar membeli/mencaplok media-media lain," ujarnya<sup>27</sup>, "Misal portal beritasatu.com milik Ulil dibeli Lippo, Detik.com dibeli kelompok Para,". Menurutnya, hal itu tidak ahanya terjadi di Indonesia, tetapi juga terjadi di tingkat internasional, "Sebagaimana Google dan Yahoo yang membeli situs-situs/kontak local," tambahnya.



“Konglomerasi media, dalam arti *cross section*<sup>28</sup>, di Indonesia muncul sejak jaman Soeharto dan semua terpusat di Jakarta,” ujar Andreas Harsono, “Di era Hindia Belanda dan Soekarno memang ada media besar, tapi tidak *cross section*, pada waktu itu hanya koran saja,”

“Adapun aktornya, kebanyakan sama sejak Orde Baru,” katanya, “Namun ada aktor baru dalam konglomerasi media ini setelah Orde Baru tumbang, yaitu Trans Corps”

Menurut Andreas Harsono, di luar internet, konglomerasi media yang terbesar adalah MNC (Media Nusantara Citra). “Yang kedua, Kompas-Gramedia,” ujarnya, “Untuk konglomerasi yang berbasis konvergensi telematika, saat ini yang paling besar adalah Group Bakrie,”. Menurutnya, konvergensi telematika akan semakin memperkuat konglomerasi media di Indonesia. “Akan makin parah,” ungkapnya.

No	Media Group	Newspaper	Magazine	Radio Station	Television Station	Cyber Media	Other Bussines
1	Kompas-Gramedia Group	Kompas, The Jakarta Post, Warta Kota dan 11 surat kabar lokal	37 Majalah dan Tabloid, 5 book publisher	Sonora Radio dan Otomotion Radio	Kompas TV <sup>29</sup>	Kompas.com, Kompasiana.com <sup>30</sup>	Hotel, Printing, House, Promotion, Agencies, University
2	MNC (Media Nusantara Citra)	Seputar Indonesia	Genie, Mom&Kiddy, Realita, Majalah Trust	Trijaya FM, Radio Dangdut TPI, ARH Global, Women Radio	RCTI, Global TV, TPI (MNC TV), Indovision (Televisi Cable)	Okezone.com	IT Bussines
3	Jawa Pos	Jawa Pos, Fajar, Riau Pos, Rakyat Merdeka, dan 90 surat kabar lokal di berbagai daerah	23 majalah mingguan	Fajar FM di Makassar	JTV di Surabaya dan 3 stasiun TV lokal <sup>31</sup>		Travel Bureau, Power House
4	Mugi Reka Aditama (MRA)		Cosmopolitan, Harper's Bazaar, Esquire, FHM, Good House Keeping dan	Hard Rock FM <sup>32</sup> , MTV Sky <sup>33</sup>	O'Channel <sup>34</sup>		Holder of Several International Boutique

			10 majalah lainnya (kebanyakan franchise)				
5	Bali Post	Bali post, Suluh Indonesia dan 2 koran lainnya	Tabloid Tokoh		Bali TV dan 8 TV lokal lainnya	Balipost, bisnis bali	
6	Mahaka Media	Harian Republika	Golf Digest, Arena, Parents Indonesia, A+	Radio Jak FM	JakTV, TV One <sup>35</sup>		Entertainment. Outdoor Advertisement
7	Femina Group		Femina, Gadis, Ayah Bunda, Dewi dan 10 majalah lainnya	Radio U FM			Production House
8	Bakrie Group				AnTV, TV One	Vivanews.com	Property, minning, palm oil dan telekomunikasi
9	Lippo Group <sup>36</sup>	Jakarta Globe, Investor Daily, Suara Pembaruan	Majalah Investor, Globe Asia, Campus Asia			Beritasatu.com	Property, hospital, Education, insurance, internet service provider
10	Trans Corp				TransTV, Trans7	Detik.com <sup>37</sup>	
11	Media Group <sup>38</sup>	Media Indonesia, Lampung Post, Borneo News			MetroTv	mediaindonesia.com	

Sumber: diolah dari tabel konglomerasi media Ignatius Haryanto<sup>39</sup>

“Konglomerasi media di era konvergensi telematika adalah sesuatu yang sulit dihindarkan,” ujar Don Bosco Salamun, dari Berita Satu Media Holdings<sup>40</sup>, saat menjadi pembicara di konferensi media baru yang diselenggarakan oleh Aliansi Jurnalis Independen (AJI)<sup>41</sup>.

“Karena dengan penyatuan kepemilikan media itu dapat menjadikan operasional industri media lebih efisien,” katanya, “Seorang wartawan misalnya, dapat membuat satu berita bukan hanya untuk satu kanal namun juga beberapa kanal sekaligus”

Bahkan dalam seperti ditulis di salah satu portal<sup>42</sup>, Presiden Direktur PT Bakrie Telecom Tbk (BTEL) Anindya Novyan Bakrie saat memaparkan Bakrie Telecom, Media and Technology (BakrieTMT2015) yang akan menyinergikan lini bisnis telekomunikasi (BTEL), media (VIVA Group) dan teknologi (BConn dan BNET) sampai dengan tahun 2015.

“Sebelum era konvergensi telematika di Indonesia ini, konglomerasi sudah terjadi,” ujar Farid Gaban<sup>43</sup>, dalam wawancaranya dengan SatuDunia<sup>44</sup>, “Kemajuan teknologi mempermudah lagi konglomerasi itu,”

Sementara menurut aktivis Aliansi Jurnalis Independen (AJI) Margiyono, konvergensi telematika adalah istilah teknologi, sementara dalam konteks bisnis adalah konglomerasi. “Secara teknologi terkonvergensi dan secara bisnis ya konglomerasi,” ujarnya dalam diskusi lingkaran belajar di Yayasan SatuDunia<sup>45</sup>.

Di tempat terpisah Ignatius Haryanto menyatakan bahwa yang paling pertama diuntungkan dengan era konvergensi telematika ini adalah pengusaha media. “Karena itu membuka peluang baru untuk menyebarkan konten-konten media melalui outlet-outlet yang beragam,” ujarnya, “Kuntungan dari konvergensi telematika ini paling cepat dimanfaatkan oleh pengusaha-pengusaha media. Nah, pertanyaannya kemudian adalah publik akan mendapatkan apa dengan konvergensi telematika ini?”

Konglomerasi media dengan memanfaatkan konvergensi telematika di Indonesia semakin nampak dari upaya Trans Corps membeli situs portal populer, detik.com. Dari sisi bisnis pembelian detik.com memang sangat menguntungkan. Bagaimana tidak, menurut situs alexa.com<sup>46</sup>, per 26 Juli 2011, detik.com masuk 10 besar situs paling populer di Indonesia. Tak heran kue iklan pun banyak mengalir ke situs detik.com.

Menurut Nukman Lutfie, seperti ditulis portal TEMPO<sup>47</sup>, detik.com adalah media daring nomor satu dalam perolehan iklan. “Tahun 2011 ini mereka meraup Rp 100 miliar dari iklan. “Media detik.com nomor satu diikuti kompas.com.” ujarnya.

### ***c. Dampak Konglomerasi Media di Era Konvergensi Telematika***

#### ***1. Hegomoni Wacana Publik***

Mungkin benar bahwa konglomerasi media di era konvergensi telematika ini akan menguntungkan dari segi bisnis. Dari sisi pendapatan iklan dan juga efisiensi kerja para jurnalisnya. Namun konglomerasi media bukan sekedar urusan bisnis. Konglomerasi media mendorong munculnya hegomoni<sup>48</sup> wacana di publik.

“Dengan konglomerasi media di era konvergensi telematika ini, akhirnya informasi akan dikuasai oleh segelintir orang saja,” ujar Andras Harsono, “Opini publik di Indonesia ya hanya dikuasai beberapa perusahaan media besar itu,”

Televisi yang dimiliki oleh jaringan konglomerasi media misalnya, memiliki potensi pemirsa yang besar di Indonesia. Dengan besarnya pemirsa tersebut, menimbulkan kecenderungan hegemoni wacana. Kecenderungan itu bertambah besar bila kemudian konglomerasi media itu juga merambah dunia online.

<i><b>Nama Stasiun TV</b></i>	<i><b>Transmission Site</b></i>	<i><b>Potential Viewer (juta)</b></i>
<i>RCTI<sup>49</sup></i>	<i>49</i>	<i>115,7</i>
<i>SCTV</i>	<i>47</i>	<i>117,8</i>
<i>ANTV<sup>50</sup></i>	<i>23</i>	<i>87,4</i>
<i>TPI<sup>51</sup></i>	<i>28</i>	<i>90,6</i>
<i>Indosiar</i>	<i>40</i>	<i>113,5</i>
<i>Global TV<sup>52</sup></i>	<i>20</i>	<i>108,8</i>
<i>Trans TV<sup>53</sup></i>	<i>30</i>	<i>100,7</i>
<i>Trans 7<sup>54</sup></i>	<i>27</i>	<i>92,8</i>
<i>TV One<sup>55</sup></i>	<i>26</i>	<i>108,8</i>
<i>Metro TV<sup>56</sup></i>	<i>52</i>	<i>97,8</i>

Potensi Pemirsa Televisi, sumber presentasi Satriyo Dharmanto<sup>57</sup>

“Jika konvergensi telematika ini kemudian mendorong monopoli kepemilikan media dari berbagai kanal<sup>58</sup>, maka itu akan dapat mempengaruhi opini publik yang luar biasa,” ujar Farid Gaban, “Dan opini publik ini kan berpengaruh pada pembuatan kebijakan publik,”

Farid Gaban mencontohkan persoalan pembangunan jalan tol misalnya. “Pilihan membangun jalan tol atau rel kereta api, itu kan public policy,” ujarnya, “Bisa dibayangkan bila wacana publik mengenai hal itu dikuasai oleh konglomerat media yang juga berkepentingan atau memiliki bisnis infrastruktur,”

“Group Bakrie misalnya, selain menguasai media<sup>59</sup>, mereka juga punya bisnis jalan tol, properti dan tambang,” kata Farid Gaban, “Jika konglomerasi media di era konvergensi telematika ini tidak diatur akan berbahaya sekali,”

## 2. Menurunnya Kualitas Jurnalistik

Selain itu di era konvergensi telematika ini memungkinkan seorang wartawan menuliskan berita bukan hanya untuk satu kanal informasi saja, tapi berbagai kanal sekaligus. Misalnya, seorang wartawan dapat menulis berita untuk ditampilkan di media cetak, ditayangkan di running text televisi, disiarkan di radio dan diupload (unggah) di media online.

“Meskipun itu menurut kaidah bisnis dapat lebih efisien, namun menurut saya harus dibatasi,” ujar Farid Gaban, “Ini akan berpengaruh pada kualitas jurnalistik, wartawan menjadi kekurangan waktu untuk menambah bahan bacaan, akibatnya berita yang dihasilkannya pun tidak lagi kritis,”

Selain itu, menurut Farid Gaban, posisi wartawan akan semakin lemah. “Dengan membebani wartawan untuk menulis berita di berbagai kanal sekaligus, keuntungan pemilik modal di media semakin berlipat-lipat sementara penghasilan wartawan sendiri tidak jauh berubah,” katanya, “Ini juga akan berpengaruh pada kualitas karya jurnalistik,”

Bahaya yang lain dari integrasi media cetak, televisi, radio dan online, lanjut Farid Gaban, media massa cenderung memuaskan yang online atau yang cepat. “Sehingga orang lebih memperhatikan berita yang cepat dibanding berita yang berkualitas,” jelasnya, “Jika tidak ada pengaturan-pengaturan terkait hal ini maka, jurnalistik akan semakin hancur, kesejahteraan wartawan makin turun dan karya jurnalistik pun makin tak berkualitas,”

“Saya tidak tahu pasti, apakah serangkaian dampak buruk dari konglomerasi media di era konvergensi telematika ini disadari oleh kawan-kawan wartawan,” ujar Farid Gaban, “Tapi menurut saya agak sulit bila wartawan akan kritis terhadap lembaganya sendiri,”

“Konglomerasi media di era konvergensi telematika ini posisi wartawan semakin lemah dan posisi pemilik modal semakin kuat, sehingga mereka akan sulit bila harus mengkritisi kebijakan lembaganya sendiri dalam menyajikan berita,” katanya, “Berita terorisme di TV One atau kasus Lapindo<sup>60</sup> di Group Media Bakrie<sup>61</sup> misalnya, adakah wartawannya kemudian mengkritisi cara media itu menyajikan berita?”

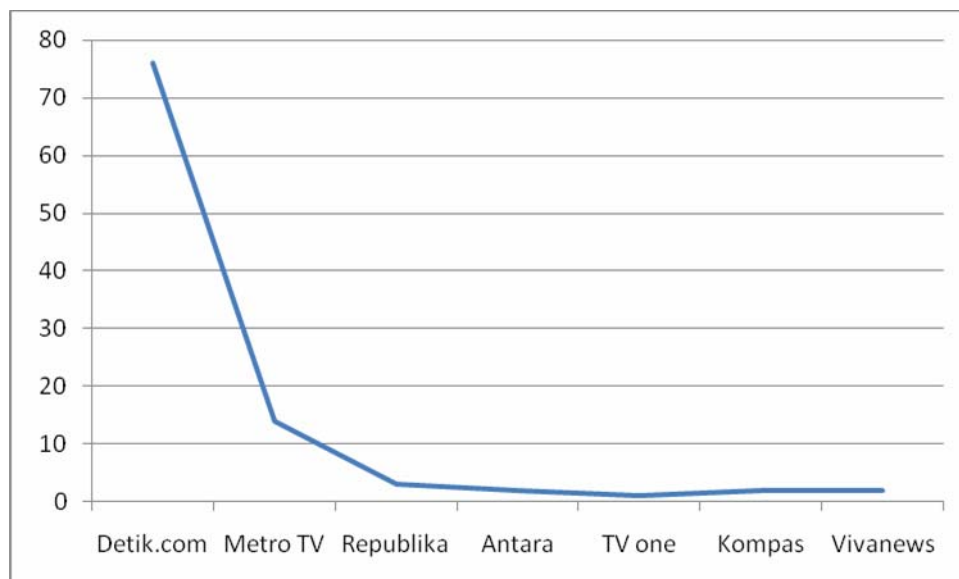
#### **d. Perlawanan Publik Terhadap Hegomoni Wacana di Era Konvergensi Telematika**

Di era konvergensi telematika ini, selain dapat memberikan peluang semakin kuatnya konglomerasi media, juga memberikan peluang bagi publik untuk mengimbangi, bahkan juga melawan wacana yang dikeluarkan oleh media massa arus utama.

Kita, pengguna internet, dapat menulis ketidakpuasan kita terhadap pemberitaan sebuah media mainstream di blog, milis, web 2.0<sup>62</sup>, twitter atau facebook. “Publik memungkinkan untuk melakukan perlawanan terhadap dominasi wacana dari konglomerasi media mainstream, terutama dengan hadirnya internet yang memberikan ruang baru bagi publik untuk berekspresi,” ujar Andreas Harsono, “Tetapi kecil sekali,”

“Melawan konglomerat media sekarang ini tidaklah gampang,” ujarnya, “Mayoritas konten yang ada di internet<sup>63</sup>, dibuat oleh media konglomerasi itu,” Selama publik, termasuk jurnalis warga, lanjut Andreas Hartanto, tidak membuat konten sendiri, akan sulit untuk menandingi hegomoni wacana dari media konglomerasi.

Menurut laporan Saling-Silang tahun 2011<sup>64</sup>, sebanyak 22% link media massa muncul di twitter. Adapun komposisinya adalah sebagai berikut.



*Link media yang sering muncul di twitter*

“Sesekali perlawanan publik terhadap dominasi wacana media konglomerasi ini bisa berhasil,” ujar Andreas Harsono, “Kasus penyerangan Jama’ah Ahmadiyah di Cikusik misalnya,”

Video tragedi Cikesik di youtube misalnya, itu hanya bisa mendominasi pemberitaan di media besar dalam beberapa minggu saja. “Tapi setelah itu berjalan seperti biasanya,” ujarnya, “Dan akan lebih sulit lagi bila kasusnya menyangkut kepentingan Group media konglomerasi, kasus Lapindo misalnya,”

Kasus Lapindo menjadi salah satu hal yang dapat dijadikan contoh bagaimana publik melakukan perlawanan terhadap wacana yang disajikan oleh media-media dalam kelompok Group Bakrie. TV One menyebut semburan lumpur sebagai lumpur Sidoarjo bukan lumpur Lapindo<sup>65</sup>. Bahkan TV itu secara khusus mewawancarai pakar geologi Rusia Dr. Sergey Kadurin yang menyatakan semburan lumpur adalah akibat gempa bumi bukan akibat kesalahan pengeboran<sup>66</sup>. Sementara pendapat pakar yang menyatakan bahwa semburan lumpur akibat pengeboran tidak diwawancarai.

Hal yang sama juga terjadi di ANTV. Televisi milik Group Bakrie itu juga menyebut semburan lumpur sebagai lumpur Sidoarjo bukan lumpur Lapindo. ANTV juga menayangkan pendapat Dr. Sergey Kadurin yang menyatakan semburan lumpur adalah akibat gempa bumi bukan akibat kesalahan pengeboran<sup>67</sup>. Seperti halnya TV One, pakar yang menyatakan bahwa semburan lumpur akibat pengeboran tidak dimintai pendapat.

Hal yang sama juga terjadi pada vivanews.com. Portal berita milik Group Bakrie itu juga menyebut semburan lumpur sebagai lumpur Sidoarjo, bukan lumpur Lapindo. Di saat yang hampir bersamaan pula portal berita itu menampilkan pendapat pakar geologi Rusia yang menyatakan semburan lumpur bukan akibat pengeboran<sup>68</sup>. Liputan khusus terhadap pakar Rusia juga ditampilkan secara audio-visual di portal vivanews.com<sup>69</sup>.

Tapi publik tidak tinggal diam. Terkait wawancara khusus kelompok media Bakrie terhadap Dr. Sergey Kadurin yang menyatakan semburan lumpur adalah akibat gempa bumi bukan akibat kesalahan pemboran, diimbangi oleh [www.korbanlumpur.info](http://www.korbanlumpur.info)<sup>70</sup> dengan

menuliskan pendapat pakar perminyakan Mark Tingay dari Australian School of Petroleum, Universitas Adelaide, Australia<sup>71</sup>. Menurut Mark Tingay, semburan lumpur di Sidoarjo, 90% akibat aktivitas pemboran bukan bencana alam<sup>72</sup>.

Web korban korban lumpur sendiri adalah sebuah inisiatif masyarakat sipil untuk melawan wacana dari media mainstream dalam kasus Lapindo. Web korban lumpur juga mendistribusikan kontennya melalui media sosial, facebook dan twitter. Kampanye untuk melawan wacana media mainstream dalam kasus Lapindo juga dilakukan melalui jejaring sosial facebook.

Gerakan kampanye kasus Lapindo di media sosial

Channel	Jumlah anggota/follower	Keterangan
Fanpage facebook <sup>73</sup>	878	(per 19 Juli 2011)
Friend of Lapindo Victim, Group in Facebook <sup>74</sup>	3404	(per 19 Juli 2011)
Twitter @korbanlapindo <sup>75</sup>	452	(27 Juli 2011)
Cause; Dukung Korban Lapindo Mendapatkan Keadilan <sup>76</sup>	17,238	( Per Juni 2011)

Tingkat keterbacaan atau paparan media yang dijadikan tempat untuk melawan dominasi wacana dalam kasus Lapindo sangat sedikit dibandingkan dengan keterbacaan atau paparan dari media konglomerasi Group Bakrie.

NO	Channel	Jumlah pembaca/pemirsa	Ranking di Alexa	Jumlah anggota/follower di media sosial
<b>Gerakan kampanye publik untuk kasus Lapindo</b>				
1	Website korbanlumpur.info		6,167,065 (global), 140,328 (rank in id), 40 (site link in)	
2	Fanpage facebook			878
3	Friend of Lapindo Victim, Group in Facebook			3404
4	Twitter @korbanlapindo			452
5	Cause; Dukung Korban Lapindo Mendapatkan Keadilan			17,238

<b>Media Group Bakrie</b>				
1	Vivanews.com		Peringkat ke-13 topsite menurut alexa.  857 (global), 13 (rank in Id), <a href="#">276</a> (site link in)	
	Twitter (@VIVAnews)			<a href="#">185,597</a>
	Vivanews.com di facebook <sup>77</sup>			4,545
	Vivanews.com di facebook 2 <sup>78</sup>			66,849
2	AnTV	87,4 juta		
	AnTV di twitter <sup>79</sup>			<a href="#">30,278</a>
3	TV One	108,8		
	TV One di Twitter <sup>80</sup>			<a href="#">404,409</a>

Dari tabel di atas terlihat bahwa secara kuantitas potensi publik yang terpapar kampanye terkait kasus Lapindo dan media group Bakrie jauh dari berimbang.

Pertanyaan berikutnya adalah bagaimana masa depan gerakan perlawanan publik dalam melawan dominasi wacana oleh konglomerasi media di era konvergensi telematika ini?

### III. Kebijakan Telematika dan Masa Depan Gerakan Perlawanan di Dunia Maya

#### a. UU ITE dan Pelemahan Perlawanan Publik

Prita Mulyasari. Sebuah nama yang tidak bisa dipisahkan dari sebuah gerakan sosial di internet. Prita Mulyasari adalah seorang perempuan yang menuliskan ketidakpuasannya terhadap pelayanan sebuah rumah sakit Omni Internasional melalui email pribadinya ke rekan-rekannya.

Akhirnya email pribadi tersebut sampai ke RS Omni Internasional. RS Omni Internasional kemudian melakukan gugatan perdata dan melaporkan Prita Mulyasari secara pidana. Dalam hukum pidana Prita Mulyasari dinilai telah melakukan pencemaran nama baik seperti yang tertuang dalam Pasal 27 ayat 3 Undang Undang (UU) Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE).

Kasus itu kemudian mendorong para pengguna internet, blogger dan facebooker menggalang dukungan untuk Prita Mulyasari melawan RS Omni Internasional. Gerakan dukungan online itu kemudian berlanjut ke aktifitas offline. Hal itu terlihat dari berbagai



demonstrasi di persidangan Prita Mulyasari dan yang paling besar tentu saja adalah gerakan koin keadilan untuk Prita.

Gencarnya dukungan di dunia maya terhadap Prita Mulyasari ini akhirnya mencuri perhatian media massa mainstream untuk memberitakannya. Gerakan dukungan terhadap Prita Mulyasari pun semakin besar sejak beritanya muncul di media massa mainstream konvensional<sup>81</sup>. Menggemannya dukungan terhadap Prita Mulyasari pun membuat para kandidat calon Presiden pada tahun 2009 memanfaatkan kasus ini sebagai salah satu isu dalam kampanye mereka.

Besarnya dukungan terhadap gerakan di internet dalam kasus Prita Mulyasari ini akhirnya dicoba diulangi dalam kasus-kasus lainnya. Meskipun tidak semuanya bisa mengulang lagi keberhasilan gerakan itu. Gerakan di internet yang cukup berhasil dalam mengulang gerakan dalam kasus Prita adalah dukungan terhadap Bibit-Candra dalam kasus Cicak Vs Buaya (KPK)<sup>82</sup>.

<b>Gerakan Sosial di Facebook</b>	<b>Jumlah Pendukung</b>	<b>Keterangan</b>
Page Dukung: Bebasmurnikan Prita dr Tuntutan Bui <sup>83</sup>	19.339	(per 8 Juni 2011)
Causes; "Dukungan Bagi Ibu Prita Mulyasari, Penulis Surat Kelahuhan Melalui Internet yang ditahan" <sup>84</sup> .	389.639	(per 8 Juni 2011)
Gerakan 1.000.000 Facebookers Dukung Chandra Hamzah & Bibit Samad Riyanto <sup>85</sup>	378,453	(per 19 Juli 2011)
Cause;Dukung Korban Lapindo Mendapatkan Keadilan <sup>86</sup>	17,238	( Per Juni 2011)
Group Gerakan Rakyat Dukung Pembebasan Nenek Minah <sup>87</sup>	3669	(per 7 Juni 2011)

Selain gerakan sosial di facebook, muncul pula gerakan jurnlisme warga melalui website UGC (User Generate Content)<sup>88</sup>. Hal itu misalnya dilakukan Akhmad Rovahan<sup>89</sup>. Pengajar di sebuah madrasah di Buntet, Cirebon, itu menulis karut-marut pengucuran dana pendidikan untuk tujuh sekolah di Kecamatan Astanajapura. Karyanya itu kemudian diunggah di Suara Komunitas ([www.suarakomunitas.net](http://www.suarakomunitas.net)), salah satu portal tempat para pewarta warga berbagi informasi, akhir tahun 2010.

Tulisannya mengalir sampai ke Jakarta. Petugas Badan Pemeriksa Keuangan mengecek langsung, juga tim pemantau dari beberapa kampus. Kasus itu menjadi pembicaraan di tingkat provinsi. "Orang pemerintah daerah sampai minta tulisannya dicabut," kata Akhmad.

Kejadian itu bukan satu-satunya. Seorang warga mengunggah tulisan tentang sekolah yang siswanya belajar secara lesehan. "Dua hari kemudian, datang meja-kursi dari pemerintah," kata Akhmad. Ada juga cerita pengusutan kasus meninggalnya tenaga kerja asal Cirebon di Jawa Tengah oleh pemerintah setelah beredarnya tulisan dari kerabat korban di situs media komunitas.

Suara Komunitas ([www.suarakomunitas.net](http://www.suarakomunitas.net)) sendiri adalah website yang dikelola oleh media-media komunitas yang tersebar di seluruh Indonesia. Pengelolaannya difasilitasi oleh sebuah NGOs Yogyakarta, COMBINE Resource Institution<sup>90</sup>.

Namun, nampaknya gerakan sosial di dunia maya kembali akan menemui kendala. Kendala pertama adalah terkait dengan ancaman pencemaran nama baik di UU ITE. Dalam kasus pidana<sup>91</sup>, Prita dikalahkan melalui putusan kasasi Mahkamah Agung. Dikalihkannya Prita Mulyasari dalam kasus pidana melawan RS Omni menjadi preseden buruk bagi gerakan sosial di dunia maya.

Selain dalam kasus Prita Mulyasari, pasal karet pencemaran nama baik dan perbuatan tidak menyenangkan<sup>92</sup>, telah mengancam beberapa warga yang mencoba melakukan kritik sosial terhadap tokoh-tokoh yang kebetulan memiliki kekuasaan, baik secara politik maupun ekonomi. Bambang Kisminarso misalnya, polisi sempat menahannya berserta anaknya M. Naziri atas tuduhan telah menghina anak presiden dalam pelanggaran ketentuan pencemaran nama baik melalui UU ITE.

Bambang mengajukan pengaduan kepada komisi pengawasan pemilu daerah bahwa para pendukung putra presiden Indonesia Susilo Bambang Yudhoyono (SBY) telah membagi-bagikan uang kepada para calon pemilih<sup>93</sup>.

Selain itu ada Yudi Latif, seorang intelektual publik yang pernah terancam terjerat pasal karet UU ITE ini. Pada akhir tahun 2010 lalu, Yudi latif, dilaporkan ke polisi oleh para kader Partai Golkar dengan tuduhan mencemarkan nama baik pimpinan partainya, Aburizal Bakrie. Dalam laporan polisi bernomor TBL/498/XII/2010/Bareskrim itu, Yudi dilaporkan atas dugaan pelanggaran Pasal 310 dan atau Pasal 311 KUHP dan atau Pasal 45 ayat (2) jo Pasal 28 ayat (1) dan (2) UU ITE<sup>94</sup>.

Sebelumnya pasal pencemaran nama baik selalu digunakan menjadi alat untuk membungkam gerakan masyarakat sipil<sup>95</sup>.

1. Fifi Tanang, seorang penulis surat pembaca di sebuah surat kabar. Dituduh mencemarkan nama baik PT Duta Pertiwi melalui tulisannya di kolom surat pembaca.
2. Alex Jhoni Polii, warga Minahasa, yang memperjuangkan kepemilikan tanahnya melawan PT. Newmont Minahasa Raya (NMR). Dituduh melakukan tindak pidana pencemaran nama baik dan perbuatan tidak menyenangkan.
3. Dr. Rignolda Djamaluddin, ia dinilai telah mencemarkan nama baik perusahaan tambang emas PT. Newmont Minahasa Raya (NMR) karena pernyataannya tentang gejala penyakit Minamata yang ditemukan pada beberapa warga Buyat Pante.

4. Yani Sagaroa dan Salamuddin, kedua orang itu dituding telah mencemarkan nama baik perusahaan karena pernyataanya bahwa PT. Newmont Nusa Tenggara (NNT) harus bertanggung jawab atas penurunan kualitas kesehatan yang dialami masyarakat Tongo Sejorong sejak perusahaan tersebut membuang limbah tailingnya ke Teluk Senunu.
5. Usman Hamid (Koordinator Kontras). Tuduhan: pencemaran nama baik.
6. Emerson Yuntho (Koordinator ICW). Tuduhan: pencemaran nama baik.
7. Illian Deta Arta Sari (aktivis ICW). Tuduhan: pencemaran nama baik.
8. Gatot (aktivis KSN). Tuduhan: pencemaran nama baik.
9. Suryani (aktivis LSM Glasnot Ponorogo). Tuduhan: pencemaran nama baik.
10. Dadang Iskandar (aktivis Gunung Kidul Corruption Watch). Tuduhan: pencemaran nama baik.
11. Itce Julinar (Ketua SP Angkasapura). Tuduhan: pencemaran nama baik.

Kasus Prita Mulyasari yang akhirnya dikalahkan dalam putusan kasasi MA (UU ITE) dan juga penggunaan pasal karet pencemaran nama baik dalam KUHP untuk menjerat aktivis menjadi preseden buruk bagi gerakan sosial digital ke depannya. Warga masyarakat yang akan melakukan kontrol sosialnya melalui internet akan selalu dibayangi pasal pencemaran nama baik UU ITE.

*b. RUU Konvergensi Telematika dan Pelemahan Perlawanan Publik*

Saat laporan ini<sup>96</sup> dibuat pemerintah sedang membahas Rancangan Undang Undang (RUU) Konvergensi Telematika. RUU itu nantinya akan menggantikan UU 36/1999 tentang telekomunikasi. Terkait dengan hal itulah RUU Konvergensi Telematika ini menjadi penting untuk mendapatkan pengawalan dari masyarakat.

Dalam konteks liberalisasi telekomunikasi, RUU Konvergensi Telematika ini tidak jauh beda dengan UU 36/1999. Dalam penjelasan draft RUU itu disebutkan bahwa Dalam penjelasan RUU Konvergensi Telematika secara gamblang disebutkan, bahwa salah satu hal yang melatarbelakangi munculnya RUU Konvergensi Telematika adalah *“Tekanan atau dorongan untuk mewujudkan perubahan paradigma telematika dari vital dan strategis dan menguasai hajat hidup orang banyak menjadi komoditas yang dapat diperdagangkan semakin besar melalui forum-forum regional dan internasional dalam bentuk tekanan untuk pembukaan pasar (open market)”*.<sup>97</sup>

Menurut Margiyono ada sebuah paradigma regulasi di era konvergensi telematika. Paradigma itu adalah<sup>98</sup>:

- Sudah terjadi konvergensi teknologi, kemudian terjadi konvergensi media, dan tantangannya ada konvergensi hukum, kemudian konvergensi badan regulasi
- Karena selama ini di media ada beberapa badan yang bersentuhan dan bergesekan sehingga terjadi pergesekan kewenangan, misalnya antara KPI dengan Dewan Press sempat terjadi ketegangan ketika KPI memberikan sanksi kepada Metro TV yang menyangkan berita pagi tentang Satpol PP melakukan sweeping internet dan situs pornonya tidak disamarkan, KPI memberian sanksi berita pagi tidak boleh tayang selama

5 hari. Dewan Press menganggap ini sebagai pembredelan. Belum lagi pergesekan dengan pengatur frekuensi dengan BRTI.

- Idenya adalah bagaimana membuat badan regulasi yang terkonvergensi.

Pertanyaannya kemudian adalah, dari sisi masyarakat, apakah RUU ini akan mampu memberikan payung hukum baru yang masyarakat untuk memperkuat perlawanan terhadap dominasi wacana dari konglomerasi media yang telah terkonvergensi itu?

### c. *Pembagian Penyelenggara Telematika*

Kendala pertama dari RUU ini muncul terkait dengan pembagian penyelenggara telematika. "Persoalan pembagian penyelenggara telematika di RUU Konvergensi ini juga menimbulkan pertanyaan," ujar Donny BU dalam wawancaranya dengan SatuDunia, di kantor ICT Watch Jakarta<sup>99</sup>. Persoalan terkait dengan hal itu menurut Donny berasal dari Pasal 8 ayat 1 draft RUU Konvergensi Telematika.

Dalam pasal tersebut disebutkan bahwa penyelenggaraan Telematika terdiri atas. Penyelenggaraan Telematika yang bersifat komersial dan Penyelenggaraan Telematika yang bersifat non-komersial. Semua penyelenggaraan telematika menurut RUU Konvergensi Telematika dianggap komersial, kecuali pertahanan dan keamanan nasional, kewajiban pelayanan universal, dinas khusus dan perseorangan.

Sedangkan menurut penjelasan pasal 8 RUU Konvergensi Telematika menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan "Penyelenggaraan Telematika yang bersifat komersial" adalah penyelenggaraan telematika yang disediakan untuk publik dengan dipungut biaya guna memperoleh keuntungan (*profit oriented*). Dan yang dimaksud dengan "Penyelenggaraan Telematika yang bersifat non-komersial" adalah penyelenggaraan telematika yang disediakan untuk keperluan sendiri atau keperluan publik tanpa dipungut biaya (*non-profit oriented*).

Pasal 13 RUU Konvergensi Telematika menyebutkan bahwa penyelenggaraan Telematika sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (1) wajib mendapat izin dari Menteri berupa perizinan individu atau perizinan kelas.

Selain itu dalam pasal 12 juga disebutkan bahwa setiap penyelenggara telematika wajib membayar biaya hak penyelenggaraan telematika yang diambil dari persentase pendapatan kotor (*gross revenue*).

Sementara itu menurut RUU Konvergensi Telematika penyelenggaraan Layanan Aplikasi Telematika adalah kegiatan penyediaan layanan aplikasi telematika yang terdiri dari aplikasi pendukung kegiatan bisnis dan aplikasi penyebaran konten dan informasi.

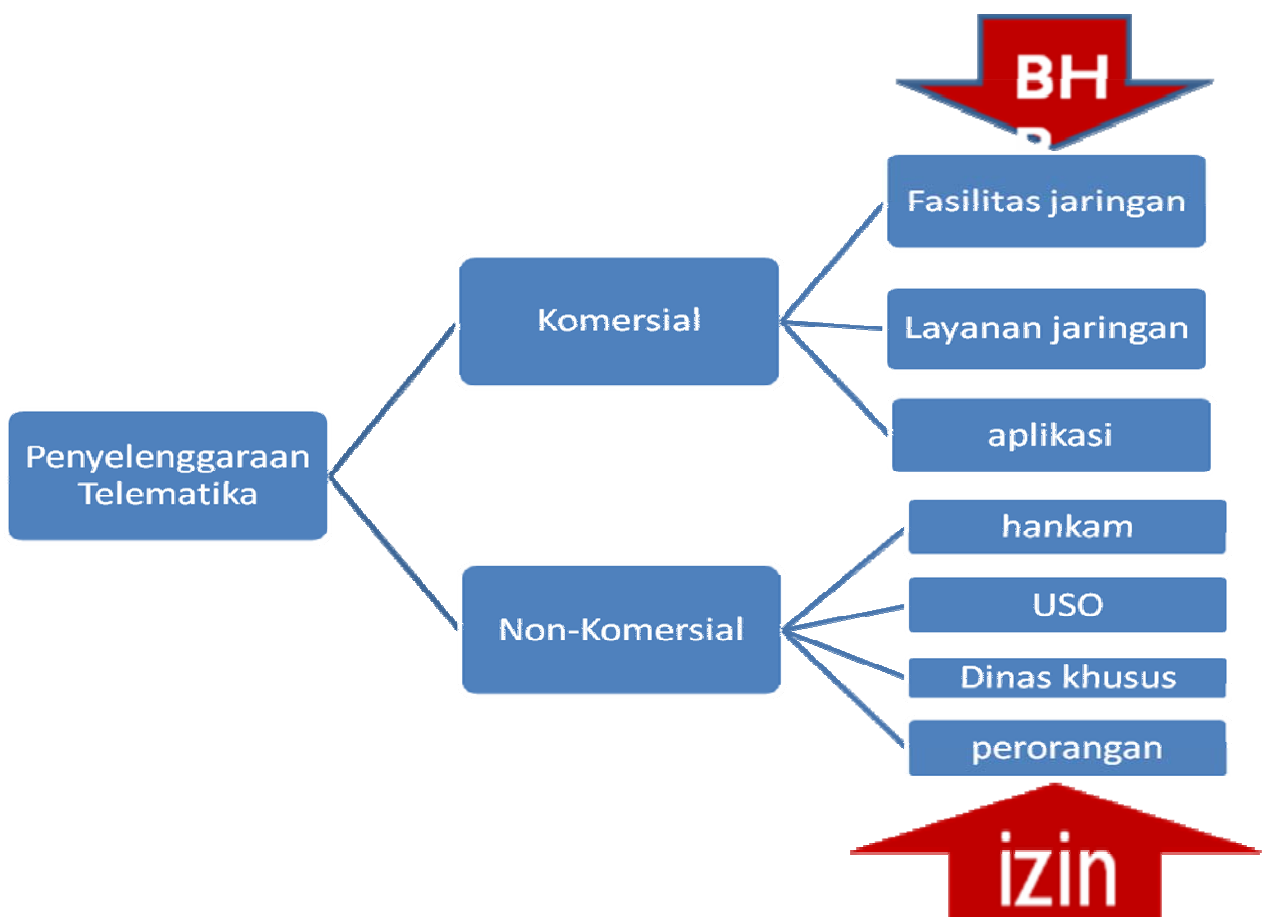
"Nah pertanyaannya adalah bagaimana dengan Media Online, Situs jejaring komunitas seperti suarakomunitas.net, penyelenggara radio streaming (IP-Based), penyedia forum diskusi yang user generated content atau layanan darurat (emergency) seperti AirPutih/ JalinMerapi?" tanya Donny BU.

Soal penyelenggaraan telematika ini juga pernah diutaran oleh aktivis koalisi Masyarakat Informasi (Maksi) dan juga Aliansi Jurnalis Independen (AJI) Margi Margiyono<sup>100</sup>. "Jadi yang bisa membuat aplikasi itu hanya komersial," ujar Margiyono, "Lantas, kalau NGO membuat aplikasi bagaimana? Bukankah web termasuk juga aplikasi,"

Dalam RUU Konvergensi Telematika itu disebutkan bahwa baik penyelenggara non komersial dan komersial harus izin ke menteri. "Jadi kalau kita bikin portal/website harus izin ke menteri dan bayar BHP /Biaya Hak Penggunaan," lanjutnya.

RUU Konvergensi Telematika ini, lanjut Margiyono, jelas berpotensi menghambat gerakan sosial digital atau klik activism dan juga jurnalisme warga. "Bagaimana tidak, untuk menjadi citizen jurnalis dan aktivis sosial digital harus mendapat izin, membayar BHP dan melakukan USO," tambahnya, "UU Pers saja menyatakan bahwa pers tidak perlu ijin, lha kok Citizen Journalist harus izin"

"Begitu pula pers, kecuali penyiaran, tak bayar BHP," tambah Margiyono "Lha kok Citizen journalist harus bayar BHP?"



Dampak buruk RUU Konvergensi Telematika bagi organisasi non pemerintah mulai dikeluhkan oleh aktivis Combine Resource Institute. "Organisasi kami menggunakan alat dan perangkat telematika untuk pemberdayaan masyarakat (kebutuhan non komersial)," ujar Ranggoaini Jahja, aktivis Combine Resource Institute kepada SatuDunia<sup>101</sup>, "Sehingga jika penerapan RUU ini akan membatasi ruang kami untuk melakukan kerja pemberdayaan, sementara operator swasta memperlakukan jenis layanan kepada masyarakat secara sama maka organisasi kami menolak RUU ini,"

#### *d. Ketimpangan Akses Telematika*

Ketimpangan akses telematika yang menjadi fakta di Indonesia menjadi persoalan serius dalam konteks perlawanan warga terhadap wacana dominan konvergensi media konglomerasi. Warga yang ada di luar Jawa, utamanya di sebagian kawasan Indonesia tengah dan Timur akan kesulitan mengimbangi atau melawan dominasi wacana media konglomerasi melalui blog, jurnalisme warga jika mereka tidak memiliki akses terhadap telematika.

Akibatnya, tentu saja apa yang dipublikasikan oleh media konglomerasi yang telah konvergen itu mendominasi wacana publik dan dianggap sebagai sebuah kebenaran tunggal. Perlawanan warga di kawasan Indonesia tengah dan timur terhadap wacana dominan media konglomerasi menjadi penting, utamanya menyangkut persoalan pengelolaan sumberdaya alam. Mengingat kawasan itu sangat kaya dengan sumberdaya alam. Sementara di sisi lain, sebagian konglomerat media selain memiliki bisnis media juga memiliki bisnis yang terkait dengan sumber daya alam semisal, perkebunan sawit dan tambang.

"Jika konsep besarnya adalah hak warga negara (masyarakat luas), mengapa yang diatur dalam RUU Konvergensi Telematika ini lebih kental soal hak konsumen/pengguna?" ujar Donny BU, "Sementara hak warga negara, utamanya yang belum mendapat akses telematika, belum atau tidak diatur,"

Terkait dengan hak warga itu pula, Donny BU mengaku sepakat dengan catatan yang pernah dibuat oleh Yayasan SatuDunia terkait hak warga negara dalam RUU Konvergensi Telematika ini. Dalam Brief Paper SatuDunia<sup>102</sup> tentang RUU Konvergensi Telematika menyebutkan telah terjadi pereduksian hak warga negara menjadi sekedar hak konsumen.

Menurut Brief Paper SatuDunia, meskipun berkali-kali disebutkan kata masyarakat dalam RUU Konvergensi Telematika, namun di batang tubuh RUU ini justru tidak ada satu pasal pun yang mengatur hak warga negara. Dalam salah satu pasal di RUU ini mengatur perlindungan konsumen tapi bukan warga negara.

Antara konsumen dan warga negara jelas sesuatu yang berbeda. Hak konsumen muncul didasarkan atas hubungan transaksional dengan korporasi. Sementara hak warga negara muncul didasarkan atas kontrak sosial yang dibuat antara negara dan warganya.

Dalam kontrak sosial itu, negara diberikan mandat untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak warganya. Termasuk hak warga atas pembangunan dalam hal ini termasuk pembangunan telematika. Dalam pasal 38 RUU Konvergensi Telematika memang disebutkan bahwa pelaksanaan kewajiban pelayanan universal telematika<sup>103</sup> menjadi tanggung jawab pemerintah.

Sayangnya di RUU Konvergensi Telematika itu tidak disebutkan mengenai hak warga negara jika layanan universal gagal dipenuhi pemerintah. Apakah warga negara berhak komplain atau bahkan mengajukan gugatan jika layanan universal telematika itu gagal disediakan pemerintah? Tidak jelas, karena hak warga negara untuk komplain dan menggugat itu tidak disebutkan dalam RUU.

Di sisi lain dalam RUU Konvergensi Telematika ini hanya mengatur perlindungan mengenai hak konsumen atau pengguna telematika. Artinya, dalam RUU ini hak warga negara telah direduksi menjadi hak konsumen. Hak warga negara untuk komplain bahkan menggugat tidak ada payung hukumnya selama kita belum menjadi konsumen produk telematika. Hak warga negara pelosok Indonesia untuk komplain dan menggugat akibat kegagalan pemerintah menyediakan layanan universal telematika tidak mendapat perlindungan sama sekali dalam RUU ini. Ini sangat sesuai dengan penjelasan umum RUU ini, bahwa “...*paradigma telematika dari vital dan strategis dan menguasai hajat hidup orang banyak menjadi komoditas yang dapat diperdagangkan....*”

### Daftar Pustaka

[http://id.wikipedia.org/wiki/Teknologi\\_Informasi\\_Komunikasi](http://id.wikipedia.org/wiki/Teknologi_Informasi_Komunikasi)

<http://biginaict.wordpress.com/2010/11/01/ruu-konvergensi-belum-konvergen/>

<http://www.internetworldstats.com/stats.htm>

<http://www.prasyapuspita.info/berita-113-sejarah-perkembangan-telematika-di-indonesia.html>

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/EASTASIAPACIFICEXT/INDONESIA/INBAHASAEXTN/0,,menuPK:447277~pagePK:141132~piPK:141109~theSitePK:447244,00.html>

Berita Resmi Statistik No. 42 / IX / 14 Agustus 2006

INDONESIAN ICT-2009 FACTS & FIGURES

<http://the-marketeers.com/archives/attitude-and-behavior-pengguna-internet-di-indonesia.html>

Indepth Report SatuDunia, “Revolusi Digital Samadengan Revolusi Hijau?”  
[http://www.satudunia.net/system/files/Indepth%20Report-Revolusi%20Digital%20sama%20dengan%20Revolusi%20Hijau%20%3F\\_SD.pdf](http://www.satudunia.net/system/files/Indepth%20Report-Revolusi%20Digital%20sama%20dengan%20Revolusi%20Hijau%20%3F_SD.pdf)

[http://jakarta.bps.go.id/fileupload/brs/Miskin\\_2011.pdf](http://jakarta.bps.go.id/fileupload/brs/Miskin_2011.pdf)

GATS: Liberalisasi Kehidupan, Lutfiyah Yamnin dan Yanuar Nugroho, Institute Global of Justice, 2008

Peraturan Pemerintah (PP) No 20 Tahun 1994 tentang Pemilikan Saham dalam Perusahaan yang Didirikan dalam Rangka Penanaman Modal Asing.

Keputusan Menteri (KM) Perhubungan Nomor 72 Tahun 1999 tentang Cetak Biru Kebijakan Telekomunikasi Indonesia.

Undang Undang (UU) Nomor 36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi.

Buku Putih, "Komunikasi dan Informatika", Kementerian Telekomunikasi dan Informatika Republik Indonesia, tahun 2010.

Snapshot of Indonesia Social Media Users - Saling Silang Report Feb 2011.  
<http://www.slideshare.net/salingsilang/snapshot-of-indonesia-social-media-users-saling-silang-report-feb-2011>.

Terpusatnya kepemilikan media di tangan sedikit orang/perusahaan.  
<http://twitoaster.com/country-us/ndorokakung/konglomerasi-media-mungkin-tak-menguntungkan-publik-karena-akan-terjadi-keseragaman-suara/>  
<https://fordiletante.wordpress.com/2008/01/29/konglomerasi-media-dalam-grup-mnc-media-nusantara-citra/>

KONSENTRASI MEDIA MASSA DAN MELEMAHNYA DEMOKRASI, Henry Subiakto, Dosen Jurusan Komunikasi FISIP dan Program Pascasarjana Studi Media dan Komunikasi Universitas Airlangga, Surabaya.

<http://www.investor.co.id/bedahemiten/era-konvergensi-di-mata-bakrie-telecom/8867>

Satriyo Dharmanto, Presentasi di Working Group Licencing, Bandung, 18 Februari 2010



## Jaminan Perlindungan Terhadap Pers, dalam Relasi Hukum dan Hak Asasi Manusia

Maharani Siti Shopia<sup>104</sup>

### Pendahuluan

Pers Indonesia mencatat sejumlah wartawan yang tewas berkaitan dengan kegiatan mereka sebagai jurnalis. Mereka, antara lain, wartawan *Harian Bernas*, Yogyakarta, Fuad M. Syafruddin yang tewas pada 16 Agustus 1996 dan wartawan *Radar Bali*, Anak Agung Gede Bagus Narendra Prabangsa yang dibunuh pada 11 Februari 2009 dan mayatnya ditemukan di perairan Teluk Bangsir, Karangasem pada 16 Februari 2009, Sepanjang tahun 2010, yang konon tercatat sebagai tahun terbanyak tewasnya wartawan Indonesia, mereka antara lain, Alfrets Mirulewan (mingguan *Pelangi*), Ridwan Salamun (Sun TV), Ardiansyah Matra'is (*Merauke TV*), Muhammad Syaifullah (wartawan *Kompas* Biro Kalimantan), dan Asep Pajario (*Sriwijaya Post*)<sup>105</sup>.

Sebut saja Alfrets, 28 tahun, yang dalam catatan kronologisnya, ditemukan tewas mengapung, Jumat dini hari, 17 Desember 2010 di dekat Dermaga Pantai Nama, Pulau Kisar, Kabupaten Maluku Barat Daya, Provinsi Maluku setelah menghilang sejak 15 Desember 2010. Sebelum hilang dan kemudian ditemukan tak bernyawa, dia tengah melakukan investigasi penyeludupan Bahan Bakar Minyak (BBM) di Wonreli-Kisar Kecamatan Pulau-Pulau. Kepolisian Daerah Maluku kemudian menahan lima tersangka yang diduga terlibat dalam pembunuhan Pemimpin Redaksi Tabloid *Pelangi* itu. Mereka, antara lain, anggota Ditpolairud, Briptu MS alias Macho dan dua lainnya, Imanuel dan Thomas Pokey, pegawai APMS CV Yotowana milik Titus Tilukay.<sup>106</sup> Menurut polisi, dari pengakuan para tersangka, Alfrets sebelumnya disekap dan disiksa di sebuah gudang di dekat pelabuhan pengiriman Bahan Bakar Minyak (BBM) sebelum kemudian mayatnya dibuang di perairan Kisar.

Para wartawan di Ambon segera menuntut kepolisian menangkap pelaku pembunuhan tersebut. Para wartawan yang tergabung dalam Maluku Media Centre (MMC) juga melakukan investigasi, mencari dan mengumpulkan informasi berkaitan dengan tewasnya rekan mereka. Dalam catatan MMC, saksi kunci kematian Alfrets mengalami ancaman yang dapat mengancam jiwanya, sampai akhirnya mereka harus diungsikan di suatu pulau karena ancaman yang akan membahayakan jiwa para saksi tersebut. Sayangnya, proses evakuasi dan pengungsian terhadap para saksi kunci tersebut, justru dilakukan secara swadaya, tanpa peran negara.

Meski akhirnya Polda Maluku memeriksa sekitar 33 orang yang diduga mengetahui dan terlibat pembunuhan tersebut dan menetapkan lima tersangka, namun kematian Alfrets masih menuai banyak pertanyaan mengenai peran negara dalam memberikan perlindungan terhadap pers Indonesia dan saksi kunci yang dapat membantu peran aparat penegak hukum dalam mengungkap kejahatan tersebut.

Tewasnya sejumlah wartawan pada 2010 itu membuat Indonesia mendapat sorotan dari sejumlah lembaga pers internasional. Committee to Protect Journalist (CPJ) menempatkan Indonesia sebagai lima negara berbahaya bagi jurnalis. Sebelumnya, pada 2009 Indonesia sudah masuk dalam daftar 17 negara berbahaya bagi jurnalis.

Aliansi Jurnalistik Independen mencatat kekerasan terhadap wartawan terus terjadi dari tahun ke tahun. Pada 2006, misalnya, tercatat terjadi 53 kasus kekerasan kepada wartawan. Ada pun pada 2007 ada 75 kasus, 2008, 59 kasus, 2009 tercatat 37 kasus serta pada tahun 2010 ada 51 kasus<sup>107</sup>.

### **Jaminan Perlindungan Terhadap Pers**

Fenomena yang kerap terjadi dari tahun ke tahun ini menunjukkan peluang kekerasan terhadap pers akan terjadi lagi di masa yang akan datang. Praktis, kondisi ini cenderung akan menyuburkan upaya pembungkaman pers dan tindakan koruptif di negeri ini. Pers yang takut mengungkap kasus korupsi karena diteror atau mendapat ancaman, misalnya, akan menyuburkan korupsi itu sendiri. Pers yang takut terhadap ancaman preman, misalnya, akan menyuburkan premanisme itu sendiri, dan jika itu terjadi, masyarakat juga yang menderita.

Seperti diketahui, lahirnya Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang Perlindungan Saksi dan Korban merupakan tonggak sejarah dimulainya upaya-upaya yang lebih serius terhadap perlindungan saksi dan korban di Indonesia. Hukum Acara Pidana sebagai prosedur penegakan hukum di Indonesia belum mengatur secara signifikan perlindungan saksi dan korban. Selama ini, Perlindungan terhadap tersangka atau terdakwa masih lebih dominan. Padahal saksi maupun korban memegang peran penting dalam proses penegakan hukum.

Dalam suatu peradilan pidana, seringkali penegak hukum mengalami kesulitan untuk mendapatkan keterangan dari saksi dan korban, karena adanya ancaman fisik maupun psikis dari pihak tertentu yang khawatir kejahatannya terungkap. Peran saksi dan korban kian penting karena keterangan mereka merupakan salah satu alat bukti yang sah dalam peradilan pidana. Oleh karena itu, sangatlah tidak adil apabila mereka tidak mendapatkan penghargaan berupa perlindungan untuk keamanan pribadi, keluarga, dan harta benda. Hal ini mengingat, kemampuan seorang saksi dalam memberikan kesaksian tanpa rasa takut dan intimidasi atau pembalasan menjadi salah satu isu utama dalam memelihara kepastian hukum.

Indonesia sebagai salah satu negara yang telah meratifikasi The United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UN TOC Convention) melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2008, memiliki Konsekuensi untuk melakukan upaya-upaya yang pantas dalam memberikan perlindungan yang efektif terhadap pembalasan dan intimidasi terhadap saksi yang memberikan kesaksiannya dalam kasus-kasus kejahatan transnasional terorganisir sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 24 UN TOC.

Di Amerika Serikat, upaya perlindungan terhadap saksi dan korban telah dimulai sejak tahun 1970, dalam pengungkapan kejahatan terorganisasi yang dikendalikan mafia. Upaya itu kemudian dilembagakan dan mendapat payung hukum berupa Undang-Undang Pengendalian Kejahatan Terorganisasi (Witness Security Programes). Dalam Program tersebut, Pemerintah Amerika Serikat memastikan keamanan fisik saksi yang berada dalam resiko melalui penempatan tempat tinggal baru yang bersifat rahasia dengan merubah identitas saksi yang dilindungi tersebut<sup>108</sup>. Berhasil-tidaknya suatu program perlindungan saksi tersebut, tidak lepas dari adanya kerjasama antara pihak-pihak terkait maupun saksi itu sendiri.

Negara-negara lain yang kemudian memandang perlindungan saksi dan korban menjadi bagian penting dalam penegakan hukum, memutuskan untuk membentuk program perlindungan saksi, seperti Australia, Hongkong, Kolombia, Jerman, Italia dan Afrika Selatan, selain itu juga dalam lingkup International Criminal Court permanen dan Ad Hoc dalam pengungkapan kejahatan-kejahatan *extra ordinary crimes*.

Seperti diketahui, definisi saksi itu sendiri dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang Perlindungan Saksi dan Korban yakni “orang yang dapat memberikan keterangan guna kepentingan penyelidikan, penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di sidang pengadilan tentang suatu perkara pidana yang ia dengar sendiri, ia lihat sendiri dan ia alami sendiri.”<sup>109</sup>

Jaminan perlindungan melalui ketentuan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang Perlindungan Saksi dan Korban dimaksudkan untuk memberikan rasa aman kepada saksi dan/atau korban dalam memberikan keterangan pada setiap proses peradilan pidana. Undang-Undang ini juga menjamin adanya bentuk perlindungan berupa<sup>110</sup>:

- a. Memperoleh perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga dan harta bendanya, serta bebas dari ancaman yang berkenaan dengan kesaksian yang akan, sedang atau telah diberikannya
- b. Ikut serta dalam proses memilih dan menentukan bentuk perlindungan dan dukungan keamanan;
- c. Memberikan keterangan tanpa tekanan;
- d. Mendapat penerjemah;
- e. Bebas dari pertanyaan menjerat;
- f. Mendapatkan informasi mengenai perkembangan kasus;
- g. Mendapatkan informasi mengenai putusan pengadilan;
- h. Mengetahui dalam hal terpidana dibebaskan;
- i. Mendapat identitas baru;
- j. Mendapatkan tempat kediaman baru;
- k. Memperoleh penggantian biaya transportasi sesuai dengan kebutuhan;
- l. Mendapat nasihat hukum; dan/atau
- m. Memperoleh bantuan biaya hidup sementara sampai batas waktu perlindungan berakhir.

Ketentuan ini tentu merupakan barang baru dalam system peradilan pidana, belum lagi lahirnya Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK) di tengah lembaga penegak hukum yang telah mapan berpuluh-puluh tahun. Sebagai barang baru, tentunya keberadaan LPSK peran tapi pasti menuai besarnya ekspektasi masyarakat terhadap upaya perlindungan terhadap saksi dan korban selama ini.

Terdapat dua unsur kunci dalam perlindungan saksi dan korban, yaitu saksi itu sendiri dan pihak lain yang mempunyai hubungan dalam kasus tindak pidana yang berpotensi membahayakan dirinya sendiri. Kedua unsur tersebut merupakan objek yang harus mendapat perlindungan karena peranannya dalam penegakan hukum sangat penting.

Selain perlindungan terhadap saksi, sejumlah pengaturan<sup>111</sup> juga mengenal perlindungan terhadap *whistleblower* yakni pelapor yang berani mengungkap skandal korupsi atau tindak pidana kejahatan serius, meskipun dia sendiri terlibat didalamnya belum dihargai secara layak. Seringkali pada akhirnya pelapor tersebut ikut menanggung akibat perbuatannya.

Jaminan perlindungan terhadap saksi, pelapor dan korban ini sejatinya memberikan angin segar terhadap kebebasan pers Indonesia. Hal ini berbanding lurus dengan ketentuan kebebasan pers yang ditegaskan dalam Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Pasal 14 ayat (1) Undang-Undang tentang HAM menyatakan, Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi yang diperlukan untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya. Ada pun ayat 2 undang-undang tersebut berbunyi, *"Setiap orang berhak mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis sarana yang tersedia."*

Kebebasan pers ini kemudian mencapai puncaknya saat Presiden B.J Habibie pada 23 September 1999 mensahkan Undang-Undang Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers. Undang-undang Nomor 40 Tahun 1999 tidak hanya menegaskan pentingnya arti pers bagi sebuah negara, tapi juga penegasan tidak ada sensor dan pembredelan terhadap pers. Undang-Undang tersebut sekaligus menggantikan Undang-Undang No. 11 Tahun 1966 mengenai Ketentuan-Ketentuan Pokok Pers, yang ditambah dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1967 dan kemudian diubah dengan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1982.

Berkaitan dengan kebebasan pers yang ditegaskan dalam Undang-Undang Pers dan dijamin dalam Undang-Undang tentang HAM, Hincsa Panjaitan menyatakan, yang dimaksud "kemerdekaan Pers dijamin sebagai hak asasi adalah pers bebas dari tindakan pencegahan, pelarangan, dan atau penekanan agar hak masyarakat untuk memperoleh informasi terjamin.

Iklim kebebasan pers tersebut pada akhirnya tidak saja melahirkan banyak media, tapi juga memberi kebebasan pers untuk menulis segala sesuatu yang tidak mungkin bisa diutarakan saat pemerintahan rezim Soeharto.

Badan dunia UNESCO melihat perubahan pers Indonesia pascarezim Soeharto sebagai berikut: "Pers sekarang dapat mengungkapkan hampir semua peristiwa yang tidak bisa disentuh di era Presiden Soeharto tanpa mengandung resiko bagi para wartawan. Di masa itu mereka yang memiliki keberanian untuk bekerja secara merdeka akan menghadapi kemungkinan kehilangan pekerjaan menghadapi ancaman hukuman penjara atau -dalam beberapa kasus ekstrem- kehilangan jiwa mereka. Namun, sekarang sejumlah peristiwa besar menyangkut korupsi telah diungkap. Melalui program-program interaktif yang diproduksi berbagai media, publik juga memberikan pandangan mereka dalam berbagai masalah yang penting bagi kehidupan mereka sehari-hari."<sup>112</sup>

Pasal-pasal yang menegaskan kemerdekaan, fungsi dan pentingnya pers dalam Undang-Undang Nomor 40 Tahun 1999 adalah

Pasal 2 : Kemerdekaan pers adalah salah satu wujud kedaulatan rakyat yang berasaskan prinsip-prinsip demokrasi, keadilan, dan supremasi hukum.

Pasal 3 ayat (1): Pers nasional mempunyai fungsi sebagai media informasi, pendidikan, hiburan, dan kontrol sosial.

Pasal 6 : Pers nasional melaksanakan peranannya:

- a. memenuhi hak masyarakat untuk mengetahui
- b. menegakkan nilai-nilai dasar demokrasi, mendorong terwujudnya supremasi hukum dan hak asasi manusia, serta menghormati kebhinnekaan
- c. mengembangkan pendapat umum berdasarkan informasi yang tepat, akurat, dan benar
- d. melakukan pengawasan, kritik, koreksi, dan saran terhadap hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan umum, dan
- e. memperjuangkan keadilan dan kebenaran.

Sedangkan kemerdekaan pers ditegaskan dalam:

Pasal 4 ayat (1) : Kemerdekaan pers dijamin sebagai hak asasi warga negara,

Pasal 4 ayat (2) : Terhadap pers nasional tidak dikenakan penyensoran, pembredelan atau pelarangan penyiaran

Pasal 4 ayat (3) : Untuk menjamin kemerdekaan pers, pers nasional mempunyai hak mencari, memperoleh dan menyebarkan gagasan dan informasi.

Undang-Undang tentang Pers juga memberi sanksi kepada mereka yang menghalang-halangi kerja wartawan. Pasal 18 Undang-Undang tentang Pers menyatakan, Setiap orang yang secara melawan hukum dengan sengaja melakukan tindakan yang berkaitan menghambat atau menghalangi pelaksanaan ketentuan Pasal 4 ayat 2 dan ayat 3 dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 tahun atau denda paling banyak Rp 500 juta.

Kemerdekaan pers yang berkaitan erat dengan kebebasan mencari informasi juga semakin mendapat dukungan dengan disahkannya Undang-Undang Keterbukaan Informasi Publik, UU No. 14/2008. Sejumlah pasal yang juga berkaitan erat dengan tugas pers antara lain.

**Pasal 4:**

Ayat 1: "Setiap orang berhak memperoleh informasi publik sesuai dengan ketentuan undang-undang ini.

Ayat 2: "Setiap orang berhak:

- a. melihat dan mengetahui informasi publik.
- b. menghadiri pertemuan publik yang terbuka untuk umum untuk memperoleh informasi publik

- c. mendapatkan salinan informasi publik melalui permohonan sesuai dengan undang-undang ini; dan/atau
- d. menyebarkan informasi publik sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

### **Kekerasan dan perlindungan pers sebagai korban**

Perlindungan terhadap korban di Indonesia secara komprehensif bisa dibilang masih jauh panggang dari api. Penegakan hukum selama ini cenderung lebih memperhatikan kepentingan pelaku atau tersangka pelaku kejahatan, ataupun terdakwa dan terpidana korban kejahatan. Sudut pandang dari sisi korban belum mendapat ruang.

Perhatian terhadap saksi dalam suatu kejahatan juga cenderung menyisihkan korban. Terlebih lagi bila kedudukan saksi tersebut pada saat bersamaan juga sebagai tersangka atau terdakwa, terasa mendapat perhatian lebih. Tapi untuk korban yang murni (bukan pelaku sekaligus bukan saksi), perhatian untuk mereka masih amat minim. Bahkan, malah sering terjadi reviktimisasi atau double victimization, sebuah kondisi dimana korban kejahatan setelah terviktimisasi kemudian menjadi korban lagi akibat sikap aparat penegak hukum yang kurang tepat.

Sistem hukum Indonesia belum secara komprehensif mengatur perlindungan bagi korban kejahatan. Meskipun hadirnya Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang Perlindungan Saksi dan Korban merupakan terobosan hukum yang menarik dalam hal akomodasi hak-hak saksi dan korban yang tidak diatur secara lengkap dalam KUHP. Walau belum sempurna, tapi sebagai produk hukum awal yang memberikan perlindungan terhadap hak-hak korban dan saksi, UU tersebut dapat dijadikan salah satu acuan utama.

Ada banyak peran yang dapat dilakukan oleh negara dalam hal perlindungan korban. Peran-peran tersebut sepatutnya harus berangkat dari pendekatan ataupun kebijakan pidana yang diterapkan oleh negara tersebut. Perkembangan terkini yang patut dicermati adalah adanya strategi pengembangan dalam melakukan pembaharuan hukum pidana.

Sebagaimana hasil *international penal reform conference* yang diselenggarakan di London (13-17 April 1999)<sup>113</sup>, strategi tersebut meliputi antara lain:

1. Restorative Justice (keadilan restoratif)
2. Alternative dispute resolution (alternatif penyelesaian sengketa)
3. Informal justice (keadilan informal)
4. Alternative to Custody (alternatif daripada pemenjaraan)
5. Alternative ways of dealing with juvenile (alternatif cara untuk menanggulangi anak bermasalah dengan hukum)
6. Dealing with violent crime (menanggulangi kejahatan dengan kekerasan)
7. Reducing the prison population (mengurangi penghuni penjara/narapidana)
8. The proper management of prison (menajemen penjara yang lebih banyak)
9. The role of civil society in penal reform (pernana daripada masyarakat sipil dalam reformasi pemidanaan).

Terkait pelayanan kepada korban, John Dussich, Direktur Tokiwa International Victimology Institute (TIVI) di mita Jepang; dan mantan presiden dari world Society of victimology (WSV) menyebutkan cakupan pelayanan korban (victim services) sebagai berikut<sup>114</sup>:

*Pelayanan korban adalah aktifitas-aktifitas yang dilakukan dalam rangka respon terhadap victimisasi dengan maksud untuk mengurangi penderitaan dan memfasilitasi pemulihan korban. Termasuk dalam aktifitas pelayanan korban adalah memberikan informasi, melakukan tindakan/pemeriksaan, melakukan intervensi individual, terlibat dalam advokasi sosial, mengajukan kebijakan publik dan bekerja di dalam program-program pengembangan perlindungan untuk korban.*

Penyebab korban kejahatan di Indonesia belum memperoleh perlindungan secara memadai bervariasi, meliputi sejumlah faktor<sup>115</sup>: *Pertama*, faktor Undang-Undang, yakni banyak wilayah hukum yang belum diatur oleh undang-undang secara spesifik. UU yang ada masih bersifat parsial, dan keberadaannya tersebar dalam berbagai peraturan perundang-undangan lain, sehingga hanya berlaku bagi kejahatan-kejahatan tertentu. Ada pula UU yang belum memiliki peraturan pelaksana sehingga belum dapat dijalankan secara optimal. Perlu harmonisasi aturan perundang-undangan di sini.

*Kedua*, faktor kesadaran hukum korban. Banyak dijumpai korban atau keluarganya yang menolak untuk melaporkan kekerasan yang menimpanya dengan berbagai alasan. Seperti ketakutan adanya ancaman dari pelaku atau ketakutan apabila masalahnya dilaporkan akan menimbulkan aib bagi korban maupun keluarganya.

*Ketiga*, faktor fasilitas pendukung. Kurangnya sarana dan prasarana pendukung dalam upaya perlindungan korban kejahatan yang paling nyata dirasakan adalah pada perlindungan korban akibat kekerasan dalam rumah tangga.

*Keempat*, sumber daya manusia, keterbatasan SDM, baik secara kuantitas maupun kualitas, turut mempengaruhi kualitas pemberian perlindungan hukum terhadap korban kejahatan.

Seringkali, kita terfokus pada upaya penegakan hukum terhadap kasus kekerasan terhadap pers. Namun, terkadang justru melupakan posisi istri, anak dan keluarga korban pembunuhan dan kekerasan pers yang mengalami dampak langsung akibat kejahatan yang ia alami.

Tak dapat dipungkiri, isu perlunya diberikan perlindungan hukum pada korban kejahatan secara memadai merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari pengembangan restorasi hukum dalam system epradilan pidana. Selain itu, pentingnya perlindungan korban kejahatan sejak lama telah mendapat perhatian serius dari masyarakat dunia. Misalnya dengan dibentuknya declaration of basic principal of justice for victims of crime and abuse of power oleh PBB, sebagai hasil *Seven United Nation Congress on The Prevention of Crime And The Treatment Of Ofenders*, yang berlangsung di Milan, Italia, September 1985.

Belum lagi dalam perkembangan hukum pidana di Indonesia, pendekatan keadilan restorative merupakan pergeseran paling mutakhir dari berbagai model dan mekanisme yang bekerja dalam system peradilan pidana. Pendekatan keadilan restorative merupakan suatu paradigma yang dapat dipakai sebagai bingkai dari strategi penanganan perkara

pidana, yang bertujuan menjawab ketidakpuasan atas bekerjanya system peradilan pidana yang ada saat ini.

Pergeseran dari keadilan retribusi ke arah keadilan restorasi ini terbukti dapat memberikan dampak positif bagi pencegahan dan penanggulangan kejahatan. Sejatinya, ganti rugi bagi korban bertujuan untuk meringankan penderitaan korban dan reaksi balas dendam korban terhadap pelaku kejahatan.

Pergeseran ini tampaknya telah ditangkap dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang Perlindungan Saksi dan Korban, dimana Pasal 7 UU ini mengatur mengenai Hak korban memperoleh restitusi atau ganti kerugian yang menjadi tanggung jawab pelaku tindak pidana. Selain itu, Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang

Perlindungan Saksi dan Korban memberikan jaminan perlindungan medis dan psikologis terhadap korban kejahatan yang juga menjadi saksi dan peradilan pidana. Pemberian perlindungan ini tentunya menjawab kebutuhan korban kejahatan yang kerap mengalami penderitaan fisik, mental, dan/atau kerugian ekonomi akibat dari suatu tindak pidana.

Akhirnya, perlindungan saksi dan korban dalam kejahatan terhadap pers di Indonesia merupakan pertaruhan kredibilitas Negara dalam menjamin kebebasan pers. Diperlukan suatu komitmen yang tinggi dan perjuangan dalam menjamin perlindungan dan hak-hak pers di Indonesia. Tentunya tujuan perlindungan ini bukanlah semata-mata memenuhi hak-hak pers sebagai saksi dan korban, tapi juga memerangi kejahatan terorganisir atau pelanggaran HAM terhadap insan pers di Indonesia. Semoga!



## **Regulasi Media: Dialektika antara Ruang Publik dan Kepentingan Ekonomi Politik**

**Mas Agus Firmansyah**

### **Pengantar**

Dalam berbagai literatur politik modern disebutkan bahwa media massa merupakan pilar ke-empat dalam struktur negara demokrasi setelah eksekutif, legislatif dan yudikatif. Penempatan media massa sebagai pilar ke-empat dalam demokrasi ini dikarenakan media dapat menjalankan fungsi ruang publik (*public sphere*) bagi berbagai elemen masyarakat untuk mengemukakan pendapat atau bahkan mengkritik penyelenggaraan negara. Sebagai ruang publik (*public sphere*), media dapat sekaligus berfungsi sebagai katalisator informasi diantara masyarakat tanpa harus ada intervensi dari negara maupun pasar (*market*). Oleh karena itu, media dipandang memainkan peran strategis untuk terciptanya sebuah ruang sosial yang bernama ruang publik dalam sistem demokrasi ideal disuatu negara.

Sebagai bagian kecil subsistem dari sistem besar yang terdapat dalam suatu entitas negara, corak media massa memang tidak bisa dilepaskan dari relasinya dengan sistem dan karakteristik pemerintahan yang sedang berkuasa. Dalam literatur klasik (lihat; Siebert, Paterson dan Scharmm, 1956) pembahasan mengenai relasi antara media dengan sistem pemerintahan tersebut melahirkan apa yang dikenal luas dengan "*Four Theories of Press*" atau empat teori pers sebagaimana dikemukakan oleh Siebert dan Peterson dalam Harahap (2003) yang antara lain terdiri dari; (1) Teori Pers Otoritarian, (2) Teori Pers Libertarian, (3) Teori Pers Komunis, dan (4) Teori tanggung jawab sosial. Teori ini menggambarkan hubungan kausalitas bagaimana media massa harus bekerja dalam suatu sistem negara dengan karakteristik pemerintahan yang berbeda.

Terkait dengan relasi media dan negara juga, Dhakidae dalam disertasinya (1991:95) menjelaskan bahwa "apabila negara menguat maka media akan melemah, begitu pula sebaliknya apabila negara melemah dengan sendirinya media akan menguat". Penjelasan ini memberikan gambaran bahwa keberadaan media dalam sebuah sistem pemerintahan yang kuat dan represif akan cenderung melemahkan kekuatan media. Ketika kontrol pemerintah terhadap media diperlongar, penguatan media dengan sendirinya akan terjadi. Namun, penguatan media dengan kelonggaran regulasi dari pemerintah tersebut berpotensi menghadirkan kekuatan pasar (*market*) sebagai regulator utama yang hadir dalam wujud tidak terlihat namun dapat dirasakan keberadaannya. Inilah yang kemudian dinamakan *market regulation*. Dalam *market regulation*, institusi beserta konten media memungkinkan untuk disetir oleh kepentingan pemilik modal atau pengiklan. Pasang surut relasi antara media dan pemerintah di Indonesia serta pasar pada sisi lain, melahirkan berbagai bentuk perlakuan berbeda dalam kebijakan regulasi media massa dari satu masa pemerintahan ke masa pemerintahan lainnya.

Secara historis, regulasi yang mengatur media massa di Indonesia sebenarnya telah ada jauh sebelum negara Indonesia hadir sebagai negara berdaulat. Ini dapat dilihat dari adanya Radiowet (Undang-Undang tentang Radio) yang diterbitkan Pemerintah Kolonial Belanda pada tahun 1934. Menurut Saefudin (2004:53), "setelah Indonesia merdeka Presiden Soekarno pada masa Orde Lama, mengesahkan UU No. 11 Tahun 1966 tentang ketentuan-ketentuan Pokok Pers. Undang-undang inilah yang kemudian menjadi landasan

yuridis sistem pers di awal pemerintahan Orde Baru". Seiring dengan berjalannya waktu, Pemerintahan Orde Baru di bawah kepemimpinan Soeharto kemudian menjelma menjadi kekuasaan yang sangat otoriter dan represif terlebih lagi terhadap media massa. Keharusan adanya surat izin usaha penerbitan pers (SIUPP) serta pembreidelan terhadap surat kabar dan majalah merupakan kebijakan yang diterapkan pemerintah Orde Baru untuk melakukan kontrol kepemilikan sekaligus kontrol terhadap konten media<sup>116</sup>.

Pada masa Orde Baru ini, media tidak bisa dipungkiri merupakan instrumen politik yang dikendalikan sepenuhnya oleh penguasa untuk dijadikan "humas" bagi keberhasilan pembangunan yang dilakukan pemerintah. Sehingga peran dan fungsi ruang publik sebagai mekanisme kontrol sosial yang dilakukan media terhadap jalannya pemerintahan Orde Baru dapat dikatakan mengalami kebuntuan. Kondisi dan situasi seperti itu dalam terminologi Althusser dalam Gramsci (1991:80) dijelaskan bahwa media telah menjelma sebagai "*ideological state apparatus*", dimana media dijadikan bagian dari aparatur negara yang bersifat ideologis. Dengan kata lain, Orde Baru di bawah kepemimpinan Soeharto menempatkan media hanya sebagai sarana atau alat bagi negara untuk pengembangan ideologi penguasa dengan orientasi utama melanggengkan kekuasaan<sup>117</sup>.

Namun, media sebagai instrumen kekuasaan Orde Baru ini juga pernah mengalami proses penyesuaian dan adaptasi, mengikuti perkembangan sektor media global yang mengarah kepada privatisasi industri sebagai bagian dari industri media kapitalistik. Dalam proses penyesuaian dan adaptasi tersebut, Dedy N.Hidayat menjelaskan bahwa:

Antara tahun 1987-1998, pers Indonesia berada dalam persimpangan antara fungsi pers sebagai hegemoni negara dengan fungsi pers sebagai institusi kapitalis. Disatu sisi pemerintah mulai mengadopsi prinsip-prinsip pers liberal, namun disisi lain mempertahankan kebijakan-kebijakan sektor media yang bertentangan dengan semangat libertarianisme. Dalam kurun waktu itu, yang dilakukan pemerintah kurang lebih adalah liberalisasi media yang bersifat proteksionis sehingga tidak mengubah, namun malah lebih memperkuat struktur kapitalisme kroni khas Orde Baru. (Hidayat, 2000:128)

Indikasi yang dikemukakan Hidayat (2000) tersebut semakin nyata ketika perijinan media seperti Surat Izin Usaha Penerbitan Pers (SIUPP) ataupun izin spektrum frekuensi siaran hanya diberikan kepada segelintir pelaku bisnis yang merupakan kroni dan kerabat dekat Soeharto<sup>118</sup>. Pemberian SIUPP dan izin frekuensi siaran sendiri adalah bagian dari mekanisme dan praktik pelangengan kekuasaan yang dilakukan penguasa Orde Baru untuk menyeleksi dan memastikan bahwa mereka yang memiliki surat kabar adalah mereka yang secara politis tidak bertentangan dengan pemerintah. Untungnya, praktik kebijakan regulasi media yang mengkoloni media sebagai instrumen kekuasaan Pemerintah pada akhirnya turut memudar seiring dengan jatuhnya Pemerintahan Orde Baru.

Implikasi paling nyata yang dirasakan masyarakat dari sistem demokrasi pasca kejatuhan pemerintahan Orde Baru adalah keterbukaan informasi. Keterbukaan informasi ini tidak bisa dilepaskan dari keberadaan produk hukum yang menjadi landasan dan jaminan perlindungan terhadap praktik aktivitas pencarian hingga mempublikasikan informasi. Mulai dari UU Pers No.40 Tahun 1999, UU Penyiaran No.32 Tahun 2002, UU ITE No.11 Tahun 2008 hingga UU No. 14 Tahun 2008 mengenai Keterbukaan Informasi Publik, merupakan produk hukum yang secara khusus ditujukan agar tercipta keterbukaan

informasi. Urgensi diperlukannya pengaturan dalam regulasi media salah satunya memang ditujukan untuk mewujudkan keterbukaan informasi yang berorientasi pada konsep keberagaman kepemilikan media dan keberagaman konten, dimana publik mendapatkan porsi untuk memanfaatkan media sebagai ruang publik (*public sphere*). Pada praktiknya media massa saat ini seringkali malah dikolonialisasi oleh berbagai kepentingan ekonomi dan politik, baik yang bersumber dari struktur internal organisasi media (pemilik dan redaksi), maupun kekuasaan ekonomi politik diluar struktur organisasi media itu sendiri.

Untuk mewujudkan situasi dan kondisi ideal dalam regulasi media tentu saja akan berhadapan dengan permasalahan yang sangat kompleks. Muara dari kekompleksitan permasalahan yang dihadapi ini kemudian melahirkan pertanyaan, model regulasi media seperti apa yang seharusnya dikonstruksi sehingga dapat dijadikan landasan dalam pengaturan regulasi media di Indonesia? Sebagai langkah awal dalam usaha pencarian model regulasi media, makalah ini mencoba memfokuskan kajiannya pada pemetaan permasalahan utama yang seringkali hadir dalam pengaturan regulasi media, yaitu pertarungan wacana antara media sebagai ruang publik *vis a vis* dengan media sebagai kepentingan ekonomi politik.

### **Konsepsi Ruang Public VS Kepentingan Ekonomi Politik**

Media massa diyakini merupakan sebuah medium dimana mekanisme pesan dan informasi dapat saling bersirkulasi untuk menghubungkan antar unsur masyarakat dengan lingkungan sekitarnya. Menurut Prijono dalam Nugroho (2012: 21) "istilah media berasal dari bahasa Latin (tunggal: *medium*) yang berarti sesuatu "yang ada di antara" atau "muncul secara publik" atau "ada bagi publik" sebuah *-locus publicus*, ruang publik". Merujuk pada pengertian tersebut, maka dengan sendirinya istilah media sebenarnya dapat dikatakan merupakan bagian integral dari apa yang disebut Habermas (1962) dengan ruang publik/*public sphere*.

Sebagai sebuah terminologi dalam sebuah kajian sosial, ruang publik atau *public sphere* memang pertama kali diperkenalkan dan dipopulerkan oleh Habermas pada tahun 1962<sup>119</sup>. Ruang publik atau *public sphere* dalam uraian Habermas (1989: 49) adalah suatu istilah yang digunakan untuk merujuk pada seluruh realitas kehidupan sosial yang memungkinkan masyarakat untuk bertukar pikiran, berdiskusi serta membangun opini publik secara bersama. Dalam pengertian tersebut, ruang publik tidak hanya diasosiasikan pada keberadaan ruang sosial secara fisik, namun juga menyangkut institusi sosial beserta saluran komunikasi yang memungkinkan masyarakat / publik untuk dapat menyalurkan opini atau pendapatnya secara bebas tanpa adanya tekanan dari negara.

Konsepsi ruang publik / *public sphere* dapat dikatakan merupakan penciptaan ruang sosial diantara negara (*state*) dan masyarakat (*civil society*), dimana setiap warga negara dapat terlibat dalam pertukaran pikiran dan berdiskusi bersama untuk membicarakan urusan publik tanpa harus berada dalam kontrol dan intervensi negara maupun kekuatan ekonomi. Sehingga "penciptaan ruang" inilah yang kemudian dapat diperankan oleh media massa yang berfungsi sebagai institusi sekaligus medium sirkulasi informasi bagi negara dan masyarakat untuk memperbincangkan masalah publik. Pengejawantahan ruang publik melalui institusi media massa kemudian disadari merupakan bagian penting yang dapat dijadikan basis dalam menegakan demokrasi dan penguatan *civil society*. Oleh karenanya

pengendalian dan intervensi terhadap media massa oleh negara maupun pasar secara sistematis, sama saja halnya dengan mengendalikan kepentingan publik.

Dengan demikian, merujuk pada konsepsi ruang publik, media seharusnya diposisikan steril dan netral dari berbagai tekanan yang mempengaruhinya agar dapat menjalankan fungsi ruang publiknya secara ideal. Namun dalam tataran praktiknya hal itu tentu saja sangatlah sulit untuk diimplementasikan. Bagaimanapun juga media massa pada level praktik adalah bagian dari institusi bisnis, yang menjadikan profit sebagai orientasi utama mereka. Sehingga logika seberapa besar margin antara pengeluaran modal dan keuntungan yang diperoleh menjadi kerangka kerja mendasar yang sudah terinternalisasi dalam institusi pengelola media massa.

Kondisi dan situasi seperti itu menjadikan media massa tak ubahnya seperti barang dagangan / komoditas yang menjadi bagian dari suatu produk industri. Sebagai sebuah entitas komoditas, dalam pandangan Curran (2002:46) akan selalu ada kekuatan tertentu yang mendominasi media massa, entah itu pengusaha kapitalis atau elit politik yang berada dalam struktur penguasa / kelas pengatur. Impisit dalam penjelasan Curran (2002) diatas, media massa diyakini bukan sekedar medium pengantar informasi antar elemen sosial dalam suatu masyarakat, melainkan juga berfungsi sebagai instrumen penundukan dan pemaksaan konsensus oleh sekelompok orang yang secara ekonomis dan politik dominan. Media massa bukanlah sebuah ruang publik yang secara bebas lepas dari bentuk-bentuk hegemoni dan dominasi sekelompok elit yang memiliki akses ekonomis maupun politis. Disinilah, pendekatan ekonomi politik kemudian menjadi sebuah kajian penting yang berusaha membongkar praktik hegemoni dan dominasi yang mengendalikan media untuk berbagai kepentingan.<sup>120</sup>

Sebagai sebuah kajian, pendekatan ekonomi politik mengasumsikan bahwa media tidak bisa dilepaskan dari berbagai kepentingan; entah itu kepentingan pemilik modal, elit politik atau kelompok lainnya. Dengan kata lain, media menjadi alat dominasi dan hegemoni oleh sekelompok elit terhadap masyarakat. Proses dominasi tersebut sebagaimana dijelaskan Golding dan Murdock (1997:4) menunjukkan adanya penyebaran dan aktivitas media massa yang sangat dipengaruhi oleh struktur ekonomi politik masyarakat dimana media itu beroperasi. Di Amerika Serikat sebagai negara pengagas demokrasi sekalipun menurut Cohen (2005:19) "praktik bermedia saat ini sudah mengarah menjadi *"watch dog"* bukan dalam arti pengawas pemerintahan saja, namun juga lebih pada penjaga korporasi dan kepentingan si pemilik media".

Sementara itu, dalam melihat permasalahan apakah mungkin media massa dapat menjalankan fungsinya sebagai ruang publik, secara detail Herman dan Chomsky (1988) menguraikan bahwa;

Sebagai sebuah perantara antara ranah privat dan publik, media membentuk sebuah sarana yang ampuh untuk propaganda dikarenakan kemampuan media untuk mengatur opini publik. Meskipun fungsi media tidak semata-mata untuk memproduksi propaganda, namun propaganda merupakan aspek yang sangat penting dalam keseluruhan layanan media. Kegunaan sosial dari media adalah untuk menanamkan dan mempertahankan agenda ekonomi, sosial dan politik dari kelompok-kelompok tertentu yang mendominasi masyarakat domestik dan juga negara. Media melayani tujuan ini dalam berbagai cara: melalui pemilihan

topik, penyebaran keprihatinan, pembentukan isu-isu, penyaringan informasi, aksentuasi dan penekanan pada sebuah berita (Herman and Chomsky, 1988:xi)

Uraian Herman dan Chomsky (1988) diatas memberikan penegasan bahwa media sebagai “ruang antara” publik dan privat tidaklah berada pada wilayah netral yang bebas dari berbagai kepentingan. Karena fungsi dan kemampuannya dapat membangun opini publik, maka secara sosial politik, media massa dengan sendirinya memiliki daya tarik bagi para elit politik dan ekonomi untuk menggunakannya sesuai dengan kepentingan mereka. Oleh karena itu, pengamatan terhadap fenomena media massa tidak hanya memerlukan pengamatan yang didasarkan pada pendekatan idealis semata, melainkan juga pendekatan ekonomi politik. Dengan demikian, tarik menarik kepentingan diantara *stakeholders* inilah yang menjadi titik fokus kajian ekonomi-politik media dalam memahami realitas dan keberadaan institusi media.

Dari uraian teoritis diatas setidaknya didapatkan beberapa pemahaman yang bisa kita digunakan untuk memproyeksikan permasalahan yang muncul dalam meregulasi media massa di Indonesia. Institusi media massa kita saat ini, disatu sisi memang masih berada dalam situasi *euforia* setelah lepas dari jeratan kontrol dan intervensi negara pasca jatuhnya pemerintahan Soeharto. Disisi lain Institusi media massa di Indonesia harus diakui mengalami proses penyesuaian dengan kondisi situasi global dimana media sudah menjadi bagian dari komoditas sebuah industri. Hal itu menyebabkan institusi media massa menjadikan profit sebagai orientasi utama mereka. Selain permasalahan peralihan orientasi, permasalahan lain yang mendera ranah media massa di Indonesia diyakini adalah persoalan kebijakan regulasi yang kurang tegas dikarenakan tumpang tindih otoritas antar lembaga yang berwenang. Implikasinya adalah ketika ada kebijakan regulasi yang dianggap mengebiri orientasi profit institusi media massa maka dengan sendirinya timbul penolakan terhadap regulasi tersebut. Untuk itu, bahasan selanjutnya dalam makalah ini adalah mencoba melakukan identifikasi permasalahan yang timbul dalam kebijakan regulasi media massa di Indonesia.

### **Regulasi Media di Indonesia; Suatu Kondisi Kontemporer**

Menurut Haryatmoko (2007:149) “reaksi spontan terhadap upaya regulasi media biasanya adalah penolakan”. Memang di era reformasi, semua upaya untuk mengatur, membatasi apalagi melarang media massa seringkali mendapatkan penolakan yang dengan mudahnya akan ditafsirkan sebagai bentuk pemasungan demokrasi. Bentuk penolakan ini juga pernah dilakukan oleh para praktisi penyiaran dalam menyikapi keberadaan UU No 32 Tahun 2002. Padahal dalam situasi bagaimanapun, regulasi terhadap media sangatlah diperlukan minimal sebagai koridor bagi para praktisi media untuk beraktivitas sehingga pada gilirannya dapat memberikan jaminan bagi khalayak atas informasi yang mereka terima merupakan informasi berkualitas tanpa keberpihakan. Pertanyaan yang perlu dikaji kemudian adalah siapa atau lembaga apa yang paling berhak untuk diberikan tanggung jawab sebagai lembaga yang memiliki otoritas dan kewenangan dalam pengaturan regulasi media di Indonesia?

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, terlebih dahulu perlu kita *mereview* kembali berbagai aturan perundang-undangan yang menjadi dasar dalam kebijakan regulasi media massa di Indonesia. Pasca kejatuhan Soeharto pertengahan tahun 1998, kewenangan dalam meregulasi media massa tidak lagi sepenuhnya menjadi otoritas pemerintah. Berbagai perundangan baru yang dilandasi semangat untuk menghapuskan intervensi negara terhadap media pun kemudian berhasil dirampungkan oleh DPR dan Pemerintah. Beberapa diantaranya seperti; UU Pers No. 40 Tahun 1999 yang secara khusus mengatur mengenai pers, sementara media penyiaran dilandasi atas dasar keberadaan UU No 32 Tahun 2002. Dikarenakan adanya perbedaan karakteristik antara media cetak dan media penyiaran, maka keberadaan UU Pers dan UU penyiaran tersebut harus kita lihat juga dengan perspektif dan pemahaman yang sedikit agak berbeda.

Secara filosofis keberadaan UU Pers No 40 Tahun 1999 merupakan UU yang lahir dari semangat juang untuk menghilangkan segala macam bentuk intervensi negara, sensor, beserta regulasi yang mengatur konten media (secara khusus media massa cetak). Sehingga didalam pasalnya tidak dicantumkan lagi adanya kewajiban bagi penerbitan Pers untuk mengurus Surat Ijin Usaha Penerbitan Pers (SIUPP). Berkaitan dengan masalah intervensi dan sengketa pemberitaan, UU Pers juga telah mengamanatkan pada lembaga yang bernama Dewan Pers sebagai institusi yang berfungsi melindungi kemerdekaan pers dari campur tangan pihak lain sekaligus sebagai lembaga yang berfungsi untuk memediasi setiap persengketaan yang muncul akibat pemberitaan. Dengan demikian, berdasarkan UU No 40 Tahun 1999, pemerintah praktis tidak memiliki otoritas dan kewenangan lagi dalam pengaturan regulasi mengenai pers.

Prinsip-prinsip tersebut tentu saja tidak bisa sepenuhnya dapat diterapkan untuk media penyiaran. Bagaimanapun juga media penyiaran membutuhkan alokasi spektrum frekuensi sebagai infrastruktur dasar bagi sebuah lembaga penyiaran untuk dapat beroperasi. Dikarenakan spektrum frekuensi memiliki kapasitas terbatas, maka didalam UU No 32 Tahun 2002 tetap dicantumkan adanya pasal yang mengatur mengenai kewajiban bagi lembaga penyiaran untuk mendapatkan perijinan alokasi frekuensi. UU penyiaran ini sekaligus mengintrodukir terbentuknya sebuah lembaga baru yang bernama Komisi Penyiaran Independen (KPI)<sup>121</sup>. Menurut UU tersebut otoritas alokasi frekuensi bagi lembaga penyiaran diberikan oleh forum bersama antara pemerintah Kementerian Komunikasi dan Informatika (Kominfo) dan Komisi Penyiaran Independen (KPI).

Namun ketika UU penyiaran No 32 Tahun 2002 harus dihadapkan dengan keberadaan UU No 36 Tahun 1999 Tentang Telekomunikasi maka dengan sendirinya akan terjadi benturan kepentingan. Karena pada pasal 1 dan 2 UU Telekomunikasi dicantumkan bahwa penggunaan spektrum frekuensi, sarana pemancar dan transmisi beserta pengawasan dan pengendaliannya wajib mendapatkan ijin pemerintah. Hal ini diperumit lagi dengan adanya UU Otonomi Daerah No 22 tahun 1999 serta PP No 25 tahun 2000 yang menyatakan bahwa pemerintah daerah berhak mengatur frekuensi di daerahnya. Tumpang tindih kewenangan antar lembaga ini kemudian berlanjut dalam penyusunan peraturan teknis penyiaran sebagai turunan dari perundang-undangan, dimana antara KOMINFO dan KPI masing-masing merasa sebagai lembaga yang paling berwenang. Disinilah kemudian memunculkan permasalahan serius, lembaga mana sebenarnya yang secara legal memiliki otoritas penuh dalam mengatur frekuensi beserta pengaturan teknis media penyiaran. Permasalahan pada ranah media penyiaran ini semakin menjadi ketika produk hukum lainnya malah memperumit dan memperpanjang daftar masalah.

Misalnya saja terkait dengan masalah alih kepemilikan saham media penyiaran, menurut Sudibyo (2004) dikatakan bahwa;

Minimal ada 2 produk hukum yang bisa menjadi rujukan dalam alih kepemilikan saham media penyiaran: UU penyiaran No.32 tahun 2002 dan UU Perseroan Terbatas No 1 tahun 1995. Stasiun televisi dan stasiun radio sebagai institusi penyiaran jelas harus merujuk pada UU penyiaran. Namun stasiun televisi dan stasiun radio sebagai entitas industri tidak cukup jelas harus merujuk pada UU penyiaran atau kepada UU perseroan terbatas. Dalam hal ini ada problem hirarkie dan harmonisasi dalam perundang-undangan kita. Sehingga tidak ada kejelasan mana UU yang menjadi *lex specialis* dalam bidang tertentu, termasuk di bidang penyiaran<sup>122</sup>. Sudibyo (2004:51)

Bagi para pelaku bisnis dan pemilik modal tentu saja mereka akan memilih produk hukum yang lebih menguntungkan. Dalam konteks pengambil alihan saham perusahaan media penyiaran misalnya, para pelaku bisnis akan lebih merujuk pada UU perseroan terbatas. Padahal dalam UU perseroan terbatas tidak satupun pada pasalnya yang menjelaskan aspek alokasi frekuensi dalam bisnis penyiaran. Tanpa mempertimbangkan bahwa frekuensi adalah infrastruktur dasar yang melekat pada setiap perusahaan penyiaran, maka jual beli kepemilikan saham stasiun televisi atau radio sama saja dengan jual beli frekuensi.

Tumpang tindih dalam perundang-undangan ini memberikan peluang bagi pemilik modal untuk memperluas/melakukan ekspansi usaha. Dengan berbekal UU perseroan terbatas seperti dijelaskan diatas, sebuah perusahaan penyiaran dapat melakukan jual beli saham dan pengambilalihan kepemilikan. Padahal dalam perusahaan penyiaran melekat sekaligus hak guna frekuensi yang merupakan ranah publik yang seharusnya diatur sesuai dengan UU penyiaran dan UU Telekomunikasi. Ketika perundang-undangan perseroan alpa dengan kondisi ini, maka munculah monopoli industri media penyiaran oleh sekelompok pemodal kuat yang menguasai frekuensi hingga puluhan saluran, mulai dari frekuensi radio hingga televisi. Dominasi dan penguasaan para pemilik modal ini tidak saja pada media penyiaran, pada media cetak mereka juga melakukan ekspansi usaha yang pada gilirannya melahirkan konglomerasi media massa. Berdasarkan hasil riset yang dilakukan Nugroho, Putri dan Laksmi (2012) disebutkan bahwa:

Saat ini, dua belas kelompok media besar mengendalikan hampir semua kanal media di Indonesia, termasuk didalamnya penyiaran, media cetak dan media online. Mereka adalah MNC Group, Kelompok Kompas Gramedia, Elang Mahkota Teknologi, Visi Media Asia, Grup Jawa Pos, Mahaka Media, CT Group, BeritaSatu Media Holdings, Grup Media, MRA Media, Femina Group dan Tempo Inti Media. Grup MNC memiliki tiga kanal televisi free-to-air jumlah terbanyak yang dimiliki oleh grup media juga 20 jaringan televisi lokal dan 22 jaringan radio dibawah anak perusahaan mereka, Sindo Radio. Grup Jawa Pos memiliki 171 perusahaan media cetak, termasuk didalamnya Radar Grup. KOMPAS, surat kabar paling berpengaruh di Indonesia, telah mengekspansi jaringannya dengan mendirikan penyedia konten yaitu KompasTV, disamping 12 penyiaran radio di bawah anak perusahaan mereka Radio Sonora, dan 89 perusahaan media cetak lainnya. Visi Media Asia telah berkembang menjadi kelompok media yang kuat dengan dua

saluran televisi teresterial (ANTV dan tvOne) serta media online yang berkembang dengan pesat *vivanews.com*. Sebuah perusahaan media di bawah Grup Lippo yakni Berita Satu Media Holding, telah mendirikan Internet Protocol Television (IPTV) *BeritaSatuTV*, kanal media online *beritasatu.com* dan juga memiliki sejumlah surat kabar dan majalah. (Nugroho, Putri dan Laksmi, 2012: 4).

Disinilah kemudian memunculkan masalah hegemoni dan dominasi oleh segelintir elit pemilik modal. Ketika kepemilikan media hanya terkonsentrasi dan didominasi segelintir elit, problem lanjutan yang menyertainya adalah dominasi keseragaman konten yang mereka siarkan / beritakan. Dengan situasi dan kondisi media massa yang seperti ini, maka harapan akan munculnya keberagaman kepemilikan *diversity of ownership* dan keberagaman konten *diversity of content* sebagaimana diamanatkan perundang-undangan mustahil akan dapat terwujud. Implikasi selanjutnya adalah terbatasnya publik untuk dapat turut serta dalam menentukan ragam konten media. Dengan sendirinya ruang publik yang diperankan media massa akan mengalami kebuntuan.

Permasalahan ini akan semakin bertambah, ketika pemilik media massa terlibat juga dalam aktivitas politik praktis. Maka bukan tidak mungkin, media massa akan melakukan keberpihakan secara politis dalam setiap pemberitaan yang akan mereka siarkan. Sebagai contoh nyata misalnya, akhir-akhir ini dapat kita saksikan dari pemberitaan mengenai aktivitas Partai Nasional Demokrat (Nasdem), Surya Paloh dan Hary Tanusoedibyo yang seringkali melakukan *blocking time* siaran baik di Metro TV, RCTI, Global TV maupun MNCTV. Sementara Abu Rizal Bakrie dengan Partai Golkar nya seringkali muncul dalam pemberitaan di AN TV dan TV One. Padahal belum tentu aktivitas yang mereka lakukan merupakan informasi yang dibutuhkan atau bermanfaat bagi publik.

Dengan demikian akan menjadi sangat dilematis ketika kebebasan pada ranah penyiaran dan pers disikapi oleh tarik menarik kepentingan dan kekuasaan antar lembaga atau kelompok. Namun dari uraian di atas, setidaknya didapatkan beberapa *point* penting yang dapat digunakan untuk menjelaskan mengenai permasalahan yang sering dihadapi dalam kebijakan regulasi media massa di Indonesia. *Pertama*, belum adanya perundang-undangan yang secara khusus dan komprehensif dijadikan *lex specialis* dalam bidang penyiaran ataupun pers, sehingga masih dapat ditemui sejumlah perundangan-undangan yang saling tumpang tindih dan berbenturan antar satu sama lain. *Kedua*, implikasi dari ketidakjelasan perundangan-undangan memunculkan tumpang tindih kewenangan antar lembaga yang merasa paling berhak untuk mengatur dan meregulasi media massa sehingga seringkali mengabaikan keberadaan lembaga lain. *Ketiga*, perilaku praktisi atau institusi media massa yang seringkali hanya memikirkan orientasi profit dan kepentingan pemilik modal sehingga menyebabkan dominasi konten isi siaran / pemberitaan terkadang sering mengesampingkan keberpihakan pada publik. Inti dari ketiga permasalahan diatas tidak lain bagaimana seharusnya kita dapat memformulasikan antara perundangan-undangan - institusi media massa- lembaga regulator (publik) sebagai satu kesatuan sistem yang bersinergi hingga dapat dijadikan landasan dalam mengkonstruksi kebijakan regulasi media massa. Persoalan dan tantangan lanjutan yang dihadapi kemudian adalah bagaimana formulasi kebijakan tersebut dapat “mengawinkan” kepentingan ekonomi politik media massa tanpa harus berbenturan atau mengesampingkan kepentingan publik.



### Daftar Pustaka

- Cohen, D Elliot ed, 2005, *“News Incorporated: Corporate Media Ownership and Its Threat to Democracy”*, Prometheus Book, Amherst and New York.
- Curran, James, 2002, *“Media and Power”*, Routledge Published The Taylor & Francis Group London and New York
- Dhakidae, Daniel, 1991, *“The State, The Rise of Capital and The Fall of Political Journalism: Political Economy of Indonesian News Industry”*, Disertasi PhD, Cornell University, Itacha, New York.
- Gramsci, Antonio, 1991, *“ Selections From Prison Notebooks”*, Lawrance and Wishart, New York.
- Habermas, Jurgen, 1989, *“The Structural Transformation of The Public Sphere. An Inquiry Into a Category of Bourgeois Society”*, (Terjemahan Thomas Burger), Cambridge: Polity Press.
- Harahap, Krisna, 2003, *“Pasang Surut Kemerdekaan Pers di Indonesia”*, Grafiti Budi Utama, Bandung.
- Haryatmoko, 2007, *Etika Komunikasi Manipulasi Media, Kekerasan dan Pornografi*, Penerbit Kanisus, Jakarta.
- Herman, E.S, Chomsky, N, 1988, *“Manufacturing Consent: The Political Economy of Mass Media”*, Pantheon Books New York.
- Hidayat, N Dedy, 2000, *“Pers dalam Kontradiksi Kapitalisme Orde Baru*, dalam Dedy N. Hidayat et.al, *Pers dalam Revolusi Mei, Runtuhnya Sebuah Hegemoni*, Jakarta, PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Murdock Graham, Peter Golding, 1997 *“The Political Economy of Media”*, Volume 1, Edward Edgar Publishing Limited.
- Nugroho, Y., Putri, DA., Laksmi, S, 2012, *“Memetakan Lansekap Industri Media Kontemporer di Indonesia (Edisi Bahasa Indonesia). Laporan. Bermedia, Memberdayakan Masyarakat: Memahami Kebijakan dan Tatakelola Media di Indonesia Melalui Kacamata Hak Warga Negara”*. Riset kerjasama antara Centre for Innovation Policy and Governance dan HIVOS Kantor Regional Asia Tenggara, didanai oleh Ford Foundation. Jakarta: CIPG dan HIVOS.
- Saefudin, Asep, 2004, *“Perbandingan Sistem dan Kemerdekaan Pers”*, Pustaka Bani Quraisy, Bandung.
- Sudibyoy, Agus, 2004, *“Ekonomi Politik Media Penyiaran”*, LKiS Yogyakarta Bekerjasama dengan ISAI (Institute Studi Arus Informasi) Jakarta.

## Standard of Journalism, Self Censorship, and the Media's Role in Defeating Corruption Indonesia (Case Study in Kendal Regency, 2005-2006)

Wijayanto

### Introduction

Studies done by many scholars in many different countries found that culture is one of the most important factors which explain the practice of corruption (Lipset, 2000; Treisman, 2000, Verma, 1999). Basically, those studies argued that long-life cultural tradition has more influence to the practice of corruption than any other factors such as institutions and current policies. Furthermore, those studies suggested the importance of cultural transformation as a way to combat corruption which is to change phenomena of corruption from "*a way of life*" to be "*a fact of life*". Referring to the Independent Commission Against Corruption (ICAC), which was formed in Hong Kong in 1974, the aims of transformation of the culture of corruption are as follows (in Cameron, 2005, 29):

“..to change people's behavior so that they will not engage in corrupt behavior *initially* for fear of detection (deterrence), *later* because they cannot (prevention), and *yet later* because they do not wish to (attitude change).

In parallel with those above studies, many scholars also argued that the long cultural tradition plays very important role in explaining corruption in Indonesian's politics (King, 2006; Smith, 1970; Snape, 1999; Xin, 2004). Essentially, they argued that the practice of corruption went along the Indonesian history. Corruption has been commonly practiced since the ancient times when Indonesia was still in the form of kingdom until the recent times when Indonesia has gained its independence for decades. Thus, the practice of corruption remains massively practiced despite the change in its political regimes. Furthermore, those scholars argued that the basic values of that cultural tradition can be traced in the patrimonial culture at the Javanese Kingdom era.

According to Anderson (1972), in this patrimonial culture, the king (the ruler) has a central position in society and is viewed as having a right to accumulate properties for himself as there is no separation between the public and private property. Furthermore, the prosperity of the king is perceived as the prosperity of the society. As a consequence of this view, corruption is seen as the consequence of the view about power within society.

In the view of corruption as a matter of culture, mass media has been believed as an effective agent for cultural transformation (McQuail, 2005). Mass media not only can be seen as a mirror of cultural tradition within the society but also as the part of the society as well as its culture. Consequently, as the part of the society, the mass media can also change the culture of the society in which it exists. In parallel with McQuail, Anderson also argues that mass media plays very important role in the cultural transformation (Anderson, 1997). Meanwhile, study done by Stapenhurst (2000) in the United States as well as three Latin America Countries; Ecuador, Venezuela and Brazil found that mass media plays a critical role in curbing corruption. The mass media not only

raised public awareness about corruption, its causes, consequences and possible remedies...but also investigates and reports incidences of corruption, exposed

corrupt officials, prompted investigations by official bodies, reinforced the work and legitimacy of both parliaments and their anti-corruption bodies and pressured for change to laws and regulations that create a climate favorable to corruption (Stapenhurst, 2000: i).

Referring to Stapenhurst's, this research tries to examine the role of mass media in curbing corruption within the specific context of Indonesian politics.

## Method

This study employs the case of corruption of Kendal Regent, Hendy Boedoro. This case is chosen because of these following reasons: *first of all*, this case is one of the biggest incident of corruption in Indonesian politics during the decentralization era. It involves the public budget as much as 30 billion rupiahs. *Secondly*, Hendy Beodoro was the first Regent in Indonesia whose case of corruption is taken over by the National Commission on Corruption Eradication (KPK). This KPK's take over is because of the failure of the local judicial process to handle this incident. This failure is due to the regulation number 32/2004 about Local Government in the article 36 saying that prior to investigating a Local Leader, the judicial apparatus has to get the permission from the President first. It has made the judicial process stuck in that point. This President's permission also became the reason of the stagnancy of the judicial process towards Regent or Major close to Kendal such as the case of Purworejo Regent and Semarang Major. *Thirdly*, the success of the anti corruption movement to send Hendy Beodoro to jail by bringing KPK in to take over the case actually shows the success of the local anti corruption movement. Meanwhile, one of the important factors that results in this succes is the involvement of the mass media.

The term of mass media in this research refers to the printed media i.e. newspaper. Therefore, the content analysis will be done to the content of the newspapers. Newspaper is chosen because it has the most important meaning for the CSO's anticorruption movement<sup>123</sup>. Based on the interview to the CSO's activists<sup>124</sup>, whether or not the newspaper covered their movements was a very important thing for them. The fact that the form of newspaper is in a printed form enables them to reread them over time, as well as record and duplicate them much easier than the radio or television does. When the newspapers covered their movements or reported the latest development of the case in the judicial process, those CSO's actvists always read it, collect the clippings of the newspapers it and disseminate it to all other activists as well as the people. By doing those things, they're hoping that it can encourage these activists to keep on fighting and inspired other people to join the anti corruption movement.

Meanwhile, even though there are many of newspapers covered the incident by Hendy Bodeoro, this research will focus on two newspapers which are *Kompas* and *Suara Merdeka*. These two newspapers are chosen because they represent both local (*Suara Merdeka*) and national newspaper (*Kompas*). *Suara Merdeka* is the biggest newspaper in Central Java, a province in which Kendal Regency is located. This newspaper is head quartered in Semarang, a city next to Kendal which is also the Capital City of Central Java Province. Meanwhile, *Kompas* is the biggest newspaper in Indonesia headquartered in Jakarta.

The method used to analyze the content of the media in this thesis is content analysis. In addition, this research also used in-depth interview to analyze the content of the mass media in its context which is the anti corruption movement. The sampling units of the content analysis is all articles in *Kompas* and *Suara Merdeka* since the first time it covers the incident in the newspaper until when it is taken over by KPK. The interview is directed to the journalists, the CSO's activists, the KPK's members, the civil servant as well as the ordinary people.

## Result

### Important Role of the Mass Media

From the first time the incident was reported by the mass media in July, 2005 until when the incident was reported as taken over by KPK in October, 2006, there has been 24 of *Suara Merdeka's* articles and 23 of *Kompas's* articles reporting the incident. The content analysis shows that the mass media does support the anti corruption movement by doing these following things: reporting the exposure of the CSO's movement about the existence of corruption of Hendy Boedoro, framing the article in CSO's movement theme, reporting the incident in such an unfavorable orientation and monitoring the work of the judicial bodies. The first article of both *Suara Merdeka* and *Kompas* would illustrate that argument.

In *Suara Merdeka*, the first article published toward the issue was about the civil society exposure which was reported in July, 8, 2005 entitled: "*Warga Kendal Geruduk Mapolda Jateng*" (Kendal's Citizen Came at The Office of Central Java's Police). The following content of the article would illustrate it more clearly as follow:

#### ***Warga Kendal Geruduk Mapolda Jateng dan Kejati***

*Tuntut Percepat Pemberantasan Korupsi*

.....

#### ***Bupati Dilaporkan***

*Sementara itu, secara terpisah kemarin, Aliansi Masyarakat Kendal (AMK) juga melaporkan dugaan korupsi dana pinjaman BPD Jateng dan dana APBD 2003-2004 sebesar Rp 45 miliar yang dilakukan Bupati Kendal Hendy Boedoro ke Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK). Dugaan korupsi yang dilakukan Boedoro tersebut, dilaporkan oleh Joko Kartono dari AMK. Dia mengatakan, sebelumnya mereka sudah melaporkan ke Kejaksaan dan kepolisian setempat, tapi tidak ditanggapi. "Sekarang kami adukan ke KPK," ujarnya.*

.....

#### **(Kendal Citizen Came at the Regional Office of Central Java's Police and Attorney**

*Crying for the Acceleration of Corruption Eradication*

#### **The Regent Was Reported**

Meanwhile, took a place separately from that demonstration, The Alliance of Kendal Community (AMK) was also reported the allegation of corruption on the loan from the Central Java's Bank and Kendal APBD's budget 2003-2004 as much as 45 billion rupiahs which is done by the Kendal Regent Hendy Boedoro to the Commission on Corruption Eradication (KPK). That corruption was reported by Joko Kartoko from AMK. He said that, they have previously reported their finding to the local Police and Prosecutor but didn't get any response. "Now we report it to KPK," he says.

.....

From the title and the content of the article above it can be seen that the theme of the article is about the civil society movement and it reports it in an unfavorable way. Corruption is perceived as a negative practice, therefore the content of the article supports the idea of the CSO's movement. Furthermore, the article above also tells the reader about the exposure of corruption by the CSO's which was reported to the KPK and explicitly mentioned the name of Hendy Boedoro.

Meanwhile, the first article of *Kompas* toward the issue is also about the corruption movement entitled: "Korupsi Kendal: WARGA ADUKAN DUGAAN KASUS KORUPSI BEKAS BUPATI (Kendal's Corruption: The Citizen Report the Case of Corruption's Allegation of the Former Regent) which is published in July, 22, 2005. Furthermore, this following first paragraph of the article would illustrate it more clearly:

Korupsi Kendal

WARGA ADUKAN DUGAAN KASUS KORUPSI BEKAS BUPATI

Semarang, Kompas

Puluhan warga dan pegawai negeri sipil (PNS) yang tergabung dalam Forum Komunikasi PNS Peduli Kendal (FKPPK), Kamis (21/7), berunjuk rasa di Kepolisian Daerah Jawa Tengah dan Kejaksaan Tinggi Jateng. Mereka mengadukan dugaan korupsi yang dilakukan bekas Bupati Hendy Boedoro selama 1999-2005. Akibatnya, Pemkab Kendal tahun 2004 mengalami deficit sebesar Rp. 72 miliar.

Kendal's Corruption

THE CITIZEN REPORT THE ALLEGATION OF CORRUPTION OF THE FORMER REGENT

Semarang, Kompas

Tens of citizen and civil servant who are associated in The Civil Servant's Communication's Forum Care for Kendal (FKPPK), Thursday (21/7, did a demonstration in Central Java's Police's office and Central's Java's Public

Prosecutor's office. They report the allegation of corruption which was done by the former Regent Hendy Boedoro which took in charge since 1999-2005. As a result (of that corrupt practice), Kendal's Government suffered from budget's deficit as big as 72 billion rupiahs in 2004.

From the title and the content of the *Kompas's* article above it can be seen that the theme of the article is about the civil society movement. The theme is not only reflected from the title but also from the content of the article. Meanwhile, the name of Hendy Boedoro which is suspected as corruptor has been explicitly revealed since the first paragraph, meaning that it does report the exposure of the CSO's movement. Furthermore, the article reports the incident in such an unfavorable orientation by saying that corruption has made the state suffered budget's deficit.

This media media's coverage has important meaning for the success of the anti corruption movement as follows: *first of all*, the mass media has kept the spirit of those activists burning. The demonstration toward Hendy in the charge of double budget corruption was last in 1,3 years since July 2005 (when the corruption was officially reported by ASA to KPK) until October 2006 (when KPK finally took over the charge). During this 1,3 years those activists keep doing the demonstration every three weeks. The demonstration was done in various place: Kendal, Semarang and Jakarta. What made this activist has the energy to do that very long demonstration? Here is where the mass media played role: the media coverage kept the motivation of those activists. Everytime the mass media reported their demonstrations, it gave them a feeling that their voice has been heard and the public has known. By being covered by the mass media, it was no longer only the inner circle of the activists who knew about the corruption of Hendy but the public also knew it. For those activists, everytime they saw their demonstration in the mass media, they feel like regain the new energy to do the next demonstration. Therefore, everytime the media covered their demonstration, they always documented it, duplicated it and disseminated it not only among these activists but also to the public. They gave the copy of the news coverage on the street, on the mosque during the Friday's prayers, among the government's official and on the Hendy's basis.

*"...Pemberitaan media sangat membuat kami termotivasi. Membuat semangat kami tetap terjaga. Kalau aksi kami masuk koran biasanya kami akan kliping itu dan kita share kepada teman-teman. Kalau tidak diberitakan rasanya getun. Ya, buat apa kita teriak-teriak kalau nggak ada yang dengar?...Nah berita yang masuk di koran itu biasanya kita fotokopi dan kita bagikan di pinggir-pinggir jalan, ke kantor-kantor atau di masjid di sela-sela sholat jumat. Agar masyarakat tahu tentang keberadaan hal itu..."<sup>125</sup>*

(...the media coverage really motivated us and keep our spirit burning. If our demonstration is covered by the newspaper we are used to document it and then we shared it to our friends. When it happened that our demonstration was not covered, we really felt disappointed. What's the point of crying for (the anticorruption toward hendy) if nobody heard?..We also shared the copy of the newspapers (that reported our demonstration on the existence of corruption) to the people on the street, to the people in government's office and to the mosques during Friday's prayer...).

*Secondly*, the mass media has inspired more activists to join the movement. There were actually many intellectuals and activists who have a high political awareness in Kendal, but not all of them know about the existence of corruption by Hendy. Nevertheless the media coverage has made those activists aware about the existence of corruption and begin to pay attention and seriously discuss about the issue. Many of those then decided to join the movement and went down to the street involved in the demonstrations. The involvement of Novel, one of the activists of Muhammadiyah is one of the examples:

*“...Saya mendapatkan sms dari kawan bahwa Suara Merdeka baru saja memblow up kasus hendy. Dan itu kemudian saya baca dan membuat saya tergerak. Kok begini ya kondisinya. Tidak bisa dibiarkan. Lalu saya diksasikan dengan kawan-kawan yang memiliki keprihatian yang sama dan akhirnya kami mulai melakukan aksi-aksi itu....*

(...I just get a message from my friend that Suara Merdeka has just exposed the corruption of Hendy. I read it and it inspired me. We might not do nothing in this situation. Then I discussed it with another activists who have the same concern. and finally we begin to do the demonstrations...) <sup>126</sup>”

The interview above illustrated clearly how the mass media has inspired more activists to join the movement. The same things are also admitted by another informants such as Bukhori<sup>127</sup> and Endro Arintoko<sup>128</sup>.

*Third*, it inspired the ordinary people to support the movement. Besides those little number of activists who has a high political awareness in Kendal, the media coverage has also inspired the ordinary people also supported the movement in term of fund raising. The funding of the demonstration in Kendal didn't come from the elite or some certain individuals but it was generated from the ordinary people which voluntarily gave some of their money. They did not go down to the street to join the demonstration but they were willing to support was by giving the donation in the fundraising of the movement. This action was done because of their awareness about the existence of corruption. In this point, the mass media did have much contribution to build this kind of awareness.

*Fourth*, besides supporting the work of the CSO's movement, media also monitors the work of the local judicial bodies. The media reports the development of judicial process day by day and, in case the local judicial official fails to handle the incident, the media pressure the Corruption Eradication Commission (KPK) to take over the charge.

This media monitor can be seen from the fact that most of the media's article are about the development on the judicial process in the local level as illustrated in the table below:

No	Newspaper	Period	Number of Articles	Theme
1	Suara Merdeka	July,8, 2005- October, 30, 2006	24 articles	7 CSO's movement 1 IMT 16 Legal Theme(12 Local, 4 KPK)

2	Kompas	July,22, 2005- October, 21, 2006	23 articles	3 CSO's movement 2 IMT 18 Legal Theme(14 Local, 4 KPK)
---	--------	--	-------------	--

From the table above, it can be seen that 16 of *Suara Merdeka's* articles from July, 8, 2005 until October, 30, 2006 are framed in the legal theme (the judicial process). Meanwhile, from those 16 articles, 12 of them is reporting the judicial process in the local level. The same thing happens in *Kompas* in which 18 of its articles (since July,22, 2005-October, 21, 2006) is framed in legal theme with 14 of them reporting the judicial process in the local level.

*Fifth*, the media coverage also pressures the KPK to take over the charge. The fact that media has been continuously reporting the incident in the local as well as national level has been the important consideration for the KPK to take over the charge. It is evident that the local judicial bodies have failed to handle the charge quickly in one hand, and that the incident has taken a lot of public attention in another hand. Based on the law number 30/2002 about the KPK article 9 point b, it is said that the take over by KPK is done when the judicial process by regular body is going slowly without a rational reason. Furthermore, in the article 11 point b, it was said there that the KPK would handle the case of corruption that raised concern and attention from the public. One of the indications that an issue raised public attention is when the issue gets a lot of media coverage. This interpretation of the law is like what M Jasin, one of the KPK has told:

“Ya, banyaknya pemberitaan media merupakan salah satu indikasi bahwa suatu tindak pidana korupsi telah meresahkan masyarakat. Semakin banyak pemberitaan maka semakin tinggi atensi di sana. (the massive media coverage is indeed one of the indication that a case of corruption raised public concern. The more media's coverage, the more the public gives attention.)”<sup>129</sup>

Nevertheless, the role of the mass media is merely the instrument of the Civil Society's movement. It can be seen from the first article that is covered by the two newspaper above showing that its first coverage on the incident is about the CSO's report and finding. The media simply reports the findings of another institution, meaning that the initiative of the exposure of corruption doesn't come from the media itself. This lack of initiative is recognized by the journalists of the two mass medias as follows:

“....saya mulai meliput karena pada mulanya memang saya melihat ada demonstrasi di Polda terkait masalah korupsi itu, setelah itu barulah saya meliput secara berkelanjutan (*I report the incident in the beginning is indeed because I see the demonstration (of the CSO's) in the office of Central Java's Police. After that, I report it continuously.*)”<sup>130</sup>

In the next part, I would discuss the role played by the mass media. A question to be answered is on whether the media plays role as an agent or just as instrument of the civil society in the anti corruption movement?



## **The Metamorphosis of Mass Media's Role**

### ***Role as Instrument***

Based on the content analysis as well as the interview, I would argue that in the beginning of the anti corruption movement, the mass media has been used as an instrument in combatting corruption by the coalition of local civil society organizations (CSO's). In this period, the mass media action or inaction very much depends on the action of the CSO's. These following evidence would support that argument:

*First of all*, the initiative to expose the existence of corruption doesn't come from the media, but from the civil society organizations. The coverage on the existence of corruption is not the result of media's investigation but the findings of the CSO's. *Second*, the article that merely tells the CSO's movement is then continued until some next articles in the early coverage of both medias. *Thirdly*, based on the interview with the journalists of both media, they recognized that the movement was indeed started by the CSO's. Yas, the journalists of *Suara Merdeka*, for instance, telling that the his first coverage on the incident was inspired by the existence of the demonstration of the CSO's that was going on in the office of Central java police crying for the incident of corruption by Kendal Regent to proceeded as soon as possible. The same thing was also recognized by Burhan, *Kompas's* journalists, that said that he begun to report the movement after the movement has been growing big enough and worth reporting<sup>131</sup>.

*Fourth*, based on the history of the movement, it is clear that the CSO's movement has long existed before the media coverages. It is even already exists before the incident of Hendy on the case of Kendal's double budget, the case that sent Hendy to jail, is raised to the public.

### ***Role as an Agent***

In the middle of the movement, the mass media no longer simply serve as an instrument but also act as an active agent. This following evidences would support the argument:

*First of all*, the theme of the coverage no longer merely about the CSO's action. They begin to report the incident with a different theme, for instance legal theme.

*Secondly*, the mass media chooses to keep reporting although the CSO's no longer do the demonstration. Based on the interview with the CSO's activists, the demonstration of the CSO's and their movement stopped when the KPK already took over the charge. The CSO's continuously did the demonstration every 2-3 weeks within 1,5 (one and a half) years since July, 2005 and stop in October, 2006 when the KPK took over the charge. But the media keep reporting the development of the charge until September 2007 when the Regent is punished.

This fact that the media keep reporting it until end indicates that the media has adopted the CSO's agenda as its agenda. The media has been working together with the CSO's to consistently influence another element such as: the local police, the local prosecutor, the KPK and the public to make it as their agenda

too. Moreover, the mass media is still continuously report the incident although the CSO's no longer does demonstration.

In a simple way, the agenda setting which is done by the media can be seen as follow:

**CSO's Agenda====> Media's Agenda====> Public Agenda====> Local Judicial Body's Agenda====> KPK's Agenda**

Begin from the CSO's agenda, the CSO's then used the media as their instrument to expose the existence of corruption in order to break the public's silence and the inaction of the local judicial bodies. In the beginning of the movement, the media was actually merely reporting the work of the CSO's but in the middle of the movement, the media started to adopt the issue as their agenda. At this point the media no longer played role as an instrument but also as an agent.

Then the media keep reporting it and keep informing the public and influencing them to support the agenda. The public supports the agenda by donating to the movement. The media also keep monitoring the work of the local judicial bodies by monitoring the progress of the judicial process. When it happens that the local judicial bodies was so slow in handling the charge the media helps pressuring those bodies to give up the charge to KPK and to pressure KPK to take over the charge. Finally, the media keep reporting and monitoring the work of KPK.

In summary, there is a metamorphosis of the media's role from being instrument that supports the work of CSO's into an agent that not merely support but actively monitor and pressured the local judicial bodies and the KPK.

### **Some Conditional Factors**

Even though, the media transforms itself as an active agent in the middle of the movement, overall the media follows the agenda that was initiated by the CSO's. If there is no initiative from the CSO's to expose the incident of corruption, there would be no coverage on it. Therefore, the role as an instrument is the dominant role played by the media. But the question then is: why the media behave in such a way? Why is the initiative not coming from the media?

It is because of the absence of the ideology of independency of media towards the political regime. The media never act as a real watch dog as it is in the libertarian press. Instead the ideology of the mass media is: "compromism". As long it is about the political regime, they always try to do compromism. They are always cautious politically and try to avoid direct confrontation against the regime. Another consequence of the absence of the ideology of independent press is the absence of ideology "combatting corruption".

Both *Kompas* and *Suara Merdeka* never stated combatting of corruption as their ideology. They never intentionally look for the charge of corruption, doing investigation on it and doing exposure towards it. As the ideology of the mass media is compromism. This ideology of "compromism" or the absence of the ideology of independency as well as the absence of the ideology of combatting corruption from within the mass media is resulted from these following factors:

*First of all*, the unprofessionalism of the mass media. Based on the findings, from the content analysis, it can be seen that 11 of 24 *Suara Merdeka's* articles (45,83%) are proper. Meanwhile, 13 of 24 *Suara Merdeka's* articles (54,17%) are improper. Therefore, *Suara Merdeka's* articles are dominantly improper or does not meet the standard of journalism<sup>132</sup>. Meanwhile, it is also found that only 8 of 23 *Kompas's* articles (34,78%) that are proper and 15 of them (65,22%) are improper. Therefore, *Kompas* articles are also dominantly improper or does not meet the standard of journalistic. In summary, it can be concluded that both newspapers are dominantly not fulfilling the standard of journalism.

Aware about this, the media prefer to be very careful in covering the allegation of corruption of a powerful man. Because they know that they would easily be beaten if that powerful man sued them on the name of character assassination (pencemaran nama baik).<sup>133</sup> The media never do an investigative report because it is difficult, time consuming and energy consuming. Instead, they prefer to get news instantly.

*Secondly*, the media is the part of the corruption itself. It is widely known that there is a practice of bribery between the government and the journalists in Indonesian journalism. Kendal Regency is no exception. In the case of Kendal regency, the practice of bribery is done by these following ways: *first of all*, giving the journalists the transportation medium by giving them motorcycle for each journalists. *Second*, giving the journalists monthly fund for giving them allocation for communication. *Thirdly*, giving the journalists facility in government's office<sup>134</sup>.

*Thirdly*, it is historical trauma in which the media is always lose as long it is to face the powerful man in the regime. The history on the practice of restriction towards the mass media and its journalists as explained in the chapter III explained that. It made the media always act cautious politically.

As argued by Pasaribu, the long practice of repression towards the regime has resulted in the type of journalists that is used to work with this following style<sup>135</sup>: (1). Easily affirm the information from the news source, especially if the news source is the government officials, (2). Ignoring the existence of another news source that has possibility to provide another version of the story, (3). Selecting the news source based on the hierarchy in the bureaucracy, (4). Check and recheck is done more as a confirmation rather than for pursuing the truth.

This argument of Pasaribu meets with media coverage on Kendal case. Both media, *Kompas* and *Suara Merdeka* did not report the news professionally, they tend to be one sided in a sense more to cover the version of the government side such as police, judicial official or the government.

*Fourth*, it is because of the law that is not giving a back up for the strong position of the mass media. The law about journalism is still using the general law instead of specific law of journalism as it is regulated in UU 40/99. In so many cases, the judicial process on an allegation of journalists or media it is always using the general law.

*Fifth*, it is the market orientation of the media. The mass media mainly thinks about the market. They don't cover a news if the market don't like it. So, instead of covering news about corruption that has high risk they prefer another theme that is market friendly but with no risk. The news value. Which is to say to find any news that would get a lot attention from the readers or is already raise public attention. Kendal is considered as only one of the

regencies in central java province. whatever the news came from this Rgenecy would be seen as having news value if it really raises attention form a wide society. So, the media waits until the incident really git a lot of attention from a wider audience.

It is like what Burhan, Kompas's journalist says as follow:

*"Space kami terbatas. Hanya 8 halaman untuk berita lokal yang khusus berbicara tentang Jawa Tengah. Kendal itu hanyalah salah satu Kabupaten di Jawa Tengah. Jadi kami harus memepertimbangkan pemerataan. Kami baru akan memebritakan sebuah peristiwa jika itu memang benar-benar menarik....(Our space is limited. It is only 8 pages for local news that specifically talk about Central java. Meanwhile, Kendal is only one of the regencies in Central java. So we have to be selective to desicde whertehr cover or not covering an event. We will report an evnt if it really got a lot attention from the publc.)<sup>136</sup>"*

## Conclusion

This reserach finds that the mass media plays important role as an instrument as well as an agent in combatting corruption. However, the role as an instrument is palyed more dominantly than the role as an agent as the initiative of the coverage actually comes from another agent which is CSO's activists. Furthermore, the newspapers seems to be sacred and late in covering the news as it waits the anti corruption movements to get a wide attention first before finally covering it.

Finally, this role as an inntrument can be explained by these following factors: *first*, based on the content analysis, it is found that most of the articles of both newspapers fail to meet the standard of journalism i.e. not objective and not cover both sides. *Second*, beacuse of this, the journalist as well as the media tend to avoid presenting a news about corruptor in a too critical way. They're afraid that they will be sued by the corruptors in the name of defamation (*pencemaran nama baik*). *Third*, this leads them to do self censorship i.e. framing the news in more favorable or less cirtical way to the corruptors. *Fourth*, based on the interview, it is also found that there is also restriction from the media owner to the journalist to not to be too critical to the Regent. This can be caused by the close relationship between the corruptors and the media owner. Finally, these internal and external factors has hampered the press to be independent and eventually also hampered the role of Indonesian mass media in defeating corruption.

## References

- Anderson, Alison. (1997). *Media, Culture and the Environment*. New Jersey: Rutger University Press.
- Anderson, Bennedict. R. O'G. (1972). *The Idea of Power in Javanese Culture*. In *Culture and Politics in Indonesia*. New York : Cornell University Press.
- Anderson, Bennedict. R. O'G. (1983). Old State, New Society: Indonesia's New Order in Comparative Historical Perspective. *The Journal of Asian Studies*, Vol.42, No.3, 477-496.

- Arifianto, Alexander. (2001). *Corruption in Indonesia: Causes, History, Impacts, and Possible Cures*, Brandeis University Department of Economics.
- Brunettia, Aymo and Beatrice Weder. (2003). A Free Press is Bad News for Corruption. *Journal of Public Economics*, 87, 1801–1824.
- Bubandt, Nils. (2006). Sorcery, Corruption, and The Dangers of Democracy in Indonesia *Journal of the Royal Anthropological Institute (N.S.)*, 12, 413-431.
- Cameron, Lisa, Ananish Chaudhuri, Nisvan Erkal and Lata Gangadharan. (2005). Do Attitude Toward Corruption Differ Across Culture? Experimental Evidence from Australia, India, Indonesia and Singapore. Australia: Department of Economic, University of Melbourne.
- Chang, Eric C. C. and Yun-han Chu. (2006). Corruption and Trust: Exceptionalism in Asian Democracies? *The Journal of Politics*, Vol. 68, No. 2, 259–271.
- Collier, Michael W. (2002). Explaining Corruption: An Institutional Approach. *Crime, Law and Social Change*, 38, 1-32.
- Davidson, Jamie S. (2007). Politics-as-usual on Trial: Regional Anti-corruption Campaigns in Indonesia. *The Pacific Review*, Vol. 20, No. 1, 75–99.
- Getz, Kathleen A. and Roger J Volkema. (2001). Culture, Perceived Corruption, and Economics: A Model of Predictors and Outcomes. *Business and Society*, Vol. 40, No. 1, 7-30.
- Hanitzsch, Thomas. (2005). Journalist in Indonesia: Educated but Timed Watchdogs. *Journalism Studies*, Vol 6, Num 4, 493-508.
- Hart, Natasha Hamilton. (2001). Anti-Corruption Strategies in Indonesia. *Bulletin of Indonesian Economic Studies*, Vol. 37, No. 1, 65–82.
- Henderson, J. Vernon and Ari Kuncoro. (2004). Corruption in Indonesia. National Bureau Of Economic Research 1050 Massachusetts Avenue Cambridge, MA 02138 August.
- Heywood, Paul. (1997). Political Corruption: Problem and Perspectives. *Political Studies*, XLV, 417-435.
- King, Dwight Y. (2000). Corruption in Indonesia: A Curable Cancer? *Journal of International Affairs*, Spring 2000, 53, no.2, 630-624.
- King, Peter. (2006). *Korupsi dan Disintegrasi* in Indonesia since Suharto. Preliminary versions of this article were presented at IIAS (the International Institute of Asian Studies, Leiden) and in the Graduate Seminar, School of Political, Social and International Studies, University of East Anglia, during 2005.
- Kingsbury, Damien. (1998). *The Politics of Indonesia*. Australia: Oxford University Press.
- Lipset, Seymour Martin. (2000). Corruption, Culture and Market. In *Culture Matters : How Values Shape Human Progress*. Lawrence E. Harrison and Samuel P. Huntington ed. New York: Basic Books.
- Mauro, Paulo. (1995). Corruption and Growth. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 110, No. 3, 681-712.

- Mietzner, Marcuz. (2007). Party Financing in Post-Soeharto Indonesia: Between State Subsidies and Political Corruption. *Contemporary Southeast Asia Vol. 29, No. 2, 238-262*.
- McQuail, Dennis. (2005). *McQuail's Mass Communication Theory Fifth Edition*. London: Sage Publication.
- Moran, Jon. (1999). Patterns of Corruption and Development in East Asia. *Third World Quarterly, Vol. 20, No 3, 569-587*.
- Murdaya, Karuna. (2005). "The Pros and Cons of Corruption on Firm Performance: A Micro-Level Study of Businesses in Indonesia." Submitted to the Department of Urban Studies and Planning, In partial fulfillment of the requirements for the degree of Master in City Planning, Environmental Economics and Policy Management, University of California, Berkeley.
- Olken, Benjamin A. (2005). Corruption and The Costs of Redistribution: Micro Evidence from Indonesia. *Journal of Public Economics, 90, 853-870*.
- Olken, Benjamin A. (2007). Monitoring Corruption: Evidence from a Field of Experiment in Indonesia. *Journal of Political Economy, 2007, vol 115, no.2. University of Chicago*.
- Palmier, Leslie. (2006). Indonesia: Corruption, Ethnicity and The "Pax Americana". *Asian Affairs, vol. XXXVII, no. II, 147-160*.
- Polzer, Tara. (2001). Corruption: Deconstructing the World Bank Discourse, Development Studies Institute Working Paper Series No. 01-18, London School of Economics and Political Science, London, December 2001
- Quah, Jon S. T. (1999). Corruption in Asian Countries: Can It Be Minimized? *Public Administration Review, Vol. 59, No. 6, 483-494*.
- Roy, Edward Van. (1970). On the Theory of Corruption. *Economic Development and Cultural Change, Vol.19, No.1, 86-110*.
- Seligson, Mitchell A. (2002). The Impact of Corruption on Regime Legitimacy: A Comparative Study of Four Latin American Countries. *The Journal of Politics. Vol. 64, No. 2, 408-433*.
- Sen, Krishna and David T. Hill (2000). *Media, Budaya dan Politik Indonesia*. Jakarta: ISAI.
- Silva, Carlos Eduardo Lins da. (2000). Journalism and Corruption in Brazil. in Joseph Tulchin and R. Espach, eds., *Combating Corruption in Latin America*. Washington, DC: Woodrow Wilson Center Press.
- Smith, Theodore M. (1971). *Corruption, Tradition and Change*. Cornell University Press.
- Snape, Fiona Robertson. (1999). Corruption, Collusion and Nepotism in Indonesia. *Third World Quarterly, Vol. 20, No. 3*.
- Stapenhurst, Rick. (2000). The Media's Role in Curbing Corruption. World Bank Institute: The International Bank for Reconstruction and Development.
- Sudibyo, Agus. (2009). *Kebebasan Semu, Penjajahan Baru di Jagat media*. Jakarta: Kompas Media Nusantara.

- Suphachalasai, Suphachol. (2005). *Bureaucratic Corruption and Mass Media*. United Kingdom : University of Cambridge.
- Suseno, Franz Magnis. (1997). *Javanese Ethics and World-View: The Javanese Idea of The Good Life*. Jakarta : PT Gramedia Pustaka Utama.
- Tanner, Stephen. (1999). The Corruption Watchdog Condemned – The Media Criticized in Letters to the Editor. *Australian Studies in Journalism Number 8*, 60-82.
- Tanzi, Vito. (1998). Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures. *IMF Staff Papers. Vol. 45, No. 4*. International Monetary Fund.
- Theobald, Robin. (1990). *Corruption, Development and Underdevelopment*. Durham : Duke University Press.
- Treisman, Daniel. (2000). *The Causes of Corruption: A Cross national Studies*. University of California, Los Angeles. *Journal of Public Economics*, 76, 3,399-457.
- Tim Peneliti LIPI (2002). *Beberapa Segi Sejarah Perkembangan Pers di Indonesia*. Jakarta: Kompas.
- Vaidya, Samarth. (2005). Corruption in the Media's Gaze. *European Journal of Political Economy*, Vol. 21, 667–687.
- Verma, Arvind. (1999). *Cultural Roots of Police Corruption in India. Policing: an International Journal of Police Strategies and management*, Vol. 22, No.3, 264-279.
- Xin, Xiaohui and Rudel, Thomas K. (2004). The Context for Political corruption: A Cross National Analysis. *Social Science Quarterly*, Volume 85, Number 2.





---

<sup>1</sup> terpusatnya kepemilikan media di tangan sedikit orang/perusahaan. <http://twitoaster.com/country-us/ndorokakang/onglomerasi-media-mungkin-tak-menguntungkan-publik-karena-akan-terjadi-keseragaman-suara/>

<sup>2</sup> <https://fordiletante.wordpress.com/2008/01/29/konglomerasi-media-dalam-grup-mnc-media-nusantara-citra/>

<sup>3</sup> Konglomerasi Media dalam Grup MNC (Media Nusantara Citra)

<sup>4</sup> AOL amat disukai para investor di pasar Wall Street, karena dianggap sebagai *a leader in the rapidly emerging world of internet based media*

<sup>5</sup> KONSENTRASI MEDIA MASSA DAN MELEMAHNYA DEMOKRASI, Henry Subiakto, Dosen Jurusan Komunikasi FISIP dan Program Pascasarjana Studi Media dan Komunikasi Universitas Airlangga, Surabaya

<sup>6</sup> Time Warner menguasai konten, dengan deretan majalah, film, dan program-program televisi yang dimilikinya. Sedangkan AOL memiliki saluran ke lebih dari 20 juta tempat tinggal di Amerika

<sup>7</sup> Seorang TV Jurnalis di salah satu group media terkemuka di Indonesia

<sup>8</sup> <http://satrioarismunandar6.blogspot.com/2010/11/memahami-konvergensi-media-media.html>

<sup>9</sup> CNN adalah televisi yang dimiliki oleh Group Time Warner

<sup>10</sup> Time adalah majalah yang dimiliki oleh Group Time Warner

<sup>11</sup> Lembaga Studi Pers dan Pembangunan

<sup>12</sup> Wawancara di Kantor SatuDunia, 17 Juni 2011

<sup>13</sup> Sumber: Media Indonesia, Selasa, 26 Juni 2011

<sup>14</sup> situs jejaring sosial terpopuler di Amerika pada 2006

<sup>15</sup> <http://daerah.tempo.co/hg/iptek/2011/01/12/brk,20110112-305665,id.html>

<sup>16</sup> Yayasan Pantau adalah sebuah lembaga yang bertujuan memperbaiki jurnalisme di Indonesia

<sup>17</sup> Wawancara via skype dilakukan 23 Juni 2011

<sup>18</sup> The Washington Post Company (NYSE: WPO) is a diversified education and media company whose principal operations include educational services, newspaper print and online publishing, television broadcasting and cable television systems. <http://www.washpostco.com/phoenix.zhtml?c=62487&p=irol-ourcompanyprofile>

<sup>19</sup> The Company also owns The Washington Post, Express and El Tiempo Latino; Post-Newsweek Stations (Detroit, Houston, Miami, [Orlando](#), San Antonio and Jacksonville); Cable ONE, serving subscribers in midwestern, western and southern states; The Slate Group (Slate, TheRoot.com and Foreign Policy); The Gazette and Southern Maryland Newspapers; The Herald (Everett, WA); Avenue100 Media Solutions, an analytics-based performance marketing company; SocialCode, a full service Facebook advertising agency; and Trove, a personalized news aggregation service.

<sup>20</sup> The New York Times Company, a leading media company with 2010 revenues of \$2.4 billion, includes The New York Times, the International Herald Tribune, The Boston Globe, 15 other daily newspapers and more than 50 Web sites, including NYTimes.com, Boston.com and About.com. <http://www.nytimes.com/company/index.html>

<sup>21</sup>

<http://bola.kompas.com/read/2009/12/09/18482871/.The.New.York.Times.dan.Washington.Post.Merapat.ke.Google>

<sup>22</sup> Aliansi Jurnalis Independen

<sup>23</sup> Diskusi lingkaran belajar Telematika, Yayasan SatuDunia, 18 Agustus 2011. <http://www.satudunia.net/content/otulensi-diskusi-lingkar-belajar-telematika-1>

<sup>24</sup> <http://kesehatan.kompas.com/read/2009/07/16/16015757/survei.nielsen.pembaca.media.cetak.makin.turun>

<sup>25</sup> <http://www.detikinet.com/read/2010/05/31/160759/1366831/398/media-online-mulai-memangsa-media-cetak>

<sup>26</sup> <http://the-marketeers.com/archives/attitude-and-behavior-pengguna-internet-di-indonesia.html>

<sup>27</sup> Diskusi Lingkaran Belajar Telematika (1), Yayasan SatuDunia, 18 Agustus 2011. <http://www.satudunia.net/content/otulensi-diskusi-lingkar-belajar-telematika-1>

<sup>28</sup> Media cetak, radio, televisi dan internet

<sup>29</sup> Saat tulisan ini dibuat Group Kompas sedang mempersiapkan KompasTV

<sup>30</sup> Kompasiana adalah sebuah Media Warga (*Citizen Media*)

<sup>31</sup> Batam, Pekanbaru, Makassar

---

<sup>32</sup> Bandung, Jakarta, Bali dan Surabaya

<sup>33</sup> Jakarta dan Bandung

<sup>34</sup> Has been taken over SCTV

<sup>35</sup> Bekerjasama dengan Group Bakrie

<sup>36</sup> Berita Satu Media Holdings

<sup>37</sup> Saat tulisan ini dibuat, masih dalam proses akuisisi

<sup>38</sup> [http://id.wikipedia.org/wiki/Media\\_Group](http://id.wikipedia.org/wiki/Media_Group)

<sup>39</sup> 10 tahun Yayasan Tifa, "Semangat Masyarakat Terbuka"

<sup>40</sup> Berita Satu Media Holdings is an Indonesian media holding company that operates the Berita Satu TV, BeritaSatu.com, Jakarta Globe, Globe Asia, The Peak, Campus Asia, Investor Daily, Majalah Investor and Suara Pembaruan. Berita Satu Media Holdings are a multiplatform media company, focusing in broadcast, print, digital, online, social media, mobile, and events. <http://www.linkedin.com/company/berita-satu-media-holdings>.

<sup>41</sup> Konferensi "Media Baru: Menjadi Tuan di Negeri Sendiri", Hotel Nikko Jakarta, 7 Juli 2011

<sup>42</sup> <http://www.investor.co.id/bedahemiten/era-konvergensi-di-mata-bakrie-telecom/8867>

<sup>43</sup> Mantan wartawan Harian Republika dan Majalah TEMPO, kini aktif di Kantor Berita Pena Indonesia dan juga menjadi pengajar pelatihan jurnalistik dan menulis bagi wartawan dan aktifis NGOs.

<sup>44</sup> Wawancara dengan Farid Gaban di Jakarta, Selasa, 5 Juli 2011

<sup>45</sup> Diskusi lingkaran belajar telematika, Yayasan SatuDunia, 18 Agustus 2011

<sup>46</sup> <http://www.alexa.com/topsites/countries/ID>

<sup>47</sup> <http://portal.tempo.co/hg/bisnis/2011/07/01/brk,20110701-344177,id.html>

<sup>48</sup> Pengertian dari hegemoni itu sendiri adalah dominasi oleh satu kelompok terhadap kelompok lainnya, biasanya tanpa ancaman kekerasan, sehingga ide-ide yang didiktekan oleh kelompok dominan tersebut diterima sebagai sesuatu yang wajar. <http://satuportal.net/content/menyoal-konglomerasi-media-baru>

<sup>49</sup> Group MNC

<sup>50</sup> Group Bakrie

<sup>51</sup> Group MNC

<sup>52</sup> Group MNC

<sup>53</sup> Group Trans Corps

<sup>54</sup> Group Trans Corps

<sup>55</sup> Group Bakrie

<sup>56</sup> Group Media Indonesia, Surya Paloh

<sup>57</sup> Satriyo Dharmanto, Presentasi di Working Group Licencing, Bandung, 18 Februari 2010

<sup>58</sup> Cetak, televisi, radio, online

<sup>59</sup> Group Bakrie memiliki TV One, An TV dan vivanews.com

<sup>60</sup> Kasus Lapindo adalah kasus munculnya semburan lumpur di Sidoarjo. Sebagian pakar pemboran di dunia dalam konferensi internasional di Cape Town, Afrika Selatan, menyatakan bahwa semburan lumpur Lapindo terkait dengan aktivitas pemboran (<http://www.vhrmedia.com/vhr-news/berita,Geolog-Internasional-Pengeboran-Penyebab-Lumpur-lapindo-2750.html>). Lapindo sebagai anak perusahaan Group Bakrie dikaitkan dengan peristiwa itu. Selain memiliki usaha tambang, group Bakrie juga memiliki media massa (dua televisi dan satu portal berita).

<sup>61</sup> TV One, AnTV dan vivanews.com

<sup>62</sup> Website yang memungkinkan pengguna internet mengupload sendiri tulisannya, seperti [www.politikana.com](http://www.politikana.com), [www.kompasiana.com](http://www.kompasiana.com), [www.suarakomunitas.net](http://www.suarakomunitas.net), [www.satuportal.net](http://www.satuportal.net)

<sup>63</sup> Twitter, facebook

<sup>64</sup> Snapshot of Indonesia Social Media Users - Saling Silang Report Feb 2011

<sup>65</sup> Penyebutan semburan lumpur dengan lumpur Sidoarjo mengarahkan opini publik bahwa semburan itu adalah bencana alam bukan akibat pengeboran.

<sup>66</sup> <http://www.youtube.com/watch?v=F9H1X8cMaoE>

<sup>67</sup> <http://www.youtube.com/watch?v=vLlvU9pcVZU>

<sup>68</sup> <http://nasional.vivanews.com/news/read/180457-lumpur-sidoarjo-bukan-karena-engeboran>

<sup>69</sup> <http://video.vivanews.com/read/11227-wawancara-dengan-pakar-geologi-rusia-tentang-penyebab-lumpur-sidoarjo>

<sup>70</sup> Situs ini ([www.korbanlumpur.info](http://www.korbanlumpur.info)) dikelola oleh *Kanal News Room*, dapur berita dan data yang lahir atas inisiatif aliansi masyarakat sipil untuk korban Lapindo pada pertemuan Ciputat 12-13 Juli 2008. *Kanal* hingga kini melahirkan tiga bentuk media, yakni website [www.korbanlumpur.info](http://www.korbanlumpur.info), buletin Kanal dan Kanal Radio. Kanal menyajikan fakta lapangan, data, dan analisis tentang kasus lumpur Lapindo dengan menitikberatkan pada komitmen memperjuangkan hak-hak korban.

<sup>71</sup> <http://korbanlumpur.info/berita/lingkungan/705-pakar-bantah-ilmuwan-rusia-90-persen-yakin-semburan-lapindo-akibat-pemboran-.html>

<sup>72</sup> “Menurut pendapat saya, berdasarkan kajian-kajian ilmiah yang sudah saya lakukan, gempa tidak bisa memicu semburan lumpur Lapindo. Dan kita 90 persen yakin, bahkan kolega-kolega saya 99 persen yakin, semburan ini terkait dengan kecerobohan pemboran,” ujar Tingay.

<sup>73</sup> <http://www.facebook.com/korbanlumpur.info?sk=wall>

<sup>74</sup> <http://www.facebook.com/group.php?gid=26083340518>

<sup>75</sup> <http://twitter.com/#!/korbanlapindo>

<sup>76</sup> <http://www.causes.com/causes/333125?m=faf1a932>

<sup>77</sup> <http://www.facebook.com/#!/pages/VIVAnews-dot-COM/72076019043?sk=wall>

<sup>78</sup> <http://www.facebook.com/#!/VIVAnewscom>

<sup>79</sup> @whatsonANTV

<sup>80</sup> @tvOneNews

<sup>81</sup> Televisi, koran, tabloid, majalah, radio

<sup>82</sup> Saat itu ada anggota KPK (Komisi Pemberantasan Korupsi) yang dinilai telah dikriminalkan oleh kepolisian. Pihak polisi diberi label buaya, sementara pihak KPK diberi label cicak

<sup>83</sup> (<http://www.facebook.com/pages/Dukung-Bebasmurnikan-Prita-dr-Tuntutan-Bui/179105094476?ref=ts>)

<sup>84</sup> <http://www.causes.com/causes/290597-dukungan-bagi-ibu-prita-mulyasari-penulis-surat-keluhan-melalui-internet-yang-ditahan>

<sup>85</sup> <http://www.facebook.com/pages/Gerakan-1000000-Facebookers-Dukung-Chandra-Hamzah-Bibit-Samad-Riyanto/192945806132?ref=ts&sk=info>

<sup>86</sup> <http://www.causes.com/causes/333125?m=faf1a932>

<sup>87</sup> <http://www.facebook.com/group.php?gid=180415896573>

<sup>88</sup> User Generte Conten (UGC) adalah website yang memungkinkan pengguna internet menulis dan mengupload sendiri connten di web tersebut

<sup>89</sup> Majalah TEMPO, Edisi 2 Mei 2011. <http://majalah.tempointeraktif.com/id/arsip/2011/05/02/MD/mbm.20110502.MD136575.id.html>

<sup>90</sup> <http://combine.or.id/suara-komunitas/>

<sup>91</sup> [http://www.mediaindonesia.com/citizen\\_read/2026](http://www.mediaindonesia.com/citizen_read/2026)

<sup>92</sup> Pasal 27 ayat 3 UU ITE tentang pencemaran nama baik, pasal 28 UU ITE tentang perbuatan tidak menyenangkan.

<sup>93</sup> Kritik Menuai Pidana, Human Right Watch, 2010. <http://satuportal.net/system/files/indonesia0510indosumandrecs.pdf>

<sup>94</sup> <http://www.rakyatmerdekaonline.com/news.php?id=11870>

<sup>95</sup> <http://www.satudunia.net/lawan-kebangkitan-orde-baru-di-dunia-maya>

<sup>96</sup> Juli 2011

- 
- <sup>97</sup> <http://www.satudunia.net/content/indepth-report-membaca-inisiatif-e-asean>
- <sup>98</sup> <http://www.satudunia.net/content/notulensi-diskusi-lingkar-belajar-telematika-1>
- <sup>99</sup> Wawancara dengan Donny BU, ICT Watch, 1 April 2011
- <sup>100</sup> Diskusi di SatuDunia, "Revisi UU ITE dan RUU Konvergensi Telematika, Bagaimana Sikap Masyarakat Sipil", 25 Oktober 2010
- <sup>101</sup> Wawancara dengan RANGGOAINI JAHJA (via email), COMBIMBINE Resource Institution, 4 April 2011
- <sup>102</sup> <http://www.satudunia.net/content/brief-paper-ruu-konvergensi-telematika>
- <sup>103</sup> Kewajiban pelayanan universal telematika adalah kewajiban penyediaan layanan telematika agar masyarakat, terutama di daerah terpencil atau belum berkembang, mendapatkan akses layanan telematika.
- <sup>104</sup> Tenaga Ahli Pada Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK), makalah ini disampaikan dalam Panel 8 Konferensi Hukum Nasional 2012, 9-10 Oktober 2012.
- <sup>105</sup> L.R Baskoro, Jurnal Komnas HAM Edisi 1 Tahun 2011.
- <sup>106</sup> Kompas.Com, Lima Tersangka Pembunuhan Wartawan Ditahan, 10 Januari 2011.
- <sup>107</sup> Abdul Manan, Menjelang Sinyal Merah (Laporan Aliansi Jurnalis Independen), Jakarta, 2011, hal. 34.
- <sup>108</sup> Dr. Darmono, SH, MH, Jurnal Perlindungan, Edisi I Tahun 2011 Hal118.
- <sup>109</sup> Dalam perkembangannya melalui putusan Mahkamah Konstitusi juga disebutkan saksi yang mengetahui.
- <sup>110</sup> Pasal 5 undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang Perlindungan Saksi dan Korban.
- <sup>111</sup> Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang Perlindungan Saksi dan Korban, Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 4 Tahun 2011 Tentang Perlakuan Bagi Pelapor Tindak Pidana (whistleblower) dan saksi pelaku yang bekerjasama (justice collaborator) didalam perkara tindak pidana tertentu.
- <sup>112</sup> Lukas Luwarso, Op. Cit, hal. xviii
- <sup>113</sup> Heru Susetyo, Jurnal Perlindungan, Volume 1, nomor 1 Tahun 2011
- <sup>114</sup> John Dussich, *concept and Forms of victim Services*, makalah yang dipresentasikan pada 11<sup>th</sup> Asian Postgraduate Course on victimology and Victim Assistance, Kampus Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok 18-29 Juli 2011.
- <sup>115</sup> *Op Cit*, hal 159
- <sup>116</sup> Beberapa koran harian dan tabloid mingguan yang pernah mengalami pembredelan diantaranya adalah Kompas, Sinar Harapan, Indonesia Times, Pelita, Sinar Pagi, Tempo, Detik dan Editor.
- <sup>117</sup> Orientasi untuk melangengan kekuasaan oleh Pemerintahan Orde Baru ini seringkali terlihat dari penggunaan istilah "*demi menjaga stabilitas keamanan Nasional*". Dengan istilah tersebut, konten media sering diarahkan untuk tidak menjalankan fungsinya sebagai kontrol terhadap pemerintahan Orde Baru.
- <sup>118</sup> Untuk contoh kasus ini dapat terlihat dari pemberian perijinan televisi swasta pertama diberikan pada RCTI yang dimiliki Bambang Trihatmodjo anak ketiga Soeharto, kemudian Perijinan SCTV diberikan pada Sudwikatmo sepupu Soeharto, dan menyusul kemudian perijinan TPI diberikan pada Siti Hardiyanti Rukmana (Tutut) anak sulung Soeharto.
- <sup>119</sup> Gagasan utama Habermas mengenai *public sphere* ini bersumber dari bukunya yang berjudul "*Strukturwandel Del Offentlickeit; Untersuchungen Zu Einer Kategorie Der Burgerlichen Gesellschaft* (1962), namun kemudian baru diterjemahkan kedalam Bahasa Inggris pada tahun 1989 dengan judul "*The Structural Transformation of The Public Sphere*".
- <sup>120</sup> Apabila ditelusuri lebih jauh kajian ekonomi-politik dalam mengkaji media berakar dari pemikiran marxis yang melihat adanya pertentangan dan dominasi kelas dalam sebuah struktur sosial kemasyarakatan yang dilakukan kelompok borjuis. Dalam konteks ini, media massa diyakini sebagai instrumen untuk melakukan dominasi oleh mereka yang secara ekonomi dan politik mapan.
- <sup>121</sup> Ketika akan disahkannya UU No 32 Tahun 2002 penolakan para praktisi industri penyiaran diperlihatkan melalui sikap mereka yang secara kompak berdemonstrasi untuk menolak keberadaan UU tersebut yang menjadi dasar terbentuknya Komisi Penyiaran Independen. Penolakan ini sekaligus menunjukan ketidaksetujuan mereka dengan keberadaan KPI yang ditakutkan menjadi lembaga *super body* dalam menangani masalah penyiaran. Padahal KPI dirancang sebagai komisi independen dengan representasi keanggotaannya merupakan perwakilan publik. Walaupun kemudian praktisi dan institusi media menerima UU No 32 Tahun 2002, namun keberadaan KPI masih dipandang sebelah mata. Hal ini terlihat dari banyaknya peraturan KPI yang tidak ditaati. Misalnya peraturan KPI mengenai

---

komposisi siaran yang mengharuskan stasiun TV swasta nasional membuat stasiun relay dimasing-masing Propinsi untuk mengakomodir konten lokal.

<sup>122</sup> Belum adanya UU yang bersifat *Lex specialis* sebagaimana yang telah disebutkan Sudibyo (2004) ini juga dapat terlihat dari beberapa kasus persengketaan antara masyarakat dan pers terkait dengan pemberitaan, dimana sengketa pemberitaan masih banyak yang diselesaikan melalui jalur peradilan dengan menerapkan pasal-pasal pidana dalam KUHP. Padahal apabila merujuk pada UU pers No 40 Tahun 1999 disebutkan bahwa persengketaan yang terjadi akibat pemberitaan dapat diselesaikan melalui jalur mediasi yang dilakukan oleh Dewan Pers.

<sup>123</sup> Nevertheless, it is realized that the role of another media such as television is also important.

<sup>124</sup> Interview with Novel the CSO's activists from GNPK, in December, 5, 2008 as well as interview with Bukhori, the CSO's activists from Pattiro in December, 13, 2008, as well as interview with Endro Arintoko, the CSO's activists from FKPPK, in January, 14, 2009. Endro is the person who still keeps all of the clippings of the newspapers related to the incident of Hedy Boedoro. In one of the interviews, he saw and borrowed that collection of newspaper's clippings to the researcher.

<sup>125</sup> Interview with Endro Arintoko, one of the CSO's activists in March, 3, 2009

<sup>126</sup> Interview with Novel, one of the CSO's activists in June, 10, 2010

<sup>127</sup> CSO's activists from Pattiro, Kendal in the interview in December, 13, 2008

<sup>128</sup> Interview with Endro in March, 3, 2009

<sup>129</sup> Interview with M Jasin, February, 27, 2009

<sup>130</sup> Interview with Yunadi, *Suara Merdeka's* journalists in February, 26, 2010. The same thing is also said by Burhan, *Kompas's* journalists in the interview in February, 27, 2009

<sup>131</sup> <sup>131</sup> Interview with Yas in February, 27, 2009.

<sup>132</sup> An article will be considered as proper if it is not only cover both sides but also objective.

<sup>133</sup> There are alot of cases in which the media got lost in such case.

<sup>134</sup> These findings is as told by Abdus Salam, the Head of Public Relation Burreau of Kendal Regency 2006-2007. This finding is affirmed journalists and some of the CSO's activists in many interviews in the different time and places.

<sup>135</sup> Pasaribu in Maxim D Prabowo. 2004. *Mengembangkan Civil Society Dengan Press?* Renai Journal Sosial Humaniora dan Politik Lokal Thaun IV No.4 Edisi Musim Labuh Oktober 2004 page 149-158.

<sup>136</sup> Interview with Burhan in February, 27, 2009.



# PEMBAHASAN MAKALAH PER PANEL

## PANEL 9

### MEMASTIKAN PERADILAN BERPIHAK PADA KEADILAN BAGI SI MISKIN DAN TERMARJINALKAN



## Panel 9

Judul Panel : Memastikan peradilan berpihak pada keadilan bagi si miskin dan termarjinalkan

Pengelola : Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN) dan Strengthening Access to Justice Indonesia (SAJI)

### **Pemenuhan Hak atas Bantuan Hukum untuk Memastikan Peradilan Berpihak pada Keadilan bagi Masyarakat Miskin dan Marginal**

**Arif Maulana**

Konstitusi menjamin bahwa fakir miskin dan anak-anak yang terlantar dipelihara oleh negara. Jaminan tersebut tidak hanya terbatas pada tanggung jawab ekonomi, namun juga jaminan sosial dan pemenuhan hak atas bantuan hukum<sup>1</sup> fakir miskin dan anak-anak terlantar sebagai warga negara Indonesia. Meskipun tidak secara tegas, jaminan hak atas bantuan hukum bagi fakir miskin maupun masyarakat marginal tersirat dalam konstitusi. Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum dan pemerintahan tanpa membedakan status sosial, budaya, ekonomi, maupun agama.<sup>2</sup>

Realisasinya kemudian, hak atas bantuan hukum bagi masyarakat miskin yang berhadapan dengan hukum diatur untuk memastikan pemenuhan jaminan perlindungan kepastian hukum yang adil (*fair trial*) dan persamaan dimuka hukum (*equality before the law*). Prinsip tersebut terdapat dalam *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) yang telah diakomodir dalam konstitusi dan telah diratifikasi melalui UU No. 12 Tahun 2005<sup>3</sup>. Prinsip didalam ICCPR tersebut dapat diklasifikasikan dalam tiga kategori yaitu Prinsip Dasar Fair Trial<sup>4</sup>, Jaminan Prosedur Minimum<sup>5</sup>, dan Ketentuan Lain.<sup>6</sup> Prinsip-prinsip didalam ICCPR tersebut kemudian diadopsi dalam beberapa ketentuan hukum seperti UU No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP), UU No. 9 Tahun 1999 tentang HAM, UU No. 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak dan UU No. 23 Tahun 2003 tentang Perlindungan Anak. UU No. 13 Tahun 2006 Perlindungan Saksi dan Korban, UU No.48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Jaminan hak atas bantuan hukum diperkuat melalui UU No. 18 tahun 2003 tentang Advokat sebagai regulasi pelaksana pemberian bantuan hukum yang menempatkan advokat sebagai subyek utama pemberi bantuan hukum. Selanjutnya diatur pula ketentuan mengenai pemberian bantuan hukum di Pengadilan yang diatur dalam UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Setelah delapan tahun berlakunya UU Advokat, saat ini telah diterbitkan UU No.16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum sebagai jaminan baru yang khusus mengatur pemenuhan hak atas bantuan hukum.

Dalam UU Advokat, seorang advokat diwajibkan untuk memberikan bantuan hukum cuma-cuma sebagai bagian dari tanggung jawab profesi. Sementara dalam UU Kekuasaan Kehakiman ditegaskan bahwa setiap orang yang tersangkut perkara berhak memperoleh bantuan hukum dan negaralah yang harus menanggung biaya perkara bagi pencari keadilan yang tidak mampu. Untuk mengaplikasikannya pada setiap pengadilan negeri dibentuk pos



bantuan hukum sebagai tempat rujukan bagi pencari keadilan yang tidak mampu dalam memperoleh bantuan hukum.<sup>7</sup> Pelayanan Bantuan Hukum melalui Pos bantuan hukum ini pun dilaksanakan oleh Advokat..

Merujuk pada ketentuan diatas nampaknya jaminan pemenuhan hak atas bantuan hukum kepada masyarakat sudah cukup dijamin oleh undang-undang. Lantas mengapa UU Bantuan Hukum di terbitkan, bukankah akan tumpang tindih. Apakah UU Advokat dan UU Kekuasaan Kehakiman yang menjamin pelaksanaan Hak atas bantuan Hukum tidak memadai untuk memberikan akses keadilan<sup>8</sup> kepada masyarakat dan memastikan jaminan persamaan dimuka hukum bagi masyarakat miskin dan marginal? Apakah UU Bantuan Hukum yang baru mampu untuk lebih mendekatkan akses hukum yang adil dan memastikan jaminan persamaan dimuka hukum bagi masyarakat miskin dan marginal di Indonesia ?

## A. NEGARA DAN BANTUAN HUKUM

### I. Memadukan Konsep *Probono Publico* Dan *Legal Aid*

Tidak bisa dielakkan bahwa aktor utama pemberian layanan hukum adalah advokat. Sejarah mencatat advokatlah yang menjadi pioneer untuk memberikan bantuan hukum kepada masyarakat miskin. pemberian bantuan hukum kepada masyarakat miskin tersebut dikenal dengan konsep *probono publico*. Dalam perkembangannya, *probono* dikenal menjadi salah satu bentuk strategi gerakan pemberian bantuan hukum untuk membela kepentingan umum, selain *legal aid*. Adapun pengertian *legal aid* adalah “*a very range of legal work that performed voluntarily and free of charge to underrepresented and vulnerable segments of society*”<sup>9</sup>

Bantuan hukum dalam konsep *probono* meliputi empat elemen, yaitu : 1) Meliputi seluruh kerja-kerja di wilayah hukum; 2) Sukarela ; 3) Cuma-Cuma; dan 4) Untuk Masyarakat yang kurang terwakili dan rentan. Kewajiban ini sebagai sebuah tanggung jawab moral advokat sebagai profesi terhormat (*officium nobile*).

Kewajiban bantuan hukum Cuma-Cuma (*probono publico*) ini diatur dalam UU No.18 Tahun 2003 tentang Advokat, PP 83 tahun 2008 tentang Persyaratan dan Tata Cara Pemberian Bantuan Hukum Secara Cuma-Cuma dan Peraturan Peradi No 1 tahun 2010 tentang Petunjuk Pelaksanaan Pemberian Bantuan Hukum Secara Cuma Cuma serta kode etik advokat. Untuk melaksanakannya dibentuk unit kerja bernama PBH Peradi. Ketentuan tersebut menjadi sistem pemberian bantuan hukum yang dibangun oleh organisasi advokat sebagai bagian dari gerakan *probono*.

Sedangkan konsep *legal aid* merujuk pada pengertian pelayanan hukum (*legal assistance*) yang dibiayai atau disubsidi oleh negara. Konsep inilah yang digunakan dalam UU Bantuan Hukum. Ide bantuan hukum yang dibiayai Negara. (*publicly funded legal aid*) pertama kali ditemukan di Inggris dan Amerika Serikat. Setelah perang dunia ke dua berakhir, pemerintah Inggris membentuk *the Rushcliff Committee* dengan tujuan untuk meneliti kebutuhan bantuan hukum di Inggris dan Wales. Berdasarkan laporan dari *the Rushcliff Committee* merekomendasikan bahwa bantuan hukum harus dibiayai oleh negara. Sedangkan, di Amerika Serikat awalnya bantuan hukum merupakan bagian dari program anti kemiskinan pada tahun 1964. Pemerintah membentuk lembaga *The Office Economic*

*Opportunity (OEO)* yang diantaranya membiayai bantuan hukum melalui sistem *Judicare*, yaitu Advokat atau *Bar Association* menyediakan layanan bantuan hukum untuk masyarakat miskin, kemudian jasa bantuan hukum tersebut dibiayai oleh negara.

Konsep ini lahir sebagai sebuah konsekuensi dari perkembangan konsep Negara kesejahteraan (*welfare state*) dimana pemerintah mempunyai kewajiban untuk memberikan kesejahteraan kepada rakyatnya. Bantuan hukum dimasukkan sebagai salah satu program peningkatan kesejahteraan rakyat, terutama dibidang sosial politik dan hukum. Dengan demikian, UU Bantuan Hukum dirancang sebagai upaya pemenuhan tanggungjawab Negara dalam memberikan bantuan hukum kepada warganya. Hal ini dapat dilihat dalam penjelasan UU Bantuan Hukum, yang menyatakan sebagai berikut :

*“...Penyelenggaraan pemberian bantuan hukum kepada warga negara merupakan upaya untuk memenuhi dan sekaligus sebagai implementasi negara hukum yang mengakui dan melindungi serta menjamin hak asasi warga negara akan kebutuhan akses terhadap keadilan (access to justice) dan kesamaan di hadapan hukum (equality before the law). Jaminan atas hak konstitusional tersebut belum mendapatkan perhatian secara memadai, sehingga dibentuknya Undang-Undang tentang Bantuan Hukum ini menjadi dasar bagi negara untuk menjamin warga negara khususnya bagi orang atau kelompok orang miskin untuk mendapatkan akses keadilan dan kesamaan di hadapan hukum”<sup>10</sup>*

Oleh karena itu, baik konsep Probono maupun Legal Aid prinsipnya merupakan strategi untuk memberikan pelayanan hukum (*legal services*) bagi masyarakat miskin dan marginal. Konsep *Legal Aid* yang menjadi semangat UU Bantuan Hukum bukan untuk menggantikan konsep Probono yang dipelopori oleh advokat, tetapi ikut mendukung keterlibatan para advokat sebagai salah satu pemberi layanan hukum cuma-cuma dengan memadukannya bersama konsep bantuan hukum yang disubsidi negara.

## **II. Jaminan Pemenuhan Hak Atas Bantuan Hukum Kurang Memadai**

Sebelum disahkannya Undang-undang Bantuan Hukum, sudah ada terminologi Bantuan hukum berdasarkan Undang-undang Advokat<sup>11</sup>. Undang-undang Advokat mendefinisikan Bantuan Hukum sebagai *jasa hukum yang diberikan oleh Advokat secara cuma-cuma kepada Klien yang tidak mampu*.<sup>12</sup> Pemberian bantuan hukum tersebut merupakan kewajiban bagi advokat, yaitu berdasarkan Pasal 22 ayat 1: *“Advokat wajib memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma kepada pencari keadilan yang tidak mampu”*<sup>13</sup>. Namun kewajiban memberikan bantuan hukum oleh Advokat di dalam Undang-undang Advokat tidak dijelaskan lebih lanjut ruang lingkupnya dan proporsinya.

UU Advokat dan PP No.83 Tahun 2008 tidak memuat ketentuan sanksi yang tujuannya untuk menjamin advokat melaksanakan kewajiban pemberian bantuan hukum secara cuma-cuma kepada pencari keadilan yang tidak mampu. Pemberian bantuan hukum cuma-cuma dari advokat dalam undang-undang adalah penegasan saja dari bentuk tanggung jawab etik profesi advokat. Kalau pun advokat tidak melaksanakan kewajibannya memberikan bantuan hukum cuma-cuma, advokat tersebut hanya dapat diberikan sanksi administratif sebagaimana yang diatur dalam Pasal 14 Ayat (2) PP No.83 Tahun 2008, yaitu: (1) teguran lisan; (2) teguran tertulis; (3) pemberhentian sementara dari profesinya

*selama 3 (tiga) sampai dengan 12 (dua belas) bulan berturut-turut; atau (4). pemberhentian tetap dari profesinya.* Selain sanksi administratif tersebut, sanksi lain hanya bisa dilakukan organisasi advokat berdasarkan Kode Etik Advokat.

Kode etik advokat menegaskan bahwa kepribadian advokat antara lain: *“Advokat dapat menolak untuk memberi nasihat dan bantuan hukum kepada setiap orang yang memerlukan jasa dan atau bantuan hukum dengan pertimbangan oleh karena tidak sesuai dengan keahliannya dan bertentangan dengan hati nuraninya, tetapi tidak dapat menolak dengan alasan karena perbedaan agama, kepercayaan, suku, keturunan, jenis kelamin, keyakinan politik dan kedudukan sosialnya.”*<sup>14</sup> Sementara itu, dalam Peraturan Internal Perhimpunan Advokat Indonesia (PERADI) No. 1 Tahun 2010 tentang Petunjuk Pelaksanaan Pemberian Bantuan Hukum Secara cuma-cuma diatur bahwa pengacara wajib memberikan bantuan hukum cuma-cuma, hanya saja dalam aturan berikutnya mereka hanya *dianjurkan* untuk memberikan bantuan hukum 50 jam dalam kurun waktu satu tahun, jika tidak dilaksanakan tidak terdapat sanksi memaksa dari organisasi advokat.<sup>15</sup> Akibatnya, realisasi praktek *pro bono* advokat tidak berjalan.

Terkait hal ini, menarik menyimak komentar Menteri Hukum dan HAM, Amir Syamsudin yang mempertanyakan kurangnya kadar dedikasi para pengacara sukses di Indonesia untuk memberikan bantuan hukum probono. Seolah-olah muncul pemikiran bahwa perkara probono lebih pantas ditangani LBH di bawah naungan Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI). Padahal memberikan bantuan hukum kepada pencari keadilan miskin adalah kewajiban setiap advokat sebagaimana diatur dalam UU Advokat, Kode Etik maupun aturan Internal organisasi advokat.<sup>16</sup>

Sementara itu, jika merujuk pada jaminan pemberian bantuan hukum kepada masyarakat dalam UU Kekuasaan Kehakiman memiliki keterbatasan. UU kekuasaan kehakiman hanya menjamin hak atas bantuan hukum bagi masyarakat yang tidak mampu membayar jasa advokat karena persoalan kemiskinan, namun tidak menjamin hak atas bantuan hukum bagi masyarakat yang termarginalkan. Selain itu, pemenuhan hak atas bantuan hukum melalui Pos Bantuan Hukum di Pengadilan sebatas proses hukum di Pengadilan sementara hak atas bantuan hukum sendiri ada dan dijamin undang-undang sejak proses penyelidikan di kepolisian.

Persoalannya kemudian adalah tidak adanya jaminan kualitas bantuan hukum yang diberikan, mengingat bantuan hukum diberikan baru saat di pengadilan, padahal penanganan sebuah kasus hukum membutuhkan keterlibatan seorang advokat sejak awal untuk mempersiapkan penanganan perkara dan pembelaan dengan baik. Konsep pemberian bantuan hukum seperti ini seolah menunjukkan bahwa hukum selalu netral dan berfungsi secara ideal. Padahal faktanya tidak demikian. Belum lagi mengenai keterbatasan anggaran pengadilan untuk menyediakan dana bantuan hukum juga ketersediaan pos bantuan hukum yang ada di pengadilan, belum disemua pengadilan ada pos bantuan hukum. Ini mengakibatkan akses bantuan hukum tidak memiliki jaminan kepastian dan keberlanjutan.

### III. Menjawab Kebutuhan Bantuan Hukum

Fakta di masyarakat menunjukkan adanya jurang kesenjangan yang dalam antara jumlah masyarakat miskin yang membutuhkan bantuan hukum dengan pemenuhannya. Hal ini mengakibatkan akses keadilan bagi masyarakat miskin dan marginal menjadi semakin menjauh. Hal ini disebabkan oleh: (i) *Ketidakseimbangan antara jumlah advokat dengan masyarakat pencari Keadilan*. Masih kurangnya jumlah Advokat<sup>17</sup> Indonesia dibandingkan jumlah penduduk miskin (penduduk dengan pengeluaran per kapita per bulan di bawah Garis Kemiskinan) di Indonesia menjadi ukuran perbandingan. Pada September 2011 saja jumlah penduduk miskin mencapai 29,89 juta orang<sup>18</sup> dari Jumlah penduduk Indonesia adalah 237.641.326 jiwa<sup>19</sup>. Sementara jumlah advokat hanya berkisar belasan ribu. Data kasus dari daerah khusus Ibukota DKI Jakarta bisa menjadi gambaran. Pada tahun 2011 jumlah Kasus masyarakat yang mengadu di LBH Jakarta sekitar 959 kasus dengan jumlah orang terbantu sekitar 9.895, yang ditangani oleh sekitar 14 orang. (ii). *Penyebaran Advokat yang tidak merata*. Konsentrasi ekonomi dan pembangunan di kota-kota besar berdampak pula terhadap persebaran advokat. Sebagian besar advokat berada di kota besar sehingga akses masyarakat di daerah terhadap advokat menjadi terbatas. Dua kondisi diatas diperparah dengan trend komersialisasi Profesi Advokat. Walaupun dijuluki *Officium Nobile*, komersialisasi profesi advokat sejak proses pendidikannya, berimbas pada pilihan kasus-kasus yang akan ditangani. Tentu saja kemudian, kasus masyarakat miskin tidak menjadi prioritas. Hal ini dapat dilihat dari sedikitnya jumlah advokat yang menjalankan kewajiban etiknya menangani kasus pro bono. <sup>20</sup> Data diatas baru jumlah masyarakat miskin yang belum termasuk didalamnya masyarakat marginal yang juga membutuhkan bantuan hukum.

Selain problematika jaminan pelaksanaan oleh advokat, pengaturan jaminan hak atas bantuan hukum pun masih menjadi masalah krusial. Sebagai contoh dalam beberapa pasal penting terkait hak atas bantuan Hukum diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) <sup>21</sup>, diantaranya :

#### *Pasal 54*

*Guna Kepentingan Pembelaan, tersangka atau terdakwa berhak mendapat bantuan hukum dari seorang atau lebih penasehat hukum selama dalam waktu dan pada setiap tingkat pemeriksaan, menurut tata cara yang ditentukan dalam undang-undang ini.*

#### *Pasal 56 ayat (1)*

*Dalam hal tersangka atau terdakwa disangka atau didakwa melakukan tindakan pidana yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih atau bagi mereka yang tidak mampu yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasehat hukum sendiri, pejabat yang bersangkutan pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan wajib menunjuk penasehat hukum bagi mereka.*

*(2) Setiap penasehat hukum yang ditunjuk untuk bertindak sebagaimana dimaksud ayat (1), memberikan bantuannya dengan cuma-cuma.*

### *Pasal 114 KUHAP*

*Dalam hal seorang disangka melakukan suatu tindak pidana sebelum dimulainya pemeriksaan oleh penyidik, penyidik wajib memberitahukan kepadanya tentang haknya untuk mendapatkan bantuan hukum atau bahwa ia dalam perkaranya wajib didampingi oleh penasehat hukum sebagaimana dimaksud dalam pasal 56.*

Meskipun telah jelas diatur hak atas bantuan hukum terhadap tersangka diatas, pasal-pasal diatas belum cukup memberikan jaminan pemenuhan hak atas bantuan hukum bagi masyarakat mengingat masih terdapat beberapa Kelemahan jaminan hak atas bantuan hukum itu sendiri dalam KUHAP baik dari sisi aturan maupun prakteknya. Dari sisi aturan diantaranya adalah : (i) Yang berhak atas bantuan hukum hanya seseorang yang sudah ditetapkan sebagai tersangka atau terdakwa. Saksi yang sewaktu-waktu bisa ditetapkan sebagai tersangka maupun saksi korban seolah tidak berhak atas bantuan hukum.<sup>22</sup> (ii) Hanya tersangka atau terdakwa yang disangka atau didakwa melakukan tindakan pidana yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih atau bagi mereka yang tidak mampu yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasehat hukum sendiri yang berhak atas bantuan hukum. Bagaimana dengan tersangka yang ancaman hukumannya dibawah lima tahun. Apakah mereka tidak berhak atas bantuan hukum.

Dalam praktek pasal-pasal yang mengatur jaminan hak atas bantuan hukum terhadap tersangka atau terdakwa tidak berjalan dan dipenuhi. (i) Kerap kali petugas kepolisian mempersulit ketika advokat hendak menemui tersangka. Ketentuan mengenai dapat menemui tersangka setiap waktu nyaris tidak ditemui implementasinya dilapangan. (ii) Aparat menghalangi tersangka atau terdakwa untuk diberitahu haknya dan menggunakan haknya didampingi penasehat hukum dengan membuat surat keterangan bahwa tersangka akan menghadapi proses hukumnya sendiri dan menakut-nakuti tersangka dengan ancaman hukuman yang berat jika menggunakan jasa pengacara. (iii) Prakteknya Hak tersangka untuk dihubungi dan berbicara dengan pengacaranya pada setiap tingkat pemeriksaan dan setiap waktu untuk kepentingan pembelaan perkaranya terhambat oleh tindakan aparat yang melarang dengan berbagai alasan. (iv). Pejabat yang bersangkutan pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan wajib menunjuk penasehat hukum bagi mereka. Kewajiban pejabat yang berwenang ini seringkali dilanggar mengingat tidak adanya sanksi jika kewajiban dalam KUHAP tersebut dilanggar.

#### **IV. Pemenuhan Hak Atas Bantuan Hukum Tanggung Jawab Negara**

Undang-undang Bantuan hukum muncul sebagai konsekuensi negara hukum yang dianut Indonesia. Bantuan hukum adalah tanggung jawab yang harus dipenuhi dalam sebuah negara yang menghendaki persamaan dimuka hukum dan pemerintahan bagi warganya. Terlebih di Negara Indonesia yang warga negaranya memiliki tingkat pendidikan, sosial dan ekonomi yang tidak merata yang berimbas pada kemampuan mereka mengakses keadilan.

Hak Atas bantuan hukum adalah hak asasi manusia yang dijamin dalam konstitusi. Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangannya ketika memutuskan Judicial Review UU Advokat menyebutkan bahwa UUD 1945, Pasal 1 ayat (3), secara tegas menyatakan Indonesia adalah negara hukum yang dengan demikian berarti bahwa hak untuk

mendapatkan bantuan hukum, sebagai bagian dari hak asasi manusia, harus dianggap sebagai hak konstitusional warga negara, kendatipun undang-undang dasar tidak secara eksplisit mengatur atau menyatakannya, dan oleh karena itu negara wajib menjamin pemenuhannya<sup>23</sup>.

Hanya saja, selama ini tanggung jawab negara untuk memenuhi hak atas bantuan hukum kepada masyarakat miskin dan marginal dilakukan oleh masyarakat sipil yang berprofesi sebagai advokat publik yang tergabung dalam organisasi Bantuan Hukum maupun oleh para advokat yang menjalankan fungsi *probono publico*. Mengingat, selama ini negara memilih absen untuk menjalankan kewajiban hukumnya sebagai pemegang tanggungjawab pemenuhan HAM untuk memenuhi hak Bantuan Hukum bagi warga negaranya.

Dalam negara hukum, bantuan hukum menjadi pijakan awal untuk memperkuat masyarakat miskin dan marginal agar dapat berdaya mengakses hak-hak dasar lainnya. Terkait proses hukum di peradilan, jaminan hak atas bantuan hukum adalah sarana untuk terwujudnya masyarakat yang mampu memperoleh peradilan yang adil dan mengakses keadilan.<sup>24</sup> Meskipun memang, bantuan hukum bukanlah menjadi satu sarana tunggal. Masih terdapat subsistem hukum lain yang mempengaruhi dan menentukan yakni struktur hukum seperti lembaga-lembaga pemerintah dan aparat birokrasi penegak hukum<sup>25</sup> serta budaya hukum masyarakat yang menjadi sarana lain yang harus dipenuhi juga untuk mewujudkan keadilan. Tentunya struktur<sup>26</sup>, dan budaya hukum yang mendorong pemenuhan hak atas keadilan bagi masyarakat bukan struktur dan budaya hukum yang akrab dengan korupsi, kolusi, nepotisme yang justru menjauhkan masyarakat dari akses menggapai keadilan. Oleh karenanya, bersamaan dengan akses pemenuhan bantuan hukum selain substansi hukum jaminan hak atas bantuan hukum, struktur hukum dan budaya hukum harus didorong untuk dapat menjamin pemenuhan hak atas keadilan bagi masyarakat.

Meskipun demikian, disamping persoalan diatas, budaya hukum terutama kesadaran masyarakat akan hak-hak yang dimilikinya juga masih rendah. Disinilah letak bantuan hukum memegang peranan penting untuk menumbuhkan kesadaran masyarakat akan hak-haknya sebagai awal adanya upaya hukum.<sup>27</sup>

Berdasarkan situasi diatas, dapat ditarik benang merah bahwa pada dasarnya UU Bantuan Hukum di terbitkan, untuk lebih menjamin pelaksanaan Hak atas bantuan Hukum melalui UU advokat dan UU Kekuasaan Kehakiman yang selama ini kurang memadai guna memastikan pemenuhan akses keadilan kepada masyarakat dan jaminan persamaan dimuka hukum bagi masyarakat miskin dan marginal . Pengaturan tersebut untuk melengkapi bukan menghapus konsep Probono Publico yang telah diterapkan dengan konsep Legal Aid. Pengaturan tanggung jawab negara dalam Bantuan Hukum ini menunjukkan bahwa pemenuhan Hak Atas Bantuan Hukum pada dasarnya adalah hak konstitusional yang pemenuhannya adalah tanggung Jawab Negara yang tidak lain adalah untuk menjawab realitas kebutuhan Bantuan Hukum bagi masyarakat.

## B. MENAKAR SUBSTANSI UU BANTUAN HUKUM

Meskipun bantuan hukum telah diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Pemerintah bersama Legislatif menerbitkan regulasi khusus tentang Bantuan Hukum<sup>28</sup> yang berlaku sejak diundangkan tanggal 2 November 2011. Undang-Undang tersebut disusun dengan semangat untuk menjamin hak konstitusional setiap orang untuk mendapatkan pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum sebagai sarana perlindungan hak asasi manusia. Selain itu, pemberian bantuan hukum bagi masyarakat miskin dimaksudkan sebagai perwujudan akses terhadap keadilan yang berorientasi pada terwujudnya perubahan social yang berkeadilan.<sup>29</sup>

Untuk mengetahui apakah UU *aquo* lebih mendekatkan akses keadilan bagi masyarakat miskin dan termarginalkan adalah dengan melihat apakah UU Bantuan Hukum mampu melengkapi kekurangan dalam Pengaturan pemenuhan bantuan hukum pada masyarakat miskin dan marginal sebelumnya dalam UU Advokat maupun UU Kekuasaan Kehakiman. Beberapa Prinsip Persatuan Bangsa Bangsa tentang Akses Bantuan Hukum<sup>30</sup> dapat digunakan sebagai indikator, diantaranya adalah : (i) prinsip hak memperoleh bantuan hukum, (ii) prinsip bantuan Hukum adalah tanggung jawab negara (iii) jaminan persamaan didalam memperoleh akses menuju bantuan hukum ;(iv) Apakah masyarakat miskin dan marginal dapat memperoleh dan menjangkau akses bantuan hukum dengan cepat dan efektif; (v). kemandirian dan perlindungan bagi penyedia bantuan hukum (vi). jaminan Kompetensi dan Akuntabilitas penyedia bantuan hukum. Berdasarkan indikator tersebut diperoleh gambaran sebagai berikut:

**Tabel Akses Keadilan dalam UU Bantuan Hukum.**

<b>Indikator</b>	<b>Pemenuhan Prinsip Akses Bantuan Hukum dalam UU Bantuan Hukum</b>	<b>Analisis</b>
Jaminan Prinsip hak memperoleh bantuan hukum	UU bantuan hukum menjamin hak penerima bantuan hukum untuk mendapatkan akses keadilan, pemenuhan hak konstitusional, kepastian dan pemerataan penyelenggaraan bantuan hukum untuk mewujudkan peradilan yang efektif (Pasal 2 dan 3)	Prinsip hak memperoleh bantuan hukum sejalan dengan Asas dan tujuan Pembentukan Undang-undang Bantuan Hukum

<p>Jaminan Prinsip Bantuan Hukum tanggung jawab negara</p>	<p>Negara mengakui tanggung jawabnya dalam pemenuhan hak atas bantuan hukum bagi warga negara (konsideran)</p> <p>Pemerintah wajib mengalokasikan dana penyelenggaraan bantuan hukum dalam APBN (Pasal 17)</p>	<p>Jaminan Prinsip Bantuan Hukum tanggung jawab negara diatur dalam undang-undang</p>
<p>Jaminan persamaan didalam memperoleh akses menuju bantuan hukum</p>	<p>Penerima Bantuan Hukum dalam UU ini meliputi orang atau kelompok orang miskin yang tidak dapat memenuhi dan dasar secara layak dan mandiri (Pasal 5)</p> <p>Diatur mengenai hak dan kewajiban penerima bantuan hukum (Pasal 12)</p>	<p>Masyarakat marginal seperti kelompok-kelompok rentan<sup>31</sup> yang mengalami hambatan social, budaya belum terakomodir.</p>
<p>Apakah masyarakat miskin dan marginal dapat memperoleh dan menjangkau akses bantuan hukum dengan cepat dan efektif</p>	<p>Memberikan dasar hukum bagi Daerah untuk mengalokasikan anggaran untuk Bantuan Hukum (Pasal 19)</p> <p>Adanya pengakuan dan jaminan terhadap selain Advokat seperti Dosen, Mahasiswa, dan Paralegal untuk memberikan bantuan hukum (Pasal 9 a)</p>	<p>Membuka peluang persebaran akses bantuan hukum diberbagai daerah meskipun sifatnya tidak wajib.<sup>32</sup></p> <p>Menjadi solusi atas kurangnya jumlah Advokat dan kurang meratanya advokat diberbagai daerah.</p>



<p>kemandirian dan perlindungan bagi penyedia bantuan hukum</p>	<p>Pemberi Bantuan Hukum berhak mendapatkan jaminan perlindungan hukum, keamanan, dan keselamatan selama menjalankan pemberian bantuan hukum (Pasal 9g)</p> <p>Pemberi Bantuan Hukum tidak dapat dituntut secara perdata maupun pidana dalam memberikan bantuan hukum yang menjadi tanggung jawabnya yang dilakukan dengan itikad baik didalam maupun diluar sidang pengadilan sesuai estándar bantuan hukum berdasarkan peraturan perundang-undangan dan kode etik (Pasal 11)</p>	<p>UU Bantuan Hukum memberikan jaminan dan perlindungan pemberi bantuan hukum, dengan merumuskan 6 hak pemberi bantuan hukum, diantara adalah:</p> <p>Melakukan Pelayanan Hukum</p> <p>Menyelenggarakan penyuluhan hukum, konsultasi hukum dan program kegiatan lain yang berkaitan dengan penyelenggaraan bantuan hukum</p> <p>Mengeluarkan pendapat atau pernyataan dalam membela perkara yang menjadi tanggungjawabnya didalam persidangan</p> <p>Mendapatkan informasi dan data lain dari pemerintah maupun instansi lain, untuk kepentingan pembelaan perkara; dan</p> <p>Mendapatkan jaminan perlindungan hukum, keamanan, dan keselamatan selama menjalankan pemberian bantuan hukum</p> <p>Pemberi bantuan hukum tidak dapat dituntut secara perdata maupun pidana dalam memberikan bantuan hukum yang menjadi tanggungjawabnya yang dilakukan dengan itikad baik didalam maupun diluar sidang pengadilan</p>
---	--	---

<p>Jaminan Kompetensi dan Akuntabilitas penyedia bantuan hukum</p>	<p>Akan ditetapkan peraturan menteri mengenai standar layanan bantuan hukum (Pasal 6 ayat 3)</p> <p>Adanya kewenangan menteri untuk mengawasi dan memastikan penyelenggaraan bantuan hukum serta melakukan verifikasi dan akreditasi terhadap pemberi bantuan hukum (Pasal 7)</p>	<p>Nantinya dengan diterapkan standar layanan bantuan hukum kualitas pelayanan pemberi bantuan hukum akan terjaga. Dengan verifikasi dan acredited dapat memastikan akuntabilitas penyedia bantuan hukum.</p>
--	---	---

Berdasarkan indikator diatas nampak bahwa UU Bantuan Hukum dalam beberapa hal nampak lebih menjamin dan mendekatkan akses keadilan bagi masyarakat miskin khususnya dalam prinsip akses bantuan hukum. Namun disamping beberapa kelebihan tersebut terdapat beberapa kelemahan dalam UU ini yang harus menjadi perhatian. (1). Jaminan-Jaminan diatas masih digantungkan dengan peraturan pelaksana yang saat ini sedang disusun dan tidak ada kepastian kapan akan berlaku<sup>33</sup>; (2). Penerima bantuan hukum yang mendapatkan jaminan akses untuk memperoleh keadilan hanyalah baik setiap orang atau kelompok masyarakat miskin berdasarkan ukuran ekonomis namun tidak untuk masyarakat marginal. (3). Ruang lingkup bantuan hukum hanya terbatas pada masalah hukum keperdataan, pidana dan tata usaha negara baik litigasi maupun non litigasi. Bagaimana dengan masalah atau kasus hak konstitusional warga negara yang hendak dimintakan masyarakat miskin dan marginal *judicial review* ke Mahkamah Konstitusi atau sengketa informasi ke Komisi Informasi Publik. (4). Adanya kewenangan besar yang dimiliki Menteri Hukum dan HAM dalam penyelenggaraan bantuan hukum, diantaranya adalah kewenangan menyusun dan menetapkan kebijakan penyelenggaraan bantuan hukum; menyusun dan menetapkan standar bantuan hukum berdasarkan asas-asas pemberian bantuan hukum; menyusun rencana anggaran bantuan hukum; Mengelola anggaran bantuan hukum secara efektif, efisien, transparan dan akuntabel; dan menyusun dan menyampaikan laporan penyelenggaraan bantuan hukum kepada Dewan Perwakilan Rakyat pada setiap akhir tahun anggaran. Untuk melaksanakan lima tugas ini, menteri diberikan wewenang untuk mengawasi dan memastikan penyelenggaraan dan pemberian bantuan hukum serta melakukan verifikasi dan akreditasi terhadap lembaga bantuan hukum atau organisasi kemasyarakatan untuk memenuhi uji kelayakan. Untuk menentukan pemberi bantuan hukum, baik LBH atau Lembaga Kemasyarakatan yang layak, menteri membentuk panitia<sup>34</sup> guna melakukan verifikasi dan akreditasi dilakukan oleh panitia dari berbagai unsur, penetapan kebijakan tetap ada ditangan menteri. Proses ini dikhawatirkan a). dapat berubah menjadi sarana kontrol negara terhadap lembaga-lembaga pemberi bantuan hukum dan advokat; b). Tidak tepat sasaran, mengingat terdapat berbagai varian Lembaga Bantuan Hukum yang didirikan masyarakat. c). Besarnya kewenangan menteri dengan kontrol yang hanya berada ditangan DPR berpotensi menjadikan anggaran bantuan hukum sebagai ladang baru korupsi. (5). Adanya kriminalisasi bagi pemberi bantuan hukum yang

menerima atau meminta pembayaran dari penerima bantuan hukum dan/atau pihak lain yang terkait dengan perkara yang sedang ditangani. Pidana seharusnya digunakan sebagai ultimum remedium, namun dalam UU ini, mekanisme pidana justru diutamakan. Kelemahan ini yang menjadi sebab munculnya kritik<sup>35</sup> dan penolakan<sup>36</sup> terhadap UU Bantuan Hukum.

### Daftar Pustaka

- Abdurrahman. 1983. *Aspek-Aspek Bantuan Hukum di Indonesia*. Jakarta: Penerbit Cendana Press.
- Adnan Buyung Nasution, dkk. *Bantuan Hukum Akses Masyarakat Marginal terhadap Keadilan, Tinjauan Sejarah, Konsep, Kebijakan, Penerapan dan Perbandingan*. Jakarta: LBH Jakarta.
- Asfinawati. 2009. "Undang-Undang Bantuan Hukum Tak Kunjung Ada". Jakarta: Jurnal Jentera.
- Siti Aminah. 2012. *Hak Bantuan Hukum dalam Berbagai Konteks (Analisa terhadap UU No.16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum)*. Jakarta.
- Tim ILRC. 2012. *Buku Saku Paralegal Prinsip Perserikatan Bangsa-bangsa tentang Akses menuju Bantuan Hukum di dalam Sistem-sistem Peradilan Tindak Kejahatan*. Jakarta: ILRC.
- Badan Pusat Statistik Berita Resmi Statistik No. 06/01/Th. XV, 2 Januari 2012
- Buletin PERADI* edisi kedua Th I Agustus 2008
- Koran Kompas*, 25 Juli 2009
- PILnet: The Global Network for Public Interest Law, *Probono Presentation*, 2011
- <http://www.antarane.ws.com/berita/1318064043/uu-bantuan-hukum-pada-2013-sudah-berlaku>, diakses 04 Oktober 2012.
- <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4fa399b190322/dipertanyakan--dedikasi-pengacara-sukses-untuk-probono>, diakses 04 Oktober 2012
- <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4e8fea08dd7e1/layanan-bantuan-hukum-dikhawatirkan-birokratis>, diakses 4 Oktober 2012
- <sup>1</sup><http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt505c62bfc0c4c/advokat-gugat-uu-bantuan-hukum>, diakses 4 Oktober 2012
- Undang-Undang Dasar 1945
- Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP), UU No. 9 Tahun 1999 tentang HAM
- Undang-Undang No. 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak
- Undang-Undang No. 23 Tahun 2003 tentang Perlindungan Anak.
- Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat.
- Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Konvensi Internasional Hak Sipil dan Politik.

Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

Undang-Undang No. 16 Tahun 2011 Bantuan Hukum.

Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara No.0006/PUU-II/2004

## Urgensi Independensi Pengadilan Pajak

Chamelia Gunawan

### PENDAHULUAN

Dalam menjalankan tugas dan fungsinya, negara membutuhkan sumber penerimaan yang regular, kontinu, dan selalu meningkat. Sumber penerimaan yang memenuhi persyaratan ideal tersebut adalah pajak. Pajak merupakan sumber penerimaan negara yang bersifat ideal karena memiliki fungsi budgeter, fungsi mengatur, dan memenuhi persyaratan administrative, politis, teknis-fiskal, yuridis, dan persyaratan ekonomis (Soepangat dan Gaol, 1991:85-86).

Pajak sebagai fungsi budgeter adalah pajak sebagai suatu sumber penerimaan yang ideal yang memiliki syarat administratif, penetapan, pengumpulan, dan kepastian. Sedangkan pajak sebagai fungsi mengatur adalah pajak dipungut oleh pemerintah yang merupakan suatu lembaga formal yang mempunyai kekuasaan hukum publik dan sebagai lembaga yang berfungsi untuk mengayomi masyarakat.

Pajak juga merupakan salah satu dari amanah Undang-Undang Dasar 1945 ("UUD 1945"). Hal ini tertuang dalam ketentuan Pasal 23 UUD 1945 yang menyatakan bahwa pajak dan pungutan lain dan bersifat memaksa untuk keperluan negara diatur dengan undang-undang.

Dari tahun ke tahun pajak menunjukkan penerimaan yang meningkat secara signifikan, menurut data Badan Statistik Indonesia di tahun 2011 75% penerimaan Negara adalah berasal dari pajak. Fakta ini menunjukkan betapa besar peranan pajak di Indonesia. Sebagai konsekuensi logis dari besarnya peranan pajak tersebut, perlu adanya institusi khusus yang menangani manakala timbul perselisihan antara aparat pemerintah sebagai pemungut pajak (Direktorat Jenderal Pajak, Direktorat Jenderal Bea Cukai, atau Pemerintah Daerah) dengan wajib pajak, dan institusi tersebut adalah Pengadilan Pajak (Ismail, *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 27, No. 3, 2008: 47).

Berdasarkan Pasal 2 Undang-Undang No. 14 tahun 2002 tentang Pengadilan Pajak ("**UU Pengadilan Pajak**"), Pengadilan Pajak adalah badan peradilan yang melaksanakan kekuasaan kehakiman bagi Wajib Pajak atau penanggung pajak yang mencari keadilan terhadap Sengketa Pajak. Lebih lanjut, Pasal 5 Undang-Undang Pengadilan Pajak menyatakan bahwa pembinaan teknis bagi Pengadilan Pajak dilakukan oleh Mahkamah Agung, sedangkan pembinaan organisasi, administrasi, dan keuangan bagi Pengadilan Pajak dilakukan oleh Departemen Keuangan. Lebih lanjut ditegaskan pula dalam Pasal 22 ayat 2 UU Pengadilan Pajak bahwa tunjangan dan ketentuan lainnya bagi Ketua, Wakil Ketua, Hakim, Sekretaris, Wakil Sekretaris, dan Sekretaris Pengganti diatur dengan Keputusan Menteri Keuangan. Dari pasal-pasal tersebut terlihat jelas bahwa terdapat dualisme kepemimpinan dalam Pengadilan Pajak, yaitu Mahkamah Agung dan Kementerian Keuangan.

Dimana hal ini bertentangan dengan ketentuan dalam Pasal 21 Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman ("**UU Kekuasaan Kehakiman**") yang menyatakan bahwa organisasi, administrasi, dan finansial Mahkamah Agung dan badan peradilan dibawahnya berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung.

Secara struktural dapat kita lihat bahwa Pengadilan Pajak berbeda dan unik dibandingkan dengan badan peradilan lainnya. Sudah banyak pula wacana tentang pemisahan Pengadilan Pajak dari Kementerian Keuangan sehingga Pengadilan Pajak dapat secara independen dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman bagi pencari keadilan terhadap sengketa pajak. Untuk itu penulis mempersiapkan makalah yang berjudul "URGENSI INDEPEDENSI PENGADILAN PAJAK" ini. Makalah ini akan menjabarkan mengapa independensi Pengadilan Pajak dibutuhkan.

## **KEDUDUKAN PENGADILAN PAJAK**

### **A. Struktur Organisasi Pengadilan Pajak**

Pengadilan Pajak terdiri dari Ketua Pengadilan Pajak, Wakil Ketua Pengadilan Pajak, Hakim Anggota, Serketaris, dan Panitera.

#### *1. Ketua, Wakil Ketua, dan Hakim*

Hakim Pengadilan Agung diangkat oleh Presiden dari daftar nama yang diusulkan oleh Menteri Keuangan setelah mendapat persetujuan dari Ketua Mahkamah Agung. Ketua Pengadilan Pajak dan Wakil Ketua Pengadilan Pajak diangkat oleh Presiden dari para Hakim yang diusulkan Menteri Keuangan setelah mendapat persetujuan dari Ketua Mahkamah Agung.

Selanjutnya dalam pemberhentian Ketua Pengadilan Pajak, Wakil Ketua Pengadilan Pajak dan Hakim Pengadilan Pajak, Menteri Keuangan juga memiliki kewenangan yang cukup besar. Diatur dalam UU Pengadilan Pajak bahwa Ketua Pengadilan Pajak, Wakil Ketua Pengadilan Pajak dan Hakim Pengadilan Pajak diberhentikan oleh Presiden atas usul Menteri Keuangan setelah mendapat persetujuan Ketua Mahkamah Agung.

#### *2. Sekretaris, Wakil Serketaris, dan Serketaris Pengganti*

Sekretaris memimpin serketariat yang mempunyai tugas pelayanan di bidang administrasi umum, dibantu oleh seorang Wakil Serketaris. Selain itu dalam struktur serketariat ini terdapat pula Serketaris Pengganti.

Sekretaris, Wakil Sekretaris, Sekretaris Pengganti, dan pegawai Sekretariat Pengadilan Pajak adalah pegawai negeri sipil dalam lingkungan Kementerian Keuangan. Seperti yang kita ketahui, Serketariat Pengadilan Pajak berada pada lingkungan eselon II pada Serketarian Jenderal, Kementerian Keuangan.

Sekretaris, Wakil Sekretaris, Sekretaris Pengganti ini kemudian dapat merangkap tugas-tugas kepaniteraan. Panitera, Wakil Penitera dan Panitera Pengganti diangkat dan diberhentikan dari jabatannya oleh Menteri Keuangan.

## **B. Kedudukan Pengadilan Pajak Dalam Tata Hukum Indonesia**

Dalam tatanan hukum Indonesia, Pengadilan Pajak merupakan suatu pengadilan khusus di Pengadilan Tata Usaha Negara. Hal ini ditegaskan dalam:

### *1. Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman*

Berdasarkan Pasal 24 Undang-Undang Dasar 1945 dan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman ("UU Kekuasaan Kehakiman"), kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung meliputi badan peradilan dalam lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer, dan peradilan tata usaha negara. Selanjutnya Pasal 27 UU Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa pengadilan khusus dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan yang berada dibawah Mahkamah Agung. Yang dimaksud dengan pengadilan khusus antara lain adalah pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial dan pengadilan perikanan yang berada di lingkungan peradilan umum, serta pengadilan pajak yang berada di lingkungan tata usaha negara.

### *2. Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara*

Pengadilan Pajak sebagai pengadilan khusus dalam lingkungan peradilan tata usaha negara juga tegaskan dalam Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara, yaitu dalam Pasal 9A dan Penjelasan Pasal 9A Undang-Undang No. 9 tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 5 tahun 1996 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang berbunyi:

*Di lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara dapat diadakan pengkhususan yang diatur dengan undang-undang.*

*Yang dimaksud dengan "pengkhususan" adalah deferensiasi atau spesialisasi di lingkungan peradilan tata usaha negara, misalnya pengadilan pajak.*

### *3. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 004/PUU-II/2004 tanggal 8 Desember 2004*

Mahkamah Konstitusi dalam putusan No. 004/PUU-II/2004 tanggal 8 Desember 2004 telah menegaskan pula sebagai berikut:

*"Bahwa dapat pula disampaikan, Pengadilan Pajak yang dibentuk dengan Undang-undang Nomor 14 Tahun 2002 merupakan salah satu pengadilan khusus yang berada di lingkungan peradilan tata usaha negara sebagaimana ditegaskan dalam ketentuan Pasal 9A Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 9 Tahun 2004 jo Penjelasan Pasal 15 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman."*

Meskipun Pengadilan Pajak merupakan pengadilan khusus pada Pengadilan Tata Usaha Negara, putusan Pengadilan Pajak tidak dapat diajukan ke Pengadilan Tata Usaha Negara. Pasal 33 Undang-Undang Pengadilan Pajak menyatakan bahwa Pengadilan pajak merupakan pengadilan tingkat pertama sekaligus terakhir dalam memeriksa dan memutus sengketa pajak. Hal ini berbeda dengan pengadilan khusus lainnya yang berada di bawah Pengadilan Umum. Pada pengadilan khusus yang berada di bawah Pengadilan Umum, masih dimungkinkan adanya banding ataupun kasasi pada tingkat yang lebih tinggi.

Kewenangan pengadilan pajak sebagaimana disebutkan dalam. Pasal 31 UU Pengadilan Pajak adalah:

1. memeriksa dan memutus Sengketa Pajak;
2. dalam hal banding, memeriksa dan memutus sengketa atas keputusan keberatan, kecuali ditentukan lain oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku.
3. dalam hal gugatan, memeriksa dan memutus sengketa atas pelaksanaan penagihan Pajak atau Keputusan pembetulan atau Keputusan lainnya sebagaimana dimaksud dalam UU Ketentuan Umum Perpajakan dan peraturan perundang-undangan perpajakan yang berlaku.

Selain tugas dan wewenang tersebut, Pengadilan Pajak bertugas dan berwenang untuk mengawasi kuasa hukum yang memberikan bantuan hukum kepada pihak-pihak yang bersengketa dalam sidang-sidang Pengadilan Pajak.

### **C. Kedudukan Pengadilan Pajak di Negara Lain**

Dalam Artikelnya yang berjudul "Kedudukan Pengadilan Pajak Di Beberapa Negara", Darussalam membandingkan penyelesaian sengketa pajak melalui badan peradilan di negara Amerika Serikat, Kanada, Belanda, Korea Selatan, Jepang dan Malaysia. Dalam kesimpulannya, Darussalam menyatakan bahwa penyelesaian sengketa melalui badan peradilan pada Amerika Serikat, Kanada, Belanda, Korea Selatan, Jepang dan Malaysia, tampak bahwa badan peradilan yang menyidangkan sengketa pajak pada negara-negara tersebut berada pada lingkup lembaga yudikatif dan tidak bercampur dengan lingkup lembaga eksekutif seperti layaknya di Indonesia.

### **URGENSI INDEPENSI PENGADILAN PAJAK**

Seperti yang telah dibahas pada Bab I, pajak mempunyai posisi yang sangat penting dalam kehidupan bernegara. Pada tabel realisasi penerimaan negara dari tahun 2007 – 2012 dibawah ini, dapat kita lihat bahwa dari tahun 2007 sampai dengan 2012 sebagian besar pembiayaan negara berasal dari penerimaan perpajakan.



Tabel  
**Realisasi Penerimaan Negara (milyar rupiah), 2007-2012**

<b>Sumber Penerimaan</b>	<b>2007</b> 1)	<b>2008</b> 1)	<b>2009</b> 1)	<b>2010</b> 1)	<b>2011</b> 2)	<b>2012</b> 3)
<b>Penerimaan Perpajakan</b>	<b>490,988</b>	<b>658,701</b>	<b>619,922</b>	<b>723,307</b>	<b>878,685</b>	<b>1,019,333</b>
Pajak Dalam Negeri	470,052	622,359	601,252	694,392	831,745	976,900
Pajak Penghasilan	238,431	327,498	317,615	357,045	431,977	512,835
Pajak Pertambahan Nilai	154,527	209,647	193,067	230,605	298,441	350,343
Pajak Bumi dan Bangunan	23,724	25,354	24,270	28,581	29,058	35,647
Bea Perolehan Hak atas Tanah dan Bangunan	5,953	5,573	6,465	8,026	-	-
Cukai	44,679	51,252	56,719	66,166	68,075	72,443
Pajak Lainnya	2,738	3,035	3,116	3,969	4,194	5,632
Pajak Perdagangan Internasional	20,936	36,342	18,670	28,915	46,940	42,433
Bea Masuk	16,699	22,764	18,105	20,017	21,501	23,534
Pajak Ekspor	4,237	13,578	565	8,898	25,439	18,899
<b>Penerimaan Bukan Pajak</b>	<b>215,120</b>	<b>320,604</b>	<b>227,174</b>	<b>268,942</b>	<b>286,568</b>	<b>272,720</b>
Penerimaan Sumber Daya Alam	132,893	224,463	138,959	168,825	191,976	172,871
Bagian laba BUMN	23,223	29,088	26,050	30,097	28,836	25,590
Penerimaan Bukan Pajak Lainnya	56,873	63,319	53,796	59,429	50,340	54,398
Pendapatan Badan Layanan Umum	2,131	3,734	8,369	10,591	15,416	17,861

<b>Jumlah</b>	<b>706,1</b>	<b>979,3</b>	<b>847,0</b>	<b>992,2</b>	<b>1,165,</b>	<b>1,292,</b>
	<b>08</b>	<b>05</b>	<b>96</b>	<b>49</b>	<b>253</b>	<b>053</b>

Sumber: Badan Pusat Statistik

Sehingga dapat dikatakan sistem disuatu negara, baik itu eksekutif, legislatif maupun yudikatif, tidak akan dapat berjalan dengan baik dan benar bila “proses pajak” ini tidak dapat berjalan

Sebagaimana diamanahkan oleh Pasal 23 Undang-Undang Dasar 1945, Negara mempunyai kewenangan untuk memungut pajak. Dengan kewenangan ini, tidaklah berarti pemerintah memiliki untuk dapat bertindak sewenang-wenang dibidang perpajakan. Untuk itu haruslah dibuat sistem kontrol didalam pelaksanaan proses ini.

Sistem kontrol yang dimaksud adalah, pertama, adanya ketentuan didalam Undang-Undang Dasar 1945 yang menyebutkan bahwa pajak dan pungutan lain dan bersifat memaksa untuk keperluan negara diatur dengan undang-undang. Dengan kata lain, pemerintah tidak diperkenankan untuk memungut pajak tanpa adanya pengaturan melalui Undang-Undang. Kemudian kontrol berikutnya adalah kontrol terhadap pemerintah dalam melakukan pemungutan pajak yang berdasarkan pada Undang-Undang tersebut untuk melakukan tindakan eksekutif diluar kewenangannya. Media kontrol tersebut adalah Pengadilan Pajak yang merupakan wadah untuk menguji dan mengoreksi pelaksanaan dan interpretasi peraturan oleh pemerintah yang menimbulkan sengketa pajak.

Montesque, dalam bukunya yang berjudul *The Spirit of Laws*, sebagaimana diterjemahkan oleh Thomas Nugent berkata:

*"When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner.*

*Again, there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control, for the judge would then be the legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with all the violence of an oppressor.'*

Bahwa tidak akan ada kemerdekaan, jika kekuasaan untuk menghakimi tidak dipisahkan dengan kekuasaan legislative dan kekuasaan eksekutif. Jika kekuasaan kehakiman disatukan dengan kekuasaan eksekutif, hakim akan bertindak sewenang-wenang.

Saat ini, pembinaan organisasi, administrasi dan keuangan bagi Pengadilan Pajak dilakukan oleh Kementerian Keuangan. Sedangkan, kewenangan pemerintah untuk melakukan pungutan pajak didelegasikan kepada Direktorat Jenderal Pajak dan Direktorat Bea Cukai yang berada di bawah Kementerian Keuangan. Idealnya, lembaga Pengadilan Pajak yang merupakan lembaga yudikatif untuk mengawasi, menguji dan mengoreksi pemerintah sebagai eksekutif (dalam hal ini Direktorat Jenderal Pajak dan Direktorat Bea

Cukai), ternyata juga berada di bawah payung yang sama, dalam hal ini Kementerian Keuangan.

Selain itu, terdapat pula beberapa ketentuan dalam UU Pengadilan Pajak yang dinilai bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan peraturan perundang-undangan lainnya. Pertentangan tersebut adalah sebagai berikut:

1. Undang-Undang Pengadilan Pajak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945

Pasal 24 Undang-Undang Dasar 1945 menyatakan bahwa:

*"(1) Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.*

*(2) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi."*

Untuk itu, ketentuan-ketentuan dalam UU Pengadilan Pajak tidaklah boleh bertentangan dengan Pasal 24 Undang-Undang Dasar 1945 ini. Undang-Undang Pengadilan Pajak tidak dengan secara jelas menyatakan kedudukannya dalam lingkungan peradilan mana Pengadilan Pajak berada. Keberadaan Pengadilan Pajak dalam lingkungan peradilan, sebagaimana telah dibahas sebelumnya, justru dipertegas oleh Undang-Undang lainnya, yaitu UU Kekuasaan Kehakiman dan Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara.

2. Undang-Undang Pengadilan Pajak tidak sejalan dengan Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman

a. Organisasi, Administrasi dan Keuangan Pengadilan Pajak

Pasal 21 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa:

*"(1) Organisasi, administrasi, dan 800inancial Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung.*

*(2) Ketentuan mengenai organisasi, administrasi, dan 800inancial badan peradilan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) untuk masing-masing lingkungan peradilan diatur dalam undang-undang sesuai dengan kekhususan lingkungan peradilan masing-masing."*

Kemudian, Pasal 27 ayat (1) UU Pengadilan Pajak menyatakan:

*Pengadilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25.*

Penjelasan Pasal 27: ayat (1) UU Pengadilan Pajak

*"Yang dimaksud dengan "pengadilan khusus" antara lain adalah pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial dan pengadilan perikanan yang berada di lingkungan peradilan umum, serta pengadilan pajak yang berada di lingkungan peradilan tata usaha negara."*

Dengan demikian sebagai pengadilan khusus yang berada di lingkungan peradilan tata usaha negara, ketentuan Pasal 5 ayat 2 Undang-Undang Pengadilan Pajak, yang berbunyi Pembinaan organisasi, administrasi, dan keuangan bagi Pengadilan Pajak dilakukan oleh Departemen Keuangan, adalah tidak sejalan dengan Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman.

b. Kemandirian Hakim Pengadilan Pajak

Pasal 3 UU Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa:

*"(1) Dalam menjalankan tugas dan fungsinya, hakim dan hakim konstitusi wajib menjaga kemandirian peradilan.*

*(2) Segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak lain di luar kekuasaan kehakiman dilarang, kecuali dalam hal-hal sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945."*

Lebih lanjut, Penjelasan Pasal 3 UU Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa:

*Yang dimaksud dengan "kemandirian peradilan" adalah bebas dari campur tangan pihak luar dan bebas dari segala bentuk tekanan, baik fisik maupun psikis.*

Sehingga, jelas bahwa pembinaan organisasi, administrasi, dan keuangan Pengadilan Pajak, haruslah berada pada lingkup kekuasaan kehakiman dan bukan pihak lain, dalam hal ini Kementerian Keuangan, untuk mencegah adanya campur tangan dan tekanan dari pihak tersebut.

3. UU Pengadilan Pajak tidak sejalan dengan UU Peradilan Tata Usaha Negara

Pasal 122 dan 131 UU Peradilan Tata Usaha Negara menyatakan bahwa Terhadap putusan Pengadilan Tata Usaha Negara dapat dimintakan pemeriksaan banding oleh penggugat atau tergugat kepada Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara, dan setelah itu kasasi ke Mahkamah Agung oleh salah satu pihak.

Sedangkan menurut ketentuan dalam Pasal 80 ayat (2) UU Pengadilan Pajak, putusan Pengadilan Pajak tidak dapat lagi diajukan Gugatan, Banding, atau kasasi.

Dengan demikian, Pengadilan Pajak yang merupakan suatu badan khusus dalam Peradilan Tata Usaha Negara dalam hal ini telah bertentangan dengan ketentuan dalam UU Peradilan Tata Usaha Negara. Pengadilan Pajak yang merupakan suatu badan khusus dalam Peradilan Tata Usaha Negara harus pula memiliki jenjang pengawasan dalam bentuk upaya hukum biasa yang sama secara teknis dan yuridis dengan Peradilan Tata Usaha Negara, seperti banding dan kasasi. Dalam UU Pengadilan Pajak, upaya hukum yang dapat dilakukan hanya berupa upaya hukum luar biasa, yaitu Peninjauan Kembali. Selain itu tidak ada kesempatan bagi Peradilan Tata Usaha Negara untuk memiliki akses pengawasan terhadap Pengadilan Pajak.

## KESIMPULAN DAN SARAN

### A. Kesimpulan

Pengadilan Pajak harus menjadi suatu lembaga yang independen, dalam arti murni berada dibawah kewenangan Mahkamah Agung sehingga dapat menjalankan fungsi yudikatifnya dengan lebih baik tanpa adanya intervensi dari pihak luar. Selain itu, Pengadilan Pajak haruslah murni berada dibawah kewenangan Mahkamah Agung agar sejalan dengan amanah Undang-Undang Dasar 1945, yaitu menjadi suatu lembaga peradilan yang mandiri dan berada dalam salah satu lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung.

### B. Saran

Agar Pemerintah Indonesia merevisi UU Pengadilan Pajak, sehingga secara Pengadilan Pajak dapat menjadi sebuah lembaga yang mandiri sebagaimana diamanahkan oleh Undang-Undang Dasar 1945.

## Daftar Pustaka

### Buku/Artikel

Darussalam, 2006, "*Kedudukan Pengadilan Pajak Di Berbagai Negara*", [www.ortax.org](http://www.ortax.org), diakses tanggal 3 Oktober 2012.

Ismail Tjip, 2008, "*Eksistensi Pengadilan Pajak di Era Global "Pajak dan Pungutan Lainnya yang Bersifat Memaksa untuk Keperluan Negara Diatur dengan Undang-Undang"* *Jurnal hukum Bisnis*, vol. 27 – No. 3.

Montesquieu, 1748, "*The Spirit of the Laws*", vol. 1, diterjemahkan oleh Thomas Nugent (London: J. Nourse, 1777), <http://www.fordham.edu/halsall/mod/montesquieu-spirit.asp>, diakses 1 Oktober 2012.

Soepangat Edi dan Haposan Lumban Gaol, 1991. *Pengantar Ilmu Keuangan Negara*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama.

Suhendro, Winarto, "*Pengadilan Pajak Sebagai Pengadilan Khusus Di Lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara*", <http://www.setpp.depkeu.go.id>, diunduh 30 September 2012.

Badan Pusat Statistik, 2012, *Tabel Realisasi Penerimaan Negara*, <http://www.bps.go.id>, diakses 3 Oktober 2012.

### Perundang-Undangan

Indonesia, Undang-Undang Dasar 1945.

Indonesia, Undang-Undang No. 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana diubah terakhir diubah dengan Undang-Undang No. 51 tahun 2009.

Indonesia, Undang-Undang No. 14 tahun 2002 tentang Pengadilan Pajak.

Indonesia, Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Makamah Konstitusi, Putusan No. 004/PUU-II/2004 tanggal 8 Desember 2004.

## Keadilan Restoratif, Jalan Keluar Untuk Overkriminalisasi

Eka Nugraha

### Pendahuluan

Bicara pemidanaan artinya berbicara tentang penjatuhan nestapa atau derita kepada pelaku tindak pidana, pemberitaan derita atau nestapa ini memiliki tujuan untuk pembalasan dan pencegahan. Dalam rangka penegakan hukum pidana, setiap penjatuhan pidana setidaknya memenuhi asas keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Meskipun pada prakteknya tidak mudah, mengingat penjatuhan pidana yang tegas atau pasti belum tentu menjamin adanya keadilan dan kemanfaatan, begitu pula sebaliknya.

Mengapa pemidanaan harus melihat asas keadilan dan asas kemanfaatan? Patut diperhatikan bahwa berangkat dari tujuan pemidanaan yang dalam literatur biasanya dikenal dengan 3R dan 1D yaitu *Reformation, Restraint, Retribution* dan *Detterence* (A.Z. Abidin dan Andi Hamzah, 2010 : 42), maka apabila pemidanaan hanya memiliki asas kepastian tanpa memperhatikan asas keadilan dan kemanfaatan maka bisa saja tujuan pemidanaan di atas tidak dapat tercapai, reformasi (*reformation*) atau perbaikan pelaku tindak pidana tidak akan bisa dicapai apabila pemidanaan tidak memberikan keadilan dan kemanfaatan baik bagi pelaku, korban atau masyarakat secara umum, begitu pula dengan tujuan pencegahan (*detterence*) yang dapat diartikan memberikan efek jera kepada pelaku tindak pidana dan menunjukkan wibawa kepada pihak lain yang mungkin akan melakukan tindak pidana yang sama bisa saja tidak tercapai bila dalam pemidanaan tidak memberikan keadilan dan kemanfaatan kepada masyarakat umum. Sementara dua tujuan lainnya (*restraint* dan *retribution*) cenderung berkaitan dengan asas kepastian dalam pemidanaan.

Norma hukum atau secara khusus hukum pidana dan pemidanaannya merupakan rumusan dari penguasa (negara), yang memiliki sifat imperatif atau memaksa (Sudikno Mertokusumo, 1999:16). Perumusan yang lahir dari penguasa (negara) pemidanaan harus memiliki wibawa agar dapat dipatuhi oleh masyarakat yang diatur oleh norma hukum pidana tersebut, selain tentunya memberikan keadilan dan kemanfaatan kepada masyarakat secara umum. Namun pada perkembangannya norma hukum pidana sudah mengarah pada tahapan terlalu berlebihan, hampir setiap peraturan perundang-undangan yang dirumuskan dan ditetapkan memiliki sanksi pidana di dalamnya, sementara belum tentu semua peraturan perundangan-undangan membutuhkan sanksi pidana sebagai sarana imperatif dari ruang lingkup yang diaturnya. Sebagai contohnya Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 35 Tahun 2009 Tentang Narkotika yang masih merumuskan sanksi pidana kepada para pelaku tindak pidana terkait narkotika dan psikotropika, sementara melihat fakta di lapangan para pengguna narkoba (narkotik dan obat-obatan terlarang) sebenarnya lebih membutuhkan rehabilitasi dibandingkan sanksi pidana penjara. Contoh seperti ini yang kemudian dapat digolongkan pada overkriminalisasi, dimana terlalu banyak perbuatan yang dirumuskan ke dalam perbuatan pidana dan harus dijatuhi sanksi pidana. Overkriminalisasi dapat menimbulkan ketakutan dan ketidakpercayaan masyarakat akan hukum dan aparaturnya karena bukan lagi keadilan yang didapat namun nestapa dan derita semata.

Disinilah kemudian pelaku maupun korban dalam kasus hukum pidana membutuhkan proyeksi yang sebanding dalam konteks keadilan bagi yang proporsional, salah satu cara untuk mencapainya dapat dilakukan dengan menerapkan penyelesaian kasus hukum pidana di luar persidangan seperti *restorative justice* (Keadilan Restoratif).

### **Pemidanaan dan Overkriminalisasi**

Ketika kasus Nenek Minah dengan pencurian tiga biji kakaonya menghiiasi media massa, banyak yang terkejut ketika mengetahui putusan hakim memberikan pidana percobaan satu bulan kepada Nenek Minah. Publik jelas terkejut karena permasalahan kehilangan yang bisa dibilang “sepele” dan bisa diselesaikan lewat musyawarah malah dibawa ke ranah hukum bahkan dijatuhkan pidana.

Sebagai sebuah contoh kasus tindak pidana, pemidanaan terhadap pencurian tiga biji kakao milik sebuah perusahaan perkebunan tergolong berlebihan, penjatuhan pidana ini sebenarnya bisa dihindarkan misalnya dengan penggantian kerugian sesuai jumlah biji kakao yang dicuri tersebut. Namun fakta yang terjadi dalam kasus Nenek Minah ini adalah pemidanaan yang sebenarnya bisa dihindari apabila melihat dampak kerugian yang dialami pihak yang kecurian. Contoh kasus tersebut sesuai dengan apa yang dikemukakan oleh Douglas Husak bahwa pembebanan hukuman yang terlalu banyak karena hukuman tersebut tidak adil. (2008:3).

Apa yang dikemukakan Douglas Husak tersebut menunjukkan bahwa hukuman pidana tersebut belum menyentuh asas keadilan sebagai tujuan dari pemidanaan. Bahkan, apabila ditinjau lebih lanjut hukum pidana semestinya dijalankan sebagai instrumen terakhir (*ultimum remedium*).

Patut dipahami dulu bahwa kriminalisasi merupakan penetapan perbuatan yang semula bukan tindak pidana menjadi suatu tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan (Teguh Prasetyo, 2010:133), bagaimana kemudian kriminalisasi suatu perbuatan menjadi tindak pidana ini dikatakan overkriminalisasi adalah ketika kita terlalu banyak menerapkan standar dimana kita bisa menetapkan apakah jumlahnya terlalu sedikit, terlalu banyak atau bahkan tepat (Douglas Husak, 2008:4). Menurut Erik Luna fenomena overkriminalisasi mengandung (1) *untenable offenses*; (2) *superfluous statutes*; (3) *doctrines that overextend culpability*; (4) *crimes without jurisdictional authority*; (5) *grossly disproportionate punishments*; and (6) *excessive or pretextual enforcement of petty violations* (2005:716).

Dalam kaitannya dengan dampak overkriminalisasi, Erik Luna melanjutkan bahwa bagi para penegak hukum ini tidak berpengaruh secara finansial, namun lebih kepada profesionalitas dan struktural, dimana ini berkaitan dengan kekuatan dan peningkatan karir. (2005:722). Alasan-alasan profesionalitas dan motif karir ini akan berpengaruh pada keberadaan sistem peradilan pidana sebagaimana disampaikan Minoru Shikita yang dikutip Mardjono Reksodiputro bahwa salah satu kerugian dari tidak bekerjanya sistem peradilan pidana adalah kesulitan untuk memecahkan sendiri masalah-masalah pokok masing-masing instansi (2007:142). Dampak lain yang bisa terjadi dengan adanya overkriminalisasi adalah menipisnya moral di dalam lingkup sistem peradilan pidana (Erik Luna, 2005:727).

Hukum yang lahir dari kekuasaan memang kemudian akan erat dengan penguasa dan kewenangannya, yang menjadi perhatian adalah bagaimana kemudian hukum ini tidak lekat dengan “agenda” penguasa, khususnya dalam kaitan dengan kriminalisasi suatu perbuatan menjadi perbuatan kriminal atau pidana. Dampak overkriminalisasi di atas terkait penegak hukum dan moral di dalam sistem peradilan pidana dapat mengikis pula tujuan yang ingin dicapai dalam proses penegakan hukum, salah satunya adalah tujuan keadilan. Maka rusaknya tatanan keadilan dalam masyarakat dapat timbul dari dua hal, munculnya kejahatan itu sendiri atau karena adanya fenomena overkriminalisasi dalam berjalannya sistem peradilan pidana.

### **Keadilan Restoratif, Definisi dan Korelasi dengan Sistem Peradilan Pidana**

Sebelum berbicara tentang peluang penerapan di Indonesia, tentu harus dipahami dulu mengenai keadilan restoratif itu sendiri. Lahirnya kejahatan membuat rusaknya tatanan masyarakat, termasuk ketertiban dan keadilan. Berbicara keadilan, ini kemudian dapat dilihat dari hakekatnya, yang merupakan penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan dengan mengkajinya dari suatu norma yang menurut pandangan subjektifnya melebihi norma-norma lain. Cesare Beccaria sendiri menyatakan bahwa keadilan tidak lebih dari pertalian yang dibutuhkan untuk menjaga bersatunya kepentingan individu-individu, yang tanpanya manusia akan kembali ke keadaan asal mereka, yaitu kebiadaban (2011:4). Ketika kemudian kejahatan terjadi di lingkungan masyarakat, ini merusak tatanan keadilan di masyarakat, terlebih lagi ketika terjadi main hakim sendiri di kalangan masyarakat. Fenomena main hakim sendiri ini, bisa timbul dari ketidakpuasan masyarakat terhadap penegakan hukum.

Ketidakpuasan ini penegakan hukum ini dapat lahir dari beragam faktor, namun dalam tulisan ini dapat dilihat masih kurang tercapainya rasa keadilan di masyarakat, dari sini kemudian muncul pemikiran tentang alternatif penyelesaian perkara pidana, salah satunya adalah wacana tentang keadilan restoratif.

Penelusuran tentang definisi dari keadilan restoratif sendiri tidak dapat menemukan satu definisi yang pasti, dikarenakan banyaknya variasi model dan bentuk yang berkembang dalam penerapannya (Eva Achjani Zulfa, 2009:15). Namun sebagai sebuah konsep pemikiran, keadilan restoratif sendiri adalah respon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada (Eva Achjani Zulfa, 2009:14). Sementara dalam rangka mencari pengertian dari keadilan restoratif Daniel W. Van Ness mengemukakan sebagai berikut :

*There is no single accepted definition of restorative justice. Typically, however, definitions fall into one of two categories. The most restrictive category consists of process-based definitions emphasizing the importance of encounters between the stakeholders in the crime and its aftermath. The most expansive category consists of justice-based definitions emphasizing the outcome and/or value of restorative justice (Van Ness, 2005:3).*



Namun Van Ness melanjutkan bahwa dari kedua kategori definisi di atas dapat dikombinasikan sehingga ditemukan satu definisi yaitu *Restorative justice is a theory of justice that emphasizes repairing the harm caused or revealed by criminal behaviour. It is best accomplished through inclusive and cooperative processes* (Van Ness, 2005:3).

Kompleksnya pengertian dari keadilan restoratif dapat dilihat dari pengertian lain yang ditulis Howard Zehr yaitu :

*Viewed through a restorative justice lens, "crime is a violation of people and relationship. It creates obligations to make things right. Justice involves the victim, the offender and the community in a search for solution which promote repair, reconciliation and reassurance" (Howard Zehr, 1990:181).*

Sementara menurut Mark S. Umbreit, Betty Vos, Robert B. Coates dan Elizabeth Lightfoot adalah :

*Restorative justice offers a very different way of understanding and responding to crime. Instead of viewing the state as the primary victim in criminal acts and placing victims, offenders, and the community in passive roles, restorative justice recognizes crime as being directed against individual people (Mark S.Umbreit, et.al, 2005:255).*

Meskipun ditemukan berbagai pengertian yang berbeda-beda, namun dapat ditentukan batasan-batasan untuk memahami keadilan restoratif dalam rangka proses penegakan hukum pidana, bahwa ia melibatkan penegak hukum, masyarakat, pelaku dan korban dalam rangka perbaikan dan proses pengembalian keadilan.

Dalam konteks sistem peradilan pidana di Indonesia, dimana sistem peradilan pidana merupakan suatu sistem yang dibangun untuk menanggulangi dan mengendalikan kejahatan dalam batas-batas toleransi yang dapat diterima (Mardjono Reksodiputro, 2007:140). Sistem peradilan pidana ini sendiri terdiri dari para penegak hukum sebagai bagian dari negara yaitu kepolisian, kejaksaan dan pengadilan, dimana dalam rangka mencapai tujuan sistem peradilan pidana ada beberapa hal yang harus diperhatikan yaitu :

- a) Efisiensi kepolisian (angka pengungkapan kejahatan yang tinggi yang disertai penyidikan yang adil) merupakan prasyarat untuk administrasi pemasyarakatan yang baik, karena bila ini tidak terlaksana, maka : terpidana akan melihat dirinya sebagai "kambing hitam" yang tidak beruntung dan tidak akan mau mengikuti secara sukarela program pembinaan yang ada dalam lembaga.
- b) Penggunaan yang berlebihan dalam penahanan sementara akan mengakibatkan lembaga pemasyarakatan menampung penghuni di atas batas kapasitasnya, dan hal ini sebenarnya dapat diatasi dengan mengurangi masukan (*input*), menambah keluaran (*output*) dan mempersingkat penyidikan perkara.
- c) Mengurangi beban (penghuni) lembaga pemasyarakatan dapat pula dilakukan melalui seleksi yang ketat terhadap perkara yang memang akan diajukan ke pengadilan dan juga dengan mempergunakan kemungkinan lain daripada pidana penjara (*alternatives to imprisonment*); dan
- d) Mencegah disparitas (perbedaan yang besar) dalam pidana yang dijatuhkan untuk perkara yang serupa, agar terpidana tidak merasakan dirinya diperlakukan secara

tidak adil dan menimbulkan rasa permusuhan terhadap komponen-komponen sistem peradilan pidana, termasuk terhadap lembaga pemasyarakatan, yang akan menyukarkan pembinaannya.

Maka dengan melihat beberapa pemikiran terkait tujuan dalam sistem peradilan pidana di atas, keadilan restoratif kemudian dapat menjadi salah satu alternatif dalam penyelesaian perkara pidana. Namun sebagaimana diungkapkan oleh Eva Achjani Zulfa perkembangan konsep tentang keadilan restoratif apabila dikaitkan dengan sistem peradilan pidana menjadi kontraproduktif (2009:29), hal ini menunjukkan posisi dari keadilan restoratif yang memang berada di luar sistem peradilan pidana. Meskipun begitu, dalam rangka perkembangan pemikiran terkait pemidanaan dan sistem peradilan pidana, keadilan restoratif patut dipertimbangkan sebagai alternatif untuk pidana yang sudah ada. Bahkan menurut A.Z. Abidin dan Andi Hamzah pencarian alternatif hukuman untuk pidana penjara sudah jauh dilakukan sejak usai Perang Dunia II ketika manfaat pidana penjara untuk perbaikan dan rehabilitasi penjahat ternyata tidak ada sama sekali (2010:21).

Keadilan restoratif sendiri dalam korelasinya dengan sistem peradilan pidana dapat dilihat dari tiga model hubungan keadilan restoratif dengan sistem peradilan pidana yang dikemukakan dalam The Vienna Declaration On Crime and Justice 10-17 April 2000 yaitu (Eva Achjani Zulfa 2009:33) :

- a) Sebagai bagian dari sistem peradilan pidana
- b) Di luar sistem peradilan pidana melalui lembaga / institusi lain di luar sistem
- c) Di luar sistem peradilan pidana dengan tetap melibatkan pihak penegak hukum

### **Peluang Penerapan Keadilan Restoratif di Indonesia**

Ada beberapa bentuk keadilan restoratif pada prakteknya, yang pertama adalah mediasi antara pelaku dengan korban, dimana antara korban kejahatan dan pelaku kejahatan dipertemukan dengan mediator terlatih untuk mengembangkan rencana perbaikan kondisi yang rusak akibat kejahatan atau dikenal dengan *Victim Offender Mediation* (Leena Kurki, 2005:294-295). Kemudian bentuk yang kedua adalah *Family Group Conferencing* yang melibatkan kelompok masyarakat lebih besar, anggota keluarga dan pihak lain untuk memastikan pelaku memenuhi kesepakatan yang dibuat (Leena Kurki, 2005 :297).

Namun setidaknya menurut Jennifer L. Llewellyn dan Robert Howse ada lima model atau pergerakan terkait keadilan restoratif :

- 1) *The informal justice movement emphasized informal procedures with a view to increasing access to and participation in the legal process. They focused on delegalization in an effort to minimize the stigmatization and coercion resulting from existing practices.*
- 2) *Restitution as a response to crime was rediscovered in the 1960's. The movement focused on the needs of victims, maintaining that meeting the needs of victims would serve the interests of society more generally.*
- 3) *The victim's rights movement works to have the right of victims to participate in the legal process recognized.*

- 4) *Reconciliation/conferencing movement – Van Ness and Strong cite two major strands in this movement:*
- a. *victim/offender mediation – Originating from efforts of the Mennonite Central Committee, this process brings victim and offender together with a mediator to discuss crime in order to form a plan to address the situation.*
  - b. *Family group conferencing movement in New Zealand – arising out of the Maori traditions in New Zealand.*
- 5) *The social justice movement – Van Ness and Strong use this label to refer generally to a number of different groups working for a vision of justice as concerned inherently with social well being (Jennifer L. Llewellyn and Robert Howse,1998:14-15).*

Pada dasarnya metode mediasi dalam keadilan restoratif, mirip dengan metode mediasi yang digunakan dalam mediasi pada konflik-konflik umum di luar masalah hukum. Mediasi ini fokus kepada kemungkinan eskalasi konflik tersebut, bukan pada jenis tindakan kriminalnya (Georg Zwinger, 2002:83). Dalam hal ini, artinya sekecil apapun konflik yang timbul akibat adanya tindak pidana atau tindak kriminal, metode mediasi urgen untuk dilakukan agar mengembalikan “kerusakan” yang terjadi antara pelaku dan korban, atau lebih luas tatanan sosial dan keadilan dalam lingkup masyarakat. Zwinger menguraikan tahapan pencegahan eskalasi konflik melalui mediasi sebagaimana dituliskan dalam *Restorative Justice Practice and its Relation to The Criminal Justice System* (2002:83) :

- *Moderation presumes that the parties will be able to come to terms with conflicts themselves after a few interventions. The mediator’s role is generally limited to creating the setting for the encounter between the parties and by placing significant issues on the foreground of their dialogue.*
- *Process mediation deals with deeply rooted mutual perceptions and modes of behaviour. Rigid roles and relationships must be eased.*
- *In socio-therapeutic process mediation, interventions are therapeutically enhanced. This should contribute to breaking existing neurotic ties to specific roles and other psychotherapeutically indicated problem situation. This method is particularly appropriate if the participants’ loss of face has already fundamentally affected their personal identity.*
- *In the negotiation process the mediator attempts to find an agreement acceptable to all of the parties concerned which will make it possible to coexist. This strategy is appropriate if the parties are unable to co-operate in solving the problems directly.*

Dapat dilihat dari uraian tahapan di atas, bahwa ada penggalian persepsi yang saling menguntungkan di antara kedua pihak, sebelum kemudian mencapai kesepakatan di antara pihak-pihak yang berkonflik. Ada beberapa cara yang dapat digunakan dalam proses mediasi, khususnya dalam rangka pelaku kejahatan memberikan ganti kerugian yang dialami korban (Daniel W.Van Ness, 2005 :5) yaitu :

*...The first is by offering an apology, a sincere admission and expression of regret for their conduct ... A second is restitution, where in the offender pays back the victim*

*through financial payments, return or replacement of property, performing direct services for the victim, or in any way that the parties agree ... The third is through performing community service by providing free services to a charitable or governmental agency. These and other measures to repair harm (if an expansive definition of restorative justice is used) are considered restorative outcomes.*

Cara yang pertama dan yang kedua dapat dilakukan melalui musyawarah, sebagaimana di negara Indonesia lembaga musyawarah sering sekali digunakan sebagai sarana untuk mencapai kemufakatan. Sementara cara yang ketiga serupa dengan kerja sosial yang hingga sekarang masih ada dalam Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Bagaimana kemudian praktek-praktek keadilan restoratif ini diterapkan di Indonesia? Hal ini kemudian dapat dilihat dari nilai dasar keadilan restoratif yang berasal dari nilai-nilai tradisional, pada ruang lingkup di Indonesia hal ini ditunjukkan dengan keberadaan lembaga musyawarah sebagai nilai dasar dari penerapan keadilan restoratif, dimana musyawarah dalam mufakat dipandang sebagai filosofi dasar dari Indonesia sebagai negara yang berlandaskan Pancasila.

Indonesia sebagai negara yang terdiri dari berbagai suku bangsa juga memiliki banyak masyarakat adat dengan norma-norma yang berlaku di daerah masing-masing, menarik kemudian melihat bagaimana masing-masing masyarakat adat menerapkan sanksi adat kepada pelaku kejahatan sebagaimana dikemukakan I Gede A.B. Wiranata sebagaimana dikutip Eva Achjani Zulfa (2010:189-190) :

- a) Pengganti kerugian *immaterieel* dalam pelbagai rupa seperti paksaan menikahi gadis yang telah dicemarkan;
- b) Pembayaran "uang adat" kepada orang yang terkena, yang berupa benda yang sakti sebagai pengganti kerugian rohani;
- c) Selamatan (korban) untuk membersihkan masyarakat dari segala kotoran gaib;
- d) Penutup malu, permintaan maaf;
- e) Pelbagai rupa hukuman badan hingga hukuman mati;
- f) Pengasingan dari masyarakat serta meletakkan orang diluar tata hukum (dalam hal ini orang yang dikenai sanksi diberikat pembatasan haknya sebagai anggota masyarakat adat).

Menjadi pertanyaan pula bagaimana kemudian menerapkan praktek keadilan restoratif diterapkan dalam sistem peradilan pidana di Indonesia, untuk itu kita bisa belajar dari praktek-praktek di beberapa negara. Praktek keadilan restoratif oleh pihak kepolisian misalnya, di sejumlah negara polisi sudah mulai menggunakan proses pendekatan restoratif, khususnya dalam kasus-kasus terkait pidana anak. Sebagai contoh di New Zealand keberadaan *The Children, Young Persons and Their Families Act of 1989* menciptakan alternatif restoratif bagi polisi yang kemudian dikenal sebagai bentuk praktek keadilan restoratif selain mediasi pelaku korban yaitu *family group conferences* (Daniel W.Van Ness, 2005:7). Salah satu tujuan dari dirumuskannya undang-undang ini adalah untuk

mengesampingkan tindak pidana anak dari pengadilan, bahkan apabila sudah masuk dalam pengadilan, Undang-Undang ini menawarkan pada korban, pelaku dan keluarganya hukuman apa yang paling tepat untuk dijatuhkan.

Di Indonesia sendiri praktek keadilan restoratif pada kasus pidana anak dimungkinkan untuk dilakukan dengan adanya Rancangan Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak, sebagaimana bahwa secara filosofis RUU ini :

Mengutamakan perlindungan dan rehabilitasi pelaku anak sebagai orang yang masih mempunyai sejumlah keterbatasan dibanding dengan orang dewasa ... Terhadap anak yang terlanjur menjadi pelaku tindak pidana diperlukan strategi SPPA yang mengupayakan seminimal mungkin intervensi SPP (Marlina:2010).

Keberadaan RUU ini tentunya harus diselaraskan dengan prosedur hukum yang jelas, termasuk juga perumusan tindak pidana seperti apa yang penyelesaiannya dapat menggunakan pendekatan keadilan restoratif. Contoh berbeda untuk penggunaan praktek keadilan restoratif bagi jaksa, pada dasarnya jaksa diberikan wewenang lebih untuk melakukan diskresi daripada polisi di negara-negara *common law* jaksa punya otoritas untuk mengesampingkan perkara. Tapi di negara-negara *civil law* pada beberapa peraturan perundang-undangan tertentu jaksa diperbolehkan memberikan pendekatan restoratif pada kasus-kasus tertentu (Daniel W.Van Ness, 2005 :8). Demikian pula dengan praktek keadilan restoratif yang dapat digunakan oleh hakim di pengadilan, hakim dapat menggunakan pendekatan restoratif pada tahapan sebelum persidangan (pengesampingan perkara) dan bisa juga digunakan sebagai bagian dari persiapan hukuman (Daniel W.Van Ness, 2005 :8).

## **Kesimpulan**

Pada dasarnya penerapan praktek keadilan restoratif di Indonesia memang cukup melekat dengan nilai-nilai dasar yang dimiliki warga negara Indonesia, khususnya terkait musyawarah dan bagaimana masyarakat adat di Indonesia sudah memiliki pendekatan restoratif dalam penjatuhan sanksi adatnya. Namun ini kemudian menghadapi hambatan dimana peradilan adat masih berbenturan dengan hukum positif. Sehingga dibutuhkan harmonisasi antara hukum adat dengan hukum positif yang sudah berlaku di Indonesia, sebaiknya juga harus ada peraturan perundang-undangan yang mengatur dengan jelas tentang lembaga peradilan adat, mulai dari kewenangan, fungsi serta hubungannya dengan sistem peradilan pidana formal yang ada.

Dibutuhkan pula rumusan yang jelas terkait kualifikasi tindak pidana apa saja yang dapat diselesaikan dengan pendekatan keadilan restoratif dan metode yang dipakai, ini dapat dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan tersendiri (RUU Sistem Peradilan Anak misalnya) atau dalam Rancangan KUHP dan KUHPA mendatang misalnya dalam tindak pidana ringan sehingga tidak muncul lagi rumusan yang mengarah pada overkriminalisasi.

### Daftar Pustaka

- Abidin, A.Z. dan Andi Hamzah, 2010, *Pengantar dalam Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta, Yarsif Watampone.
- Beccaria, Cesare, 2011, *Perihal Kejahatan dan Hukuman*, Yogyakarta, Genta Publishing.
- Husak, Douglas, 2008, *Overcriminalization The Limits of The Criminal Law*, New York, Oxford University Press.
- Kurki, Leena, 2005, "Evaluating Restorative Justice Practices" dalam Goerge Pavlich (ed.) *Governing Paradoxes of Restorative Justice*, Oregon, Glass House Press.
- Llewellyn, Jennifer L., and Robert Howse, 1998, *Restorative Justice A Conceptual Framework*, Tanpa Kota, Law Commision Of Canada.
- Luna, Erik, 2005, *The Overcriminalization Phenomenon*, Tanpa Kota, American University Law Review.
- Luthan, Salman, 2009, *Asas dan Kriteria Kriminalisasi*, Jurnal Hukum No.1 Vol.16, Yogyakarta, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.
- Marlina, 2010, *Konsep Diversi dan Restorative Justice : dalam RUU Sistem Peradilan Pidana Anak*, Disampaikan Pada Seminar Sosialisasi RUU tentang Sistem Peradilan Pidana Anak 18 Juni 2010, Medan, Dirjen Perundang-Undangan Kementerian Hukum dan HAM RI.
- Mertokusumo, Sudikno, 1999, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta, Liberty.
- Prasetyo, Teguh, 2010, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Bandung, Nusa Media.
- Reksodiputro, Mardjono, 2007, *Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana*, Jakarta, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia.
- Umbreit, Mark S., et.al., 2005, *Restorative Justice in The Twentyfirst Century : A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls*, Marquette Law Review, Tanpa Kota, Marquette University Law School.
- Van Ness, Daniel W., 2005, *An Overview Of Restorative Justice Around The World*, Workshop 2: Enhancing Criminal Justice Reform, Including Restorative Justice, Bangkok, The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy.
- Zehr, Howard, 1990, *Changing Lenses :A New Focus for Crime and Justice*, Ontario, Herald Press.
- Zulfa, Eva Achjani, 2009, *Ringkasan Disertasi Keadilan Restoratif di Indonesia (Studi Tentang Kemungkinan Penerapan Pendekatan Keadilan Restoratif dalam Praktek Penegakan Hukum Pidana)*, Jakarta, Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- \_\_\_\_\_, 2010, *Keadilan Restoratif Dan Revitalisasi Lembaga Adat Di Indonesia*, Jurnal Kriminologi Vol. 6 No.II, Jakarta, Universitas Indonesia.
- Zwinger, Georg, 2002, *Restorative Justice Practice and its Relation to The Criminal Justice System*, Papers from The Second Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice 10-12 October 2002, Oostende.

## ***Feminist Jurisprudence* Alternatif Hukum yang Adil Gender**

Evarisan

### **A. PENDAHULUAN**

Sejak kelahirannya hingga kini, Indonesia mengalami krisis hukum. Diantaranya sampai saat ini Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP), Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPer), demikian pula terhadap hukum formalnya, Indonesia masih sangat mengandalkan HIR (*Herzien Inlandsch Reglement*) yang *notabene* merupakan peninggalan kolonial, yang di Negara asalnya saja sudah tidak digunakan lagi, namun tragisnya di Indonesia menjadi acuan utama. Sedangkan Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (R KUHP) sudah puluhan tahun tak terjamah. Padahal hamper setiap tahunnya bertengger dalam daftar Program Legislasi Nasional (PROLEGNAS).

Krisis hukum ini terjadi tidak hanya secara *political will* akan tetapi terjadi pula secara akademis, terlebih lagi ditataran praktis. Dampaknya adalah terjadi ketidakpastian hukum dan ketidakadilan itu sendiri. Hukum diterjemahkan sesuai interpretasi masing-masing aparat penegak hukum dan penentu kebijakan. Akibatnya yang menjadi korban adalah kelompok miskin, marginal dan rentan, termasuk didalamnya adalah perempuan. Kelompok ini merupakan kelompok yang tidak memiliki kekuatan dan kekuasaan apapun (*powerless*). Baik kekuatan finansial maupun kekuasaan jabatan atau status sosial.

Sedangkan pada realitasnya kekuatan dan kekuasaan merupakan dua hal yang sangat dominan dalam menentukan bagaimana kepastian hukum dan keadilan itu diterapkan. Walaupun jaminan konstitusi (UUD 1945) atas kepastian hukum dan keadilan diatur secara jelas dan tegas pada Pasal 24 ayat (1) yang menyatakan bahwa "*Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.*" Kemudian pada Pasal 28D ayat (1) yang menegaskan bahwa "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.*" Selanjutnya dipertegas kembali pada Pasal 28 i (2) bahwa "*Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.*"

Tidak kalah penting, bahwa di dalam prinsip dasar Hak Asasi Manusia telah pula diatur antara lain Prinsip kesetaraan: Semua manusia terlahir bebas dan memiliki kesetaraan dalam HAM, kemudian Non-diskriminasi : terhadap ras, warna kulit jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik, kepemilikan suatu benda (*property*), kelahiran atau status lainnya seperti orientasi seksual, umur, dan cacat tubuh.

Namun realitas keadilan bagi perempuan berbanding terbalik dengan apa yang dimandatkan oleh Konstitusi dan prinsip dasar HAM tersebut. Pengalaman lapangan menunjukkan betapa netralitas hukum itu berlaku sangat kejam terhadap mereka yang *powerless*, termarginalkan dan berjenis kelamin perempuan.

Kekejaman tersebut diantaranya adalah tidak mendapatkan KEADILAN sesuai standart dan prinsip HAM, perspektif yang bias gender dari aparat penegak hukum, kekosongan hukum (*recht vacuum*) dijadikan alasan untuk tidak memberikan keadilan terhadap perempuan, pengabaian atas hak untuk didampingi oleh Penasehat Hukum, hak

untuk tidak disiksa dan perlakuan buruk lainnya, hak untuk mendapatkan penangguhan penahanan, dan netralitas hukum dijadikan tameng untuk menghukum perempuan.

Dari realitas tersebut, menunjukkan berbagai ketentuan hukum yang ada memarginalkan perempuan. Banyak persoalan-persolan perempuan yang tidak dapat diselesaikan hanya dengan cara pandang positivis, untuk itu dibutuhkan cara pandang lain, teori lain untuk menjawab realitas tersebut. salah satu teori itu adalah Teori Hukum yang berperspektif Feminis (*Feminist Jurisprudence/ Feminist Legal Theory*).

*Feminist jurisprudence atau Feminist Legal Theory (FLT)* merupakan salah satu teori hukum yang progresif dan dapat digunakan sebagai alternatif, karena meletakkan pengalaman dan pengetahuan dari perspektif perempuan, dengan kata lain ilmu hukum yang menggunakan pendekatan Feminist.

## B. PERMASALAHAN

1. Kondisi dan situasi apa yang melatarbelakangi lahirnya *Feminist jurisprudence/FLT*?
2. Bagaimana potret tidak netral dan objektivinya hukum positivis terhadap rasa keadilan bagi perempuan?
3. Bagaimana kontribusi *Feminist Jurisprudence/FLT* terhadap hukum yang adil gender?

## C. PEMBAHASAN

### 1. Kondisi dan situasi yang melatarbelakangi lahirnya *Feminist jurisprudence/FLT*?

Teori ini muncul seiring berkembangnya gerakan studi hukum kritis (*Critical Legal Studies*), yang mengkritik keras tradisi hukum liberal di Amerika, khususnya terhadap *formalism* dan *objectivism*. Dimana terjadi tarik menarik kepentingan dan pertarungan politik yang terkadang irasional. Ini artinya hukum itu tidak bebas nilai (netral dan objektif) sebagaimana yang didengung-dengungkan mereka yang beraliran positivis, melainkan sangat subjektif dan sarat dengan pertimbangan-pertimbangan politik. Sebagaimana digambarkan oleh Ifdal Kasim:

Hukum itu dikonstruksikan sebagai "*negotiable, subjective, and policy dependent as politics*". Hukum bukanlah sesuatu yang terjadi secara alamiah, melainkan direkonstruksi secara sosial. Artinya terdapat proses interaksi dan negosiasi berbagai kepentingan diantara faksi-faksi dalam masyarakat dan negara, yang *resultante* lahir dalam bentuk hukum (Ifdal Kasim: 1999:XVII).

Selaras dengan Ifdal, Mahfud MD (2006) mengatakan bahwa "konfigurasi politik tertentu" melahirkan "karakter hukum tertentu". "Hukum sebagai produk politik sangat mungkin diwarnai oleh kepentingan politik yang melatarbelakangi pembuatannya." Artinya hukum itu tidaklah netral dan objektif, melainkan sejak kelahiran sampai pada penerapannya sangat penuh gejolak. Tokoh Gerakan Hukum Kritis yang terkenal adalah Roberto M. Unger.



Demikian pula lahirnya teori hukum responsif, tidak terlepas dari krisis hukum yang terjadi di Amerika. Praktek hukum liberal hanya menciptakan ketidakadilan di masyarakat, sehingga dibutuhkan hukum yang responsif terhadap kebutuhan sosial. Kritik atas hukum selalu ditujukan kepada tidak memadainya hukum sebagai alat perubahan dan sebagai alat untuk mencapai keadilan substantif (Philippe Nonet & Philip Selznick: 2003:3).

Bahwa apa yang terjadi di Amerika tersebut, tidak berbeda dengan di Indonesia. Bahkan bisa jadi kondisinya lebih buruk, terlebih lagi bagi perempuan.

Di kalangan pemikir-pemikir hukum feminis (*Feminist jurisprudence*), kritik pedas terhadap aliran liberal dan positivis yang sangat mengandalkan, netralitas, rasionalitas dan objektivitas pun tidak kalah tajam. Hal ini dikarenakan pada realitasnya hukum diterjemahkan hitam putih, perempuan dikorbankan dalam bayang-bayang netralitas hukum, hanya bicara ditataran dunia ide, padahal hukum tidak dapat dilepaskan dari dunia empirik.

*Feminist jurisprudence* ini berkembang pada akhir tahun 1960-an - tahun 1970-an, di Amerika dan Eropa para feminis mulai mengkritik netralitas hukum. Bahwa konsep netralitas dan objektivitas hukum berasal dari aliran Positivisme Hukum yang menganggap bahwa hukum itu terbebas dari anasir-anasir diluar hukum. Sehingga ada anggapan hukum merupakan potret dari realitas sosial. Namun konsep ini sangat tidak linier dengan realitas yang dihadapi oleh perempuan dan mereka yang *powerless*, yang terjadi adalah sebaliknya, bahwa hukum diterapkan sangat subjektif dan berpihak pada penguasa dan pemodal, sehingga menurut Donny: "Para feminist menganggap hukum yang baik adalah hukum yang berpihak pada perempuan dan siapa saja yang secara sosial dilemahkan untuk kemudian melawan penindasan tersebut" (Donny Danardono: 2006:3).

Sedangkan *feminist jurisprudence/FLT* menurut Brenda Cossmon "adalah teori hukum yang mengacu pada suatu bidang teori, ajaran dan praktek tentang bagaimana hukum memberi dampak bagi keadaan perempuan." (1998).

Demikian pula menurut Katherine Bartlett yang dikutip HR. Otje Salman dan Anton F Susanto:

Pandangan feminis tentang hukum paling tidak memfokuskan pada tiga faktor. *Pertama*, bertanya pada perempuan, dengan cara melihat permukaan hukum untuk mengidentifikasi implikasi aturan gender dan asumsi yang tidak mengekalkan subordinasi perempuan. *Kedua*, metode yang mengistimewakan suatu pemahaman praktis feminis yang dapat mencakup semua aspek logika deduktif, tetapi mempertimbangkan logika pengalaman-pengaaman konkrit dan unik dari yang tertekan. *Ketiga*, adalah munculnya kesadaran. Tujuannya adalah untuk individual dan pemberdayaan kolektif, bukan untuk dendam pribadi.

Artinya *Feminist Legal Theory* merupakan salah satu teori hukum yang progresif dan dapat digunakan sebagai alternatif, karena meletakkan pengalaman dan pengetahuan dari perspektif perempuan. Hal ini disebabkan bahwa selama ini undang-undang sebagai salah satu produk hukum, sangat bias jender. Hukum dianggap netral, namun pada kenyataannya sangat merugikan perempuan. Seperti yang disampaikan R. Valentina Sagala:

FLT memusatkan perhatian pada pengembangan strategi advokasi (litigasi dan non litigasi) feminis dalam pembaruan hukum. Setelah mengidentifikasi bidang-bidang hukum tertentu yang secara substansi ataupun dampaknya, melakukan diskriminasi terhadap perempuan FLT kemudian berupaya untuk mengartikulasikan strategi khusus untuk pembaruan hukum.

Berdasarkan fakta tersebut menurut Valentina:

Para feminis meyakini bahwa hukum tidak lahir dalam sebuah ruang hampa. Hukum adalah hasil pergulatan kepentingan (sosial, budaya, ekonomi, politik) dan mencerminkan standar nilai dan ideologi yang dianut masyarakat dan kekuasaan dalam proses pembentukannya. Para feminis percaya bahwa nilai-nilai, norma patriarkis melandasi bagaimana hukum dirumuskan, dan sudah barang tentu akan merugikan perempuan. (R. Valentina Sagala : 2006)

Hal ini didukung oleh Donny Danardono, bahwa:

*Feminst jurisprudence* memandang bahwa hukum didasarkan pada norma-norma yang bias gender, pengalaman dan dominasi kaum laki-laki serta bahwa pengalaman perempuan dieklusikan dari hukum. Pendekatan feminis memulai dari suatu asumsi dasar hubungan antar perempuan dan hukum, bahwa hukum memperkuat dan melayani hubungan-hubungan sosial yang patriarkal. Pendekatan teori ini menggunakan pengalaman perempuan sebagai titik awal analisisnya (Donny Danardono: 2003)

Masih menurut Donny (2006), Teori Hukum yang berperspektif Feminis adalah teori hukum yang memungkinkan setiap orang dan setiap orang yang potensial menjadi korban membentuk identitasnya sendiri dan bahkan melakukan upaya perlawanan balik terhadap berbagai upaya yang hendak menindasnya. Teori hukum yang membangun kesadaran.

Dari penjelasan tersebut di atas, dapat dilihat bahwa teori hukum liberal, positivis serta teori hukum lainnya mengalami kegagalan dikarenakan tidak bisa menunjukkan konsistennya antara ide atau konsep dari teori besarnya dengan kondisi riil di masyarakat. Hal ini dikarenakan bahwa semakin kokoh suatu teori berpijak pada kenyataan, semakin besar pula kekuatannya, sebagaimana dikatakan oleh Satjipto Rahardjo (2003). Demikian pula terhadap feminist jurisprudence/FLT, teori ini menunjukkan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang pendekatannya meletakkan pengalaman dan perasaan perempuan.

## **2. Potret tidak netral dan objektivitas hukum yang berkontribusi pada ketidakadilan bagi perempuan**

Fakta tidak netral dan objektivitas hukum dapat diamati dari contoh kasus di bawah ini:

- a. Kriminalisasi terhadap perempuan korban yang memperjuangkan status hukum anak-anaknya (kasus ibu R):

Peristiwa ini bermula dari pengingkaran seorang pejabat Negara (Pelapor) yang merupakan bapak biologis dari 2 (dua) orang anak biologisnya. Ketika korban berjuang untuk menuntut tanggung jawab bapak biologis dari kedua anaknya tersebut, malah korban dikriminalkan dengan tuduhan menggunakan surat palsu. Pada faktanya pejabat (Pelapor) tersebutlah yang menyuruh menggunakan menggunakannya untuk kepentingan pelapor agar terlepas dari sanksi sosial di masyarakat, karena bertahun-tahun telah hidup bersama tanpa ikatan pernikahan yang sah dengan perempuan yang bukan isterinya. Pelapor pula yang menyuruh menggunakan dokumen tersebut untuk kepentingan pembuatan Akta Kelahiran Anak biologisnya. Namun ketika perbuatan tercelanya tersebut diketahui oleh publik karena korban menuntut pertanggungjawabannya yang telah menterlantarkan kedua anak biologisnya, laki-laki tersebut bukannya secara *gentle* bertanggung jawab atas kesalahan masa lalunya tersebut, tetapi berbalik berkali-kali menyerang korban. Tidak hanya tuduhan menggunakan Surat Palsu, namun sebelumnya Pelapor telah melaporkan Korban melakukan Perbuatan tidak menyenangkan dan pencemaran nama baik, akan tetapi tuduhan tersebut tidak terbukti, bahkan penyidik telah menerima penyerahan barang-barang pribadi milik Pelapor yang ditinggalkannya di rumah korban, yang salah satu diantaranya adalah senjata api laras panjang ilegal beserta 207 butir peluru tajam dan Celana Dalam milik pelapor (bukti yang tak terbantahkan bahwa memang Pelapor telah hidup bersama dengan Korban hingga lahir dua orang anak). Selanjutnya laporan tersebut di SP3 oleh Polda Jawa Tengah, karena tuduhan Pelapor tidak beralasan dan hanya mengada-ada.

Hal yang sangat tidak pantas dilakukan oleh pejabat negara yang seharusnya memberi contoh tauladan yang baik pada masyarakat. Bahkan Pelapor dengan sengaja mengabaikan pemenuhan hak kedua anak biologisnya untuk mengetahui siapa orang tua kandungnya, dibesarkan, dan diasuh oleh orang tuanya sendiri, sebagaimana telah diatur di dalam UU No. 23 tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak. Bahkan sampai saat ini Pelapor tidak bersedia untuk dilakukan tes DNA. Logikanya, apabila mengingkari kedua anak tersebut adalah anak biologisnya, maka tidak seharusnya PELAPOR takut untuk dilakukan tes DNA.

Dari kasus tersebut, dakwaan Primair terhadap korban adalah Pasal 266 ayat 2 KUHP dan subsidair Pasal 263 ayat (2), dituduh menggunakan fotocopy kutipan surat nikah palsu untuk membuat akta kelahiran anaknya. Proses penyidikan, dan persidangannya sangat cepat. Sedangkan yang membuat dan yang memberikan surat nikah palsu tersebut (bapak biologis atau pejabat yang melaporkan dan orang suruhannya yang membuat) sama sekali tidak tersentuh oleh hukum. Polisi tidak menggunakan kewenangannya untuk mengembangkan penyidikan model C sebagaimana ketentuan Peraturan Kapolri No. 12 tahun 2009 tentang Pengawasan dan Pengendalian Perkara Pidana di Lingkungan Polri. Disamping itu korban hampir saja ditahan oleh kejaksaan secara sewenang-wenang dan tidak sesuai prosedur yang diatur di KUHAP. Tindakan diskriminatif lainnya adalah laporan korban terkait penelantaran dan perbuatan diskriminasi terhadap anak kandung yang diduga dilakukan oleh pejabat tersebut, hampir satu tahun, penyidikannya masih alot, bahkan tidak ada dukungan yang cukup progresif dari Mabes Polri, bahkan sebaliknya. Hal ini menunjukkan bahwa putusan progresif Mahkamah Konstitusi (MK) yang memutuskan bahwa anak luar kawin memiliki hubungan keperdataan dengan bapak biologisnya, tidak serta merta dipahami dan dipatuhi oleh Aparat Penegak Hukum dan masyarakat.

b. Rekayasa kasus “penggelapan” harta gono-gini (kasus ibu SM).

Bahwa telah terjadi jual beli dan utang piutang fiktif yang diduga dilakukan oleh mantan suami korban dengan pihak yang mengaku sebagai pembeli dan kreditur dengan maksud untuk menguasai dan menikmati seluruh harta gono-gini tersebut secara sepihak. Dugaan lainnya adalah rekayasa kasus ini melibatkan pihak pengacara mantan suami korban dan pengacara pembeli dan kreditur serta hakim pemeriksa perkara. Hal ini dapat dibuktikan melalui Surat Keterangan Lurah yang menerangkan bahwa tidak ada alamat sebagaimana yang tertera di dalam dokumen (putusan PN Semarang, putusan Pengadilan Tinggi Semarang dan putusan Mahkamah Agung RI) tersebut. Bahwa selain kejanggalan tersebut di atas, dari bukti surat yang diajukan oleh pembeli fiktif dan berpura-pura sebagai Penggugat, yaitu foto copy Surat Perjanjian dengan mantan suami korban, bahwa dari bukti-bukti tersebut tidak satupun yang menunjukkan adanya tanda tangan korban selaku isteri sah saat itu. Hal ini menegaskan bahwa jual beli dan sewa-menyewa tersebut benar-benar rekayasa dan atau fiktif. Bahkan mantan suami dan pembeli fiktif tersebut tidak pernah sekalipun hadir dalam persidangan, melainkan hanya mewakili dengan pengacaranya. Bagaimana mungkin korban bisa mengenali orang yang mengaku membeli harta gonogininya tersebut. Bahwa asas hukum yang juga ditabrak oleh tiga institusi pengadilan ini adalah azas *unus testis nulus testis* bahwa satu saksi bukan bukti dan satu bukti bukanlah bukti dan telah pula terjadi penghilangan fakta-fakta persidangan, keterangan dua orang saksi dari pihak korban ditiadakan di dalam salinan putusan. Saat ini korban mengajukan upaya hukum Peninjauan Kembali.

Namun anehnya Gugatan fiktif tersebut dikabulkan oleh Hakim Pengadilan Negeri Semarang diperkuat oleh PT Semarang dan juga MA RI. Tragisnya lagi adalah Pengadilan Agama Semarang memutuskan menolak mengabulkan gugatan pembagian harta gono gini yang diajukan oleh korban dengan dasar pertimbangan hukumnya bahwa korban tidak dapat menunjukkan sertifikat asli (yang dikuasai oleh mantan suaminya) dan mendasarkan pertimbangan hukumnya pada putusan PN, PTA dan MA RI yang cacat hukum tersebut. Tentunya tindakan hakim ini sangat bertentangan dengan UU No. 50 tahun 2009 tentang Pengadilan Agama Pasal 60 A ayat (1) ditegaskan bahwa “*Dalam memeriksa dan memutus perkara hakim harus bertanggung jawab atas penetapan dan putusan yang dibuatnya*” dan pada ayat (2) dinyatakan bahwa: “*Penetapan dan putusan harus memuat pertimbangan hukum Hakim yang didasarkan pada alasan dan dasar hukum yang tepat dan benar*”. Dan sikap Hakim Pengadilan Agama pemeriksa perkara tersebut teah pula bertentangan dengan mandat Konstitusi (UUD 1945) khususnya Pasal 24 ayat (1) yang menyatakan bahwa “*Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.*” Lantas mengapa menggunakan putusan hakim lain yang sudah jelas cacat hukum sebagai pertimbangan hukumnya?

c. Contoh yang lain adalah kekosongan hukum (*recht vacuum*) terhadap kasus-kasus kekerasan dalam wilayah privat (relasi personal). Sampai saat ini tidak ada aturan hukum yang dapat melindungi perempuan korban kekerasan dalam relasi personal yang biasa kita kenal dengan Kekerasan dalam Pacaran, yang usianya di atas 18 tahun. Ketika terjadi perkosaan oleh pacarnya (*dating rape*) sedangkan unsur-unsur kekerasannya sudah tidak tampak. Demikian pula terhadap perempuan yang *diffabel* yang diperkosa

oleh orang yang bukan pacarnya namun unsur kekerasannya juga tidak tampak sebagaimana yang disyaratkan pada Pasal 285 KUHP, maka tidak ada satu Pasalpun yang bisa menjerat pelaku. Korban sendirilah yang menanggung segala resiko dari kekerasan seksual tersebut.

### 3. Kontribusi *Feminist Jurisprudence*/FLT terhadap hukum yang adil gender

*Feminist jurisprudence*/FLT dapat digunakan sebagai alat analisa untuk melihat dampak dari konsep netralitas dan objektivitas hukum yang mengakibatkan ketidakadilan terhadap perempuan. Dalam hal ini apakah telah terjadi harmonisasi hukum (*law in book*) dan dunia empiric (*law in action*).

Bahwa paham yang dianut oleh aliran positivis, hukum dianggap sebagai potret realitas social, sudah runtuh. Tidak hanya ditentang oleh para pemikir-pemikir hukum kritis, namun juga oleh para pemikir hukum feminis. Pada faktanya berbagai ketentuan hukum yang ada saat ini adalah memarginalkan perempuan. Hukum dibuat dan dijalankan erat kaitannya dengan relasi kuasa yang tidak setara antara perempuan dan laki-laki.

Dalam mengkaji hukum, FLT menggunakan pendekatan berbagai aliran feminis. Konsep-konsep yang diberikan oleh para ahli melalui aliran-aliran tersebut menjadi salah satu alat kaji FLT untuk membongkar pemahaman hukum sebelumnya. Menurut Niken Savitri (2006: 43). antara lain oleh empat aliran utama feminis, yakni feminis liberal, feminis radikal, feminis kultural dan feminis post modern. Selain empat aliran besar tersebut FLT juga dipengaruhi oleh *Critical legal studies* (CLS).

Hal ini dikarenakan bahwa feminisme bukanlah ideologi yang monolitik, sebagaimana yang dikatakan oleh Rosemarie Putnam Tong (2006:2) bahwa feminis tidak berfikiran sama, dan bahwa seperti semua modus berfikir yang dihargai oleh waktu, pemikiran feminis mempunyai masa lalu, masa kini dan masa depan.

Senada pula dengan yang disampaikan oleh Patria Smith yang dikutip oleh Niken Savitri (2006:55), teori-teori hukum yang memiliki pendekatan feminis lebih relevan atau berkaitan dengan kondisi material dari hukum dibandingkan implikasi konseptualnya. Teori feminis bersifat konkrit dalam hal kecenderungannya pada permasalahan, dengan memberi perhatian pada kondisi material hukum dan konsekuensinya dalam kehidupan nyata manusia.

Artinya FLT/Feminist jurisprudence suatu teori hukum yang menukik sampai dasar. Namun perlu pula kita simak pendapat Sulistyowati Irianto, berikut ini bahwa:

Dalam telaah hukum kritis bahwa pada hakekatnya hukum adalah "pedang bermata dua". Di satu sisi hukum memang bisa digunakan sebagai acuan yang paling adil dan paling mengayomi. Namun di sisi lain hukum bisa digunakan sebagai "alat" untuk mendefinisikan kekuasaan dan kepentingan, dan tentunya ada yang menjadi korban dari hukum yang tidak adil tersebut (2006: 29).

Situasi tersebutlah yang dihadapi oleh perempuan. Bahwa hukum seringkali dijadikan sebagai alat untuk mengopresi perempuan. Sebagai contoh adalah lahirnya UU Pornografi yang bertujuan mengontrol seksualitas perempuan atas dasar kepentingan dan kekuasaan. Pada kenyataannya materi pornografi tetap tak mampu dibendung. Kondisi ini

sangat jelas dapat dilihat dengan kaca mata FLT.

Masih menurut Sulistyowati Irianto, bahwa:

Pendapat Hukum tidak melihat pengalaman perempuan tersebut. Adakah hukum telah menjamin perempuan dalam memperoleh hak-hak dasarnya sebagai manusia yang bermartabat? Apakah hukum telah menjamin perempuan untuk didengar suaranya dalam ruang-ruang public pengambilan keputusan penting dalam bernegara dan bermasyarakat? Apakah hukum sudah melindungi perempuan dari kekerasan, kelaparan, kebodohan? Apakah hukum sudah menjamin perempuan untuk dapat mengekspresikan dirinya apa adanya dan mengontrol tubuhnya sendiri? (2006:30)

Faktanya tidak, hukum telah mendiskriminasikan perempuan, hukum telah membuat perempuan ada dalam keterpurukan, hukum telah membuat perempuan tidak mampu mengakses keadilan yang sesuai standart HAM. Masih banyak lagi ketidakadilan yang dialami oleh perempuan yang disebabkan oleh hukum yang bias gender.

#### **D. KESIMPULAN**

- *Feminist jurisprudence* atau *Feminist Legal Theory* merupakan salah satu teori hukum yang progresif dan dapat digunakan sebagai alternatif menegakkan hukum yang adil gender, karena meletakkan pengalaman dan pengetahuan dari perspektif perempuan sebagai kajian dan analisisnya.
- Bahwa selama ini undang-undang sebagai salah satu produk hukum, sangat bias jender. Hukum dianggap netral dan objektif namun pada kenyataannya sangat merugikan perempuan.
- *Feminist jurisprudence/FLT* mengevaluasi dan mengkritik hukum dengan meneliti hubungan antara gender, seksualitas, kekuasaan, hak individu, dan sistem peradilan secara keseluruhan.
- Hukum bukan sekedar sistem peraturan, namun juga sebagai sistem pengetahuan

#### **E. REKOMENDASI**

Negara, Perguruan Tinggi dan Aparat Penegak Hukum (APH)

1. Mengembangkan konsep gerakan hukum kritis dan konsep *feminist juriris prudence* (memasukkan ke dalam kurikulum wajib)
2. Meng-*upgrade* produk-produk hukum yang bias gender
3. Memperbarui materi ajar di institusi kepolisian, kejaksaan dan hakim dengan menggunakan pendekatan feminis jurisprudence, dan
4. Menjadikan konsep *feminist jurisprudence* sebagai materi seleksi para anggota Polri, kejaksaan dan Cakim
5. Memaksimalkan kewenangan yang diberikan untuk menemukan sumber-sumber

hukum baru (*recht finding*). Bearani membuat trobosan hukum

6. Memberi sanksi yang tegas bagi APH yang memperlakukan hukum demi uang dan kekuasaan

## F. PENUTUP

Demikianlah makalah ini dibuat, dengan harapan dapat berkontribusi pada pembangunan hukum yang lebih adil gender dan dapat pula memperkaya khazanah pembaca tentang teori hukum yang berperspektif feminis. Selanjutnya dapat meminimalisir terjadinya tindakan diskriminatif terhadap perempuan di bidang hukum, guna terwujudnya hukum yang berkeadilan gender.

### Daftar Pustaka

- Brenda Cossmon, *Apakah Teori Hukum Berperspektif Feminis?* makalah disampaikan dalam diskusi tentang Teori Hukum Berperspektif Feminis di Srilangka 1998, versi terjemahan LBH APIK Jakarta, tidak diterbitkan
- Donny Danardono, *Teori Hukum Feminis: Menolak Netralitas Hukum, Merayakan Difference dan Anti Esensialisme*, dalam buku *Perempuan dan Hukum, Menuju Hukum yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*, Yayasan Obor, 2006
- HR. Otje Saman dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum; Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*, PT. Refika Aditama, Bandung 2005
- Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, yang diterbitkan LP3ES, Jakarta 2006
- Niken Savitri, *Feminist Legal Theory dalam Teori Hukum*, dalam buku, *Perempuan dan Hukum; Menuju hukum yang berperspektif kesetaraan dan keadilan*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2006
- R. Valentina Sagala, *Program Legislasi Nasional Pro Perempuan Sebuah Harapan ke Depan*, Jurnal Perempuan Edisi 49, 2006
- R. Valentina Sagala & Ellin Rozana, *Pergulatan Feminisme dan HAM*, cetakan pertama, Institut Perempuan, Bandung 2007
- Rahayu, SH., M.Hum, *Hukum Hak Asasi Manusia (HAM)*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2010
- Rosemarie Putnam Tong, *Feminist Thought*, Jala Sutra, cetakan III, Yogyakarta 2006
- Sulistyowati, Irianto, *Mempersoalkan "Netralitas" dan "Objektivitas" Hukum: Sebuah Pengalaman Perempuan*, dalam buku *Perempuan dan Hukum: Menuju Hukum yang Berperspektif dan Keadilan*, Yayasan Obor Indonesia, 2006

## Membayar Denda demi Mencari Keadilan: Fenomena di Pengadilan Pajak

Irine Handika

### Pengantar

Terselenggaranya Konferensi Nasional ini membuktikan kepedulian terhadap keberlanjutan hukum di Indonesia yang mendeklarasikan diri sebagai negara hukum. Kegiatan ini sangatlah penting arti dan maknanya, baik dari segi motivasi yang melatarbelakangi maupun dari segi substansi. Secara substansial, sumbangan pemikiran dari para akademisi dan praktisi membuktikan bahwa pemikiran-pemikiran mengenai hukum, baik sebagai norma maupun gejala, masih memiliki ruang. Diseminasi pemikiran akan mewarnai dan mengawasi dinamika hukum dalam interaksi kehidupan bernegara.

Melalui makalah ini penulis ingin menyumbang pemikiran tentang usaha untuk memahami hukum yang mendasari mata rantai pemungutan pajak dan realisasi keadilan dalam pelaksanaannya. Mengingat luasnya topik yang potensial dibahas, maka tulisan ini berkonsentrasi mengulas peradilan pajak khususnya mengenai upaya hukum Keberatan dan Banding. Kepedulian terhadap realita empiris yang mendorong persinggungan antara rakyat pembayar pajak dengan aparat negara, kearah mana rakyat harus bernaung mencari keadilan saat persinggungan itu terjadi, dan bilamana naungan itu tidak mampu memenuhi ekspektasi keadilan rakyat.

### Pendahuluan

Pajak pada dasarnya merupakan peralihan kekayaan dari individu warga negara kepada negara yang ditetapkan dan diatur oleh undang-undang. Bagi warga negara pajak sering dianggap sebagai beban, di lain sisi bagi pemerintah pajak mutlak harus dipungut karena memberikan kontribusi besar terhadap pendapatan negara. Komposisi pendapatan negara terutama bertumpu pada sumber-sumber penerimaan dari sektor pajak. Pada Lampiran Keputusan Menteri Keuangan No. 40/KMK/PMK.01/2010 tentang Rencana Strategis Kementerian Keuangan Tahun 2010-2014 dikatakan bahwa dalam lima tahun terakhir peran penerimaan pajak terhadap pendapatan negara meningkat, yaitu dari 69,6 persen pada tahun 2004 menjadi 74,9 persen pada tahun 2009. Di tahun 2012, dari pendapatan negara Rp 1.292,9 terdapat penerimaan pajak sebesar Rp 1.019,3 atau 78,84%.<sup>37</sup> *Tax ratio* atau angka perbandingan antara penerimaan pajak dengan PDB 2012 ada di kisaran 12,6%. Bilangan itu belum maksimal, seperti disampaikan oleh Toni Prasentiantono melalui Opini Kompas 18 Agustus 2011, bahwa untuk negara sekelas Indonesia *tax ratio* seharusnya ada di kisaran 17-18%.

Beberapa hambatan menunjukkan bahwa selama ini potensi penerimaan pajak belum optimal. Salah satu masalah terletak pada kepatuhan para pembayar pajak atau yang biasa diistilahkan sebagai wajib pajak yang masih rendah. Itu sebagai implikasi ikutan dari inkredibilitas peradilan di bidang perpajakan sebagai muara dari penegakan hukum. Peradilan di bidang perpajakan di Indonesia belum mampu memenuhi asa keadilan, utamanya disebabkan kesalahan dalam perumusan konsep upaya hukum. Pengajuan upaya hukum berpotensi pada dijatuhannya sanksi yuridis berupa denda bagi wajib pajak pencari keadilan.



Filosofis upaya hukum adalah sebagai sarana bagi seluruh pencari keadilan untuk memperjuangkan haknya secara *equal* di hadapan hukum.<sup>38</sup> Tidak terkecuali wajib pajak, yang juga memiliki hak dan kewajiban yang diatur oleh undang-undang. Di bidang perpajakan, upaya hukum terlembagakan diantaranya melalui Keberatan dan Banding. Keberatan adalah upaya hukum yang dapat diajukan oleh wajib pajak atas sengketa pajak mengenai jumlah pajak terutang kepada Dirjen Pajak. Apabila wajib pajak tidak puas dengan Keputusan Keberatan maka Banding menjadi upaya hukum selanjutnya yang dapat diajukan oleh wajib pajak kepada Pengadilan Pajak.<sup>39</sup> Anomali terjadi, dimana Pasal 25 ayat (9) UU KUP tegas menyatakan bahwa wajib pajak yang Keberatan-nya ditolak atau dikabulkan sebagian dikenai denda sebesar 50% dari jumlah pajak berdasarkan keputusan Keberatan dikurangi dengan pajak yang telah dibayar sebelum mengajukan Keberatan. Sanksi ini akan hapus atau tidak dikenakan apabila wajib pajak mengajukan Banding.<sup>40</sup> Selanjutnya apa konsekuensi yuridis bilamana wajib pajak berupaya mencari keadilan melalui Banding? Pasal 27 ayat (5d) mengenakan denda sebesar 100% dari jumlah pajak berdasarkan keputusan Banding dikurangi dengan pajak yang telah dibayar sebelum mengajukan Keberatan bagi wajib pajak yang Banding-nya ditolak atau dikabulkan sebagian.

Ketentuan pasal di atas bertentangan dengan keutamaan upaya hukum sebagai bentuk hak, maka seyogyanya menjadi sebuah pilihan yang memberi keleluasaan bagi wajib pajak untuk menggunakan atau tidak menggunakan. Lebih lanjut, apabila wajib pajak memilih untuk menggunakan pilihan itu, maka layaknya hak, sepatutnya tidak diikuti dengan sanksi sebagai konsekuensi yuridis dari penggunaan sebuah hak. Terlebih pada realisasi hak di dalam penegakan hukum diantara para pihak yang salah satunya memiliki posisi dominan, dimana warga negara diposisikan berhadapan dengan negara yang *notabene* lebih superior.

Kesediaan pemungut pajak dan hakim untuk tunduk pada perspektif UU KUP tersebut di atas menyebabkan peradilan yang seyogyanya membantu menyeleksi kebenaran substantif di dalam penyelesaian sengketa pajak tidak mampu menjadi instrumen yang *fair* bagi para pencari keadilan. Kesalahan dalam perumusan konsep upaya hukum menyebabkan disfungsi peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

### **Hubungan Inkonsistensi Pelaksanaan *Self Assessment System* dengan Sengketa Pajak**

Tidak ada peradilan tanpa adanya sengketa, sama halnya tidak ada upaya hukum tanpa dilatarbelakangi sengketa karena upaya hukum adalah sarana untuk mencari keadilan di dalam penyelesaian sengketa. Jadi jika merunut kebelakang, sengketa pajak adalah latar kondisi yang harus dikaji.

Pasca *tax reform* di tahun 1984 Indonesia memilih untuk menjadikan *self assesment system* sebagai kiblat dalam pemungutan pajak. Sistem ini memberikan kewajiban berlandaskan kepercayaan kepada wajib pajak untuk menghitung besarnya pajak terutang dan kemudian menyetorkannya ke kas negara secara jujur. Jadi sistem ini memiliki dua sisi, yaitu memberi peran aktif ada pada wajib pajak sekaligus memberi fungsi *controlling* kepatuhan kepada aparat pajak.

Rimsky K. Judisseno mengatakan, konsekuensi *self assesment system* adalah negara memberi kewajiban kepada rakyat untuk benar-benar mengetahui tata cara perhitungan dan segala peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan pemenuhan

kewajiban perpajakan.<sup>41</sup> Hal itu karena undang-undang mengharuskan setiap wajib pajak membayar dan melaporkan pajak secara benar. Kebenaran menurut undang-undang berarti benar dalam penerapan ketentuan perundang-undangan perpajakan, benar dalam penulisannya, serta sesuai dengan keadaan wajib pajak yang sebenarnya.<sup>42</sup> Dalam implementasinya, hal itu sulit direalisasikan karena pada praktiknya banyak sekali aturan yang harus diterapkan sehingga penghitungan pajak menjadi rumit dan kompleks (Handika, 2012:81-82).<sup>43</sup> Selain itu, peraturan perpajakan seringkali berubah dan adakalanya antara ketentuan satu dan yang lain saling bertentangan. Hal ini membuat wajib pajak sulit memahami peraturan dan bingung saat harus melaksanakannya.

Dalam pemungutan pajak pemerintah bersikap tidak konsisten. Di satu sisi mewajibkan rakyat untuk memenuhi kewajiban perpajakan secara mandiri dan benar, namun di lain sisi pemerintah tidak mampu menghasilkan produk hukum yang berkualitas dan mampu memberikan kepastian hukum sebagai basis pedoman. Padahal, kebijakan *self assesment* yang digariskan oleh pemerintah dapat terealisasi dengan baik bila peraturan yang mendasarinya pasti (*certain*). Demi berjalannya sistem ini setidaknya-tidaknya peraturan harus mengakomodir dua prinsip.<sup>44</sup> Prinsip pertama adalah *the requirement of clarity*, bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan perpajakan harus dapat dipahami, tidak menimbulkan keraguan, dan jelas bagi wajib pajak dan fiskus. Prinsip kedua adalah *the requirement of continuity*, bahwa undang-undang perpajakan tidak boleh sering berubah dan bilapun berubah harus secara umum dan sistematis di dalam konteks *tax reform*.

Kondisi itu yang menjadikan pajak terasa sebagai beban, karena membutuhkan tidak mudah untuk memenuhi kewajiban perpajakan. Kompleksitas itu yang menimbulkan peluang bagi wajib pajak untuk melakukan kesalahan dalam perhitungan pajak. Sebagai solusi, aparat pajak wajib melakukan pengawasan melalui Pemeriksaan, yaitu serangkaian kegiatan menghimpun dan mengolah data, keterangan, dan/atau bukti yang dilaksanakan secara objektif dan profesional berdasarkan suatu standar pemeriksaan untuk menguji kepatuhan pemenuhan kewajiban perpajakan dan/atau untuk tujuan lain dalam rangka melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan perpajakan.<sup>45</sup> Meskipun menganut sistem *self assesment*, hasil Pemeriksaan ini yang nantinya akan menentukan jumlah pajak yang harus dibayar oleh wajib pajak.

Pemeriksaan menjadi unsur mutlak agar sistem *self assesment* dapat berjalan sesuai koridor hukum yang berlaku. Hanya saja pemerintah tidak konsisten dalam melaksanakan sistem ini, pemberian tupoksi sebagai otoritas pengawas tidak diimbangi dengan kredibilitas. Tercatat hingga kini unit Pemeriksaan masih menjadi bagian dari organisatoris Direktorat Jenderal Pajak (selanjutnya, DJP) yang bermasalah, karena tata kerja dan budaya kerja aparatnya belum memadai untuk menghasilkan *output* Pemeriksaan yang berkualitas.<sup>46</sup>

Dalam "Kebijakan Reformasi Perpajakan: *Crash Program*" yang disampaikan oleh Kementerian Keuangan bersama DJP pada Agustus 2010 memberi catatan merah bagi unit Pemeriksaan. Permasalahan utama terletak pada *governance* pemeriksaan yang lemah, yang disebabkan oleh faktor: (1) DJP tidak memiliki bank data yang handal sehingga Pemeriksaan tidak didasarkan pada data yang akurat akibatnya pemeriksa tidak dapat menghasilkan atau menjelaskan koreksi secara akurat atau dengan kata lain hasil Pemeriksaan kurang objektif dan profesional, (2) kualitas temuan Pemeriksaan rendah, (3) pengawasan kualitas Pemeriksaan tidak berjalan, dan (4) arogansi pemeriksa karena tidak memahami

wewenang dan kewajiban sebagai pemeriksa secara profesional. Bahkan, berdasarkan hasil pemeriksaan internal DJP di tahun 2010 diketahui sekitar 15.000 dari 32.000 orang aparat di seluruh Indonesia rawan penyimpangan.<sup>47</sup> Posisi-posisi rawan itu terletak di bidang-bidang yang berkaitan dengan fungsi *controlling* wajib pajak, yaitu bidang *account representative*, pemeriksaan, juru sita, dan penelaah keberatan.<sup>48</sup>

Permasalahan di atas menyebabkan kualitas hasil pemeriksaan kurang dapat dipertanggungjawabkan sehingga tidak bisa menjamin keadilan bagi wajib pajak. Kelemahan-kelemahan pemeriksaan akan menyesatkan karena hasil pemeriksaan yang akan dijadikan dasar penagihan pajak kepada wajib pajak.<sup>49</sup> Lantas apakah wajib pajak harus mematuhi hasil Pemeriksaan yang tidak objektif dan profesional? Pada akhirnya, pelaksanaan pemungutan pajak tanpa didasari *input* yang bermutu menimbulkan sengketa pajak antara wajib pajak dengan negara.<sup>50</sup>

Berdasarkan pemaparan di atas diketahui bahwa sengketa pajak tidak selalu berasal dari kesalahan wajib pajak, namun kegagalan pemerintah dalam menjalankan sistem menjadi unsur yang dominan. Ketidakkonsistenan mengganggu jalan realisasi pemungutan pajak, sehingga mengganggu kapabilitas wajib pajak memenuhi kewajibannya. Akibatnya, persinggungan pendapat antara wajib pajak dan aparat yang berujung pada sengketa pajak tidak terhindari.

### **Keterbatasan Akses Keadilan Bagi Wajib Pajak**

Saat sengketa pajak timbul sebagai akibat kegagalan sistem, maka tidak ada pilihan bagi wajib pajak selain mencari perlindungan hukum dari negara, yang dibentuk untuk melindungi seluruh warganya.<sup>51</sup> Caranya yaitu dengan mengajukan upaya hukum. Pada tahap terdini, wajib pajak dapat mengajukan Keberatan. Upaya hukum ini didasarkan pada asumsi bahwa tindakan ini bermotivasi finansial, yaitu memperhitungkan biaya dan keuntungan yang diperoleh. Wajar bila pencari keadilan mempertimbangkan faktor-faktor ekonomis karena upaya hukum di bidang perpajakan memang ditujukan untuk mempertemukan perbedaan pendapat mengenai besaran jumlah pajak terutang. Hampir dapat dipastikan tujuan wajib pajak mengajukan Keberatan adalah untuk mendapat pengurangan atas penetapan jumlah pajaknya, atau untuk memperjuangkan pengembalian (restitusi) atas kelebihan pembayaran pajak.

Atas dasar tujuan di atas, maka salah satu pertimbangan logis sebelum mengajukan Keberatan adalah konsekuensi bila Keberatan ditolak atau hanya dikabulkan sebagian, yaitu penjatuhan sanksi berupa denda sebesar 50%. Persentase sepadan yang ditentukan UU KUP menganut prinsip “pukul rata”, dalam artian Keberatan yang dikabulkan sebagian maupun yang ditolak sama-sama dikenai sanksi dengan persentase yang sama besarnya.

Rakyat ibarat berada dalam situasi *simalakama*, buruknya kualitas Pemeriksaan tidak dapat dijadikan patokan dalam melaksanakan kewajibannya. Selain itu, penetapan jumlah pajak tanpa didasari data yang akurat dan *riil* tentu akan mencederai rasa keadilan masyarakat. Namun, jika ingin memperjuangkan keadilan maka wajib pajak harus mengajukan Keberatan, “berkelahi” melawan nagara yang diwakili oleh DJP. Sedangkan di lain sisi, kemampuan institusi ini dalam menghasilkan Keputusan Keberatan belum dapat dikatakan baik.

Berdasarkan Crash Program 2010, Kementerian Keuangan memberi catatan merah bagi lembaga Keberatan karena dianggap belum mampu memberikan keadilan bagi wajib pajak. Bahkan diketahui bahwa wajib pajak seringkali dirugikan akibat keputusan antar Kanwil DJP yang berbeda atas kasus yang sama karena persepsi antar penelaah Keberatan mengenai perhitungan pajak berbeda-beda. Padahal hukum mengenal *similia similibus*, yaitu perkara yang sama harus diputus sama.

Bila dirunut, ada asumsi kuat bahwa data Crash Program 2010 di atas relevan dengan independensi aparat penelaah Keberatan. Berdasarkan karakteristiknya, Keberatan dapat dikatakan sebagai *quasi* peradilan atau peradilan semu. Di dalamnya terdapat sengketa dan aturan hukum yang dapat digunakan untuk menyelesaikannya, namun pihak yang bersengketa, yaitu DJP, sekaligus berkedudukan sebagai pihak yang memutuskan. Hal itu mempengaruhi kualitas keputusan karena aparat penelaah Keberatan secara alamiah memiliki *conflict of interest*, sehingga dapat diibaratkan seperti membedah tubuh sendiri. Permasalahan itu diperparah dengan rendahnya pengawasan penyelesaian proses Keberatan dan evaluasi atas Keputusan.<sup>52</sup>

Kualitas keputusan yang rendah diikuti dengan penerapan sanksi berupa denda 50% menyebabkan upaya hukum ini tidak mampu menjadi instrumen objektif dalam memberi keadilan bagi wajib pajak. Melihat peta masalah di dalam Crash Program di atas, sulit untuk yakin bahwa keputusan yang menolak atau mengabulkan sebagian Keberatan merupakan keputusan yang akurat dan berdasarkan hukum. Di sisi lain, undang-undang mengharuskan wajib pajak untuk membayar denda dengan persentase sepadan.

Rendahnya kualitas produk Keberatan mendorong para pencari keadilan untuk mengajukan upaya hukum ke tingkat yang lebih tinggi, yaitu Banding. Yurisdiksi untuk memeriksa dan memutus sengketa Banding ada pada Pengadilan Pajak sebagai pengadilan khusus yang berada dalam lingkungan peradilan tata usaha negara.<sup>53</sup> Banding merupakan upaya hukum terakhir bagi wajib pajak yang ingin memperjuangkan haknya, karena sesuai dengan sifat Pengadilan Pajak sebagai Pengadilan tingkat pertama dan terakhir dalam memeriksa dan memutus Sengketa Pajak.<sup>54</sup> Linear dengan itu, Putusan Pengadilan Pajak merupakan putusan akhir dan mempunyai kekuatan hukum tetap.<sup>55</sup>

Atas dasar itu, maka Banding menjadi tumpuan harapan bagi para pencari keadilan. Namun, keutamaan itu tidak diimbangi dengan kualitas putusan Banding yang belum merefleksikan keadilan. Pembuktian merupakan proses mutlak untuk membuat terang suatu sengketa pajak dan menjadi media bagi hakim untuk memperoleh keyakinan dalam memutus suatu perkara, oleh karenanya pembuktian menjadi penting. Dalam Crash Program 2010, Kementerian Keuangan mencatat salah satu permasalahan di Pengadilan Pajak adalah Putusan yang tidak mempertimbangkan fakta persidangan. Kejadian selama persidangan tidak dicatat secara lengkap dan benar, akibatnya hakim memutus tidak sesuai dengan uji bukti yang dilakukan dan fakta di persidangan. Temuan lain yang lebih mencengangkan yaitu permasalahan mengenai mejelis hakim yang kurang cermat di persidangan. Penyebabnya adalah majelis memutus perkara dengan menggunakan dasar hukum yang tidak tepat atau sudah tidak berlaku, akibatnya Putusan hakim menjadi tidak tepat.

Sama halnya dengan realita Keberatan, bila dirunut ada asumsi kuat bahwa Putusan Banding yang tidak *fair* relevan dengan fenomena dependensi lembaga. Menyalahi ketentuan UU Kekuasaan Kehakiman, Pengadilan Pajak hingga kini masih tunduk pada otoritas dua kepala.<sup>56</sup> Pengadilan Pajak secara teknis peradilan tunduk pada kekuasaan

Mahkamah Agung, namun secara organisasi, administrasi, dan keuangan tunduk pada Kementerian Keuangan.<sup>57</sup> Meskipun normatifnya di Pasal 5 ayat (3) dikatakan bahwa pembinaan Kementerian Keuangan tidak boleh mengurangi kebebasan Hakim dalam memeriksa dan memutus Sengketa Pajak, tetapi dalam praktiknya sulit untuk mengharapkan keleluasaan sementara operasional pengadilan ini bergantung pada Kementerian Keuangan. Selain itu Kementerian memiliki kepentingan untuk mengoptimalkan pendapatan negara dari sektor pajak, karena setiap tahunnya DJP yang secara organisatoris ada di bawah Kementerian Keuangan didorong untuk merealisasikan jumlah pajak yang telah ditargetkan.

Jaminan perlindungan hak bagi rakyat tidak akan terakomodir di tengah permasalahan di atas, namun ditengah ketiadaan jaminan itu, undang-undang menentukan sanksi berupa denda sebesar 100% bagi pencari keadilan yang Banding-nya ditolak atau dikabulkan sebagian. Di dalam hukum dikenal jargon *summum ius summa injuria*, artinya menuntut hukum dilaksanakan secara ekstrem justru akan menyebabkan luka yang terdalam.<sup>58</sup> Untuk menghindari hal itu, maka hukum terlebih dahulu harus memiliki kemampuan yang memadai. Seperti telah diuraikan di atas, masalah kemampuan ini benar-benar merupakan masalah krusial di dalam dinamika hukum perpajakan di Indonesia. Kemampuan ini ditentukan oleh kemampuan komponen-komponennya, salah satunya kredibilitas peradilan. Lemahnya komponen itu akan mempengaruhi kemampuan otonom dari hukum untuk menjalankan fungsinya dalam mewujudkan keadilan.

Relevan dengan situasi ini, Mardjono Reksodiputro berpendapat bahwa dalam kenyataan sehari-hari rakyat harus menerima bahwa hukum dan keadilan di pengadilan ditentukan oleh manusia-hakim, yang diistilahkan "*to the best of their judgement*" (menurut penilaian mereka yang terbaik).<sup>59</sup> Dalam kenyataan yang demikian maka seyogyanya hakim menjalankan peranan menegakkan norma (*norm enforcer*) dan membuat hukum (*lawmaker*), bukan sekedar menjadi administrator. Oleh karena itu, dalam wacana demikian hakim tidak sekedar menjadi penegak undang-undang tetapi lebih sebagai penegak keadilan. Keterikatan hakim untuk menjatuhkan sanksi denda karena telah diperintahkan demikian oleh UU KUP, nyata merupakan bentuk pembatasan independensi hakim dalam mengupayakan keadilan. Selain itu juga menjadikan kedudukan hakim di Pengadilan Pajak tidak lebih dari sekedar administrator.

Keadilan lebih tercederai akibat pemilihan sanksi denda dengan menggunakan persentase yang sama (sepadan), meskipun Banding ditolak atau dikabulkan sebagian. Pada situasi ini dapat berarti wajib pajak tidak mutlak melakukan kesalahan perhitungan seperti yang didalilkan oleh aparat pajak. Namun karena persentase sepadan yang dianut, maka tidak ada perbedaan perlakuan antara kesalahan yang mutlak dari wajib pajak dengan kesalahan yang simultan dari dua pihak, yaitu wajib pajak dan aparat. Kaitan dengan masalah itu Henry Hazlitt berkesimpulan bahwa keadilan yang menjadi inti lebih mengandung makna proporsionalitas daripada makna kesamaan.<sup>60</sup> Besaran persentase denda seharusnya proporsional dengan kesalahan wajib pajak yang dapat dibuktikan di persidangan.

Dengan mengingat motivasi finansial dalam pengajuan upaya hukum perpajakan, maka sanksi denda dapat menjadi *barrier* wajib pajak dalam mencari keadilan.<sup>61</sup> Kemungkinan untuk dirugikan akibat buruknya kondisi peradilan dapat mendorong wajib

pajak untuk semata-mata mengedepankan faktor ekonomis belaka, misalnya dengan “menegosiasikan” jumlah pajak.<sup>62</sup>

Hukum seringkali diidentikkan dengan undang-undang, namun tujuan hakiki peradilan adalah untuk menegakkan keadilan, bukan sekedar menerapkan leksikal pasal kedalam peristiwa konkret. Apakah hakim tetap menegakkan hukum (baca:undang-undang) meskipun masyarakat menganggapnya tidak adil dan tidak bermanfaat? Denda yang demikian besar tidak akan bermanfaat bila diterapkan di tengah kekacauan penegakan hukum perpajakan. Undang-undang yang menetapkan penjatuhan sanksi pasca upaya hukum gagal sama saja dengan mengkondisikan menjadi pengadilan sandiwara (*show trial*), karena wajib pajak dikondisikan untuk memenangkan sengketa sedemikian rupa agar peradilan ada di pihaknya. Wajib pajak menjadi pencari kemenangan bukan pencari keadilan, sebagai reaksi responsif dari potensi membayar denda.

### **Penjatuhan Sanksi**

Secara leksikal, pengistilahan sanksi merujuk pada adanya pelanggaran karena sanksi merupakan konsekuensi yuridis dari suatu pelanggaran. Sanksi sebagai upaya untuk meningkatkan kepatuhan, seperti dikatakan oleh Gordon bahwa “*Sanctions can also have more than one purpose. First, the most important component of sanctions is their ability to deter unwanted behavior, so as to bring about greater compliance...*”<sup>63</sup> Terlihat bahwa keutamaan sanksi adalah menghalangi untuk melakukan tindakan yang tidak diinginkan, oleh karena itu sanksi harus diterapkan hanya bagi perilaku yang layak untuk dicegah. Argumentasi ini didukung dengan pendapat Gordon bahwa “*Sanctions should be applied only to behavior that is reasonably capable of being deterred*”.

Berdasarkan pemaparan di atas, penulis tidak sependapat dengan penggunaan sanksi sebagai konsekuensi dari pengajuan suatu upaya hukum. Sudah menjadi opini bersama bahwa upaya hukum adalah sarana mencari keadilan, bukan suatu pelanggaran, terlebih bukan suatu perilaku yang layak untuk dicegah. Bahkan di Bagian Menimbang UU No.14 Tahun 2002 dinyatakan upaya hukum adalah instrumen mencari penyelesaian yang adil pada saat Sengketa Pajak timbul.<sup>64</sup> Dengan dipojitifikannya sanksi sebagai konsekuensi upaya hukum, dapat dikatakan hal itu adalah bentuk pembatasan hak rakyat. Terlebih jika mengingat faktor-faktor ekonomis dan motivasi finansial dalam pengajuan upaya hukum perpajakan, maka sanksi denda itu dapat menjadi *barrier*. Atas dasar itu, maka penjatuhan sanksi berupa denda bagi pencari keadilan adalah tidak tepat. Konseptualisasi sanksi itu yang menjadikan Pengadilan Pajak inkredibel, sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman bagi rakyat pembayar pajak yang mencari keadilan atas Sengketa Pajak tidak terealisasi.

### **Kredibilitas peradilan dan Kesadaran Kolektif**

Pada dasarnya, dalam diri setiap rakyat terdapat keengganan alamiah untuk dipungut dan membayar pajak. Terdapat kecenderungan alamiah dalam diri untuk menghindarkan diri dari pemungutan pajak yang besar. Meskipun demikian, kesadaran dan pemahaman akan pentingnya pajak bagi pembangunan negara dan keyakinan akan *fairness* di dalam pemungutan pajak akan membuat rakyat rela untuk membayar. Dengan kata lain, *voluntary*

*tax compliance* hanya akan tercipta bila sudah terbentuk *social trust* antara wajib pajak dan pemerintah.

Mengamati realita, di Indonesia rupanya sulit menemukan suatu peradilan yang *fair* untuk menyelesaikan sengketa pajak. Padahal peradilan bisa membentuk pencitraan (*image*) yang akan membentuk ingatan kolektif bangsa akan kapabilitas negara untuk menjamin pemajakan yang adil bagi rakyat. Menurut Maurice Halbwachs, ingatan kolektif akan selalu dikonstruksi, direkonstruksi dan dipelihara dalam ingatan orang perseorangan sebagai kejadian yang berlangsung melampaui dirinya, lingkaran keluarganya dan masyarakatnya.<sup>65</sup> Oleh karena itu, ingatan kolektif yang mengakar akan menjadi keyakinan kolektif yang kemudian berkembang menjadi kesadaran kolektif. Kesadaran itu yang mereduksi kepatuhan rakyat untuk menjalankan kewajiban perpajakannya.

Jawaban persolan di atas terletak pada kredibilitas peradilan, yang tergantung pada kemampuannya menarasikan upaya hukum menjadi sarana untuk menegakkan keadilan. Oleh karena itu, peradilan yang menyangkut masalah pemungutan pajak, aturannya harus berbeda. Bukan sekedar masalah hukuman dan jalan pintas mengoptimalkan pendapatan negara, tetapi harus diperhitungkan juga kebutuhan rakyat akan konsistensi jalannya sistem *self assessment* yang tidak sederhana serta kemampuan negara dalam melaksanakan sistem itu. Hukum ada sebagai konsekuensi eksistensi manusia, artinya manusialah yang menjadi subjek atau fungsionaris dari hukum itu. Dalam konteks demikian maka hukum tidak boleh menimbulkan luka yang terdalam bagi manusia.

Pengejawantahan konsep negara hukum yang paling konkret adalah peradilan. Jadi dalam hal ini negara harus meyakinkan rakyat bahwa pengadilan adalah tempat untuk mencari keadilan dalam penyelesaian atas sengketa pajak, oleh karena nya upaya hukum jangan dikondisikan menjadi momok yang menakutkan atau menjadi alternatif yang kesekian akibat ketentuan sanksi yang mencekik.

Dalam kesempatan ini penulis merekomendasikan agar dilakukan *legislative review* atas UU KUP. Ketentuan mengenai sanksi administrasi berupa denda sebaiknya diubah menjadi kewajiban untuk membayar biaya perkara. Cara ini tetap mengakomodir filosofi sanksi denda sebagai mekanisme agar upaya hukum tidak digunakan secara gegabah oleh wajib pajak tanpa berdasarkan bukti yang kuat, serta tidak mengganggu pendapatan negara. Konsep biaya perkara sudah diberlakukan oleh UU No. 5 Tahun 1986,<sup>66</sup> dan dimodifikasi oleh UU No. 51 Tahun 2009 dimana biaya perkara meliputi juga biaya proses penyelesaian perkara. Melalui cara ini proporsionalitas yang menjadi kehendak akhir dari asas kesamaan akan terealisasi. Selain itu juga untuk mendasarkan UU KUP pada asas integrasi,<sup>67</sup> yang mengandung pengertian bahwa hukum formil pada undang-undang ini merupakan satu kesatuan yang utuh dengan hukum peradilan tata usaha negara.

## Penutup

Kajian di atas masih jauh dari sempurna, hal ini terkait juga dengan kompleksitas permasalahan pada pemungutan pajak di negara ini. Terlepas dari itu, makalah ini pada dasarnya ditujukan untuk menggugah kesadaran bahwa perpajakan Indonesia membutuhkan banyak perhatian khusus demi perbaikan kedepannya. Lebih lanjut, *output* dari kegiatan ini diharapkan tidak sekedar menjadi kumpulan karya tulis, tetapi dapat

menjadi masukan bagi para penggagas dan eksekutor kebijakan demi terwujudnya negara hukum yang sejati.

### Daftar Pustaka

- Cuk Ananta Wijaya, 2003, *Dasar-Dasar Moralitas* (trj.), Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Haryatmoko, Makalah "Negara, HAM, dan Identitas Naratif: Terulanginya Kekerasan karena Lemahnya Ingatan Kolektif", disampaikan dalam Sarasehan Indonesia Negara Hukum: Paradoks Eksistensi Negara dan HAM, Yogyakarta, 16 Februari 2011.
- Haula Rosdiana dan Edi Slamet Irianto, 2012, *Pengantar Ilmu Pajak: Kebijakan dan Implementasi di Indonesia*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta.
- Irine Handika, 2012, *Kajian Yuridis Terhadap Pengawasan Pelaksanaan Sistem Self Assessment Melalui Pembentukan Komite Pengawas Perpajakan*, Tesis, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.
- Marihot Pahala Siahaan, 2010, *Hukum Pajak Formal*, Graha Ilmu, Yogyakarta
- Kementerian Keuangan dan DJP, 2010, *Kebijakan Reformasi Perpajakan: Crash Program*.
- Sony Devano dan Siti Kania Rahayu, 2006, *Perpajakan: Konsep, Teori dan Isu*, Kencana, Jakarta.
- Sri Rahayu Oktoberina (edt), 2008, *Butir-butir Pemikiran dalam Hukum: Memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta, SH*, Refika Aditama, Bandung.
- Victor Thuronyi, *Drafting Tax Legislation*, in: Victor Thuronyi (ed.), 1998, *Tax Law Design and Drafting*, Volume 1, IMF: Washington D.C,
- Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.
- UU No. 28 Tahun 2007 tentang Perubahan Ketiga Atas Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1983 tentang Ketentuan Umum dan Tata Cara Perpajakan.
- Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU.
- Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.
- Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2002 tentang Pengadilan Pajak.
- Peraturan Menteri Keuangan Nomor 199 Tahun 2007 tentang Standar Umum Pemeriksaan.
- Anonim, *15.000 Aparat Pajak Rawan, 4.000 Akan Diperiksa*, <http://bataviase.co.id/node/151253>, diakses tanggal 9 Oktober 2010.
- Hindra Liauw, *Inilah Modus Korupsi Pajak*, <http://mukhsontrofi.wordpress.com/2010/04/21/inilah-modus-korupsi-pajak/> diakses tanggal 23 Oktober 2010.



## **Problematika Pelaksanaan Kekuasaan Kehakiman (Dalam Konteks Pelaksanaan Fungsi *Checks and Balances System*)**

**Ismail Ramadan**

### **A. Pendahuluan**

Perubahan<sup>68</sup> ketiga Pasal 24 UUD 1945 yang mengatur mengenai kekuasaan kehakiman merupakan salah satu poin penting dari beberapa permasalahan yang menjadi agenda reformasi pasca runtuhnya kekuasaan Orde Baru tahun 1998. Tujuan perubahan UUD 1945 adalah dalam rangka penyempurnaan aturan dasar ketatanegaraan, kedaulatan rakyat, perlindungan terhadap hak asasi manusia, pembagian kekuasaan, eksistensi negara demokrasi dan negara hukum, serta hal-hal lain yang sesuai dengan perkembangan aspirasi dan kebutuhan bangsa.

Secara eksplisit disebutkan dalam Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 bahwa “kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”. Ketentuan ini sejalan dengan cita-cita universal dalam *Basic Principles On Independence of The Judiciary*, yang diajukan oleh Majelis Umum PBB (Resolusi 40/32 tanggal 29 Nopember 1985 dan resolusi 40/146 tanggal 13 Desember 1985). Juga bisa dilihat pada *Beijing Statement Of Principles Of The Independence The Law Asia Region Of The Judiciary* di Manila tanggal 28 Agustus 1997, dimana didalamnya ditegaskan bahwa:

1. Kehakiman merupakan institusi nilai yang tertinggi pada setiap masyarakat;
2. Kemerdekaan hakim mempersyaratkan bahwa hukum memutuskan sebuah perkara sepenuhnya atas dasar pemahaman undang-undang dan terbebas dari pengaruh dari manapun, baik langsung maupun tidak langsung, hakim memiliki yurisdiksi atas segala isu yang memerlukan keadilan. (Muchsini; 2009).

Di Indonesia kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh Mahkamah Agung dan Badan Peradilan yang ada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan TUN, peradilan militer, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Demikian ketentuan yang terdapat dalam Pasal 24 ayat (2) UUD 1945.

Upaya untuk mendukung terwujudnya kekuasaan kehakiman yang merdeka sebagai amanat konstitusi dalam perkembangannya telah diadakan beberapa kali perubahan terhadap Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman UU No. 14 tahun 1970 tentang pokok-pokok kekuasaan kehakiman dan UU No. 35 Tahun 1999 tentang perubahan UU No. 14 tahun 1970, kemudian diubah dengan UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Dalam perkembangannya UU No. 4 Tahun 2004 tersebut diubah menjadi UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Berbagai alasan tentu mendasari adanya perubahan terhadap UU Kekuasaan Kehakiman tersebut. Misalnya eksistensi UU No. 4 tahun 2004 adalah dalam rangka pelaksanaan prinsip satu atap (*one roof system*) terhadap lembaga peradilan baik itu terkait dengan kelembagaan maupun teknis administrasi dan finansial peradilan sebagaimana ketentuan pasal 13 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004. Demikian juga alasan yang

mengharuskan adanya perubahan atas UU No. 4 Tahun 2004 menjadi UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman adalah karena UU No. 4 Tahun 2004 belum mengatur secara komprehensif tentang penyelenggaraan kekuasaan kehakiman dan perubahan tersebut untuk memperkuat penyelenggaraan kekuasaan kehakiman dan mewujudkan sistem peradilan yang terpadu (*integrated justice system*). (Ahmad Zaenal Fanani; 2009). Di samping itu juga untuk memenuhi putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU/2006 yang salah satu amarnya telah membatalkan Pasal 34 UU No. 4 Tahun 2004. Putusan MK tersebut juga telah membatalkan ketentuan yang terkait dengan pengawasan hakim dalam UU No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial.

Terkait dengan kekuasaan kehakiman, kondisi paling akhir melalui hak inisiatif DPR untuk mengajukan RUU tentang Mahkamah Agung, dalam rangka perubahan terhadap UU No. 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung. Perubahan UU ini untuk menunjukkan komitmen terhadap pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang mandiri. Salah satu alasan perubahan terhadap UU Mahkamah Agung ini adalah menyambut pemisahan kamar-kamar pada Mahkamah Agung. Sebagaimana diketahui bahwa saat ini terdapat tujuh kamar berdasarkan spesialisasi keahlian para Hakim Agung yaitu, perdata, pidana, tata usaha negara, tata negara, agama, militer dan kamar pajak. Demikian juga maksud RUU ini untuk penyempurnaan proses pengajuan banding, kasasi dan peninjauan kembali dengan batasan waktu tertentu dengan harapan menjamin adanya kepastian hukum bagi pencari keadilan. (Romli Atmasasmita; 2012).

Berbagai perubahan tersebut di atas, apabila dikaji secara mendalam masih menyisihkan beberapa permasalahan yang sangat mendasar. Pertama adalah terkait dengan fungsi penegakan hukum, walaupun secara formal dan teoritis dalam konteks penegakan hukum pidana misalnya dikenal dengan konsep *criminal justice system*. Konsep ini menghendaki bahwa dalam proses penegakan hukum harus terpadu dalam suatu sistem peradilan, namun pada kenyataannya dalam proses peradilan pidana misalnya, Polisi dan Jaksa berada dalam lingkup kekuasaan eksekutif, sementara pengadilan berada dalam lingkup kekuasaan yudikatif, sehingga dalam posisi demikian dapat dipastikan adanya intervensi dalam proses penegakan hukum yang semestinya merdeka dan bebas dari pengaruh apapun.

Permasalahan kedua adalah, mengenai pengawasan secara eksternal terhadap jalannya fungsi kekuasaan kehakiman, yang secara formal dilakukan oleh Komisi Yudisial (KY) maupun pengawasan yang dikehendaki oleh DPR (sebagaimana dalam RUU Mahkamah Agung). Model pengawasan yang dijalankan oleh KY maupun yang dikehendaki oleh DPR sangat berpengaruh serius terhadap pelaksanaan fungsi kekuasaan kehakiman bahkan menambah rumitnya pelaksanaan fungsi kekuasaan kehakiman itu sendiri, sehingga pelaksanaan kehakiman dianggap tidak mampu menjamin adanya kepastian hukum dan keadilan bagi pencari keadilan.

Permasalahan tersebut di atas hanya sebagian kecil dari permasalahan-permasalahan lain yang terkait dengan pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang tentu tidak akan dikaji dalam tulisan ini secara keseluruhan. Tulisan ini dibatasi pada kajian terhadap dua permasalahan tersebut dalam rangka mempertegas komitmen kita untuk membangun penyelenggaraan peradilan yang sehat agar dapat memberikan akses keadilan kepada semua orang dan peradilan yang sehat hanya akan terwujud dalam satu hubungan timbal balik antara lingkungan peradilan dan lingkungan masyarakat. Pengadilan bukan sekedar

institusi kenegaraan (*state institutional*) tetapi harus dilihat pula sebagai institusional (*social institution*).

## B. Konsep Kekuasaan Kehakiman

Pemahaman terhadap kekuasaan kehakiman yang merdeka tidak terlepas dari prinsip pemisahan kekuasaan yang dikemukakan oleh John Locke dan Montesquieu. John Lock dalam bukunya *Two Treatises on Civil Government* yang terbit pada tahun 1690, membagi kekuasaan negara atas, kekuasaan membentuk undang-undang (legislatif), kekuasaan melakukan undang-undang (eksekutif), dan kekuasaan federatif. Kekuasaan eksekutif menurut John Lock meliputi kekuasaan melaksanakan atau mempertahankan undang-undang, termasuk mengadili. Kekuasaan federatif adalah kekuasaan yang meliputi semua kekuasaan yang tidak termasuk dalam kekuasaan eksekutif dan legislatif, yang meliputi hubungan luar negeri. (Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim ; 1998).

Sementara, Monteusquieu, dalam bukunya *L'Esprit des Louis* atas pengaruh pemikiran John Lock, mengemukakan konsep pemisahan kekuasaan negara dalam tiga kekuasaan, pertama, *la puissance legislative*, yang membentuk undang-undang; kedua, *la puissance executive*, yang melaksanakan undang-undang, dan yang ketiga, *la puissanc de juger*, yang menjalankan kekuasaan kehakiman. (Utrecht; 1990).

Theberge (1979), dengan mengintrodusir ucapan dari Mountesquieu, mengungkapkan bahwa, pemisahan fungsi eksekutif dari legislatif bertujuan untuk memberlakukan hukum bagi semua orang, dan fungsi kemerdekaan peradilan untuk menjaga supaya hukum dan hanya hukum yang berlaku. Apabila peradilan digabung dengan legislatif, kehidupan dan kebebasan akan berada dalam suatu kendali yang dilakukan secara sewenang-wenang. Bila pengadilan digabung dengan eksekutif, hakim dapat berperilaku kejam dan menindas.

Meskipun dalam perkembangan selanjutnya ajaran pemisahan kekuasaan mendapat berbagai modifikasi melalui berbagai ajaran, seperti ajaran pembagian kekuasaan (*distribustion of powers*) yang menekankan pada pembagian fungsi dan bukan pada organ, dan ajaran *cheks and balances* yang menekankan pada penting adanya hubungan saling mengendalikan antara berbagai cabang penyelenggara negara, tetapi asas kekuasaan kehakiman tetap dipertahankan. Bahkan pada negara-negara yang menganut sistem parlementer, dimana terdapat fusi antara fungsi eksekutif dan legislatif, kekuasaan kehakiman tetap berdiri sendiri terpisah dari kekuasaan eksekutif dan legislatif (Bagir Manan; 1998).

Kekuasaan kehakiman yang merdeka merupakan dasar bagi berfungsinya sistem hukum dengan baik. Dengan adanya kekuasaan kehakiman yang merdeka, setiap orang akan mendapat jaminan bahwa pemerintah akan bertindak sesuai dengan hukum yang berlaku, dan dengan hanya berdasarkan hukum yang berkuasa itulah kekuasaan kehakiman yang merdeka itu bebas memutus suatu perkara yang dibutuhkan penyelesaiannya pada lembaga peradilan. Keterkaitan kekuasaan kehakiman yang merdeka dengan penyelenggaraan pemerintahan telah menimbulkan fungsi kontrol kekuasaan kehakiman (*rechtelijke control*) terhadap penyelenggara pemerintahan. Fungsi kontrol ini berupa kewenangan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menilai keabsahan secara hukum tindakan atau penyelenggaraan pemerintah (Bagir Manan, *Ibid*).

Tujuan utama dari pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang mandiri adalah untuk menjamin dan melindungi kekuasaan individual; dan mencegah penyelenggara pemerintah bertindak semena-mena dan menindas. Hal yang sangat penting dari kekuasaan kehakiman yang merdeka adalah untuk menjamin sikap tidak memihak, adil, jujur atau netral (*impartiality*). Apabila kebebasan tidak dimiliki oleh kekuasaan kehakiman, dapat bersikap tidak netral, terutama apabila terjadi sengketa antara penguasa dengan rakyat.

### C. Problematika Pelaksanaan Kekuasaan Kehakiman

#### 1. Problem mendasar dalam Penegakan Hukum

Dalam konteks fungsi penegakan hukum, Amandemen UUD 1945 tetap memposisikan secara terpisah antara institusi penegak hukum Kepolisian dan Kejaksaan dengan lembaga Peradilan dalam lingkup kekuasaan yang berbeda di bawah Mahkamah Agung. Polisi dan Kejaksaan tetap dalam lingkup kekuasaan eksekutif sementara lembaga peradilan dalam lingkup kekuasaan yudikatif. Hal ini tentu berimplikasi pada sistem penegakan hukum dalam rangka menjalankan fungsi kekuasaan kehakiman.

Seyogianya sistem peradilan terpadu mensyaratkan, instansi penegak hukum saling kontrol dan semuanya independen dengan tugas utamanya menjalankan fungsi kekuasaan yudikatif. KUHAP menunjukkan kurang adanya saling kontrol antara penegak hukum, sehingga sulit untuk mengatakan ada sistem peradilan pidana terpadu (*integrated criminal justice system*). Sebenarnya sistem hukum acara pidana Indonesia yang bertumpu pada sistem hukum Eropa Kontinental, hakim tidak saja melakukan perbuatan mengadili tetapi juga perbuatan penuntutan (*daden van vervolging*), misalnya perpanjangan penahanan, izin pengeledahan, penuntutan hari sidang dan lain-lain yang merupakan kontrol kepada penyidik dan penuntut umum.

Demikian juga, Jaksapun melakukan kontrol negatif (*negatieve controle van het OM*) terhadap hakim, karena dalam tuntutannya ia menuntut pidana, sesudah menguraikan hal-hal yang memberatkan dan meringankan terdakwa. Tidak semua negara yang jaksa meminta pidana tertentu jadi hakim harus memperhatikan tuntutan tersebut jika tidak, jaksa akan naik banding (A. Hamzah; 2003).

Pada masa Orde Lama, walaupun Kejaksaan dan Pengadilan tidak mandiri karena berada dibawah departemen kehakiman, namun dalam pelaksanaan fungsi yudikatif bersifat independen karena Jaksa Agung pada Mahkamah Agung bukan anggota kabinet, sehingga dapat menahan menteri kehakiman yang secara administratif adalah atasannya. Pengalaman empiris menunjukkan bahwa baik hakim maupun jaksa sungguh-sungguh independen pada waktu itu. Misalnya Jaksa Agung **Suprpto** menangkap menteri kehakiman yang secara administratif adalah atasannya. Itulah bukti betapa independennya Jaksa Agung pada waktu itu. Kondisi semacam ini menunjukkan bahwa boleh saja tidak mandiri asal independen dalam menjalankan tugasnya (Andi Hamza; 2003).

Perkembangan selanjutnya sesudah tahun 1959 (tahun 1961 resminya) kejaksaan "mandiri" mempunyai badan sendiri terlepas dari Departemen Kehakiman namun independensinya hilang, karena Jaksa Agung bukan lagi "Jaksa Agung pada Mahkamah Agung" tetapi menteri atau anggota kabinet (pembantu presiden) bukan. Dengan sendirinya

dalam menjalankan tugas penegakan hukum tidak terlepas dari intervensi kekuasaan politik yang pada akhirnya tidak independen dalam melaksanakan fungsi penegakan hukum.

Jika jaksa tidak independen dalam penuntutan, maka hakim pun menjadi tidak independen, karena putusannya tergantung pada apa yang didakwakan jaksa. Sebaliknya jika kejaksaan independen akan menunjang putusan hakim yang independen pula, karena hakim tidak dapat mencari perkara sendiri, sangat tergantung pada apa yang didakwakan jaksa. Hakim tidak boleh memutus lain dari yang didakwakan jaksa. Jadi, jika dakwaan jaksa penuntut umum lain dari perbuatan yang sungguh-sungguh dilakukan, maka hakim akan memutus pula lain dari perbuatan yang sungguh-sungguh dilakukan. Kondisi seperti inilah menunjukkan bahwa kebebasan hakim dalam memutus ada batas-batasnya baik secara teknis yuridis maupun secara praktis.

Putusan hakim di dalam perkara pidana dibatasi pula oleh apa yang didakwakan jaksa penuntut umum, sama halnya dengan perkara perdata dibatasi oleh apa yang digugat. Hakim tidak boleh memutus di luar yang didakwakan jaksa. Idealnya ialah perbuatan yang sungguh-sungguh terjadi yang didakwakan dan itu pula yang dibuktikan. Memang benar *dominus litis* adalah jaksa (yang mewakili negara). Jaksa boleh menuntut satu feit (perbuatan) saja walaupun terdakwa melakukan lebih dari satu feiten (perbuatan), tetapi yang satu itu sungguh-sungguh terjadi dan sungguh-sungguh dibuktikan dengan alat bukti yang cukup ditambah dengan keyakinan hakim. Kebebasan menuntut jaksa dilakukan pula oleh jaksa di Amerika Serikat dengan praktek *plea bargaining*, artinya jika terdakwa mengakui kesalahannya jaksa dapat mengurangi delik yang akan didakwakan (A. Hamzah, *ibid*). Oleh karena itu kebebasan atau kemerdekaan hakim untuk memutus perkara pidana tergantung pula pada bebas atau merdeka tidaknya penuntut umum.

Dalam konteks inilah, jika terdapat suatu kasus pidana, terutama kasus-kasus yang menyita perhatian publik akhir-akhir ini, seperti kasus pencurian buah kakao, kasus sandal jepit dan kasus-kasus lain, terlepas dari benar tidaknya seorang hakim yang memutus kasus tersebut, harus dikonstruksikan bahwa putusan tersebut bukan semata-mata adalah kesalahan hakim, namun putusan tersebut hendaknya dipahami berdasarkan pada tuntutan Jaksa, sehingga kesalahan itu tidak semata-mata adalah kesalahan hakim, karena hakim tentu memutus berdasarkan tuntutan jaksa penuntut umum.

Salah satu upaya untuk memperbaiki akses keadilan terhadap bagi pelaku tindak pidana ringan yang umumnya melibatkan masyarakat atau orang-orang lemah, dan tidak mampu, Mahkamah Agung telah mengeluarkan PERMA No. 20 Tahun 2012 tentang Penyesuaian batas tindak pidana ringan dan jumlah denda dalam KUHP. PERMA ini mengatur kenaikan nilai uang denda atau nilai kerugian dengan harapan penanganan tindak pidana ringan, seperti pencurian ringan, penggelapan ringan, penipuan ringan dan sejenisnya tidak perlu ditahan dan tidak perlu diajukan upaya hukum kasasi, dan pemeriksaannya dilakukan dengan acara cepat, dengan suatu harapan penangan terhadap tindak pidana seperti ini dapat ditangani secara proporsional dan dapat menjangkau rasa keadilan masyarakat.

Namun upaya untuk memperbaiki akses keadilan bagi masyarakat yang kurang mampu pada pengadilan berdasarkan kewenangan MA hanya dapat diterapkan di lingkungan peradilan. Perma ini tidak mampu secara hukum mengikat pihak penagak

hukum lain dalam sistem peradilan pidana, Jaksa maupun Polisi yang berada pada lingkup kekuasaan eksekutif. Kondisi inilah menjadi titik lemah atau tidak berjalannya fungsi kekuasaan kehakiman secara integral dalam penegakan hukum kita.

## **2. Problematika Pengawasan Terhadap Pelaksanaan Kekuasaan Kehakiman**

Aspek pengawasan terhadap lembaga peradilan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman adalah hal yang amat sensitif dan menjadi pertarungan ketegangan antara prinsip independensi peradilan dengan prinsip akuntabilitas. Prinsip independensi peradilan berfungsi untuk memastikan peradilan terbebas dari tekanan berbagai pihak dengan cara apa pun dan menjadi prasyarat sekaligus jaminan terhadap jalannya peradilan yang adil.

Pasal 3 ayat (2) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menegaskan bahwa segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak lain di luar kekuasaan kehakiman dilarang, kecuali dalam hal-hal sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Meski demikian, prinsip independensi tidak menempatkan pengadilan dan hakim dalam posisi kebal hukum, melainkan ditempatkan dalam konteks akuntabilitas.<sup>69</sup> Hakim terikat pada tanggung jawab kepada hukum, negara, serta masyarakat, dan jika ia diduga melakukan pelanggaran perilaku, maka terhadapnya berlaku ketentuan disiplin.

Pengawasan terhadap lembaga peradilan di Indonesia dilakukan oleh MA, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 39 ayat (1) sampai dengan ayat (3) UU 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. MA melakukan pengawasan tertinggi terhadap: (a) penyelenggaraan peradilan pada semua badan peradilan yang berada di bawah MA; (b) pelaksanaan tugas administrasi dan keuangan; dan (c) mengawasi internal tingkah laku hakim. Sejalan dengan prinsip independensi, pengawasan yang dilakukan MA tersebut tidak boleh mengurangi kebebasan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara (Pasal 39 ayat (4) UU Nomor 48 Tahun 2009).

Menjadi permasalahan adalah ketika pengawasan terhadap kekuasaan kehakiman yang dilakukan secara eksternal baik oleh Komisi Yudisial (KY) maupun yang hendak dilakukan oleh DPR apakah tidak dapat menghambat atau mengganggu jalannya peran peradilan dalam menjalankan fungsi kekuasaan kehakiman. Tugas pengawasan yang dilakukan oleh kedua lembaga ini tentu sangat baik namun apabila, pengawasan yang dilakukan tersebut melampaui batas kewenangan maka dapat berpotensi mengganggu kemandirian pelaksanaan kekuasaan kehakiman.

### **a. Pengawasan oleh Komisi Yudisial**

Pengawasan yang dilakukan oleh Komisi Yudisial (KY) merupakan suatu hal yang luar biasa dibutuhkan untuk menjawab keresahan dan harapan masyarakat agar dunia peradilan di Indonesia bebas dari praktik-praktik korup. Harapan tersebut tentu sangat mulia, tetapi dalam konteks struktur ketatanegaraan Indonesia harapan itu diterjemahkan secara kurang tepat. Pertama, jikalau sanksi pemberhentian terhadap hakim dimaknai sama dengan proses impeachment hakim federal di AS, hal itu tidak bisa diterapkan. Karena, menurut Perubahan Ketiga UUD 1945 Pasal 7A, hanya Presiden dan Wakil Presiden saja yang bisa diberhentikan

dalam masa jabatannya oleh MPR atas usulan DPR. Hal ini berbeda dengan Konstitusi AS yang mengatur bahwa hakim federal juga termasuk pejabat publik yang bisa di-*impeach*.

Kedua, konsep impeachment terhadap hakim adalah salah satu terjemahan dari konsep pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) di mana antarcabang kekuasaan terdapat sebuah proses pengawasan dan penyeimbangan (*check and balances*). Kalaupun diasumsikan KY diberikan kewenangan untuk melakukan pengawasan dalam kerangka *check and balances*, maka pemikiran tersebut juga mengandung masalah, karena tugas tersebut hanya bisa dijalankan oleh badan Legislatif dan Eksekutif terhadap Yudikatif. Jikalau KY adalah organ pendukung MA tentu tidak tepat jika dia menjalankan *check and balances* terhadap MA sebagai organ utamanya, sedangkan di sisi lain KY juga tidak diposisikan secara jelas sebagai organ pendukung pemerintah ataupun DPR.

Permasalahan ini bersumber dari keberadaan KY pasca Amandemen ketiga UUD 1945 yang menempatkan KY dalam posisi yang sejajar dengan lembaga tinggi negara lainnya, sehingga dalam prakteknya KY menjelma menjadi cabang kekuasaan keempat dalam struktur ketatanegaraan kita padahal KY adalah sebuah Komisi, yang sama posisinya dengan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK).

Posisi semacam inilah memicu hubungan yang tidak harmonis antara KY dengan MA dalam hal melakukan tugas pengawasan. KY dianggap menggunakan kewenangannya diluar batas kewenangan yang diberikan. Padahal kewenangan KY adalah menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim. (Psal 24B UUD 1945 dan Pasal 13 UU No. 22 Tahun 2004).

Jadi dapat dipahami bahwa objek yang menjadi kewenangan pengawasan adalah, perilaku hakim dengan tujuan untuk menegakkan martabat hakim. Perilaku hakim tentu diterjemahkan sesuatu yang terkait dengan kehidupan sehari-hari hakim, nilai-nilai etika dan moral yang melekat pada seorang hakim. Sehingga aspek pengawasan inipun harus dibarengi dengan pola pembinaan dan pendidikan.

Dengan demikian KY tidak boleh memaksa untuk masuk pada wilayah pengawasan terhadap putusan hakim secara teknis yudisial, jika kewenangan pengawasan pada teknis yudisial ini dipaksakan maka KY melampaui batas kewenangan sebagaimana ditentukan undang-undang. Bahkan kewenangan semacam ini dapat membatasi atau menghambat kemandirian hakim yang harus bersifat bebas dan merdeka dalam memutus suatu perkara.

#### **b. Pengawasan oleh DPR**

Keinginan untuk melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan kekuasaan kehakiman juga diinginkan oleh DPR, hal ini terlihat ketika ada wacana dari beberapa anggota DPR untuk membentuk Panitia Kerja (Panja) evaluasi terhadap putusan pengadilan (Harifin Tumpa; 2012). Upaya yang paling kongkrit dilakukan DPR untuk melakukan pengawasan terhadap Mahkamah Agung adalah melalui usulan perubahan terhadap UU Mahkamah Agung. Rancangan Undang-undang (RUU) Mahkamah Agung yang merupakan hak inisiatif DPR RI yang diajukan, apabila dikaji RUU Mahkamah Agung yang diusulkan DPR tersebut, terdapat beberapa pasal substatif yang sangat berpotensi untuk melakukan intervensi terhadap kekuasaan kehakiman.

Bahwa DPR sebagai wakil rakyat pada dasarnya memiliki fungsi pengawasan, yaitu pengawasan terhadap lembaga eksekutif. Dalam artian, walaupun DPR ingin melaksanakan pengawasan terhadap lembaga peradilan (yudikatif), maka sejalan dengan prinsip independensi dan akuntabilitas di atas, maka pengawasan yang dilakukan DPR terhadap lembaga peradilan adalah pengawasan hanya terhadap fungsi non yudisial (seperti administrasi kepegawaian, keuangan, dst).

Pasal 94 ayat (1) dan (2): RUU menyebutkan bahwa:

“DPR RI melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan undang-undang dan pengawasan terhadap penyimpangan-penyimpangan terhadap undang-undang yang dilakukan oleh Mahkamah Agung.”

Konsep pengawasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 94 adalah konsep yang menyalahi hakikat pengawasan dalam konteks menjalankan fungsi *check and balances system*. Konsep tersebut telah menyentuh aspek fungsi yudisial karena memberi kewenangan bagi DPR untuk mengawasi apakah suatu putusan Mahkamah Agung telah melanggar undang-undang atau tidak. Konsep ini telah mengancam independensi peradilan dengan membuka peluang yang sangat besar terjadinya intervensi (partai) politik terhadap Mahkamah Agung dalam mengatur perkara.<sup>70</sup>

Kemudian Pasal 97 RUU MA menyebutkan bahwa:

“MA dalam tingkat kasasi dilarang: (a) membuat putusan yang melanggar Undang-Undang; (b) membuat putusan yang menimbulkan keonaran dan kerusakan serta mengakibatkan kerusuhan dan huru hara; (c) dilarang membuat putusan yang tidak mungkin dilaksanakan karena bertentangan dengan realitas di tengah-tengah masyarakat, adat istiadat dan kebiasaan yang turun temurun sehingga akan mengakibatkan pertikaian dan keributan; (d) dilarang mengubah Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung dan Ketua Komisi Yudisial secara sepihak, dan/atau Keputusan Bersama tentang Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim secara sepihak.”

Selain mencampur adukan antara dua hal yang substansinya berbeda, yaitu putusan kasasi, sebagaimana kalimat awal dalam pasal tersebut diatas dengan Surat Keputusan Bersama, pasal ini mensiratkan bahwa DPR berwenang untuk mengatur isi putusan (kasasi) MA dan putusan tersebut harus sesuai dengan kehendak mayoritas. Meski pasal tersebut memang tidak secara langsung mengatur bahwa MA harus menuruti kehendak mayoritas, namun jika dikontekstualkan dengan praktik, bagaimana para hakim agung dapat memprediksi apakah putusan yang akan dibuatnya akan menimbulkan keonaran, kerusuhan atau huru-hara atau tidak? Padahal, tugas memastikan bahwa jika seseorang dinyatakan tidak bersalah tidak akan terjadi kerusuhan akibat masyarakat menolak putusan tersebut bukanlah tugas pengadilan, melainkan tugas pemerintah untuk menjaga keamanan dan ketertiban.



Perlu digarisbawahi bahwa, hakim atas nama pengadilan berperan penting dalam menerapkan dan menegakkan prinsip-prinsip hukum yang terkadang tidak selalu merupakan putusan yang populer atau sejalan dengan dukungan pihak-pihak tertentu atau bahkan masyarakat umum. Dalam kondisi pengadilan harus mengalahkan kepentingan mayoritas dalam kasus-kasus individual prinsip independensi sangat penting untuk diterapkan. Karenanya, apa yang diatur dalam Pasal 97 ini tidak hanya melanggar independensi peradilan, namun juga menganggangi prinsip negara berdasarkan hukum, yaitu dengan menempatkan supremasi politik diatas supremasi hukum dan menempatkan supremasi hukum dibawah kehendak mayoritas (Dian Rosita. 2012).

#### **D. Kesimpulan**

Perlu disadari bahwa, sistem yang tidak sehat dapat terjadi bukan semata-mata mencerminkan suasana internal peradilan yang tidak sehat, akan tetapi dapat pula terjadi karena, peradilan yang tidak sehat merupakan cerminan bahkan akibat sistem kelembagaan penegakan hukum kita secara keseluruhan dalam linkup struktur ketatanegaraan, dan kehidupan sosial yang tidak sehat. Apabila kondisi ini yang terjadi, maka peradilan yang tidak sehat bisa jadi merupakan bayang-bayang gelap atau penumbar dari tidak sehatnya kehidupan ketatanegaraan dan kehidupan sosial kita secara keseluruhan. Jika kondisi yang demikian ini terjadi maka, fungsi pelaksanaan kekuasaan kehakiman dalam konteks pelaksanaan *check and balances system* tidak akan efektif antara sesama lembaga tinggi negara tidak dapat berfungsi, namun hal ini tidak menjadi alasan sebagai toleransi apalagi pembenaran terhadap mendung atau suasana kelabu praktik peradilan saat ini.

Secara kongkrit dapat disimpulkan bahwa putusan hakim dalam suatu perkara pidana misalnya, dibatasi oleh asas legalitas baik hukum substantif maupun hukum acara dan apa yang didakwakan Jaksa. Sehingga apa yang diputuskan hakim tidak terlepas dari apa yang didakwakan oleh Jaksa. Kondisi semacam inilah menyebabkan hakim tidak mandiri dalam menjatuhkan putusannya.

Hal yang dapat dilakukan dalam mengantisipasi kondisi semacam ini adalah dengan melakukan upaya sinkronisasi atau kesepahaman antar lembaga penegak hukum dalam suatu proses penegakan hukum. Sebab undang-undang menempatkan fungsi penegakan hukum yang terpisah antara penyidikan, penuntutan dan pengadilan berbeda dalam lingkungan kekuasaan yang berbeda pula.

Dalam konteks pengawasan perlu untuk dibatasi kewenangan pengawasan yang dilakukan terhadap kekuasaan kehakiman baik yang dilakukan oleh KY maupun yang dilakukan oleh DPR. Batasan pengawasan oleh KY misalnya hanya sebatas kode etik dan perilaku hakim, sementara pengawasan yang dilakukan oleh DPR hanya sebatas pengawasan administrasi peradilan. Pengawasan yang dilakukan baik oleh KY maupun DPR tidak boleh masuk pada wilayah teknis yudisial. Apabila lingkup pengawasan masuk pada wilayah teknis yudisial, maka kemandirian hakimpun terganggu, yang pada akhirnya berimplikasi pada menurunnya fungsi kontrol atau terganggunya mekanisme *check and balances system* yudikatif terhadap kekuasaan eksekutif maupun legislatif.

### Daftar Pustaka

- A. Hamzah, 2003, *Kemandirian dan Kemerdekaan Kekuasaan Kehakiman*, Makalah Disampaikan Pada Seminar Pembangunan Hukum Nasional Viii, Penegakan Hukum Dalam Era Pembangunan Berkelanjutan, Badan Pembinaan Hukum Nasional.
- Ahmad Zaenal Fanani, *Kekuasaan Kehakiman Yang Merdeka Dan Masa Depan Peradilan Agama (Analisi UU No. 48 Tahun 2009 dan UU No. 50 Tahun 2009)*, tth.
- Leonard J. Theberge, 1979, *The Judiciary in a Democratic Society*, Lexington Books, Lexington, Massachusetts, Toronto.
- Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Pusat Study HTN, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1998.
- Muchsin, 2009, *Kekuasaan Kehakiman Pasca Perubahan UUD 1945* Program Doktor Ilmu Hukum Untag Surabaya.
- Romli Atmasasmita, *Quo Vadis RUU Mahkamah Agung*, Kompas 25 April 2012.
- Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Ichtiar Baru, Jakarta, 1990.
- Montesquieu, *The Spirit of the Law*, translated by Thomas Nugent, Hafner Press, New York,
- Bagir Manan, *Organisasi Peradilan di Indonesia*, Makalah disampaikan pada Penataran Hukum Administrasi, Pelaksanaan Program Kerjasama Hukum Indonesia – Belanda, Fakultas Hukum Airlangga, Surabaya, 1998.
- Harifin Tumpa, MA *Kecam Wacana Intervensi DPR*, <http://www.beritasatu.com>, Kamis, 2 Februari 2012.
- Miftahul Huda, *"Judicial Accountability,"* <http://www.miftakhulhuda.com/2010/11/judicial-liability.html>)
- Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan, Jakarta, 23 April 2012
- Dian Rosita, *"Menghakimi Para Hakim,"* <http://leip.or.id/artikel/195-menghakimi-para-hakim.html>



<sup>1</sup> Istilah bantuan Hukum sendiri dipergunakan sebagai terjemahan dari dua istilah yang berbeda yaitu "Legal Aid" dan "Legal Assistance". Istilah Legal Aid biasanya digunakan untuk pengertian bantuan hukum dalam arti sempit berupa pemberian jasa-jasa dibidang hukum kepada seseorang dalam suatu perkara secara Cuma-Cuma khususnya bagi mereka yang tidak mampu. *Legal Assistance* dipergunakan untuk menunjukkan pengertian bantuan hukum kepada mereka yang tidak mampu maupun pemberian bantuan hukum oleh para advokat yang menggunakan honorarium. Lihat dalam Abdurrahman. 1983. *Aspek-Aspek Bantuan Hukum di Indonesia*. Jakarta: Penerbit Cendana Press. Hal 17-18.

<sup>2</sup> Pasal 27, Pasal 28 D ayat (1), Pasal 34 ayat (2) UUD 1945

<sup>3</sup> Hak atas bantuan hukum secara rinci diatur dalam Pasal 14 ayat 1 dan 3 UU No. 12 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Konvensi Internasional Hak Sipil dan Politik.

<sup>4</sup> kategori ini meliputi hak (i) Prosedur dan Persamaan Kedudukan (equality of arms), (ii) Persidangan terbuka untuk umum dan dilakukan secara lisan, (iii) Pengadilan yang kompeten, independent, dan tidak memihak yang ditetapkan oleh hukum, (iv). Azas legalitas dan (v). Azas Praduga Tidak Bersalah

<sup>5</sup> Kategori ini meliputi (i) Hak untuk diinformasikan tuntutan yang dibuat oleh pihak yang berwenang, (ii) Hak atas fasilitas-fasilitas dan waktu yang memadai untuk menyiapkan pembelaan, termasuk berkomunikasi dengan penasehat hukum, (iii) Peradilan tanpa penundaan yang semestinya, (iv). Hak untuk hadir selama persidangan, hak untuk membela diri dan hak atas bantuan hukum, (v). Hak atas saksi, (vi) Hak Atas penerjemah/ Juru Bahasa, (vii) Asas Non Self Crimination.

<sup>6</sup> Kategori ini meliputi : (i) Jaminan dan Prosedur khusus untuk anak-anak (juvenile person), (ii) Hak untuk banding, (iii) Hak atas kompensasi, (iv) Asas nebis in idem.

<sup>7</sup> Lihat UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

<sup>8</sup> Akses mendapat keadilan meskipun terbatas pada bantuan hukum, sebenarnya adalah masalah yang tidak mudah diuraikan. Hal ini disebabkan karena masalah akses mendapatkan keadilan bukan hanya masalah hukum semata melainkan juga masalah politik, bahkan lebih jauh lagi adalah masalah budaya. Persoalannya bertambah rumit apabila kita melihatnya dari sudut ekonomi, disebabkan oleh kemiskinan yang semakin meluas, tingkat buta huruf yang tinggi dan keadaan kesehatan yang memburuk. Lihat dalam Adnan Buyung Nasution, dkk. 2007. *Bantuan Hukum Akses Masyarakat Marginal terhadap Keadilan, Tinjauan Sejarah, Konsep, Kebijakan, Penerapan dan Perbandingan*. Jakarta: LBH Jakarta. Hal.3

<sup>9</sup> PILnet: The Global Network for Public Interest Law, *Probono Presentation*, 2011

<sup>10</sup> Bagian Umum Penjelasan Atas Undang-Undang RI Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum.

<sup>11</sup> Yang dapat diangkat sebagai Advokat adalah sarjana yang berlatar belakang pendidikan tinggi hukum dan setelah mengikuti pendidikan khusus profesi Advokat yang dilaksanakan oleh Organisasi Advokat . Pasal 2 ayat 1 Undang-undang Advokat, UU No 18 Tahun 2003.

<sup>12</sup> Pasal 1 butir 9 Undang-undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat.

<sup>13</sup> *Ibid.*, Pasal 22 ayat 1

<sup>14</sup> Pasal 3 huruf a Kode Etik Profesi Advokat Indonesia

<sup>15</sup> Tidak pernah terjadi, seorang advokat di kenai sanksi administrasi oleh Organisasi Advokat karena tidak menjalankan tanggungjawab etiknya memberikan bantuan hukum probono. Ini menunjukkan bahwa tidak adanya ketegasan Organisasi advokat untuk memastikan pemberian bantuan hukum cuma-cuma dari para anggotanya.

<sup>16</sup> Berdasarkan catatan Pos Bantuan Hukum Perhimpunan Advokat Indonesia (PBH PERADI). Dari belasan ribu advokat seluruh Indonesia, yang memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma lewat PBH yang teregister tak sampai lima puluh orang. Menurut Direktur Eksekutif PBH PERADI, Anggara, banyak faktor yang menyebabkan pengacara enggan untuk langsung memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma. (i) Ada yang merasa sudah pernah dulu melakukan. (ii) Ada juga yang menganggap lebih baik memberikan dananya ke LBH yang fokus pada upaya probono. (iii) Tidak adanya insentif dari pemerintah, dinilai Anggara, turut berpengaruh. Misalnya hanya firma hukum yang anggotanya pernah memberikan bantuan hukum probono yang boleh ikut tender-tender pemerintah. Selain itu, (iv) ketiadaan upaya paksa dari organisasi menyebabkan kewajiban memberikan bantuan hukum cuma-cuma tidak bisa ditegakkan. <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4fa399b190322/dipertanyakan--dedikasi-pengacara-sukses-untuk-probono>, diakses 04 Oktober 2012

<sup>17</sup> Secara statistik jumlah advokat, Indonesia disinyalir masih kekurangan profesi advokat, jika dibandingkan dengan Negara lain. Peradi mengadakan Ujian Profesi Advokat (UPA) pada tanggal 4 Februari 2006 jumlah peserta 6.457 lulus 1.944, tanggal 9 September 2006 dengan peserta 3.404 lulus 593 dan tanggal 8 Desember 2007 jumlah peserta 5.473 lulus 1.659 advokat baru ( *Buletin PERADI* edisi kedua Th I Agustus 2008, hlm. 16). Tahun 2007 advokat Peradi yang dilantik 1.400 dan tahun 2008 sebanyak 1.300. sedangkan tahun 2009 ada 2.666 advokat baru belum dilantik

---

disebabkan adanya konflik antara dua organisasi advokat Peradi dan Konggres Advokat Indonesia (KAI) (*Kompas*, 25/7/2009, hlm. 4). Saat ini KAI mempunyai anggota sekitar 3000-an anggota yang tersebar di Nusantara.

<sup>18</sup> Badan Pusat Statistik Berita Resma Statistik No. 06/01/Th. XV, 2 Januari 2012

<sup>19</sup> Data resmi sensus penduduk 2010 yang dikeluarkan oleh Badan Pusat Statistik.

<sup>20</sup> Lihat dalam Asfinawati. 2009. "*Undang-Undang Bantuan Hukum Tak Kunjung Ada*". Jakarta: Jurnal Jentera. Hal. 90-91

<sup>21</sup> Selain jaminan Hak atas bantuan hukum dalam KUHAP diatas diatur pula dalam peraturan perundang-undangan yang lain. Tulisan ini hanya membatasi ulasan jaminan Hak dalam KUHAP.

<sup>22</sup> Saat ini kekurangan KUHAP tersebut telah diatur dalam Pasal 5 ayat 1 huruf I UU No.13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban yang mengatur bahwa seorang saksi dan korban berhak mendapat nasihat hukum;

<sup>23</sup> Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Perkara No.0006/PUU-II/2004

<sup>24</sup> Bantuan hukum merupakan pondasi bagi dinikmatinya hak-hak lainnya, termasuk hak atas peradilan yang adil sebagaimana ditetapkan di dalam pasal 11, paragraf 1, Deklarasi Universal tentang Hak-hak Asasi Manusia,

<sup>25</sup> Polisi, Jaksa, Hakim, Panitera, Advokat.

<sup>26</sup> Misalkan Instituis Kepolisian, Kejaksaan, dan Pengadilan menerbitkan dan menerapkan kebijakan yang pro Bantuan Hukum guna memperlancar tugas Pemberi Bantuan Hukum memperjuangkan keadilan bagi rakyat miskin yang membutuhkan Bantuan Hukum, seperti halnya yang telah diupayakan pengadilan yang mengatur mengenai mekanisme berperkara dengan *pro bono*.

<sup>27</sup> Asfinawati. Op.Cit.

<sup>28</sup> Undang-undang ini terdiri dari XI Bab dan 25 Pasal yang terbagi dalam struktur yaitu: Bab I Ketentuan Umum (Pasal 1-3), Bab II Ruang Lingkup (Pasal 4-5), Bab III Penyelenggaraan Bantuan Hukum (Pasal 6-7), Bab IV Pemberi Bantuan Hukum (Pasal 8-11), Bab V Hak dan Kewajiban Penerima Bantuan Hukum (Pasal 12-12), Bab VI Syarat dan Tata Cara Pemberian Bantuan Hukum (Pasal 14-15), Bab VII Pendanaan (Pasal 16-19), Bab VIII Larangan (Pasal 20), Bab IX Ketentuan Pidana (Pasal 21), Bab X Ketentuan Peralihan (Pasal 22-23), dan Bab XI Penutup (Pasal 24-25).

<sup>29</sup> Konsideran UU Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum.

<sup>30</sup> Prinsip Perserikatan Bangsa-bangsa tentang Akses menuju Bantuan Hukum di dalam Sistem-sistem Peradilan Tindak Kejahatan diantaranya:

Prinsip 1 Hak untuk memperoleh bantuan hukum ;

Prinsip 2. Tanggung jawab Negara

Prinsip 3. Bantuan hukum bagi orang-orang yang disangka atau dituduh melakukan tindak kejahatan

Prinsip 4. Bantuan hukum bagi korban tindak kejahatan

Prinsip 5. Bantuan hukum bagi saksi-saksi

Prinsip 6. Non-diskriminasi

Prinsip 7. Penyediaan bantuan hukum yang cepat dan efektif

Prinsip 8. Hak untuk diberitahu

Prinsip 9. Upaya pemulihan & perlindungan

Prinsip 10. Persamaan di dalam memperoleh akses menuju bantuan hukum

Prinsip 11. Bantuan hukum bagi kepentingan terbaik anak-anak

Prinsip 12. Kemandirian dan perlindungan bagi penyedia bantuan hukum

Prinsip 13. Kompetensi dan akuntabilitas penyedia bantuan hukum

Prinsip 14. Kemitraan

<sup>31</sup> Human Rights Reference menyebutkan bahwa yang tergolong kedalam kelompok rentan adalah : *Refuges, internally displaced persons (IDPs), National Minorities, Migrant Workers, Indigenous Peoples, Children, Women*. Menurut Pasal 5 ayat (3) UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM antara lain adalah orang lanjut usia, anak-anak, fakir miskin, wanita, dan penyandang cacat.

<sup>32</sup> Hasil Penelitian Samuel Gultom dan Tandiono Bawor terdapat 7 Kebijakan Daerah baik ditingkat Propinsi, Kabupaten atau Kota telah membangun inisiatif pemberian bantuan hukum. Diantaranya adalah Kota Makassar/Keputusan

---

Walikota Makassar No.63 tahun 2009 , Kabupaten Sinjai/Peraturan No.8 tahun 2010 Propinsi Sumatera Selatan, Propinsi Jawa Tengah, Kota Semarang/ Perda 4/2008 tentang Penanggulangan Kemiskinan di Kota Semarang dan Perwali 10/2010 fasilitasi bantuan hokum bagi warga miskin kota Semarang Kabupaten Sumenep, Kabupaten Bantul melalui Peraturan Bupati No 54/2007 tentang Bantuan Pemberdayaan Hukum untuk Keluarga Meskin di Kabupaten Bantul. Inisiatif daerah ini tidak lepas dari kepentingan politik PILKADA. Lihat dalam Siti Aminah. 2012. *Hak Bantuan Hukum dalam Berbagai Konteks* (Analisa terhadap UU No.16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum). Jakarta.

<sup>33</sup> Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia (Menkum dan HAM), Patrialis Akbar mengatakan bahwa Undang-Undang (UU) tentang Bantuan Hukum, diharapkan pada tahun 2013 sudah bisa diberlakukan, <http://www.antaranews.com/berita/1318064043/uu-bantuan-hukum-pada-2013-sudah-berlaku>, diakses 04 Oktober 2012.

<sup>34</sup> Terdiri dari unsur a. kementerian yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum dan hak asasi manusia;b. akademisi; c. tokoh masyarakat; dan d.lembaga atau organisasi yang memberi layanan Bantuan Hukum. Verifikasi dan akreditasi dilakukan setiap 3 (tiga) tahun. Namun tidak jelas apakah panitia bersifat tetap atau adhoc. Lihat dalam Pasal 7 ayat (2) dan (3) UU Bantuan Hukum.

<sup>35</sup> Lihat <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4e8fea08dd7e1/layanan-bantuan-hukum> dikhawatirkan birokratis, diakses 4 Oktober 2012

<sup>36</sup> Lihat <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt505c62bfc0c4c/advokat-gugat-uu-bantuan-hukum>, diakses 4 Oktober 2012

<sup>37</sup> Haula Rosdiana dan Edi Slamet Irianto, 2012, *Pengantar Ilmu Pajak: Kebijakan dan Implementasi di Indonesia*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, , hlm. ix.

<sup>38</sup> Lihat juga Pasal 2 UU No. 14 Tahun 2002 tentang Pengadilan Pajak.

<sup>39</sup> Lihat Pasal 27 ayat (1) UU No. 28 Tahun 2007 tentang Ketentuan Umum dan Tata Cara Perpajakan, selanjutnya UU KUP.

<sup>40</sup> Lihat ketentuan di Pasal 25 ayat (10) UU KUP.

<sup>41</sup> Marihot Pahala Siahaan, 2010, *Hukum Pajak Elementer: Konsep Dasar Perpajakan Indonesia*, Graha Ilmu, Yogyakarta, hlm. 105.

<sup>42</sup> Lihat Penjelasan Pasal 3 ayat (1) UU KUP.

<sup>43</sup> Irine Handika, 2012, *Kajian Yuridis Terhadap Pengawasan Pelaksanaan Sistem Self Assessment Melalui Pembentukan Komite Pengawas Perpajakan*, Tesis, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.

<sup>44</sup> Safri Nurmantu dalam Sony Devano dan Siti Kania Rahayu, 2006, *Perpajakan: Konsep, Teori dan Isu*, Kencana, Jakarta, hlm. 60.

<sup>45</sup> Lihat Pasal 1 angka 25 UU KUP.

<sup>46</sup> Berdasarkan data Kebijakan Reformasi Perpajakan: *Crash Program* yang disampaikan oleh Kementerian Keuangan bersama DJP pada Agustus 2010.

<sup>47</sup> Anonim, *15.000 Aparat Pajak Rawan, 4.000 Akan Diperiksa*, <http://bataviase.co.id/node/151253>, diakses tanggal 9 Oktober 2010.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Lihat Pasal 8 huruf j PMK No. 199 Tahun 2007 tentang Standar Umum Pemeriksaan.

<sup>50</sup> Berdasarkan data *Crash Program* 2010 diketahui terdapat peningkatan jumlah sengketa pajak yang timbul akibat ketidakpuasan wajib pajak.

<sup>51</sup> Salah satu landasan filosofi pemungutan pajak adalah Teori Bakti atau Teori Kewajiban Pajak Mutlak, yang menjelaskan mengenai hubungan erat antara rakyat dengan negara dimana negara dibenarkan untuk memungut pajak dari rakyat karena negara mengemban tugas untuk melindungi segenap warganya.

<sup>52</sup> Data *Crash Program* 2010.

<sup>53</sup> Lihat Penjelasan Pasal 15 ayat (1) UU No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

<sup>54</sup> Lihat Pasal 33 ayat (1) UU No.14 Tahun 2002.

<sup>55</sup> Lihat Pasal 77 ayat (1) UU No.14 Tahun 2002.

<sup>56</sup> Lihat ketentuan Pasal 10 ayat (1) bahwa Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

<sup>57</sup> Lihat Pasal 5 ayat (1) dan (2) UU No.14 Tahun 2002.

---

<sup>58</sup> Sidarta Sakirno dalam Sri Rahayu Oktoberina (edt), 2008, *Butir-butir Pemikiran dalam Hukum: Memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta, SH*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 121.

<sup>59</sup> Mardjono Reksodiputro dalam Sri Rahayu Oktoberina (edt), *ibid*, hlm. 112-113.

<sup>60</sup> Cuk Ananta Wijaya, 2003, *Dasar-Dasar Moralitas* (trj.), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 333-335.

<sup>61</sup> Kecenderungan saat ini wajib pajak besar yang memilih menggunakan haknya mengajukan upaya hukum. Wajib pajak menengah dan kecil memilih untuk apatis menerima penetapan jumlah pajak atau melakukan kompromi pajak demi menghindari kemungkinan dijatuhi denda. Padahal, jika ingin konsisten membenahi sistem perpajakan Indonesia maka seluruh entitas bertanggung jawab melakukan koreksi atas kesalahan dalam pelaksanaan sistem. Upaya hukum melalui pengadilan (yudikatif) merupakan *check and balances* untuk pembenahan yang paling konkret.

<sup>62</sup> Sebagaimana Indonesia Corruption Watch (ICW) pernah melakukan penelitian tentang kepatuhan perpajakan menyatakan bahwa negosiasi pajak adalah salah satu pola penyimpangan kepatuhan perpajakan. Sumber dari Hindra Liauw, *Inilah Modus Korupsi Pajak*, <http://mukhsnrofi.wordpress.com/2010/04/21/inilah-modus-korupsi-pajak/> diakses tanggal 23 Oktober 2010.

<sup>63</sup> Victor Thuronyi, *Drafting Tax Legislation*, in: Victor Thuronyi (ed.), 1998, *Tax Law Design and Drafting*, Volume 1, IMF: Washington D.C, hlm. 117.

<sup>64</sup> Lihat Bagian Menimbang huruf c UU No.14 Tahun 2002.

<sup>65</sup> Maurice Halbwachs dalam Haryatmoko, Makalah "*Negara, HAM, dan Identitas Naratif: Terulangnya Kekerasan karena Lemahnya Ingatan Kolektif*", disampaikan dalam Sarasehan Indonesia Negara Hukum: Paradoks Eksistensi Negara dan HAM, Yogyakarta, 16 Februari 2011, hlm. 1.

<sup>66</sup> Pasal 110 menyatakan Pihak yang dikalahkan untuk seluruhnya atau sebagian dihukum membayar biaya perkara.

<sup>67</sup> Asas ini dianut dalam hukum Indonesia, diantaranya dapat dilihat di Penjelasan Umum UU Kepailitan.

<sup>68</sup> Bahasa hukum resmi untuk perubahan UUD 1945 tidak menggunakan istilah amandemen tetapi menggunakan istilah perubahan itu sendiri "perubahan pertama, perubahan kedua, dan perubahan ketiga". Jadi sebagai dokumen resmi kenegaraan hendaknya digunakan istilah perubahan bukan amandemen, namun dalam diskusi boleh saja digunakan bahasa amandemen.

<sup>69</sup> Prinsip akuntabilitas dapat membawa kebaikan bagi masyarakat dan lembaga peradilan, namun jika digunakan secara sembrono, prinsip ini dapat melukai prinsip independensi (Miftahul Huda, "*Judicial Accountability*," <http://www.miftakulhuda.com/2010/11/judicial-liability.html>)

<sup>70</sup> Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan, Jakarta, 23 April 2012

PEMBAHASAN MAKALAH PER PANEL

# PANEL 10

## REVITALISASI HUKUM DAN PERADILAN ADAT SEBAGAI SOLUSI PENGUATAN AKSES TERHADAP KEADILAN





## Panel 10

Judul Panel : Revitalisasi Hukum dan Peradilan Adat Sebagai Solusi Penguatan Akses Terhadap Keadilan

Pengelola : Strengtening Access to Justice Indonesia (SAJI) dan Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN)

### Penyelesaian Sengketa Adat di Kabupaten Poso

Jemielka Roosje

#### Pendahuluan

*"Conflict is useful. In fact society is impossible without conflict. But society is worse than impossible without control of conflict...."*(Bohanan, 1980:xii). Suatu konflik atau sengketa yang tidak segera diselesaikan dapat mengakibatkan suatu persoalan keadilan.

Setiap masyarakat mempunyai mekanisme tersendiri untuk menyelesaikan suatu konflik atau sengketa, apakah melalui mekanisme yang disediakan oleh hukum negara *state institution*, atau melalui mekanisme yang sudah dikenal oleh masyarakat *folk institution* (Nurjaya, 2008:77). Pilihan untuk menyelesaikan konflik atau sengketa mereka adalah dapat melalui jalur formal peradilan (litigasi) atau jalur alternatif lain diluar pengadilan. Masyarakat perkotaan lebih memilih sistem hukum formal, namun pada umumnya pilihan ini dipandang korup, mahal, lamban dan berjarak (*Justice for poor*, 2009:13-14). Fakta bahwa pada jalur formal peradilan terjadi penumpukan perkara di Mahkamah Agung, awal tahun 2005 meningkat menjadi 21.000 perkara (Sulistiyono, 2005). Pada tahun 2009 Mahkamah Agung berhasil menurunkan tunggakan perkara, pada akhir Desember 2007 tunggakan mencapai 6.794 perkara, sedangkan akhir Desember hanya mencapai 5.657 perkara (Tempointeraktif 1 April 2009). Data Pengadilan Negeri Poso tahun 2008, dari lima tahun terakhir (tahun 2003 – tahun 2007) jumlah perkara yang bisa diselesaikan (*Inkracht van Gewijsde*) yaitu 952 perkara dari 1.129 perkara yang masuk. Menggunakan jalur formal ternyata sangat lama, sangat menguras energi, tenaga dan biaya yang terbuang, bahkan bisa mencapai 12 tahun (Harahap, 1997:154).

Penurunan tunggakan perkara seperti yang dilaporkan Mahkamah Agung tersebut tidak serta merta membuat masyarakat dalam proses mencari keadilan akan begitu cepat, mudah dan biaya ringan, karena di penghujung tahun 2009 masyarakat Indonesia seakan terhenyak dengan adanya kasus yang diekspose oleh media massa yaitu kasus ibu Minah yang mencuri tiga butir cacao, kasus pencurian dua butir semangka, ataupun kasus yang menyita perhatian masyarakat yaitu kasus Prita Mulyasari yang mendapat simpati demikian besar dari seluruh rakyat Indonesia. Jika demikian bisa diperkirakan berapa banyak kasus-kasus serupa yang terjadi di seluruh Indonesia ,yang tidak diekspose oleh media masa.

Kasus-kasus demikian mungkin tidak akan terjadi seandainya lembaga-lembaga penyelesaian sengketa informal yang telah ada sejak dahulu di masyarakat Indonesia masih cukup berfungsi. Di masyarakat Indonesia sejak dahulu dikenal lembaga adat yang dapat menyelesaikan sengketa, yang disebut dewan Hadat, dalam istilah Hukum Adat disebut peradilan Desa (Ihromi, 2000). Penyelesaian sengketa atau konflik oleh lembaga adat lebih

mementingkan penyelesaian secara musyawarah, tidak mementingkan menang kalah tetapi yang lebih penting lagi yaitu mengembalikan keharmonisan masyarakatnya. (Zainuddin, dkk, 2004 ;Sulistiyono, 2006; Meliala,A, 2007). Secara yuridis formal, undang-undang telah memberikan peluang terhadap desa sebagai masyarakat hukum untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat berdasarkan asal usul dan adat istiadat setempat yang diakui dalam sistem pemerintahan nasional. Lembaga-lembaga adat yang hidup di masyarakat Kabupaten Poso pada suku *Pamona* dan pada suku-suku yang berada di lembah Lore mempunyai nilai yang sangat tinggi sebagai budaya lokal yang dapat dikembangkan menjadi Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa informal. Lembaga-lembaga adat ini telah dikenal sejak dahulu (Kruyt,1977; Hasan,M,dkk 2004).

### **Sengketa Adat**

Sengketa (*dispute*), dan konflik (*conflict*) adalah dua istilah yang sering dipakai untuk menggambarkan suatu situasi atau kondisi dimana orang-orang sedang mengalami perselisihan yang bersifat faktual maupun perselisihan-perselisihan yang ada pada persepsi mereka saja (Takdir Rahmadi, 2010:1) Sebagian sarjana berpendapat bahwa secara konseptual tidak terdapat perbedaan antara konflik dan sengketa, akan tetapi sebagian sarjana berpendapat bahwa istilah konflik (*conflict*) dapat dibedakan dari istilah sengketa (*dispute*).

Dalam masyarakat adat suatu konflik atau sengketa dapat terjadi karena adanya pelanggaran adat, yaitu : "...terganggunya perimbangan (*evenwicht, harmonie*) antara dunia lahir dan dunia gaib, antara golongan manusia seluruhnya dan orang seorang, antara persekutuan dan teman semasyarakat (Soepomo, 1996:111). Latar belakang pemikiran masyarakat adat tentang apakah yang dapat disebut konflik atau sengketa (pelanggaran adat) adalah didasarkan pada :

Alam pikiran tradisional Indonesia (alam pikiran tradisional timur pada umumnya) bersifat kosmis,meliputi segala-galanya sebagai kesatuan (*totaliter*). Umat manusia menurut aliran pikiran kosmis itu adalah sebagian dari alam, tidak ada pemisahan-pemisahan dari berbagai macam lapangan hidup, tidak ada pembatasan antara dunia lahir dan dunia gaib, dan tidak ada pemisahan antara manusia dan makhluk mahluk lain. Segala sesuatu bercampur baur, dan bersangkut paut, segala sesuatu pengaruh mempengaruhi mempengaruhi. Dunia manusia adalah pertalian dengan segala hidup di dalam alam..." (Soepomo, 1996).

Alam pikiran tradisional Indonesia (alam pikiran tradisional timur pada umumnya) yang bersifat *kosmis* dan meliputi segala-galanya sebagai kesatuan (*totaliter*) juga digambarkan oleh Ter Haar (1985:27) sebagai "... suatu masyarakat yang terdiri dari gerombolan yang bertalian satu sama lain; terhadap alam yang tak kelihatan mata, terhadap dunia luar dan terhadap alam kebendaan,..."

Jadi segala perbuatan yang dianggap mengganggu keseimbangan dalam masyarakat adat tersebut merupakan pelanggaran adat yang bisa dikategorikan konflik atau sengketa, misalnya kasus tersinggungnya wanita dayak Kalimantan Tengah atas pernyataan guru besar sosiolog Universitas Indonesia Thamrin Amal Tamagola pada sidang kasus video

porno Ilham Nazriel ([www.republika.co.id/10](http://www.republika.co.id/10) Januari 2011) Dalam adat dayak perilaku tidak senonoh itu sendiri tidak dibenarkan dan akan dikenakan *jipen* (denda adat). Permasalahan ini telah diselesaikan dengan melakukan sidang adat dilanjutkan dengan permintaan maaf (Kompas.com/22 Januari 2011).

Pada masyarakat adat *Pamona* pelanggaran adat terjadi apabila terjadi *sala nguju* : yaitu suatu pelanggaran karena kesalahan perkataan (mulut) yang melampaui norma dan kehormatan orang lain. Pelanggaran ini misalnya menghina atau menuduh orang lain. *Sala mpale*, adalah suatu pelanggaran adat karena melakukan kesalahan yang dilakukan dengan tangan. Pelanggaran adat ini misalnya memukul seseorang, sengaja merusak atau membuang tanda-tanda dalam lokasi tanah milik orang lain, atau mencuri ( Taona, 2002: 89). *Sala sangkoro* adalah suatu pelanggaran adat yang dilakukan oleh seseorang yang sudah berkeluarga karena perbuatan zinah atau penyelewengan seksual.

Pelanggaran adat pada suku-suku di lembah Lore yaitu disebut *Sala Te'e/sala gau (To Bada)* yaitu pelanggaran adat terhadap tatakrama, misalnya sengaja memasuki kamar pelaminan, dan beberapa nama pelanggaran adat lain yang berhubungan dengan perkawinan. *Sala Te'e (to Bada)*, adalah pelanggaran adat yang berhubungan dengan tangan, misalnya memukul/melukai orang atau binatang peliharaan, juga memegang alat kelamin lawan jenis, dan beberapa nama pelanggaran adat yang masuk kategori pelanggaran adat ini. *Sala Hume (To Bada)* adalah pelanggaran adat yang dilakukan oleh mulut, misalnya memaki seseorang dengan menyebut alat kelamin, memfinah atau menghina orang lain, mendustai orang, menuduh seseorang, masing-masing pelanggaran adat ini mempunyai nama yang lebih spesifik. Pada masyarakat adat *Pekurehua- Tawaelia* umumnya pelanggaran adat yang berhubungan dengan perkawinan, ada yang disebut pelanggaran adat *Sala taiye* yaitu *pentotoangi* yaitu pelanggaran adat yang dilakukan dengan tangan, misalnya memukul suami atau isteri.

### **Penyelesaian Sengketa Adat Pada suku Pamona dan Suku-suku Lembah Lore**

Pada dasarnya menyelesaikan perkara perselisihan secara damai sudah merupakan budaya hukum (adat) bangsa Indonesia yang tradisional (Hilman Hadikusuma, 2003 ; 247). Demikian juga, penyelesaian sengketa adat yang mengedepankan nilai keharmonisan dan keselarasan, lebih berfungsi sebagai pengatur dan penyelenggara kehidupan dalam komunitas serta hubungan dengan Pencipta, alam sekitar dan makhluk lain, termasuk manusia di luar masyarakat adat setempat (Sulistiyono, 2006; Meliala, A, 2007). Dalam masyarakat adat Pamona yang sangat menjunjung tinggi martabat dan kehormatan keluarga, maka penyelesaian secara adat lebih baik bagi mereka, apalagi jika menyangkut permasalahan rumah tangga.

Lembaga adat pada suku Pamona disebut *Pabisara ada*, sedangkan *Pomatu'a ada* adalah sebutan bagi ketua adat. *Pabisara ada* dapat dijumpai di seluruh desa/ kelurahan dimana suku Pamona berdomisili dan beranggotakan 7- 9 orang atau tergantung banyaknya/ luasnya desa/ kelurahan yang ada. Hasil Keputusan Lokakarya dan Rapat Kerja Adat Pamona Se Kabupaten Poso Tanggal 22-23 Januari 2008 di Tagolu : Jumlah anggota Majelis Adat Pamona (*Kasondo Imba ntopobotusi*) Jumlah anggota majelis adat pada tingkat desa/kelurahan (*Lipu*) sebanyak 7 (tujuh) orang, pada tingkat kecamatan (*Sepalemba*) sebanyak 11 (sebelas orang), pada tingkat *Rampulemba* (Kabupaten) berjumlah 23 (dua puluh tiga) orang. Susunan *Pabisara ada* terdiri dari ketua, sekretaris dan anggota- anggota.

Kepengurusan Pabisara ada terdiri dari komponen atau unsur masyarakat yang ada di desa yaitu: tokoh Agama, tokoh pendidik, dan tokoh masyarakat. P J Marola (tokoh adat) menyebutkan, istilah *pomatu'a ada* dipakai untuk ketua adat, *pomo uki* untuk sekretaris, *pomoni* untuk bendahara dan *woko* untuk anggota. Tidak ada ketentuan yang tegas tentang jumlah anggota *Pabisara ada* umumnya anggota *pabisara ada* berjumlah 7 (tujuh) orang. Struktur kelembagaan adalah sebagai berikut : *pomatu'a ada* (ketua *adat*) = 1 orang, *pomo uki* (sekertaris) = 1 orang, *pomoni* (bendahara) = 1 orang, *woko* (anggota) biasanya 4 orang. Jumlah anggota *Pabisara ada* biasanya disesuaikan dengan besar atau kecilnya desa/kelurahan (*lipu*). Susunan atau hirarki lembaga adat Pamona bertingkat dari tingkat desa (*lipu*) dan sampai ketinggian Kabupaten. Hasil Keputusan Lokakarya dan Rapat Kerja Adat Pamona Se Kabupaten Poso Tanggal 22-23 Januari 2008 di Tagolu tentang Susunan atau hirarki lembaga adat Pamona : (1) Lembaga Adat Pamona tingkat Desa/Kelurahan (*Topobutusi ri Lipu to'onya "Majalisi Ada Lipu" naaweri Nene Lipu*), (2) Lembaga Adat Pamona Tingkat Kecamatan (*Topobutusi ri Sepalemba (Kecamatan) to'onya "Majalisi Ada Sepalemba" naaweri Tadulako Sepalemba*), (3) Lembaga Adat Tingkat Kabupaten (*Topobutusi ri Rampulemba to'onya "Majalisi Ada Rampulemba" naaweri Tadulako Rampulemba*).

Dahulu dewan adat Pamona disebut dewan kerajaan. Dewan adat ini dipimpin langsung oleh datu (Raja) sebagai penguasa wilayah dibantu oleh *kabosenya* yang artinya pemilik adat (Hasan ,M dkk, 2004, hal 61- 63). Akan tetapi tidak dapat disangkal pula bahwa di Indonesia tidak semua perkara diadili oleh Raja dan bahwa di tiap-tiap kesatuan hukum tiap-tiap kepala adat atau daerah menjadi hakim perdamaian. Demikian juga seperti yang terjadi pada suku Pamona kala itu, seperti yang dituliskan oleh Adriani dan Kruijt:

Setiap orang Toraja dapat dan boleh menjadi hakim sendiri. Namun ia jangan sendirian jika ia bertindak dalam keadaan marah. Jika ia dapat menguasai diri sendiri, yang untuk itu biasanya ia terpaksa karena takut ia mengadukan kepada seorang kepala desa (Adriani dan Kruijt, 1912:351)

Sebagaimana pada suku Pamona yang mempunyai lembaga adat pada setiap desa/Kelurahan, maka setiap desa yang didiami oleh suku *Pekurehua-Tawelia* yang berdiam di lembah Lore juga mempunyai lembaga adat. Tidak banyak perbedaan mengenai susunan organisasinya selain perbedaan bahasa, juga perbedaan dalam penerapan sanksi adat. Pada tingkat kecamatan lembaga adat ini dinamakan *Majelis Hondo Adat Tampo Pekurehua-Tawaelia*.

Para sesepuh Adat *atau To Mo'oboka Ada (to Bada) Ada tampo Bada* menetapkan pemangku-pemangku/sesepuh hadat sebagai berikut : Pemangku Hadat Desa adalah lembaga/ wadah majelis hadat di desa yang diketuai oleh Ketua adat yang diberi gelar *Tu'ana i Wanua* dan membawahi sedikitnya 6 (enam) orang anggota majelis adat (*tu'ana*). Kepala Desa adalah ketua umum Majelis Hadat Desa. Nama lembaganya yaitu Dewan Pengurus Desa Majelis Hadat Tampo Bada. Kemudian pemangku Hadat rayon adalah lembaga/ wadah majelis hadat di rayon yang diketuai oleh Ketua Hadat yang diberi gelar *Tu'ana Tongki* yang wilayah kerjanya berada diluar wilayah kecamatan Lore Selatan, yaitu pada suatu wilayah kota atau wilayah lainnya. Nama lembaganya adalah Dewan Pengurus Rayon Majelis Hadat Tampo Bada. Kemudian Pemangku Hadat Wilayah Bada Kecamatan Lore Selatan, adalah lembaga/tubuh Majelis Hadat di wilayah yang diketuai oleh ketua hadat wilayah yang digelar *Tu'ana Mahile*. Yang membawahi *Tu'ana Tongki* dan *Tu'ana i Wanua*. Nama lembaganya adalah Dewan Pengurus Wilayah Majelis Hadat Tampo Bada.

Mekanisme penyelesaian sengketa adat pada suku Pamona dan pada suku-suku di daerah Lore pada intinya sama yaitu apabila dianggap ada pelanggaran adat, maka penyelesaian terhadap pelanggaran adat itu dapat dimintakan diselesaikan pada lembaga adat setempat yang ada di desa ataupun juga pada kasus-kasus tertentu lembaga adat dapat bertindak aktif meminta agar pelanggaran adat yang terjadi di desa itu diselesaikan pada lembaga adat.

Pada *to Pamona* apabila terjadi suatu peristiwa di suatu desa yang dinilai oleh masyarakat sebagai pelanggaran adat, apakah termasuk *sala nguju*, *sala mpale* atau *sala sangkoro*, maka mereka dapat datang kepada *Pomatua ada* atau *nene lipu* (kepala Desa) setempat untuk diselesaikan secara adat. Untuk keperluan tersebut itu *Pomatua ada* dan *nene lipu* segera mempersiapkan suatu persidangan adat. Oleh Adriani dan Kruijt peristiwa ini digambarkan sebagai sebagai *monuntu*. "... kedua belah pihak harus bertemu muka untuk membicarakan perkara tersebut; ini dinamakan *monuntu*.... Pada lasimnya mereka berjanji untuk bersama-sama datang pada suatu tempat yang netral. Kira-kira terletak diantara tempat tinggal kedua belah pihak" (Adriani dan Kruijt, 1912 : 354).

Sidang adat dimulai dengan berdoa yang dipimpin oleh tokoh masyarakat, kemudian dilanjutkan dengan pemeriksaan perkara tersebut. Pemeriksaan perkara atau masalah dengan melakukan pertanyaan-pertanyaan kepada pelapor dan terlapor untuk mengetahui duduk permasalahan. Setelah para *pomatua ada* mendengar mengenai duduk persoalannya, maka tiba saatnya mereka akan menetapkan adatnya. Untuk itu dipersilahkan para pihak yang berperkara keluar dari ruang sidang adat, kemudian majelis adat melakukan rapat untuk menyepakati sanksi adat (*giwu ada*) yang akan dikenakan. Dilanjutkan dengan pemanggilan kembali para pihak yang berperkara dan para saksi kemudian Majelis Adat menyampaikan ketetapan adat kepada mereka yang berperkara. Para pihak diberikan kesempatan untuk mendengar keputusan majelis tersebut, apabila keputusan majelis adat sudah diterima, dilanjutkan dengan penetapan waktu pembayaran denda/sanksi adat (*giwu ada*). Sidang adat ditutup dengan pembacaan Keputusan Majelis Adat tentang perkara tersebut yang dibacakan oleh ketua adat, dilanjutkan dengan penandatanganan Surat Keputusan Majelis Adat (*Sura Poncabe Pobotusi*) oleh pihak-pihak yang terkait, yaitu : pihak pelapor, pihak terlapor, saksi, Kepala Desa (*nene lipu*)/Ketua Adat (*Pomatua Ada*).

Sanksi adat yang diberikan disebut *giwu*, *giwu ada* (*to Tawaelia-Pekurehua*, *to Pamona*), *ada pegiwu'* (*to Bada*), sesungguhnya bukanlah suatu sanksi seperti yang dipahami masyarakat modern, tetapi lebih merupakan suatu pemulihan keadaan dari yang semula harmonis, selaras, karena perbuatan tersebut maka terjadi ketidakseimbangan. Sanksi adat diberikan sebagai pemulihan nama baik yang disebut *tange tombo*, atau sebagai pemulihan aib yang disebut *kaena* (*to Tawaelia-Pekurehua*). Sanksi adat mempunyai fungsi sebagai persembahan dan untuk mengembalikan situasi pada keadaan semula (Ihromi, 2000). *Giwu ada* yang dikenakan dapat berupa binatang yaitu kerbau, ayam juga dapat berupa uang (*to Pamona*) sedangkan pada suku-suku di lembah Lore dapat berupa binatang kerbau, babi, ayam juga uang dan juga kain sarung. Pada *to Pekurehua-Tawaelia*, *giwu ada* dapat berupa *Pokadipura Anangkoi* (pemeliharaan bayi).

Misalnya, dalam penyelesaian kasus *Sala Sangkoro* (*to Pamona*) antara suami isteri maka *giwu ada* adalah 1 (satu) ekor kerbau yang disebut *Pelogesi* atau *kaea lipu* yang diberikan kepada Desa atau *lipu* untuk dipotong dan dimakan bersama-sama oleh warga masyarakat desa yang dilaksanakan di Balai Desa, dan 1 (satu) ekor kerbau untuk *Polangari* yaitu untuk memperbaiki atau untuk pemulihan hubungan suami isteri agar hidup rukun

kembali seperti semula dalam rumah tangganya tanpa mengungkit-ungkit peristiwa yang lalu (Taona, 2002: 90). Apabila kasus serupa terjadi pada to *Pekurehua-Tawaelia* yang disebut *pebualosi* (perzinahan) antara yang masih bujang, janda atau duda dengan yang sudah berumah tangga maka kedua-duanya dikenakan sanksi sebagai berikut : a) *Polingkai Ada Potambi*, masing-masing 1 ekor babi, yaitu : Satu ekor babi dari pihak perempuan yang berbuat zinah menjadi *Pehuda Ngkora* yang dipakai untuk menjamin saat persidangan adat. Satu ekor babi dari pihak laki-laki yang pelaku zinah dapat dinilai dengan uang Rp. 1.000.000,-(satu juta rupiah) disetor pada saat persidangan adat. b) Memberikan jaminan (makan dan minum) kepada peserta sidang adat. c) *pewewehi* 1 lembar kain sarung. Lembaga adat melakukan Acara adat *repehaka* untuk melaksanakan sanksi adat ini, yang dilakukan di hadapan suami/istri yang disakiti pada saat kasus perzinahan diketahui oleh lembaga adat dan pemerintah desa.

Penetapan waktu pembayaran denda/sanksi adat yang bisa 3- 4 hari atau 8 hari (Keputusan Lokakarya dan Rapat Kerja Adat Pamona Se Kabupaten Poso Tanggal 22-23 Januari 2008 di Tagolu). Mengenai pembayaran denda/sanksi adat ada beberapa anak suku Pamona yang berbeda dalam penetapan waktu pembayaran denda ada yang 8- 10 hari (*Lage*) dan ada yang 7 (tujuh) hari dapat diperpanjang sampai 3 kali 7 hari (*Wingke ndano*). Bagi yang mendapat *giwu* harus melaksanakannya dalam tenggang waktu tersebut. Biasanya kalau yang bersangkutan tidak sanggup memenuhi *giwu* tersebut, maka keluarga dari yang bersangkutan akan berusaha memenuhi *giwu* yang dijatuhkan *Pabisara Ada* agar segera dapat dilaksanakan. Pada to *Tawaelia-Pekurehua* Pembayaran sanksi adat dilaksanakan pada saat urusan adat (sidang adat), saat seorang bayi lahir dan/ atau sampai dengan satu bulan tenggang waktu diberikan untuk melaksanakan sanksi adat.

Sampai saat ini masyarakat adat yang ada di Kabupaten Poso masih menggunakan cara-cara menyelesaikan persoalan mereka lewat lembaga adat yang ada di setiap desa (*lipu*), dan semua persoalan yang dianggap melanggar adat istiadat to *Pamona*, to *Bada*, to *Pekurehua Tawaelia*, ataupun to *Besoa* selesai pada tingkat desa (*lipu*), sekalipun pada lembaga-lembaga adat tersebut tersedia mekanisme yang lebih tinggi lagi misalnya pada semacam tingkat kecamatan.

## Penutup

Fakta-fakta diatas menunjukkan bahwa masyarakat selalu punya cara- cara sendiri menyelesaikan persoalan mereka sekalipun banyak masalah dalam pelaksanaannya, tetapi mereka tetap berjuang menemukan keadilan bagi mereka sendiri. Praktek-praktek menyelesaikan persoalan masyarakat seperti ini juga dikenal di semua komunitas masyarakat di wilayah nusantara, dan bukan hal yang baru setelah masuknya hukum kolonial (www.huma, or.id), walaupun dengan mekanisme yang beragam, kesemuanya bertujuan untk mengembalikan keseimbangan sosial melalui pemberian keadilan kepada para pihak. Hasil penelitian yang dilakukan Tim *Justice for poor* menyatakan bahwa masyarakat Indonesia lebih banyak menggunakan peradilan non-negara dalam menyelesaikan sengketa : “Kenyataan keadilan di Indonesia dijalankan bukan diruang sidang di kota besar, tapi di balai desa di Penjuru nusantara....peradilan non-negara merupakan bentuk utama penyelesaian sengketa...” (*Justice For Poor*, 2009: vii, 58).

Pertanyaan kemudian jika kita dihadapkan dengan kenyataan bahwa adanya keterbatasan atau kurangnya kemampuan negara melayani masyarakat memperoleh keadilan dalam pelayanan hukum, maka beberapa persoalan yang akan muncul, mulai dari

*eigenrechtig*, sampai pada persoalan perubahan nilai-nilai dan penyimpangan terhadap nilai-nilai budaya dalam masyarakat bahkan *legal gap*, yaitu : Ada silang selisih antara apa yang dihukumkan secara resmi oleh kekuasaan nasional dan apa yang dijalani dalam kehidupan sehari-hari sebagai hukum oleh masyarakat setempat ( Wignjosuebrotto,S, 2008:125).

Secara yuridis normatif berbagai undang-undang telah memberikan hak istimewa kepada desa sebagai masyarakat hukum untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat berdasarkan hak asal usul dan adat istiadat setempat dan secara empiris keberadaan lembaga adat sebagai lembaga penyelesaian sengketa masyarakat merupakan suatu kenyataan di Indonesia, dan apabila lembaga adat dapat difungsikan secara efektif untuk menyelesaikan kasus- kasus atau sengketa masyarakat terutama di daerah pedesaan yang masih eksis hukum adatnya, dapat membantu mengatasi masalah penumpukan perkara dan mencegah pemborosan sumber daya peradilan.

Permasalahan hukum dalam hal ini adalah bagaimana agar putusan-putusan dari lembaga adat dalam menyelesaikan persoalan masyarakat mempunyai kepastian hukum dan lembaga adat dapat menjadi suatu lembaga penyelesaian sengketa masyarakat yang mempunyai otoritas (*Authority*) dalam penyelesaian sengketa masyarakat yang diajukan kepadanya, serta putusan-putusan dari lembaga adat dapat terintegrasi dengan sistem peradilan.

### Daftar Pustaka

- Adriani, N dan Kruijt, A C, 1912, Orang Toraja yang Berbahasa Bare'e di Sulawesi Tengah (Buku I), Batavia, Percetakan Negara.
- AntaraneWS, 2009, "Tiga Buir Cacao Membawa Minah ke Pengadilan", diakses pada 10 Januari 2010.
- Bohanan, P, 1980, Law & Warfare; Studies in The Antropologi of Conflict (ed.), Austin and London, University of Texas Press, Austin and London.
- Bushar, M, 2006 (cet ke-13), Asas-asas Hukum Adat; Suatu Pengantar, Pradnya Paramita.
- Harahap, M. Y, 1977, Beberapa Tinjauan mengenai sistem Peradilan Dan Peyeleaian Sengketa, Bandung, Citra Aditya Bakti.
- Hasan, M, dkk, 2004, Sejarah Poso, Yogyakarta, Tiara Wacana.
- Hilman Hadikusuma, 2003, Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia, Bandung Mandar Maju.
- Huma, Peradilan Adat dan Prakteknya di Berbagai Tempat, <http://www.huma.or.id>, diakses 29 Maret 2011.
- Ihromi, T O, 2000, Antropologi dan Hukum, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia.
- I Nyoman Nurjaya, 2008, *Konflik dan Budaya Penyelesaian Konflik dalam Masyarakat ;Perpektif Antropologi Hukum*, dalam buku :Pengelolaan Sumber Daya Alam: dalam perspektif Antropologi Hukum, Prestasi Pustaka Publisher, Jakarta.
- Justice for the Poor, 2009, Menemukan titik Keseimbangan; Mempertimbangkan Keadilan Non Negara di Indonesia (hasil Penelitian), Bank Dunia-Sub Office Jakarta.

- Kruyt, J, 1977, *Kabar Keselamatan Dari Poso*, Jakarta, BPK Gunung Mulia.
- Meliala, Adrianus, 2007, *Penyelesaian Sengketa Alternatif; Posisi dan Potensinya di Indonesia*, Diakses dari :<http://www.AdrianusMeliala.co.id>, Tanggal 16 Pebruari 2008.
- Moore, Sally F, 1978, *Law as Process, An Antropological Approach*, London, Routledge & Kegan Paul Ltd.
- Rahardjo, S, 2007, *Biarkan Hukum Mengalir; Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Jakarta, Kompas.
- Soepomo, R, *Bab-bab tentang Hukum Adat, 2007 (cet ke-17)*, Jakarta, Pradnya Paramita.
- Soerjono, S, dan Soeleman Taneko, 2007 (ed 1), *Hukum adat Indonesia*, Jakarta, PT RajaGrafindo.
- Sulistiyono, Adi, 2006 *Budaya Musyawarah Untuk Menyelesaikan Sengketa Win-Win Solution dalam Perspektif Hukum*, *Jurnal Hukum Bisnis Vol 25. No.1 Tahun 2006*, Jakarta, YPHB.
- Taona, Mernimus, 2002, *Peranan Adat dan Faktor –faktor yang Mempengaruhi Dinamika Perkawinan Dalam Interaksi Sosial masyarakat Suku Pamona Di Kecamatan Pamona Timur Kabupaten Poso*, Tesis, Program Pasca sarjana Universitas Sam Ratulangi Manado.
- Ter Haar Bzn, B, 1950, *Beginnselen en Stelsel Van Het Adatrecht*, Groningen-Djakarta: J. Wolters.
- Undang-Undang Republik Indonesia No 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan daerah, Bandung, Citra Umbara.
- Undang-Undang Republik Indonesia No. 30 tahun 1999 Tentang Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase, Jakarta, Legal Indonesia Publishing.
- Tamrin dan Istri Minta Maaf, [www.kompas.com/](http://www.kompas.com/) 22 Januari 2011.
- Tunggakan Perkara di Mahkamah Agung Turun ,<http://www.tempointeraktif.com>, diakses tanggal 12 Agustus 2009.
- Wanita Dayak mengaku dilecehkan oleh Thamrin Amal Tamagola, <http://www.republika.co.id/> Senin, 10 Januari 2011.
- Wignjosoebroto, S, 2008 *Hukum Dalam Masyarakat; Perkembangan dan Masalah Suatu Pengantar ke arah Kajian Sosiologi Hukum*. (editor Y. S. Setiyono Wahyudi), Malang, Bayu Media Publishing.



## Peran Strategis Peradilan Adat di Aceh dalam Memberikan Keadilan bagi Perempuan dan Kaum Marjinal

Juniarti

### I. Pendahuluan

Masyarakat Aceh sebagian besar mencari dan mendapatkan keadilan melalui pemecahan masalah secara tradisional (adat). Namun dari banyak penelitian yang telah dilakukan termasuk penelitian dari UNDP menunjukkan bahwa anggota masyarakat seringkali tidak menyadari bagaimana pertikaian itu diselesaikan menurut adat.<sup>1</sup> Sifat-sifat dasar adat yaitu: mengalir, lisan dan tidak terstruktur (*uncodified*) dikaitkan dengan perkembangan hukum di Aceh dan berlakunya sistem hukum formal (pengadilan negeri dan mahkamah syariah) menyebabkan timbulnya berbagai pengertian baik mengenai lembaga adat maupun prosedur umum dari proses penyelesaian perselisihan secara adat. Kondisi ini diperparah oleh terjadinya bergeseran, kevakuman dan hilangnya kepemimpinan adat yang disebabkan oleh konflik panjang yang terjadi di Aceh, tsunami dan pengaruh globalisasi. Akibat kevakuman dan hilangnya kepemimpinan adat sedikit banyak mengurangi perhatian dari kepemimpinan adat terhadap perempuan dan kaum marjinal.

Kaum marjinal di dalam Ilmu Sosial adalah mereka yang terpinggirkan, mereka yang terlupakan, mereka yang tidak dihitung. Dan biasanya kaum marjinal diidentikkan dengan mereka yang miskin. Tetapi, kaum marjinal tidak serta-merta identik dengan miskin saja. Orang miskin, hampir pasti menjadi kaum marjinal, tetapi kelompok terpinggirkan belum tentu karena miskin. Kemudian, siapakah kaum marjinal itu, selain miskin, mereka adalah orang-orang yang secara ekonomi, agama, hukum, sosial, politik atau budaya tidak mempunyai akses kepada kehidupan yang sejahtera, aman, nyaman, damai dan berkembang. Dan untuk itu, kaum marginal yang dimaksudkan dalam tulisan ini adalah perempuan, penyandang cacat, orang miskin, orang tua, janda korban konflik, anak yatim piatu dan anak.

Perempuan dan kaum marjinal di Aceh dalam menjalani kehidupan ini juga mengalami permasalahan-permasalahan baik itu permasalahan rumah tangga, dan permasalahan dalam kehidupan sosial mereka, mulai dari persoalan pertengkaran antara suami istri, perceraian, pembagian warisan, perkelahian antar anak, kecelakaan lalu lintas dan persoalan-persoalan lainnya. Dan ketika persoalan dalam kehidupan mereka ingin diselesaikan misalnya melalui jalur formal (Pengadilan Negeri dan Mahkamah Syari'ah) mereka akan berhadapan dengan birokrasi yang cukup panjang, administrasi dan membutuhkan dana, minimal untuk keperluan biaya transportasi dari desa mereka menuju kota tempat pengadilan negeri dan mahkamah syari'ah itu berada.

Dan salah satu solusi untuk mencari keadilan bagi kaum perempuan dan kaum marjinal tersebut adalah melalui peradilan adat di *gampong*<sup>2</sup> (desa) atau *mukim*<sup>3</sup> mereka berada. Namun itu saja tidak cukup, ternyata masih ditemukan dalam proses peradilan adat sendiri terdapat bias terutama terhadap perempuan dan kaum marjinal. Berdasarkan uraian sebelumnya, maka dalam makalah ini akan dicoba membahas, *pertama*, menemukan beberapa kelemahan peradilan adat dalam memberikan keadilan bagi perempuan dan kaum marjinal; *kedua*, menemukan peluang peradilan adat dalam memberikan keadilan; dan *ketiga*, merumuskan langkah-langkah strategis untuk menjadikan peradilan adat mampu memberikan keadilan bagi perempuan dan kaum marjinal di Aceh.

## II. Pasang Surut Adat dalam Pusaran Kebijakan Nasional dan Kedaerahan

Perbincangan mengenai hukum adat dan hukum pemerintahan di Indonesia sebenarnya memiliki sejarah yang panjang dan tidak cukup sekedar dimulai dari jatuhnya rezim Orde Baru. Sejak masa penjajahan Belanda adat menjadi bagian dari kepentingan politik pemerintahan. Hal yang sama juga terjadi pada masa pemerintahan Sukarno setelah Indonesia merdeka, zaman Orde Baru di bawah rezim Suharto sampai zaman reformasi sekarang ini.<sup>4</sup> Meskipun hubungan antara hukum adat dan pemerintahan yang terbangun pada setiap pemerintahan berbeda-beda, namun secara umum setiap rezim menggunakan adat sebagai bagian dari kesuksesan pemerintahannya.

Pada masa pemerintahan Belanda di Indonesia, adat telah menjadi bagian dari sistem politik pemerintahan Hindia Belanda dalam melancarkan imperialismenya melalui kebijakan hukum adat (*adatrecht*)<sup>5</sup>. Konsep *Adatrecht* ini dikembangkan dari Universitas Leiden di mana Cornelis Van Vollenhoven (1876-1933) menjadi tokoh utamanya.<sup>6</sup> Ia mendefinisikan adat sebagai tata aturan dalam kehidupan masyarakat di Indonesia, dengan kata *rect*, sebuah kata yang secara konvensional diterjemahkan dalam bahasa Inggris sebagai 'law' atau 'hukum' dalam bahasa Indonesia.<sup>7</sup> Defenisi adat sebagai hukum meminggirkan aspek-aspek adat yang lain seperti tradisi-tradisi sosial, religius dan seni, maupun kekuasaan ekonomi dan politik yang berbasis adat.<sup>8</sup>

Debat tentang posisi lembaga adat cukup panas terjadi pada tahun 1950-an dan banyak pihak yang menganggap adat sesuatu yang sangat penting, namun kenyataan dilapangan sistem-sistem adat dibiarkan berjalan apa adanya tanpa ada rangsangan dan dukungan dari pemerintah. Bahkan di awal 1950-an peradilan-peradilan adat dihapus hampir di seluruh Indonesia termasuk Aceh dan digantikan dengan pengadilan negara.<sup>9</sup> Lembaga-lembaga yang lain juga tidak mendapatkan perhatian khusus dari pemerintah yang lebih fokus membangun sistem administrasi negara yang modern.<sup>10</sup>

Pada masa pemerintahan Orde Baru di bawah Presiden Suharto institusi adat mendapat tantangan yang lebih besar lagi. Hal ini disebabkan kebijakan sentralisasi yang dilakukan oleh pemerintah Suharto. Sentralisasi merupakan kebijakan di mana pemerintah melakukan intervensi sampai pada tingkat pemerintah lokal pedesaan. Hal ini dilakukan dengan membentuk jaringan administrasi yang ketat dan serupa di seluruh daerah di Indonesia. Kebijakan ini tertuang dalam Undang-Undang No.5 Tahun 1979 tentang Sistem Pemerintah Desa. Alasan utama yang dimunculkan adalah kebutuhan pembangunan dan efektifitas pemerintahan. Akibatnya adalah munculnya suatu sistem yang paling sentralistis dan tidak punya fleksibilitas sedikitpun untuk memperhatikan keperluan-keperluan yang ada di daerah-daerah negara yang luas ini. Pemerintah Orde Baru tetap mengakui kemajemukan budaya dan masyarakat Indonesia dan juga posisi adat sebagai dasar pluralisme. Tetapi adat hanya diposisikan sebagai seni dan budaya.<sup>11</sup>

Jatuhnya pemerintah Suharto pada tahun 1998 menjadi momentum yang sangat penting dalam kebangkitan adat di Indonesia. Beberapa daerah menggunakan kesempatan ini sebagai awal menguatkan kembali sistem adat yang ada di daerahnya dari berakhirnya hegemoni pemerintah terhadap institusi pemerintahan lokal berdasarkan adat. Di bawah pemerintahan B.J. Habibie, Indonesia memasuki babak baru dalam sistem pemerintahannya dengan berlakunya Undang-Undang Otonomi Daerah di mana daerah-daerah memiliki kewenangan dalam membangun sistem pemerintahan dan pengelolaan keuangan sendiri.<sup>12</sup>

Kewenangan mengelola pemerintahan yang disebutkan dalam Undang-Undang Otonomi Daerah bermakna adanya kesempatan kepada masyarakat adat di berbagai daerah untuk mengembalikan peran adat dalam kehidupan sosial dan pemerintahan lokal. Dengan berakhirnya pemerintahan Orde Baru ini maka komunitas-komunitas lokal di berbagai daerah di Indonesia mulai bangkit dan menjalin komunikasi. Komunikasi antar daerah ini difasilitasi oleh beberapa LSM-LSM Indonesia.<sup>13</sup> Dari komunikasi ini lahir sejenis gerakan yang dinamakan diri sebagai gerakan masyarakat adat. Pada tanggal 21 Mei 1999 masyarakat adat di seluruh Indonesia melakukan kongres pertama di Jakarta dan menyimpulkan beberapa poin penting.

Pascajatuhnya rezim Orde Baru di bawah kepemimpinan Suharto, di Aceh konflik panjang antara Gerakan Aceh Merdeka (GAM) dengan pemerintah Republik Indonesia (RI) terus berlanjut. Konflik bersenjata yang terjadi di Aceh pada awal reformasi ini menyebabkan banyak efek dari kebijakan pemerintah Indonesia di bawah rezim reformasi tidak berkembang, termasuk kebijakan mengenai Otonomi Daerah. Meskipun pemilihan umum tahun 1999 dan 2004 di Aceh dilaksanakan sebagaimana di daerah lain di Indonesia, namun dari sisi partisipasi masyarakat dan proses pelaksanaannya dipengaruhi oleh tekanan konflik dan perang bersenjata antara pasukan TNI/Polri dengan GAM.

Kondisi tersebut menyebabkan revitalisasi adat di Aceh tidak seiring dengan apa yang terjadi di daerah lain di Indonesia. Namun, demikian bukan berarti di Aceh tidak ada usaha ke arah revitalisasi tersebut. Beberapa kebijakan pemerintah Indonesia dan lokal Aceh memberikan dampak pada usaha revitalisasi adat. Misalnya UU No.44 Tahun 1999 tentang Keistimewaan Aceh menegaskan kembali bahwa Aceh adalah daerah istimewa dalam bidang adat, agama dan pendidikan.<sup>14</sup> Penyelenggaraan keistimewaan tersebut menurut pasal 3 ayat (2) meliputi: (1) penyelenggaraan kehidupan beragama, (2) penyelenggaraan kehidupan adat, (3) penyelenggaraan pendidikan, dan (4) peran utama dalam penetapan kebijakan daerah. Berdasarkan Undang-Undang ini pemerintah memberikan ruang kepada masyarakat adat lokal untuk bangkit dan memungkinkan kembali adat yang ada dalam masyarakat mereka.

Status keistimewaan Aceh dikonfirmasi dengan keluarnya Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nangroe Aceh Darussalam (NAD). Kebijakan ini menyebabkan lahirnya 3 (tiga) lembaga baru di Aceh yaitu: Majelis Adat Aceh (MAA) yang mengurus masalah adat; Majelis Permusyawaratan Ulama (MPU) yang membidangi masalah agama Islam; dan Majelis Pendidikan Daerah (MPD) yang membidangi masalah pendidikan. MAA merupakan perubahan dari Lembaga Adat dan Kebudayaan Aceh (LAKA) yang dibentuk pada masa Gubernur Aceh Prof. Ali Hasjmy (1957-1964).

Pada tahun 2003 muncul juga sebuah qanun yang cukup penting yaitu: Qanun No.4 tahun 2003 tentang Mukim. Tetapi pada masa pemerintahan Megawati Sukarnoputri tahun 2003 di Aceh kembali dilakukan Operasi Militer dan Undang-Undang Otonomi Khusus tidak dapat dilaksanakan. UU tersebut juga cukup banyak dikritisi oleh kelompok-kelompok masyarakat Aceh maupun pemerhati dari luar daerah. Kritik umum yang muncul adalah pada pemerintahan Aceh jauh lebih banyak memfokuskan untuk membangun sistem Syariat Islam dan menguatkan MPU termarginalisasikan. Baru setelah proses perdamaian mulai tahun 2005 dan dasar hukum yang baru tentang Pemerintahan Aceh muncul tahun kemudian revitalisasikan adat mulai nampak di Aceh.

Pada tahun 2005 perjanjian perdamaian antara Pemerintah Indonesia dan Gerakan Aceh Merdeka (GAM) ditulis dalam satu *Memorandum of Understanding (MoU)* yang berfungsi sebagai dasar untuk mengundang dan mengimplementasikan pemerintahan sendiri di Aceh. MoU tersebut belum banyak membicarakan adat, kata tersebut hanya disebut satu kali dalam pasal 1.1.6 yang menetapkan bahwa qanun-qanun di Aceh harus “menghormati tradisi sejarah dan adat istiadat rakyat Aceh”. Dan meskipun tidak menyebut kata adat pasal selanjutnya 1.1.7 yang tentang pembentukannya Lembaga Wali Nanggroe juga tidak kalah pentingnya terhadap proses revitalisasi lembaga adat di Aceh.

Sebagai tindak lanjut dari kesempatan damai dan untuk mengimplementasikan MoU Helsinki, Pemerintah Indonesia telah mengeluarkan Undang-Undang Pemerintah Aceh (UU-PA) no 11 tahun 2006. Saat ini, Undang-Undang No.18 Tahun 2001 dicabut dan diganti dengan UU-PA. Dalam Undang-Undang tersebut, keberadaan lembaga adat dijelaskan secara lebih spesifik.<sup>15</sup> Bab XII membicarakan tentang Lembaga Wali Nanggroe dan memposisikan Wali Nanggroe sebagai pemimpin adat yang tertinggi di Aceh. Bab XII mendaftarkan 13 (tiga belas) lembaga adat<sup>16</sup> yang harus difungsikan dan berperan sebagai wahana partisipasi masyarakat dalam penyelenggaraan Pemerintahan Aceh di tingkat kabupaten/kota maupun provinsi. Secara lebih detail, Bab XV menjelaskan mengenai mukim dan gampong.

Pelaksanaan pasal-pasal UU-PA tentang Adat Pemerintahan Aceh telah mengeluarkan beberapa regulasi di tingkat provinsi: Qanun No.9 Tahun 2008 tentang Pembinaan Kehidupan Adat dan Adat Istiadat, serta Qanun No. 10 Tahun 2008 tentang Lembaga Adat. Kedua qanun tersebut di satu sisi menjadi indikasi keseriusan Pemerintah Aceh dalam upaya menjadikan adat yang ada di Aceh berlaku kembali dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari pemerintahan Aceh. Di sisi lain ini juga dapat menjadi sebuah “sentralisasi” yang dilakukan Pemerintah Aceh terhadap pluralitas adat yang ada di berbagai kabupaten di Aceh. Saat ini memiliki 23 kabupaten yang setiap kabupaten memiliki perkembangan adat tersendiri. Di daerah yang mayoritas dihuni oleh suku Aceh, sekalipun memiliki adat yang khas. Misalnya perkembangan adat yang ada di Aceh Tenggara berbeda dengan adat di Aceh Timur, meskipun pada dasarnya mereka sama-sama Aceh.

Implikasi dari UU-PA maupun qanun-qanun provinsi ini adalah pemerintah kabupaten diminta untuk menghidupkan kembali lembaga adat Aceh di wilayahnya masing-masing. Setiap kabupaten diwajibkan menyusun qanun mukim aturan pendukungnya sebagai wujud dari pemerintahan adat di daerahnya. Dalam *qanun mukim* akan diatur mengenai kelembagasaan adat yang lain pernah ada di Aceh seperti *keujruen blang*, *panglima laot*, *pawang glee*, *etua seuneubok*, *haria peukan* dan lain sebagainya. Bahkan ada kecenderungan memahami lembaga mukim sebagai sebuah pemerintahan di tingkat mukim, dimana selain memiliki pemimpin eksekutif (*imum mukim*) juga memiliki anggota legislatif yang disebut *tuha lapan*. Lembaga *mukim* juga diharapkan masuk menjadi bagian dari birokrasi resmi pemerintahan yang membawa beberapa buah gampong.

Kelembagaan adat ini di level provinsi, akan dipegang oleh sebuah lembaga yang disebut dengan Wali Nanggroe merupakan “kepemimpinan adat sebagai pemersatu masyarakat yang independen, berwibawa dan berwenang membina dan mengawasi penyelenggaraan kehidupan lembaga-lembaga adat, istiadat dan pemberian gelar/derajat dan upacara-upacara adat lainnya.

### III. Peluang dan Tantangan Peradilan Adat di Aceh dalam Memberikan Keadilan Bagi Perempuan dan Kaum Marjinal

Masyarakat yang berada di *gampong-gampong* di Aceh masih sering menggunakan lembaga adat dalam menyelesaikan sengketa-sengketa. Kalau ada masalah dan ternyata tidak dapat diselesaikan di antara kedua belah pihak paling sering masyarakat di *gampong* meminta bantuan *keuchik*<sup>17</sup> untuk menyelesaikannya. Prosedur penyelesaian sengketa *gampong* lebih mirip rekonsiliasi dari pada proses hukum formal. Tetapi harus diakui juga banyak masyarakat di desa terutama perempuan dan kaum marginal yang masih sangat percaya kepada penggunaan lembaga adat untuk menangani kasus-kasus sengketa. Mereka justru merasa lebih nyaman kalau kasus dibawah sistem pengadilan non formal.<sup>18</sup> Masyarakat miskin di *gampong* tidak punya pilihan tersebut, karena pada umumnya mereka tidak mampu membayar proses hukum formal yang lumayan mahal.

#### A. Pengertian Peradilan Adat

Pada saat mendengar istilah peradilan adat yang paling sering terbayang pada persepsi adalah suatu peradilan yang diselenggarakan di tingkat-tingkat *gampong* atau desa. Peradilan adat tersebut bertujuan menyelesaikan sengketa-sengketa menurut adat istiadat dan kebiasaan di lingkungan masyarakat itu sendiri. Atau boleh jadi ada juga yang terbayang pada hukum-hukum adat. Untuk sampai pada pengertian peradilan adat tersebut terlebih dahulu melihat tentang hukum adat. Saat ini hukum adat (*adatrecht*) di Indonesia telah menjadi sebuah objek studi para ahli dan telah dipraktekkan sejak zaman kekuasaan Belanda dan Jepang di Indonesia sebagai penjelasan sebelumnya.<sup>19</sup>

Tujuan peradilan adat<sup>20</sup> adalah untuk menyelesaikan masalah-masalah antar warga di tingkat desa. Namun, keputusan yang diambil secara adat tidak mempunyai kekuatan hukum secara formal. Misalnya kalau sepasang suami istri bercerai dalam peradilan adat, secara hukum adat, pasangan ini sudah resmi bercerai, namun karena hukum itu sendiri tidak mempunyai kekuatan hukum secara formal, maka masih diperlukan sebuah tahapan lain untuk mendapatkan legalitas formalnya.<sup>21</sup>

Istilah peradilan adat sekarang banyak kita dengar dari kalangan-kalangan MAA, dan beberapa LSM yang mempunyai program untuk pemberdayaan masyarakat tersebut. Sedangkan dalam kalangan masyarakat sendiri yang mempraktekkan mekanisme penyelesaian sengketa lewat lembaga peradilan adat ini tidak mengatakan menyelesaikan perkara lewat peradilan adat. Masyarakat mempunyai istilah sendiri seperti *pedame ureung* (mendamaikan orang), *peumat jaroe*, (bejabat tangan), *meudame* (berdamai).

Majelis Adat Aceh (MAA) merupakan lembaga yang pertama kali mempopulerkan peradilan adat dan menjadikan program kerja yang kemudian didukung oleh beberapa NGO lokal dan internasional. Dalam pemberdayaan lembaga peradilan adat mereka mempunyai program kerjanya masing-masing dan dengan pendekatan masing-masing pula. Oleh sebab itu istilah peradilan adat sekarang menjadi lebih dikenal untuk mereka yang meneliti adat dan sebagian kecil masyarakat umum sekarang juga mulai menyebutkan istilah tersebut. Namun dalam prakteknya lembaga peradilan adat masih berlangsung menurut kebiasaan dan tradisi masyarakat setempat. Meskipun banyak tokoh-tokoh adat sudah mengikuti training atau pelatihan tentang mekanisme tentang tata cara peradilan adat yang dijalankan

seperti halnya peradilan formal, namun dalam prakteknya masih berjalan sebagaimana biasanya.

Muhammad Umar dalam bukunya *Peradaban Aceh*<sup>22</sup> mengatakan peradilan adat adalah pengadilan adat merupakan pengadilan secara adat, pengadilan adat bukan melayani orang perkara, bukan mencari mana yang benar mana yang salah, tetapi ialah mengusahakan yang bertikai untuk berbaikan/berdamai. Penyelesaian perkara melalui lembaga adat merupakan penyelesaian perkara secara damai, untuk merukunkan para pihak yang berperkara dan memberikan sanksi adat setempat. Umar juga menambahkan, kalau dilihat dari sisi filosofisnya, peradilan adat memberikan nilai tambah bagi kehidupan masyarakat karena bisa tetap menjamin terjaganya keseimbangan kerukunan dan ketentraman masyarakat. Karena itu peradilan adat disebutkan juga sebagai peradilan perdamaian yang bertujuan untuk menyelesaikan berbagai sengketa dalam masyarakat yakni gampong dan mukim, majelis ini terdiri dari tokoh mukim dan tokoh gampong.<sup>23</sup>

Badruzzaman<sup>24</sup> menambahkan peradilan adat dalam konteks Aceh merupakan sesuatu yang sangat diinginkan oleh masyarakat Aceh dan merupakan lembaga yang murah dan secara psikologi dapat memuaskan. Hal ini disebabkan pengadilan adat berusaha mendamaikan, bukan mencari siapa yang salah dan yang benar. Bahkan hal tersebut dipertegas lagi dengan *hadih maja* Aceh dikenal sebuah ungkapan: *Hukom Lillah sumpah bek, Hukum adat ikat bek, Hukum ade pake bek, Hukom Meujroh Pake Bek*. Artinya berhukum dengan hukum Allah jangan ada sumpah, berhukum dengan hukum adat jangan diikat, hukum itu harus adil, dengan hukum perdamaian bisa ditegakkan dan beberapa *hadih maja* lain.<sup>25</sup>

## **B. Dasar Hukum Pelaksanaan Peradilan Adat di Aceh**

Pelaksanaan peradilan adat untuk Aceh kini didukung dengan sejumlah peraturan perundang-undangan. Berikut ini Undang-Undang, qanun dan persetujuan yang mengatur tentang pelaksanaan peradilan adat di Aceh khususnya beberapa kabupaten yang penulis teliti (Aceh Besar, Nagan Raya, Aceh Tenggara), yaitu:

1. Undang-Undang Nomor 44 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Aceh, pasal 3 dan 6 menegaskan bahwa dengan diberikan kewenangan untuk menghidupkan adat yang sesuai dengan syariat Islam.
2. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.
3. Peraturan Daerah (PERDA) Provinsi Aceh Nomor 7 tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Kehidupan Adat.
4. Qanun Aceh Nomor 4 Tahun 2003 tentang Pemerintahan Mukim dalam Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (NAD).
5. Qanun Aceh Nomor 5 Tahun 2003 tentang Pemerintahan Gampong dalam Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (NAD)
6. Qanun Nomor 9 Tahun 2008 tentang Pembinaan Kehidupan Adat dan Adat Istiadat serta Qanun Aceh Nomor 10 tahun 2008 tentang Lembaga Adat.
7. Qanun Aceh Besar Nomor 8 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Gampong.
8. Qanun Aceh Besar Nomor 10 Tahun 2007 tentang Tuha Peut Gampong.

9. Keputusan bersama antara kepolisian, gubernur, MAA, IAIN Ar-Raniry, Balai Syura dan Persatuan Wartawan Indonesia (PWI) tahun 2008. Dalam MoU tersebut menyebutkan: adakalanya proses pendekatan permasalahan kamtibmas dan kejahatan untuk mencari pemecahan masalah melalui upaya memahami masalah, analisa masalah, mengusulkan alternatif solusi dalam rangka menciptakan rasa aman, bukan berdasarkan hukum pidana tapi juga hukum-hukum adat.

Disamping peraturan yang telah disebutkan di atas, peluang besar yang dimiliki Aceh dalam melaksanakan peradilan adat juga didukung dengan adanya lembaga semi pemerintahan yaitu: Majelis Adat Aceh (MAA) dari tingkat provinsi sampai dengan MAA di tingkat kecamatan. MAA untuk tingkat provinsi disebut dengan MAA provinsi, MAA untuk tingkat kabupaten/kota disebut dengan MAA kabupaten/kota dan MAA untuk tingkat kecamatan disebut dengan MAA kecamatan.

### C. Perangkat Pelaksana Peradilan Adat

Penyelenggaraan peradilan adat baik di tingkat gampong maupun ditingkat *mukim* sangat tergantung pada suatu kasus di tingkat komunitas masyarakat baik di tingkat gampong maupun mukim. Dalam buku *Pedoman Peradilan Adat di Aceh*<sup>26</sup> yang diterbitkan oleh MAA Provinsi Aceh bekerjasama dengan UNDP Indonesia, Uni Eropa, APPS dan Bappenas, mencoba menawarkan mekanisme peradilan adat dijalankan seperti halnya peradilan formal.

#### 1) Pradilan Adat di Tingkat *Gampong*

Peradilan adat di tingkat gampong terdiri dari keuchik (kepala desa) sebagai ketua; sekretaris gampong sebagai panitera; *imum meunasah* dan *tuha peut* dan sebagai anggota, serta ulama, tokoh adat/cendikiawan lainnya di gampong yang bersangkutan (ahli di bidangnya) sesuai kebutuhan.

#### 2) Peradilan Adat di Tingkat *Mukim*

Sementara di tingkat mukim peradilan adat terdiri dari *imum mukim* sebagai ketua; Sekretaris mukim sebagai penitera; *tuha peut mukim* sebagai anggota, dan ulama, tokoh adat/cendikiawan lainnya sesuai dengan kebutuhan.

Dalam proses pelaksanaan peradilan adat yang berlangsung dalam masyarakat sebenarnya tidak terdapat perangkat peradilan/hakim peradilan yang jelas dan baku. Hal ini disebabkan peradilan adat yang dipraktekkan tidak mempunyai ketentuan yang baku, dan belum ada ketentuan hukumnya tertulis. Bahkan masih dijumpai di lapangan sekretaris desa yang seharusnya berperan sebagai panitera dalam peradilan adat yang tidak bisa baca tulis.<sup>27</sup>

Peradilan adat biasanya dipraktekkan di kalangan masyarakat dengan berbagai cara:

1. Diselesaikan sendiri antara pelaku yang bermasalah tanpa melibatkan unsur lain (menyelesaikan sendiri) dengan berdamai sendiri, misalnya dalam kasus tabrakan kecil. Kalau tidak melibatkan keluarga tidak ada proses *peusijuek*<sup>28</sup>
2. Diselesaikan dengan cara melibatkan antar keluarga yang bermasalah tanpa melibatkan orang lain atau unsur lain seperti *keuchik*, tanpa diselesaikan sesama keluarga yang

- bermasalah (secara kekeluargaan). Proses penyelesaian tergantung kasus, dan kesepakatan kedua keluarga kadang kala dengan *peusijuek* atau denda yang disepakati antar sesama keluarga yang bermasalah.
3. Adakalanya suatu masalah yang terjadi diselesaikan oleh orang cerdik pandai atau orang yang berpengaruh di suatu desa tanpa melibatkan perangkat desa secara formal.
  4. Dengan melibatkan perangkat desa atau disebut diselesaikan secara adat oleh *ureung tuha gampong*, bila suatu masalah sudah dilaporkan kepada perangkat desa, maka pihak perangkat gampong memanggil pihak yang bermasalah untuk diadili dan sanksi atau hukum yang diterima tergantung kesepakatan para perangkat ureung tuha gampong proses perdamaian diakhiri dengan *peusijuek*.
  5. Banding ke mukim, dengan melibatkan unsur mukim: bila suatu masalah tidak bisa diselesaikan di tingkat desa bisa dilakukan banding ke tingkat mukim, yang diselesaikan secara adat oleh para perangkat mukim.
  6. Peradilan adat juga bisa diselesaikan oleh lembaga-lembaga adat yang lain yang khusus, tergantung masalah yang terjadi. Misalnya masalah yang terjadi di laut akan diselesaikan oleh lembaga *panglima laot*. Masalah yang menyangkut masalah hutan juga akan diselesaikan oleh *pawang uteun* dan begitu juga dengan masalah yang terjadi di lahan bisa diselesaikan oleh *seneubok* (tokoh adat di bidang pertanian).

Dalam konteks Aceh sekarang yang sudah mempraktekkan (kembali) lembaga peradilan adat secara efektif adalah di wilayah lembaga *panglima laot*, sedangkan wilayah lembaga adat yang lain ternyata belum efektif berjalan. Dalam prakteknya sekarang, peradilan adat juga belum memiliki fungsionaris yang baku dan tetap. Dari beberapa pengamatan yang dilakukan pada beberapa lokasi penelitian maka dapat disimpulkan: *keuchik* biasanya dilibatkan apabila ada sidang *gampong* secara keseluruhan; *keujruen blang* menangani masalah yang berkaitan dengan persawahan dan sumber air sawah; *panglima laot* dipanggil apabila masalah berkaitan dengan kelautan dan perikanan. Sementara lembaga adat yang lain ternyata belum begitu berfungsi seperti *peutua seuneubok*, *harta peukan*, *shahbandar* dan lainnya.

Jika persoalan di tingkat *gampong* tidak selesai atau cakupannya lebih luas dari sebuah gampong, maka penyelesaiannya akan diberikan kepada *imum mukim*. Secara khusus *imum mukim* mempunyai wewenang untuk menyidangkan perkara banding yang datang dari keuchik di wilayahnya, menyidangkan perkara banding yang datang dari *keujruen blang*, menyidangkan perkara banding yang datang dari *haria peukan*, menyidangkan perkara banding yang datang dari *panglima laot*, menyidangkan perkara banding yang datang dari *imum meunasah*.<sup>29</sup> Namun, pada kenyataan lembaga peradilan adat di tingkat mukim belum berjalan karena mukim tidak punya anggaran sebagaimana halnya desa (*gampong*).



#### D. Wewenang Peradilan Adat

Suatu perkara akan diproses secara hukum adat di tingkat perangkat gampong dengan peradilan adat bila suatu kasus sudah dilaporkan pada perangkat adat bila suatu kasus sudah dilaporkan pada perangkat gampong baik kepada *keuchik*, *tuha peut*, *teungku imum* atau sekretaris *gampong* oleh yang terlibat. Biasanya tanpa laporan dari masyarakat pihak perangkat *gampong* tidak beraksi kecuali dalam masalah-masalah yang sangat mendesak atau krusial seperti pembunuhan, penganiayaan dan ketertiban umum lainnya. Namun, masalah keluarga seperti ahli waris, perkawinan dan masalah lainnya meskipun diketahui oleh pihak perangkat gampong jarang sekali langsung diproses, tapi terlebih dahulu menunggu laporan.

Bila suatu kasus tidak bisa lagi diselesaikan secara adat pihak *gampong* akan memberikan wewenang umumnya melalui hukum formal. Tetapi ternyata tidak semua masyarakat yang memiliki masalah (bersengketa) menunggu keputusan dari pihak *gampong*. Dalam masyarakat yang sudah tahu prosedur dan biasanya dari kalangan yang menengah ke atas bila ada masalah mereka memilih langsung memperkarakannya pada peradilan formal. Mereka beralasan untuk memperkarakannya pada peradilan formal karena legalitas hukumnya jelas. Tetapi juga pememilihan prosedur itu merupakan suatu kebanggaan tersendiri karena menandakan mereka memiliki cukup uang. Di dalam gampong, warga akan mendapat prestise (kebanggaan) bila suatu masalah sudah sampai ke pengadilan formal. Ini menandakan suatu kehebatan karena sudah diperkarakan di tingkat formal bukan hanya di tingkat gampong atau mukim saja.

Penjelasan dalam buku *Pedoman Peradilan Adat di Aceh*, MAA membatasi beberapa kasus yang menjadi kewenangan peradilan adat dan di luar wewenang peradilan adat, yaitu:

Tabel 1. Kewenangan Peradilan Adat di Aceh

Kewenangan Peradilan Adat	Di Luar Kewenangan Peradilan Adat
Pembatasan tanah	Pembunuhan
Pelanggaran dalam bersawah dan pertanian lainnya	Pemerksaan
Perselisihan antar keluarga	Narkoba, ganja dan sejenisnya
Wasiat	Pencurian berat
Fitnah	Subversif (membangkang terhadap negara)
Perkelahian	Penghinaan terhadap pemerintah yang sah
Perkawinan	Kecelakaan lalu lintas berat
Masalah pelepasan ternak	Penculikan
Kecelakaan lalu lintas (kecelakaan ringan)	Khalwat
Ketidakteragaman turun ke sawah	Perampokan bersenjata

Sumber : Penjelasan dalam Buku *Pedoman Peradilan Adat di Aceh*.

Menurut Qanun Nomor 9 tahun 2008 tentang Pembinaan Adat dan Adat Istiadat pasal 13 mengatakan sengketa/perselisihan adat dan adat istiadat meliputi berbagai persoalan yang terjadi dalam masyarakat dalam skala kecil atau persoalan antar warga. Antara lain masalah-masalah dalam rumah tangga, masalah pelanggaran Syariat Islam, perselisihan hak milik, pencurian ringan yang masih dapat ditangani oleh perangkat adat, sengketa di tempat kerja dan lain sebagainya. Qanun ini tidak membatasi kewenangan di luar peradilan adat. Karena dalam qanun ini tidak secara jelas membatasi masalah yang diselesaikan secara adat, maka tidak tertutup kemungkinan semua masalah yang terjadi dalam masyarakat bisa diselesaikan secara adat.

Apakah penyelesaian secara adat dibatasi atau tidak dalam prakteknya? sebagian besar masyarakat Aceh masih menjalankan tata cara seperti dahulu dalam menyelesaikan masalah dengan lembaga adat. Hal ini memang sangat berkaitan dengan preferensi individu yang bersangkutan dalam menyikapi masalah. Ini bisa dilihat misalnya dalam penyelesaian masalah kecelakaan telah diselesaikan secara kekeluargaan oleh perangkat adat di tingkat desa, namun bila ada warga yang tidak puas dan ia mempunyai cukup uang ia bisa saja memperkarakan kembali ke pengadilan formal. Sedangkan warga yang miskin dan tidak begitu tahu tentang hukum formal paling sering memilih cukup dengan peradilan adat di gampong saja.

Kalau ditanya kepada tokoh-tokoh ada sendiri, mereka ingin meluaskan kewenangan peradilan adat. Menurut salah seorang tokoh adat dari Aceh Besar, Nagan Raya, dan Aceh Tengah, dalam konteks budaya Aceh semua permasalahan sebenarnya bisa diselesaikan secara adat, karena kesemuanya telah pernah dipraktekkan dalam masyarakat Aceh.<sup>30</sup> Akan tetapi menurutnya sekarang pada saat lembaga adat ini mulai hendak diberdayakan lagi, banyak sekali pembatasan yang mesti diikuti. Sehingga ini dapat menghilangkan substansi dari peradilan adat itu sendiri. Padahal kalau diselesaikan menurut tatacara peradilan adat antar bertingklai akan kembali menjadi baik dan akan menjadi saudara. Berkaitan dengan wewenang adat, adat juga memiliki pembatasan wewenang dan pembatasan wewenang peradilan adat ini masih kurang jelas dan apakah suatu kasus akan di bawa ke peradilan adat atau ke peradilan formal sangat tergantung pada pilihan individu yang terlibat.

#### **E. Proses Penyelesaian Perkara**

Proses penyelesaian perkara peradilan adat tidak pernah membedakan kasus pidana atau pidana. Pihak perangkat desa akan berusaha menyelesaikan semua masalah desa akan berusaha menyelesaikan semua masalah yang dilaporkan pada perangkat desa. Meskipun dalam prakteknya sampai sekarang dalam peradilan adat di tingkat desa cara penyelesaian sengketa pidana dan perdata belum dibedakan, buku *Pedoman Peradilan Adat di Aceh* telah membedakan tata cara penyelesaian sengketa dan pidana. Menurut buku pedoman ini penyelesaian sengketa perdata/pidana mulai dengan menerima pengaduan dan proses selanjutnya adalah sidang persiapan, penelusuran duduk sengketa, sidang persiapan putusan, penawaran alternatif, rapat pengambilan keputusan dan yang terakhir pelaksanaan keputusan.

Sementara penyelesaian perkara yang bersifat pidana prosesnya berbeda: setelah menerima laporan, tokoh peradilan mengamankan para pihak, melakukan penanganan khusus untuk perempuan dan anak-anak, mengkonduksifkan suasana damai terutama pada

pihak keluarga yang dirugikan dan dalam pelaksanaan putusan mengadakan *peusijuek* untuk mengembalikan kerukunan.

Disamping adanya perbedaan antara perkara kasus pidana dan perkara perdata, juga perlu adanya kelengkapan administrasi dalam proses pelaksanaan peradilan adat. Alasan yang dikasih untuk kewajiban ini adalah bahwa di zaman yang semakin modern ini, administrasi peradilan gampong/mukim semakin dibutuhkan. Pembukuan setiap peristiwa dan pengumpulan data tentang kasus tersebut harus dilakukan untuk membuktikan bahwa apa yang pernah dilakukan benar terjadi dan tidak terbantahkan lagi.

Kelengkapan administrasi minimal yang harus ada dalam setiap peradilan adat di *gampong/mukim* adalah :

1. Buku registrasi yang berfungsi untuk mencatat setiap laporan dari masyarakat tentang adanya sengketa/perkara yang terjadi dan diminta untuk diselesaikan secara adat di gampong.
2. Lembaran berita acara, yang dibuat untuk mencatat segala yang mengemuka yang muncul dalam proses persidangan. Segala data atau keterangan sedetil mungkin harus tercatat dalam berita acar, baik keterangan dari pihak saksi-saksi, alat bukti, maupun pertimbangan para majelis peradilan.
3. Buku induk perkara, yang berisikan hal-hal pokok dari keseluruhan penyelesaian perkara. Buku ini diperlukan untuk memudahkan menemukan sengketa-sengketa yang pernah diselesaikan. Buku ini mencatat semua kasus yang pernah ditangani, karena itu cukup satu buku untuk satu desa/mukim.
4. Lembaran keputusan perkara, merupakan surat keputusan yang lembaga yang dikeluarkan oleh pihak peradilan adat di desa tentang suatu perkara yang dilengkapi dengan nomor.

Namun, dalam praktek ternyata proses penyelesaian perkara masih belum sesuai dengan cara yang dilatihkan oleh MAA. Masyarakat yang diwawancarai mengakui bahwa proses penyelesaian perkara masih belum dilengkapi dengan administrasi yang berupa buku catatan perkara. Dengan alasan di desa prosedur baru itu belum dijalankan, dengan alasan belum perlu dan warga masih mengikuti segala keputusan yang dikeluarkan perangkat desa tanpa tertulis hitam di atas putih. Kebiasaan lama masih juga dilihat dalam tata letak persidangan, yang belum diatur seperti peradilan formal tetapi seperti rapat gampong yang biasa. Demikian juga halnya dalam masalah peran perempuan: meskipun dalam pelatihan maupun buku pedoman yang dibuat oleh MAA selalu diarahkan untuk diikutsertakan pihak perempuan, dalam praktek perempuan masih tetap merupakan hal yang tabu untuk diikutsertakan kecuali kalau perempuan tersebut dipanggil sebagai saksi.

## **F. Keputusan Peradilan Adat**

Keputusan peradilan adat sangat beragam. Keputusan-keputusan bisa bervariasi antara satu kasus dengan kasus yang lain meskipun jenis kasusnya sama. Selain itu keputusan-keputusan itu juga sangat bervariasi antara satu tempat dengan tempat yang lain. Beberapa jenis-jenis sanksi yang biasa dijatuhkan dalam peradilan adat di Aceh adalah diantaranya sebagai berikut:

#### 1. Nasihat

Keputusan ini bukan berupa sebuah denda yang diberikan kepada pelaku namun hanya kata-kata nasihat atau wejangan yang diberikan oleh tokoh adat kepada si pelaku atau yang melakukan kesalahan. Keputusan nasihat diberikan dalam kasus-kasus ringan, misalnya adanya permasalahan fitnah dan gosip yang tidak ada buktinya atau pertengkaran mulut antara warga karena masalah kecil.

#### 2. Teguran

Hampir sama dengan nasehat, teguran diberikan oleh pihak yang mengadili (perangkat desa/mukim) kepada yang melakukan kekhilapan.

#### 3. Permintaan maaf

Keputusan permintaan maaf sangat tergantung kepada kasus. Dalam kasus yang bersifat pribadi, permintaan maaf juga dilakukan oleh seorang yang bersalah kepada korbannya secara langsung secara pribadi. Namun adakalanya permintaan maaf dilakukan secara umum karena melanggar ketertipan umum. Misalnya orang yang berkhalwat (bersunyi-nyusian antara dua orang berlainan jenis) di suatu desa, menurut warga desa ia harus minta maaf karena sudah mengotori desa.

#### 4. Diyat

Dalam sanksi ini pelaku membayar denda kepada korban sesuai dengan kasus atau masalah yang terjadi. Dalam kasus yang menyebabkan keluarnya darah atau meninggal dunia, maka hukuman dan denda dinamakan dengan diyat. Diyat dilakukan dengan membayar uang atau terhantung keputusan *ureung tuha gampong* (peradilan adat).

#### 5. Denda

Hukuman denda dijatuhkan sesuai dengan kasus yang terjadi. Denda juga bisa digantikan dengan wujud tidak mendapatkan pelayanan dari perangkat desa selama waktu yang tertentu.

#### 6. Ganti Rugi

Hampir sama dengan denda, ganti rugi biasanya dijatuhkan pada kasus pencurian dan atau tabrakan.

#### 7. Dikucilkan

Hukuman bisa juga diberikan oleh warga desa kepada seseorang yang sering membuat masalah di suatu desa. Misalnya seseorang yang tidak pernah ikut gotong royong, tidak pernah ikut rapat, tidak pernah ikut dalam kegiatan orang meninggal dan pesta perkawinan di desa, maka ia akan dikucilkan. Artinya, jika ia mengalami masalah dan atau ada memiliki hajatan maka masyarakat tidak peduli dan tidak membantu orang tersebut mengatasi masalah.

#### 8. Dikeluarkan dari *Gampong*

Seorang yang melanggar adat bisa juga dikeluarkan dari *gampong* oleh masyarakat. Hal ini terjadi bila seseorang mempunyai perangai seperti yang disebutkan sebelumnya ditambah lagi ada melakukan pekerjaan yang mengotori desa (mencemarkan nama baik desa).

#### 9. Pencabutan Gelar Adat

Hal ini dilakukan bila perangkat adat di desa terbukti melawan hukum adat. Misalnya kalau seorang *teungku meunasah* terbukti melakukan khalwat ia akan langsung dicabut gelar *teungku* dan tidak berhak lagi memimpin upacara keagamaan.

#### 10. *Toep Meunalee*

Sanksi ini dikenakan kepada seseorang yang menuduh tanpa adanya bukti. Maka orang yang menuduh, karena sudah mencemarkan nama baik orang yang dituduh, ia harus membayar denda dengan nama *toep meunalee* (menutup malu).

### **IV. LANGKAH-LANGKAH STRATEGIS UNTUK MENJADIKAN PARADILAN ADAT MAMPU MEMBERIKAN KEADILAN BAGI PEREMPUAN DAN KAUM MARJINAL**

Tidak bisa dipungkiri bahwa daerah Aceh sebenarnya merupakan daerah yang diuntungkan dari beragam pemberdayaan dilakukan baik oleh pihak pemerintah maupun non pemerintahan pasca tsunami. Termasuk di dalamnya masalah pemberdayaan di bidang adat (peradilan adat). Dalam pengamatan penulis beberapa strategi yang dapat digunakan untuk menjadikan peradilan adat tetap memberikan keadilan bagi perempuan dan kaum marjinal. Diantaranya, yaitu:

#### 1. Melakukan Sosialisasi Peradilan Adat

Adanya kecenderungan masyarakat Aceh untuk melakukan proses melalui peradilan formal bila menghadapi masalah (kasus) akhir-akhir ini menunjukkan bahwa masyarakat belum begitu mengenal kewenangan yang dimiliki oleh peradilan adat karena itu sosialisasi baik melalui buku, brosur dan komunikasi terbuka (seminar dan lokakarya) masih sangat diperlukan untuk menjadikan peradilan adat ini membumi di Aceh.

#### 2. Penguatan Kapasitas Personel dan Kelembagaan Peradilan Adat.

Sesuai dengan penjelasan sebelumnya bahwa masih sering ditemukan dalam pelaksanaan proses peradilan adat baik ditingkat *gampong* dan *mukim* tidak tertip administrasi misalnya belum dilengkapi dengan catatan berupa buku catatan perkara (tidak mencatat), contoh ini bisa dihindari bila terus menerus dilakukan penguatan kapasitas personel dan kelembagaan peradilan adat secara berkala dengan sistem yang baik tentunya. Juga masih adanya sekretaris desa yang berangkap sebagai panitera dalam proses peradilan adat yang tidak pandai membaca dan munulis, tentu kasus ini menjadi pekerjaan rumah (PR) dalam kerangka penguatan kapasitas personel dan kelembagaan peradilan adat. Penguatan kapasitas personel ini sangat penting untuk memberikan ruang gerak perhatian bagi perempuan dan kaum marginal di Aceh untuk dapat lebih diperhatikan atau berperan aktif (actor) dalam pelaksanaan proses peradilan adat di tingkat desa dan *mukim*.

Berkaitan dengan kelembagaan peradilan adat juga memerlukan beberapa penajaman terhadap qanun yang ada, baik qanun yang telah ditetapkan di provinsi maupun qanun di tingkat kabupaten/kota. Bahkan dari hasil pengamatan penulis masih banyak kabupaten/kota yang belum mengeluarkan qanun sebagai aturan pelaksana (juklak) dan aturan teknis (juknis) dalam pelaksanaan peradilan adat sesuai dengan kabupaten/kotanya sendiri ataupun dukungan atas qanun provinsi yang telah ada, seperti yang telah diketahui

bahwa kasus yang terjadi dan keputusan untuk menyelesaikan kasus itu sifat dan karakteristiknya beragam sesuai dengan karakteristik daerah (kabupaten/kota)nya karena itu qanun kabupaten/kota sebagai pendukung terhadap qanun yang sudah ada sangat diperlukan.

### 3. Membangun Kerjasama Antar Lembaga

Strategi ini dapat dilakukan dengan membuat forum kemitraan misalnya seperti Forum Kemitraan Polisi Masyarakat (FKPM) antara polisi dan *gampong/mukim*. Artinya masalah yang muncul di *gampong* tidak perlu langsung dilapor ke pengadilan atau kantor polisi, tetapi masyarakat akan dibantu polisi terlebih dahulu memecahkan masalah tersebut melalui forum *tuha peut* dan perangkat adat lainnya di *gampong/desa*. Bisa juga dilakukan kerjasama dengan lembaga lain misalnya dengan lembaga peradilan formal.

Disamping itu, sering terjadi dilapangan mengecilkan keputusan adat atau pelompatan setiap kasus tanpa terlebih dahulu diselesaikan di tingkat peradilan adat (*gampong/mukim*). Karena itu, sangat diperlukan pemberdayaan lembaga peradilan adat secara menyeluruh bukan secara parsial atau secara sepihak dan tidak ada saling koordinasi. Seandainya saja antara peradilan adat dan peradilan formal memiliki kerjasama yang baik, maka bisa saja kasus kecil yang dinaikkan dalam proses peradilan formal dibatalkan dan direkomendasikan untuk diselesaikan terlebih dahulu di tingkat desa atau mukim. Maka akan bangkit barwah (*wibawa*) peradilan adat dan eksistensi peradilan adat akan lebih kuat. Ini senada dengan adagium "*hukom ngen adat lagee zat ngen sifeut*" artinya hukum dengan adat seperti zat dan sifat, lebih terasa.

### 4. Komitmen dan Keseriusan Pemerintah Aceh/Daerah dalam Mendukung Pelaksanaan Peradilan Adat

Salah satu langkah strategis penting yang diperlukan untuk menjadikan lembaga peradilan adat tetap eksis dan memperhatikan kepentingan perempuan dan kaum marjinal di Aceh adalah perlunya komitmen dan keseriusan Pemerintah Aceh dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota baik dari segi penganggaran sarana dan prasarana menunjang untuk kesuksesan pelaksanaan lembaga peradilan adat ini. Masih ditemui di beberapa kabupaten/kota lembaga Majelis Adat Aceh (MAA) kabupaten dan kota hanya dialokasi anggaran yang sangat minim hanya cukup untuk biaya honor tenaga di kantor MAA dan biaya ATK kantor. Bagaimana lembaga MAA yang merupakan ujung tumbang pelaksanaan peradilan adat bekerja secara maksimal sampai di tingkat desa-desa bila tidak didukung dengan sistem anggaran yang baik. Untuk itu komitmen dan keseriusan para kepala daerah sangat dibutuhkan dalam mendukung peradilan adat di Aceh baik dalam bentuk alokasi dana, sarana prasarana maupun peraturan pendukung terutama untuk memberikan keadilan bagi perempuan dan kaum marjinal.

## V. Kesimpulan

Peradilan Adat di Aceh merupakan salah satu kearifan lokal yang dimiliki Aceh sejak zaman kolonial Belanda. Peradilan adat di Aceh memiliki pasang surut *dalam pusaran kebijakan secara nasional maupun kedaerahan*, sama dengan pelaksanaan adat secara umum di Indonesia. Masyarakat Aceh tanpa disadari sesungguhnya sering melakukan pemecahan masalah secara tradisional (pengadilan adat). Peradilan adat merupakan salah satu media bagi perempuan dan kaum marjinal untuk mendapatkan keadilan. Namun, dalam proses peradilan adat juga masih sering ditemukan bias terutama bagi kaum perempuan dan marjinal. Hal ini disebabkan beberapa faktor diantaranya: perangkat adat di *gampong* yang melaksanakan peradilan adat belum ada keterwakilan perempuan; bila ada kasus yang diselesaikan secara adat pihak perempuan jarang dilibatkan; dan kaum perempuan dan kaum marjinal jarang yang diikutsertakan dalam proses peradilan, biasanya diwakilkan oleh walinya, kecuali sebagai saksi.

Peluang yang dimiliki peradilan adat di Aceh untuk memberikan keadilan bagi perempuan cukup besar karena adanya dukungan masyarakat, tradisi kebudayaan yang kental akan nilai-nilai keislaman; adanya dukungan peraturan baik dalam bentuk Undang-Undang (Undang-Undang No.11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh) maupun beberapa qanun pendukung lainnya; dan adanya lembaga semi pemerintahan, yaitu: Majelis Adat Aceh (MAA). Sementara kelemahan yang dihadapi peradilan adat di Aceh, yaitu: masih kurangnya pengakuan negara/daerah terhadap eksistensinya; mulai berkurangnya kepercayaan masyarakat; dan kecenderungan masyarakat pada alternatif penyelesaian hukum yang lain.

Untuk menjadikan peradilan adat di Aceh dapat memberikan keadilan bagi perempuan dan kaum marjinal maka sangat memerlukan beberapa langkah strategis yang perlu diterapkan yaitu dengan cara melakukan sosialisasi peradilan adat, penguatan kapasitas personel dan kelembagaan peradilan adat, membangun kerjasama antar lembaga, dan komitmen serta keseriusan pemerintah/pemerintah daerah dalam mendukung peradilan adat di Aceh baik dalam bentuk alokasi dana, sarana prasarana maupun peraturan pendukung terutama untuk memberikan keadilan bagi perempuan dan kaum marjinal.

## Daftar Pustaka

- Abdurrahman, 2009. *Pelaksanaan Peradilan Adat dan Penerapan Hukumnya*, Makalah disampaikan pada seminar Pelatihan Adat tanggal 2-3 dan 5-6 Juni 2009.
- Acciaioli, Greg, 1985, *Culture as Art: From Practice to Spectacle in Indonesia*, Canberra Anthropology Vo.8.
- Avonius, Leena dan Sehat Ihsan Shadiqin, 2010. *Adat dalam Dinamika Politik di Aceh*, Banda Aceh: ICAIOS.
- Bourchier, David, 2001. *Conservative Political Ideology In Indonesia: A Fourth Wave?* "dalam Grayson Lioyd dan Shannon Smith, *Indonesia Today, Challenges of History*, Singapore: Institute of Southeast Asian Studies.
- Bushar, Muhammad, 2003, *Azas-azas Hukum Adat (Suatu Pengantar)*, Jakarta: Pradnya Pratama.

- Davidson S, James, 2007. *Culture and rights in ethnic violence* dalam James S Davidson dan David Henley: *The Revival of Tradition in Indonesian Politict The Deployment Of Adat From Colonialism*. New York: Routledge.
- Fasseur C., 2007. *Colonial dilemma: Van Vollenhoven and the struggle between adat law and western law in Indonesia*” dalam James S Davidson, *The Revival of Tradition in Indonesian Politict The Deployment Of Adat From Colonialism*. New York: Routledge
- Hadi, Abdul, 2005, *Aceh Kembali ke Masa Depan*, Jakarta: Yayasan SET Gudang Garam.
- Hasan, Saleh, 1992, *Mengapa Aceh Bergolak*, Jakarta: Grafiti.
- Mardani, Muhammad, 2009. *Hukum Acara Perdata-Perdata Peradilan Agama*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Majelis Adat Aceh Kabupaten Aceh Utara, 2005, *Peran Adat Aceh sebagai alat Pemersatu dalam Masyarakat (Ditinjau dari Sudut Pandangan Cendikiawan)*, MAA Kabupaten Aceh Utara: Lhokseumawe.
- MAA Aceh, 2008. *Pedoman Peradilan Adat di Aceh untuk Peradilan Adat yang Adil dan Akuntabel*, MAA Aceh: Aceh.
- Warren, Carol, 1991, *Adat and Dinas: Village and State in Contemporary Bali*, Di Geertz, Hildred: *State and Society in Bali*. Leiden:KITLV Press.
- Umar, Muhammad, 2006, *Peradaban Aceh (Tamadun) I*, Banda Aceh: Buboen Jaya.



## **Mendekatkan Kembali Pengadilan Adat (Jalan Panjang Perubahan Kerangka Epistemologi Hukum Nasional)**

**Tody Sasmitha**

### **I. Hukum Adat dan Logosentrisme Hukum Nasional**

Persoalan epistemologis yang dihadapi sistem hukum negara saat ini adalah dominasi rasionalisme dan positivisme yang hadir sebagai ukuran kebenaran tertinggi (*logos*) dalam lembaga-lembaga hukum milik negara. Tanpa adanya perubahan terhadap landasan kesadaran dan pengetahuan pada bangunan hukum nasional tersebut, akses terhadap keadilan masih akan terjebak pada batasan-batasan rasionalitas *ala* hukum modern.

Perkembangan paling penting dalam suatu negara modern terletak pada rasionalitas arsitekturnya yang membentuk sentralisasi kekuasaan dengan menghancurkan otonomi dari komunitas-komunitas lokal yang telah terbentuk pada masa pra negara modern (Satjipto Rahardjo, 2004 : 37). Akibatnya tatanan norma yang telah berkembang sebelum lahirnya hukum negara ditempatkan pada urutan ke-sekian dibandingkan dengan peraturan perundang-undangan yang dibentuk sebagai jejaring sentralisasi kekuasaan. Sentralisme hukum modern membawa serta logosentrisme sebagai turunannya.

Pembentukan sistem hukum modern, sejak hadirnya kolonialisme di negeri ini, tidak hanya membawa pencerahan bagi Bangsa Indonesia untuk melangkah ke tahapan yang lebih beradab –setidaknya pembenaran tersebut yang sering dilontarkan para modernis–melainkan juga menghapuskan kemajemukan logika dan pemikiran bangsa melalui gerakan rasionalisasi yang memengaruhi batin sanubari Bangsa Indonesia.

Sebelum membahas logosentrisme sebagai arus utama bangunan hukum di Indonesia, menarik kiranya melihat pandangan mengenai karakteristik masyarakat Indonesia, yang diungkapkan dengan keras oleh Mochtar Lubis sebagai berikut:<sup>31</sup>

Sistem feodal kita di masa lampau yang begitu menekan rakyat dan menindas segala inisiatif rakyat, adalah sumber dari hipokrisi yang dahsyat ini. Kemudian datang berbagai agama, yang meskipun datang membawa nilai-nilai yang memperkaya kehidupan jiwa manusia Indonesia, akan tetapi di berbagai daerah, karena caranya datang memakai paksaan dan kekerasan, atau datang sebagai sekutu kekuasaan penjajah, maka ia pun datang tidak sepenuhnya dan dimana-mana diterima sebagai satu unsur atau kekuatan pembebasan manusia Indonesia. (Mochtar Lubis, 2008 : 18).

Mochtar Lubis menyerang dunia batin manusia Indonesia dengan sebutan hipokrit yang dianggapnya sebagai warisan kolonial yang meruntuhkan keberanian untuk berpikir apalagi memiliki pendapat yang berbeda dengan pendapat kekuasaan. Perginya pemerintah kolonial dari tanah jajahannya tidak serta-merta menghapus hegemoni kebudayaan feodal yang selama menjadi penyakit bangsa. Kebudayaan dan mental manusia Indonesia senantiasa sarat dengan simbol-simbol pengukuhan terhadap sifat-sifat tersebut. Salah satu simbol yang dibentuk untuk mengukuhkan kemunafikan dan sifat feodal tersebut adalah institusi hukum.

Sejarah mencatat bahwa usaha pengukuhan terhadap hukum sebagai sarana untuk melanggengkan paham hipokrit dan feodal dalam masyarakat Indonesia, telah ada sebelum Belanda masuk ke Indonesia. Sejak jaman kerajaan Hindu, raja yang berkuasa dianggap sebagai penjelmaan dewata yang turun ke bumi, sehingga apa yang dikatakan dan dilakukan oleh seorang raja merupakan sebuah kebenaran mutlak tak terbantahkan. Begitu juga peraturan yang dikeluarkan oleh raja, dianggap sebagai titah Sang Kuasa.

Kondisi ini masih berlanjut ketika Islam masuk ke Indonesia. Pada masa itu kerajaan-kerajaan sebagai simbol hegemoni feodalisme masih dipertahankan melalui afirmasi dari para pemuka agama. Kekuasaan kalangan istana mungkin semakin berkurang, namun muncul struktur kekuasaan baru yang dipimpin para tokoh agama tersebut. Penjajahan yang dilakukan oleh kaum kolonial di Indonesia semakin menegaskan ketertundukan rakyat terhadap penguasanya. Dalam bentuknya yang paling beradab, sentralisme dan feodalisme diterjemahkan ke dalam peraturan tertulis. Prinsip-prinsip kepastian hukum dan unifikasi hukum digunakan sebagai alat pembenar untuk melanggengkan kekuasaan kolonial di atas tanah jajahan mereka (Mochtar Lubis, 2008 : 13).

Logosentrisme merupakan kecenderungan sistem pemikiran yang mencari legitimasinya dengan mengacu pada dalil-dalil kebenaran universal atau jaminan makna sentral dan orisinal (Anthon F. Susanto, 2010: xii). Yasraf Amir Piliang memandang logosentrisme sebagai:

klaim akan adanya hakikat atau kebenaran yang pasti benar yang melandasi pikiran, bahasa dan tindak tanduk (bernegara dan berbangsa). Setiap pemikiran dan tindakan seolah-olah harus selalu didudukkan pada fondasi kebenaran yang kebal tersebut, yang di atasnya seluruh hierarki makna dan realitas sosial dibangun. (Yasraf Amir Piliang, 2003 : 123).

Logosentrisme hukum modern mendorong terciptanya logika tunggal sebagai satu-satunya nilai dan kebenaran bagi pembentukan hukum. Rasionalisasi dan unifikasi hukum dengan standar operasional prosedur yang ketat adalah produknya. Logosentrisme hukum dikukuhkan melalui konstruksi oposisi biner (*binary opposition*) sebagai pasangan konsep yang sengaja dibentuk dalam hubungannya untuk saling bertentangan. Pertentangan tersebut pada akhirnya digunakan sebagai rekayasa sosial untuk mempertahankan *status quo* kekuasaan.

Oposisi biner menghilangkan kemungkinan bagi kemajemukan hukum dapat berjalan secara harmonis. Logika hukum produk kekuasaan diakui sebagai kebenaran tunggal. Maka kemudian muncul istilah hukum informal sebagai lawan dari hukum formal (negara). Unifikasi menjadi lawan dari kemajemukan hukum, dan kepastian hukum adalah kutub yang berseberangan dengan ketidakpastian. Hukum adat maupun keputusan-keputusan yang dilahirkan lembaga adat, baik sadar ataupun tidak, dikonstruksikan untuk masuk ke dalam pertentangan tersebut. Segala yang berbau adat dan informal adalah oposisi biner dari hukum negara.

Peraturan-peraturan mengenai hukum dan masyarakat adat seolah menunjukkan pertentangan tersebut. Contoh paling nyata terlihat dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 hasil amandemen ke-II yang menyebutkan:

Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

Frase "*sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang*" seolah menunjukkan bahwa pemerintah secara tidak langsung mengambil jarak yang berseberangan dengan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya. Kuat terkesan unsur penegasan dan klaim atas kekuasaan oleh pihak yang berposisi sebagai negara terhadap pihak yang berposisi sebagai kesatuan masyarakat hukum adat. Sebagaimana juga dapat dilihat dari pasal 1 angka 6 UU No. 41 Tahun 1999 tentang kehutanan yang menyatakan "*hutan adat adalah hutan negara yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat*"

Pengakuan negara atas masyarakat hukum adat dan segenap haknya pada akhirnya merupakan sebuah pengakuan bersyarat. Tersirat sikap bahwa hukum adat adalah "pihak yang lain" di luar masyarakat negara, yang sepanjang masih hidup dan sesuai perkembangan jaman dijamin keberadaannya oleh pemerintah. Pengakuan bersyarat tersebut justru cenderung menjadi sebuah penyangkalan terselubung yang dilakukan melalui konstruksi wacana dalam oposisi biner.

Otonomi daerah yang digadang-gadang membawa angin segar bagi pembentukan hukum yang berbasis kepentingan masyarakat lokal juga masih terjebak pada wilayah legal formal semata dan belum menyentuh aspek paling dasar dari sebuah kemandirian sistem hukum, yaitu kemandirian nilai dan logika. Pembentukan hukum daerah-daerah di Indonesia masih bersandar pada "Logika Jakarta" sebagai acuan utama. Dampaknya, meskipun peraturan dibuat dan diterapkan di daerah, sentralisme nilai dalam hukum masih mendominasi produk hukum yang dihasilkan. Pada titik ini, peraturan hukum tidak muncul dari tatanan nilai dan norma yang tumbuh di masyarakat, namun justru sebaliknya, tatanan nilai dan norma dalam masyarakatlah yang dibentuk oleh hukum positif yang dikeluarkan penguasa.

Konfigurasi hukum yang diciptakan di atas landasan logesentrisme cenderung mematikan kemungkinan adanya nilai-nilai selain yang telah ditentukan sebagai kebenaran bersama. Sebagai sebuah sistem, konstruksi hukum nasional yang dibangun berdasarkan mazhab Eropa Kontinental justru melebarkan jurang keterpisahannya dengan identitas bangsa Indonesia melalui rasionalisasi dan unifikasi hukum.

Mazhab Eropa Kontinental mengutamakan penalaran deduktif sebagaimana yang dikembangkan oleh aliran legisme (*Wettelijk Positivisme*). Undang-undang (peraturan tertulis) adalah satu-satunya sumber hukum, dan tidak ada hukum diluar undang-undang. Hukum kebiasaan hanya ada, apabila diperbolehkan oleh hukum tertulis (undang-undang).

Tidak adanya hukum diluar undang-undang menyebabkan kedudukan pengadilan hanya bersifat pasif. Pengadilan (hakim) hanya merupakan corong undang-undang<sup>32</sup> yang bertugas memasukan segala sesuatu yang kongkret ke dalam peraturan perundang-undangan melalui jalan silogisme hukum, dengan metode deduksi yang logis. Suatu kajian

yang memberikan pandangan terhadap aliran legisme ini adalah Achmad Sanusi yang menyatakan bahwa,

Pendapat aliran legisme itu adalah bersifat normatif, bukan positif, dan hanya sebagian saja ia menemukan kebenarannya, yaitu sepanjang dan dalam hal-hal yang memang telah ada pengaturan undang-undangnya, baik ia termasuk hukum negara, hukum pidana ataupun hukum perdata, lebih-lebih tentunya dalam cabang-cabang hukum yang sudah dikodifikasikan. Kebaikan ajaran ini terletak pada kehendak, maksud dan tujuannya untuk mencapai sebanyak-banyaknya kepastian hukum, untuk dapat memberikan jaminan yang maksimal terhadap hak-hak perseorangan untuk menghindarkan dari tindakan sewenang-wenang dari orang-orang yang kuat ataupun dari alat-alat penguasa. (Achmad Sanusi, 2002 : 89).

Lebih Lanjut, Achmad Sanusi juga mengkritisi konsep aliran legisme dengan menyatakan:

Tentang segi-segi kelemahan pendapat aliran ini, lihatlah aturan-aturan hukum persetujuan (perjanjian-pen) itu, karena kebiasaan itu, karena adat itu karena ia memang benar-benar tertancap sebagai kesadaran hukum yang berkepentingan dan/atau sebagian terbesar masyarakat. Malahan hukum kebiasaan kadang-kadang dapat meniadakan undang-undang, apabila ia dikuatkan dengan putusan pengadilan. (Achmad Sanusi, 2002 : 89).

Legisme pada akhirnya menimbulkan usaha untuk melakukan unifikasi dan kodifikasi terhadap kaidah-kaidah yang ada pada suatu negara. Hukum adalah dan seharusnya merupakan hukum negara, yang berlaku sama bagi semua orang, dan memiliki kedudukan yang lebih tinggi dibandingkan tatanan normatif lainnya di dalam masyarakat (John Griffiths, 1986 : 3). Melalui kodifikasi hukum negara dapat disatukan dalam sebuah standar komprehensif yang mendukung *rechtseenheid* (kesatuan hukum) dan *rechtszakerheid* (kepastian hukum), (R. Soeroso, 2004 : 77).

Meskipun UUD 1945 dan perangkat peraturan perundang-undangan di bawahnya mengakui hukum adat sebagai bagian dari hukum nasional yang patut dipertimbangkan, kita perlu secara jujur mengakui bahwa hukum adat, sampai saat ini, belum mampu menjadi arus utama dalam pembangunan hukum nasional. Peraturan perundang-undangan yang ada baru sampai pada tahap pengakuan artifisial terhadap sebagian kecil nilai-nilai yang dibawa hukum adat, yang kemudian diformalisasikan ke dalam pasal-pasal pada peraturan hukum. Namun sebagai sebuah sistem, hukum adat tidak memiliki pengaruh yang signifikan untuk menjadi identitas hukum bangsa Indonesia.

Berbagai pembenaran kerap muncul untuk mengesampingkan hukum adat dari bangunan sistem hukum nasional. Ketidakpastian hukum merupakan salah satu pembenaran yang paling sering dikemukakan. Hukum adat di satu sisi diakui sebagai hukum yang dinamis dan berkembang mengikuti perkembangan masyarakat, sementara di sisi lain sifat dinamis tersebut membawa hukum adat pada ranah ketidakpastian. Hukum, dalam pandangan modern, haruslah merupakan bangunan yang kokoh dan menjamin kepastian bagi setiap pencari keadilan. Atas dasar itulah undang-undang dan setiap perangkat hukum

lainnya dibentuk. Seperti pada sengketa hukum yang masuk ke pengadilan, hakim hanya bertugas untuk menerjemahkan undang-undang ke dalam peristiwa konkret yang menuntut penyelesaian.

## II. Menggali Kembali Wibawa Hukum dan Pengadilan Adat

Upaya revitalisasi pengadilan adat mustahil dapat dilakukan apabila hukum adat yang menjadi dasarnya tidak memiliki posisi tawar yang berwibawa dalam hukum nasional. Bahwa hukum adat hingga saat ini masih diterapkan oleh masyarakat Indonesia adalah suatu persoalan yang lain. Tanpa adanya usaha untuk melepaskan hukum adat dari konstruksi oposisi biner, pengadilan adat sebagai lembaga hukum, sampai kapanpun hanya akan menjadi *trial by the people* atau pengadilan jalanan, tanpa pernah mampu menjadi pemain utama dalam konfigurasi sistem hukum Indonesia.

Hukum adat merupakan kristalisasi kesadaran kolektif bangsa yang tidak lahir dari teori-teori maupun perdebatan-perdebatan dalam gedung dewan. Kekuatan berlaku hukum adat tidak berasal dari mekanisme legal formal, melainkan tumbuh dan berkembang melalui afirmasi masyarakat ditempatnya berada. Perilaku masyarakat baik secara sadar maupun tidak sadar menciptakan norma-norma sosial sebagai peredam konflik. Gangguan terhadap keseimbangan dalam kelompok masyarakat harus dipulihkan sedemikian rupa ke keadaan semula (*restitutio in integrum*), (Sudikno Mertokusumo, 2003 : 3). Melalui keseimbangan itu tercipta tatanan masyarakat yang harmonis, tentram dan aman sebagaimana yang diharapkan oleh manusia.

Repetisi perilaku tersebut memiliki kekuatan normatif yang mengikat orang lain pula untuk melakukan hal yang sama. Hal tersebut didasarkan atas keyakinan atau kesadaran, bahwa hal itu memang patut dilakukan; bahwa itulah yang adat (*die normative Kraft des Faktischen*), (Sudikno Mertokusumo, 2003 : 104). Kekuatan normatif dari keberlanjutan perilaku tersebut menjadi basis bagi dipatuhinya putusan pengadilan adat di masyarakat, sekaligus juga menjadi anasir pembeda dari kekuatan mengikat yang dimiliki oleh putusan pada pengadilan negara. Kebiasaan dalam lingkungan masyarakat tertentu adalah suatu kenyataan yang dapat dilihat, dikonstantir oleh hakim adat sebagai suatu peristiwa dan kemudian dirumuskan sebagai peraturan hukum. Kondisi inilah yang kemudian menjadi basis bagi perkembangan sistem hukum *common law* di negara-negara persemakmuran Inggris.

Sebagai landasan epistemologis dari pengadilan adat, Sudikno Mertokusumo melihat kebiasaan-kebiasaan di masyarakat dapat memiliki kekuatan mengikat dengan memenuhi syarat-syarat tertentu, yaitu:

### 1. Syarat materiil

adanya kebiasaan atau tingkah laku yang tetap atau diulang, yaitu suatu rangkaian perbuatan yang sama, yang berlangsung untuk beberapa waktu lamanya. Harus dapat ditunjukkan adanya perbuatan yang berlangsung lama: harus ada apa yang dinamakan *longa et inveterata consuetudo*.

## 2. Syarat intelektual

Kebiasaan itu harus menimbulkan *opinio necessitatis* (keyakinan umum)<sup>33</sup> bahwa perbuatan itu merupakan kewajiban hukum. Keyakinan itu tidak hanya sebatas keyakinan bahwa selalu ajeg berlaku demikian, tetapi keyakinan bahwa memang seharusnya demikian. Keyakinan ini disebut *opinio necessitatis* (pendapat bahwa demikianlah seharusnya). Kebiasaan itu harus dilakukan karena keyakinan, bahwa hal itu patut secara obyektif dilakukan, bahwa dengan melakukan itu berkeyakinan melakukan suatu kewajiban hukum.

## 3. Adanya akibat hukum bila kebiasaan itu dilanggar (Sudikno Mertokusumo, 2003 : 106-107).

Pengadilan yang bermartabat telah sepatutnya mencerminkan rasa keadilan yang hidup di masyarakat, tidak hanya sebatas pada usaha untuk meneruskan perintah undang-undang. Oleh karena itu, pengadilan bukanlah institusi kekuasaan yang berada di luar lingkaran masyarakat, melainkan agen masyarakat itu sendiri yang merepresentasikan pengaruh kesadaran kolektif masyarakat ditempatnya berkedudukan.<sup>34</sup>

Maka landasan yang digunakan oleh pengadilan tidak hanya sebatas pada ketentuan undang-undang saja, melainkan juga nilai-nilai yang diberikan oleh kaedah di luar kaedah hukum yang memengaruhi validitas terhadap undang-undang itu sendiri. Seorang yuris sosiologis menurut Roscoe Pound, harus memihak kepada *equitable application of law*. Peraturan itu hanya menjadi tuntunan saja dan hakim harus menjalankan kebebasan untuk memberi perhatian terhadap kasus-kasus secara individual, agar memenuhi tuntutan keadilan para pihak sesuai akal sehat orang pada umumnya (Roscoe Pound, 1971).

Dalam keadaan inilah hukum adat mengambil tempat yang sejajar, bahkan lebih tinggi dari peraturan tertulis (undang-undang). Keadilan yang harus diberlakukan di Indonesia, sebagaimana pandangan Harris Soche, adalah keadilan yang mengandung semua aspek kehidupan baik yuridis, politis, ekonomis dan sosial budaya, dan yang dapat dinikmati oleh tidak saja segolongan atau sekelompok orang atau etnis tertentu, atau elit tertentu, melainkan harus dapat dirasakan dan dinikmati oleh seluruh warga negara sebagai individu maupun anggota kelompok masyarakat, atau kepatutan kemanusiaan (Harris Soche, 1985 : 13).

Oleh karena itu, hukum tidak dapat hanya dilihat sebagai bangunan sterotip yang abstrak, sebagai peraturan-peraturan yang steril. Institusi hukum saat ini ingin dilihat dalam gambar sosialnya yang penuh, yang berarti memasukan berbagai dimensi kemanusiaan dan sosial ke dalam bingkainya.

### III. Perubahan Kerangka Epistemologis sebagai Revitalisasi Pengadilan Adat

Laporan survey The Asia Foundation mengenai persepsi masyarakat Indonesia terhadap sektor hukum dan keadilan di Indonesia menampilkan angin segar bagi eksistensi pengadilan adat pada masyarakat di tingkat akar rumput. Laporan tersebut menyatakan bahwa:

*86 percent of respondents believe that musyawarah is preferable to court or other formal procedures as a means of settling legal disputes. At the same time, 49 percent feel that the absence of a legally binding outcome under musyawarah is a*

*problem. 62 percent would avoid going to court at all costs. (The Asia Foundation, 2001)*

Anasir yang dapat diambil dari laporan tersebut adalah bahwa sebenarnya masyarakat menyadari betul kebutuhan mereka atas akses terhadap keadilan yang cepat, murah dan mampu terintegrasi dengan alam intelektual masyarakat.

Pengadilan negara telah sejak lama diketahui tidak mampu menyelesaikan persoalan-persoalan mendasar dalam kehidupan masyarakat. Oleh karena terlalu sibuk dengan aspek legal prosedural, peradilan negara justru kerap melewatkan *raison d'être* dari adanya pengadilan, yaitu memberikan kesempatan kepada masyarakat untuk mempertahankan haknya. Ironis apabila kemudian usaha mempertahankan hak tersebut harus dilakukan dengan juga merampas hak-hak lain seperti hak untuk hidup dengan damai dan hak untuk mendapat penyelesaian perkara dengan sederhana, murah dan singkat.

Meskipun peradilan adat (dikenal juga dengan istilah *non-state justice* dan pengadilan informal) sangat penting bagi rakyat kecil untuk memperoleh akses terhadap keadilan, cukup mengejutkan ketika ternyata tidak banyak catatan dan dokumentasi mengenai bagaimana masyarakat menggunakan sistem peradilan informal untuk mencari keadilan di Indonesia (Justice for The Poor, 2009:3). Pada akhirnya terdapat jurang yang cukup lebar antara persepsi masyarakat yang lebih memilih peradilan informal yang membawa harmonisasi dalam putusannya dan di sisi yang berseberangan terdapat fakta bahwa dokumentasi atas mekanisme tersebut belum cukup memadai untuk dapat dikatakan bahwa pengadilan informal benar-benar merupakan lembaga arus utama dalam penyelesaian sengketa di masyarakat.

Kesenjangan persepsi ini, sekali lagi membuktikan bahwa kuatnya pengaruh logosentrisme hukum barat membentuk standar kebenaran sendiri yang justru bertolak belakang dengan ukuran kebenaran masyarakat yang diaturnya. Keadilan yang dipahami negara melalui sistem hukumnya ternyata berbeda dengan standar keadilan yang diyakini oleh masyarakat. Maka kemudian persoalan rendahnya tingkat pendidikan masyarakat menjadi pembenaran bagi negara dan justru menafikan persoalan epistemologis yang menyebabkan kesenjangan tersebut.

Berbagai wacana yang dikembangkan sebagai pembenaran tersebut menyebabkan kesesatan (*fallacy*) dalam silogisme hukum nasional. Sikap silau pemerintah terhadap hukum barat justru membuatnya menutup mata terhadap kenyataan bahwa Indonesia memiliki jiwa hukumnya sendiri yang tidak dapat begitu saja dibenturkan dengan sistem lain. Melalui pengakuan bersyarat yang ditunjukkan negara melalui peraturan perundang-undangan, hukum adat dan pengadilan adat seolah diproyeksikan berseberangan dengan hukum dan peradilan negara. Hukum adat adalah representasi dari “yang usang dan terbelakang” dan hukum negara sebagai gambaran “yang modern dan aktual”.

Gunther Teubner mengemukakan pentingnya perubahan konstruksi paradigma untuk sampai pada persoalan epistemologis hukum yang sebenarnya,

*To arrive at a legal epistemology that really deserves its name, three important changes in our perception of law and society have to be made: first, from realism to constructivism; second, from individual to social construction of reality; and third, from law as a rule system to law as an epistemic subject. While the first one leads to certain modification of Kantian positions, the other two change break new*

*ground in social and legal theory. The second change reveals the social foundations of cognition in a more radical way than traditional sociology of knowledge ever has done, and the third one attributes to the discursive practices of law the production of an autonomous social reality. (Gunther Teubner, 1989 : 732).*

Paradigma bahwa persoalan masyarakat selalu dapat dipecahkan dengan peraturan hukum semakin tidak relevan dalam menghadapi gejala komunal yang ada. Diperlukan tindakan pada landasan pemahaman sosial untuk mampu menjawab kesenjangan yang disebabkan oleh matinya ukuran kebenaran lain selain hukum modern. Oleh karena itu upaya revitalisasi hukum dan pengadilan adat harus ditempatkan keluar dari oposisi biner tersebut. Hukum dan pengadilan adat mesti dipandang sebagai bagian integral dari tatanan hukum nasional yang representatif dan mampu mewartakan persoalan-persoalan hukum yang dihadapi oleh masyarakat.

Kelebihan pengadilan adat adalah institusi ini berkembang, meminjam istilah Bruce L. Benson, seperti halnya *language of interaction* di masyarakat. Sebagaimana bahasa, pengadilan adat berkembang bukan karena peran negara. Hukum dan pengadilan adat berkembang dari waktu ke waktu melalui interaksi spontan dari banyak individu dalam masyarakat (Bruce L. Benson, 1990 : 27).

Kekuatan tersebut sesungguhnya jauh lebih mengikat dibandingkan tekanan yang bisa diberikan oleh hukum negara. Baudouin Dupret meyakini kekuatan tersebut dengan menyatakan: *There are many societies who lack any centralised institution enforcing the law, but there is no society which is deprived from these rules which "are felt and regarded as the obligations of one person and the rightful claims of another* (Baudouin Dupret, tanpa tahun: 2). Maka wajar jika persepsi masyarakat terhadap keputusan-keputusan pengadilan adat dianggap dapat membawa keadilan sekaligus kepastian terhadap penyelesaian sengketa. Sebagai sebuah lembaga yang paling dekat dengan kesatuan terkecil dari Indonesia, penyelesaian konflik-konflik domestik adalah kekuatan utama pengadilan adat.

Namun perlu diingat juga, bahwa upaya untuk melepaskan diri dari konstruksi wacana oposisional tersebut memiliki hambatan besar. Negara, media dan masyarakat sendiri sulit melepaskan diri dari asosiasi bahwa hukum dan pengadilan adat merupakan sejenis benda purba warisan masa lalu, yang saat ini eksistensinya perlu dilestarikan dan dijaga sepanjang demi kepentingan menjaga sejarah. Hukum adat tidak dipandang sebagai bagian dari pilar hukum nasional yang berwibawa dan identitas hukum nasional yang membedakannya dengan hukum di negeri lain. Revitalisasi hukum adat perlu dibangun sebagai kesadaran kolektif masyarakat sebagaimana kesadaran bersama yang dilahirkan dari gegap-gempita gerakan anti korupsi.

Meskipun Pengadilan Adat membutuhkan *affirmative policy* untuk dapat terintegrasi dengan memadai pada sistem peradilan Indonesia, namun agak mustahil membayangkan revitalisasi pengadilan akan berangkat dari inisiatif pemerintah melalui peraturan perundangan-undangan yang dibentuknya. Upaya mendekatkan kembali pengadilan adat hendaknya dibangun dari akar rumput. Mobilisasi sosial, struktur dan formasi kelompok dan pemberdayaan ekonomi akan meningkatkan posisi tawar dari para pencari keadilan saat berhadapan dengan sistem hukum negara dan mendorong terjadinya reformasi institusional



(Samuel Clark and Matthew Stephens, 2011 : 9). Melalui berbagai gerakan justifikasi sosial tersebut, pengadilan adat dapat menemukan kembali kewibawaannya.

Penting untuk disadari bahwa metode perubahan kerangka epistemologis terhadap hukum nasional perlu dibangun dalam paradigma berpikir induktif. Berangkat dari pendekatan terhadap kesatuan masyarakat hukum terkecil di Indonesia. Seperti yang dinyatakan Samuel Clark and Matthew Stephens bahwa kekuatan dan daya tahan dari norma-norma dan kesadaran lokal menekankan pada pentingnya pemahaman terhadap struktur otoritas lokal pada tataran desa. Perubahan atas kerangka epistemologis tersebut akan menjadi lebih efektif apabila digagas dan digerakkan oleh otoritas atau pemimpin lokal (Samuel Clark and Matthew Stephens, 2011 : 9).

Sebaliknya, paradigma berpikir deduktif tidak memadai lagi untuk digunakan sebagai landasan perubahan kerangka epistemologis hukum nasional. Paradigma tersebut telah menunjukkan kegagalan dalam mengelola rancang-bangun hukum yang selaras dengan keadilan yang dipahami masyarakat. Kebenaran dan keadilan di Jakarta kerap berbeda dengan kebenaran dan keadilan di daerah-daerah lain di luar pulau Jawa.

#### **IV. Kesimpulan**

Keadilan yang menyentuh masyarakat kecil hanya dapat dicapai apabila landasan epistemologis dari hukum negara telah sesuai dengan pemahaman masyarakat terhadap keadilan. Logosentrisme yang selama ini mendominasi alam pikiran hukum nasional perlu didekonstruksi dengan semangat pluralisme, sehingga kemajemukan hukum-hukum adat dan putusan-putusan pengadilan adat yang hadir di tengah masyarakat bisa menjadi pendorong bagi terciptanya identitas hukum nasional yang memang benar-benar memberikan akses terhadap keadilan bagi setiap warga negaranya.

Persepsi masyarakat mengenai pentingnya instrumen informal dalam perluasan akses terhadap keadilan menjadi bukti bahwa terdapat kesenjangan antara sistem hukum nasional yang serba rasional dan formalistik, dan harapan akan keadilan yang dapat dicapai masyarakat di luar lingkaran kekuasaan. Pengadilan adat dapat menjadi jembatan yang menyatukan kesenjangan tersebut apabila sebelumnya dilakukan perubahan kerangka epistemologi hukum nasional. Pengadilan adat perlu dikeluarkan dari konstruksi wacana yang selama ini melekat pada tubuhnya. Sepanjang pengadilan adat masih dianggap sebagai oposisi biner dari pengadilan negara, maka ukuran kebenaran dan keadilan hanya akan menjadi milik lembaga hukum negara.

#### **Daftar Pustaka**

- Benson, Bruce L., 1990, *Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice: A Description of a Modern System of Law and Order without State Coercion*, The Journal of Libertarian Studies Vol. IX, No. 2.
- Clark, Samuel and Matthew Stephens, 2011, *Reducing Injustice? A Grounded Approach to Strengthening Hybrid Justice Systems: Lessons from Indonesia* dalam *Traditional Justice: Practitioners' Perspectives*, Working Paper Series, International Development Law Organization in conjunction with the Van Vollenhoven Institute, Leiden, Leiden University.

- Dupret, Baudouin, Tanpa Tahun, *Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification*, European Journal of Legal Studies : Issue 1.
- Griffiths, John, 1986, *What is Legal Pluralism*, Journal of Legal Pluralism.
- Justice for The Poor, 2009, *Menemukan Titik Keseimbangan: Mempertimbangkan Keadilan Non-negara di Indonesia*, Bank Dunia.
- Lubis, Mochtar, 2008, *Manusia Indonesia*, Jakarta, Yayasan Obor.
- Mertokusumo, Sudikno, 2003, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Yogyakarta, Liberty.
- Piliang, Yasraf Amir, 2003, *Hantu-hantu Politik dan Matinya Sosial*, Solo, Tiga Serangkai.
- Rahardjo, Satjipto, 2004, *Sosiologi Hukum, Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, Surakarta, Muhammadiyah University Press.
- Sanusi, Achmad, 2002, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bandung, Tarsito.
- Soche, Harris, 1985, *Supremasi Hukum dan Prinsip Demokrasi di Indonesia*, Yogyakarta, Hanindita.
- Soeroso, R., 2004, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Sinar Grafika.
- Susanto, Anthon F., 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematis, Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum di Indonesia*, Yogyakarta, Genta Publishing.
- Teubner, Gunther, 1989, *How The Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*, Journal Law & Society Review, Vol. 23, No.5.
- The Asia Foundation, 2001, *Survey Report on Citizens' Perceptions of The Indonesian Justice Sector (Preliminary Findings and Recommendations)*.

## **Revitalisasi Peradilan Adat ? : Ketika Negara Tidak Mengakui Peradilan Adat (Study Respon Negara terhadap Penyelenggaraan Peradilan Adat dalam Konflik Sumber Daya Alam di Kalimantan Barat)**

**Tandiono Bawor**

### **A. PENDAHULUAN**

'**Negara Indonesia adalah negara hukum**' secara sederhana dimaknai "*segala bidang kehidupan negara, termasuk penyelenggaraan negara, diatur berdasarkan aturan dan harus tunduk pada aturan hukum yang berlaku tersebut*". Hukum dalam hal ini dimaknai sebagai hukum yang menjadi produk dari negara dan pemerintahan. Pembaruan hukum dilaksanakan secara masif pasca reformasi tahun 1998. Pembaruan hukum banyak menyentuh level substansi hukum dengan merombak peraturan perundang-undangan dan level institusi hukum dengan membentuk dan menata ulang tata kelembagaan negara dalam semangat *check and balances*. Namun secara faktual kehidupan ber hukum di Indonesia tidak kunjung membaik bahkan semakin merosot. Dampak yang paling langsung dirasakan adalah semakin hilangnya unit-unit kedaulatan rakyat atas sumber-sumber kehidupannya, yang semakin lama semakin tergerus oleh kepentingan pemilik modal. Akses masyarakat miskin terhadap keadilan meskipun secara substansi semakin meluas dengan adanya berbagai macam program keterbukaan, namun pada kenyataannya semakin menyempit dengan tersingkirnya kelompok masyarakat ini dari ruang-ruang kehidupan.<sup>35</sup>

Menghadapi permasalahan tersebut di atas, banyak pihak mencoba mencari alternatif penyelesaian yang diharapkan mampu untuk menerobos kemacetan yang terjadi di bidang hukum. Salah satu pilihan yang ditawarkan adalah melakukan revitalisasi terhadap keberadaan peradilan adat. World Bank (WB), secara khusus telah melakukan penelitian tentang keberadaan peradilan non negara<sup>36</sup>. Kesimpulan yang diambil dari penelitian tersebut secara umum dikatakan bahwa : *pertama* sistem peradilan informal adalah merupakan pengalaman keadilan satu-satunya bagi masyarakat, *kedua* berjalannya peradilan non negara sangat berdampak pada stabilitas sosial dan kesejahteraan masyarakat miskin. Penelitian ini juga memaparkan berbagai kekurangan dalam sistem peradilan adat atau non negara. meskipun begitu nampak optimisme untuk menggunakan mekanisme peradilan adat/non negara untuk menopang sistem pencapaian keadilan yang sudah dibangun oleh negara.<sup>37</sup>

Optimisme tersebut tidak dapat dilepaskan dari hasil amandemen UUD 1945 yaitu Pasal 18 B ayat (2)<sup>38</sup> dan Pasal 28 I Ayat (3)<sup>39</sup> yang kemudian keduanya dianggap sebagai landasan konstitusional. Pasal 18 B menjadi landasan bagi hak masyarakat adat untuk mengatur dirinya dan menegakkan hukum adatnya, dan Pasal 28 I Ayat 3 menjadi dasar bahwa hak masyarakat adat adalah hak konstitusional yang harus dipenuhi oleh negara. Selain itu, sejumlah aturan perundangan mengatur keharusan untuk menghormati masyarakat dan hukum adat. Ditingkatkan Internasional pun, pemerintah Indonesia-pun pada 2007 telah menandatangani Deklarasi PBB tentang Hak Masyarakat Adat (United Nation on Declaration Rights of Indegenous People)<sup>40</sup>, yang memberikan kewajiban kepada pemerintah untuk menghormati dan memenuhi hak-hak masyarakat adat.

Namun, terlepas dari adanya dasar hukum tentang masyarakat hukum adat, untuk melakukan revitalisasi peradilan adat haruslah dikaji keberadaan hukum adat sebagai substansi hukum dan peradilan adat sebagai struktur hukum, baik dalam sistem hukum nasional maupun keberlakuannya di dalam masyarakat. Mengingat peradilan adat telah dihapus melalui UU No.1/Drt/1951 yang telah berdampak pengingkaran terhadap eksistensi keseluruhan mekanisme hukum adat. Upaya masyarakat adat dengan menggunakan sandaran konstitusi untuk melaksanakan hukum adat melalui mekanisme peradilan adatnya menimbulkan respon yang bertentangan dengan semangat konstitusi itu sendiri. Tulisan ini, pertama akan mengulas hukum adat dan peradilan adat di Indonesia, dan bagaimana respon negara terhadap pemberlakuan peradilan adat dalam Konflik Sumber Daya Alam, yang dalam hal ini mengambil contoh tiga kasus di Kalimantan.

## B. HUKUM ADAT DAN PERADILAN ADAT DI INDONESIA

### 1. Hukum Adat di Indonesia

*Hakim-hakim tersebut, yang juga dinamakan hakim-hakim desa, ialah suatu lembaga desa yang kehadirannya dalam setiap masyarakat hukum adat merupakan suatu *Conditio Sine qua non* sebagai alat pelengkap kekuasaan desa selama desa itu sanggup mempertahankan wadjah aslinya dan sifat-sifat keistemewaanja sebagai kesatuan sosial ekonomi yang (dimana perlu dapat) berdiri sendiri<sup>41</sup>*

Keberadaan Peradilan Adat tidak bisa dilepaskan keberadaannya dari hukum adat. Hukum adat, adalah suatu jenis hukum yang dikenal di Indonesia, sebagai sebuah hukum yang hidup di dalam dinamika kehidupan masyarakat dan biasanya tidak tertulis<sup>42</sup>. Keberadaan hukum adat sebagai suatu istilah pada awalnya adalah terjemahan dari *adatrecht* yang dibuat para orientalis, untuk mengganti nomenklatur '*gewoonte, gebruiken en de goddienstige instellingen der Inlanders*' (tradisi, kebiasaan dan lembaga-lembaga agama orang-orang pribumi) yaitu semua saja hukum tertulis ataupun tak tertulis yang bukan hukum undang-undang untuk golongan Eropa<sup>43</sup>. Istilah ini kemudian diambil alih oleh para intelektual pribumi yang memperjuangkan kemerdekaan Hindia Belanda menjadi Indonesia sebagai sebuah identitas yang menegaskan sebagai pembeda dengan pihak penjajah. Pada masanya, hukum adat mempunyai daya tarik yang sangat kuat. Hal ini dapat dilihat dalam "Sumpah Pemuda", sebuah deklarasi paling awal tentang keberadaan Indonesia sebagai sebuah bangsa<sup>44</sup> yang menjadikan hukum adat sebagai salah satu dari lima dasar persatuan<sup>45</sup>.

Namun ketika Indonesia sebagai sebuah bangsa sudah mewujudkan menjadi sebuah negara, yang terjadi adalah seperti dikemukakan oleh Khudzaifah Dimiyati; cita-cita nasional untuk menyatukan Indonesia sebagai suatu kesatuan politik dan pemerintahan, telah cenderung untuk mengabaikan hukum rakyat yang plural dan lokal untuk digantikan dengan hukum nasional yang diunifikasi dan dikodifikasi<sup>46</sup>. Sehingga kemudian secara bertahap secara substansi hukum dilakukan unifikasi hukum melalui penyusunan peraturan perundang-undangan yang berlaku secara nasional. Menurut **Soetandyo Wignjosebroto**, walaupun hukum adat masih eksis sebagai hukum rakyat, batas yurisdiksi berlakunya tak lebih daripada hukum yang informal, yang oleh sebab itu ditegakkan atas dasar kekuatan masyarakat dan ekstensitas serta intensitas kesetiaan para pendukungnya.<sup>47</sup> Proses ini

semakin masif dilakukan pasca dijatuhkannya Rezim Soekarno yang kemudian menjadikan posisi pendukung hukum adat yaitu masyarakat adat disingkirkan dari wilayah-wilayahnya atas nama kepentingan pembangunan<sup>48</sup>.

Akhir dasawarsa 90-an sebagai masa yang penuh pergolakan dan perubahan di Indonesia, terjadi pula terhadap masyarakat adat. Pada tahun 1999 masyarakat adat di Indonesia mendeklarasikan berdirinya Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) dengan semboyannya "*Kalau Negara Tidak Mengakui Kami, Kamipun Tidak Akan Mengakui Negara*".<sup>49</sup> Di tingkat nasional lahir berbagai kebijakan yang memberikan pengakuan terhadap keberadaan Masyarakat Hukum Adat. Antara Yaitu (1) Ketetapan MPR No.IX/MPR/2000 tentang Pembaharuan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam, (2) Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia<sup>50</sup> dan (3) Amandemen konstitusi UUD 1945, khususnya Pasal 18B Ayat (2) dan Pasal 28 I Ayat (3).

Walau Pasal 18B Ayat (2) dianggap sebagai landasan konstitusional bagi hak masyarakat adat untuk mengatur dirinya dan menegakkan hukum adatnya, namun pengakuan tersebut disertai dengan klausul-klausul yang kemudian menjadi syarat keberadaan masyarakat adat di Indonesia yaitu :

1. Masyarakat hukum Adat itu masih Hidup
2. Sesuai dengan perkembangan masyarakat
3. sesuai pula dengan prinsip negara kesatuan RI , dan
4. eksistensinya diatur dengan undang-undang<sup>51</sup>.

Menurut **Ricardo Simamarta** pengakuan bersyarat pada UUD 1945 pasca amandemen berasal dari pengakuan bersyarat yang telah lama dikembangkan oleh peraturan perundangan di bidang SDA/Agraria dan pemerintahan desa Syarat pertama, "*sepanjang masih ada*", merupakan syarat yang digunakan UUPA dan UU Kehutanan. Syarat kedua, "*sesuai dengan perkembangan zaman dan peradaban*", sebelumnya sudah ada dalam UU HAM. Syarat ketiga, "*sesuai dengan prinsip negara kesatuan RI*" memiliki kandungan yang sama dengan syarat "*sesuai dengan kepentingan nasional dan negara*" seperti sebelumnya telah diatur dalam UUPA, UU Kehutanan dan UU Pengairan. Sedangkan "*syarat tidak bertentangan dengan kepentingan umum*", sebelumnya telah dipakai oleh Permendagri No.11/1984. Redaksi Pasal 28 I Ayat (3) dan UU tentang HAM. Dengan begitu, apa yang dilakukan oleh UUD 1945 pasca amandemen hanyalah **konstitusionalisasi pengakuan bersyarat**.<sup>52</sup> Bila sebelumnya pengakuan bersyarat tidak memiliki landasan konstitusional maka pasca amandemen ia telah memiliki landasan tersebut. Alhasil, pengakuan masyarakat adat tetap tidak bersifat utuh, kabur dan terbelah-belah dalam berbagai objek pengakuan. Dari penelitian yang dilakukan terhadap peraturan daerah, bentuk-bentuk pengakuan masyarakat hukum adat berkisar pada pengakuan hak ulayat, pengakuan sistem pemerintahan lokal dan pengakuan terhadap lembaga adat.<sup>53</sup> Sampai sejauh ini, penulis tidak/belum menemukan adanya pengakuan terhadap peradilan adat, baik dalam konteks hukum nasional maupun peraturan daerah.

## 2. Keberadaan Peradilan Adat di Indonesia

Mengutip **Hilman Hadikusuma** dalam **Abdurahman**<sup>54</sup> dinyatakan bahwa jauh sebelum agama Islam masuk di Indonesia, negeri yang serba ragam penduduknya ini sudah melaksanakan tata tertib peradilanannya menurut hukum adat. Hingga masuknya pemerintahan Kolonial Hindia Belanda keberadaan peradilan adat masih tetap berlangsung. Secara hukum, keberadaan peradilan adat tersebut diakui secara terpisah dan bertahap dalam berbagai wilayah yang kemudian dikuasai oleh pemerintah kolonial Hindia Belanda. Baru kemudian pada 18 Februari 1932 dengan Stb 1932 No. 80 tentang Peraturan Peradilan Adat (*Inheemse Rechtspraak in Rechtstreeks bestuurdgebied*)<sup>55</sup>, sementara itu peradilan desa yang merupakan bagian dari peradilan adat baru muncul dengan disisipkannya pasal 3a dengan stb 1935 no 102 ke dalam RO (Ketentuan Pokok Tentang Penulisan Peradilan di Hindia Belanda).<sup>56</sup> kembali mengacu kepada Abdurahman dinyatakan<sup>57</sup>:

bahwa pada zaman kolonial dahulu ada dua bentuk peradilan untuk orang-orang pribumi yaitu “peradilan adat” dan “peradilan desa”. Antara keduanya sebenarnya tidak ada perbedaan yang prinsipil. Peradilan desa umumnya terdapat hampir diseluruh nusantara pada masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial. Namun peradilan adat ditemukan pada masyarakat yang bersifat teritorial maupun genealogis.

Di zaman penjajahan Jepang keberadaan peradilan swapraja dan peradilan adat tidak disebutkan dalam UU no 34 tahun 1942, akan tetapi untuk Sumatera kedua-duanya dengan tegas dinyatakan tetap berlaku dan dipertahankan oleh pasal 1 *Sjihosjiki-rei* (“Undang-Undang tentang Peraturan Hakim dan Mahkamah) yang dimuat dalam *Tomi-seirei-otsu* no. 40 tanggal 1 Desember 1943 dan mulai berlaku pada tanggal 1 Januari 1944<sup>58</sup>

Peradilan Adat pasca kemerdekaan baru diatur berdasarkan UU Darurat No 1 tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil, khususnya pasal 1 (2) huruf b keberadaan peradilan adat dihapuskan, yang berbunyi :

Pada saat yang berangsur-angsur akan ditentukan oleh Menteri Kehakiman dihapuskan : b. Segala Pengadilan Adat (*Inheemse rechtspraak in rechtstreeksbestuurd gebied*). Kecuali peradilan Agama jika peradilan itu menurut hukum yang hidup merupakan satu bagian tersendiri dari peradilan adat.

UU ini sendiri sebenarnya bertujuan tidak semata-mata untuk menghapuskan keberadaan peradilan adat, namun untuk menyelenggarakan kesatuan susunan, kekuasaan, dan acara pengadilan-pengadilan sipil<sup>59</sup>. Lahirnya UU ini menurut **Wantjik Saleh**<sup>60</sup> karena kesemrawutan peradilan, yang ia nyatakan :

Maka ketika terbentuknya Negara Kesatuan Republik Indonesia pada akhir tahun 1950, menjadi suatu kenyataan dan persoalan rumit karena begitu semrawutnya keadaan peradilan, baik badan-badan yang melakukan peradilan maupun peraturan perundang-undangannya, atau seperti dapat dibaca dalam penjelasan Undang-Undang darurat No 1 tahun 1951 yang bermaksud mengadakan penertiban dan penataan untuk mencapai kesatuan (unifikasi)

Hal ini tercermin dalam penjelasan UU Drt 1/1951 yang menyebutkan bahwa:

..... Pada saat pemulihan kedaulatan Kepada republik indonesia Serikat Keadaan dalam lingkungan pengadilan yang dahulu dinamakan "*Gouvernements-rechtspraak*" telah menjadi begitu ruwet, sehingga hanya beberapa penduduk Indonesia saja mengetahui bagaimanakah susunan, kekuasaan dan acara pengadilan-pengadilan regional tersebut.

Alasan yang sama juga berlaku bagi pengadilan adat. Di dalam penjelasan juga disebutkan bahwa :

Pengadilan-pengadilan adat, yang berdasar staatsblad 1932 No 80 setelah diubah oleh Stbl 1938 No 264 dan 370, dan atas pasal-pasal 1 dan 12 Reglemen Kalimantan Timur Besar, 1 Reglemen Pengadilan Indonesia Timur, 2 Voorlopig Rechtreglement, 2 Voorlopige Regeling Rechtswezen, 1 dan 2 Peraturan pemerintah Pengganti Undang-Undang no 1 tahun 1950 Juncto Undang-Undang No. 8 tahun 1950 dan pasal 101, 102 dan 142 Undang-Undang Dasar Sementara, selain dari tidak mencukupi sayarat-syarat yang Undang-undang Dasar Sementara menuntut dari suatu alat perlengkapan pengadilan, juga tidak diingini lagi oleh seluruh rakyat yang bersangkutan yang berulang-ulang telah mohon penghapusannya.

Namun, UU Drt 1/1951 tidak secara total menghapuskan secara menyeluruh keberadaan peradilan-peradilan di tingkat lokal seperti peradilan desa<sup>61</sup>. Namun demikian Peradilan Desa kemudian keberadaanya secara tidak langsung di hapuskan oleh UU 14/1970 tentang UU Pokok Kekuasaan Kehakiman, yang terakhir kali diubah dengan UU 48/2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Pasal 2 ayat 3 UU ini menyebutkan "*Semua peradilan di seluruh wilayah negara Republik Indonesia adalah peradilan negara yang diatur dengan undang-undang*". Sehingga kemudian, peradilan adat sebagai bagian dari struktur hukum adat dihapuskan, sedangkan hukum adat sebagai substansi diresap ke dalam peraturan perundang-undangan dan kewajiban hakim untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat. Secara khusus terdapat 'jembatan' pemberlakuan hukum adat dengan hukum pidana nasional yaitu jika suatu perbuatan yang melanggar hukum adat, dan perbuatan tersebut tidak ada padanannya dalam KUHP maka dapat dipidana<sup>62</sup>

### **C. Pemberlakuan Peradilan Adat dalam Konflik Sumber Daya Alam dan Renspon Negara**

Penghapusan keberadaan peradilan adat dan peradilan desa oleh hukum negara berdampak akan pengingkaran terhadapnya. Khususnya apabila kemudian perkara yang dihadapi cukup besar dan terkait dengan pengelolaan dan atau penguasaan sumber daya alam oleh masyarakat adat, maka akan nampak respon hukum negara melalui sistem peradilannya untuk mengingkari keberadaan peradilan adat. Sementara itu dalam berbagai proses yang sifatnya individual dan tidak mengganggu kepentingan pemerintah, seperti apa yang dapat dilihat dari hasil penelitian World Bank akan dibiarkan, bahkan mungkin digunakan untuk pencapaian kepentingan-kepentingan pemerintah.

Di bawah ini disampaikan 3 buah kasus di Kalimantan Barat terkait pemberlakuan peradilan adat di sektor sumber daya alam dan bagaimana respon negara terhadapnya:

1. **Kasus Dayak Limbai Katemenggungan Siyai vs Taman Nasional Bukit Baka Bukit Raya1 : Persepsi Batas Wilayah Menurut Hukum Adat vs Hukum Negara**<sup>63</sup>

Taman Nasional Bukit Baka Bukit Raya (TNBBR) adalah taman nasional seluas 181.090 hektar dan ditunjuk oleh Menteri Kehutanan pada tahun 1992. Sejak zaman Belanda sampai tahun 1990-an wilayah ini menjadi tempat *be-umo*, ritual adat, meramu, berburu, dan menanam karet, buah-buahan, dan sumber air bersih bagi suku Dayak Limbai. Pada tahun 2007, dua orang warga dari ketemenggungan ini dipidana karena membuka ladang di wilayah adat mereka.

Kawasan TNBBR ini terletak di jantung pulau Kalimantan, khususnya di Kalimantan Barat dan Kalimantan Tengah. Secara administrative TNBBR berada di dua wilayah propinsi yaitu Propinsi Kalimantan Barat yang meliputi kabupaten Sintang dan Kabupaten Melawi; dan Propinsi Kalimantan Tengah yang meliputi Kabupaten Kota Waringin Timur. Kawasan TNBBR yang memiliki luas ± 181.590 hektar merupakan gabungan dari cagar alam Bukit Raya di Kalimantan Tengah dan Bukit Baka di Kalimantan Barat, sehingga kemudian disebut TNBBR.

Sejarah penetapan dan pembentukan kawasan TNBBR didasarkan pada beberapa kebijakan/aturan Pemerintah yang berkaitan dengan kawasan konservasi, terjadi dalam enam tahap perkembangan kebijakan pemerintah pusat, sejak tahun 1978 sampai 2000<sup>64</sup>. Masalah mulai terjadi sejak pemerintah secara sepihak menetapkan hutan adat Ketemenggungan Siyai menjadi wilayah Taman Nasional. Menurut **Abdias**, masyarakat sekitar yang tidak terlalu paham dengan Taman Nasional, pada awalnya mengira Taman Nasional tidak akan merampas hak adat mereka. Sehingga mereka tidak membuat reaksi apapun. Apalagi informasi dari pihak Taman Nasional juga mengatakan bahwa Taman Nasional tidak membatasi akses masyarakat terhadap hutannya. Namun setelah berlangsung beberapa tahun, apalagi setelah adanya larangan dan pembatasan akses warga terhadap hutan, baru warga sadar bahwa ternyata Taman Nasional telah merampas hutan mereka. Masyarakat dilarang memanfaatkan hutan untuk meramu, berburu dan membuat ladang. Hal ini jelas tidak bisa diterima masyarakat.<sup>65</sup>

Terjadinya konflik antara masyarakat adat dan TNBBR kemudian direspon dengan cara membuat dan memperjelas batas antara Taman Nasional dan Hutan Adat masyarakat. Dilakukan pemetaan partisipatif yaitu pemetaan yang melibatkan masyarakat setempat tahun 1998. Peta partisipatif tahun 1998 merupakan dasar pijakan bagi semua pihak dalam melihat keberadaan Taman Nasional BBR dan wilayah adat masyarakat. Bagi masyarakat, peta tahun 1998 adalah patokan yang menunjukkan batas antara Taman Nasional dan Wilayah Adat. Namun TNBBR secara sepihak kemudian merubah batas-batas dengan tidak berpatok pada peta partisipatif yang disepakati. TNBBR memasang patok-patok tanda batas di kilometer 28 yang merupakan areal berladang. Disamping sebagai areal berladang dan meramu, di kawasan tersebut terdapat "**Batu Betanam**"<sup>66</sup> yang menunjukkan tanda kepemilikan masyarakat atas kawasan tersebut. Dan karena masyarakat adat patuh dengan peta 1998, maka mereka tetap melakukan aktivitasnya di wilayah adatnya seperti biasa yaitu meramu dan membuat ladang. Namun Taman Nasional dengan mendasari pada peta yang dibuatnya secara sepihak kemudian menganggap perbuatan masyarakat membuat ladang adalah pelanggaran hukum.



Pada Agustus 2007, lima orang penduduk Suku Dayak Limbai yaitu **Pori, Toroh, Ibu Ocih, Ibu Tirandan Manan**-Tumenggung Suku Dayak Limbai-, membuka ladang di pinggiran Sungai Ella, di jalan menuju tempat keramat Batu Betanam. Taman Nasional melaporkan kepada polisi dengan tuduhan merusak lingkungan taman nasional, yang ditindak lanjuti dan dilakukan pengecekan lokasi. Esoknya polisi lengkap bersenjata berusaha menangkap warga. Namun berhasil dihalangi tokoh masyarakat yang menyatakan bahwa warga ini masih berada dalam perlindungan adat. Polisi dan taman nasional selanjutnya meminta Toroh bin Udat dan Manan membuat surat pernyataan tidak membakar ladang.

Menurut masyarakat, wilayah tempat pembukaan ladang adalah wilayah adat suku Dayak Limbai dan yang dilakukan merupakan adalah *babas muda*<sup>67</sup>, yang telah dilakukan secara turun temurun dalam sistem perladangan tradisional suku dayak. Klaim masyarakat ini di dasarkan sejarah turun temurun, peninggalan sejarah dan hasil pemetaan partisipatif yang dilakukan pada 1998 yang disimpan di Kampung Sungkup.

Sebelum meninggalkan kampung, polisi dan taman nasional meminta dilakukan pertemuan di Kampung Sungkup dengan menghadirkan para pihak di kecamatan Menukung. Masyarakat menyetujui dan mendukung dilakukan pertemuan penyelesaian masalah dengan memperjelas dan menegaskan kembali batas antara wilayah adat masyarakat dengan Taman Nasional. Namun, lima hari sebelum pertemuan, polisi menangkap Toroh, sementara Tumenggung Manan tidak ditangkap.

Pertemuan yang direncanakan, diselenggarakan dan dihadiri seluruh pihak pemerintahan dan keamanan di Kecamatan Menukung. Namun pihak taman nasional sebagai pihak yang mengusulkan tidak muncul, sehingga pertemuan menjadi sia-sia. Setelah kegagalan pertemuan pertama, dengan fasilitasi dari Kecamatan, terselenggara pertemuan dengan Taman Nasional. Dalam pertemuan ini masyarakat minta penjelasan tentang dua hal, yaitu 1) Tapal batas taman nasional dengan wilayah adat, dan batas dengan PT. Sari Bumi Kusuma yang juga berada di wilayah adat, 2) Penahanan terhadap warganya. Namun pihak Taman Nasional tidak bisa memberikan penjelasan dan keputusan, dengan alasan harus berkonsultasi dengan atasannya. Sementara Pori yang memenuhi panggilan polisi sebagai saksi, langsung ditahan dan ditetapkan sebagai tersangka.

Kondisi tersebut membuat warga marah, karena wilayah yang menjadi lahan perladangan dan membuat ladang adalah salah satu usaha untuk memenuhi kebutuhan hidup dan tradisi. Dan yang menjadi sasaran penahanan polisi salah satunya adalah pimpinan adat. Untuk itulah mereka melakukan protes dan mengirimkan surat kepada Taman Nasional selaku pelapor dan Polres Melawi yang melakukan penangkapan. Adapun tuntutan suku Dayak Limbai sebagai berikut:

1. Menuntut Polres untuk membebaskan warga masyarakat yang ditahan dan menyerahkan prosesnya kepada aturan adat/hukum adat setempat;
2. Menuntut Taman Nasional untuk mencabut laporannya terhadap warga masyarakat Dayak Limbai Ketemenggungan Siyai
3. Menjatuhkan sanksi adat kepada Taman Nasional dan Polres Melawi hukum adat yang melanggar *Kesupan Adat*<sup>68</sup>, *Kesupan Masyarakat*<sup>69</sup>, *Kesupan Temenggung*<sup>70</sup> dan *Kesupan Pengurus Kampung*<sup>71</sup>. Kemudian mereka juga menjatuhkan kepada yang sama sanksi adat *Perusak nama baik Temenggung dan Masyarakat*<sup>72</sup>.

4. Menjatuhkan sanksi adat kepada Taman Nasional berupa **Hukum Adat Perampasan Hak**<sup>73</sup>, karena Taman Nasional telah mengklaim Hutan Adat Masyarakat Ketemenggungan Siyais secara sepihak sebagai wilayah taman nasional.

Surat tersebut dibawa dan disampaikan langsung oleh tokoh adat, pengurus kampung dan masyarakat ke Taman Nasional dan Polres Kabupaten Melawi. Pihak Taman Nasional dan Polres kabupaten Melawi menolak dihukum adat dengan alasan bahwa mereka tidak tunduk ke hukum adat dan tunduk kepada hukum nasional. Sedangkan Pori dan Toro bin Udat dinyatakan terbukti bersalah melanggar *Pasal 50 Ayat (3) huruf e UU Kehutanan*<sup>74</sup> dan dihukum 7 (tujuh) bulan penjara dan denda Rp. 50.000.000. Toro bin Udat dan Pori mengajukan banding atas putusan ini.

Konflik ini telah menyebabkan suku Dayak Rimbai kehilangan akses terhadap SDA dan semakin termarginalkan. Menurut pemantauan **Agustinus Agus dan Sentot Setyasiswanto**, jenis-jenis pelanggaran utama oleh pengelola TNBBBR meliputi: *Pelanggaran Hak atas tanah, wilayah dan sumber daya alam, hak untuk menjalankan aktivitas mata pencaharian turun temurun, hak atas bahan pangan yang layak, hak atas perumahan, dan hak untuk menjalankan budaya turun temurun.*<sup>75</sup> Dengan pelaku berasal dari pengelola TNBBBR, termasuk di dalamnya satuan-satuan pengamanan hutan (Polisi Hutan), dan Kepolisian Resort yang melakukan penangkapan dan penahanan secara sewenang-wenang.

Dari kasus ini kita mendapatkan gambaran bahwa :

- a. Perbedaan cara pandang terhadap ruang dan wilayah antara masyarakat adat Dayak Limbai dengan pihak taman nasional. Masyarakat adat berpegang kepada pembagian ruang, wilayah, dan peruntukan mereka yang diatur menurut hukum adat, dan juga batas wilayah yang menurut masyarakat adat sudah dilakukan pada 1987 dan hasil pemetaan partisipatif yang juga mengikutkan taman nasional pada 1998. Sedangkan taman nasional berpegang pada SK Menteri Kehutanan.
- b. Penunjukkan kawasan TNBBR, belum memenuhi sejumlah tahapan pembentukan taman nasional yaitu tidak melibatkan peran serta masyarakat dalam penentuan zonasi taman nasional .
- c. Perspektif sentralisme pengelola Taman Nasional dan Aparat Penegak Hukum yang menyatakan tidak tunduk pada hukum adat tetapi kepada hukum nasional memperlihatkan perspektif sentralisme hukum negara dan mengabaikan hak konstitusional masyarakat adat, termasuk dengan melanggar kesepakatan pemetaan partisipatif yang telah disepakati para pihak sebelumnya;
- d. Suatu perbuatan yang dalam hukum adat yaitu pembukaan ladang dan tebas muda tidak dikategorikan sebagai pelanggaran hukum, namun menurut hukum negara dikategorikan sebagai pelanggaran hukum pidana
- e. Hakim tidak mempertimbangkan hukum adat tebas muda dalam pengambilan keputusan sebagaimana kewajibannya di dalam undang-undang untuk mengambil nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat, dan tidak melakukan penelitian terkait dimana tepatnya peladangan dilakukan.

## 2. Kasus Dayak Limbai Ketemenggungan Pelaik Keruap Vs Perusahaan Tambang Batu Bara: Persepsi Penghormatan terhadap Tamu<sup>76</sup>

Masyarakat Adat Dayak Limbai Ketemenggungan Pelaik Keruap tinggal di kawasan Bukit Kerapas. Bukit Karapas merupakan sumber kehidupan masyarakat, di dalamnya terdapat tumbuhan obat-obatan, kayu belian, kayu meranti, tempat suci/keramat, sumber air bersih, sumber irigasi sawah, bahan tambang (emas dan batu bara) dan binatang buruan. Tempat ini begitu berarti bagi masyarakat pendukungnya. Sehingga berbagai upaya untuk mempertahankannya terus dilakukan, termasuk yang menimpa tiga masyarakat adat yang dikriminalisasi dengan tuduhan perampasan kemerdekaan.

Pada 11 Mei 2009, datang rombongan karyawan PT Mekanika Utama Group (MUG) bersama aparat Kecamatan Menukung, anggota Polsek Menukung, dan staff Dinas Pertambangan dan Energi Kabupaten Melawi dan penduduk lokal dari kampung tetangga<sup>77</sup> ke wilayah Pelaik Keruap. Kedatangan rombongan ini dicurigai warga berkaitan dengan rencana eksplorasi tambang di hutan adat Pelaik Keruap<sup>78</sup>. Kecurigaan semakin menguat, karena kedatangan tim survey batubara dilakukan pada jam. 23.00 WIT, dengan mesin perahu dan lampu yang dipadamkan sepanjang perjalanan di sungai.

Warga meminta rombongan untuk berhenti, dengan tujuan meminta penjelasan tujuan kedatangan, dan apakah sudah meminta ijin kepada kepala desa dan dusun. Tim Survey tetap bersikeras menolak memberikan penjelasan, akhirnya **Alfonsius Iyon**, Kepala Dusun Pelaik Keruap, meminta pembicaraan dilakukan di rumahnya bukan ditepi sungai. Warga menilai masuknya rombongan secara diam-diam pada malam hari ini melanggar adat yaitu *Kesupan Temenggung*, *Kesupan Kampung*, *Kesupan Pengurus Kampung*. Namun karena di malam hari maka sidang adat akan dilakukan esok hari, rombongan diperlakukan sebagai tamu dan dipersilahkan menginap di kediaman kepala desa.

Karena mengaku ada anggota rombongan yang sakit, rombongan ini meminta ijin pulang. Akhirnya disepakati dua orang perwakilan yaitu dari PT Mekanika Utama dan Staff Kecamatan Menukung untuk tidak meninggalkan kampung dan ditempatkan di kediaman kepala desa. Kabar bahwa dua orang anggota rombongan "ditahan", dilaporkan kepada Camat dan Kapolsek, yang dua hari berselang, seratus anggota Polres Melawi datang ke lokasi untuk melakukan operasi pembebasan<sup>79</sup>.

Polisi kemudian menangkap **Bambang bin Nail** (Kepala Desa) ; **Alfonsius Iyon** (Kepala Dusun), dan **Sergius Selamat** (Ketua RT). Pengadilan Negeri Sintang Kalimantan Barat menjatuhkan sanksi pidana penjara selama hukuman 4 bulan 5 hari karena dianggap melanggar pasal 333 ayat (1) KUHP dengan sengaja menahan (merampas kemerdekaan) orang atau meneruskan tahanan itu tanpa hak. Akhirnya pada tanggal 28 Mei 2010 Ronti, Temenggung Pelaik Keruap dilampiri 505 nama dan tanda tangan/cap jempol masyarakat warga desa pelaik keruap Menolak proses peradilan terhadap ketiga warga masyarakat adatnya, pertanyaan tersebut diperkuat dengan nota penjelasan tanggal 15 September 2010 sebagai jawaban atas permintaan penjelasan dari MA no. 242/PAN/VII/2010.<sup>80</sup>

Dalam hukum adat Dayak, secara umum mereka akan menghormati dan melindungi tamu yang menghormati hukum adatnya, bahkan menjadikannya sebagai saudara angkat. Namun, sebaliknya hukum adat juga akan memberikan sanksi kepada tamu yang tidak menghormati hukum adat. Penghormatan dan perlindungan terhadap tamu misalkan tercermin dalam tulisan **J Kusni** sebagai berikut :

*“Di dalam Hukum Adat Suku Dayak ditemukan juga hal istimewa untuk melindungi dan menjadi orang asing yang mengembara di daerah suku Dayak. Suku Dayak merasa terhina apabila ada orang asing yang datang ke daerahnya, selagi dalam perjalanan di daerah suku Dayak kemudian orang asing tersebut menderita atau mengalami kesusahan. Oleh karena itu ada Hukum Adat Dayak yang isinya antara lain harus menerima dan memelihara keamanan orang asing yang masuk daerah suku Dayak dan telah berjanji menyerahkan nasib kepada Kepala Adat dan berjanji untuk tunduk kepada Hukum Adat suku Dayak di mana orang asing tersebut berada.”<sup>81</sup>*

Maka dalam perspektif masyarakat adat, kedatangan tim survey batubara pada malam hari dan tidak meminta ijin adalah pelanggaran hukum adat. Namun, untuk menunggu proses sidang adat, keduanya diperlakukan sebagai tamu dalam hukum adat. Seperti menyediakan makanan dan minuman sesuai dengan kemampuannya, serta menyiapkan tempat tidur terbaik. Penempatan dua orang rombongan di kediaman pengurus adat, merupakan simbol keduanya berada dalam lindungan adat, dan masyarakat adat akan patuh.

Dari kasus ini, kita mendapatkan gambaran bahwa :

- Terdapat perbedaan persepsi terhadap perampasan kemerdekaan antara aparat penegak hukum dan masyarakat adat. Aparat penegak hukum, pengusaha dan birokrasi menggunakan perspektif sentralisme negara memandang bahwa masyarakat adat tidak memiliki hak untuk menahan seseorang di kampungnya, karena otoritas perampasan kemerdekaan adalah kewenangan aparat penegak hukum. Namun, disisi lain masyarakat adat berpandangan yang dilakukan bukanlah perampasan kemerdekaan, tetapi untuk menunggu waktu sidang adat dilakukan, dan mereka diperlakukan secara terhormat sebagai tamu, bukan tahanan;
- Tim survet batubara tidak memiliki itikad baik dengan sengaja mendatangi Bukit Kerapas pada tengah malam, dan dengan mematikan mesin perahu dan lampu, merupakan pelanggaran hukum adat kesupan.
- Perbuatan datang di malam hari, memasuki wilayah adat tanpa ijin, menurut masyarakat adat merupakan perbuatan yang melanggar hukum adat, dan perbuatan tersebut tidak dikategorikan sebagai perbuatan pidana. KUHP merumuskannya sebagai kejahatan jika perbuatan mengakses ke suatu wilayah tanpa ijin ke dalam dalam rumah, ruangan atau pekarangan tertutup rumah atau ruangan yang tertutup<sup>82</sup>, sehingga seharusnya aparat penegak hukum pun memproses secara pidana berdasarkan UU No.1/Drt/1951
- Hakim dalam memutus perkara tidak *menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”, khususnya adat bertamu, dan tata cara sidang adat dilakukan.

### 3. Kasus Masyarakat Adat Jalai Kendawangan Vs PT Bangun Nusa Mandiri : Persepsi terhadap Sanksi Adat dan Batas Wilayah

Kampung Silat Hulu, di Kecamatan Marau, berada sekitar 200 km dari Kota Ketapang. Ketenangan masyarakat terusik dengan kehadiran PT. Bangun Nusa Mandiri (PT BNM) yang merupakan anak perusahaan dari PT. Sinar Mas Group. PT. BNM mendapatkan Ijin Usaha Perkebunan (2004) dan Ijin Lokasi Pembangunan Perkebunan Kelapa Sawit (2009) di wilayah Kecamatan Jelai Hulu Desa Priangan, Dusun Riam dan Desa Biku Sarana, Dusun Bayam Sungai Lalang. Seharusnya wilayah Dusun Silat Hulu yang berada di Desa Bantan Sari Kecamatan Marau tidak masuk ke dalam ijin yang diberikan<sup>83</sup>.

Namun dalam kenyataannya PT.BNM memasuki wilayah adat masyarakat Silat Hulu. Perusahaan menggusur areal perladangan, kebun karet, kebun buah-buahan dan kuburan yang memiliki nilai sosial, ekonomi, budaya dan kepercayaan masyarakat<sup>84</sup>.

Sejak awal beroperasinya PT.BNM masyarakat telah menolak menyerahkan tanah/lahan mereka kepada perusahaan, dan meminta pertanggungjawaban perusahaan. Melalui musyawarah, penuntutan langsung, meminta bantuan pihak kecamatan dan melaporkannya ke Polsek Marau. Namun perusahaan tidak mengindahkan penolakan masyarakat dan terus melakukan penggusuran sampai mencapai 350 ha wilayah adat.

Karena upaya musyawarah tidak membuahkan hasil, pada 29 September 2009, masyarakat memutuskan menahan alat yang digunakan untuk menggusur, yaitu 1 (satu) Bulldozer dan 1 (satu) unit Dorulit, yang dilanjutkan dengan sidang adat. Perusahaan diputus melanggar adat dan dihukum membayar 15 *tajau*, 4 (empat) *singkar piring*, 4 (empat) *tatak mangkuk* ditambah 6 buah *tajau* atas penggusuran kuburan, atau setara dengan Rp. 1,3 Milyar. Adapun rincian pelanggaran dan sanksi adat adalah sebagai berikut :

**Tabel 2**

**Sanksi Adat terhadap PT. Bangun Nusa Mandiri/Sinar Mas Groups (2009)<sup>85</sup>**

<b>Tindakan</b>	<b>Jenis Pelanggaran</b>	<b>Sanksi</b>
Merusak wilayah adat	<i>merusah belalai belayu</i>	1 (satu) buah <i>tajau</i> , 1 (satu) <i>singkar piring</i> , 1 (satu) <i>tatak mangkuk</i> peturuk
Menggusur dan menghancurkan tanam – tumbuhan	<i>Sumpah serapah pajuh bilai</i>	2 (dua) buah <i>tajau</i> , 1 (satu) <i>singkar piring</i> , 1 (satu) <i>tatak mangkuk</i> peturuk .
Masuk wilayah adat tanpa permissi dan pemberitahuan	<i>adat langkah batang jajak tunggul kepada demung tua</i>	3 (tiga) lasak (dua buah <i>tajau</i> ).
Membelakangi dan melangkahi Demung Tua	<i>merurut muka menampar atik pelecehan damung tua</i>	3 lasak (dua buah <i>tajau</i> ).
Menggusur kebun buah yang belum menghasilkan	<i>dara diumbungan kampung buah kabun pasha</i>	3 lasak (dua buah <i>tajau</i> , satu <i>singkar piring</i> , satu <i>tatak mangkuk</i> peturuk).
Menimbun ladang	<i>menungkal menjuaran</i>	3 lasak (dua buah <i>tajau</i> , satu <i>singkar</i>

adat	<i>membuta mengicingan mata membaji menyakit di lakau humaq</i>	piring, satu tatak mangkuk peturuk, satu botol tuak, tampung tawar along dingin darah manok.
Memindahkan dan merusak pohon dan hutan	<i>kantung membaliki api atau tunggul begarak batang bekalih</i>	6 lasak (empat buah tajau)
Menggusur kuburan		6 (enam) buah tajau

Tetapi perusahaan tidak mengindahkan sanksi adat yang telah dijatuhkan. Kepolisian meminta warga menyerahkan buldozer dan dorulit, dan warga tetap menolak sebelum dilakukan pemenuhan kewajiban adat dan upacara **“Tuak Tumpah Manuk Mati”**. Semenjak 30 September 2009 pihak kepolisian berusaha membebaskan alat berat perusahaan yang disandera oleh masyarakat. Bahkan polisi mewakili perusahaan untuk bernegosiasi dengan masyarakat silat hulu, termasuk mempersoalkan kembali sanksi adat yang telah dijatuhkan, melakukan kekerasan dan intimidasi selama proses negosiasi<sup>86</sup>.

Pada 27 Oktober 2009, lima warga yaitu Japin, Ayol, Ritung, Anton dan Kimsoi dan Vitalis Andi, Sekretaris Jenderal Aliansi Masyarakat Adat Jalai Kendawangan (AMA-JK) untuk menghadap sebagai tersangka. Tuduhan yang disangkakan adalah melanggar pasal 21 Jo pasal 47 Undang Undang No 18 tahun 2004 tentang Perkebunan<sup>87</sup> junto Pasal 368 KUHP tentang Pemerasan<sup>88</sup>.

Atas kondisi ini perwakilan masyarakat mengadu ke Komnas HAM RI. Komnas HAM mengirimkan surat kepada Bupati Ketapang dan meminta untuk menghentikan dan memulihkan dugaan pelanggaran HAM oleh PT. BNM terhadap Masyarakat Adat Silat Hulu<sup>89</sup>. Dan dengan didampingi Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN-Kalbar) dan Tim Pengacara masyarakat melakukan audiensi ke Kapolres Ketapang. Audiensi ini menghasilkan kesepakatan sebagai berikut :

1. Warga Masyarakat Adat Silat Hulu menyerahkan kunci bulldozer;
2. 2 unit bulldozer akan diserahkan warga jika sudah dilakukan ritual adat “Tuak Tumpah Manuk Mati”;
3. Soal ganti rugi tanam tumbuhan akan dituntut melalui jalur lain yaitu langkah perdata atau negosiasi.

Sedangkan untuk warga yang ditetapkan sebagai tersangka, setelah dilakukan pemeriksaan selama tiga jam, empat warga dinyatakan tidak terlibat, dua diantaranya kemudian dijadikan saksi. Namun, Vitalis Andi dan Japin ditetapkan sebagai tersangka dan wajib lapor setiap bulan ke Polres Ketapang. Selanjutnya kasus ini dikenal dengan sebutan Kasus Andi dan Japin.

Setelah proses yang berlarut dan meluas, PT BNM akhirnya memenuhi sanksi adat, bagi masyarakat hal ini membuktikan perusahaan telah mengakui bahwa mereka telah melakukan penggusuran. Dengan telah dipenuhinya kewajiban, maka dalam budaya masyarakat tidak ada lagi persoalan antara warga dengan PT.BNM. Kegoncangan telah dipulihkan dan harmoni sudah tercapai menurut hukum yang hidup di masyarakat dan

anggota masyarakat dapat kembali beraktivitas seperti biasa. Hal ini diungkapkan dalam pepatah sebagai berikut : <sup>90</sup>

*Dongeng pandir cakap warah kita karena hukum udah putus perkara udah habis.  
Tuak tumpah manok mati, di arai tidak begumbang di batu tidak beguyah, licin  
betuang halus becanai. Halang mencangking dapat, ular menalan kanyang.*

(Artinya: perkara sudah putus, air tuak sudah ditumpahkan, ayam sudah dibunuh. Sungai tidak bergelombang, batu tidak bergerak, semuanya berjalan lancar. Burung elang sudah mencengkeram mangsa, sementara ular sudah kenyang karena memakan mangsanya).

Namun, polisi tetap melanjutkan kasus Vitalis Andi dan Japin dan Kejaksaan Negeri Ketapang, menahan keduanya. Permohonan penangguhan penahanan dan pengalihan penahanan ditolak dengan alasan bahwa hal tersebut merupakan hak dan wewenang kejaksaan dan sudah sesuai prosedur. Vitalis Andi dan Japin disidangkan, dan kembali mengajukan pengalihan menjadi tahanan kota dengan jaminan 500 orang tokoh nasional, polisi, pejabat, tokoh lokal maupun masyarakat adat.

Proses persidangan terjadi tiga kali dakwaan, yaitu :

1. Dakwaan I, Maret 2010, dalam putusan sela atas eksepsi tim pengacara, Hakim menyatakan gugatan jaksa batal demi hukum dan memvonis bebas Andi-Japin serta membebaskan biaya perkara kepada Negara;
2. Dakwaan II, Juni 2010, dalam putusan sela atas eksepsi tim pengacara, Hakim menerima eksepsi penasehat hukum terdakwa dan menyatakan dakwaan JPU batal demi hukum.
3. Dakwaan III, Februari 2011, Jaksa kembali mendakwa Vitalis Andi - Japin, namun penasehat hukum memilih untuk tidak melakukan eksepsi agar mendapatkan kepastian hukum atas kasus ini, karena pasal yang dituduhkan adalah sama seperti dakwaan I dan II, yaitu mengganggu usaha perkebunan dan pemerasan. Hakim menyatakan bahwa Japin dan Andi terbukti mengganggu jalannya usaha perkebunan dan menghukum masing-masing satu tahun penjara. Vitalis Andi dan Japin mengajukan banding atas putusan ini. Vitalis Andi dan Japin selanjutnya mengajukan judicial review UU Perkebunan ke Mahkamah Konstitusi, dan MK menyatakan pasal 21 beserta penjelasannya, Pasal 47 ayat (1) dan Ayat (2) UU Perkebunan yang menjadi dasar kriminalisasi terkait usaha perkebunan dinyatakan bertentangan dengan konstitusi. Dengan demikian pasal tentang tindak pidana mengganggu usaha perkebunan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.

Dalam kasus ini, kita mendapatkan gambaran bahwa :

- a. Perbedaan persepsi terhadap sanksi adat yang dijatuhkan. Pengusaha, Kepolisian dan Kejaksaan menggunakan perspektif sentralisme negara memandang bahwa sanksi adat yang dijatuhkan yang setara dengan nilai Rp. 1,3 milyar sebagai bentuk pemerasan. Sedangkan masyarakat adat menilai sanksi tersebut sesuai dengan pelanggaran hukum adat yang telah dilakukan perusahaan yaitu mengusur tanah adat, merusak tanaman sehingga tidak dapat dinikmati hasilnya, mengusur areal peladangan sebagai sumber kehidupan dan terutama mengusur kuburan yang memiliki nilai religi bagi masyarakat silat hulu;

- b. Perbedaan persepsi mengenai subyek hukum, aparat penegak hukum memandang subyek pelanggaran hukum adalah individu, yang dalam hal ini merujuk pada Andi dan Japin. Sedangkan masyarakat adat berpandangan bahwa sanksi adat dan menahan alat berat perusahaan merupakan bentuk perbuatan komunal. Sehingga tuduhan terhadap Andi dan Japin menjadi tuduhan terhadap kesatuan adat.
- c. Perbedaan konsep penyelesaian pelanggaran hukum. Aparat penegak hukum dengan menggunakan sentralisme negara, membedakan penyelesaian secara pidana dan perdata. Sedangkan bagi masyarakat adat, penyelesaian pelanggaran hukum harus bersifat “menyeluruh dan menyatukan”, karena dijiwai oleh sifat kosmis yang saling berhubungan sehingga hukum pidana adat tidak membedakan pelanggaran yang bersifat pidana dan perdata.
- d. Pihak perusahaan sendiri melakukan pelanggaran terhadap UU Perkebunan yaitu tidak melakukan musyawarah dengan masyarakat hukum adat pemegang hak ulayat dan warga pemegang hak atas tanah yang bersangkutan, untuk memperoleh kesepakatan mengenai penyerahan tanah dan imbalannya. Pihak perusahaan justru menunggu terjadinya konflik dan sidang adat.
- e. Perlakuan diskriminatif aparat kepolisian dengan tidak memposes secara hukum tindakan PT.BNM yang merampas dan menggusur tanah adat, tanaman diatasnya, areal perladangan dan pekuburan yang telah dilaporkan sebelumnya oleh masyarakat adat Silat Hulu.
- f. Aparat Kepolisian, mencoba mengambil keuntungan dari denda adat yang dijatuhkan, dengan mencoba melakukan negosiasi sanksi adat antara masyarakat adat dengan perusahaan.
- g. Hakim dalam memutus perkara telah *menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum terkait dengan denda adat dan tidak mengkategorikannya sebagai bentuk pemerasan. Namun, hakim tidak memfinalisasi penggalan terhadap nilai-nilai tersebut dalam putusannya selain itu hakim juga gagal melihat konteks UU Perkebunan dalam politik hukum dan politik hukum pidana untuk pengelolaan sumber daya alam dan perlindungan hak-hak masyarakat adat.* Sehingga dalam putusannya kemudian tetap menjatuhkan pidana kepada kedua terdakwa berdasarkan UU perkebunan.

## **D. PENUTUP**

### **1. Kesimpulan**

- a. Secara faktual dan sosial masyarakat adat dan perangkat-perangkatnya termasuk peradilan ada dan diakui oleh masyarakat.
- b. Secara hukum, konstitusi memberikan pengakuan terhadap keberadaan masyarakat adat dan hak-hak tradisionalnya dengan syarat
- c. Pemberlakuan syarat bagi keberadaan masyarakat adat di dalam hukum Indonesia dan keberadaan UU drt no1/1951 serta peraturan perundang-undangan lain yang menghapus dan mengambil alih kewenangan peradilan adat/peradilan desa/lokal ke ranah negara menjadikan masyarakat adat kehilangan kedaulatan.



- d. Hal ini berdampak tidak ada pengakuan negara terhadap putusan-putusan yang dihasilkan oleh peradilan adat tersebut.

### Daftar Pustaka

- Abdias Yas –Kisah Tragis Petani di Desa Siyai -Kabupaten Melawi: Membuat Ladang, Dicidaduk Polisi,makalah disampaikan dalam Workshop Permasalahan Tenurial dan Reforma Agraria di Kawasan Hutan dalam Perspektif Masyarakat Sipil, Bogor 29 Oktober 2007
- Abdias, Taman Nasional “Mentamankan” Warga Sungkup, artikel, diakses di [www.lbbt-kalbar.org](http://www.lbbt-kalbar.org)
- Agustinus Agus dan Sentot Setyasiswanto, Setelah Kami Dilarang Masuk Hutan, Jakarta, Huma, 2010
- Aman Kalbar; Kasus Andi-Japin: Fakta Pelecehan Sinar Mas Terhadap Hukum Adat Melalui Pengadilan Negeri Ketapang; Pontianak 24 Februari 2011. <http://permalink.gmane.org/gmane.culture.media.mediacare/75653>;
- Bambang Sulistyanto, Religi dan Makna Upacara Kematian Masyarakat Dayak <http://hurahura.wordpress.com/2011/07/16/religi-dan-makna-upacara-kematian-masyarakat-dayak/>
- BPHN; Inventarisasi Ringkasan Tulisan-Tulisan dan Yurisprudensi dari zaman sebelum tahun 1945; BPHN diedarkan Penerbit Alumni Bandung, 1978
- Abdurrahman, Penyelesaian Sengketa Hukum Adat Antara Peradilan Adat dan Lembaga Adat; dalam Sistem Peradilan Adat dan Lokal di Indonesia, AMAN Jakarta, 2003
- Hazairin, Kata Pengantar (Hakim Desa) dalam R. Soepomo, Pertautan Peradilan Desa Kepada Peradilan Gubernur, BHRATARA, 1977
- <http://rumahiklim.org/hak-masyarakat-adat/internasional/undrip/>
- Justice For The Poor Bank Dunia, Menemukan Titik keseimbangan : Mempertimbangkan Keadilan Non- negara di Indonesia ;Jakarta; world Bank; 2009
- K. Wantjik Saleh, SH. Kehakiman dan Peradilan; Penerbit Simbur cahaya, jakarta, 1976
- Khudzaifah Dimiyati, Teorisasi Hukum, Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945 – 1990; Genta Publishing;Yogyakarta, hal 6.
- Kronline; PT BNM (Sinar Mas Grup) Rampas Hidup Masyarakat Silat Hulu; Kamis 29 Oktober 2009 diunduh 16 Januari 2011; [www.kalimantanreview.com/online/2009/004.php](http://www.kalimantanreview.com/online/2009/004.php)
- Kusni, Kalimantan Tengah, Betang Kekinian, Jurnal Toddoppuli, dalam Cerita Untuk Andriani S. Kusni & Anak-Anakku, Posted September 27, 2009
- Rikardo Simarmata, Pengakuan Hukum Terhadap Masyarakat Adat di Indonesia; UNDP-RIPP, Bangkok, 2006.
- Sandra Moniaga, Dari Bumiputera ke Masyarakat Adat : Sebuah perjalanan Panjang Membingungkan; dalam Jamie S. Davidson dkk; Adat Dalam Politik Indonesia; Yayasan Pustaka Obor Indonesia; 2010;

Siti Aminah, Hak Bantuan Hukum Dalam Berbagai konteks, (Analisa terhadap UU NO. 16/2011 tentang Bantuan Hukum), 2012

Soetandyo Wignjosoebroto, Eksistensi Hukum Adat: Konseptualisasi, Politik Hukum dan Pengembangan Pemikiran Hukum Sebagai Upaya Perlindungan Hak Masyarakat Adat, makalah, akses di <http://soetandyo.wordpress.com/>

Soetandyo Wignjosoebroto, Mempersoalkan Empat Syarat Pengakuan Eksistensi Masyarakat Hukum Adat;

Sudikno Mertokusumo; Sejarah Peradilan dan Perundang-undangannya Di Indonesia Sejak 1942 Dan Apakah Kemanfaatannya Bagi Kita bangsa Indonesia; Liberty Yogyakarta, 1983

Sumarmo dkk; 45 Tahun Sumpah Pemuda; Yayasan Gedung-Gedung Bersejarah, Jakarta, 1974 hal 69

Surat Ketemenggunaan Pelaik keruap kepada Ketua Mahkamah Agung, perihal Nota penjelasan tertanggal 28 Mei 2010 yang ditandatangani Ronti selaku temenggung Pelaik Keruap.

Surat Ketemengggngn Pelaik keruap yang ditukan kepada Ketua PN Sintang, perihal Surat Penolakan Proses Peradilan di PN Sintang tertanggal 28 Mei 2010 yang ditandatangani Ronti selaku temenggung Pelaik Keruap;

Tim PAMA (Tim Pembela masyarakat Adat); Masyarakat Adat Vs Negara (Kasus Andi Japin Vs PT BNM; Kronologis Kriminalisasi Masyarakat Adat); Pontianak 27 Februari 2010; dalam <http://edipetebang.blogspot.com/p/kronologis-kriminalisasi-masyarakat.html>

Tim Pengacara Terdakwa Vitalis Andi dan Japin , Masyarakat Adat Mengugat: Perjuangan Tanpa Akhir Melawan Ketidakadilan; Pledoi,2009

Tolak Perusahaan Tambang Warga Masyarakat Adat Dihukum Pengadilan <http://hukumonline.com/berita/baca/lt4bfb59f7c4dde/tolak-perusahaan-tambang-warga-masyarakat-adat-dihukum-pengadilan> .Selasa 25 Mei 2010.Diunduh tanggal 10 januari 2012.

UU 14/1970

UU 41/1999

UU 48/2009

UU Darurat 1/1951

## **Rekonstruksi Politik Hukum Pengakuan Peradilan Adat dalam Sistem Kekuasaan Kehakiman untuk Mewujudkan Keadilan Restoratif**

**Moh. Jamin**

### **A. Pendahuluan**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD NRI) 1945 hasil perubahan mengamanatkan adanya pengakuan dan penghormatan kesatuan masyarakat hukum adat (*constitutional respect and recognition*). Pasal 18B Ayat (2) UUD NRI 1945 menyatakan : *Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang*. Sementara Pasal 28I Ayat (3) UUD NRI 1945 menyatakan : *Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban*. Pengakuan dan penghormatan dalam konstitusi tersebut menurut Rahmad Safa'at bersifat "bersyarat dan bukan secara deklaratif hal itu menunjukkan adanya pengingkaran dan kecurigaan terhadap masyarakat hukum adat" (Rachmad Safa'at, 2011 : 58), atau ada juga yang menyebut pengakuan yang bersifat semu atau *pseudo recognition* (Nyoman Nurjaya, 2011 : 385).

Pengakuan dalam konstitusi, secara filosofis mengandung konsekuensi pengakuan dan penghormatan seluruh tatanan dan institusi (termasuk peradilan) yang ada dan dimiliki oleh masyarakat hukum adat, karena menurut I Nyoman Nurjaya, peradilan adat merupakan salah satu dari 6 (enam) syarat bagi keberadaan suatu masyarakat hukum adat (Mahkamah Konstitusi RI, *Risalah Sidang Perkara No. 55/PUU/VIII/2010 Perihal Pengujian UU No. 18 Tahun 2004 Tentang Perkebunan Terhadap UUD NRI Tahun 1945*, 2011 : 5). Pendapat bahwa peradilan adat merupakan salah satu pilar dari masyarakat hukum adat sebelumnya juga dinyatakan oleh R. Supomo (1972 : 5). Peradilan adat dengan berbagai sebutan nama yang berbeda pada setiap kesatuan masyarakat hukum adat telah eksis sejak jauh sebelum berdirinya Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Pada masa penjajahan Hindia Belanda ada kebijakan menyandingkan hukum yang diberi sanksi negara (yang dijalankan oleh Pengadilan Negara) dengan hukum adat (yang dijalankan oleh Peradilan Adat) yang dianut rakyat lewat kebijakan dualisme peradilan, sekalipun hukum adat dan peradilannya dianggap tidak setaraf dan lebih rendah dari hukum Eropa (Mahadi, 1991 : 102-103). Pemerintah kolonial memberikan pengakuan melalui berbagai *Statblad (Stb)* yang berisi pengakuan pada keberadaan peradilan adat di berbagai tempat di Hindia Belanda.

Beberapa contoh adalah *Stb* 1881 Nomor 83 untuk Aceh Besar, *Stb* 1886 Nomor 220 untuk Pinuh (Kalimantan Barat), *Stb*. 1889 Nomor 90 untuk daerah Gorontalo, *Stb* 1906 Nomor 402 untuk Kepulauan Mentawai, *Stb*. 1908 Nomor 231 untuk Hulu Mahakam, *Stb* 1908 Nomor 234 untuk daerah Irian Barat dan *Stb*. 1908 Nomor 269 untuk daerah Pasir. Tahun 1932, tepatnya tanggal 18 Februari, pemerintah kolonial mengeluarkan *Stb*. 1932 Nomor 80 yang mencabut dan menggantikan berbagai ketentuan atau *Stb* yang memberikan pengakuannya terhadap peradilan adat pada daerah-daerah di atas dan memberikan pengakuan untuk daerah-daerah baru. Pasal 1 *Stb* 1932 Nomor 80 menyatakan pengakuannya terhadap peradilan adat pada daerah-daerah yang disebutkan, dengan pelaksana peradilannya adalah hakim dari masyarakat pribumi. Pemberlakuan peraturan

baru ini secara bertahap. Untuk daerah Kalimantan Selatan dan Timur dimulai tanggal 1 April 1934 dengan Stb 1934 Nomor 116 dan Stb Nomor 340, untuk Aceh pada tanggal 1 Oktober 1934 dengan Stb 1935 Nomor 465, untuk Kalimantan Barat dan Maluku pada tanggal 1 Januari 1936 melalui Stb. 1936 Nomor 490 dan pada tanggal 1 Januari 1937 untuk Bali dan Lombok (Tim HuMa, 2011 : 2-3). Sedangkan peradilan adat di Irian Barat (Papua), dimuat dalam *Ordonantie op de Inheemse Rechtspraak in Rechtstreek Bestuurd Gebeid S. 1932 No. 80* dan *Inheemse Rechtspraak Verordening Molukken Jav. Crt. 24 September 1935 No. 77, Extra Bijvoegsel No. 57* ( Sudikno Mertokusumo, 1983 : 83). Pada tahun 1935, melalui Stb. 1935 Nomor 102 disisipkan Pasal 3a ke dalam *Rechterlijke Organisatie (RO)*. Dengan disisipkannya pasal ini, kemudian diakui kedudukan peradilan desa (Soerjono Soekanto, 1986 : 42-44), sehingga selama pemerintahan kolonial dikenal dua bentuk peradilan bagi orang pribumi, yaitu peradilan adat dan peradilan desa yang tidak memiliki perbedaan prinsipil.

Politik hukum pengakuan terhadap peradilan adat tersebut tidak diikuti oleh pemerintahan Republik Indonesia, hal ini tidak sesuai dengan filosofi pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat yang terkandung dalam UUD NRI 1945. Politik hukum undang-undang kekuasaan kehakiman berlaku di Indonesia telah menegaskan pengakuan terhadap peradilan adat dan mengorbankan hukum adat (Ratno Lukito, 2008 : 232). Alih-alih menyadari dan mempertimbangkan ulang politik hukum yang ada, justru politik unifikasi hukum dan kelembagaan peradilan itulah yang terus saja dikukuhkan hingga kini (Soetandyo Wigjosoebroto, 2008 : 237).

Politik hukum menjadi fokus tulisan ini karena peran strategisnya dalam pembuatan hukum dan penerapan hukum. Tidak jarang politik hukum mengalami berbagai penyimpangan atau pengingkaran terhadap cita hukum sehingga tidak dihasilkan peraturan perundang-undangan yang mencerminkan cita hukum.

## **B. Politik Unifikasi Peradilan Dan Pengingkaran Peradilan Adat**

Politik hukum berupa unifikasi peradilan yang hanya mengenal satu peradilan yaitu peradilan negara dimulai sejak berlakunya UU Darurat Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan - Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan Dan Acara Pengadilan - Pengadilan Sipil, keberadaan peradilan adat dihapuskan (*vide*: Pasal 1 ayat (2) huruf b). Politik hukum unifikasi yang tidak mengakui keberadaan peradilan adat tersebut kemudian diikuti oleh semua UU kekuasaan kehakiman berikutnya, termasuk UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berlaku saat ini, yang menegaskan bahwa "Semua peradilan di seluruh wilayah negara Republik Indonesia adalah peradilan negara yang diatur dengan undang-undang" [*vide* : Pasal 2 ayat (3)]. Selain itu, Pasal 18 UU No. 48 Tahun tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan Peradilan Umum, lingkungan Peradilan Agama, lingkungan Peradilan Militer, lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi". Pasal ini mempertegas konstruksi politik hukum unifikasi UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang tidak mengenal dan tidak mengakui keberadaan badan peradilan di luar lingkungan peradilan negara (peradilan adat) sebagaimana dalam Pasal 18 tersebut.

Secara yuridis, politik hukum yang tidak mengakui keberadaan peradilan adat (politik unifikasi) dalam UU Kekuasaan Kehakiman merupakan bentuk politik pengabaian (*political of ignorance*) yang bertentangan konstitusi khususnya Pasal 18B ayat (1) dan (2), yang mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus dan kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Apa yang telah menjadi *constitutional respect and recognition* ternyata tidak menjelma menjadi pengakuan dan penghormatan dalam peraturan perundang-undangan (*legal respect and recognition*). Padahal, *legal recognition* (pengakuan hukum) menurut Hart adalah fondasi dari sistem hukum ( H.L.A. Hart, 2009 : 156).

Politik hukum tidak mengakui peradilan adat yang kemudian menjelma dalam ketentuan pasal-pasal UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman dan UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang dibuat pasca Perubahan Kedua UUD NRI 1945 (tahun 2000) menunjukkan adanya inkonsistensi dan memiliki konflik norma (*conflict of norm*) dengan konstitusi yang berkedudukan sebagai norma dasar (*staatfundamentalnorm*) yang menurut Hans Nawiasky merupakan norma tertinggi dan menjadi tempat bergantung norma-norma hukum di bawahnya (Maria Farida Indrati, 1998 : 28). Di samping itu, politik hukum tidak mengakui peradilan adat dalam sistem kekuasaan kehakiman juga menunjukkan inkonsistensi dan konflik dengan Undang-Undang No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia khususnya Pasal 6 ayat (1) yang menyatakan : “Dalam rangka penegakan hak asasi manusia, perbedaan dan kebutuhan dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat dan pemerintah”.

### C. UU Otsus papua : Politik Hukum Pengakuan Peradilan Adat Setengah Hati

Namun, politik unifikasi hukum dalam UU Kekuasaan Kehakiman telah bergeser dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua (selanjutnya disebut UU Otsus Papua) *juncto* UU Nomor 35 Tahun 2008 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2008 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua Menjadi Undang-Undang yang mengakui peradilan adat. UU Otsus Papua kemudian diderivasi melalui Peraturan Daerah Khusus (Perdasus) Papua Nomor 20 Tahun 2008 tentang Peradilan Adat di Papua.

Pasal 50 dan Pasal 51 UU Otsus Papua menegaskan tentang pengakuan Peradilan Adat di lingkungan Masyarakat Adat Papua. Pasal 50 UU Otsus Papua *a quo* menyatakan :

- (1) Kekuasaan kehakiman di Provinsi Papua dilaksanakan oleh Badan Peradilan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.
- (2) Di samping kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diakui adanya peradilan adat di dalam masyarakat hukum adat tertentu.

Selanjutnya Pasal 51 UU Otsus Papua *a quo* menyatakan :

- (1) Peradilan adat adalah peradilan perdamaian di lingkungan masyarakat hukum adat, yang mempunyai kewenangan memeriksa dan mengadili sengketa perdata adat dan perkara pidana di antara para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

- (2) Pengadilan adat disusun menurut ketentuan hukum adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan.
- (3) Pengadilan adat memeriksa dan mengadili sengketa perdata adat dan perkara pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berdasarkan hukum adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan.
- (4) Dalam hal salah satu pihak yang bersengketa atau yang berperkara berkeberatan atas putusan yang telah diambil oleh pengadilan adat yang memeriksanya sebagaimana dimaksud pada ayat (3), pihak yang berkeberatan tersebut berhak meminta kepada pengadilan tingkat pertama di lingkungan badan peradilan yang berwenang untuk memeriksa dan mengadili ulang sengketa atau perkara yang bersangkutan.
- (5) Pengadilan adat tidak berwenang menjatuhkan hukuman pidana penjara atau kurungan.
- (6) Putusan pengadilan adat mengenai delik pidana yang perkaranya tidak dimintakan pemeriksaan ulang sebagaimana yang dimaksud pada ayat (4), menjadi putusan akhir dan berkekuatan hukum tetap.
- (7) Untuk membebaskan pelaku pidana dari tuntutan pidana menurut ketentuan hukum pidana yang berlaku, diperlukan pernyataan persetujuan untuk dilaksanakan dari Ketua Pengadilan Negeri yang mewilayahinya yang diperoleh melalui Kepala Kejaksaan Negeri yang bersangkutan dengan tempat terjadinya peristiwa pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (3).
- (8) Dalam hal permintaan pernyataan persetujuan untuk dilaksanakan bagi putusan pengadilan adat sebagaimana dimaksud pada ayat (7) ditolak oleh Pengadilan Negeri, maka putusan pengadilan adat sebagaimana dimaksud pada ayat (6) menjadi bahan pertimbangan hukum Pengadilan Negeri dalam memutuskan perkara yang bersangkutan.

Dalam pandangan penulis, konstruksi politik hukum pengakuan terhadap peradilan adat dalam UU Otsus Papua itu sendiri sesungguhnya mengandung problema dan inkonsistensi. Hal ini sejalan dengan pendapat Komisi Hukum Nasional, sekalipun dalam perundang-undangan keberadaan masyarakat hukum adat diakui keberadaannya, tetapi pengakuan dalam perundang-undangan banyak mengandung pertentangan. Pertentangan tersebut akibat dari sifat mendua peraturan perundang-undangan. Pada satu sisi berusaha mengakui keberadaan masyarakat adat, pada sisi lain pengakuan tersebut disertai syarat yang memungkinkan penghakiman secara sepihak dan subyektif (Komisi Hukum Nasional (KHN), 2010 : 19).

*Pertama*, sekalipun ada pengakuan terhadap kelembagaan peradilan adat sebagai sebuah *legal entity*, dan hukum adat sebagai hukum materiil yang digunakan di peradilan adat, tetapi tidak ada pengakuan yang tegas terhadap kekuatan hukum putusan-putusannya. UU tersebut menentukan putusan peradilan adat tidak bersifat final, karena bila ada pihak yang berkeberatan terhadap putusan peradilan tersebut berhak meminta kepada pengadilan tingkat pertama di lingkungan badan peradilan yang berwenang untuk memeriksa dan mengadili ulang sengketa atau perkara yang bersangkutan.

*Kedua*, politik hukum pengakuan pengakuan terhadap peradilan adat dalam UU Otsus Papua dalam pengaturannya mengandung *conflict of norm* secara internal, karena pada satu sisi Penjelasan Pasal 52 Ayat (2) mengatakan “pengadilan adat bukan badan peradilan negara, melainkan lembaga peradilan masyarakat”, tetapi ternyata putusannya dapat dimajukan pemeriksaan dan pengadilan ulang (upaya hukum banding) ke pengadilan negara, yang tentu juga akan menggunakan logika hukum negara dalam menyelesaikannya.

*Ketiga*, politik hukum pengakuan pengakuan terhadap peradilan adat dalam UU Otsus Papua mengandung ketidakjelasan dan kekaburan norma (*vague norm*) tentang kompetensi peradilan adat itu sendiri. Terhadap perkara pidana di antara para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan yang tidak termasuk delik menurut negara dan atau tidak ada padanannya dalam KUHP, seharusnya menjadi kompetensi absolut peradilan adat, sehingga tidak bisa dimintakan pemeriksaan ulang ke pengadilan negara.

*Ke empat*, UU Otonomi Khusus Papua sesungguhnya termasuk dalam konteks pengaturan hukum Pemerintahan Daerah yang bersumber pada Pasal 18B UUD NRI 1945. Sementara soal peradilan termasuk konteks hukum Kekuasaan Kehakiman yang bersumber pada Pasal 24, dan 25 UUD NRI 1945. Di sini menjadi urgen untuk ditelaah apakah pengaturan hukum pemerintah daerah dapat memasuki wilayah hukum kekuasaan kehakiman (dengan memberikan tugas dan kewenangan peradilan negara untuk memeriksa dan mengadili ulang sengketa dan perkara yang telah diputusan peradilan adat).

*Ke lima*, problematik yuridis yang lainnya, UU Otsus Papua, khususnya Pasal 50 dan Pasal 51 secara normatif bertentangan secara horisontal (*conflict of norm*) dengan pasal-pasal yang menyatakan “tidak ada peradilan di luar peradilan negara” dalam UU Kekuasaan Kehakiman yang berlaku (UU 14 Tahun 1970 jo. UU No. 35 Tahun 1999, UU No. 4 Tahun 2004, dan UU No. 48 Tahun 2009). Hal ini diperkuat *ipso jure* pada bagian “Meningkat” UU Otsus Papua sama sekali tidak merujuk Pasal 24 dan Pasal 25 UUD NRI 1945 yang mengatur kekuasaan kehakiman.

Dari kajian tersebut dapat disimpulkan bahwa sekalipun UU Otsus Papua memberi pengakuan terhadap eksistensi peradilan adat tetapi pengakuan itu masih setengah hati dan tidak memberikan kedudukan yang otonom bagi peradilan adat dalam sistem kekuasaan kehakiman di Indonesia.

#### **D. Kebutuhan Empiris**

**Secara sosiologis**, kebutuhan akan pengakuan terhadap keberadaan peradilan adat tidak hanya menjadi monopoli masyarakat adat Papua, yang kemudian “beruntung” dengan diterbitkannya UU Otsus Papua. Di banyak masyarakat hukum adat lainnya keberadaan peradilan adat *ipso facto* masih sangat berperan besar sebagai *self regulating mechanism* atau sering disebut sebagai *community justice system* yang bekerja secara informal namun otonom (Kurnia Warman, 2003 : 90). Lembaga ini melalui mekanisme-mekanisme yang dimiliki berfungsi sebagai penyelesai, dan/atau sebagai pemulih situasi tertib pada umumnya (Soetandyo Wignjosoebroto, 1994 : 136).

Di sebegini besar tatanan lokal yang hidup di nusantara telah berkembang praktek teknis resolusi konflik (Ade Saptomo, 2010: 95-109). yang dijalankan melalui peradilan adat. Beberapa contoh ilustrasi dapat digambarkan berikut.

Di Desa Terawas, Musirawas, Sumatera Selatan, dikenal tradisi *punjung mentah*. Bila terjadi pertentangan antar warga, pihak bersalah difasilitasi membawa *punjung mentah* kepada keluarga korban, di dalamnya berisi kopi, gula, beras, ayam dan rokok. *Punjung mentah* adalah simbol ungkapan penyesalan dan permohonan maaf kepada keluarga korban. Kalau *punjung mentah* sudah dibawa, biasanya keluarga korban merasa puas, dihormati, menerimanya dan menahan dendamnya. Usai pemberian *punjung mentah*, dilanjutkan dengan tradisi tepung tawar, orang yang saling bertikai kemudian saling mengoleskan tepung tawar di badannya, maka keduanya dianggap bersaudara. Cara demikian menahan konflik perorangan menjadi konflik kelompok bahkan konflik komunal” ( Abdur Rozaki, 2010).

Di Kabupaten Soe, Nusa Tenggara Timur, dikenal tradisi *okomama*, yakni sebuah kotak dengan aneka ukuran yang di luarnya dibalut dan dilapisi kain tenunan adat dan di dalamnya diisi sirih pinang dan kapur. Bila ada konflik atau pertikaian dalam masyarakat, pihak bertikai dimasukkan kedua tangannya dalam *okomama* sambil berjanji dan bersumpah untuk tidak lagi permusuhan dan selanjutnya menjaga perdamaian. Dengan itu, damai antar pihak bertikai terfasilitasi, dendam teredam, konflik kelompok bahkan komunal terhindari ( Ade Saptomo, 2010 : 95).

Di Bali, dalam menata, memperbaiki, dan meminimalisasi terjadinya konflik di Desa *Pakraman* adalah dengan mengedepankan penyelesaian konflik melalui perundingan diantara mereka yang berselisih secara damai dan kekeluargaan. Jika konflik tidak dapat diselesaikan melalui perundingan di atantara mereka, maka di tempuh pola mediasi yaitu penyelesaian sengketa yang dimediasi oleh Majelis Desa *Pakraman* sebagai suatu bentuk peradilan adat. Penyelesaian konflik secara damai sangat penting dikedepankan untuk mempertahankan harmoni sosial dalam kehidupan masyarakat Bali, serta tidak menimbulkan luka batin yang menyisakan dendam berkepanjangan. Masyarakat di Bali lebih percaya dengan putusan lembaga peradilan adatnya, daripada putusan peradilan negara. Ada rasa keadilan yang sebenarnya tercermin dari tiap putusan hukum adatnya ( Made Sudjana, 2010 : tanpa hlm).

Di Bengkulu, pada klan Selupu Lebong, dikenal pengadilan yang melibatkan pelindung adat, ketua kutai dan ketua *sukau*/klan ( Abd. Kholik, “Menggagas Penyelesaian Konflik Berbasis Kearifan Lokal (*local wisdom*) (Studi pada Mekanisme Peradilan Adat Clan Selupu Lebong, Bengkulu)”, [http://blog.unsri.ac.id/revolusi-jalan/artikel-sosial-budaya/diunduh\\_28\\_Juli\\_2010](http://blog.unsri.ac.id/revolusi-jalan/artikel-sosial-budaya/diunduh_28_Juli_2010)). Di Takalar, Sulawesi Selatan dikenal Imam Desa yang kurang lebih menjalankan fungsi yang sama yaitu sebagai mediator dalam konflik lokal (Jawahir Tontowi, 2007 : 72). Keefektifan peradilan adat dalam penyelesaian kasus kekerasan terhadap perempuan pernah dilansir oleh Komisi Nasional Perempuan sebagaimana dinyatakan Rukmini Paata Toheke (Perempuan adat Ngata Toro Opant Kabupaten Sigi, Provinsi Sulawesi Tengah) (<http://www.komnasperempuan.or.id/2010/09/peran-penting-pengadilan-adat-dalam-penyelesaian-kasus-kekerasan-terhadap-perempuan>, diunduh 27 September 2010).

Dari perspektif sosiologis, politik hukum unifikasi lembaga peradilan dalam sistem kekuasaan kehakiman telah mengabaikan (*the political of ignorance*) fakta kemajemukan hukum yang berlaku dalam masyarakat. Terutama pada kesatuan masyarakat hukum adat yang masih kuat memegang hukum adat mereka dan memiliki peradilan tersendiri untuk menyelesaikan sengketa dan pelanggaran hukum adatnya. Tidak heran jika ada keinginan



agar peradilan adat diakui dan dihidupkan kembali karena dianggap lebih efektif dan sesuai rasa keadilan masyarakat adat setempat.

Pada sisi lain, keberadaan peradilan adat justru diperlukan oleh sistem kekuasaan kehakiman dalam rangka membantu mengatasi problema kelebihan beban (*over loaded*) yang dihadapi pengadilan resmi (negara). Banyak sengketa perdata dan perkara pidana ringan, pidana anak (kasus sandal jepit) atau delik aduan akan lebih efektif dan efisien diselesaikan oleh peradilan informal (peradilan adat) yang diharapkan dapat memberikan *restorative justice*. Secara umum prinsip-prinsip keadilan restoratif adalah membuat pelanggar bertanggungjawab memperbaiki kerugian yang ditimbulkan oleh kesalahannya. Memberikan kesempatan kepada pelanggar membuktikan kapasitas dan kualitasnya di samping mengatasi rasa bersalahnya secara konstruktif (Musakkir, 2011 : 5).

Penyelesaian sengketa oleh peradilan adat dengan berbasis kearifan lokal didasarkan pada musyawarah lebih menjanjikan untuk mendapatkan *restorative justice* (Darmawan Salman, 2011). Menurut definisi yang dikemukakan oleh Dignan, *restorative justice* atau keadilan restoratif adalah (Anonim, 2012) :

*Restorative justice is a new framework for responding to wrong doing and conflict that is rapidly gaining acceptance and support by educational, legal, social work, and counseling professionals and community groups. Restorative justice is a valued-based approach to responding to wrongdoing and conflict, with a balanced focus on the person harmed, the person causing the harm, and the affected community”.*

Definisi tersebut mensyaratkan adanya suatu kondisi tertentu yang menempatkan keadilan restoratif sebagai nilai dasar yang dipakai dalam merespon suatu perkara pidana. Dalam hal ini disyaratkan adanya keseimbangan fokus perhatian antara kepentingan pelaku dan korban serta memperhitungkan pula dampak penyelesaian perkara pidana tersebut dalam masyarakat. Hal ini sejalan dengan pernyataan Michael Wenzel bahwa *restorative justice means the repair of justice through reaffirming a shared value-consensus in a bilateral process* (Michael Wenzel, Tyler G. Okimoto, Norman T. Feather, Michael J. Platow, 2008 : 1).

Keadilan restoratif pada abad dua puluh satu memang telah berkembang menjadi gerakan dengan memberdayakan nilai-nilai tradisional dan melibatkan warga masyarakat, sebagaimana ditulis oleh Mark S. Umbreit and Marilyn Peterson Armour berikut ini ( Mark S. Umbreit and Marilyn Peterson Armour, 2011 : 14) :

*The restorative justice movement is having an increasing impact upon criminal justice system policy-makers and practitioners throughout the world. As a relatively young reform effort, the restorative justice movement holds a great deal of promise as we enter the twenty-first century. By utilizing many traditional values of the past, drawn from many different cultures, we have the opportunity to build a far more accountable, intelligible, and healing system of justice and law, which can lead to a greater sense of community through active victim and citizen involvement in restorative initiatives.*

Sangat beralasan jika Kementerian Dalam Negeri sebagaimana disampaikan oleh Menteri Dalam Negeri Gamawan Fauzi menggagas peradilan tingkat desa dan nagari dalam rancangan undang-undang (RUU) tentang Desa untuk menyelesaikan kasus ringan yang seharusnya tidak perlu dibawa ke ranah hukum (<http://www.republika.co.id/berita/nasional/hukum/12/03/24/m1e2ky-selesaikan-kasuskasus-kecil-kemendagri-gagas-peradilan-tingkat-desa>, diunduh 26 Maret 2012).

### E. Rekonstruksi Politik Hukum Pengakuan Peradilan

Pengertian rekonstruksi (*reconstruction*) menurut Blak's Law adalah sebagai "*the act or process of rebuilding, re-creating, or reorganizing something*" (Blak's Law Dictionary, 1999 : 1278). Menurut hemat penulis politik hukum sistem kekuasaan kehakiman yang tidak memberi pengakuan terhadap peradilan adat tidak lagi memiliki validitas secara filosofis, yuridis, dan sosiologis untuk dipertahankan. Sudah saatnya dilakukan rekonstruksi politik hukum tersebut dengan memberikan pengakuan terhadap keberadaan peradilan adat sebagai suatu mekanisme penyelesaian sengketa yang legal dan otonom di luar sistem peradilan negara yang selama ini ada.

Politik hukum pengakuan terhadap kesatuan masyarakat masyarakat yang ditegaskan dalam Pasal 18B Ayat (2) UUD NRI 1945 dan Pasal 28I Ayat (3) harus diderivasi ke dalam politik hukum perundang-undangan kekuasaan kehakiman dengan memberikan pengakuan secara utuh (*genuine legal recognition*) dalam sistem kekuasaan kehakiman. Politik hukum kekuasaan kehakiman idealnya menganut dualisme sistem peradilan, yaitu di samping peradilan negara juga diakui peradilan di luar negara (peradilan adat) yang bersifat otonom dengan yurisdiksi menangani sengketa atau pelanggaran berdasar hukum adat yang berada di luar rejim hukum negara atau kasus pidana yang diancam sanksi menurut hukum negara sekaligus menurut hukum adat, tanpa dapat dibatalkan oleh peradilan negara. Banyak kasus yang sesungguhnya akan lebih efektif diselesaikan peradilan adat daripada harus "dipaksa" masuk dalam skema peradilan negara akibat tidak diakuinya peradilan adat.

Politik hukum pengakuan peradilan adat dalam sistem kekuasaan kehakiman harus disesuaikan dengan arah politik pembangunan hukum Indonesia yang sebenarnya sudah ditetapkan dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2007 Tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005–2025. Pada Bab IV Arah, Tahapan, Dan Prioritas Pembangunan Jangka Panjang Tahun 2005–2025 pada huruf E. Reformasi Hukum dan Birokrasi, ditegaskan :

".....Pembangunan hukum dilaksanakan melalui pembaruan materi hukum dengan tetap memerhatikan **kemajemukan tatanan hukum** yang berlaku dan pengaruh globalisasi sebagai upaya untuk meningkatkan kepastian dan perlindungan hukum, penegakan hukum dan hak-hak asasi manusia (HAM), kesadaran hukum, serta pelayanan hukum yang berintikan keadilan dan kebenaran, ketertiban dan kesejahteraan dalam rangka penyelenggaraan negara yang makin tertib, teratur, lancar, serta berdaya saing global."

Dari ketentuan UU No. 17 Tahun 2007 Tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005–2025 dapat disimpulkan bahwa kata kunci dalam arah pembangunan hukum ke depan adalah membangun hukum yang berkeadilan dan

memperhatikan kemajemukan hukum. Arah politik pembangunan hukum yang demikian itu mengindikasikan bahwa pluralisme hukum diakui dan akan dikembangkan sebagai landasan sistem hukum nasional yang akan dibangun. Jika hukum adat diakui sebagai salah satu pendukung sistem hukum nasional, maka konsekuensinya peradilan adat harus diakui pula sebagai salah satu pendukung dari sistem kekuasaan kehakiman. Sebagaimana dikemukakan R. Tresna : “.....tidak usah disangsikan, karena di mana sudah terbentuk sesuatu masyarakat, di situ ada hukum dan di mana ada hukum harus ada hakim (pengadilan)” (R. Tresna, 1978 : 10).

## F. Simpulan

1. Politik hukum yang tidak mengakui keberadaan peradilan adat (politik unifikasi) dalam UU Kekuasaan Kehakiman merupakan bentuk pengabaian (*political of ignorance*) yang bertentangan dengan cita hukum dan konstitusi khususnya Pasal 18B ayat (1) dan (2).
2. Politik hukum yang tidak memberi pengakuan terhadap peradilan adat dalam sistem kekuasaan kehakiman tidak lagi memiliki validitas secara filosofis, yuridis, dan sosiologis untuk dipertahankan sehingga harus direkonstruksi menuju pengakuan yang utuh dan hakiki dalam rangka mewujudkan keadilan restoratif.

## G. Saran

1. Perlu dilakukan rekonstruksi politik hukum sistem kekuasaan kehakiman, khususnya UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dengan memberikan pengakuan utuh (*genuine recognition*) terhadap keberadaan peradilan adat sebagai peradilan di luar negara yang memiliki kompetensi absolut untuk menyelesaikan sengketa di luar yurisdiksi peradilan negara yang berkedudukan otonom dan tidak berada di bawah kedudukan peradilan negara.
2. Harus ada penegasan dan kejelasan terhadap politik hukum pengakuan dan penghormatan kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat yang diatur dalam Pasal 18B UUDNRI 1945 dengan menyusun UU tentang masyarakat Hukum Adat, yang akan berimplikasi terhadap peradilan adat yang ada di dalamnya.

## Daftar Pustaka

- A. Garner, Bryan. 1999. *Blak's Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group : St Paul Minn.
- Anonim, “*Restorative Justice dan Penerapannya Dalam Hukum Nasional*”, <http://www.djpp.depkmham.go.id/kegiatan-umum/927-restorative-justice-dan-penerapannya-dalam-hukum-nasional.html>. Diunduh 12 Maret 2012.
- Hart, H.L.A., 2009. *The Concept of Law*. New York : Clarendon Press Oxford, 1997. diterjemahkan oleh M. Khozim : *Konsep Hukum*. Nusa Media : Bandung.
- Kholik, Abd., 2010. “Menggagas Penyelesaian Konflik Berbasis Kearifan Lokal (*local wisdom*) (Studi pada Mekanisme Peradilan Adat Clan Selupu Lebong. Bengkulu)”. [http://blog.unsri.ac.id/revolusi-jalanana/artikel-sosial-budaya/diunduh 28 Juli 2010](http://blog.unsri.ac.id/revolusi-jalanana/artikel-sosial-budaya/diunduh%2028%20Juli%202010).

- Komisi Hukum Nasional (KHN). *Desain Hukum Indonesia Kado 10 Tahun Komisi Hukum Nasional*. Jakarta : KHN, 2010.
- Lukito, Ratno, 2008. *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler Studi Tentang Konflik dan Resolusi Dalam Sistem Hukum Indonesia*. Pustaka Alvabet : Jakarta.
- Mahadi. 1991. *Uraian Singkat Tentang Hukum Adat Sejak RR- Tahun 1854*. Alumni : Bandung.
- Mahkamah Konstitusi RI, *Risalah Sidang Perkara No. 55/PUU/VIII/2010 Perihal Pengujian UU No. 18 Tahun 2004 Tentang Perkebunan Terhadap UUD NRI Tahun 1945, Acara Mendengarkan Keterangan Pemerintah, DPR dan Saksi/Ahli dari Pemohon dan Pemerintah (V)*, Jakarta, Selasa, 10 Mei 2011
- Mertokusumo, Sudikno, 1983. *Sejarah peradilan Dan perundang-Undangannya Di Indonesia Sejak 1942 Dan Apakah Kemanfaatannya Bagi Kita Bangsa Indonesia*. Liberty : Yogyakarta.
- Musakkir. "Penerapan Prinsip Keadilan Restoratif terhadap Penyelesaian Perkara Pidana dalam Perspektif Sosiologi Hukum". *Pidato Pengukuhan Guru Besar*. Fakultas Hukum UNHAS, 12 Juli 2011.
- Nurjaya, I. Nyoman, 2011. "Adat Community land Right As Defined Within The State Agrarian Law Of Indonesia : Is it A Genuine Or Pseudo-Legal Recognition". *US-China Law Review*, Volume 8. Number 4. April 2011. ISSN 1548-6605.
- Rozaki, Abdur 2010, "Resolusi Konflik Berbasis Kearifan Lokal", *Laporan Penelitian*, Yogyakarta : IRE.
- S. Umbreit, Mark and Marilyn Peterson Armour. 2011. "Restorative Justice And Dialogue: Impact, Opportunities, And Challenges In The Global Community". *Journal of Law & Policy* : Washington University.
- Safa'at, Rachmad, 2011. Rekonstruksi Politik Hukum Ketahanan Pangan Berbasis Pada Sistem Kearifan Lokal (Studi Kasus Dinamika Perlindungan Hukum Masyarakat Adat Tengger Dalam Menuju Kedaulatan Pangan). *Ringkasan Disertasi*. Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro : Semarang.
- Salman, Darmawan, 2011. "Dapatkah Kearifan Lokal Fungsional Dalam Pengelolaan Konflik Ditengah Preskripsi Global?" *Makalah*, Jurusan Sosial Ekonomi Pertanian Fakultas Pertanian Universitas Hasanuddin : Makasar. <http://alwyrachman.blogspot.com/2011/04/dapatkah-kearifan-lokal-fungsional.html>, Diunduh 11 Maret 2012.
- Saptomo, Ade, 2010. *Hukum dan Kearifan Lokal Revitalisasi Hukum Adat Nusantara*, PT. Jakarta : Grasindo.
- Soekanto, Soerjono, 1986. *Kedudukan Kepala Desa Sebagai Hakim Perdamaian*. CV. Rajawali : Jakarta.
- Soeprapto, Maria Farida Indrati, 1998. *Ilmu Perundang-Undangan Dasar-Dasar Pembentukannya*. Penerbit Kanisius : Yogyakarta.
- Sudjana, Made, 2010. "Menghidupkan Lembaga Peradilan Adat Bali", *Koran TOKOH - Senin*, 20 Desember 2010. [http://www.parisada.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1768&Itemid=29](http://www.parisada.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1768&Itemid=29), diunduh 25 Agt 2011

Supomo, R., 1972. *Pertautan Peradilan Desa Kepada Peradilan Gubernemen*. Bhratara : Djakarta.

Tim HuMa. 2011. "Sekilas Mengenai Perdilan Adat", materi penunjang bagi wartawan pada kegiatan Seminar Peradilan Adat pada tanggal 10 Desember 2003, di Sanggau Kalimantan Barat. <http://www.huma.or.id>. Diunduh tanggal 11 Maret 2011.

Tresna, R., 1978. *Peradilan di Indonesia Dari Abad Ke Abad*. Pradnya Paramita : Jakarta.

Warman, Kurnia, 2003. "Penerapan *Community Justice System* di Sumatera Barat". *Sistem Peradilan Adat dan Lokal di Indonesia Peluang Dan Tantangan*. Aliansi Masyarakat Adat Nusantara dan *Partnership for Governance Reform*. AMAN-Partnership for Governance Reform : Jakarta.

Wenzel, Michael, Tyler G. Okimoto, Norman T. Feather, Michael J. Platow. 2008. "Retributive And Restorative Justice". *Law and Human Behavior Journal*. October, 2008.

Wignjosoebroto, Soetandyo, 2008. *Hukum Dalam Masyarakat : Perkembangan dan Masalah*. Bayumedia : Malang.

....., 1994. *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional*. Raja Grafindo Persada : Jakarta.

<http://www.komnasperempuan.or.id/2010/09/peran-penting-pengadilan-adat-dalam-penyelesaian-kasus-kekerasan-terhadap-perempuan>, diunduh 27 September 2010.

<http://www.republika.co.id/berita/nasional/hukum/12/03/24/m1e2ky-selesaikan-kasuskasus-kecil-kemendagri-gagas-peradilan-tingkat-desa>, diunduh 26 Maret 2012.

## **Penyelesaian Sengketa Tanah *Pusako* melalui Kerapatan Adat Nagari (Kan) di Nagari Situjuh Gadang (Studi Penerapan Peradilan Adat di Sumatera Barat)**

**Jomi Suhendri**

### **1. Pendahuluan**

Tanah ulayat bagi masyarakat di Minangkabau merupakan unsur pengikat bagi masyarakatnya untuk tinggal di suatu wilayah, dan merupakan faktor penentu asli atau tidaknya seseorang berasal dari suatu daerah. Pendayagunaan tanah ulayat adalah untuk kepentingan warga masyarakat hukum adat tersebut, dan untuk kepentingan pemeliharaan hubungan dengan masyarakat yang berasal dari luar masyarakat hukum adat tersebut.<sup>91</sup> Pentingnya tanah ulayat ini, sering terjadi konflik antara masyarakat dengan masyarakat, masyarakat dengan pemerintah dan masyarakat dengan perusahaan dalam memperebutkan tanah ulayat ini. Konflik tanah ulayat di Propinsi Sumatera Barat dari tahun ke tahun mengalami peningkatan. Laporan dari Kanwil Depkum dan HAM Propinsi Sumatera Barat menyatakan bahwa dari 310 kasus yang masuk, 245 kasus adalah masalah pertanahan. Menurut laporan Qbar Tahun 2010, ada 59 kasus tanah ulayat yang terjadi di Sumatera Barat. Tidak jarang konflik tanah ulayat ini kemudian berakhir di pengadilan.

Berkaitan dengan konflik tanah ulayat ini, dulu di Sumatera Barat proses penyelesaian sengketa tanah ulayat menggunakan hukum adat sebelum peradilan formal diperkenalkan kepada masyarakat. Pada kondisi itu, penyelesaian sengketa yang didasarkan pada model tradisional berjalan efektif.<sup>92</sup> Dan masyarakat menghormati keputusan lembaga adat dalam memutuskan sengketa tanah ulayat ini. Pada kondisi sekarang, masyarakat lebih mempercayai pengadilan negara dalam menyelesaikan sengketa tanah ulayat ketimbang hukum adat. Anggapan dari masyarakat bahwa putusan dari pengadilan negara lebih kuat ketimbang putusan hukum adat yang dikeluarkan oleh lembaga adat. Dan tidak jarang juga putusan dari pengadilan negara ini kemudian tidak disenangi oleh pihak-pihak yang bersengketa, karena putusannya dianggap tidak adil.

Berbicara tentang lembaga adat sebenarnya sudah dari zaman dahulu kita mengenalnya dan telah lama dipraktekkan untuk menyelesaikan perselisihan yang terjadi atau sengketa yang ada di dalam masyarakat hukum adat. Cara ini ditempuh diantaranya untuk mengurangi biaya perkara yang mahal karena dalam proses pengadilan berindikasi akan ada pihak yang menang dan yang kalah. Pihak yang kalah akan merasa dirugikan dengan adanya putusan sehingga prosesnya akan memakan waktu yang lama dan berbelit-belit. Selain itu juga terjadinya penumpukan perkara yang terjadi di Mahkamah Agung yang memerlukan penyelesaian yang cepat.<sup>93</sup>

Hal ini salah satunya disebabkan, karena dilahirkannya kebijakan-kebijakan antara lain pemerintah berupaya melakukan penyeragaman peradilan melalui Undang-undang No. 1 tahun 1951, peradilan adat sebagaimana dimaksud dalam Stb. 1932 No. 80 yang dihapuskan secara berangsur-angsur, sedangkan peradilan desa sebagaimana dimaksud dalam Stb. 1935 No. 102 masih tetap dipertahankan terus termasuk keterkaitannya dengan Peradilan Umum. Melalui ketentuan Pasal 3a RO (*Reglement of de Rechtelijke Organisatie in Het Beleid der Justitie in Indonesia*) yang dikaitkan secara khusus dengan Hukum Acara

Perdata yang berlaku baik dalam HIR (*Het Herziene Indonesisch Reglement*) maupun RBg (*Rechtsreglement Buitengewesten*) yang meminta agar hakim memperhatikan putusan dari Hakim Perdamaian Desa.<sup>94</sup>

Dalam Pasal 120 a, HIR/143 a RBg dinyatakan dalam ayat satu (1) “jika gugatan yang diajukan itu berhubungan dengan perkara yang sudah diputuskan oleh Hakim perdamaian desa, maka penggugat harus menyebutkan isi putusan itu dalam gugatannya; sedapatnya salinan putusan itu dilampirkan. Ayat dua (2) Ketua Pengadilan Negeri memperingatkan kepada penggugat akan kewajibannya yang ditetapkan dalam ayat 1 pada waktu atau sesudah menerima gugatan atau pada permulaan persidangan.”<sup>95</sup>

Dalam ketentuan ini dapat dilihat bahwa masih diakuinya keberadaan putusan Hakim perdamaian desa, dan wajib dijadikan sebagai pedoman oleh Hakim dalam proses penyelesaian sengketa di Pengadilan Negeri, karena HIR dan RBg merupakan salah satu sumber hukum dalam hukum acara perdata di Indonesia. Dalam Undang-undang No. 19 Tahun 1964 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman telah menghapus bentuk peradilan adat, dimana dalam pasal 7 menjelaskan bahwa kekuasaan kehakiman yang berkepribadian Pancasila dan yang menjalankan fungsi hukum sebagai pengayoman, dilaksanakan oleh Pengadilan dalam lingkungan: Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Meliter dan Peradilan Tata Usaha Negara. Dan dalam Undang-Undang ini tidak menyebutkan tentang Peradilan Adat.

Kemudian Undang-undang No.14 Tahun 1970 dan telah dirubah dengan Undang-undang No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 2 ayat (3) berbunyi bahwa semua peradilan di seluruh wilayah negara Republik Indonesia adalah peradilan negara yang diatur dengan Undang-Undang, namun tidak menutup kemungkinan penyelesaian sengketa dilakukan di luar peradilan negara yaitu melalui perdamaian dan arbitrase. Dari penjelasan ini dapat dilihat bahwa penyelesaian sengketa di luar peradilan negara masih bisa diberlakukan. Walaupun Undang-undang ini membuka peluang bagi hakim untuk menemukan hukum berdasarkan nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat, namun dalam realitanya nilai-nilai yang terdapat di dalam sistim penyelesaian yang ada di masyarakat tersebut tidak bisa diakomodasikan oleh sistim peradilan formal.<sup>96</sup>

Dalam konteks kembali kenagari yang sudah berjalan hampir 11 tahun di Sumatera Barat, penyelesaian sengketa melalui lembaga adat seperti Kerapatan Adat Nagari masih menunjukkan eksistensinya. Ini terlihat dari beberapa kasus tanah ulayat di Sumatera Barat, diselesaikan melalui lembaga adat di nagari. Penyelesaian sengketa berbasis komunitas ini pernah dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Sumatera Barat melalui Surat Edaran Ketua Pengadilan Tinggi Sumatera Barat No. W3.DA.HT.04.02-3633 tanggal 27 Mei 1985 tentang Pemberlakuan Hukum Adat Minangkabau mengenai Sengketa Tanah Pusako Tinggi, dikuatkan dengan Surat Edaran Lembaga Kerapatan Adat Alam Minangkabau (LKAAM) No. 7/LKAAM-SB-VI-1985 tanggal 10 Juni 1985 perihal Penyelesaian Pesengketaan Perdata Adat.<sup>97</sup>

Untuk Sumatera Barat ditindak lanjuti dengan Perda No. 6 Tahun 2008 tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya, yang memberikan kewenangan kepada KAN untuk menyelesaikan sengketa tanah ulayat di nagari. Dalam BAB VII tentang Kerapatan Adat Nagari (KAN), Pasal 12 berbunyi sengketa tanah ulayat di nagari diselesaikan oleh KAN menurut ketentuan sepanjang adat yang berlaku, *bajanjang naiak batanggo turun* dan

dusahakan dengan jalan perdamaian melalui musyawarah dan mufakat dalam bentuk keputusan perdamaian.

Dalam pasal 13 juga menjelaskan bahwa sengketa tanah ulayat antar nagari, diselesaikan oleh KAN antar nagari yang bersengketa, menurut ketentuan sepanjang adat yang berlaku secara musyawarah dan mufakat dalam bentuk perdamaian. Dari penjelasan kedua pasal di atas menunjukkan bahwa KAN diberi kewenangan yang penuh ditingkat komunitas untuk menyelesaikan sengketa tanah ulayat di nagari. Ketentuan yang telah ditetapkan secara khusus oleh Perda ini memberikan peluang yang sangat luas bagi nagari dan masyarakat adatnya untuk mengfungsikan kembali lembaga-lembaga adat yang ada sebagai penengah dalam menyelesaikan sengketa. Menurut adat khususnya di Sumatera Barat bahwa pada setiap tingkat kekuasaan tidak terdapat perbedaan yang tajam antara berbagai tugas pemerintahan dengan pengaturan peradilan dalam sengketa-sengketa. Para penghulu dan mamak kepala waris bertanggung jawab atas ketertiban dan kedamaian didalam kelompok mereka. Mereka mewakili kelompoknya di dalam kegiatan-kegiatan antar kelompok dan mengatur prosedur-prosedur penyelesaian sengketa.<sup>98</sup>

Sengketa-sengketa harus ditangani pada tingkat yang serendah mungkin dan hanya apabila tidak tercapai penyelesaian mereka mengajukannya pada tingkat yang lebih tinggi. Lembaga yang tertinggi untuk penanganan sengketa adalah Karapatan Adat Nagari, yang dapat terdiri dari orang-orang yang mengepalai suku saja atau ikut juga para penghulu. Semua keputusan harus dibuat secara musyawarah.<sup>99</sup>Keterlibatan pemuka adat dan lembaga-lembaga adat tidak hanya terbatas pada fungsi menengahi atau mengadili, yaitu sebagai reaksi terhadap sengketa-sengketa. Mereka juga memainkan peran penting di dalam mengurus kehidupan sosial lain di luar sengketa. Pada peristiwa-peristiwa sosial penting, terutama yang menyangkut status orang atau hubungan-hubungan terhadap properti (perkawinan, penguburan, peresmian pemangku adat, transaksi-transaksi properti) mereka bisa saja hadir atau mereka secara resmi diberitahukan dan harus memberikan persetujuan secara implisit atau eksplisit terhadap transaksi itu.<sup>100</sup>

KAN sebagai lembaga yang berperan di nagari mempunyai kewenangan dalam penyelesaian sengketa tanah ulayat di nagari. Meskipun diberi wewenang dalam menyelesaikan sengketa, telah terjadi pergeseran pemahaman dikalangan masyarakat dalam memahami putusan yang dikeluarkan oleh KAN. Kepastian hukum yang mengikat merupakan salah satu alasan mengapa masyarakat tetap menggunakan peradilan negara dalam penyelesaian sengketa. Dan kapasitas dan kemampuan yang dimiliki oleh tokoh adat yang duduk di KAN dalam memutus perkara sering dipertanyakan oleh masyarakat, dimana orang-orang yang duduk di KAN dalam memutus perkara dari segi keilmuan dianggap masih kurang oleh anak kemenakannya. Sehingga KAN lama kelamaan semakin berkurang peranannya dalam penyelesaian sengketa.

## **2. Kerapatan Adat Nagari**

Lembaga KAN ini dulunya dikenal dengan istilah Kerapatan Nagari (KN). Pada zaman tersebut para penghulu yang ada di nagari mempunyai fungsi ganda yaitu fungsi pemerintahan dan juga adat. Hal ini dapat dilihat antara lain bahwa "sebagai unit pemerintahanterendah, Kelarasan, Nagari dan Dusun mempunyai fungsi yang sangat strategis. Ketiga unit ini, terutama sekali unit administratif Nagari "dipegang" kuat-kuat oleh pemerintah. Kebijakan ini terutama sekali didasarkan oleh kenyataan bahwa dalam



kehidupan sehari-hari, unit inilah yang sesungguhnya yang menjadi ujung tombak pemerintah kolonial di Sumatera Barat. Unit inilah yang paling dekat dengan masyarakat, sehingga berbagai pesan dan kebijaksanaan politik (dan juga ekonomi) sangat efektif bila disampaikan lewat unit ini.”<sup>101</sup>

Namun dalam perjalanannya ada gebrakan yang dilakukan oleh de Stuers, Michiels atau van Swieten serta beberapa pejabat tinggi lainnya dalam kehidupan politik daerah (tradisional) lebih banyak pada penciptaan (atau penghapusan sebuah Nagari) dan pengangkatan (atau pemecatan) Kepala Nagari. Kepala Nagari yang mereka angkat dinamakan “*panghulu basurek*”, pengangkatannya dinyatakan dengan *Besluit* (Surat Keputusan) pemerintah.”<sup>102</sup>

Kenyataan lain yang berkaitan dengan pemerintahan adat dijadikan pemerintahan nagari pada zaman kolonial adalah:

1. Zaman pada masa pemerintahan kolonial tidak mengacuhkan pemerintahan adat.
2. Zaman pada waktu pemerintahan Belanda adanya perhatian kepada nagari dengan mengadakan anasir-anasir modern sebagai politik dualisme.
3. Zaman pemulihan kembali pemerintahan nagari yang bersendi pada hukum adat. pemerintahan adat nagari dijadikan pemerintahan yang sah di nagari melalui I. G. O. B.”<sup>103</sup>

”Lahirnya I. G. O. B Stbl. 1938 No. 490 berlakulah ketentuan-ketentuan tentang cara mengatur dan mengurus rumah tangga nagari-nagari di tanah seberang menurut konsepsi baru nagari dinyatakan satu badan hukum bumi putera yang diwakili oleh kepala nagarinya. Tatanan dan wewenang dari pada nagari serta susunan pemerintahan nagari dan alat-alat nagari lainnya sedapatnya dibiarkan diatur oleh hukum adat. Ini berarti susunan dari kerapatan adat diambil dan diterima serta dijadikan sebagai aparatur pemerintahan dalam nagari yang syah. Clan yang ada bisa hidup terus dan dihormati dalam I. G. O. B. Tetapi dalam mengambil kebulatan, diadakan pengawasan dari residen, sehingga tiap-tiap kebulatan yang berlawanan dengan aliran negara dapat dihalangi oleh residen.”

<sup>104</sup>

Setelah zaman kemerdekaan struktur pemerintahan dan adat yang ada dibentuk baru dan disesuaikan yaitu dengan nama Karapatan Nagari (KN). Dengan segala perubahan yang terjadi di Indonesia dari zaman ke zaman sampai kepada desentralisasi dengan otonomi yang ada pada saat sekarang ini, maka Karapatan Nagari atau Karapatan Adat Nagari (KAN) tetap eksis dalam kehidupan masyarakat Nagari sebagai tingkat akhir dalam penyelesaian sengketa dalam hal ini sengketa *sako* dan *pusako*.

Berdasarkan uraian diatas sejauh mana upaya-upaya eksistensi pengakuan Karapatan Adat Nagari (KAN) diakui secara formal di masyarakat Minangkabau atau Sumatera Barat. Untuk melihat hal itu seiring perkembangan yang terjadi maka pemerintah Sumatera Barat mengeluarkan Perda No. 13 tentang nagari sebagai kesatuan masyarakat hukum adat. Dalam ketentuan ini diatur secara khusus tentang kedudukan dan fungsi Karapatan Adat Nagari (KAN) di Sumatera Barat. Maka dengan adanya ketentuan ini, Lembaga adat yang mempunyai kekuatan hukum formal dalam penyelesaian sengketa dalam masyarakat adat di Sumatera Barat adalah Karapatan Adat Nagari (KAN ).

Setelah digantinya Undang-undang No. 22 Tahun 1999 dengan Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pokok-pokok Pemerintahan Daerah dan Perda No. 2 Tahun 2007 tentang Pemerintahan Nagari, yang menetapkan bahwa pelaksana pemerintahan terendah di Sumatera Barat (baik di kabupaten termasuk Mentawai, maupun di kota) adalah nagari. Kerapatan Adat Nagari tetap dimasukkan sebagai salah satu lembaga dalam struktur Pemerintahan Nagari, di samping BAMUS Nagari dan Pemerintahan Nagari, yang fungsinya ditetapkan melalui Perda Kabupaten/Kota.”<sup>105</sup>

”Berhubung Kerapatan Adat Nagari (KAN) dibentuk dan disusun melalui Perda No. 13 Tahun 1983, tentang Nagari sebagai Kesatuan Masyarakat Hukum Adat (baik di kabupaten maupun kota), Perda No. 9 Tahun 2000 tentang Pemerintahan Nagari (nagari sebagai pengganti desa) dan Perda No. 2 Tahun 2007 tentang Pemerintahan Nagari (baik di kabupaten termasuk Mentawai maupun kota), maka sesuai dengan Pasal 1 angka 2 Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Kerapatan Adat Nagari merupakan Badan dan Pengurus KAN merupakan Pejabat Tata Usaha Negara”<sup>106</sup>. Keputusan KAN merupakan Putusan Tata Usaha Negara, sehingga jika ada pihak yang merasa dirugikan oleh keputusan KAN itu, yang mempunyai kompetensi absolut untuk mengadilinya adalah Peradilan Tata Usaha Negara, buka Peradilan Pidana.”<sup>107</sup>

### **3. Peran Kerapatan Adat Nagari Dalam Penyelesaian Sengketa Tanah Pusakodi Nagari Situjuh Gadang Kabupaten Lima Puluh Kota.**

Perda No. 13 Tahun 1983 Tentang Kerapatan Adat Nagari dalam Pasal 1 angka 13 menjelaskan bahwa Sengketa tanah ulayat adalah wewenang Lembaga Kerapatan Adat Nagari (KAN) yang merupakan lembaga kerapatan adat ninik mamak yang telah ada dan diwarisi secara turun temurun sepanjang adat dan berfungsi memelihara kelestarian adat serta menyelesaikan perselisihan *sako* dan *pusako* dalam nagari. Hal ini menjelaskan, bahwa KAN dipercaya untuk menyelesaikan urusan *sako* dan *pusako* yang terjadi dalam masyarakat.

Dalam Perda Propinsi Sumatera Barat No. 6 Tahun 2008 Tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya di pasal 12 juga menjelaskan bahwa sengketa tanah ulayat di nagari diselesaikan oleh KAN menurut ketentuan sepanjang adat yang berlaku, “*bajanjang naiak, batanggo turun*” dan di usahakan dengan jalan perdamaian melalui musyawarah dan mufakat dalam bentuk keputusan perdamaian. Dilihat dari isi Perda ini jelas bahwa KAN di beri kewenangan untuk menyelesaikan sengketa sako dan pusako yang ada di nagari. Keberadaan perda ini seharusnya bisa memperkuat peran KAN di nagari untuk bisa menyelesaikan sengketa sako dan pusako di Nagari, tapi sangat di sayangkan tidak semua anggota KAN yang ada di nagari mengetahui banyak tentang perda ini.<sup>108</sup>

Di Nagari Situjuh Gadang yang menyidangkan perkara-perkara perdata adat disebut dengan *kadi* (hakim adat). Dalam menyidangkan perkara seorang *kadi* (hakim adat) harus netral dan bebas dari tekanan pihak manapun dalam memutus suatu perkara. *Kadi* (hakim adat) di Nagari Situjuh Gadang memiliki persyaratan sebelum ditunjuk menjadi majelis hakim. Setiap anggota majelis hakim tidak boleh terkait dengan para pihak yang bisa mempengaruhi obyektifitas jalannya pemeriksaan dalam hal sebagai berikut:<sup>109</sup>

- a. ***Labo jo rugi***(laba dan rugi), setiap anggota majelis hakim tidak boleh terkait dengan laba dan ruginya dalam penyelesaian sengketa. Artinya dia tidak boleh mempunyai kepentingan ekonomi dengan pokok (objek) sengketa.
- b. ***Kasih jo banci*** (kasih dan benci), majelis hakim tidak boleh mempunyai hubungan emosional (baik perasaan kasihan atau dendam/benci) dengan pihak yang bersengketa.
- c. ***Takuik jo malu*** (takut dan malu), majelis hakim tidak boleh dibebani rasa takut dan malu terhadap para pihak. Oleh karena itu, majelis hakim harus tidak mempunyai hubungan psikologi dengan para pihak.
- d. ***Sayang jo ragu*** (sayang dan ragu), majelis hakim harus terlepas dari pengaruh hubungan kekeluargaan dengan para pihak sehingga perasaan sayangnya membuat dia menjadi ragu mengambil keputusan yang adil sesuai dengan alur dan patut.

KAN sebagai institusi di nagari diakui keberadaannya untuk menyelesaikan sengketa hak ulayat di nagari oleh pemerintah, dan ini terlihat dari surat Badan Pertanahan Nasional (BPN), dengan menerbitkan Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nomor 5 tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Di pasal 2 disebutkan bahwa Pelaksanaan hak ulayat sepanjang pada kenyataan masih ada dilakukan oleh masyarakat hukum adat yang bersangkutan menurut ketentuan hukum adat setempat.

Lebih lanjut dalam Peraturan Daerah Sumatera Barat Nomor 2 tahun 2007 tentang Pokok-pokok Pemerintahan Nagari, Dalam ketentuan umum pasal 1 nya menjelaskan bahwa Kerapatan Adat Nagari yang selanjutnya disebut KAN adalah lembaga kerapatan dari Ninik Mamak yang telah ada dan diwarisi secara turun temurun sepanjang adat dan berfungsi memelihara kelestarian adat serta menyelesaikan perselisihan *sako* dan *pusako*. Untuk itu eksistensi KAN ini keberaannya diakui secara nyata di Sumatera Barat.

Dalam menerima perkara, KAN di Nagari Situjuh Gadang tidak serta merta menerima perkara tersebut, namun KAN meminta terlebih dahulu kepada pihak yang bersengketa untuk menyelesaikannya ditingkat bawah dulu, mulai dari tingkat keluarga, kaum dan pesukuan. Namun apabila para pihak, yang bersengketa kurang puas barulah naik ketingkat yang lebih tinggi yaitu KAN untuk membantu menyelesaikan sengketa tersebut. Di Nagari Situjuh Gadang, sengketa mengenai *sako* dan *pusako* secara keseluruhan bisa diselesaikan ditingkat kaum.

Pada tingkat Kerapatan Adat Nagari (KAN) Nagari Situjuh Gadang didapatkan data mengenai jenis dan jumlah sengketa yang masuk dan terlaksana dari tahun 2008-2002.

**Tabel. 1. Jenis dan Jumlah Sengketa yang Masuk Pada KAN Nagari Situjuh Gadang  
Tahun 2008-2012**

No	Jenis	Jumlah/tahun					Jumlah
		2008	2009	2010	2011	2012	
1.	<i>Sako</i>	-	-	-	-	-	
2.	<i>Pusako</i>	1	1	1	1	-	
	<b>Jumlah</b>	1	1	1	1	-	<b>4</b>

Sumber : wawancara dengan Arion, Sekretaris Wali Nagari Situjuh Gadang, 15 Maret 2012.

Dari tabel di atas dapat dilihat bahwa sengketa yang masuk dari tahun 2008 sampai tahun 2012 berjumlah 4 buah kasus. Pada tiap tahunnya rata-rata kasus yang masuk ke KAN 1 buah kasus. Untuk kasus yang lain dikelompokkan kepada dua kelompok saja yaitu kelompok *sako* dan *pusako*. Khusus untuk kasus pidana KAN tidak memproses karena tidak menjadi kewenangan KAN, dan kasus ini diselesaikan pada tingkat kaum dan suku atau diserahkan kepada pihak kepolisian. Dari sini dapat dilihat bahwa masih tingginya keinginan masyarakat untuk menyelesaikan sengketa di Karapatan Adat Nagari (KAN), sebagai salah satu lembaga yang tertinggi untuk penyelesaian sengketa di tingkat masyarakat adat.

Untuk melihat keberhasilan Karapatan Adat Nagari (KAN) Nagari Kambang dalam menyelesaikan sengketa, dapat dilihat pada tabel dibawah ini:

**Tabel .2 Jenis dan Jumlah Sengketa yang Terlaksana dan Dipatuhi Pada KAN Nagari  
Situjuh Gadang**

**Tahun 2008-2012**

No	Jenis	Jumlah/Tahun/Terlaksana				
		2008	2009	2010	2011	2012
1.	Sako	-	-	-	-	-
2.	Pusako	1	1	1	1	-
	Jumlah	1	1	1	1	-

Sumber : Wawancara dengan Arion, Sekretaris Wali Nagari Situjuh Gadang, 15 Maret 2012

Dari tabel di atas dapat dilihat tingkat keberhasilan KAN dalam menyelesaikan sengketa sangat tinggi dan hampir semuanya dapat terlaksana dan putusan KAN semuanya dipatuhi oleh para pihak yang bersengketa. Dari jumlah kasus yang masuk sebanyak 4 kasus dari tahun 2008 sampai tahun 2012, semuanya bisa diselesaikan oleh KAN. Putusan yang sudah dikeluarkan oleh KAN dipatuhi dan dijalankan oleh para pihak yang bersengketa. Para pihak yang melanggar keputusan KAN akan ditinggalkan secara adat.

Kasus-kasus yang tidak bisa selesai ditingkat KAN akan diserahkan kepada pihak yang bersengketa untuk menyelesaikan kasus tersebut di pengadilan. Ada 1 kasus mengenai sengketa tanah kaum di Nagari Situjuh Gadang yang akhirnya diselesaikan melalui pengadilan. Kasus ini sudah coba diselesaikan oleh KAN dan sudah mendamaikan para pihak yang bersengketa. Dari putusan pengadilan memenangkan salah satu pihak yang bersengketa. Dan tentu ini tidak disenangi oleh pihak yang dikalahkan.

Sengketa-sengketa yang dikemukakan diatas, berdasarkan Perda No. 6 Tahun 2008 dapat dibawa kepada KAN. Sementara berdasarkan kewenangan yang diberikan sesuai Perda No.6 Tahun 2008 Tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya, maka sengketa-sengketa tersebut dapat diselesaikan oleh KAN meskipun keputusan yang dikeluarkan dapat diabaikan oleh pihak yang bersengketa. Namun mengingat dalam masyarakat hukum adat mengenal lembaga-lembaga adat dengan peranan-peranan tertentu, salah satunya mengatur hubungan-hubungan kekerabatan. Untuk itu apabila terjadi sengketa terkait hubungan kekerabatan maka KAN dapat bertindak.

#### **4. Kelemahan yang dihadapi oleh Kerapatan Adat Nagari Dalam Penyelesaian Sengketa Tanah *Pusako* di Nagari Situjuh Gadang**

KAN merupakan institusi di nagari tempat berhimpunnya para penghulu suku di satu nagari. Berdasarkan perda No. 9 tahun 2000 tentang Pemerintahan Nagari yang sudah di revisi menjadi Perda No. 2 tahun 2007 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Nagari, bahwa penyebutan terhadap KAN tidak harus seragam di semua nagari Dalam Provinsi Sumatera Barat, disamping nama kerapatan adat nagari (KAN) ada juga nagari yang memakai nama lembaga adat nagari (LAN), seperti yang terdapat di Nagari Situjuh Gadang. KAN dan LAN mempunyai fungsi yang berbeda dalam penyelesaian sengketa sako dan pusako di Nagari Situjuh Gadang. Untuk penyelesaian sengketa sako dan pusako KAN adalah pelaksana teknis dari LAN.

Sebagai institusi yang diembankan tugas sebagai penyelesai perkara-perkara perdata adat, terutama yang menyangkut tanah ulayat, KAN terkesan tidak mampu menjalankan tugasnya dengan baik. Beberapa penyebabnya antara lain:<sup>110</sup>

- a. Hegemoni hukum positif. Hukum positif yang dibuat negara menjadikan hukum adat subsistem. Putusan KAN seolah-olah adalah putusan pra pada lembaga peradilan.
- b. Intervensi negara KAN versi Perda 13 Tahun 1983 adalah KAN yang tidak lagi independent. Pengaruh negara terlalu besar didalam tubuh KAN, sehingga kemudian KAN menjadi corong pemerintah. Dimana-mana, institusi adat yang terlalu jauh diintervensi oleh negara menyebabkan institusi terjebak menjadi institusi yang lemah dan tidak berguna bagi masyarakat adatnya. Dalam konteks ini, penyelesaian perkara-perkara perdata adat, terutama yang berhubungan langsung dengan orang luar (bisa investor atau pemerintah) senantiasa merugikan pihak masyarakat.
- c. Tidak lagi diisi oleh ninik mamak yang memiliki integritas. Yang ini sebetulnya kuat dipengaruhi oleh intervensi negara yang terlalu berlebihan kepada KAN. Menurut Perda 13 Tahun 1983, pengurus KAN harus atas persetujuan pemerintah. Artinya, jika berminat menjadi pengurus KAN ambillah hati pemerintah, bukan hati masyarakat.

Banyak faktor yang mempengaruhi dan memperlemah KAN dalam menyelesaikan sengketa-sengketa hak ulayat di nagari. Walaupun ada kendala tetapi proses yang telah ditentukan harus tetap berjalan karena tujuannya adalah memberikan rasa keadilan kepada kedua belah pihak yang sedang bersengketa atau berkonflik. Kerapatan Adat Nagari (KAN) sebagai tingkat akhir dalam penyelesaian sengketa atau konflik yang terjadi dimasyarakat nagari, maka kelemahan lain yang sering dihadapi dalam penyelesaian sengketa adalah:<sup>111</sup>

- a. Lemahnya kualitas Sumber Daya Manusia (SDM) yang dimiliki oleh anggota KAN di nagari. Pengetahuan dan pemahaman hakim adat yang memutuskan perkara masih lemah memahami hukum negara, sehingga banyak para pihak yang bersengketa tidak yakin terhadap putusan KAN dan akhirnya tetap melanjutkan ke pengadilan negeri untuk penyelesaian kasus yang mereka hadapi.
- b. Rendahnya pengetahuan prosedur hukum dan wawasan yang kurang tentang bagaimana prosedur hukum yang benar yang harus mereka tempuh dan juga kurangnya pengetahuan masyarakat dan ninik mamak tentang hukum adat itu sendiri dan mereka juga kurang mau tahu tentang hukum adat.
- c. Mempunyai kepentingan terhadap sengketa atau konflik yang terjadi, walaupun anggota seksi sako dan pusako telah dipilih dan ditunjuk dari orang-orang yang mempunyai kompetensi dibidangnya tetapi dalam proses penyelesaian sengketa atau konflik yang sedang berjalan tetap ada yang mempunyai kepentingan terhadap sengketa atau konflik dan juga terhadap salah satu pihak misalnya ada hubungan emosional secara tidak langsung dengan salah satu pihak. Walaupun kendala ini tidak bisa dipungkiri namun selalu diusahakan untuk memberikan solusi yang baik untuk kedua belah pihak.
- d. Data-Data yang kurang. Hal ini terjadi karena data-data yang dijadikan sebagai pedoman dalam memproses perkara sulit didapatkan seperti data tertulis tentang objek perkara pusako yaitu tentang batas tanah, luas tanah. Kalau dalam sengketa sako juga tentang data tertulis seperti ranji dari suatu kaum.
- e. Waktu sidang yang tidak jelas dan sering berubah-ubah, sehingga banyak dari para pihak yang bersengketa beranggapan bahwa KAN yang menangani kasus mereka tidak profesional.
- f. Banyak dari anggota KAN yang menangani sengketa, tidak berada di nagari tempat sengketa terjadi.
- g. Ketidakpercayaan masyarakat terhadap hukum adat mereka sendiri, sehingga apa yang sudah diputuskan oleh KAN, cenderung kasus tersebut mereka bawa lagi ke pengadilan, karena dianggap bahwa putusan KAN tidak mengikat secara hukum.

## **5. Penguatan Peran KAN Dalam Kebijakan Daerah di Sumatera Barat**

Di Sumatera Barat, terutama sejak penerapan sistem pemerintahan desa berdasarkan UU No. 5 Tahun 1979, peradilan adat di jalankan oleh kerapatan adat nagari (KAN). Secara formal keberadaan ini dikukuhkan oleh instrumen hukum negara di daerah yaitu Perda No. 13 Tahun 1983 tentang Kerapatan Adat Nagari. Sebelum itu, fungsi peradilan adat dijalankan oleh kerapatan nagari (KN) yang keberadaan utamanya sebagai lembaga perwakilan dan legislatif nagari. Walinagari karena jabatannya sekaligus sebagai ketua KN. Oleh karena itu KN yang anggotanya terdiri dari semua unsur (ninik mamak, alim ulama, cerdik pandai) juga

merupakan bagian dari pemerintahan nagari. Baik KAN maupun KN sama-sama dikukuhkan keberadaannya dengan instrumen hukum negara yang dikeluarkan oleh Pemda Sumatera Barat.<sup>112</sup>

Pasca kembali ke Nagari tahun 2000 di Sumatera Barat, eksistensi hukum adat kembali dikuatkan. Penguatan eksistensi hukum adat tersebut dikuatkan melalui Perda No. 2 Tahun 2007 Tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Nagari dan Perda No. 6 Tahun 2008 Tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya. KAN sebagai representasi dari hukum adat menjalankan fungsinya sebagai penyelesaian sengketa *sako* dan *pusako*. Dalam pasal 12 dalam Perda No. 6 Tahun 2007 ini menjelaskan bahwa sengketa tanah ulayat di Nagari diselesaikan oleh KAN menurut ketentuan sepanjang adat yang berlaku, "*bajanjang naiak, batanggo turun*" dan diusahakan dengan jalan perdamaian melalui musyawarah dan mufakat dalam bentuk keputusan perdamian.

Eksistensi KAN ini sebagai lembaga yang menyelesaikan sengketa di nagari pernah juga dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi (PT) Padang melalui **Surat Edaran (SE KPT) Padang No.W3.DA.HT.04.02-3633 tanggal 27 Mei 1985** tentang Memperlakukan Hukum Adat Minangkabau Mengenai Sengketa Tanah Pusako Tinggi. Kebijakan ini mendapat dukungan dari berbagai pihak seperti Gubernur dan Lembaga Kerapatan Adat Alam Minangkabau (LKAAM) dengan mengeluarkan **Surat Edaran No. 7/LKAAM-SB-VI-1985 tanggal 10 Juni 1985** perihal Penyelesaian Persengketaan Perdata Adat.

Sayangnya kebijakan yang telah dikeluarkan oleh Pengadilan Tinggi dan Surat Edaran LKAAM ini tidak banyak diketahui oleh hakim-hakim di Pengadilan dan KAN. Padahal dengan adanya surat ini bisa membantu pengadilan untuk menekan kasus-kasus perdata adat yang masuk ke pengadilan yang dari tahun ke tahun yang sudah banyak yang masuk dan belum bisa diselesaikan karna tidak semua hakim yang bertugas di pengadilan di Sumatera Barat yang memahami adat istiadat di Sumatera Barat. Di Pengadilan Negri Lima Puluh Kota kasus sengketa tanah pusako yang masuk adalah 8 kasus tiap tahunnya.<sup>113</sup>

Dalam surat edaran tersebut menjelaskan bahwa setiap pengadilan negeri yang berada dalam lingkungan Propinsi Sumatera Barat yang akan menerima perkara tanah adat/pusako tinggi harus menanyakan kepada para pihak yang bersengketa apakah perkaranya tersebut sudah diselesaikan melalui KAN. Kalau belum, maka PN berhak untuk menolak perkara tersebut. Kalau sudah diselesaikan oleh KAN, maka surat gugatannya harus melampirkan putusan KAN tersebut yang akan di jadikan pedoman oleh hakim di PN dalam memeriksa perkara tersebut.

Apabila dilihat dari kebijakan-kebijakan yang sudah dikeluarkan oleh pemerintah, KAN seharusnya bisa menguatkan peran KAN di nagari. Sayangnya kebijakan yang sudah dikeluarkan oleh pemerintah tersebut tidak diketahui oleh anggota KAN di nagari. Tidak diketahuinya Perda No. 6 Tahun 2008 tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya yang memperkuat peran KAN ini, karena lemahnya sosialisasi yang dilakukan pasca perda ini di sahkan. Dan bisa jadi KAN tidak mengetahui isi perda ini, karna dalam judul Perda ini tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya. Seharusnya ada Perda khusus yang mengatur tentang penyelesaian sengketa sako dan pusako di Sumatera Barat.<sup>114</sup>

Seperti yang sudah dikemukakan diatas bahwa peran KAN selama ini masih belum kuat di Nagari. Ada juga dari sebagian dari masyarakat masih meragukan keputusan yang dikeluarkan oleh KAN. Keputusan hukum adat masih dianggap masih belum kuat dibandingkan hukum negara. Masyarakat masih ragu apakah keputusan yang sudah

dikeluarkan oleh KAN dalam memutus perkara sudah mengikat secara hukum atau tidak. Hegemoni hukum positif masih kuat dan dipercaya oleh masyarakat ketimbang hukum adatnya sendiri. Hukum positif yang dibuat oleh negara menjadikan hukum adat yang subsistem.

Di Nagari Situjuh Gadang peran KAN sangat kuat dalam penyelesaian sengketa tanah pusako di nagari. Apabila keputusan KAN ini tidak dijalankan oleh para pihak yang bersengketa maka akan jatuh sanksi, mulai yang ringan sampai berat. Sanksi yang terberat adalah pihak yang bersengketa akan ditinggalkan secara adat. Penyelesaian sengketa melalui KAN diusahakan secepat mungkin, untuk menghindari keresahan di masyarakat dan untuk menjaga kepercayaan masyarakat terhadap KAN yang akan menyelesaikan sengketa.

## **KESIMPULAN DAN SARAN**

### **Kesimpulan**

Berdasarkan uraian di atas maka dapat diambil kesimpulan sebagai berikut:

1. Peran Kerapatan Adat Nagari (KAN) dalam menyelesaikan sengketa masih berjalan di nagari. Peran KAN di Nagari ini bisa dilihat dari beberapa sengketa yang bisa diselesaikan oleh KAN. Kasus-kasus yang tidak bisa diselesaikan oleh KAN diserahkan kepada para pihak yang bersengketa untuk melanjutkan ke Pengadilan untuk penyelesaiannya.
2. Kelemahan yang dihadapi oleh KAN dalam penyelesaian sengketa di nagari selama ini adalah lemahnya sumber daya manusia yang dimiliki oleh KAN, dan ini terlihat kemampuan yang dimiliki oleh anggota KAN dalam memahami hukum adat mereka sendiri dan hukum negara. Dan besarnya hegemoni hukum negara membuat hukum adat yang subsistem, sehingga apapun keputusan yang dihasilkan oleh KAN terhadap sengketa yang ditangani, masih diragukan keputusannya oleh para pihak yang bersengketa.
3. Peran KAN masih kuat di nagari dan ini bisa dilihat dalam Dan ini bisa dilihat dalam Perda Propinsi Sumatera Barat No. 6 Tahun 2008 Tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya di pasal 12 juga menjelaskan bahwa sengketa tanah ulayat di nagari diselesaikan oleh KAN menurut ketentuan sepanjang adat yang berlaku, "*bajanjang naiak, batanggo turun*" dan di usahakan dengan jalan perdamaian melalui musyawarah dan mufakat dalam bentuk keputusan perdamaian.

### **Saran**

1. Kasus-kasus per data adat seharusnya diselesaikan oleh KAN untuk memperkuat eksistensi hukum adat di Nagari. Dan Pengadilan Negri seharusnya bisa memperkuat putusan yang sudah di keluarkan oleh KAN, sehingga bisa membantu pengadilan dan perkara-perkara perdata dapat tidak lagi menumpuk di pengadilan.
2. Untuk mengatasi kelemahan-kelemahan yang dihadapi oleh KAN pada setiap tingkat penyelesaian perlu diberikan sebuah pelatihan analisa konflik, mediasi dan memberikan pemahaman tentang hukum negara kepada ninik mamak dan Karapatan Adat Nagari,



agar mereka lebih berkualitas dan mereka mampu mengakomodasi dan mencari jalan keluar yang bijak (*win-win solution*) terhadap setiap sengketa anak kemenakannya.

3. Untuk penguatan peran KAN dalam penyelesaian sengketa di nagari, tidak cukup dengan satu kebijakan yang dilahirkan oleh Pemda Propinsi Sumatera Barat. Kedepan, Pemda hendaknya segera membuat Perda khusus yang mengatur tentang Penyelesaian Sengketa Sako dan Pusako oleh KAN

### Daftar Pustaka

- Abdurrahman Saleh, (2004), *“Dialog Interaktif Membangun Mitra dan Ruang Partisipasi Dalam Penyelesaian Sengketa Sako dan Pusako di Sumatera Barat,”*.
- Bachtiar Abna, *“Status Keputusan Kerapatan Adat Nagari Sebagai Lembaga Yang Dibentuk Dan Diakui Perda Sumatera Barat”*. Tahun 2007.
- Gusti Anan *“Pemerintahan Sumatera Barat Dari VOC Hingga Reformasi”*, Citra Pustaka, Yogyakarta: 2006.
- Hermayulis, *Status Tanah Ulayat Menurut Hukum Adat Minangkabau dan Hukum Tanah Nasional*, Himpunan Makalah dan Rumusan Workshop Tanah Ulayat di Sumatera Barat, 23-24 Oktober 2000.
- Iskandar Kemal *“Sekitar Pemerintahan Nagari Minangkabau dan Perkembangannya, Tinjauan Tentang Kerapatan Adat”*, The For Book Development In Asia, Pakistan: 1964, hal. 135-136.
- Kurnia Warman dan Albadri Arif, *Laporan Hasil Observasi Community Justice Di Sumatera Barat*, Qbar dan Kemala, Padang, Tahun 2001.
- Keebet Von Benda Beckhman *“Goyahnya Tangga Menuju Mufakat”*, Gramedia Jakarta: 2000.
- K. Wantjik Saleh *“Hukum Acara Perdata RBg/HIR”*, Ghalia Indonesia, Jakarta: 1981.
- Lili Suarni, *“Proses Penyelesaian Sengketa Melalui Lembaga Adat di Nagari Kambang Kecamatan Lengayang Kabupaten Pesisir Selatan”*, Program Pascasarjana Universitas Andalas, Tahun 2008.

---

<sup>1</sup> Referensi UNDP, *Access to Justice in Aceh-Making the Transition to Sustainable Peace and Development in Aceh*, 2006

<sup>2</sup> *Gampong* salah satu istilah penyebutan desa oleh masyarakat umumnya di Aceh, walaupun masih ada nama lain misalnya *kute*, *reje* (menyebutkan desa di Kabupaten Aceh Tenggara dan Aceh Tenggara dan Kabupaten Gayo Lues Provinsi Aceh).

<sup>3</sup> *Mukim* adalah kumpulan dari beberapa desa dalam satu kecamatan.

<sup>4</sup> Abdurrahman, *Pelaksanaan Peradilan Adat dan Penerapan Hukumnya*, Makalah disampaikan pada seminar Pelatihan Adat tanggal 2-3 dan 5-6 Juni 2009.

<sup>5</sup> James S Davidson, *Culture and rights in ethnic violence* dalam James S Davidson dan David Henley: *The Revival of Tradition in Indonesian Politict The Deployment Of Adat From Colonialism*. (New York: Routledge, 2007), hal.45.

<sup>6</sup> Istilah *adatrecht* sendiri pertama kali disebutkan oleh C. Snouck Hurgronje dalam bukunya “*De Atjehers*” (1980) untuk memberi nama pada satu sistem pengendalian sosial (*social control*) yang hidup dalam masyarakat Indonesia.

<sup>7</sup> C. Fasseur, *Colonial dilemma: Van Vollenhoven and the struggle between adat law and western law in Indonesia*” dalam James S Davidson, *The Revival of Tradition in Indonesian Politict The Deployment Of Adat From Colonialism*. (New York: Routledge, 2007), hal.46.

<sup>8</sup> Carol Warren, *Adat and Dinas: Village and State in Contemporary Bali*, Di Geertz, Hildred: *State and Society in Bali* (Leiden:KITLV Press, 1991), hal. 60-61.

<sup>9</sup> David Bouchier, *Conservative Political Ideology In Indonesia: A Fourth Wave?* “dalam Grayson Lioyd dan Shannon Smith, *Indonesia Today, Challenges of History*, (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2001), 117-118.

<sup>10</sup> Abdul Hadi, *Aceh Kembali ke Masa Depan*, (Jakarta: Yayasan SET Gudang Garam, 2005), hal. 25-27.

<sup>11</sup> Greg Acciaoli, *Culture as Art: From Practice to Spectacle in Indonesia*, “*Canberra Anthropology* Vo.8. 1985, hal.66.

<sup>12</sup> Saleh Hasan, *Mengapa Aceh Bergolak*, (Jakarta: Grafiti, 1992), hal. 78.

<sup>13</sup> Beberapa catatan yang dimiliki oleh penulis yang menjadi aktor utama pada tahun-tahun awal menaikkan kesadaran masyarakat adat di Indonesia.

<sup>14</sup> Dasarnya keistimewaan Aceh terletak dalam perjanjian perdamaian setelah konflik Darul Islam pada tahun 1959.

<sup>15</sup> Lihat lebih lanjut dalam Undang-Undang Pemerintahan Aceh (UU-PA) No.11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.

<sup>16</sup> Tiga belas lembaga tersebut adalah : 1) Majelis Adat Aceh (MAA); 2) *Imum Mukim* atau nama lain; 3) *Imum Chick* dan nama lain; 4) *Keuchik* atau nama lain; 5) *Tuha Peut* atau nama lain; 6) *Tuha Lapan* atau nama lain; 7) *Imum Meunasah* atau nama lain; 8) *Keujruen Blang* atau nama lain; 9) *Panglima Laot* atau nama lain; 10) *Pawang Glee* atau nama lain, 11) *Peutua Seuneubok* atau nama lain; 12) *Haria Peukan* atau nama lain, dan 13) *Syahbanda* atau nama lain. (UU-PA, Pasal 98 (3).

<sup>17</sup> *Keuchik* istilah dalam penyebutan kepala desa oleh sebagian besar masyarakat di Aceh, walaupun masih ada penyebutan lain untuk kepala desa misalnya *Datung Penghulu* (di Aceh Tamiang).

<sup>18</sup> Hasil wawancara dengan beberapa tokoh masyarakat dan masyarakat kelas marginal di Kabupaten Aceh Utara, tanggal 13 Juni 2012.

<sup>19</sup> Leena Avonius dan Sehat Ihsan Shadiqin, *Adat dalam Dinamika Politik di Aceh*, (Banda Aceh: ICAIOS,2010), hal. 31.

<sup>20</sup> Muhammad Mardani, *Hukum Acara Perdata-Perdata Peradilan Agama*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hal.44.

<sup>21</sup> Muhammad Bushar, *Azas-azas Hukum Adat (Suatu Pengantar)*, (Jakarta: Pradnya Pratama, 2003), hal. 14.

<sup>22</sup> Muhammad Umar, *Peradaban Aceh (Tamadun) I*, (Banda Aceh:Buboena Jaya, 2006), hal. 83.

<sup>23</sup> *Ibid.* hal. 83-84.

<sup>24</sup> Ketua Majelis Adat Aceh (MAA) Provinsi Aceh, yang juga merupakan dosen tetap di Universitas Syiah Kuala.

<sup>25</sup> Majelis Adat Aceh Kabupaten Aceh Utara, *Peran Adat Aceh sebagai alat Pemersatu dalam Masyarakat (Ditinjau dari Sudut Pandangan Cendekiawan)*, (MAA Kabupaten Aceh Utara: Lhokseumawe, 2005), hal 33.

<sup>26</sup> Lihat Buku *Pedoman Peradilan Adat di Aceh untuk Peradilan Adat yang Adil dan Akuntabel*, (MAA Aceh: Aceh, 2008).

<sup>27</sup> Kasus seperti ada beberapa kali terjadi di beberapa kecamatan yang ada di kabupaten/kota di Aceh, diantaranya Kecamatan Cot Glie Kabupaten Aceh Besar dan Kecamatan Tanah Luas Kabupaten Aceh Utara.

<sup>28</sup> *Peusijuek* adalah suatu serimoni untuk berdamai yang dalam serimoni tersebut ada ketan kuning satu nampun, daun *seunijuek*, satu jenis rumput *on naleung sambo, on manek mano* (sejenis daun yang ada bunga kecil-kecil putih), beras, padi dan sedikit tepung. Dalam acara tersebut sebagai tanda perdamaian kedua belah pihak yang bermasalah didudukkan dalam satu tikar berdampingan kemudian kedua orang ini *dipeusijuek* oleh petua adat dan keduanya disulangkan nasi ketan tadi dan akhirnya keduanya berjabat tangan tanda damai.

<sup>29</sup> Muhammad Umar, *Peradaban Aceh (Tamadun) I*, (Banda Aceh: Buboena Jaya, 2006), hal. 84.

<sup>30</sup> Wawancara dengan tokoh adat pada beberapa kabupaten di Provinsi Aceh

<sup>31</sup> Gagasan ini merupakan ceramah yang disampaikan Mochtar Lubis di Taman Ismail Marzuki pada tanggal 6 April 1977, yang kemudian dibukukan ke dalam judul *Manusia Indonesia*. Baik ceramah maupun bukunya banyak mendapat reaksi pro dan kontra di kalangan masyarakat, karena dianggap begitu merendahkan derajat bangsa sendiri, namun di balik hujatan yang diberikan Mochtar Lubis dalam ceramahnya, pandangan ini juga membangkitkan pemikiran kritis tentang manusia Indonesia seperti yang disampaikan Jacob Oetama dalam pengantar buku *Manusia Indonesia* tersebut.

<sup>32</sup> Konsep ini dalam istilah Perancis dikenal dengan "*Les juges de la Nation ne sont que la bouche que prononce les paroles de la loi*" atau dalam terjemahan bebasnya berarti "Para hakim bangsa hanya merupakan orang yang berbicara atas dasar hukum (tertulis-pen)"

<sup>33</sup> Hans Kelsen yang dikenal sebagai penggagas Teori Murni dalam ilmu hukum berpendapat bahwa: Kebiasaan adalah pola perbuatan para individu yang dipatuhi secara umum sungguhpun mereka tidak dengan sengaja bermaksud membuat hukum; tetapi mereka mesti memandang perbuatan mereka sesuai dengan suatu norma yang mengikat dan tidak memandangnya semata-mata sebagai masalah pemilihan yang sembarangan: Inilah persyaratan dari yang disebut *opinio juris sine necessitatibus*. Lihat Hans Kelsen, 2006, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Nuansa & Nusamedia, Bandung, Hlm. 165.

<sup>34</sup> Hakim *Supreme Court* Amerika Serikat, Oliver Wendell Holmes menyatakan bahwa: orang-orang ingin mengetahui dalam kondisi apa dan seberapa jauh mereka akan menghadapi risiko menentang apa yang jauh lebih kuat daripada diri mereka sendiri, dan oleh sebab yang menjadi urusan (ilmu hukum) adalah mengetahui kapan bahaya ini harus ditakuti. Dengan demikian obyek penelitian kita adalah prediksi, prediksi tentang luasnya pengaruh dari kekuatan masyarakat (*public force*) melalui perantara pengadilan. Lihat O. W. Holmes, 1920, *Collected Legal Paper*, Hlm.167.

<sup>35</sup> Meluasnya akses keadilan nampak dari program-program pembangunan yang didorong negara saat ini. Namun akses ini nampaknya menggunakan pendekatan kemiskinan sebagai indikator; bisa dicontohkan dalam UU Bantuan Hukum yang menggunakan pendekatan miskin bagi penerima bantuan hukum, bukan pendekatan kepentingan keadilan, dimana masyarakat adat, perempuan, anak dan penyandang disabilitas adalah kelompok yang rentan (*vulnerable groups*) yang berhak atas afirmatif pemenuhan hak keadilan. Untuk melihat kajian kritis terhadap menyempitnya hak atas bantuan hukum bisa dilihat Siti Aminah, SH; Hak Bantuan Hukum Dalam Berbagai konteks, (Analisa terhadap UU NO. 16/2011 tentang Bantuan Hukum); 2012

<sup>36</sup> Justice For The Poor Bank Dunia, Menemukan Titik keseimbangan : Mempertimbangkan Keadilan Non- negara di Indonesia; Jakarta; 2009

<sup>37</sup> salah satu optimisme tersebut dapat dilihat dari TOR Panel 10 yang diselenggarakan oleh SAJI/BPHN yang mengambil judul Revitalisasi Hukum dan Peradilan Adat Sebagai Solusi Penguatan Akses Terhadap Keadilan

<sup>38</sup> *Negara dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip negara kesatuan republik Indonesia*

<sup>39</sup> *identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban"*.

<sup>40</sup> UNDRIP adalah instrumen hak asasi manusia internasional yang menetapkan standar minimum untuk menjamin hak-hak kolektif masyarakat adat. Indonesia telah menandatangani UNDRIP pada tahun 2007 (AIPP). <http://rumahiklim.org/hak-masyarakat-adat/internasional/undrip/>

<sup>41</sup> Hazairin, **Kata Pengantar (Hakim Desa)** dalam R. Soepomo, **Pertautan Peradilan Desa Kepada Peradilan Gubernermen**, BHRATARA, 1977, halaman 5

<sup>42</sup> Istilah dan konsep hukum adat ini konon dicipta oleh Snouck-Hurgronje, untuk kemudian dipopulerkan oleh van Vollenhoven dan diimplementasi secara efektif oleh ter Haar pada tahun 1930an.

<sup>43</sup> Soetandyo Wignjosoebroto, **Eksistensi Hukum Adat: Konseptualisasi, Politik Hukum dan Pengembangan Pemikiran Hukum Sebagai Upaya Perlindungan Hak Masyarakat Adat**, makalah, akses di <http://soetandyo.wordpress.com/>

<sup>44</sup> Pada 27 - 28 Oktober 1928 pemuda dan pemudi Indonesia dari berbagai pulau dan suku bangsa melakukan kongres yang menghasilkan Putusan Konggres Pemuda-Pemudi Indonesia; yang kemudian dikenal dengan Sumpah Pemuda. Peristiwa ini setiap tahun pada tanggal 28 Oktober diperingati sebagai hari Sumpah Pemuda.

---

<sup>45</sup>...*Mengeloearkan kejakinan persatoean Indonesia diperkoeat dengan memperhatikan dasar persatoeannya :KEMAOEAN, SEDJARAH, BAHASA, HOKOEM ADAT, PENDIDIKAN DAN KEPANDOEAN*; dalam Sumarmo dkk; **45 Tahun Sumpah Pemuda**; Yayasan Gedung-Gedung Bersejarah, Jakarta, 1974 hal 69

<sup>46</sup>Khudzaifah Dimiyati, **Teorisisasi Hukum, Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945 – 1990**; Genta Publishing;Yogyakarta, hal 6.

<sup>47</sup>Soetndyo, op.cit

<sup>48</sup>Kajian mengenai dinamika pengakuan hukum terhadap masyarakat adat di Indonesia dan kemudian implikasinya terhadap keberadaan masyarakat adat khususnya dalam penguasaan terhadap sumber daya alam dapat dibaca di Rikardo Simarmata, **Pengakuan Hukum Terhadap Masyarakat Adat di Indonesia**; UNDP-RIPP, Bangkok, 2006.buku ini mengulas dinamika pengakuan hukum bagi masyarakat adat Setidaknya dalam rentang sampai tahun 2004.

<sup>49</sup>Keberadaan organisasi masyarakat adat ini bukanlah sesuatu yang tiba-tiba, Sebagai sebuah gerakan, salah satu yang bisa dicatat adalah keberadaan Jaringan Pembelaan Hak-Hak Masyarakat Adat/JAPHAMA (1993).Yang dengan dukungan jaringan ini berdiri lembaga-lembaga yang memperjuangkan hak masyarakat adat di berbagai wilayah.Secara lengkap baca Sandra Moniaga, **Dari Bumiputera ke Masyarakat Adat : Sebuah perjalanan Panjang Membingungkan**; dalam Jamie S. Davidson dkk; *Adat Dalam Politik Indonesia*; Yayasan Pustaka Obor Indonesia; 2010; hal 301 – 322

<sup>50</sup>Pasal 41, menyatakan Identitas budaya masyarakat tradisional, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman.

<sup>51</sup>Lebih lanjut tentang hal ini baca Soetandyo Wignjosoebroto, **Mempersoalkan Empat Syarat Pengakuan Eksistensi Masyarakat Hukum Adat**;

<sup>52</sup>Ricardo Simamarta, **Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Adat di Indonesia**, UNDP RIPP, Jakarta, 2006, halaman 302

<sup>53</sup>Ibid, halaman 317 – 336

<sup>54</sup>Dr.H.Abdurrahman,SH.MH ; **Penyelesaian Sengketa Hukum Adat Antara Peradilan Adat dan Lembaga Adat; dalam Sistem Peradilan Adat dan Lokal di Indonesia**, AMAN Jakarta, 2003; hal 124.

<sup>55</sup>Naskah terjemahan stb 1932 no 80 bisa dibaca di BPHN; **Inventarisasi Ringkasan Tulisan-Tulisan dan Yurisprudensi dari zaman sebelum tahun 1945**; BPHN diedarkan Penerbit Alumni Bandung, 1978 halaman 74 – 139

<sup>56</sup>Dr.H.Abdurrahman,SH.MH; op cit hal 126 – 127. Secara singkat ketentuan tersebut menegaskan (1) Perkara-perkara adat yang pemeriksaannya menjadi kewenangan hakim-hakim dari masyarakat hukum kecil-kecil (hakim desa) pemeriksaannya tetap diserahkan kepada mereka; (2) Ketentuan dalam ayat di muka tidak mengurangi wewenang dari para pihak yang berperkar auntuk setiap saat menyerahkan perkaranya kepada keputusan hakim yang dimaksud dalam ayat 1,2,3; (3) Hakim-hakim yang dimaksud dalam ayat pertama mengadilimenurut hukum adat, tetapi tidak boleh menjatuhkan hukuman.

<sup>57</sup>Dr.H.Abdurrahman,SH.MH ibid, hal 129

<sup>58</sup>Sudikno Mertokusumo; **Sejarah Peradilan dan Perundang-undangannya Di Indonesia Sejak 1942 Dan Apakah Kemanfaatannya Bagi Kita bangsa Indonesia**; Liberty Yogyakarta, 1983 hal 25.

<sup>59</sup>Bagian menimbang UU Darurat No. 1/1951

<sup>60</sup>K. Wantjik Saleh, SH. **Kehakiman dan Peradilan**; Penerbit Simbur cahaya, jakarta, 1976 hal 105

<sup>61</sup>Pasal 1 ayat 3 UU Drt 1/1951 menyebutkan Ketentuan yang tersebut dalam ayat (1) tidak sedikitpun juga mengurangi hak kekuasaan yang sampai selama ini telah diberikan kepada hakim-hakim perdamaian didesa-desa sebagaimana dimaksud dalam pasal 3a Rechterlijke Organisatie.

<sup>62</sup>UU Drt 1/1951 Pasal 5 Ayat (3) b

<sup>63</sup>Bahan-bahan tentang ini berasal dari Agustinus Agus dan Sentot Setyasiswanto, **Setelah Kami Dilarang Masuk Hutan**, Jakarta, Huma, 2010 .Kronologi didasarkan pada tulisan Abdias Yas –**Kisah Tragis Petani di Desa Siyai - Kabupaten Melawi: Membuat Ladang, Diciduk Polisi**,makalah disampaikan dalam Workshop Permasalahan Tenurial dan Reforma Agraria di Kawasan Hutan dalam Perspektif Masyarakat Sipil, Bogor 29 Oktober 2007

<sup>64</sup>Enam perkembangan kebijakan pemerintah pusatyaitu: **Pertama**, tahun 1978, Pemerintah Pusat melalui Menteri Pertanian menetapkan kawasan Bukit Raya seluas ± 50.000 Ha sebagai cagar alam dengan nama “Cagar Alam Bukit Raya”. **Kedua**, tahun 1979, luas cagar alam Bukit Raya bertambah 60.000 hektar sehingga luas cagar alam Bukit Raya seluruhnya menjadi 110.000 hektar. **Ketiga**, tahun 1981 Pemerintah Pusat melalui Menteri Pertanian menunjukan kawasan hutan yang terletak di Serawai dan Menukung, Kabupaten Sintang, Kalimantan Barat sebagai Cagar alam yang

diberi nama “Cagar Alam Bukit Baka” dengan luas 100.000 hektar. **Keempat**, tahun 1982 terjadi penambahan luas Cagar Alam Bukit Baka sehingga luas seluruhnya Cagar Alam Bukit Baka menjadi 116.093 hektar. **Kelima**, tahun 1987 luas Cagar Alam Bukit Baka mengalami pengurangan dari 116.093 hektar menjadi 70.500 hektar [ada 45.593 hektar kawasan Cagar Alam Bukit Baka dikurangi oleh Pemerintah]. **Keenam**, tahun 1992, Cagar Alam Bukit Baka dan Cagar Alam Bukit Raya disatukan dan statusnya diubah menjadi taman nasional dengan nama “Taman Nasional Bukit Baka-Bukit Raya, dengan luas 181.090 hektar. Enam perkembangan kebijakan Pemerintah Pusat terhadap kawasan TNBBBR tidak berhenti di situ, tahun 2000 terjadi penunjukan kawasan hutan dan perairan di wilayah Propinsi Kalimantan Barat oleh Menteri Kehutanan dan Perkebunan seluas 9.178.760 hektar. Dengan demikian luas kawasan hutan yang ditunjuk sebagai hutan taman nasional di propinsi Kalimantan Barat seluruhnya 1.252.895 hektar. Lebih lanjut baca Agustinus Agus dan Sentot Setyasiswanto, **Setelah Kami Dilarang Masuk Hutan**, HuMA, Jakarta, 2010

<sup>65</sup>Abdias, **Taman Nasional “Mentamakan” Warga Sungkup**, artikel, diakses di [www.lbbt-kalbar.org](http://www.lbbt-kalbar.org)

<sup>66</sup>Menurut masyarakat, berdasarkan cerita turun temurun, dulu telah terjadi pertumpahan darah saat proses penguasaan wilayah adat. Ketemenggungan Siyai memenangkan perebutan wilayah maka masyarakat ketemenggungan Siyailah yang menguasai dan memiliki hak atas hutan dan wilayah adat tersebut. Tempat peristiwa pertumpahan darah tersebut masih ada sekarang ini dan menjadi tempat keramat masyarakat adat.

<sup>67</sup>Babas Muda merupakan kawasan bekas huma yang dipersiapkan dalam jangka waktu tertentu (berumur 3-5 ahun sebagai ukuran vegetasi tanah) sehinggadapat dipergunakan untuk behuma lagi pada tahun berikutnya.

<sup>68</sup>Kesupan adat adalah sopan santun terhadap hukum adat yang hidup di Ketemungunan Siyai

<sup>69</sup>Kesupan Masyarakat adalah sopan santun terhadap masyarakat

<sup>70</sup>Kesupan Temenggung adalah sopan santun terhadap pemimpin adat

<sup>71</sup>Kesupan Pengurus Kampung adalah sopan santun terhadap pengurus wilayah (kampung)

<sup>72</sup>Perusak nama baik Temenggung dan Masyarakat adalah merusak/mencemarkan nama baik pimpinan adat

<sup>73</sup>Hukum Adat Perampasan Hak adalah masyarakat adat merampas/mengambil alih wilayah adat yang dimasukkan ke dalam wilayah Taman Nasional

<sup>74</sup>*“Setiap orang dilarang: (e) menebang pohon atau memanen atau memungut hasil hutan di dalam hutan tanpa memiliki hak atau izin dari pejabat yang berwenang” Jo. Pasal 78 (5) UU Kehutanan yang berbunyi :“Barang siapa dengan sengaja melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 ayat (3) huruf e atau huruf f, diancam dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah)”*

<sup>75</sup>Agustinus Agus dan Sentot Setyasiswanto, **Setelah Kami Dilarang Masuk Hutan**, HuMA, Jakarta, 2010, halaman 94-99

<sup>76</sup>Kronologi peristiwa didasarkan pada catatan-catatan yang di buat masyarakat; Pastur Agustinus Ubin dari biara KM 4 Nanga Pinoh Melawi Kalbar, Agustinus Agus- penggiat LBBT; dan dokumen-dokumen peradilan

<sup>77</sup>Keterlibatan aparat pemerintah dan nama-namanya dalam rombongan perusahaan bisa dilihat pada <http://hukumonline.com/berita/baca/lt4bfb59f7c4dde/tolak-perusahaan-tambang-warga-masyarakat-adat-dihukum-pengadilan> .Selasa 25 Mei 2010.Diunduh tanggal 10 januari 2012.

<sup>78</sup>Kecurigaan warga didasarkan atas peristiwasebelumnya. Di tahun 2006, hutan adat masyarakat akan diekplorasi tambang batu bara. Kemudian warga menghukum adat PT. Sumber Gas Sakti Prima (SGSP); sehingga perusahaan ini tidak melanjutkan eksplorasinya. Penolakan terhadap survey dan eksplorasi pertambangan batu bara tetap dilakukan ketika setahun kemudian hadir PT Mekanika Utama Group yang berusaha untuk melakukan eksplorasi terhadap kandungan batu bara di wilayah adat masyarakat Pelaik keruap. Kehadiran PT MUG ini kembali menghadirkan reaksi penolakan dari masyarakat. Bahkan sempat terjadi pertemuan untuk membahas rencana eksplorasi PT. MUG tersebut. Selanjutnya warga bersama 9 kampung lainnya sepanjang DAS Keruap menyatakan penolakan terhadap survey dan keberadaan batu bara.

<sup>79</sup>Tuduhan penyanderaan/perampasan kemerdekaan digunakan pula oleh aparat kepolisian dalam kasus Masyarakat Sukolilo vs Semen Gresik yang menolak pembangunan pabrik semen di kawasan pegunungan karst Kendeng, Jawa Tengah

<sup>80</sup>Surat Ketemenggungn Pelaik keruap yang ditukan kepada Ketua PN Sintang, perihal Surat Penolakan Proses Peradilan di PN Sintang tertanggal 28 Mei 2010 yang ditandatangani Ronti selaku temenggung Pelaik Keruap; dan Surat Ketemenggungn Pelaik keruap kepada Ketua Mahkamah Agung, perihal Nota penjelasan tertanggal 28 Mei 2010 yang ditandatangani Ronti selaku temenggung Pelaik Keruap.

<sup>81</sup>J Kusni, Kalimantan Tengah, **Betang Kekinian**, Jurnal Toddoppuli, Cerita Untuk Andriani S. Kusni & Anak-Anakku, Posted September 27, 2009

<sup>82</sup>pasal 167 KUHP dan pasal 551 KUHP

<sup>83</sup>Data dan kronologis diolah berdasarkan Aman Kalbar; **Kasus Andi-Japin: Fakta Pelecehan Sinar Mas Terhadap Hukum Adat Melalui Pengadilan Negeri Ketapang**; Pontianak 24 Februari 2011, <http://permalink.gmane.org/gmane.culture.media.mediacare/75653>; Tim PAMA (Tim Pembela masyarakat Adat); Masyarakat Adat Vs Negara (Kasus Andi Japin Vs PT BNM; Kronologis Kriminalisasi Masyarakat Adat); Pontianak 27 Februari 2010; dalam <http://edipetebang.blogspot.com/p/kronologis-kriminalisasi-masyarakat.html>

<sup>84</sup>Kuburan bagi Orang Dayak merupakan penghormatan terakhir terhadap roh leluhur. Secara umum meyakini kematian bukan sekedar berakhirnya suatu kehidupan melainkan hanya dianggap sebagai perpindahan dari dunia fana ke dunia baka. Dengan kata lain, kematian bukan akhir dari kehidupan melainkan justru sebagai awal dari suatu kehidupan di dunianya yang baru. Selain bagaimana masyarakat dayak mengkonsepkan hidup sesudah mati, tetapi meliputi pula konsep untuk apa semua itu bagi kehidupan seseorang di dalam masyarakat. Dalam konteks religi menurut Bambang Sulistyanto, kematian (termasuk upacara kematian dan kuburan-pen) memiliki empat fungsi yaitu **Pertama**, membantu dan mendukung berlakunya nilai-nilai yang ada dan mendasar dari kebudayaan suatu masyarakat.; **Kedua**, menyajikan berbagai penjelasan mengenai hakekat kehidupan manusia dan lingkungan serta ruang dan waktu. ; **Ketiga**, religi memainkan peranan yang besar bagi individu-individu karena religi menyajikan penjelasan dan bertindak sebagai kerangka sandaran bagi ketentraman dan penghiburan hati dalam keadaan kesukaran dan kekacauan yang dihadapi manusia. ; **Keempat**, religi mampu menyatukan berbagai faktor dan bidang kehidupan ke dalam suatu pengorganisasian yang menyeluruh, sehingga menciptakan rasa aman dan dan pencapaian tujuan kebenaran bersama; Bambang Sulistyanto, *Religi dan Makna Upacara Kematian Masyarakat Dayak* <http://hurahura.wordpress.com/2011/07/16/religi-dan-makna-upacara-kematian-masyarakat-dayak/>

<sup>85</sup>Tim Pengacara Terdakwa Vitalis Andi dan Japin , **Masyarakat Adat Mengugat: Perjuangan Tanpa Akhir Melawan Ketidakadilan**; Pledoi, 2009

<sup>86</sup>Tanggal 15 Oktober 2009, aparat polisi yang mengatas namakan Kepala Polres Ketapang datang ke Silat Hulu untuk bernegosiasi. Pihak kepolisian menyatakan soal tuntutan adat (hukum adat) tidak ada masalah, hanya denda adat minta diturunkan nilainya, dan akan memperjuangkan kepada pihak perusahaan sekaligus menetapkan pertemuan dan sidang adat tanggal 16 Oktober 2009 di Kampung Silat. Namun demikian dengan alasan PT. BNM keberatan, maka polisi memindahkan lokasi pertemuan ke Marau. Hasilnya PT BNM tidak bersedia memenuhi tuntutan warga dan pihak kepolisian selaku mediator tidak netral. PT BNM dan kepolisian mendesak dilakukan investigasi ulang oleh pihak Polres Ketapang. Pertemuan berakhir tanpa hasil. Setelah pertemuan itu, warga sangat resah karena sering sekali ada teror warga akan ditangkap. Tanggal 24 Oktober 2009, Pilipus Koleh dari Dewan Adat Dayak (DAD) Ketapang bersama Polres Ketapang mendatangi warga Silat meminta kunci alat berat. Warga menolak, kecuali tuntutan adat tersebut dipenuhi. Warga ditakuti akan ditangkap polisi. (diolah dari Kronline; **PT BNM (Sinar Mas Grup) Rampas Hidup Masyarakat Silat Hulu**; Kamis 29 Oktober 2009 diunduh 16 Januari 2011; [www.kalimantanreview.com/online/2009/004.php](http://www.kalimantanreview.com/online/2009/004.php)

<sup>87</sup>"setiap orang dilarang melakukan tindakan yang mengakibatkan pada kerusakan kebun atau asset lain, penggunaan tanah-tanah perkebunan tanpa izin dan atau tindakan yang mengakibatkan terganggunya usaha perkebunan dan atau barang siapa dengan maksud hendak menguntungkan diri sendiri atau orang lain dengan melawan hak, memaksa orang dengan kekerasan atau ancaman kekerasan supaya orang itu memberikan barangnya yang sama sekali, atau sebagian termasuk kepunyaan orang lain atau supaya orang tersebut membuat hutang atau menghapus hutang".

<sup>88</sup>Barangsiapa dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, memaksa orang lain dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, untuk memberikan sesuatu barang yang seluruhnya atau sebagian adalah milik orang lain, atau supaya memberikan hutang maupun menghaus piutang, diancam karena pemerasan dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.

<sup>89</sup>Adapun rekomendasi Komnas HAM kepada Bupati Ketapang, yaitu : (1) Menghentikan segala bentuk kegiatan PT. BNM di wilayah adat Silat Hulu; (2) Mengevaluasi kewajiban dan kinerja PT. BNM karena diduga telah mengakibatkan pelanggaran HAM, diantaranya hak untuk hidup, hak atas tanah, hak atas rasa aman, hak atas kebutuhan mendasar, dan hak-hak Masyarakat Adat yang harus dilindungi negara cq. Pemkab Ketapang; (3) Mengukuhkan segera tanah dan hutan adat Desa/Dusun Silat Hulu untuk melindungi eksistensi dan penghidupan Masyarakat Adat , serta meminta agar tanam tumbuh, areal perladangan/persawahan, hutan adat dan berlaku, untuk memulihkan hak-hak Masyarakat Adat Desa Silat Hulu; (4) Meminta agar Pemkab Ketapang berkoordinasi dengan Pemprov Kalbar dan Pemerintah Pusat memperhatikan dan meningkatkan taraf penghidupan masyarakat Dusun Silat Hulu, dengan cara memenuhi kebutuhan dasarnya sebagai warga negara Indonesia di bidang pendidikan, kesehatan, perumahan, pangan, air bersih, listrik dan sebagainya.

<sup>90</sup>Tim Pembela terdakwa; Pledoi

<sup>91</sup> Hermayulis, *Status Tanah Ulayat Menurut Hukum Adat Minangkabau dan Hukum Tanah Nasional*, Himpunan Makalah dan Rumusan Workshop Tanah Ulayat di Sumatera Barat, 23-24 Oktober 2000.

<sup>92</sup> Kurnia Warman dan Albadri Arif, *Laporan Hasil Observasi Community Justice Di Sumatera Barat*, Qbar dan Kemala, Padang, Tahun 2001.

---

<sup>93</sup>Lili Suarni, *"Proses Penyelesaian Sengketa Melalui Lembaga Adat di Nagari Kambang Kecamatan Lengayang Kabupaten Pesisir Selatan"*, Program Pascasarjana Universitas Andalas, Tahun 2008.

<sup>94</sup> Abdurrahman Saleh, (2004), *"Dialog Interaktif Membangun Mitra dan Ruang Partisipasi dalam Penyelesaian Sengketa Sako dan Pusako di Sumatera Barat,"* hal. 3.

<sup>95</sup> K. Wantjik Saleh *"Hukum Acara Perdata RBg/HIR"*, Ghalia Indonesia, Jakarta: 1981, hal.18-19.

<sup>96</sup> Lili Suarni, *Op Cit.*

<sup>97</sup> Kurnia Warman dan Albadri Arif, *Op Cit.*

<sup>98</sup> Keebet Von Benda Beckhman *"Goyahnya Tangga Menuju Mufakat"*, Gramedia Jakarta: 2000, hal. 115.

<sup>99</sup> *Ibid*

<sup>100</sup> *Ibid*

<sup>101</sup> Gusti Anan *"Pemerintahan Sumatera Barat Dari VOC Hingga Reformasi"*, Citra Pustaka, Yogyakarta: 2006, hal. 96.

<sup>102</sup> *Ibid.* hal. 97.

<sup>103</sup> Iskandar Kemal *"Sekitar Pemerintahan Nagari Minangkabau dan Perkembangannya, Tinjauan Tentang Kerapatan Adat"*, The For Book Development In Asia, Pakistan: 1964, hal. 135-136.

<sup>104</sup> *Ibid.* hal. 137.

<sup>105</sup> *Ibid*

<sup>106</sup> Pendapat di atas masih menjadi perdebatan dikalangan ahli hukum, yang menyatakan bahwa KAN merupakan Badan dan Pengurus KAN merupakan pejabat Tata Usaha Negara, dan putusan KAN merupakan putusan Tata Usaha Negara

<sup>107</sup> Bachtiar Abna, *"Status Keputusan Kerapatan Adat Nagari Sebagai Lembaga Yang Dibentuk Dan Diakui Perda Sumatera Barat"*. Tahun 2007.

<sup>108</sup> Hal ini terungkap dalam *wawancara* dengan Sago Indra, Mantan Wali Nagari Situjuh Gadang, 16 Maret 2012.

<sup>109</sup> Dt. Indo Marajo, Anggota Kerapatan Adat Nagari Situjuh Gadang, 15 Maret 2012.

<sup>110</sup> Miko Kamal, *Sengketa Tanah Ulayat dan Alternatif Penyelesaian*, Dalam Himpunan Makalah dan Rumusan Workshop Tanah Ulayat di Sumatera Barat, Padang, 23-24 Oktober 2000.

<sup>111</sup> Hal ini terungkap dalam *wawancara* dengan Dt. Majo Indo, Anggota Kerapatan Adat Nagari Situjuh Gadang dan Hery Chandra, Wakil Panitera Pengadilan Negri Lima Puluh Kota, 16 Maret 2012.

<sup>112</sup> Kurnia Warman, *Op Cit.*

<sup>113</sup> Hal ini terungkap dalam *wawancara* dengan Hery Chandra, Wakil Panitera Pengadilan Negri Lima Puluh Kota, 16 Maret 2012.

<sup>114</sup> *Wawancara* dengan Nofrianto, Mantan Kepala Desa dan Tokoh Masyarakat Nagari Situjuh Gadang, 15 Maret 2012.





# RANGKUMAN HASIL KONFERENSI NASIONAL NEGARA HUKUM

DALAM RANGKA  
SATU DASAWARSA  
AMANDEMEN UUD 1945



## Rangkuman Hasil Konferensi Nasional Negara Hukum (Dalam Rangka Satu Dasawarsa Amandemen UUD 1945)

“Negara hukum” ternyata tetap menjadi isu besar dan strategis untuk sebuah negara Republik Indonesia yang telah memasuki usia 67 tahun. Isu tersebut menuntut kajian dengan rentang topik yang sangat luas, mulai dari pemaknaan konseptualisasi Pancasila sampai penjabarannya pada hak asasi manusia dan hak-hak konstitusional. Ada sejumlah isu yang lebih operasional terkait dengan hak-hak dimaksud, seperti isu tentang pendidikan tinggi, kebebasan atas informasi dan media, akses terhadap peradilan bagi kaum miskin dan masyarakat adat, yang pada gilirannya juga menyentuh problematika tentang mekanisme ketatanegaran, legislasi, dan legisprudensi.

Atas dasar topik-topik tersebut, dapat ditarik beberapa simpulan yang dihasilkan dari dialog nasional negara hukum ini.

1. Dalam tataran ide, eksistensi Pancasila telah mendapatkan penguatan dalam arsitektur negara hukum Indonesia, namun masih menyisakan persoalan-persoalan mendasar terkait pada tataran norma dan implementasi.
2. Pengejawantahan negara hukum Indonesia membutuhkan penataan, yaitu penataan ke dalam sistem hukum dan kemudian sistem norma hukum. Sistem-sistem tersebut membutuhkan harmonisasi, yang tidak hanya berangkat dari bahan lokal, melainkan juga kecenderungan perkembangan global, sehingga tidak tertutup kemungkinan adanya hibrida antara nilai-nilai lokal, agama, dan asing.
3. Di sisi lain ada jurang (*gap*) antara konseptualisasi Pancasila dengan beberapa rumusan peraturan perundang-undangan sampai pada implementasinya di lapangan. Kesenjangan inilah yang mengakibatkan wacana tentang Pancasila, termasuk tentang wacana negara hukum berbasis Pancasila, berpotensi untuk dipandang usang dan irelevan dengan aspek kekinian bangsa Indonesia.
4. Untuk mengatasi kesenjangan di atas, diperlukan alat untuk menilai kualitas legislasi dan proses legislasi yang bisa mendekatkan isi undang-undang dengan cita keadilan. Dalam konteks inilah perlu dibuka ruang yang lebih besar untuk kelompok-kelompok kepentingan di dalam masyarakat untuk ikut serta dalam proses legislasi, sehingga muatan legislasi bisa didekatkan sedekat mungkin dengan kondisi sosial yang ada.
5. Harus diwaspadai bahwa proses legislasi juga tidak boleh sampai tersandera oleh rancangan undang-undang yang sejak semula telah memiliki kecenderungan membangkitkan rezim yang represif dan/atau membatasi kegiatan kelompok masyarakat sipil, sebagaimana pernah ditunjukkan dalam RUU Keamanan Nasional dan RUU Organisasi Masyarakat.
6. Upaya mengaktualisasikan legislasi yang paling fenomenal memang telah dilakukan justru pada tataran paling tinggi, yakni dalam bentuk amandemen UUD 1945. Kendati demikian, upaya tersebut bukanlah tanpa risiko, melainkan justru menyisakan sejumlah polemik, seperti soal wewenang DPD dengan DPR dan proses legislasi.
7. *Checks and balances* yang diperagakan dalam UUD 1945 hasil amandemen, perlu dicermati secara kritis, sekalipun bukan berarti harus ditolak. Kita perlu melihat *checks and balances* dari esensinya, bukan penamaannya dan kecurigaan yang disebabkan karena ketakutan akan transplantasi hukum. Esensinya adalah mengelola relasi

- kekuasaan antarlembaga negara agar pada akhirnya bisa mendorong adanya keseimbangan kekuasaan, sehingga tidak ada satu lembaga pun yang mempunyai kekuasaan terlalu besar sehingga *uncontrollable* dan potensial diselewengkan.
8. Salah satu fungsi *checks and balances* ini diperankan oleh Mahkamah Konstitusi. Lembaga ini merupakan institusi yang penting dalam konteks negara hukum, sehingga kualitas putusan dan integritas hakimnya perlu dipelihara dengan adanya kejelasan mengenai batas wewenang memutus Mahkamah Konstitusi dan mekanisme pengawasan hakim.
  9. Terlepas dari kinerja Mahkamah Konstitusi yang kerap diapresiasi banyak pihak, reformasi pengadilan secara umum belum sepenuhnya dirasakan oleh masyarakat, khususnya masyarakat miskin dan termarjinalkan, misalnya para pencari keadilan yang memiliki kebutuhan khusus, seperti perempuan, difabel, dll.
  10. Upaya pembaruan peradilan sudah dilakukan sejak reformasi, mulai dari Konstitusi sampai kebijakan kelembagaan. Tapi sayangnya upaya pembaruan tersebut masih terpisah-pisah (*fragmented*). Masing-masing lembaga peradilan (kepolisian, kejaksaan, kehakiman) menyusun agendanya sendiri berdasarkan kewenangannya, sehingga terkadang tumpang tindih dan tidak bersinergi menghasilkan sistem peradilan yang bisa memaksimalkan akses pencarian keadilan.
  11. Reformasi pengadilan di Mahkamah Agung dan di beberapa daerah (yang sering dijadikan model), ternyata belum berdampak linier pada pengadilan-pengadilan di tingkat di bawah. Di tingkatan tersebut, misalnya, masih ditemukan beberapa fakta bahwa pencari keadilan tidak bisa mendapat putusan pengadilan atas kasus mereka sendiri.
  12. Reformasi pengadilan juga belum berdampak pada integritas hakim. Reformasi Pengadilan telah dilakukan melalui *blue print* MA pertama dan kedua, tapi pada saat yang sama persepsi masyarakat terhadap kualitas pengadilan masih buruk.
  13. Hal lain yang tidak kalah pentingnya adalah tentang perlindungan terhadap hak-hak konstitusional warga negara. Hak-hak ini diidentifikasi masih terkendala oleh peraturan perundang-undangan dan kebijakan pembangunan yang tidak memberikan jaminan yang kuat pada perlindungan, penghormatan dan pemenuhan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya warga masyarakat hukum adat dan warga masyarakat lain terutama yang berada di wilayah perbatasan.
  14. Pengakuan terhadap masyarakat hukum adat dan hak-haknya menjadi salah satu agenda penting untuk memenuhi hak-hak konstitusional warga. Jaminan hak masyarakat hukum adat dalam UUD 1945 masih memerlukan beberapa penafsiran terkait dengan posisi masyarakat hukum adat dalam sistem pemerintahan, dalam penguasaan tanah dan kekayaan alam serta dalam pembangunan kebudayaan.
  15. Pengakuan sebagaimana dimaksud di atas ditunjukkan dalam beberapa rancangan legislasi. Untuk itu inisiatif RUU Desa dan RUU Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Adat, misalnya, perlu dibahas bersama untuk memastikan adanya sinergi terkait dengan kejelasan kebijakan negara terhadap masyarakat hukum adat. Inisiatif pemerintah untuk memberikan perlindungan terhadap pengetahuan tradisional masih kurang.

16. Pluralitas hukum dan ketidakmampuan peradilan negara memberikan keadilan pada rakyat membangkitkan kebutuhan terhadap penyelesaian konflik berbasis hukum adat atau hukum rakyat. Meskipun demikian, masih terdapat kendala terkait dengan legalitas peradilan adat, kemampuan fungsionaris hukum adat memberikan keadilan bagi kelompok miskin dan perempuan.
17. Konseptualisasi negara hukum tidak hanya bersifat antroposentris tetapi juga perlu memperhatikan adanya jaminan keadilan lingkungan. Upaya-upaya mewujudkan keadilan lingkungan dilakukan melalui perbaikan tata kelola pengelolaan lingkungan dan sumber daya alam. Tidak terintegrasinya kelembagaan sumber daya alam menyebabkan ketidakjelasan koordinasi dan tanggung jawab pelestarian lingkungan. Keberadaan sebuah undang-undang yang dapat memberikan arah bagi pengelolaan sumber daya alam, mutlak diperlukan.
18. Penegakan hukum lingkungan masih lemah karena peraturan perundang-undangan yang kurang jelas, kurang memadainya pengetahuan masyarakat maupun pemerintah dan penegak hukum, kurang memadainya kemampuan hakim dalam memutus perkara lingkungan, perilaku hakim sangat legalistik, institusi peradilan yang belum sepenuhnya mandiri. Atas dasar ini diperlukan konsistensi Mahkamah Agung dalam pelaksanaan sertifikasi hakim-hakim yang akan memutus perkara lingkungan. Selain itu, MA perlu menyiapkan upaya-upaya untuk mendorong terbentuknya pengadilan lingkungan.
19. Proyek-proyek dan izin-izin usaha pemanfaatan lingkungan dan pengelolaan sumber daya alam belum membuka peluang partisipasi rakyat yang luas, korupsi di sektor sumber daya alam menjadi faktor ekstraksi besar-besaran terhadap sumber daya alam. Pelanggaran hak asasi manusia terjadi pada berbagai usaha-usaha pemanfaatan sumber daya alam di bidang pertambangan, perkebunan, dan kehutanan.
20. Dalam konteks ini, maka dituntut adanya hukum administrasi yang jelas dengan penagakannya yang konsisten. Hal ini diperlukan untuk menjamin perizinan lingkungan dan sumber daya alam agar menjadi alat pengendalian pemanfaatan lingkungan dan sumber daya alam.
21. Salah satu konstruksi negara hukum yang perlu diperlihatkan secara berkesinambungan adalah pengupayaan untuk hidup bersama menuju cita keadilan. Kendati demikian, disadari bahwa jaminan perlindungan HAM yang diberikan konstitusi belum memastikan tegaknya HAM karena tidak dibarengi dengan keseriusan pemerintah dalam pemenuhan hak-hak tersebut. Isu kebebasan beragama serta pemenuhan hak ekonomi, sosial, dan budaya bisa digunakan sebagai cermin untuk memperlihatkan betapa rendahnya praktik pemenuhan HAM di Indonesia.
22. Selain itu, tanpa penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu, maka prinsip-prinsip negara hukum sebenarnya telah disangkal dan tidak terimplementasi. Dengan perkataan lain, tanpa adanya penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu, negara hukum tidak bisa dilaksanakan secara ideal.
23. Pers sebagai pilar penting dalam negara hukum Indonesia semula menunjukkan kecenderungan menggembirakan pasca gerakan reformasi. Sayangnya, peran vital media ini dalam perkembangan berikutnya mulai terjebak pada dominasi kapitalis (konglomerasi media) yang notabene berpotensi mereduksi kebebasan informasi dan media.

24. Kelompok kelas menengah yang diharapkan menjadi agen perubahan untuk mendorong penguatan peran media, ternyata juga masih belum bisa diandalkan baik dari jumlah maupun tingkat keterlibatan mereka. Perhatian kelompok ini masih terfokus pada isu-isu yang berkaitan langsung dengan kepentingan mereka, dan belum secara intensif memasuki wilayah-wilayah kepentingan publik yang lebih luas.
25. Terlepas dari adanya putusan-putusan pengadilan yang sporadis dengan mengesankan keberpihakan pada penguatan atas kebebasan informasi dan media, ternyata di sisi lain terdapat sejumlah regulasi yang justru mengancam kebebasan tersebut, seperti masih dipertahankannya rumusan delik pencemaran nama baik, dll.
26. Institusi pendidikan tinggi juga memegang peran yang tidak kalah pentingnya, mengingat dari lembaga inilah akan dilahirkan barisan kelas menengah yang menjadi tulang punggung penguatan negara hukum Indonesia. Sayangnya, pendidikan tinggi hukum kita diidentifikasi masih berkuat pada beberapa kelemahan substantif, yaitu paradigmatika pendidikan tinggi hukum yang terlalu memasrahkan diri melayani kebutuhan pasar dan didominasi pada pelayanan terhadap kebutuhan profesional serta makin menjauh dari upaya pencarian kebenaran ilmiah.
27. Dalam rangka menghadapi problematika di atas, model-model pendidikan tinggi hukum kita perlu diubah secara fundamental, dengan mengubah paradigmatika pendidikan hukum yang keluar dari corak positivistis dan berorientasi pada optik preskriptif. Dengan orientasi ini, peserta didik diajak untuk berani menjawab permasalahan keilmuan hukum secara dialektis-kritis terkait dengan kenyataan sosial yang riil mereka hadapi di lapangan.
28. Pendidikan hukum klinis dan pemanfaatan program-program paralegal juga membutuhkan penajaman di lembaga pendidikan tinggi hukum kita dewasa ini, sehingga pendidikan hukum kita tidak terjebak pada sekadar penguasaan rumusan norma-norma hukum tertulis, tetapi juga menajamkan aspek kepedulian mahasiswa/lulusan terhadap lingkungan dan masyarakat di sekitar mereka.





# LAMPIRAN DAFTAR HADIR PESERTA





## Lampiran

### – Daftar Hadir Peserta

No.	Nama	Lembaga
1.	Aan Eko Widiarto	Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
2.	A. Sugara	Pensil Concern
3.	Abdul R.	AMAN KT
4.	Abdullah	BPHN
5.	Ade Saptomo	Fakultas Hukum Universitas Pancasila
6.	Adi Prakoso	PBHI – Jakarta
7.	Abdias Yas	LBBT Kalimantan Barat
8.	Abdul Rahman	AMAN Kalimantan Tengah
9.	Absori	Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah, Surakarta
10.	Adharinalti	BPHN
11.	Ahmad Asroni	Tolerance Institute, Yogyakarta
12.	Aidul Fitriadi Azhari	Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah, Surakarta
13.	Alqa bani Syahrizal	President University
14.	Andhika Agus D.	ICEL
15.	Andiko	HuMa
16.	Andrea Ariefanno	MaPPI Fakultas Hukum Universitas Indonesia
17.	Andreas Lagimpu	Masyarakat Adat Sulawesi Tengah
18.	Andri Simanjuntak	Epistema Institute
19.	Any Andjarwati	Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada
20.	Ardhi Yudha	BPHN
21.	Arfan F. Muchlizi	UNDP
22.	Arfun	BPHN
23.	Ari Kustara	<a href="http://www.geoscope.com">www.geoscope.com</a>
24.	Arif Maulana	Independen
25.	Artiningsih	BPHN
26.	Asari Taufiqurrohman	Fakultas Hukum Universitas Pekalongan
27.	Asep Suryana	RMI – Bogor
28.	Asari Taufiqurrohman	Universitas Pekalongan

29.	Asri Wijayanti	Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah, Surabaya
30.	Asrul Ibrahim Nur	The Indonesia Institute
31.	Awaludi Marwan	Universitas Ekasakti
32.	Bachtiar Abna	Fakultas Hukum Universitas Andalas
33.	Bambang Hadisantoso	Media – ICR News
34.	Bayu	BPHN
35.	Bedjo Untung	YPKP 65
36.	Bramanta S. D.	HuMa
37.	Chalid Muhammad	HuMa
38.	Chamelia Gunawan	Independen
39.	Dedy Kristanto	Pusat Studi Etika Politik Universitas Sanata Dharma, Yogyakarta
40.	Della Sri Wahyuni	LeIP
41.	Deni Bram	Fakultas Hukum Universitas Pancasila
42.	Dian Agung Wicaksono	Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada
43.	Diki Elnanda Caniago	Magister Hukum Universitas Gajah Mada
44.	Dyah Paramita	ICEL
45.	Abdurrahman	Majelis Adar Aceh
46.	Eddy Asnawi	Fakultas Hukum Universitas Lancang Kuning
47.	Eka An Aqimuddin	Fakultas Hukum Universitas Islam, Bandung
48.	Eka Nugraha Putra	Fakultas Hukum Universitas Merdeka Malang
49.	Eko Sabar Prihatin	Fakultas Hukum Universitas Diponegoro
50.	Endra Wijaya	Fakultas Hukum Universitas Pancasila
51.	Erwin Natosmal O.	ILR
52.	Eva Susanti	HuMa
53.	Evarisan	Klinik Hukum Ultra Petita, Semarang
54.	Fachri	Pusat Studi Hukum dan Kebijakan
55.	Farid Hanggawan	Pusat Studi Hukum dan Kebijakan
56.	Fathurrahman	Perkumpulan Bantaya
57.	Fendi Jonathan	LKBH Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan
58.	Feri Amsari	Pusat Studi Konstitusi Universitas Andalas

59.	Firdaus Cahyadi	Yayasan SatuDunia
60.	Firmansyah Arif	KRHN
61.	Firstly	President University
62.	Flora	President University
63.	Fritz Edward Siregar	University of New South Wales
64.	Gani	Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
65.	Gita Putri Damayana	Pusat Studi Hukum dan Kebijakan
66.	Guntur Abdurrahman	PBHI – SB
67.	Gwendolyn Ingrid Utama	Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan
68.	Hajerati	BPHN
69.	Hanief Saha Gafur	Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan
70.	Hari Purwadi	Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, Solo
71.	Henri	ICEL
72.	Herlambang Perdana	Universitas Airlangga
73.	Herlindah	Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
74.	Herti	President University
75.	Heru Wahyono	BPHN
76.	Hilaire Tegnau	Unana
77.	Ida Nurlinda	Fakultas Hukum Universitas Padjajaran
78.	Ifdal Kasim	Ketua Komisi Nasional Hak Asasi Manusia
79.	Imelda	PMB – LIPI
80.	Indah Dwi Qurbani	Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
81.	Indah Rahayu	BPHN
82.	Indra	President University
83.	Indriani	President University
84.	Irfan	BKF
85.	Irine Handika	Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada
86.	Ismail Rumadan	Mahkamah Agung Republik Indonesia
87.	Jantje Tjiptabudy	Universitas Pattimura, Ambon
88.	Jati Nugroho	Sekolah Tinggi Ilmu Hukum Jenderal Sudirman

89.	Jeffry	LKBH Fakultas Hukum Universitas Krisnadwipayana
90.	Jemielka Roosje Satyana Pilongo	Fakultas Hukum Universitas Sintuwu Maroso, Poso
91.	Jhohan Adhi Ferdian	Fakultas Hukum Universitas Bangka Belitung
92.	Joeni Arianto Kurniawan	Fakultas Hukum Universitas Airlangga
93.	Jomi Suhendri	Perkumpulan Qbar Padang
94.	Juniarti	Lembaga Swadaya Masyarakat PASPAS
95.	Kamaruddin	Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik Universitas Malikulssaleh, Nanggroe Aceh Darussalam
96.	Karam	President University
97.	Khotibul Umam	Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada
98.	Khudzaifah Dimiyati	Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah, Surakarta
99.	Khumaedi	Elsam
100.	Liza Farihah	LeIP
101.	Lukman Santoso	PSKH Darussalam Lampung
102.	Luthfi Widagdo	Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
103.	M. Ajisatria Suleiman	Fakultas Hukum Universitas Indonesia
104.	M. Hamidi Masykur	Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
105.	M. Harun	Fakultas Syariah Institut Agama Islam Negeri Walisongo
106.	M. Nur Sholikin	Pusat Studi Hukum dan Kebijakan
107.	M. Zainul Abidin	BUT – Kementerian Keuangan
108.	Mahayoni	Fakultas Hukum President University
109.	Malik	Epistema Institute
110.	Mardiharto	Direktorat Hukum & HAM Bappenas
111.	Maria Francisca M.	Universitas Presiden
112.	Maret Priyanta	Fakultas Hukum Universitas Padjajaran
113.	Mas Agus Firmansyah	Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik Universitas Bengkulu

114.	Medina Surya Dirgantari	Media – ICR News
115.	Melly Suryawati	HuMa
116.	Miko Susanto Ginting	Pusat Studi Hukum dan Kebijakan
117.	Mimin Mintarsih	Universitas Islam, Jakarta
118.	Miranti	President University
119.	Mohammad Effendy	Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat
120.	Moh. Firdaus Rumbia	BKF – Departemen Keuangan
121.	Mohammad Jamin	Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, Solo
122.	Muhammad Bonar	MaPPI Fakultas Hukum Universitas Indonesia
123.	Muh. Ilham Fadhlun Putuhena	Pusat Perencanaan dan Pembangunan Hukum Nasional BPHN
124.	Muji Kartika Rahayu	KRHN
125.	Mukani Jibi	Universitas Islam, Jakarta
126.	Mumu Muhajir	Epistema Institute
127.	Myrna A. Safitri	Epistema Institute
128.	Nanda	President University
129.	Nandang Sutrisno	Universitas Islam Indonesia
130.	Nano Trisna	Mahkamah Konstitusi
131.	Nevey F. Ariani	BPHN
132.	Nia Ramdaniati	RMI – Bogor
133.	Niko	Badan Kebijakan Fiskal Kementerian Keuangan
134.	Noor M. Aziz	BPHN
135.	Nurlaelasari	BPHN
136.	Nurul	Sindo
137.	Nurul Firmansyah	Perkumpulan Qbar, Padang
138.	Oki Hajiansyah Wahab	Persatuan Petani Moro-Moro Way Serdang
139.	Otong Rosadi	Fakultas Hukum Universitas Ekasakti, Padang
140.	P. Donny Danardono	Fakultas Hukum & Program Magister Lingkungan dan Perkotaan Universitas Katolik Soegijapranata
141.	Panji Wijananko	MaPPI Fakultas Hukum Universitas Indonesia

142.	Patrick Andrianto Wibawa	LKBH Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan
143.	Pramudya A. Oktavinanda	University of Chicago, Law School
144.	Purnomo	KRHN
145.	R. Yando Zakaria	Karsa-Yogyakarta
146.	Rahma Yeni H.	ICEL
147.	Rachmad	
148.	Rachmat M. F.	Pusat Studi Hukum dan Kebijakan
149.	Rachmat Triyono	BPHN
150.	Rena Yulia	Universitas Sultan Ageng Tirtayasa
151.	Rasyidi Bakrie	UNDP – SAJI
152.	Refki Saputra	ILR
153.	Retno Widodo	BPHN
154.	Ria Casmi Arrsa	PP Otoda
155.	Rikardo Simarmata	HuMa
156.	Rizki Emil Birham	Universitas Indonesia
157.	Rizqi	The Jakarta Post
158.	Sahnan Sahin S.	
159.	Sainal Abidin	Wallacea - Palopo
160.	Saru Arifin	Fakultas Hukum Universitas Negeri Semarang
161.	Satrya Pangadaran	Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan
162.	Saut Halomoan	BPHN
163.	Sechabudin	Fakultas Hukum Universitas Padjajaran
164.	Septian	President University
165.	Shidarta	Epistema Institute
166.	Sisilia Nurmala Dewi	HuMa
167.	Siti Rahma Mary	HuMa & Universitas Presiden
168.	Sujatmiko	Praktisi
169.	Sulardi	Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah, Malang
170.	Sunaryati Hartono	Fakultas Hukum Universitas Krinadwipayana

171.	Susi Fauziah	HuMa
172.	Tahegga Primananda Alfath	Universitas Airlangga
173.	Tandiono Bawor Purbaya	HuMa
174.	Taufiqurrahman	Staf Ahli Ketua DPR RI
175.	Teguh Imansyah	BPHN
176.	Tarub	YPKP 65
177.	Tilawarman Sudrajat	BPHN
178.	Titik Triwulan Tutik	Fakultas Syariah Institut Agama Islam Negeri Sunan Ampel, Surabaya
179.	Tody Sasmitha Jiwa Utama	Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada
180.	Triyana Dyah	Elsam
181.	Umi Farida	HRSF
182.	V. Winarto	Universitas Presiden
183.	Veri Junaidi	Perludem
184.	Vinita Susanti	Departemen Kriminologi, Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik Universitas Indonesia
185.	W. Riawan Tjandra	Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya, Yogyakarta
186.	Wahyudi Heriyadi	Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik Universitas Indonesia
187.	Wahyu Rahadiyan Yana Prasetya	President University
188.	Wahyudi Djafar	Elsam
189.	Wijayanto	Universitas Diponegoro
190.	Wildan Manghar	Elsam
191.	Wina Puspitasari	Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran
192.	Y. Trihoni Nalesti D.	Universitas Katolik Soegijapranata
193.	Yamin	Fakultas Hukum Universitas Pancasila
194.	Yana	President University

195.	Yance Arizona	Epistema Institute
196.	Yustia Rahman	ICEL
197.	Yustina	Universitas Bangka Belitung
198.	Zaitun Abdullah	Fakultas Hukum Universitas Pancasila
199.	Ziffany Firdinal	Fakultas Hukum Universitas Andalas







