

Law Review

Volume XII, No. 2 - November 2012

HUKUM INTERNASIONAL

Perlindungan Diplomatik Suatu Negara terhadap Warga Negaranya Yang Berada di Luar Negeri berdasarkan Hukum Internasional

Natalia Yeti Puspita (FH Unika Atma Jaya, Jakarta)

Kebijakan Penanganan Pengungsi di Indonesia: Kajian dari Konvensi Pengungsi 1951 dan Protokol 1967

Atik Krustiyati (FH Universitas Surabaya, Surabaya)

Cabotage Principle pada Regulasi Jasa Angkutan di dalam Perairan Indonesia dari Perspektif Sistem Perdagangan Multilateral WTO/GATS

Mahmul Siregar dan M. Iqbal Asnawi
(FH USU dan FH Universitas Darmawangsa, Medan)

Remodelling ASEAN Contract Law: by Creating ASEAN's Own Contract Law or by Adoption the Unidroit Principles

Samuel Hutabarat (FH Unika Atma Jaya, Jakarta)

Accelerating the Development of an ASEAN Competition Culture

M. Udin Silalahi (FH UPH, Karawaci)

Discourse On International Intellectual Property Standards That Are Relevant To Small and Medium Enterprises In Developing Countries

V. Selvie Sinaga (FH Unika Atma Jaya, Jakarta)

Ketentuan Hukum Global yang Berdampak Nasional: Bagaimana Menghadapinya?

Jamin Ginting (FH UPH, Karawaci)

Dampak Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-viii/2010 Tentang Anak Luar Kawin Terhadap Perkembangan Hukum Perdata Indonesia

Vincensia Esti P.S (FH UPH, Karawaci)





Law Review

“Law Review” adalah Jurnal Ilmiah yang diterbitkan oleh Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan, didirikan tahun 2001, terbit pertama kali bulan Juli 2001 dan terbit secara berkala 3 (tiga) kali dalam satu tahun yaitu pada bulan Juli, November dan Maret. Penggunaan nama “Law Review” (dalam Bahasa Inggris) untuk menyesuaikan dengan Visi dan Misi UPH sebagai Global Practice Campus. Kata “Law Review” secara etimologi dari Bahasa Inggris, law artinya hukum dan review artinya tinjauan. Law Review merupakan tinjauan/kajian hukum sebagai wadah informasi ilmiah dibidang hukum yaitu berupa hasil karya penelitian ilmiah, dan atau tulisan ilmiah hukum (berbentuk kajian)

ISSN No. : 1412 - 2561

SUSUNAN PENGURUS JURNAL LAW REVIEW

PENANGGUNG JAWAB

Prof. Dr. Bintan R. Saragih, SH
(Dekan Fakultas Hukum UPH)

PIMPINAN REDAKSI

Dr. jur. Udin Silalahi, SH., LL.M

DEWAN REDAKSI

Dr. Eduard I. Hahuly, SH., LL.M.
Jessica Los Banos, LLB., MTM., MBA.
Meray Hendrik Mezak, SH., MH.
Dr. Jamin Ginting, SH., MH.
Dr. Agus Budianto, SH., MHum.
Vincensia Esti Purnama Sari, SH., M.Hum.
Christine Susanti, SH., M.Hum.
Susi Sutantijo, SH., LL.M
Jammie Jolene Williams, JD

SEKRETARIS REDAKSI

Gwendolyn Ingrid Utama, SH., MH.

TATA USAHA DAN BENDAHARA

Theresia Rini Stiani, SE

ALAMAT REDAKSI

Jl. M.H. Thamrin Boulevard 1100
Kampus UPH Gedung D Lt. 4, Sekretariat Fakultas Hukum
Tangerang 15811, Banten-Indonesia
Telp. (021) 5460901; Fax: (021) 5460910

DAFTAR ISI

| Vol. XII, No. 2 | LAW REVIEW | November 2011 |
|---|------------|----------------|
| ISSN NO. : 1412 - 2561 Terakreditasi B (SK Dirjen DIKTI No. 51/DIKTI/Kep/2010, Tertanggal 5 Juli 2010) | | |
| | | Halaman |
| Perlindungan Diplomatik Suatu Negara terhadap Warga Negeranya yang Berada di Luar Negeri berdasarkan Hukum Internasional Natalia Yeti Puspita (FH Unika Atma Jaya, Jakarta) | | 149 - 170 |
| Kebijakan Penanganan Pengungsi di Indonesia: Kajian dari Konvensi Pengungsi 1951 dan Protokol 1967 Atik Krustiyati (FH Universitas Surabaya, Surabaya) | | 171 - 192 |
| Cabotage Principle pada Regulasi Jasa Angkutan di dalam Perairan Indonesia dari Perspektif Sistem Perdagangan Multilateral WTO/GATS Mahmul Siregar dan M. Iqbal Asnawi (FH USU dan FH Universitas Darmawangsa, Medan) | | 193 - 214 |
| Remodelling ASEAN Contract Law: by Creating ASEAN's Own Contract Law or by Adoption the Unidroit Principles Samuel Hutabarat (FH Unika Atma Jaya, Jakarta) | | 215 - 240 |
| Accelerating the Development of an ASEAN Competition Culture M. Udin Silalahi (FH UPH, Karawaci) | | 241 - 254 |
| Discourse On International Intellectual Property Standards That Are Relevant To Small and Medium Enterprises In Developing Countries V. Selvie Sinaga (FH Unika Atma Jaya, Jakarta) | | 255 - 270 |
| Ketentuan Hukum Global yang Berdampak Nasional: Bagaimana Menghadapinya? Jamin Ginting (FH UPH, Karawaci) | | 271 - 290 |
| Dampak Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-viii/2010 Tentang Anak Luar Kawin Terhadap Perkembangan Hukum Perdata Indonesia Vincensia Esti P.S (FH UPH, Karawaci) | | 291 - 314 |

Kata Pengantar

Redaksi Law Review pada Volume XII No. 2 - November 2012 ini mengangkat thema Hukum Internasional. Di dalam era globalisasi sekarang ini, hukum internasional menjadi sangat penting baik dalam hubungan diplomatik antara negara (hukum publik internasional) maupun dalam hukum perdata internasional. Dalam edisi kali ini tulisan-tulisan yang dimuat adalah yang berhubungan dengan hukum publik internasional dan hukum perdata internasional.

Adapun sebagai tulisan utama pertama pada edisi November 2012 ini adalah berjudul Perlindungan Diplomatik Suatu Negara terhadap Warga Negeranya yang berada di Luar Negeri berdasarkan Hukum Internasional yang ditulis oleh Natalia Yetie Puspita, SH., LL.M dari Fakultas Hukum Universitas Katholik Atma Jaya, Jakarta. Dalam karya tulisannya, Ibu Natalia Yetie Puspita menjelaskan bagaimana negara melindungi warganegeranya yang berada di luar negeri berdasarkan hukum internasional. Tanggung jawab dan kewajiban suatu negara dalam melindungi warga negaranya adalah suatu fungsi konsuler yang diemban oleh negara sesuai dengan Pasal 5 Konvensi Wina 1963. Tulisan utama kedua adalah berjudul Kebijakan Penanganan Pengungsi di Indonesia: Suatu Kajian dari Konvensi Pengungsi 1951 dan Protokol 1967 yang ditulis oleh Dr. Atik Krustiyati dari Fakultas Hukum Universitas Surabaya, Surabaya. Ibu Atik Krustiyati dalam tulisanya menjelaskan hak-hak pengungsi menurut Konvensi 1951 dan Protokol 1967. Perlindungan terhadap pengungsi pada prinsipnya merupakan hak setiap negara yang sudah dilembagakan dalam kovensi internasional.

Tulisan utama ketiga adalah berjudul Cabotage Principle pada Regulasi Jasa Angkutan di dalam Perairan Indonesia dari Perspektif Sistem Perdagangan Multilateral WTO/GATS yang ditulis oleh Dr. Mahmul Siregar, SH., MH dari Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan bersama M. Iqbal Asnawi, SH., MH dari Fakultas Hukum Universitas Darmawangsa,

Medan. Dalam tulisan ini dijelaskan bahwa peraturan pelayaran nasional harus selaras dengan General Agreement on Trade and Services, karena cabotage principle sudah berlaku global dan diterapkan di negara-negara maju.

Tulisan utama keempat adalah berjudul Remodelling ASEAN Contract Law: by Creating ASEAN's Own Contract Law or by Adoption the Unidroit Principles yang ditulis oleh Samuel Hutabarat, SH., MH dari Fakultas Hukum Unika Atma Jaya, Jakarta. Bapak Samuel Hutabarat menjelaskan bahwa negara-negara anggota ASEAN memiliki hukum kontrak masing-masing. Samuel Hutabarat mencoba memaparkan apakah ASEAN perlu mengembangkan hukum kontraknya sendiri atau hanya mengacu pada prinsip-prinsip UNIDROIT yang telah diterima secara internasional?

Tulisan kelima adalah berjudul Accelerating the Development of an ASEAN Competition Culture yang ditulis oleh Dr. jur. M. Udin Silalahi dari Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan, Karawaci. Dalam tulisan ini dijelaskan bahwa negara-negara anggota ASEAN yang sudah menerapkan perdagangan bebas sejak tahun 2003 dan masing-masing negara berupaya memiliki hukum persaingan usahanya masing-masing untuk menjamin terselenggaranya persaingan usaha yang sehat. Salah satu upaya mempercepat budaya persaingan usaha di ASEAN adalah masing-masing negara diharapkan mempunyai hukum persaingan usahanya masing-masing. Tulisan yang keenam adalah berjudul Discourse On International Intellectual Property Standards That Are Relevant To Small and Medium Enterprises in Developing Countries yang ditulis oleh V. Selvie Sinaga, SH., LL.M, PhD dari Fakultas Hukum Unika Atma Jaya, Jakarta. Dijelaskan dalam tulisannya, bahwa Trade Rrelated Aspects of Intellectual Property Rights Agreements (TRIPS) telah menetapkan norma dan standar internasional terhadap perlindungan hak intelektual dan telah diadopsi oleh negara-negara berkembang. Hal ini dijelaskan dalam tulisan ini dengan jelas berhubungan Usaha Kecil dan Menengah di negara berkembang.

Dan tulisan ketujuh adalah berjudul Ketentuan Hukum Global yang Berdampak Nasional: Bagaimana Menghadapinya? yang ditulis oleh Dr. Jamin Ginting, SH., MH dari Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan, Karawaci dan sebagai tulisan pendamping adalah berjudul Dampak Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-viii/2010 tentang Anak Luar Kawin Terhadap Perkembangan Hukum Perdata Indonesia yang ditulis oleh Vincensia Esti P.S, SH., MHum dari Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan, Karawaci.

Kepada pembaca Law Review yang setia, Redaksi mengucapkan selamat membaca tulisan-tulisan tersebut secara kritis dan semoga bermanfaat.

Redaksi Law Review
Fakultas Hukum – UPH

**THE CONTENT OF THIS PUBLICATION IS THE SOLE
RESPONSIBILITY OF THE RESPECTIVE AUTHORS AND
SHOULD IN NO WAY BE TAKEN TO REFLECT THE VIEWS OF
LAW REVIEW AND FACULTY OF LAW UNIVERSITAS PELITA
HARAPAN, KARAWACI, TANGERANG.**

PERLINDUNGAN DIPLOMATIK SUATU NEGARA TERHADAP WARGA NEGARANYA YANG BERADA DI LUAR NEGERI BERDASARKAN HUKUM INTERNASIONAL

Natalia Yeti Puspita

Fakultas Hukum, Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya, Jakarta
natalia.yeti@atmajaya.ac.id

Abstract

In the context of human security, the state has a great responsibility to protect their nationals. The rights over and duties of the state towards individuals subject to its jurisdiction in this regard are regulated not only in domestic law but also under international law. In the Mavrommatis Palestine Concessions Case, the Permanent Court of International Justice pronounced that a State is entitled to protect its citizens who are injured by acts contrary to international law committed by another state from whom they have been unable to obtain satisfaction through ordinary channels. This right to assert diplomatic protection flows from the right of consular access to individuals in a foreign state. This paper analyzes diplomatic protection by a state of its citizens abroad under international law.

Keywords: Diplomatic protection, international law

A. Pendahuluan

Dewasa ini telah terjadi pergeseran konsep mengenai keamanan terhadap manusia (*human security*). Pada masa lalu saat perang masih berkecamuk, ancaman terhadap keamanan manusia selalu diartikan dengan ancaman dari luar negara, sehingga keamanan manusia difokuskan pada pengamanan negara seperti pengamanan masalah perbatasan, uji coba senjata dan peralatan militer dan pencegahan perang. Saat ini keamanan manusia lebih mengarah kepada individu dibandingkan terhadap negara. Isu-isu seperti kemiskinan, penghormatan terhadap hak asasi manusia termasuk di dalamnya perlindungan terhadap buruh migran mendapatkan perhatian yang lebih besar sebagai ancaman terhadap keamanan manusia.

Dalam konsep *human security* ini, negara tetap memiliki tanggung jawab yang besar terhadap keamanan individu. Sebagai subyek Hukum Internasional, negara memiliki hak dan kewajiban internasional. Adapun hak dan kewajiban negara terhadap individu pada hakekatnya ditentukan oleh wilayah negara tersebut dan kewarganegaraan dari individu yang bersangkutan. Menurut pendapat Sugeng Istanto, semua orang yang berada di wilayah suatu negara baik itu warganegara sendiri maupun orang asing harus tunduk pada kekuasaan dan hukum negara tersebut.¹ Meskipun untuk orang asing akan berlaku beberapa pengecualian seperti tidak mempunyai hak dalam pemilihan umum dan tidak berhak menduduki jabatan tertentu, hal ini dapat dimengerti karena orang asing juga tunduk pada hukum negara asalnya. Di lain pihak, negara juga mempunyai kewajiban untuk melindungi warga negaranya yang tinggal (berada) di luar negeri.² Hal tersebut sesuai dengan prinsip kewarganegaraan pasif yang menetapkan bahwa suatu negara mempunyai yurisdiksi atas orang yang melakukan pelanggaran hukum di wilayah negara lain, yang akibat hukumnya menimpa warga negaranya. Oleh karena itu, jika negara tempat terjadinya pelanggaran tidak mampu dan tidak mau menghukum pelaku pelanggaran, maka negara yang warga negaranya dirugikan berwenang untuk menghukum.

Tanggung jawab dan kewajiban suatu negara untuk melindungi warga negaranya yang berada di luar negeri diemban oleh fungsi konsuler suatu negara. Fungsi Konsuler di atur dalam Pasal 5 Konvensi Wina 1963 tentang Hubungan Konsuler. Dalam salah satu butir Pasal 5 Konvensi Wina 1963 tersebut dinyatakan bahwa, “*Consular functioning consist in: protecting in the receiving State the interests of sending state and of its nationals, both individuals and bodies corporate, within the limits permitted by international law*”. Berdasarkan pernyataan tersebut dapat diketahui bahwa sesungguhnya perwakilan konsuler negara pengirim di negara penerima berkewajiban untuk melindungi warga negaranya dan kepentingan mereka.

1 Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, (Yogyakarta: Penerbitan Universitas Atma Jaya Yogyakarta, 1998), hal. 42

2 *Ibid.*

Apabila seorang warganegara dari suatu negara pengirim mengalami suatu masalah di negara penerima maka perwakilan konsuler negara pengirim di negara penerima harus memberikan bantuan dan pertolongan. Hal ini juga harusnya terjadi dalam kasus/peristiwa tewasnya tenaga kerja Indonesia (Buruh Migran) di Malaysia yakni Hasbullah (25), Sumardiono (35), keduanya warga Kabupaten Lumajang dan Marsudi (28) warga Bangkalan karena di tembak oleh aparat kepolisian Malaysia pada akhir Juni 2012 dan juga peristiwa penembakan penonton film *the Dark Knight Rises* (Batman) di Colorado Amerika Serikat pada tanggal 21 Juli 2012 lalu yang mengakibatkan 12 orang tewas dan beberapa orang yang terluka termasuk di dalamnya warga negara Indonesia

Maraknya peristiwa pelanggaran hukum yang menimpa warga negara Indonesia yang berada di luar negeri baik yang bekerja maupun menjalankan kegiatan lainnya menjadi peringatan keras bagi Pemerintah Indonesia untuk lebih memperhatikan perlindungan warga negara Indonesia yang berada di Luar Negeri. Dalam tulisan kali ini, penulis akan menganalisis mengenai Perlindungan Diplomatik suatu Negara terhadap Warga Negaranya yang Berada di Luar Negeri Berdasarkan Hukum Internasional.

B. Tinjauan Tentang Perlindungan Diplomatik Suatu Negara terhadap Warga Negaranya yang Berada di Luar Negeri

1. Yurisdiksi dan Tanggung Jawab Negara

a. Negara sebagai Subyek Hukum Internasional³

Negara merupakan salah satu subyek hukum internasional. Subyek hukum internasional adalah pihak yang dapat dibebani dengan hak dan kewajiban yang diatur oleh hukum internasional.⁴ Meskipun negara merupakan salah satu subyek hukum internasional, namun sampai saat ini

3 Lihat Natalia Yeti Puspita, dkk, *Laporan Penelitian Pertanggungjawaban Indonesia Sebagai Negara Peratifikasi Konvensi Keanekaragaman Hayati Tahun 1992 Berkaitan Dengan Kerusakan Terumbu Karang Di Kepulauan Seribu (Studi Kasus: Kerusakan Terumbu Karang Di Pulau Pramuka)*, (Jakarta: Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya, 2012).

4 Sugeng Istanto, Op .Cit, hal.16

belum ada perumusan yang pasti mengenai pengertian negara. Adapun acuan atau landasan hukum yang dipakai oleh masyarakat internasional dalam perdebatan pengertian negara adalah berdasarkan Konvensi Montevideo tahun 1993. Konvensi ini memang tidak memberikan pengertian tentang negara akan tetapi berhasil menetapkan kesepakatan tentang syarat-syarat yang harus dipenuhi negara sebagai subyek hukum internasional. Syarat-syarat yang harus dipenuhi itu adalah adanya wilayah yang pasti, penduduk yang tetap, pemerintahan yang stabil dan kemampuan untuk mengadakan hubungan internasional. Adapun yang perlu mendapat catatan di sini adalah bahwa penetapan syarat tersebut tidak bersifat mutlak.

Sebagai subyek internasional negara mempunyai hak dan kewajiban internasional. Hak dan kewajiban negara itu antara lain, hak kewajiban negara yang berhubungan dengan wilayah dalam hubungan masyarakat internasional, berhubungan dengan negara lain, berhubungan dengan orang yang ada dalam masyarakat internasional, berhubungan dengan benda-benda dalam masyarakat internasional, berhubungan dengan kepentingan ekonomi, serta berhubungan dengan lingkungan dan yurisdiksi negara.

b. Tinjauan tentang Yurisdiksi Negara

Negara sebagai subyek hukum internasional mempunyai kewenangan dan kekuasaan terhadap orang, harta-benda, wilayah, serta tindakan yang berhubungan dengannya. Kewenangan dan kekuasaan negara ini berkaitan dengan istilah yurisdiksi negara. Adapun yang dimaksud dengan yurisdiksi adalah suatu kewenangan untuk mempengaruhi kepentingan hukum.⁵ Yurisdiksi negara atau *state jurisdiction* menurut D.J. Harris adalah, "*the power of state under international law to govern persons and property by its municipal law.*"⁶ Lebih lanjut D.J. Harris mengatakan bahwa, "*the rules of state jurisdiction identify the persons and the property within the permissible*

5 Louis Henkin, et al., *International Law: Cases and Materials*, 3rd Edition, (London: Sweet & Maxwell, 1993), hal.1046

6 D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, Sixth Edition, (London: Sweet & Maxwell, 2004), hal. 265

range of a state's law and its procedures for enforcing that law."⁷ Hal ini berarti bahwa suatu negara berwenang terhadap orang dan harta benda yang berada di dalam wilayahnya. Masalah yurisdiksi negara timbul karena setiap negara yang ada di dunia mempunyai kedaulatan masing-masing dan mereka saling berhubungan satu sama lain. Ketika hubungan itu saling bersinggungan maka setiap negara merasa mempunyai kewenangan untuk mempertahankan kepentingannya.

Terdapat lima prinsip umum berkaitan dengan yurisdiksi negara, yaitu:

- a. *the territorial principle, determining jurisdiction by reference to the place where the offence is committed;*
- b. *the nationality principle, determining jurisdiction by reference to the nationality or national character of the person committing the offence;*
- c. *the protective principle, determining jurisdiction by reference to the national interest injured by the offence;*
- d. *the universality principle, determining jurisdiction by reference to the custody of the person committing the offence;*
- e. *the passive personality principle, determining jurisdiction by reference to the nationality or national character of the person injured by the offence.*⁸

c. Tinjauan tentang Pertanggungjawaban Negara

Setiap negara yang ada di dunia diwajibkan untuk menghormati hak dan kewajiban negara lain. Pelanggaran terhadap hak dan kewajiban negara lain dapat mengakibatkan suatu pertanggungjawaban negara. Tanggung jawab negara merupakan prinsip dasar di dalam hukum internasional. Prinsip ini semula dikenal di dalam hukum perdata, yang menyebutkan bahwa seseorang harus bertanggung jawab terhadap kesalahan yang telah dibuatnya. Dalam hukum romawi, konsep pertanggungjawaban negara disebut sebagai *Sic Utere jure tuo ut alienum non laedes* yang artinya bahwa seseorang boleh menggunakan haknya atas semua miliknya, tetapi harus dijaga agar tidak

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.* hal. 266

mencelakai atau merugikan orang lain.⁹

Tanggung jawab negara muncul diakibatkan karena adanya prinsip persamaan dan kedaulatan negara yang diakui di dalam hukum internasional. Pertanggungjawaban negara tersebut pada dasarnya timbul karena adanya pelanggaran atas hukum internasional seperti pelanggaran terhadap perjanjian internasional, pelanggaran terhadap kedaulatan wilayah negara lain, penyerangan terhadap negara lain hingga pelanggaran terhadap perwakilan diplomatik dari negara lain maupun warga negara asing.¹⁰

Dalam hukum internasional tidak terdapat perbedaan antara pertanggungjawaban perdata dan pidana seperti yang terdapat dalam hukum nasional. Selain itu, akibat adanya perbedaan pertanggungjawaban negara menurut hukum internasional dan hukum nasional ialah bahwa suatu negara tidak dapat menghindari pertanggungjawaban internasionalnya dengan alasan bertentangan dengan hukum nasionalnya.¹¹ Hukum internasional pada hakikatnya mengatur hubungan hukum antara negara-negara, sehingga dalam konsep pertanggungjawaban, negara seringkali menjadi subyek utamanya. Hal ini tercermin di dalam Pasal Pertama *ILC Draft (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001)* yang menyatakan bahwa, “*Every internationally wrongful act of a state entails the international responsibility of that state.*” Pertanggungjawaban negara sendiri memiliki dua pengertian umum yaitu:

- a. pertanggungjawaban atas tindakan negara yang melanggar kewajiban internasional yang telah diakui, dan;
- b. pertanggungjawaban yang dimiliki oleh negara atas pelanggaran terhadap orang asing.¹²

Hal tersebut dinyatakan pula oleh Martin Dixon bahwa,

9 Yanti Fristikawati, *Tanggung Jawab Negara Berkenaan Dengan Kerusakan Lingkungan Akibat Kegiatan Pada Reaktor Penelitian Nuklir*, Disertasi, (Bandung: Universitas Katolik Parahyangan, 2005), hal. 73

10 Jawahir Tontowi, *Hukum Internasional Kontemporer*, (Bandung: PT Refika Aditama, 2006), hal. 194

11 Sugeng Istanto, *Op.Cit.*, hal.78

12 Rebecca M.M. Wallace, *International Law*, 2nd edition, (London: Sweet & Maxwell, 1992), hal. 169

State responsibility is used in two senses: first, to denote the procedural rules which apply to the establishment of responsibility for a violation of any and every international obligation; secondly, to denote the procedural and substantive rules relating to the particular case of responsibility for injury to foreign nationals (aliens).¹³

Adapun karakteristik utama dari munculnya pertanggungjawaban tergantung dari beberapa faktor. Pertama terdapatnya eksistensi akan sebuah kewajiban internasional. Kedua telah terjadinya sebuah tindakan (*commission*) atau kelalaian (*omission*) yang menyebabkan terjadinya pelanggaran. Ketiga adalah terdapatnya kerugian yang diakibatkan oleh tindakan melawan hukum.

Berdasarkan Hukum Internasional, macam pertanggungjawaban negara adalah sebagai berikut:¹⁴

a. Pertanggungjawaban atas perjanjian internasional

Pertanggungjawaban di sini berkaitan dengan pelanggaran perjanjian sehingga muncul kewajiban untuk mengganti kerugian.

b. Pertanggungjawaban atas kontrak

Pertanggungjawaban negara di sini timbul hanya apabila suatu negara melanggar kewajiban di luar perjanjian tersebut, misalnya karena adanya *denial justice* (pengingkaran keadilan).

c. Pertanggungjawaban atas konsesi

Dalam pertanggungjawaban ini dikenal adanya klausula Calvo. Klausula Calvo menyatakan bahwa penerima konsesi harus melepaskan perlindungan dari pemerintahnya apabila terjadi sengketa di negara pemberi konsesi, sengketa ini harus diajukan terlebih dahulu ke pengadilan di negara pemberi konsesi sebelum ada campur tangan dari negara penerima konsesi. Klausula ini batal jika terbukti digunakan untuk menghalangi pemberian perlindungan kepada warga negara penerima konsesi di negara pemberi konsesi.

d. Pertanggungjawaban atas ekspropriasi

Ekspropriasi adalah pencabutan hak perorangan untuk kepentingan umum

13 Martin Dixon, *International Law*, (London: Blackstone Press Limited, 1996), hal. 223

14 Sugeng Istanto, *Op. Cit.*, hal. 79-81

yang disertai pemberian hak ganti rugi. Ekspropriasi yang melanggar hukum internasional mewajibkan negara yang melakukan ekspropriasi tersebut membayar ganti rugi kepada individu/perorangan yang haknya dicabut.

e. Pertanggungjawaban atas hutang negara

Suatu negara yang mempunyai hutang diwajibkan untuk bertanggungjawab membayar hutangnya.

f. Pertanggungjawaban atas kejahatan internasional

Pertanggungjawaban negara juga dapat timbul karena kesalahan/kejahatan internasional. Pertanggungjawaban dalam konteks ini banyak berkaitan dengan konsep perlindungan terhadap warga negara asing atau pertanggungjawaban atas adanya pelanggaran hak warga negara asing, seperti penahanan yang tidak semestinya, pembunuhan di luar kewenangan, penolakan peradilan dan sebagainya. Dalam pertanggungjawaban bentuk ini dikenal adanya “*doctrine of imputability* atau *attributability*”. Ajaran ini menyatakan bahwa kejahatan yang dilakukan oleh petugas negara atau orang yang bertindak atas nama negara dapat dibebankan kepada negara. Ada syarat agar doktrin ini dapat diterapkan yaitu: (1) apabila perbuatan yang dilakukan oleh petugas negara merupakan pelanggaran atas kewajiban yang ditetapkan oleh hukum internasional; (2) apabila hukum internasional membebankan kejahatan tersebut kepada negaranya. Seorang petugas negara yang melakukan perbuatan yang melampaui batas wewenangnya terhadap warga negara asing dapat dikategorikan sebagai sebuah perbuatan yang tidak melanggar hukum nasionalnya akan tetapi tetap dianggap sebagai sebuah perbuatan yang melanggar hukum internasional. Dalam hal ini, jika terdapat perbedaan aturan antara hukum internasional dan hukum nasional, maka yang akan dipakai adalah tetap hukum internasional.

2. Tinjauan tentang Teori *Diplomatic Protection* (Perlindungan Diplomatik)

Dalam Hukum Internasional dinyatakan bahwa suatu negara mempunyai hak dan tanggung jawab untuk melindungi warga negaranya

yang berada di luar negeri. Pernyataan ini sejalan dengan the *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, the *Permanent Court of International Justice* menyatakan bahwa, “*a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another state, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channel.*”¹⁵ Suatu negara bertanggung jawab atas pelanggaran terhadap orang asing, oleh sebab itu maka sebuah negara memiliki hak dan kewajiban untuk melakukan perlindungan diplomatik terhadap warga negaranya yang menderita kerugian di luar negeri. Lebih lanjut, Pasal 2 ayat (2) *International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protection 2006* menyatakan bahwa “*A state has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles*”.¹⁶

Perlindungan suatu negara terhadap warga negaranya yang berada di luar negeri dikenal dengan istilah *Diplomatic Protection*. Craig Forcece berpendapat bahwa *Diplomatic Protection* adalah “*action taken by a state against another state in respect of injury to the person or property of national caused by an internationally wrongful act or omission attributable to the latter state.*”¹⁷ Berbicara mengenai *Diplomatic protection* maka hal ini akan berkaitan erat dengan peranan perwakilan konsuler dan tuntutan suatu negara ke negara lain berkaitan dengan adanya pelanggaran hukum internasional (“*Espousal of Claims*”). Craig Forcece menyebutkan bahwa setidaknya ada tiga syarat yang harus dipenuhi untuk melakukan perlindungan diplomatik (*diplomatic protection*) yaitu:

1. *an international wrong*
2. *Exhaustion local Remedies*
3. *Link of Nationality.*¹⁸

15 Craig Forcece, “The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the War on Terror”, 2006, *European Journal of International Law*, Vol.369, hal.373, ditelusuri di <http://www.ejil.org/pdfs/17/2/79.pdf>, diakses terakhir 30 Juli 2012.

16 *International Law Commission’s Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, ditelusuri di http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf, diakses terakhir, 30 Juli 2012.

17 Craig Forcece, *Op. Cit.*, hal. 375

18 *Ibid*, hal. 375-384

Berdasarkan pendapat Craig Forcece, kita dapat mengetahui bahwa perlindungan diplomatik akan diberikan oleh suatu negara kepada warga negaranya di luar negeri dalam hal jika:

a. Ada tindakan yang melanggar hukum internasional;

Dalam konteks ini, suatu negara pengirim mempunyai kewajiban untuk memberikan perlindungan terhadap warga negaranya di luar negeri apabila terjadi pelanggaran hukum internasional yang dilakukan oleh negara penerima terhadap warga negara dari negara pengirim. Adapun tindakan pelanggaran hukum internasional dari negara penerima ini dilakukan secara langsung maupun tidak langsung (dilakukan oleh pejabat negara). Dalam hal ini jika pelanggaran hukum internasional dikaitkan dengan masalah perlindungan diplomatik maka penjelasannya akan mengarah pada pelaksanaan Pasal 3 Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik yang menyatakan bahwa, "*protecting in the receiving state the interests of the sending state and its nationals, within the limits permitted by international law.*"¹⁹ Dalam pasal tersebut dijelaskan tentang perlindungan negara penerima terhadap kepentingan negara pengirim dan warga negaranya dengan batasan-batasan yang diijinkan oleh Hukum Internasional. Selain itu dalam Pasal 36 ayat (1a) Konvensi Wina 1963 tentang Hubungan Konsuler dinyatakan bahwa,

"Consular officials are free to communicate with nationals of the sending state and to have access to them. Nationals of the sending state shall have the same freedom with respect to communication with access to consular officers of the sending state."

Pasal tersebut menerangkan bahwa perwakilan konsuler dari negara pengirim mempunyai kebebasan untuk berhubungan (berkomunikasi) dengan warga negaranya begitu juga dengan sebaliknya. Dengan kata lain pasal ini merupakan sebuah bentuk penegasan bahwa negara pengirim akan selalu memberikan perlindungan dan bantuan bagi warga negaranya di negara penerima baik itu ketika ada masalah maupun ketika tidak ada

¹⁹ Lihat *Article 3 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations*

masalah.

Hukum internasional mengatur bahwa suatu negara harus memperlakukan warga negara asing yang berada di dalam negaranya dengan baik, adanya perlakuan yang salah terhadap warga negara asing dianggap sebagai sebuah “*denial justice*”. Adapun pengertian *denial justice* adalah, “*is sometimes loosely used to denote any international delinquency towards and alien for which a state is liable to made reparation.*”²⁰

- b. Individu yang menderita kerugian harus melewati pengadilan lokal; Syarat ke-2 ini terkenal dengan istilah *Exhaustion local Remedies*. Berdasarkan persyaratan ini maka warga negara asing yang mengalami perlakuan tidak baik (terjadi pelanggaran hukum internasional) yang dilakukan oleh negara penerima (baik secara langsung maupun tidak) maka warga negara asing dapat melakukan penuntutan dengan diharuskan menempuh jalur hukum domestik terlebih dahulu di negara tersebut sebelum diajukan ke Mahkamah Internasional. Perlu mendapat catatan disini bahwa yurisdiksi Mahkamah Internasional adalah menyelesaikan perkara hukum antara negara dengan negara. Dengan kata lain, perlindungan diplomatik suatu negara (bantuan hukum suatu negara terhadap warga negaranya untuk melakukan tuntutan hukum kepada negara lain) akan dilakukan apabila si warga negara tersebut telah menempuh upaya hukum lokal di negara penerima.
- c. Perlindungan tersebut harus dilakukan oleh negara dari individu (warga negara) yang menderita kerugian.

Secara umum dapat dikatakan bahwa perlindungan diplomatik hanya dapat dilakukan oleh negara yang warga negaranya mengalami tindakan pelanggaran hukum internasional oleh negara lain. Hal ini seperti juga tertuang dalam Pasal 3 ayat (1) the *International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protection 2006* yang menyatakan bahwa, “*The state entitled to exercise diplomatic protection is the State of nationality.*” Pasal ini ternyata membuka wacana lain mengenai pertanyaan siapakah

20 Craig Forcese, Op. Cit., hal. 376 and see also J. Brierly, *the Law of Nations*, 1963, hal. 286

yang dimaksud dengan warga negara itu dan bagaimanakah status kewarganegaraanya? Mengenai hal ini Pasal 4 *the International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protection* 2006 secara jelas menyebutkan bahwa,

for the purposes of diplomatic protection of natural persons, a state of nationality means a state whose nationality the individual sought to be protected has acquired, descent, succession of states, naturalization or in any other manner, not inconsistent with international law.

Berdasarkan pasal tersebut dapat diketahui bahwa untuk tujuan perlindungan diplomatik, kewarganegaraan asli seseorang dapat diperoleh karena kelahiran, keturunan, suksesi negara, naturalisasi atau cara lainnya yang tidak bertentangan dengan hukum internasional.

3. Tinjauan Perwakilan Konsuler berdasarkan Konvensi Wina 1963

Pada awalnya sistem konsuler hanya didasarkan pada hukum kebiasaan umum yang berasal dari ketentuan-ketentuan bilateral atau ketentuan yang dirumuskan secara unilateral oleh negara-negara. Hingga pada akhirnya setelah Perang Dunia II berakhir, Komisi Hukum Internasional pada tahun 1955 mulai melakukan kodifikasi terhadap hubungan konsuler. Pada tanggal 24 April 1963 lahirlah Konvensi Hubungan Konsuler, dan mulai berlaku (*enter into force*) pada bulan Maret 1967. Konvensi ini dikenal sebagai Konvensi Wina 1963 tentang Hubungan Konsuler. Adapun Indonesia telah meratifikasi konvensi tersebut dengan Undang-Undang No. 1 tahun 1982 pada tanggal 25 Januari 1982.²¹

1. Pembukaan Hubungan Konsuler

Hubungan konsuler timbul karena adanya hubungan saling membutuhkan dan menguntungkan antara negara pengirim dan negara penerima. Hal ini seperti tertera dalam *Article 2 Vienna Convention on Consular Relations* yang menyatakan bahwa, “*The establishment of consular relations between States takes place by mutual consent*”. Dalam hubungan konsuler, aspek

21 Boer Mauna, *Hukum Internasional, Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Edisi ke-2, (Bandung: Penerbit P.T. Alumni, 2005), hal. 574

yang ingin diutamakan adalah hubungan privat seperti perdagangan dan perlindungan warga negaranya di negara penerima, dengan kata lain tidak mengandung aspek politik.

Pembukaan hubungan konsuler biasanya diawali dengan adanya pembukaan hubungan diplomatik antara kedua negara terlebih dahulu, akan tetapi hal ini tidak selalu terjadi karena keberadaan hubungan diplomatik terpisah dengan keberadaan hubungan konsuler.²² Apabila perwakilan diplomatik di buka di ibu kota negara penerima, maka lain halnya dengan perwakilan konsuler. Perwakilan konsuler dalam hal ini konsulat atau konsulat jenderal dapat dibuka di beberapa wilayah negara penerima dan harus mendapatkan persetujuan terlebih dahulu dari pemerintah negara penerima.

Berdasarkan *Article 10 Vienna Convention 1963* dinyatakan bahwa Kepala perwakilan konsuler diangkat dan dipilih oleh negara pengirim untuk melaksanakan fungsi konsuler di negara penerima, dan tunduk pada hukum dan aturan yang berlaku di negara pengirim dan penerima. Dalam praktik, seorang kepala perwakilan konsuler dilengkapi oleh pemerintahannya dengan suatu surat resmi yang dinamakan Surat Tauliah atau *Commission* atau *Lettre de Provision*.²³ Surat tersebut berdasarkan *Article 11 Vienna Convention 1963* berisi mengenai nama lengkap kepala perwakilan konsuler, gelar konsuler dan wilayah konsuler tertentu tempat kepala perwakilan konsuler melaksanakan tugasnya. Surat tersebut akan dikirimkan melalui saluran diplomatik ke negara penerima. Apabila tidak ada penolakan, maka negara penerima akan mengeluarkan sebuah dokumen yang bernama Exequatur yang berisi mengenai persetujuan pengangkatan kepala perwakilan konsuler tersebut.²⁴ Apabila negara penerima tidak menyetujui nama kepala perwakilan konsuler yang diakreditasikan oleh negara pengirim, maka negara penerima tidak mempunyai kewajiban untuk memberikan alasan mengenai penolakannya tersebut. Seorang pejabat konsuler juga sewaktu-waktu dan tanpa penjelasan dapat dinyatakan

22 Lihat *Article 2 (3) Vienna Convention 1963*, "The severance of diplomatic relations shall not ipso facto involve the severance of consular relations".

23 Boer Mauna, *Op. Cit.* hal. 576

24 *Ibid.*

persona non grata oleh negara penerima, dalam hal ini exequaturnya dibatalkan dan tidak lagi dianggap sebagai pejabat konsuler.²⁵

2. Tugas dan Fungsi Perwakilan Konsuler

Perwakilan konsuler mempunyai peran di bidang administratif. Berdasarkan Pasal 5 Konvensi Wina 1963, konsul bertugas untuk:

- a. Melindungi kepentingan negara pengirim dan kepentingan warga negaranya yang berada di negara penerima.
- b. Memajukan hubungan niaga, ekonomi, kebudayaan dan ilmu pengetahuan.
- c. Mengamati keadaan dan perkembangan di bidang perdagangan, ekonomi, kebudayaan dan ilmu pengetahuan di negara penerima.
- d. Mengeluarkan paspor dan surat jalan kepada warga negara pengirim, visa atau surat-surat lainnya.
- e. Membantu warga negara pengirim.
- f. Bertindak sebagai notaris dan pejabat catatan sipil.
- g. Melaksanakan hak pengawasan dan pemeriksaan terhadap kapal-lapal negara pengirim serta fungsi-fungsi lainnya yang tidak dilarang oleh hukum dan peraturan-peraturan negara penerima.²⁶

C. Pelaksanaan Perlindungan Diplomatik Suatu Negara terhadap Warga Negaranya yang Berada di Luar Negeri

Suatu negara berkewajiban untuk melindungi warga negaranya yang berada di luar negeri. Tugas dan wewenang negara dalam melindungi warga negaranya ini dilakukan oleh perwakilan konsuler. Hal ini sangat beralasan karena perwakilan konsuler negara pengirim di negara penerima merupakan bentuk/manifestasi kepala negara/kepala pemerintahan dari negara pengirim. Peranan perwakilan konsuler dalam melindungi warga negaranya di luar negeri di atur dalam Pasal 5 Konvensi Wina 1963, dalam salah satu butirnya dinyatakan dengan tegas bahwa seorang konsul berkewajiban mencari ganti

25 *Ibid.* hal. 577

26 Lihat Boer Mauna, *Op. Cit.* hal. 577-578

rugi secara hukum atas nama kepentingan warga negaranya dan menjamin selayaknya hak-hak warganegara termasuk peradilan yang jujur bila mereka harus diadili.

Dalam kaitannya dengan penerapan prinsip perlindungan diplomatik yang dilaksanakan oleh perwakilan konsuler, maka apabila ada warga negara pengirim yang mendapatkan masalah di negara penerima, seorang konsul harus segera menindaklanjuti untuk menyelesaikan permasalahan tersebut. Dalam Pasal 36 Konvensi Wina 1963 disebutkan bahwa seorang konsul mempunyai hak untuk berkomunikasi dan melakukan kontak dengan warga negara dari negara pengirim. Hak ini dilaksanakan dalam hal jika ada warga negara dari negara pengirim yang ditangkap, ditahan, dan diadili di negara penerima maka seorang konsul berhak mengunjungi warga negara tersebut ditempat penahanannya dan mengupayakan secara hukum agar hak-hak warga negaranya dijamin oleh hukum dari negara penerima (tidak terjadi pelanggaran hukum). Adapun yang perlu mendapat perhatian di sini adalah bahwa tindakan seorang konsul dalam melindungi warga negaranya ini tetap dibatasi oleh peraturan perundang-undangan dari negara penerima hal ini sesuai dengan bunyi Pasal 2 Konvensi Wina 1963 yang menyatakan bahwa, “*the rights...shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving state...*”

Maraknya kasus-kasus di luar negeri yang menimpa Warga Negara Indonesia (untuk selanjutnya disebut dengan WNI), terutama Tenaga Kerja Indonesia (untuk selanjutnya disebut dengan TKI) yang selalu berulang kali terjadi tanpa mendapat penyelesaian yang pasti dan berkekuatan hukum, menimbulkan pertanyaan tersendiri tentang apakah Pemerintah Indonesia telah melaksanakan perlindungan hukum (*diplomatic*) terhadap warga negaranya yang berada di luar negeri? Terutama bagaimanakah peranan dan kinerja perwakilan konsuler Indonesia dalam melindungi kepentingan WNI? Menilik pada kasus penembakan penonton film di Colorado Amerika Serikat ataupun kasus-kasus penembakan TKI oleh Polisi Diraja Malaysia, harusnya membuat Pemerintah Indonesia sigap dan cepat dalam menanganinya. Namun yang terjadi di lapangan justru sebaliknya, penanganan dari pemerintah

Indonesia sangat lamban dan sebagian kasus justru tidak terungkap.²⁷ Pemerintah harus kritis terhadap mekanisme penembakan pelaku kriminal WNI di Malaysia dan melakukan komunikasi terhadap aparat penegak hukum sehingga penembakan oleh polisi yang sewenang-wenang tidak terjadi lagi.²⁸ Dalam penyelesaian kasus tersebut, Pemerintah Indonesia sebenarnya dapat memberikan perlindungan hukum (diplomantik) kepada warga negara Indonesia yang berada di luar negeri (di Malaysia dan Amerika Serikat) dengan alasan sebagai berikut:

1. Telah terjadi pelanggaran hukum internasional. Menurut pendapat penulis, pelanggaran hukum internasional yang terjadi dalam kasus ini adalah adanya kerugian berupa tewasnya warga negara Indonesia di negara penerima, hal ini sesuai dengan pendapat Martin Dixon yang menyatakan “*State responsibility is used in to denote the procedural and substantive rules relating to the particular case of responsibility for injury to foreign nationals (aliens)*”. Berkaitan dengan hal tersebut sudah seharusnya Perwakilan diplomatik Indonesia melayangkan nota protes kepada negara penerima bahwa telah terjadi pelanggaran hukum internasional dan meminta agar negara penerima bertanggung jawab. Dalam kasus penembakan penonton film di Colorado yang salah satunya menimpa WNI, pemerintah Indonesia (dapat) melalui perwakilan diplomatiknya yang berada di sana meminta pemerintah Amerika Serikat untuk bertanggung jawab atas insiden yang menimpa WNI yang berada di Amerika Serikat. Begitu pula dalam kasus penembakan TKI oleh polisi Diraja Malaysia, pemerintah Malaysia dapat dimintakan tanggung jawabnya karena dalam hal ini polisi merupakan aparat atau pegawai negara Malaysia dan telah bertindak melampaui batas wewenang yang ditetapkan oleh hukum nasionalnya. Hal tersebut sesuai dengan *doktrin of imputability* atau *attributability* dan memenuhi syarat bahwa tindakan tersebut merupakan pelanggaran hukum internasional dan

27 <http://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/12/06/23/m62oka-tiga-tki-ditembak-mati-polisi-malaysia-lsm-desak-pemerintah-mengusut>, “Tiga TKI Ditembak Mati Polisi Malaysia, LSM Desak Pemerintah Mengusut”, Republika Online, Akses terakhir, Kamis 23 Agustus 2012.

28 *Ibid.*

hukum internasional membebaskan kejahatan tersebut kepada negaranya. Adapun peranan perwakilan konsuler untuk permasalahan ini lebih ditujukan tentang bagaimana penanganan korban (pemulangan korban, pendampingan hukum untuk mendapatkan hak ganti rugi).

2. Individu yang menderita kerugian harus melewati pengadilan lokal; dalam hal kasus penembakan yang terjadi di Colorado dan di Malaysia yang menyebabkan tewasnya WNI, maka pemerintah negara penerima harus segera tanpa boleh terlambat memberitahukan hal ini kepada perwakilan konsuler dari negara pengirim dalam hal ini kepada perwakilan konsuler Indonesia. Pernyataan ini sesuai dengan Pasal 37 huruf a Konvensi Wina 1963. Perwakilan Konsuler kemudian akan mengurus kepentingan WNI untuk mendapatkan hak-haknya. Dalam hal ini sudah seharusnya perwakilan konsuler meminta agar pemerintah negara penerima menegakkan hukum nasionalnya untuk menghukum si pelaku. Perwakilan konsuler harus proaktif mendorong, memantau, mengawasi dan memastikan bahwa pemerintah negara penerima mampu dan mau melaksanakan peradilan demi terlindunginya hak-hak dari warga negara Indonesia. Penanganan kasus penembakan TKI di Malaysia yang berbelit-belit dan lama seharusnya mendapat perhatian tersendiri dari Pemerintah Indonesia.
3. Perlindungan tersebut harus dilakukan oleh negara dari individu (warga negara) yang menderita kerugian
- 4.

Indonesia mengatur tentang masalah kewarganegaraan berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Indonesia. Berdasarkan Pasal 2 undang-undang ini dinyatakan bahwa, “Yang menjadi Warga Negara Indonesia adalah orang-orang bangsa Indonesia asli dan orang-orang bangsa lain yang disahkan dengan undang-undang sebagai warga negara”. Adapun Pasal 4 undang-undang ini menyatakan bahwa, Warga Negara Indonesia adalah:

- a. setiap orang yang berdasarkan peraturan perundangundangan dan/atau berdasarkan perjanjian Pemerintah Republik Indonesia dengan negara lain sebelum Undang-Undang ini berlaku sudah menjadi Warga

Negara Indonesia;

- b. anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ayah dan ibu Warga Negara Indonesia;
- c. anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ayah Warga Negara Indonesia dan ibu warga negara asing;
- d. anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ayah warga negara asing dan ibu Warga Negara Indonesia;
- e. anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ibu Warga Negara Indonesia, tetapi ayahnya tidak mempunyai kewarganegaraan atau hukum negara asal ayahnya tidak memberikan kewarganegaraan kepada anak tersebut;
- f. anak yang lahir dalam tenggang waktu 300 (tiga ratus) hari setelah ayahnya meninggal dunia dari perkawinan yang sah dan ayahnya Warga Negara Indonesia;
- g. anak yang lahir di luar perkawinan yang sah dari seorang ibu Warga Negara Indonesia;
- h. anak yang lahir di luar perkawinan yang sah dari seorang ibu warga negara asing yang diakui oleh seorang ayah Warga Negara Indonesia sebagai anaknya dan pengakuan itu dilakukan sebelum anak tersebut berusia 18 (delapan belas) tahun atau belum kawin;
- i. anak yang lahir di wilayah negara Republik Indonesia yang pada waktu lahir tidak jelas status kewarganegaraan ayah dan ibunya;
- j. anak yang baru lahir yang ditemukan di wilayah negara Republik Indonesia selama ayah dan ibunya tidak diketahui;
- k. anak yang lahir di wilayah negara Republik Indonesia apabila ayah dan ibunya tidak mempunyai kewarganegaraan atau tidak diketahui keberadaannya;
- l. anak yang dilahirkan di luar wilayah negara Republik Indonesia dari seorang ayah dan ibu Warga Negara Indonesia yang karena ketentuan dari negara tempat anak tersebut dilahirkan memberikan kewarganegaraan kepada anak yang bersangkutan;
- m. anak dari seorang ayah atau ibu yang telah dikabulkan permohonan

kewarganegaraannya, kemudian ayah atau ibunya meninggal dunia sebelum mengucapkan sumpah atau menyatakan janji setia.²⁹

Berdasarkan pasal di atas kita dapat mengetahui bahwa Indonesia menerapkan asas *ius soli*, *ius sanguinitas* dan naturalisasi dalam menetapkan status kewarganegaraan Indonesia. Kasus yang terjadi di Malaysia dan di Amerika Serikat telah menimpa warga negara Indonesia.

Berdasarkan penjelasan kasus di atas, kita dapat mengetahui bahwa tiga syarat bagi suatu negara (Pemerintah Indonesia) untuk memberikan perlindungan diplomatiknya terhadap warga negaranya di luar negeri telah terpenuhi. Apabila Pemerintah negara penerima dalam hal ini Malaysia maupun Amerika Serikat tidak mampu dan mau mengadili si pelaku, maka Pemerintah Indonesia dapat melakukan perlindungan diplomatiknya dengan menerapkan prinsip kewarganegaraan pasif yaitu menghukum si pelaku di Indonesia dengan hukum Indonesia atau dengan membawa kasus ini ke jalur Penyelesaian sengketa Internasional/Pengadilan Internasional setelah tentunya melewati tahap-tahap penyelesaian sengketa secara damai (negosiasi – mediasi - jasa baik (*inquiry*) – konsiliasi - Arbitrase/Mahkamah Internasional). Suatu kasus dapat di sidangkan di Mahkamah Internasional apabila negara yang berperkara tersebut mengakui yurisdiksi Mahkamah Internasional. Amerika Serikat, Malaysia dan Indonesia adalah anggota PBB dan mengakui yurisdiksi Mahkamah Internasional. Selain itu, Pemerintah juga perlu memperbaiki kinerja Konsulat Indonesia di negara lain (negara penerima). Jika hal ini dilakukan maka wibawa hukum Pemerintah Indonesia akan terangkat dan diakui sehingga tidak ada lagi kekerasan/pelanggaran hukum semena-mena terhadap WNI yang tinggal maupun bekerja di luar negeri.

D. Kesimpulan

Di dalam hukum internasional terdapat ketentuan yang mengatur bahwa suatu negara (negara pengirim/negara asal) mempunyai hak dan tanggung

²⁹ Lihat Undang-Undang No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Indonesia.

jawab untuk melindungi warga negaranya yang berada di luar negeri dan suatu negara (negara penerima) bertanggung jawab atas pelanggaran terhadap orang asing. Konsep ini dikenal dengan istilah “*Diplomatic Protection*” (perlindungan diplomatik). Berbicara mengenai perlindungan diplomatik maka hal ini akan berkaitan erat dengan peranan perwakilan konsuler dan tuntutan suatu negara ke negara lain berkaitan dengan adanya pelanggaran hukum internasional. Perlindungan diplomatik dapat dilakukan oleh suatu negara (negara pengirim) dalam hal telah terpenuhinya tiga syarat yaitu, *an international wrong Exhaustion, local Remedies and Link of Nationality*. Maraknya kasus yang menimpa TKI di Malaysia dan juga kasus penembakan di Colorado Amerika Serikat yang menimpa WNI, harusnya membuat Pemerintah Indonesia segera melakukan perlindungan diplomatiknya apalagi telah terpenuhinya tiga syarat pelaksanaan perlindungan diplomatik tersebut. Apabila hal ini bisa dilaksanakan niscaya lambat laun kekerasan yang menimpa WNI di luar negeri akan berkurang atau bahkan tidak ada lagi.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku dan Jurnal

Dixon, Martin, *International Law*, London: *Blackstone Press limited*, 1996.

Forcese, Craig, “*The capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the War on Terror*”, *European Journal of International Law*, Vol.369, 2006, ditelusuri di <http://www.ejil.org/pdfs/17/2/79.pdf>, diakses terakhir 30 Juli 2012

Fristikawati, Yanti, “Tanggung Jawab Negara Berkenaan Dengan Kerusakan Lingkungan Akibat Kegiatan Pada Reaktor Penelitian Nuklir”, (Disertasi), Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2005

Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law, Sixth Edition*, London: *Sweet & Maxwell*, 2004

Henkin, Louis, et al., *International Law: Cases and Materials*, 3rd Edition, London: 1993

Istanto, Sugeng, *Hukum Internasional*, Yogyakarta: Penerbitan Universitas Atma Jaya Yogyakarta, 1998

Mauna, Boer, *Hukum Internasional, Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Edisi ke-2, Bandung: Penerbit P.T. Alumni, 2005

Puspita, Natalia Yeti, dkk, "Pertanggungjawaban Indonesia Sebagai Negara Peratifikasi Konvensi Keanekaragaman Hayati Tahun 1992 Berkaitan Dengan Kerusakan Terumbu Karang Di Kepulauan Seribu (Studi Kasus: Kerusakan Terumbu Karang Di Pulau Pramuka)", (Laporan Penelitian), Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya, Jakarta, 2012

Tontowi, Jawahir, *Hukum Internasional Kontemporer*, Bandung: PT Refika Aditama, 2006

Wallace, Rebecca M.M., *International Law*, 2nd edition, London: Sweet & Maxwell, 1992.

B. Sumber lain

Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik

Konvensi Wina 1963 tentang Hubungan Konsuler

Undang-Undang Republik Indonesia No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Indonesia.

International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries", ditelusuri di http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf, akses terakhir 30 Juli 2012.

Natalia Yeti Puspita: Perlindungan Diplomatik Suatu Negara terhadap Warga Negaranya...

<http://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/12/06/23/m62oka-tiga-tki-ditembak-mati-polisi-malaysia-lsm-desak-pemerintah-mengusut>,
“Tiga TKI Ditembak Mati Polisi Malaysia, LSM Desak Pemerintah Mengusut”, Republika Online, akses terakhir, Kamis 23 Agustus 2012.

**KEBIJAKAN PENANGANAN PENGUNGSI DI INDONESIA:
KAJIAN DARI KONVENSI PENGUNGSI TAHUN 1951
DAN PROTOKOL 1967**

Atik Krustiyati

krustiyati@ubaya.ac.id

Fakultas Hukum Universitas Surabaya, Surabaya

Abstract

The absence of law concerning refugees in Indonesia has caused weak coordination between related institutions in field. As a law-based country that highly appreciate human rights, ratification of The 1951 Refugee Convention and 1967 Protocol must be a priority. Both instruments are relevant, since the substance are not only heavily loaded with regulation about human rights but also in line with cultural values and norms in Indonesia. As such, the process of ratification needs to consider the country's readiness, in terms of technical, political and legal aspects, since those aspects are sometimes challenging. On this matter, ratification is expected to narrow the gap between national and international instruments of law.

Keywords: *Refugees, 1951 Convention and 1967 Protocol*

A. Pendahuluan

Akhir-akhir ini di berbagai media baik cetak maupun elektronik dimuat lagi berita-berita tentang pengungsi Rohingya dari Myanmar. Pemberitaan mengenai masalah pengungsi Rohingya ini memang tidak seluas pemberitaan atas masalah yang sama yang dialami oleh etnis-etnis minoritas lain, misalnya etnis Karen yang juga memperoleh perlakuan yang sama buruknya dari Junta Militer Myanmar. Meskipun demikian, setelah ditelusuri ternyata masalah kekerasan terhadap etnis Rohingnya tidak kalah buruk dengan masalah yang dialami oleh etnis-etnis minoritas Myanmar lainnya.

Orang-orang Rohingnya adalah sebutan bagi kaum minoritas muslim yang berasal dari kawasan Arakan di sebelat Barat Myanmar. Kawasan

tersebut sangat terpencil dan berbatasan langsung dengan Bangladesh. Penduduk di kawasan tersebut umumnya berasal dari keturunan Arab yang hijrah ke wilayah tersebut sejak masa kekhalifahan Mughal, Kekaisaran muslim yang pernah berkuasa di sub kontinen India pada tahun 1526-1858.

Ciri-ciri orang-orang Rohingnya terlihat dari tampilan fisik, bahasa, dan budaya yang menunjukkan kedekatan orang-orang Rohingnya dengan masyarakat Asia Selatan, khususnya orang-orang Chitagonian. Dalam perjalanan waktu sejak Myanmar dikuasai oleh Junta Militer, orang-orang Rohingnya menjadi sasaran dari berbagai bentuk kekerasan dan tindakan lain yang melanggar HAM mereka. Banyak diantara mereka yang diperkejakan secara paksa untuk membangun jalan dan kamp militer, dianiaya dan kaum perempuan menjadi korban perkosaan.¹

Pemerintah Myanmar yang harusnya bertanggung jawab terhadap orang-orang Rohingnya malah mengambil sikap yang terbalik dan membiarkan nasib orang Rohingnya dalam kondisi memilukan. Akibatnya, sampai saat ini masih terjadi gelombang pelarian dan pengungsian dari orang Rohingnya yang menyebar ke berbagai negeri, termasuk juga ke Indonesia. Kondisi yang demikian menyebabkan orang-orang Rohingnya dan juga orang-orang dari etnis minoritas lain yang berasal dari wilayah Myanmar lain menjadi “*stateless citizen*” (penduduk yang kehilangan status kewarganegaraan).

Dalam perkembangannya Organisasi Kerja sama Islam, (OKI), sebuah organisasi internasional yang anggotanya adalah Negara Islam atau negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam (termasuk Indonesia) mendesak komunitas internasional untuk segera memberikan tekanan politik kepada Pemerintah Myanmar terkait adanya kekerasan dan diskriminasi terhadap etnis Rohingnya di negara bagian Rakhine, Myanmar.² Sebagai warga minoritas, kelompok etnis Rohingnya selama ini mengalami tekanan sosial, budaya, ekonomi, dan pengabaian hak-hak dasar mereka.

1 Disarikan dari berbagai sumber antara lain dikutip dari <http://indiesblog.wordpress.com/2009/02/14/tentang-rohingya>, ”Tentang Rohingnya, akses terakhir, Kamis, 6 September 2012

2 Kompas, “OKI Serukan Tekanan Pol”, Surat Kabar Kompas, 4 Agustus 2012 : 8

Sekalipun kekerasan itu dilakukan terhadap warga muslim, maka pengatasannya harus dilakukan dalam kerangka yang netral dengan berprinsip pada persoalan kemanusiaan. Mengutip pendapat Yusuf Kalla dalam harian Kompas pada tanggal 4 Agustus 2012, maka tindakan yang dilakukan oleh Myanmar adalah pelanggaran HAM berat, dan pemerintah Myanmar harus membuka akses bagi lembaga- lembaga bantuan kemanusiaan untuk masuk ke Arakan, nama lain dari Rakhine, yang terletak di kawasan perbatasan Myanmar dan Bangladesh.

Masalahnya adalah baik Myanmar maupun Bangladesh adalah dua negara yang relatif tertutup. Oleh karena itu, komunitas internasional seperti OKI, PBB, dan ASEAN diharapkan aktif memberikan tekanan diplomatik kepada Myanmar. Hal ini disebabkan sudah ribuan warga etnis Rohingnya terkena dampak kekerasan, dan akibat kekerasan tersebut banyak warga yang meninggal, mengungsi, dan kehilangan kewarganegaraan.

Belajar dari kasus Rohingnya tersebut, terdapat banyak persoalan yang dapat diambil manfaatnya, mengingat sampai saat ini Indonesia belum menjadi pihak pada Konvensi Jenewa Tahun 1951 tentang Pengungsi dan Protokol 1967. Padahal dari hari kehari jumlah pengungsi yang masuk ke Indonesia semakin banyak yang mau tidak mau akan menjadi beban dari Pemerintah Indonesia.³ Selain itu juga tidak menutup kemungkinan orang Indonesia dapat menjadi pengungsi di negara lain karena berbagai hal.

Persoalan pengungsi merupakan masalah yang sama tuanya dengan peradaban manusia. Dalam pengertian umum pengungsi adalah seseorang atau sekelompok orang yang karena alasan tertentu terpaksa meninggalkan daerah asal mereka menuju wilayah lain baik di negaranya sendiri, maupun ke negara lain. Pada dasarnya masalah pengungsi tersebut, merupakan masalah humaniter dan ditangani sesuai dengan prinsip-prinsip humaniter pula. Dalam hal pengungsi sebagai akibat adanya *natural disaster*, maka penanganannya

3 Jawa Pos, "Puluhan Imigran Gelap Tertangkap Di Bajul Mati", Jawa Pos, 19 Juli 2012: 1 dan 15 (Di Jawa Timur misalnya puluhan imigran gelap asal Timur Tengah dan Asia Selatan ditangkap di Pantai Bajul Mati, Malang Selatan. Mereka ini hendak mencari suaka ke Australia. Sementara itu ada juga para pencari suaka ini ditangkap di Sukabumi Jawa Barat).

dapat dikatakan sederhana, karena kebutuhan utama mereka adalah tempat tinggal dan kebutuhan dasar di tempat mereka pergi untuk menyelamatkan diri, sampai mereka dapat kembali lagi ke daerah asalnya karena kondisinya sudah memungkinkan. Dalam hal ini, pertolongan (*relief*) dan bantuan (*assistance*) yang diutamakan adalah makanan, air, pakaian, sanitasi, kesehatan dan sebagainya. Sedangkan pengungsi akibat dari *human made disaster* terutama yang menjadi korban gangguan terus menerus terhadap pribadi atau kebebasan fundamental mereka, atau persekusi (*persecution*), karena ras, warna kulit, asal etnis, agama, golongan sosial, atau opini politik mereka, terutama yang karena hal ini mereka terpaksa meninggalkan negara asalnya, dan mencari keamanan serta keselamatan di luar negara asalnya, pada dasarnya juga tetap merupakan persoalan humaniter dan ditangani secara humaniter pula.⁴ Orang-orang semacam ini tidak saja memerlukan pertolongan (*relief*), dan bantuan (*assistance*) bagi kelangsungan hidup mereka, melainkan juga kebutuhan vital lainnya, yakni perlindungan internasional atau *international protection*, mengingat mereka tidak lagi memperoleh perlindungan nasional dari pemerintah asal negara mereka.

Dengan belum menjadi pihak pada Konvensi Tahun 1951 dan Protokol 1967, maka Pemerintah Indonesia juga tidak mempunyai kewenangan untuk memberikan penentuan status pengungsi atau yang biasa disebut dengan "*Refugee Status Determination*" (*RSD*), sehingga pengaturan permasalahan mengenai pengungsi ditetapkan oleh UNHCR (Badan PBB yang mengurus soal pengungsi) sesuai dengan mandat yang diterimanya berdasarkan Statuta UNHCR Tahun 1950. Semua negara termasuk yang belum meratifikasi Konvensi Pengungsi wajib menjunjung tinggi standar perlindungan pengungsi yang telah menjadi bagian dari hukum internasional umum, karena konvensi tersebut sudah menjadi *jus cogens*, dan tak seorang pengungsipun dapat dikembalikan ke wilayah di mana hidup atau kebebasannya terancam.⁵

4 Enny Soeprapto, "Prinsip-Prinsip Dasar Hukum Pengungsi Internasional Sebuah Catatan", (Makalah disajikan dalam Seminar Hukum Pengungsi Internasional), UNHCR bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Surabaya, 28 Juli 2000 : 3

5 Atik Krustiyati, "Aspek Hukum Internasional Penyelesaian Pengungsi Timor Leste", (Disertasi Program Pascasarjana Universitas 17 Agustus 1945), Surabaya, 2009 : 13

Keterkaitan dengan hukum internasional ini dapat dijadikan dasar untuk menggolongkan kriteria kepentingan nasional Indonesia dalam proses ratifikasi itu nantinya, yang pada dasarnya kepentingan nasional itu memenuhi kriteria hukum dan moral. Salah satu klasifikasi kepentingan nasional lain adalah kepentingan skunder (*secondary interest*), yang di dalamnya meliputi perlindungan terhadap warga negara yang berada di luar negeri dan mendukung kekebalan para diplomat bangsa.⁶

Sehubungan dengan hal tersebut di atas tulisan ini membahas persoalan yang berkaitan dengan Urgensi, Relevansi dan Kendala dalam Ratifikasi Konvensi 1951 Dan Protokol 1967.

B. Urgensi, Relevansi, dan Kendala dalam Ratifikasi Konvensi Pengungsi 1951 dan Protokol 1967

1. URGENSI

Berbicara tentang urgensi sering diartikan sebagai suatu pengambilan langkah yang segera mungkin dilakukan karena pertimbangan yang penting.⁷ Persoalan berikutnya adalah mengapa harus segera diambil langkah penting, bagaimana caranya, serta hal-hal apa saja yang harus dipersiapkan sebelum langkah tersebut diambil. Dalam konteks hukum pengungsi beberapa persoalan tersebut akan dikaji dari Konvensi Pengungsi Tahun 1951 dan Protokol 1967.

Sebelum menjadi pihak pada Konvensi 1951 dan atau Protokol 1967, ada baiknya melihat hak apa saja yang dimiliki oleh pengungsi, agar dapat dipertimbangkan apakah suatu negara khususnya Pemerintah Indonesia mampu memenuhi hak tersebut ataukah tidak. Beberapa hak tersebut antara lain:

1. Kebebasan mempraktekkan agama dan pendidikan agama bagi anak-anak pengungsi (Pasal 4);
2. Hak atas milik bergerak dan tidak bergerak (Pasal 13);
3. Hak berserikat (Pasal 15);

6 Thomas W. Robinson dalam Rosenau, James, *International Politics and Foreign Policy: A Reader on Research And Theory* (New York : The Free Press, 1969), hal. 184-185

7 A.S. Hornby, *Oxford Advanced Learners Dictionary of Current English* (Oxford : University Press), hal. 947, Urgent (adj) needing prompt decisions or action

4. Hak berswakarya (Pasal 18);
5. Hak menjalankan profesi liberal (Pasal 19);
6. Hak atas pendidikan (Pasal 22);
7. Hak atas kondisi kerja yang layak dan jaminan sosial (Pasal 24);
8. Kebebasan berpindah tempat (Pasal 26).

Mencermati beberapa hak tersebut di atas, maka yang tidak boleh direservasi adalah ketentuan Pasal 4. Pasal-pasal lain yang tidak boleh dilakukan reservasi, dapat dilihat dalam ketentuan pasal 42 Konvensi 1951, yaitu:

1. Definisi istilah pengungsi (pasal 1);
2. Non diskriminasi (pasal 3);
3. Kebebasan beragama (pasal 4);
4. Akses ke pengadilan (pasal 6 ayat 1);
5. Non Refoulement (pasal 33)
6. Klausula akhir (pasal 36-46).

Problema tentang bagaimana caranya menitikberatkan pada persoalan epistemologi, karena aspek epistemologi mengandung makna metode atau cara untuk mendapatkan pengetahuan yang merupakan sumber jawaban bagi berbagai permasalahan.⁸ Sedangkan J. Sudarminto menyatakan bahwa sebagai cabang filsafat, epistemologi bermaksud mengkaji dan mencoba menemukan ciri umum dan hakiki dari pengetahuan manusia. Bagaimana pengetahuan itu pada dasarnya diperoleh dan diuji kebenarannya. Selain itu juga bermaksud mengkaji pengandaian-pengandaian dan syarat-syarat logis yang mendasari dimungkinkannya pengetahuan dan mencoba memberi pertanggungjawaban rasional terhadap klaim kebenaran dan obyektifitasnya.⁹

Konvensi 1951 merupakan titik awal dari setiap pembahasan mengenai persoalan pengungsi. Konvensi ini merupakan salah satu dari dua perangkat Konvensi pengungsi yang lain, yakni Protokol 1967. Dalam

8 Jujun S. Suriasumantri, *Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer* (Jakarta : Pustaka Sinar Harapan, 1993), hal.104

9 J. Sudarminto, *Epistemologi Dasar* (Jakarta : Kanisius, 2006), hal.18

beberapa hal Konvensi ini dipandang sebagai pembuka jalan, karena pertama kalinya dalam sejarah, sebuah Konvensi telah memberikan definisi umum tentang seorang pengungsi. Konvensi 1951 tentang Status Pengungsi dirancang pada akhir Perang Dunia II, dan definisi tentang pengungsi yang dirumuskan di dalamnya difokuskan kepada orang-orang yang berada diluar wilayah negara asalnya dan menjadi pengungsi sebagai akibat dari peristiwa yang terjadi di Eropa sebelum tanggal 1 Januari 1951. Sehubungan persoalan pengungsi semakin meningkat pada akhir tahun 1950 dan awal tahun 1960an, maka dipandang perlu untuk memperluas cakupan waktu dan geografis dari Konvensi 1951. Oleh karena itu dalam perkembangannya telah dirancang dan disepakati suatu Protokol Tambahan terhadap Konvensi tentang Status Pengungsi tersebut, yakni Protokol 1967.¹⁰

Dari segi substansinya, apabila dicermati Konvensi 1951 dan Protokol 1967 tentang pengungsi merupakan perangkat internasional HAM atau *International Human Rights Instruments*. Adanya instrumen internasional itu merupakan salah satu aspek dalam memajukan perlindungan HAM. Hal ini antara lain disebabkan oleh kondisi, bahwa negara mempunyai peran yang besar dalam menyuarakan kepentingan nasional pada saat proses negosiasi dan penyusunan suatu perangkat internasional hak asasi manusia serta pada saat proses transformasi perangkat tersebut ke dalam hukum nasional yang mengikat melalui ratifikasi atau akses.

Dengan memperhatikan substansi dari Konvensi 1951 dan Protokol 1967 ini berarti melihat nilai yang terkandung di dalamnya dan juga kegunaannya. Dari aspek aksiologi pendekatan aksiologi membicarakan nilai kegunaan ilmu, yang berusaha menjawab : untuk apa ilmu pengetahuan itu dipergunakan, bagaimana kaitan antara cara penggunaan dengan kaedah moral, bagaimana penentuan obyek yang ditelaah berdasarkan pilihan-pilihan moral, bagaimana kaitan antara tehnik prosedural yang merupakan operasionalisasi metode ilmiah dengan norma-norma moral.¹¹

10 Sigit Riyanto, "Urgensi Legislasi Hukum Pengungsi dan Kendalanya di Indonesia", *Jurnal Hukum Internasional*, Vol. 2, No.1 – Oktober 2004

11 Jujun S. Suriasumantri, *Op.cit*, hal.224

Ratifikasi dapat memperkuat pranata HAM di dalam negeri, malapung hal ini bukan satu-satunya indikator bagi implementasi HAM yang baik, sebab sebagian norma HAM sebetulnya juga sudah diatur dalam perundang-undangan domestik. Pada era reformasi saat ini, Indonesia tidak dapat mengesampingkan begitu saja keberadaan konvensi-konvensi internasional tentang HAM. Bahkan dirasa perlu untuk mendekatkan faktor domestik dan internasional. Kebutuhan mendekatkan faktor domestik dan internasional ini semakin menguat tatkala pada tahun 1993 berdiri KOMNAS HAM, yang telah memainkan peran penting dalam memajukan dan melindungi HAM di Indonesia. Terlebih lagi setelah Indonesia mempunyai Undang-undang No 39/1999 tentang HAM (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 No. 165, Tambahan Lembaran Negara No.3886), Undang-undang No.37 Tahun 1999 Tentang Hubungan Luar Negeri, Undang-undang No. 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional, Undang-undang No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM, yang lingkup kewenangannya adalah memeriksa dan memutuskan perkara pelanggaran HAM berat, maka kebutuhan mendekatkan faktor domestik dan harapan masyarakat Internasional tentunya merupakan hal yang tidak dapat ditawar lagi.

Banyak upaya yang dapat dilakukan untuk mendekatkan kedua faktor tersebut antara lain dengan menuangkan atau memasukkan beberapa ketentuan internasional dalam undang-undang organik suatu negara atau dengan jalan melakukan ratifikasi berbagai instrumen internasional tersebut.

Dalam menanggapi naskah yang diajukan oleh pemerintah untuk dimintakan persetujuannya DPR tidak sebebaskan menanggapi sebuah rancangan undang-undang biasa, karena naskah tersebut (Konvensi 1951 dan Protokol 1967) sudah disepakati bersama oleh wakil-wakil negara peserta bahkan juga sudah dilakukan autentifikasi. Jika sebuah perjanjian internasional secara yuridis formal masih merupakan rancangan undang-undang karena masih memerlukan persetujuan DPR, sedangkan beberapa negara telah mengikatkan diri dan bahkan telah memberlakukan, maka kebebasan mengubah naskah perjanjian oleh DPR dapat dikatakan tidak ada lagi, atau dengan kata lain DPR tidak dapat menggunakan hak amandemennya. Dalam keadaan yang

demikian DPR hanya dalam posisi memilih saja, yaitu menyetujui naskah yang sudah ada tersebut, atau menolak memberikan persetujuan. Tentunya pilihan ini dilakukan setelah mendengar pertimbangan pemerintah dengan dasar pemikiran yang dapat dipertanggung jawabkan.¹²

Ratifikasi Konvensi 1951 dan Protokol 1967, harus dilakukan dalam bentuk Undang-undang sebenarnya sejalan dengan apa yang dituntut dalam konvensi itu. Konvensi tersebut mengatur perlindungan HAM, hak asasi rakyat, oleh karena itu juga memerlukan keikutsertaan atau persetujuan rakyat. Sehubungan dengan hal ini maka pembuatan dan pengesahan suatu perjanjian internasional harus dilakukan dengan dasar-dasar yang jelas dan kuat, dengan menggunakan instrumen-instrumen perundang-undangan yang jelas pula. Sejak diundangkannya Undang-undang No. 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional, Lembaran Negara No.185 Tambahan Lembaran Negara No.4012, maka ketentuan inilah yang dipakai sebagai dasar hukum Pemerintah Indonesia dalam membuat dan mengesahkan suatu perjanjian internasional.

2. Relevansi

Dalam menentukan keputusan untuk meratifikasi perangkat internasional tersebut, harus melihat berbagai pertimbangan, antara lain pertimbangan politis, teknis hukum, dan administratif.¹³ Dari proses seperti ini muncul suatu rumusan-rumusan kompromi yang menjadi suatu tata nilai dan hukum baru yang menunjukkan adanya "*the lowest common denominator*", serta standar minimal dan universal yang dapat diterima oleh negara yang berdaulat. Dengan semakin meningkatnya keinginan untuk mencapai suatu keputusan secara konsensus dalam pembentukan perangkat internasional HAM, maka nilai universal standar perangkat internasional HAM akan semakin tinggi.

12 Atik Krustiyati, "Penanganan Pengungsi Timor Leste Sebagai Upaya Peningkatan Hubungan Bilateral Antara Indonesia dan Timor Leste", *Jurnal Yustika*, Vol.11, No.1 – Juli 2008

13 Andri Hadi, "Kebijaksanaan Pemerintah Dalam Menentukan Prioritas Ratifikasi Perangkat Internasional HAM", (Makalah disajikan dalam Seminar tentang kemungkinan Indonesia menjadi Pihak pada Konvensi 1951), Bogor 1999 : 2

Apabila muatan-muatan ketentuan hukum nasional sudah memenuhi standar internasional, maka secara teknis dan substantif semakin siaplah suatu negara melakukan ratifikasi atau akses. Dari aspek administratif, ratifikasi adalah kewajiban untuk mengimplementasikan dan melaporkan suatu perangkat hukum. Biasanya hal ini menjadi agak terhalang karena kurangnya tenaga ahli yang memiliki tingkat pemahaman dan penguasaan terhadap substansi instrumen internasional HAM. Bahkan tidak jarang malah menjadi counter productive, karena masih ada persepsi bahwa kedaulatan negara sebagai pilar hukum internasional dapat digunakan sebagai tameng untuk mengecualikan diri dari *peremptory norms* HAM.

Di dalam konteks ini pemerintah Indonesia dapat melakukan reservasi terhadap ketentuan pasal 13, 14, 17 Konvensi yang mewajibkan negara untuk memberi perlakuan yang sama kepadapengungsi dan warga negara sendiri serta orang lain yang tinggal di wilayahnya mengenai hak milik atas barang bergerak, tidak bergerak, perumahan, pekerjaan, dan lain-lain. Pertimbangan untuk mereservasi pasal-pasal tersebut adalah bagi negara berkembang seperti Indonesia menyediakan fasilitas bagi warga negaranya sendiri saja masih sulit untuk dipenuhi, apalagi harus memberikan pelaksanaan hal tersebut kepada pengungsi.

Sikap menjadi pihak dalam Konvensi ini sekaligus menunjukkan kesungguhan bangsa Indonesia dalam usaha internasional memperjuangkan penghargaan martabat manusia termasuk di dalamnya persoalan pengungsi. Dengan menyatakan pengesahan pada Konvensi, maka Pemerintah Indonesia terikat dengan kewajiban internasional yang timbul dari Konvensi ini, yaitu menerima prosedur penyidikan oleh Komisi yang dibentuk berdasarkan Konvensi. Sehingga keterikatan pada Konvensi tidak hanya sekedar *reporting obligation*, tetapi secara utuh dapat menerimanya, termasuk menerima prosedur penyidikan oleh Komisi sebagaimana diatur dalam pasal 35 Konvensi.

Pasal 35 Konvensi tersebut menyatakan bahwa, Komisariat Tinggi mengawasi penerapan instrumen internasional oleh negara pihak, dan negara pihak harus memberi kemudahan bagi pelaksanaan tugas Komisariat Tinggi

tersebut. Dengan menerima pengawasan dari Komisariat Tinggi tersebut, tidaklah dapat diartikan bahwa suatu negara menyerahkan *state sovereignty* kepada komunitas internasional, karena hak dalam konvensi ini masuk dalam kategori *non derogable human rights*, karena di dalamnya menyangkut hak untuk hidup (hak atas kehidupan), dan hak atas keselamatan (perlindungan). Keadaan darurat atau demi kepentingan stabilitas politik tidak boleh menjadi alasan untuk mengurangi hak hidup, dan hak atas keselamatan pribadi tersebut. Dalam keadaan yang bagaimanapun negara harus menghormati kewajiban tersebut (*erga omnes*). Kewajiban penguasa negara untuk menghormati hak atas kehidupan dan keselamatan pribadi itu dapat dilihat dari pasal 3 Deklarasi Umum HAM PBB sebagai berikut: *any individual has the right to life, freedom and personal security*).

Sebagai hak yang masuk dalam kategori *non derogable* tersebut, oleh ahli hukum HAM sering diargumentasikan sebagai *ius cogens*, yaitu norma-norma yang telah diterima dan diakui oleh komunitas internasional, yang tidak boleh dicabut dan tidak boleh dikecualikan oleh siapapun. Sebagai hak yang memiliki karakteristik demikian, maka hak ini mengikat negara-negara sekalipun tidak ada kewajiban yang diharuskan dalam Konvensi atau pernyataan persetujuan dan komentar secara khusus. Jadi dengan memiliki karakteristik demikian, tanpa meratifikasipun setiap negara (khususnya anggota PBB), tidak dapat mengelak dari kewajiban tersebut. Hanya saja dengan menjadi pihak dalam konvensi negara yang bersangkutan mempunyai kewajiban internasional yang mengikat secara yuridis untuk melindungi hak dan kepentingan pengungsi yang berada di wilayah kedaulatan atau yurisdiksi negara. Hal ini merupakan konsekuensi logis yang tidak dapat dihindari hanya memuat keharusan atau larangan bagi negara pihak, melainkan juga memuat ketentuan yang membolehkan suatu negara pihak untuk berbuat. Selain itu instrumen tersebut juga memungkinkan negara pihak untuk mereservasi pasal-pasal tertentu yang kemungkinannya memang dibuka dalam Konvensi tersebut.

Konvensi 1951 memuat tiga pasal yang mengatur perlindungan pengungsi, yakni pasal 31 (Pengungsi yang Berada secara Tidak Sah di Negara

Pengungsian), pasal 32 (pengusiran), dan pasal 33 (larangan pengusiran atau Pengembalian) atau yang biasa dikenal dengan *non refoulement*. Prinsip ini melarang dikembalikannya seorang pengungsi ke negara asalnya dimana kelangsungan hidup atau kebebasan mereka terancam, dikarenakan adanya perbedaan ras, agama, kebangsaan, keanggotaannya dalam suatu kelompok sosial tertentu merupakan tonggak dasar perlindungan internasional, yang seringkali juga dinamakan jantung perlindungan internasional pengungsi. Demikian pentingnya prinsip *non refoulement* ini sehingga harus diterima dan dihormati sebagai *jus cogens* dalam hukum internasional.

S. Prakash Sinha memberikan pengertian pengungsi sebagai berikut: *“The international political refugee may defined as a person who is forced leave or stay out his state of nationality or habitual residence for political reasons arising from events occuring between that state and its citizents which make his stay there imposible or intolerable, and who has taken refugee in another state without having acquired a new nationality.”*¹⁴ Dari pendapat tersebut, dapat ditegaskan bahwa secara umum, seorang pengungsi haruslah memenuhi kriteria sebagai berikut:

1. Alasannya harus berdasarkan faktor politik
2. Permasalahan politik tersebut timbul antara negara dan warga negaranya;
3. Ada keadaan yang mengharuskan orang tersebut meninggalkan negaranya atau tempat tinggalnya, baik secara sukarela maupun terpaksa;
4. Kembali ke negaranya atau ketempat tinggalnya tidak mungkin dilakukan, karena sangat membahayakan dirinya;
5. Orang tersebut harus meminta status sebagai pengungsi di negara lain;
6. Orang tersebut tidak mendapatkan kewarganegaraan baru.

Bagi Pemerintah Indonesia cukup *feasible* untuk meratifikasi instrumen internasional tersebut, hal ini berdasarkan pertimbangan bahwa dua instrumen internasional tersebut merupakan instrumen yang cukup lunak dan fleksibel, karena tidak hanya memuat keharusan atau larangan bagi negara

14 S. Prakash Sinha, *Asylum and International Law*, (The Hague : Martinus Nijhott, 1971), hal. 95

pihak, melainkan juga memuat ketentuan yang membolehkan suatu negara pihak untuk berbuat. Selain itu instrumen tersebut juga memungkinkan negara pihak untuk mereservasi pasal-pasal tertentu yang kemungkinannya memang dibuka dalam Konvensi tersebut.

Perlindungan terhadap pengungsi pada dasarnya merupakan tanggung jawab setiap negara. Masalah perlindungan kepada pengungsi dan atau pencari suaka merupakan masalah klasik yang telah menjadi isu internasional sejak lama. Sudah berabad-abad negara menerima dan menyediakan perlindungan bagi warga asing yang menjadi korban penindasan atau kekerasan di wilayah tempat tinggalnya. Tradisi kemanusiaan semacam ini pada abad ke 21 dilembagakan ke dalam sebuah Konvensi Internasional tentang pengungsi. Menurut Konvensi 1951 seseorang itu dikatakan sebagai pengungsi apabila: *A Refugee is a person who :*

1. *Is outside his/her country of nationality.*
2. *Has a well founded fear of persecution.*
3. *For reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, political opinion.*
4. *Is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of his country¹⁵.*

Dari definisi tentang pengungsi tersebut dapat disimpulkan bahwa pada hakikatnya negara/pemerintah memiliki tanggung jawab untuk melindungi warga negaranya dan orang asing yang tinggal di negara tersebut. Tetapi kenyataannya sering terjadi negara/pemerintah yang bersangkutan tidak mampu melaksanakan tanggung jawab tersebut karena berbagai sebab. Ketika Pemerintah tidak mampu unable dan tidak mau unwilling memberikan perlindungan kepada warga negaranya maka sering terjadi seseorang harus meninggalkan negara asalnya dan mencari perlindungan ke negara lain. Dari uraian tersebut nampak bahwa masalah pengungsi dan pencari suaka selalu menjadi persoalan nasional dan internasional.

15 Secara lengkap pengertian pengungsi ini dapat dibaca dalam Bab I Ketentuan Umum, pasal 1 huruf A ayat 2. Konvensi 1951. Konvensi 1951 ini harus juga dibaca bersamaan dengan protokol 1967 karena keduanya bersifat saling melengkapi.

Persoalan nasional di sini maksudnya adalah tanggung jawab negara, sedangkan persoalan internasional berkaitan dengan kerjasama antar negara dalam menangani masalah pengungsi. Artinya tiap negara mempunyai hak dan kewajiban dalam menangani masalah pengungsi yang pada dasarnya merupakan masalah kemanusiaan,, dengan tetap mempertimbangkan penghormatan atas kedaulatan yang dimiliki oleh negara tersebut. Dari segi pengungsi Konvensi 1951 telah memberikan petunjuk tentang perlakuan yang harus diberikan kepada pengungsi, antara lain :

1. Perlakuan nasional (National Treatment). Dalam hal ini berkaitan dengan ketentuan-ketentuan untuk diberi kebebasan menjalankan agamanya, akses ke pengadilan, bantuan hukum dan lain-lain;
2. Perlakuan yang diberikan oleh negara dimana ia biasa tinggal yang meliputi perlindungan milik industri, penemuan-penemuan, merek dagang, hak atas hasil karya sastra, hasil karya ilmiah, dan lain-lain;
3. *Most favored treatment*/ Perlakuan sehubungan dengan hak untuk ikut organisasi non politik, membentuk organisasi, non profit, atau organisasi dagang (*trade union*);
4. Untuk mendapatkan perlakuan sama dengan orang asing yang berada di negara tersebut. Misalnya perlakuan untuk mempunyai hak milik benda bergerak dan tidak bergerak, hak untuk mendapatkan keuntungan, hak untuk mendapatkan perumahan, dan sebagainya.¹⁶

Dengan disepakatinya instrumen internasional tentang pengungsi tersebut, berarti masalah perlindungan terhadap pengungsi yang dulunya diberikan berdasarkan hukum kebiasaan internasional, telah memperoleh penegasan dalam hukum internasional, khususnya hukum pengungsi. Dalam hukum pengungsi internasional ini mengandung prinsip-prinsip hukum internasional yang bersifat universal. Prinsip-prinsip hukum internasional universal yang terkandung dalam hukum pengungsi internasional pada dasarnya merupakan penegasan dari hukum kebiasaan internasional atau *International Customary law*. Oleh karena itu prinsip-prinsip hukum

¹⁶ S.Prakash Sinha, Op.cit, hal. 107-108

internasional universal yang terkandung dalam hukum pengungsi ini mengikat negara mana saja, tanpa mempertimbangkan apakah negara yang bersangkutan telah menjadi pihak ataukah belum dalam Konvensi tersebut. Berkaitan dengan instrumen-instrumen internasional dan regional tentang pengungsi paling tidak terdapat lima prinsip umum yang berkaitan dengan Hukum Pengungsi Internasional yang perlu diketahui, seperti prinsip suaka (asylum), non ekstradisi, non refoulement, hak dan kewajiban negara terhadap para pengungsi, kemudahan-kemudahan (facilities) yang diberikan oleh negara-negara yang bersangkutan terhadap pengungsi.¹⁷

3. Kendala

Sebagaimana sudah diuraikan dalam bab sebelumnya, bahwa sampai saat ini Pemerintah Indonesia belum meratifikasi Konvensi 1951 maupun Protokol 1967 tentang Status Pengungsi. Hal ini tentu harus dipertimbangkan dengan seksama, mengingat posisi geografis Indonesia yang menghubungkan dua benua dan dua samudra. Walaupun Indonesia bukan tujuan akhir para pengungsi, tetapi wilayah Indonesia yang cukup luas ini dapat dijadikan tempat persinggahan para pengungsi, Misalnya Pulau galang yang dijadikan tempat pemukiman sementara untuk para pengungsi dari Indo Cina.

Saat ini kesulitan dalam penanganan pengungsi dapat digambarkan melalui dua buah model penanganan sebagai berikut:

1. Model keamanan (*security model*);

Model ini lebih menekankan pada hak-hak penguasa (negara), karena pengungsi seringkali dipandang sebagai ancaman yang mengganggu negara, sehingga harus selalu dikontrol. Model keamanan ini terdiri dari dua bagian, yaitu menguasai (internal), dan melindungi (eksternal). Pendekatan internal merupakan mekanisme kontrol langsung kepada masyarakat, misalnya dalam bentuk peraturan yang mengatur tentang pengungsi, masalah keimigrasian dan lain-lain. Sedangkan pendekatan

¹⁷ Lihat Asylum dalam Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Third Edition, The English Language Book society and Oxford University Press, 1979), hal. 344 – 361

eksternal difokuskan kepada kebijakan luar negeri, peran PBB dan lain-lain.

2. Model hak-hak individu (*The Individual Rights Model*);

Model ini lebih menekankan pada hak-hak individu, karena pengungsi dipandang sebagai individu yang harus dilindungi menurut Konvensi 1951 dan Protokol 1967. Selain itu mereka juga harus mendapat perlindungan menurut doktrin-doktrin HAM. Pengungsi harus mendapat keadilan dan perlindungan dari penganiayaan atau penyiksaan sesuai dengan martabat kemanusiaannya.

Hal yang paling penting untuk dilakukan dalam menangani pengungsi adalah kebijakan politik bilateral antar negara asal pengungsi (*country of origin*), dengan negara penerima pengungsi (*host country*).¹⁸ Pengembangan aturan hukum untuk perlindungan pengungsi ini dapat dilaksanakan dalam beberapa hal yaitu:

1. Mengakses instrumen hukum/hak asasi manusia internasional tentang pengungsi antara lain Konvensi 1951 berikut Protokol 1967;
2. Menyusun instrumen hukum/hak asasi manusia regional. Hal ini dapat dilihat dari apa yang dilakukan dalam Organisasi persatuan Afrika (Organization of African Union) melalui Konvensi Tahun 1969, kemudian negara-negara Eropa melalui Konvensi Schengen 1985 dan Dubin 1990, serta negara-negara Amerika Latin melalui Cartagena Declaration 1984;
3. Menyusun legislasi nasional tentang pengungsi, legislasi ini harus dilakukan dengan mengembangkan hukum nasional yang komprehensif dan tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip universal tentang perlindungan pengungsi.

Kewarganegaraan adalah faktor yang penting bagi individu, karena dengan kewarganegaraan dia dapat mempunyai identitas, sebagai dasar untuk mendapatkan perlindungan negaranya, dan sebagai dasar untuk memperoleh

18 Heru Susetyo, "Kebijakan Penanganan Internally Displaced Persons (IDPs) di Indonesia dan Dunia Internasional", *Jurnal Hukum Internasional*, Vol. 2 No. 1. Oktober 2004

hak-hak sipil dan politiknya. Seorang warga negara secara otomatis mendapatkan hak untuk menentukan tempat tinggal di wilayah negaranya, memperoleh paspor dan perlindungan dari negaranya jika bepergian ke luar negeri. Selain itu seorang yang berkewarganegaraan juga memiliki hak untuk mendapatkan pekerjaan, memperoleh fasilitas publik, serta berpartisipasi dalam kehidupan politik, dan mempunyai akses untuk berperkara di pengadilan. Hak-hak tersebut tidak dimiliki oleh orang yang tidak mempunyai kewarganegaraan.

C. Kesimpulan dan Saran

1. Kesimpulan

- a. Penanganan persoalan pengungsi dapat dilakukan dengan cara memberikan bantuan (*assistance*) dan pertolongan (*relief*). Pemberian bantuan berupa penampungan dan fasilitas makanan serta kesehatan. Pemberian pertolongan dapat berupa pemberian status yang jelas tentang identitas pengungsi, misalnya dengan membantu persoalan kewarganegaraan.
- b. Kewarganegaraan adalah faktor yang penting bagi individu, karena dengan mempunyai kewarganegaraan seseorang akan mempunyai identitas sebagai dasar memperoleh perlindungan dan melaksanakan hak sipil dan politik (menikmati status kewarganegaraan secara efektif atau *effective nationality*).

Urgensi meratifikasi Konvensi 1951 dan Protokol 1967 :

Sebagai suatu negara hukum yang berpangkal pada paham penghargaan terhadap HAM, maka Indonesia sesegera mungkin meratifikasi Konvensi 1951 dan Protokol 1967. Hal ini disebabkan bahwa Konvensi tersebut memberikan pengakuan hak-hak yang sama dan tidak dapat dicabut dari semua anggota masyarakat yang memberikan penghargaan kepada martabat manusia. Selain itu isi ketentuan dalam Konvensi 1951 dan Protokol 1967 tidak akan mempengaruhi asas dan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan nasional yang mengandung asas menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia. Dengan meratifikasi

Konvensi ini asas dan prinsip yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan nasional tersebut menjadi jelas dan dapat ditegakkan. Begitu pula dalam hal pelaksanaannya, ketentuan-ketentuan dalam Konvensi ini tidak akan merusak tatanan nilai-nilai budaya, adat istiadat, serta norma-norma keagamaan yang masih berlaku dan diikuti secara luas oleh masyarakat Indonesia.

Relevansi

Ratifikasi suatu perangkat internasional HAM akan meningkatkan *international accountability* dari suatu negara melalui cara yang lebih obyektif dan beradab, yakni pembahasan laporan negara pihak dalam Komite Pemantau (*treaty monitoring bodies*), secara tertutup dan tidak melalui cara-cara yang tidak beradab, yakni *publichumiliation*, dan politisasi yang berlebihan seperti dalam Sidang Hak- Hak Asasi Manusia PBB. Sedangkan dari segi pertimbangan teknis hukum, ratifikasi akan memperkuat dan memperkaya perangkat hukum nasional sehingga akan lenih menjamin pemajuan dan perlindungan HAM secara lebih baik. Ratifikasi bahkan dapat menjadi jalan pintas untuk lebih mendekatkan kesenjangan yang ada antara perangkat hukum pada tataran internasional dan nasional.

Kendala

- Dari aspek kelembagaan
Kesulitan dalam penanganan pengungsi dapat digambarkan melalui model keamanan (*security model*) yang lebih menekankan pada hak penguasa atau negara. Hal ini disebabkan pengungsi seringkali dipandang sebagai ancaman yang mengganggu negara sehingga harus dikontrol. Padahal seharusnya penanganan pengungsi dapat dilaksanakan melauai pendekatan individu (*individual rights model*) karena pengungsi adalah individu yang harus dilindungi untuk tidak dianiaya, disiksa dan sebagaimana diatur dalam Konvensi 1951 dan Protokol 1967.
- Dari Aspek Peraturan Hukum
Adanya kekosongan hukum karena belum ada aturan yang

komprehensif dalam mengatur para pengungsi dan pencari suaka dalam hukum positif di Indonesia telah melemahkan koordinasi antar instansi di lapangan. Bahkan dalam banyak kasus Pemda merasa keberatan menerima tambahan beban dengan masuknya orang asing (pengungsi) di wilayah. Perbedaan tajam antara kultur daerah dan pengungsi sangat potensial menimbulkan konflik sosial. Selain itu seandainya terjadi proses asimilasi antara pengungsi dengan warga setempat justru menimbulkan beban baru karena anak-anak yang ada akibat asimilasi tersebut tidak dibawa serta saat repatriasi atau *resettlement*.

2. Saran

- a. Political will dari pemerintah untuk segera menjadi pihak pada Konvensi 1951 dan Protokol 1967 sangat diharapkan, untuk itu perlu ada kesiapan baik dari aspek teknik, politis dan yuridis dalam meratifikasi dua instrumen hukum internasional tersebut. Hal ini berdasarkan alasan bahwa substansi instrumen internasional tersebut adalah bermuatan HAM, dan Indonesia adalah negara yang menjunjung tinggi HAM sebagaimana diamanatkan dalam berbagai peraturan, misalnya UUD 1945, TAP XVIII/1998, UU No.39/1999, UU No.37/1999, dll.
- b. Penanganan persoalan pengungsi harus mengedepankan prinsip individual rights model yang memperlihatkan prinsip keamanan manusia (*human security*). Hal ini penting agar tercipta hubungan bilateral yang baik antara negara asal pengungsi (*country of origin/home country*) dengan negara tujuan pengungsi (*the host country*).

DAFTAR PUSTAKA

Buku :

A.S. Hornby, *Oxford Advanced Learners Dictionary of Current English*,
Oxford : University Press

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University
Press, 1979

Jovan Patrnogic, *Introduction to International Refugee Law*, Italy :
International Institute of Humanitarian Law, 1996

Jujun S. Suriasumantri, *Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer*, Jakarta :
Pustaka Sinar Harapan, 1993

J. Sudarminto, *Epistemologi Dasar*, Jakarta : Kanisius, 2006

Prakash Sinha, *Asylum And International Law*, The Hague : Martinus Nijhoff,
1971

Thomas W. Robinson, *International Politics and Foreign : A Reader on
Research and Theory*, New York : The Free Press, 1969

Karya Ilmiah Berupa Disertasi, Tesis, Skripsi, Makalah Seminar, Lokakarya, Penataran :

Andri Hadi, "Kebijaksanaan Pemerintah Dalam Menentukan Prioritas
Ratifikasi Perangkat Internasional HAM", (Makalah disajikan dalam
Seminar tentang Kemungkinan Indonesia Menjadi Pihak Pada
Konvensi 1951), Bogor, 1999

Atik Krustiyati, "Aspek Hukum Internasional Penyelesaian Pengungsi Timor
Leste", (Disertasi Program Pascasarjana Universitas 17 Agustus
1945), 2009

Coulombis, J.H. Wolte, T.A. "Penggolongan kriteria kepentingan nasional", 1990

Enny Soeprapto, "Prinsip-Prinsip Dasar Hukum Pengungsi Internasional Sebuah Catatan", (Makalah disajikan dalam Seminar Hukum Pengungsi Internasional), bekerja sama dengan Fakultas Hukum Universitas Surabaya, 28 Juli 2003

Enny Soeprapto, "Konsep Perlindungan Internasional Pengungsi dan Pelaksanaannya", (Makalah disajikan Universitas Surabaya), 1998

Enny Soeprapto, "International Protection of Refugees and Basic Principles of Refugee Law, An Analysis", (Makalah disajikan dalam Seminar Nasional), Universitas Trisakti, Jakarta, 1998

Artikel dalam Jurnal, Majalah, Surat Kabar, dan Internet :

Atik Krustiyati, "Penanganan Pengungsi Timor Leste sebagai Upaya Peningkatan Hubungan Bilateral Antara Indonesia dan Timor Leste", Jurnal Yustika, Vol.II, No.1-Juli 2008

Heru Susetyo, "Kebijakan Penanganan Internally Displaced Persons (IDPs) di Indonesiadan Dunia Internasional", Jurnal Hukum Internasional, Vol.2, No.1-Oktober 2004

<http://indiesblog.wordpress.com/2009/02/14/tentang-rohingya>, "Tentang Rohingya, akses terakhir, Kamis, 6 September 2012

Jawa Pos, "Puluhan Imigran Gelap Tertangkap Di Bajul Mati", Jawa Pos, 19 Juli 2012

Kompas, "OKI Serukan Tekanan Pol", Surat Kabar Kompas, 4 Agustus 2012

Sigit Riyanto, "Urgensi Legislasi Hukum Pengungsi dan Kendalanya di Indonesia", Jurnal Hukum Internasional, Vol.2, No.1-Oktober 2004

Statuta UNHCR 1950

Atik Krustiyati: Kebijakan Penanganan Pengungsi di Indoensia: Kajian dari Konvensi...

Stepane Jaquemet, “Mandat dan Fungsi dari Komisariat Tinggi PBB Urusan Pengungsi”, Jurnal Hukum Internasional, Vol.2, No.1-Oktober 2004

**CABOTAGE PRINCIPLE PADA REGULASI JASA ANGKUTAN DI
DALAM PERAIRAN INDONESIA DARI PERSPEKTIF SISTEM
PERDAGANGAN MULTILATERAL WTO/GATS**

Mahmul Siregar

M. Iqbal Asnawi

Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara Medan

Fakultas Hukum Universitas Dharmawangsa Medan

mahmuls@yahoo.co.id

mhdiqbalasnawi@yahoo.com

Abstract

The enforcement of Cabotage system stipulated in the Law 17 of 2008 on Shipping is an urgent need for the development and independence of national sea transport, the existance of Cabotage Principle is empowering national sea transport in the domestic marine transport activities. The implications of the implementation of Cabotage Principle for national sea transport would take effect for the development of a fleet of sea transport as well as increasing the share of cargo being served. In services trade, Indonesia is a member of the world trade organization (WTO) which adopted for the gradual liberalization to the era of free trade. The stipulation of the Cabotage Principle is part of the principles stipulated in the WTO / GATS on domestic regulation. Services trade principles stipulated in the WTO / GATS gives freedom to its members to enact domestic regulations in services provided for in Article 6 on domestic regulation, WTO / GATS guarantees basic rights the Government of Indonesia to regulate in order to achieve national goals. For that implementation of Cabotage Principle in Indonesia's national legislation does not contradict with the provisions of the General Agreement for Trade in Services WTO / GATS.

Keywords: The principle of Cabotage, WTO, GATS

A. Pendahuluan

Dalam rangka mengoptimalkan potensi pembangunan di bidang perekonomian dari sektor jasa pengangkutan laut nasional, bidang angkutan

di perairan memuat prinsip *cabotage principle*¹. Eksistensi *cabotage principle* terdapat dalam Pasal 8 Undang-Undang No. 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran yang menyatakan bahwa kegiatan angkutan laut dalam negeri dilakukan oleh perusahaan angkutan laut nasional dengan menggunakan kapal berbendera Indonesia serta diawaki oleh awak kapal berkewarganegaraan Indonesia. Kapal asing dilarang mengangkut penumpang dan/atau barang antarpulau atau antarpelabuhan di wilayah perairan Indonesia.² *Cabotage Principle* ini diatur lebih lanjut dalam PP No. 20 Tahun 2010 tentang Angkutan di Perairan yang kemudian diubah dengan PP No. 22 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 20 Tahun 2010 tentang Angkutan di Perairan.

Cabotage berasal dari kata *caboter* yang berarti berlayar sepanjang pantai.³ Menurut Mochtar Kusumaatmadja, *Cabotage Principle* diartikan sebagai asas atau prinsip yang menyatakan bahwa kegiatan pelayaran dalam wilayah perairan suatu negara hanya dapat dilakukan oleh kapal-kapal dari negara yang bersangkutan. *Cabotage Principle* merupakan asas yang diakui didalam hukum dan praktek pelayaran seluruh dunia serta merupakan penjelmaan kedaulatan suatu negara untuk mengurus dirinya sendiri, dalam hal ini pengangkutan dalam negeri (darat, laut dan udara), sehingga tidak dapat begitu saja dianggap sebagai proteksi, yaitu perlindungan atau perlakuan istimewa yang kurang wajar bagi perusahaan domestik sehingga menimbulkan persaingan yang tidak sehat.⁴

Pemberlakuan prinsip *cabotage* dalam perundang-undangan pada dasarnya adalah bentuk kebijakan diskriminatif terhadap *foreign supplier* di bidang jasa pengangkutan dan sekaligus kebijakan yang berkarakter

-
- 1 Lihat Penjelasan Umum Undang Undang No 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran
 - 2 Dalam penjelasan Pasal 8 Undang-Undang No. 17 Tahun 2008 disebutkan bahwa Penggunaan kapal berbendera Indonesia oleh perusahaan angkutan laut nasional dimaksudkan dalam rangka pelaksanaan asas *cabotage* guna melindungi kedaulatan negara (*sovereignty*) dan mendukung perwujudan Wawasan Nusantara serta memberikan kesempatan berusaha yang seluas-luasnya bagi perusahaan angkutan laut nasional dalam memperoleh pangsa muatan
 - 3 Irawan Alwi, *Cabotage Implementation & Corrections Necessary*, Seminar Maritim CAAIP, 25 Februari 2011.
 - 4 Mochtar Kusumaatmadja dalam makalah “Pembinaan Pelayaran Nasional dalam Rangka Penegakan Wawasan Nusantara”, disampaikan pada Seminar tentang Pelayaran Nasional, tanggal 19-20 Oktober 1994 di Kanindo Plaza, Jakarta, hal.7

proteksionis terhadap industri jasa pengangkutan domestik. Oleh karena itu, perlu ditinjau eksistensinya berdasarkan kesepakatan perdagangan multilateral di bidang jasa sebagaimana diatur dalam *General Agreement on Trade in Services*. *Cabotage Principle* tidak boleh bertentangan dan harus selaras dengan prinsip-prinsip perdagangan jasa yang diatur dalam WTO/GATS, khususnya prinsip *non discrimination*, *national treatment*, *protection the domestic industries through specific of commitments*, dan prinsip transparansi.

B. Permasalahan

Penerapan *Cabotage Principle* dalam sistem pelayaran Indonesia sudah diberlakukan sejak tanggal 7 Mei 2011, ketentuan ini diatur dalam Pasal 341 Undang-Undang No. 17 Tahun 2008. Urgensi penerapan *Cabotage Principle* bagi pelayaran Indonesia didasarkan pada pemikiran bahwa transportasi laut dalam negeri mempunyai peranan strategis dan signifikan dalam pembangunan nasional., mulai bidang ekonomi, sosial, budaya, politik, pertahanan sampai keamanan. Selain itu juga terkait dengan mobilitas, interaksi sosial dan budaya bangsa Indonesia.

Apakah penerapan *Cabotage Principle* dalam sistem pelayaran Indonesia tidak bertentangan dengan *General Agreement on Trade in Services* (GATS) dalam kerangka *World Trade Organization* (WTO)? Permasalahan pokok inilah yang akan dibahas dalam tulisan ini.

C. Metode Penelitian

Metode yang digunakan adalah metode penelitian hukum normatif yang merupakan prosedur penelitian ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari sisi normatifnya.⁵ Penelitian hukum normatif ini dilakukan dengan pendekatan terhadap dua hal, yaitu pendekatan terhadap peraturan perundang-undangan menyangkut aturan tentang pelayaran dan perdagangan internasional serta pendekatan konseptual mengenai

5 Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: UMM Press, 2007), hal. 57

Cabotage Principle, *Domestic Regulation* dan *Specific of Commitments* dan konsep lain yang relevan. Penelitian yuridis normatif ini juga di dukung oleh data primer yang dikumpulkan dengan menggunakan teknik wawancara mendalam.

D. Pembahasan

1. Alasan, Tujuan Dan Sasaran Penerapan *Cabotage Principle*

Saat ini, terutama menghadapi era perdagangan bebas, di kalangan pelaku usaha pelayaran masih terdapat anggapan keliru yang memandang bahwa penerapan *Cabotage Principle* dalam pelayaran domestik bertentangan dengan prinsip liberalisasi perdagangan. Padahal, asas ini berlaku global dan sudah diterapkan negara-negara maju, seperti Amerika Serikat yang dikenal sebagai pelopor liberalisasi perdagangan.

Amerika Serikat merupakan Negara yang sangat protektif terhadap industri angkutan lautnya dengan memberlakukan *Cabotage Principle* secara ketat. Melalui Jones Act, *Cabotage* mempersyaratkan bahwa pelayaran laut nasional Amerika Serikat harus menggunakan kapal berbendera Amerika (*US Registered*), kapal yang dibuat di Amerika (*US Built*) dan dimiliki oleh warga negara Amerika (*US Owned*), di samping itu dioperasikan oleh perusahaan yang dikendalikan oleh warga negara Amerika (*US Controlled Companies*) dan dengan awak warga negara Amerika (*US Crew*). *Cabotage Principle* ini bahkan berlaku untuk semua mode transportasi, baik laut, darat (*Railway and trucking*) dan udara.⁶

Penelitian yang dilakukan Badan Penelitian dan Pengembangan Departemen Perhubungan pada tahun 2004 menyimpulkan bahwa dasar dan kepentingan utama penerapan *Cabotage Principle* adalah:

1. Untuk menjamin dan melindungi infrastruktur pembangunan kelautan nasional terutama pada saat negara dalam keadaan darurat, dibandingkan jika infrastruktur itu dimiliki negara asing yang sewaktu-waktu dapat ditarik;
2. Untuk membangun armada niaga yang kuat dan memadai, mengisi

⁶ <http://www.mappel.org/kajian-ilmiah-untuk-inpres-ii>, diakses tanggal 17 Oktober 2012

kebutuhan angkutan laut dalam negeri, dan mendukung kegiatan ekonomi kelautan lainnya;

3. Untuk mendukung kepentingan keamanan, pertahanan, dan ekonomi nasional;
4. Armada pelayaran niaga menjadi bagian dari sistem pertahanan negara yang siap dimobilisasi ketika negara dalam keadaan darurat.⁷

Dari hasil penelitian itu, diketahui bahwa pemberlakuan *Cabotage Principle* adalah untuk mengisi kebutuhan angkutan laut dalam negeri dan mendukung kegiatan ekonomi kelautan lainnya, dengan demikian dibutuhkan pembangunan armada angkutan laut nasional yang kuat dan memadai. Angkutan laut nasional yang kuat akan menjamin dan melindungi infrastruktur pembangunan kelautan nasional terutama pada saat negara dalam keadaan darurat. Apabila infrastruktur itu dimiliki oleh negara asing, maka sewaktu-waktu akan dapat ditarik kembali. Keadaan ini akan sangat berbahaya bagi kepentingan keamanan, pertahanan, dan ekonomi nasional. Karena angkutan laut nasional menjadi bagian dari sistem pertahanan negara yang siap dimobilisasi ketika negara dalam keadaan darurat.

Pemberlakuan *Cabotage Principle* diarahkan untuk mencapai tujuan-tujuan sebagai berikut :

1. Mencegah atau mengurangi ketergantungan kepada pelayaran kapal-kapal asing;
2. Memperlancar arus barang atau jasa dan manusia ke seluruh wilayah nusantara secara luas dengan pelayanan maksimal akan tetapi dengan harga yang wajar, termasuk ke daerah-daerah terpencil;
3. Salah satu upaya penyedia kesempatan kerja bagi warga negara;
4. Sebagai andalan dan penunjang sistem Pertahanan dan Keamanan Nasional (Hankamnas).⁸

Arti penting penerapan *Cabotage Principle* secara utuh juga didasarkan

7 Balitbang Dephub RI, "Studi Penerapan *Cabotage Principle* dalam Pelayaran Nasional", *Laporan Akhir Penelitian* (2004), hal. 8

8 *Ibid.*

pada potensi dan kondisi angkutan laut nasional Indonesia. Negara Indonesia adalah negara yang memiliki wilayah laut lebih luas dibandingkan dengan luas daratannya, luas daratan yang lebih kecil dibandingkan dengan luas lautnya yang terdiri dari ribuan pulau. Untuk menghubungkan antar pulau tersebut hanya dapat digunakan angkutan udara dan angkutan laut, lain halnya jika antar pulau tersebut sudah difasilitasi jembatan penghubung, maka jalur darat juga akan bisa ditempuh.

2. Dampak Positif dan Potensi Dampak Negatif Pemberlakuan *Cabotage Principle*

Dalam perjalanannya, sejauh ini pemberlakuan *Cabotage Principle* dalam pengimplementasinya masih terdapat banyak persoalan yang harus dibenahi, namun banyak sisi positif yang diberikan bagi perkembangan dunia pelayaran. Hal ini dapat dilihat dalam hal angka pengadaan armada angkutan laut nasional yang cenderung mengalami kenaikan, terutama sejak didengungkannya pemberlakuan *Cabotage Principle* di tahun 2005 melalui Instruksi Presiden No.5 Tahun 2005. Data statistik Departemen Perhubungan mengungkapkan jumlah armada angkutan laut nasional sampai triwulan I/2009 mencapai 9.124 unit atau bertambah 3.112 unit dibandingkan dengan kondisi pada periode sebelum pemberlakuan *Cabotage Principle* sebanyak 6.012 unit. Sementara armada angkutan laut yang disewa (*charter*) milik asing jumlah pemakaiannya semakin menurun, pada tahun 2005 armada tersebut berjumlah 1.955 unit dan di tahun 2009 jumlah armada angkutan laut yang disewa tersebut menjadi 865 unit.⁹

9 Data statistik perhubungan Kementerian Perhubungan Republik Indonesia Tahun 2009

Tabel. 1 Jumlah Armada Angkutan Laut Menurut Kepemilikan Tahun 2005-2009

| NO | URAIAN | SATUAN | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|----|--------------------------------|--------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 1 | Nasional (Total Unit) | Unit | 6,012 | 6,428 | 7,154 | 8,165 | 9,164 |
| 2 | Charter Asing (Total Unit) | Unit | 1,955 | 1,448 | 1,154 | 977 | 865 |
| 3 | Keagenan Asing (Total Unit) | Unit | 6,520 | 6,594 | 6,540 | 6,616 | 6,510 |

Sumber: Direktorat Lalu Lintas Angkutan Laut (Dit. LALA), Ditjen Perhubungan Laut Kementerian Perhubungan Republik Indonesia, Tahun 2009

Hal positif lain dari pemberlakuan *Cabotage Principle* adalah dengan terjadinya pergeseran penguasaan pangsa muatan dalam negeri dari sebelumnya didominasi asing menjadi dikuasai kapal berbendera nasional meskipun untuk komoditas tertentu, masih dikuasai asing. Berdasarkan data Kementerian Perhubungan, pada 2005 angkutan laut nasional hanya dapat mengangkut 114,5 juta ton pangsa muatan dari total pangsa 206,3 juta ton atau menguasai 55,5% pangsa muatan domestik. Pada 2009, penguasaan pelayaran nasional menjadi 258,4 juta ton atau menguasai 83,7% dari total 286,4 juta ton pangsa muatan dalam negeri. Kondisi ini bertolak belakang dengan perkembangan pangsa muatan pelayaran nasional untuk angkutan laut luar negeri yang tidak dikenai kewajiban menerapkan *Cabotage Principle*. Saat ini, pangsa muatan pelayaran nasional untuk angkutan luar negeri baru 7,1% atau naik 2,1% jika dibandingkan dengan posisi 2005 yang tercatat 5,0%.¹⁰

¹⁰ Data statistik perhubungan Kementerian Perhubungan Republik Indonesia Tahun 2009

Tabel. 2 Produksi Angkutan Laut Di Indonesia Tahun 2005 – 2009

| No | Uraian | Satuan | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|---------------|--|------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| 1 | Perusahaan Nasional Angkutan Dalam Negeri | Ton | 114,459,924 | 135,335,338 | 148,740,629 | 192,763,874 | 258,359,686 |
| | Angkutan Luar Negeri (ekspor/ impor) | Ton | 24,599,718 | 29,363,757 | 31,381,870 | 38,196,693 | 49,293,953 |
| Jumlah | | Ton | 139,059,642 | 164,699,095 | 180,122,499 | 230,960,567 | 307,653,639 |
| 2 | Perusahaan Asing Angkutan Dalam Negeri | Ton | 91,879,206 | 85,444,321 | 79,214,358 | 50,126,180 | 28,007,688 |
| | Angkutan Luar Negeri (ekspor/ impor) | Ton | 468,370,236 | 485,789,846 | 500,514,225 | 498,273,709 | 501,661,150 |
| Jumlah | | Ton | 560,249,442 | 571,234,167 | 579,728,583 | 548,399,889 | 529,668,838 |

Sumber: Direktorat Lalu Lintas Angkutan Laut (Dit. LALA), Ditjen Perhubungan Laut Kementerian Perhubungan Republik Indonesia, Tahun 2009

Bagi pemerintah, dampak positif dari pemberlakuan *Cabotage Principle* adalah pemasukan dari pajak akan terus meningkat, seiring peningkatan pangsa muatan yang diangkut oleh angkutan laut nasional. Selain itu juga akan membuka lapangan kerja yang luas bagi masyarakat. Dengan ketentuan yang berlaku ini akan sangat dirasakan betapa nikmatnya menjadi tuan rumah di negeri sendiri.

Dalam perdagangan internasional, angkutan laut merupakan ujung

tombak dari sistem perdagangan yang ada saat ini. Jika dengan pemberlakuan *Cabotage Principle* ini akan dapat menciptakan suatu kondisi yang sangat baik dalam sistem pelayaran Indonesia, tentunya ini akan menjadi rem darurat bagi Indonesia apabila regulasi tentang pengangkutan laut ini suatu saat akan bergeser kembali kepada sistem yang liberal, baik itu terjadi pada angkutan laut dalam negeri maupun luar negeri. Tetapi setidaknya-tidaknya angkutan laut Indonesia sudah siap dengan sistem yang kokoh dalam pelayarannya serta mempunyai angkutan laut yang tangguh dalam melayani pangsa muatan yang ada maupun kegiatan-kegiatan lain dalam angkutan laut.

Ketidakkonsistenan dalam penerapan *Cabotage Principle* akan menimbulkan potensi dampak negatif terhadap perekonomian nasional, minimnya armada angkutan laut nasional khusus kegiatan lepas pantai (*offshore*) membuat pro dan kontra pada saat *Cabotage Principle* akan diberlakukan pada tanggal 1 Mei 2011 dengan diundangkannya Peraturan Pemerintah Nomor 22 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 20 Tahun 2010 tentang Angkutan di Perairan. Keadaan ini akan berdampak kepada pelaku bisnis lepas pantai serta minyak bumi dan gas, pelaku bisnis di bidang ini merasa dirugikan karena perusahaan angkutan laut nasional dianggap belum mampu memasok armada kapal-kapal tanker yang dibutuhkan dibidang migas dan lepas pantai.

Melihat persoalan ini, pemerintah (dalam hal ini Menteri Perhubungan) membuat peraturan khusus dalam penerapan *Cabotage Principle* pada kapal-kapal penunjang lepas pantai tertuang dalam Peraturan Menteri Perhubungan No. 48 Tahun 2011 tentang Tata Cara dan Persyaratan Pemberian Izin Penggunaan Kapal Asing untuk Kegiatan Lain yang Tidak Termasuk Kegiatan Mengangkut Penumpang dan/atau Barang dalam Kegiatan Angkutan Laut Dalam Negeri. Kegiatan lain yang tidak termasuk kegiatan mengangkut penumpang dan/atau barang dalam kegiatan angkutan laut dalam negeri adalah, kegiatan survei minyak dan gas bumi, pengeboran, konstruksi lepas pantai, penunjang operasi lepas pantai, pengerukan; *salvage* dan pekerjaan bawah air. Penerbitan peraturan ini diharapkan dapat melindungi dari dampak negatif pemberlakuan *Cabotage Principle* yang bisa membuat hilangnya

potensi migas yang mempunyai dampak besar bagi perekonomian negara.

Penerapan *Cabotage Principle* secara konsisten juga harus didukung oleh pihak perbankan, karena saat ini bunga bank di Indonesia terlalu tinggi. Hal ini sangat mempengaruhi kemampuan perusahaan angkutan laut nasional dalam menyediakan armada kapal tanker yang dibutuhkan bidang migas dan lepas pantai. Sebagaimana diungkapkan Wiluyo Hartono, Pimpinan PT. Dutaryo Putra Samudra¹¹ cabang Medan bahwa peningkatan jumlah armada angkutan laut nasional tidak serta merta dipandang sebagai suatu berkah bagi seluruh pengusaha angkutan laut. Peningkatan jumlah armada angkutan laut nasional pada umumnya dimonopoli oleh perusahaan-perusahaan besar saja, karena mereka mempunyai dana untuk pengadaan kapal-kapal tersebut. Kondisi perusahaan menengah seperti kami pada umumnya hanya sebagai agen saja bagi armada kapal asing yang melakukan kegiatan impor/ekspor barang, atau mencari armada kapal bagi pemilik barang yang ingin mengangkut barang mereka. Pemberlakuan *Cabotage Principle* ini diharapkan dapat memberikan peluang yang merata bagi seluruh perusahaan pelayaran untuk memiliki armada kapal, sehingga dapat lebih cepat melayani pangsa muatan yang ada.

Peningkatan jumlah armada angkutan laut nasional yang terjadi saat ini hanya dimiliki oleh perusahaan-perusahaan tertentu saja, artinya pemilik armada kapal tersebut tidak terlalu banyak. Armada angkutan laut yang bertambah pada umumnya untuk mengangkut pangsa muatan khusus bidang pertambangan, seperti batubara, nikel dan batu split. Armada kapal yang khusus mengangkut komoditi itu adalah kapal tongkang (*barge*) dan *tug boat*.¹²

3. Keterlibatan dan Manfaat Jasa Angkutan Asing

Kecenderungan globalisasi dan liberalisasi perdagangan serta investasi akan dapat meningkatkan kebutuhan jasa angkutan laut ekspor-impor dan

11 PT. Dutaryo Putra Samudra adalah perusahaan angkutan laut nasional.

12 Wawancara langsung penulis dengan Wiluyo Hartono, Pimpinan PT. Dutaryo Putra Samudra cabang Medan, pada tanggal 19 Juni 2012

antarpulau serta kebutuhan jasa penunjang angkutan laut lainnya di berbagai negara yang merupakan anggota WTO. Di samping itu terjadinya pergeseran sentra kegiatan perekonomian dunia dari kawasan Atlantik ke kawasan Pasifik. Pergeseran ini diikuti dengan kecenderungan berkembangnya pola pelayaran antara pelabuhan-pelabuhan di pantai barat Amerika (*American West Coast*) dan pelabuhan-pelabuhan di pasifik barat (Jepang, Korsel, Taiwan, Hongkong dan Cina) serta di pasifik barat daya khususnya negara-negara anggota ASEAN termasuk Indonesia.

Memasuki era perdagangan bebas saat ini, sangat memungkinkan bagi angkutan laut asing untuk melirik pangsa muatan yang ada di Indonesia, dengan menggunakan prinsip melakukan pelayanan yang baik serta didukung dengan kesiapan armada yang tangguh maka tidak ada alasan bagi pengguna jasa untuk menolak menggunakan jasa angkutan laut asing dalam memperlancar pengiriman barangnya. Di sisi lain, angkutan laut nasional Indonesia tidak menjamin pelayanan prima disebabkan keterbatasan armada angkutan untuk melakukan hal tersebut, sehingga pengguna jasa memilih untuk menggunakan jasa angkutan laut yang siap untuk melayani pengangkutan barangnya.

Kegiatan-kegiatan lain yang sangat berhubungan dengan angkutan laut adalah eksplorasi dan eksploitasi migas, angkutan laut nasional belum mampu menyediakan armada kapal yang berteknologi tinggi tersebut. Sehingga angkutan laut asing harus tetap di pertahankan untuk mengoperasikan armada kapalnya agar kegiatan eksplorasi dan eksploitasi migas tersebut tetap dapat berjalan. Karena jika kegiatan tersebut tidak berjalan akan mengakibatkan terganggunya kelangsungan produksi migas, terhentinya penemuan cadangan baru, menurunnya penerimaan negara dan tidak tercapainya ketahanan energi nasional yang tentunya akan berdampak pada perekonomian Indonesia.

“Ketersediaan kapal sulit dipenuhi dari kapal berbendera Indonesia karena pengadaannya membutuhkan investasi yang cukup besar, teknologi rumit, jumlahnya di dunia terbatas, penggunaannya bersifat global dan mobile serta waktu penggunaan yang singkat dan tidak berkelanjutan. Hingga tahun 2015, kapal untuk kegiatan migas yang

belum tersedia berbendera Indonesia berjumlah 235 unit, antara lain untuk kegiatan survei 16 unit, pengeboran 55 unit dan penunjang operasi lepas pantai sebanyak 120 unit”.¹³

Armada angkutan laut asing harus tetap beroperasi dalam kegiatan angkutan laut yang berteknologi tinggi, hal ini disebabkan keterbatasan-keterbatasan yang dimiliki angkutan laut nasional tersebut. Kondisi ini menjadi tugas serta cambukan bagi pemerintah Indonesia untuk segera meningkatkan industri dan investasi di bidang perkapalan.

Manfaat lain yang dapat dijadikan pertimbangan dan pelajaran bagi angkutan dalam negeri serta pemerintah dengan beroperasinya angkutan laut asing adalah dalam hal pelayanan terhadap pengguna jasa angkutan laut. Pada saat angkutan laut nasional melaksanakan kegiatan rutinnnya untuk mengangkut barang, maka pelayanan jasa yang diberikan harusnya dapat memuaskan pengguna jasa angkutan laut sehingga pengguna jasa dapat merasakan pelayanan yang diberikan oleh angkutan laut dalam negeri.

Hal senada diungkapkan oleh H. Rizal Muhammad Nisfan MT, Ketua DPW GAFEKSI (INFA) Sumatera Utara sebagai berikut :

“Ketepatan waktu dan penguasaan terhadap laporan NOR (*Notes of Report*) oleh kapten kapal merupakan sesuatu yang patut ditiru dari angkutan laut asing, karena mereka sangat konsekuen terhadap hal tersebut. Hal yang patut dicontoh dari pengangkutan laut asing adalah kepekaan dan kedisiplinan mereka terhadap kearifan lokal dari pelabuhan dimana mereka berlabuh. Mereka sangat disiplin terhadap apa yang diatur pada setiap pelabuhan yang ada di Indonesia. setiap pelabuhan di Indonesia mempunyai karakteristik masing-masing, jadi tidak sama karakter pelabuhan di Dumai dengan pelabuhan di Belawan. Apa yang diperintahkan oleh Syahbandar setempat mereka pasti lakukan, contohnya pada saat melakukan bongkar muat di suatu pelabuhan mereka tidak akan memuat barang yang tidak ada *shipping instruction*-nya. Hal yang paling ironis lagi, karena disiplinnya

13 Disampaikan Menteri Perhubungan Kabinet Indonesia Bersatu II, Freddy Numberi dalam Rapat Dengar Pendapat dengan Komisi V DPR mengenai Rancangan Perubahan UU No. 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran pada hari kamis 10 Maret 2011 sebagaimana diberitakan dalam <http://www.esdm.go.id/berita/migas/>, diakses tanggal 18 Mei 2012.

memang luar biasa, walaupun masih ada *space* yang kosong di kapalnya dia tidak akan menerima muatan lain meskipun secara ekonomis itu merupakan pendapatan bagi mereka. Mereka sangat profesional, setelah menerima muatan sesuai instruksi, mereka akan angkat jangkar lalu berangkat”¹⁴

4. *Cabotage Principle* dalam Kerangka Kesepakatan Perdagangan Jasa Multilateral

WTO/GATS merupakan sebuah kesepakatan yang mengikat secara hukum terhadap seluruh Negara anggota WTO. Tujuan WTO/GATS sesuai Deklarasi *Punta del Este*¹⁵ adalah untuk mewujudkan liberalisasi perdagangan jasa internasional secara bertahap (*progressive liberalization*) melalui proses perundingan antara negara-negara anggota WTO dan melalui pengaturan terhadap tindakan-tindakan atau persyaratan-persyaratan (*measures*) yang dapat mempengaruhi perdagangan jasa internasional, sesuai ketentuan Pasal 1 ayat (1) WTO/GATS yang berbunyi: “*This agreement applies to measures by Member affecting trade in services*”.

Pasal 28 WTO/GATS mendefinisikan *measures* meliputi seluruh tindakan yang diambil oleh Negara-negara anggota baik dalam bentuk *law, regulation, rule, procedure, decision, administrative action* maupun bentuk lainnya yang berdampak pada perdagangan jasa.¹⁶

14 DPW GAFEKSI (INFA) adalah singkatan dari Dewan Pengurus Wilayah Gabungan *Forwarder* dan Ekspedisi Seluruh Indonesia (*Indonesian Forwarder Association*). Organisasi ini merupakan wadah berkumpulnya pengusaha Ekspedisi dan *Forwarding* yang dalam melaksanakan kegiatannya adalah wakil dari pemilik barang, dan berhubungan langsung dengan perusahaan angkutan laut.

15 GATT, *GATT Activities 1986: An Annual Review of the Work of the GATT*, (Geneva: Juni 1987), hal. 26

16 Pengertian perdagangan jasa (*trade in services*) meliputi perdagangan jasa yang dilakukan dengan cara: 1) jasa yang diberikan dari suatu wilayah negara ke wilayah negara lainnya (*cross border*), misalnya jasa yang mempergunakan media telekomunikasi; 2) jasa yang diberikan dalam suatu wilayah negara kepada konsumen dari negara lain (*consumption abroad*), misalnya turisme; 3) jasa yang diberikan melalui kehadiran badan usaha suatu negara dalam wilayah negara lain (*commercial presence*), misalnya pembukaan kantor cabang asing; 4) jasa yang diberikan oleh warga negara suatu negara dalam wilayah negara lain (*presence of natural person*), misalnya jasa konsultan, pengacara dan akuntan. (Syahmin AK., *Hukum Dagang Internasional: Dalam Kerangka Studi Analisis*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 2006), hal. 180

Most Favoured Nation (MFN) adalah implementasi dari larangan perlakuan diskriminasi (prinsip non diskriminasi) yang merupakan prinsip utama dalam WTO/GATS. perlakuan yang sama harus diberikan terhadap *services supplier* dari suatu negara dengan negara lainnya. Dengan demikian tidak ada perbedaan perlakuan *services supplier* berdasarkan asal negara. Dalam kaitannya dengan liberalisasi terkait juga Pasal 16 (*Market Access*) melarang anggota WTO/GATS untuk mengeluarkan kebijakan yang memiliki tujuan untuk membatasi jumlah pemasok jasa.

Cabotage Principle dalam sistem pelayaran Indonesia menegaskan bahwa kapal asing dilarang mengangkut penumpang dan/atau barang antarpulau atau antarpelabuhan di wilayah perairan Indonesia, ketentuan ini pada dasarnya bertentangan dengan apa yang telah digariskan dalam prinsip non diskriminasi dan *market access* dalam WTO/GATS. Namun demikian ketentuan *Cabotage Principle* tersebut tidak sepenuhnya melanggar apa yang menjadi prinsip-prinsip perdagangan jasa yang diatur dalam WTO/GATS, karena ketentuan ini masih merujuk pada apa yang digariskan dalam prinsip *domestic regulation* yang mempunyai peranan penting dalam menciptakan iklim kondusif bagi perdagangan jasa tanpa mengurangi kewenangan pemerintah dalam menetapkan kebijakan (*right to regulate*) untuk mencapai tujuan nasional.

Di samping itu setiap Anggota WTO/GATS wajib memiliki *specific of commitments* (SOC) yang mengidentifikasi layanan bagi anggota untuk menjamin akses pasar dan perlakuan nasional serta pembatasan yang sudah didaftarkan. SOC ini juga dapat digunakan untuk mengasumsikan komitmen tambahan mengenai penerapan standar tertentu atau prinsip-prinsip regulasi. Komitmen yang dilakukan sehubungan dengan masing-masing empat mode yang berbeda dalam pasokan layanan. Dalam SOC, setiap *item* mengenai akses pasar maupun perlakuan nasional dapat berbentuk komitmen *none*, *bound with limitations* dan *unbound*.

Indonesia saat ini sudah mendaftarkan komitmen beberapa sektor jasa sejak Putaran Uruguay sampai dengan tahun 2008, yaitu jasa bisnis, jasa komunikasi, jasa konstruksi, jasa distribusi, jasa pendidikan, jasa lingkungan

hidup, jasa keuangan dan jasa kesehatan. Sedangkan jasa transportasi belum didaftarkan Indonesia dalam komitmennya di WTO.¹⁷

Tabel 4 Daftar Komitmen Dan Offer Indonesia Di GATS/WTO

| NO | SEKTOR | URUGUAY ROUND | TAMBAHAN CONDITIONAL INITIAL OFFER (2005) | TAMBAHAN SIGNALING CONFERENCE (2008) | INDIKASI TAMBAHAN (2011) |
|----|-----------------------|---------------|---|--------------------------------------|--------------------------|
| 1. | Jasa Bisnis | 13 | 1 | 0 | 0 |
| 2. | Jasa Komunikasi | 26 | 0 | 0 | 0 |
| 3. | Jasa Konstruksi | 6 | 5 | 0 | (3)* |
| 4. | Jasa Distribusi | 0 | 0 | 1 | 3 |
| 5. | Jasa Pendidikan | 0 | 5 | 0 | 0 |
| 6. | Jasa Lingkungan Hidup | 0 | 0 | 4 | 0 |
| 7. | Jasa Keuangan | 23 | 0 | 0 | 0 |
| 8. | Jasa Kesehatan | 0 | 1 | 0 | 0 |

*: Untuk indikasi tambahan 2011, jasa konstruksi diindikasikan penurunan tingkat kedalaman

Sumber: Direktorat Perundingan Perdagangan Jasa Ditjen Kerjasama Perdagangan Internasional Kementerian Perdagangan, 2012

Prinsip WTO/GATS yang terkait dengan jasa angkutan laut dibicarakan pada akhir Putaran Uruguay tepatnya pada pertemuan tingkat menteri di Marakesh pada tanggal 12 sampai dengan 15 April 2004, Komite Negosiasi Perdagangan mengadopsi keputusan pada *Negotiation Group on Maritime Transport Services* (NGMTS) dan memberi mandat agar grup melakukan negosiasi jasa maritim dan dijadwalkan pada Juni 2006. Dalam pembicaraan tersebut diharapkan adanya negosiasi komprehensif yang meliputi pengapalan internasional, jasa-jasa pendukung, dan akses untuk menggunakan fasilitas pelabuhan. Indonesia turut dalam NGMTS tersebut sebagai anggota penuh. Pada kenyataannya para anggota gagal menyetujui paket komitmen yang berkaitan dengan jasa transportasi laut dalam NGMTS tersebut.¹⁸

17 Direktorat Perundingan Perdagangan Jasa Ditjen Kerjasama Perdagangan Internasional Kementerian Perdagangan disampaikan pada kegiatan Diseminasi Perundingan Perdagangan Jasa di Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, 24 April 2012.

18 Artikel “Perkembangan Jasa-Jasa dan Posisi Indonesia Dalam Perundingan GATS ke Depan”, oleh Unit Kerja Pelaksana Bapennas, Direktorat Neraca Pembayaran dan Kerjasama Ekonomi Internasional

Dengan belum tertuangnya komitmen Indonesia dalam SOC di bidang jasa angkutan laut, maka Indonesia masih dapat memberlakukan batasan-batasan dalam bidang jasa ini. Pemberlakuan *Cabotage Principle* merupakan suatu batasan ataupun proteksi terhadap angkutan laut asing dalam kegiatan angkutan laut dalam negeri di Indonesia. Namun kondisi Indonesia sebagai negara berkembang juga menjadi pertimbangan dalam memajukan perkonomiannya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat Indonesia. begitupun perundingan-perundingan di bidang ini pasti akan menuju kepada suatu titik dimana tidak ada lagi batasan bagi perdagangan jasa dibidang angkutan laut bagi anggota WTO/GATS.

5. Indonesia Dibenarkan Menerapkan Peraturan Nasionalnya (*Domestic Regulation*)

Sesuai dengan mandat Pasal 6 WTO/GATS, setiap negara anggota WTO diwajibkan untuk membuat aturan nasional sesuai dengan aturan WTO. Dalam hal perdagangan jasa tentunya sesuai dengan aturan WTO/GATS, antara lain bahwa aturan domestik suatu negara harus transparan, tidak menjadikan beban (*burdensome*) bagi penyedia jasa (*service supplier*) atau menurunkan kualitas jasa yang disediakan akibat diterapkannya prosedur/perizinan di bidang jasa di suatu negara. Dalam ketentuan WTO/GATS Pasal 6 ayat (4), negara anggota WTO diminta untuk mengembangkan disiplin-disiplin yang diperlukan untuk menjamin peraturan perundang-undangan nasional yang disebut *domestic regulation*, dalam penerapan peraturan nasionalnya jangan sampai menimbulkan hambatan dalam perdagangan jasa. Ketentuan ini ditujukan untuk memastikan bahwa persyaratan yang ditentukan oleh suatu negara peserta, antara lain:

- a. Didasarkan pada kriteria yang objektif dan transparan misalnya kesanggupan dan kemampuan untuk menyediakan jasa;
- b. Tidak lebih berat daripada yang semestinya untuk menjamin kualitas jasa; dan
- c. Dalam hal prosedur perizinan, bukan merupakan hambatan dalam suplai jasa.

Pengaturan mengenai *Cabotage Principle* dalam peraturan nasional Indonesia merupakan bagian dari apa yang sudah ditentukan mengenai *domestic regulation* dalam persetujuan WTO/GATS. Jasa angkutan laut merupakan bagian dari sektor jasa transportasi yang diatur dalam pemberlakuan *Cabotage Principle*. Indonesia menerapkan asas ini merupakan bagian dari kepentingan nasional dalam upaya memandirikan angkutan laut Indonesia disamping juga untuk mencapai tujuan ekonomi serta kedaulatan negara.

Dalam peraturan perundang-undangan nasional Indonesia, asas *Cabotage* diatur dalam ketentuan mengenai Pelayaran. Indonesia sendiri mempunyai peraturan nasional di bidang pelayaran sejak tahun 1992, yaitu Undang-Undang No. 21 Tahun 1992 tentang Pelayaran. Dengan mulai diberlakukannya Undang-Undang No.21 Tahun 1992 tentang Pelayaran ini, dalam ketentuannya mencabut dan tidak memberlakukan lagi beberapa peraturan produk pemerintahan kolonial Belanda yang mengatur tentang pelayaran. Keadaan ini terus berlanjut sampai dengan tahun 2005, dimana dikeluarkannya Instruksi Presiden No. 5 Tahun 2005 tentang Pemberdayaan Industri Pelayaran Nasional. Dalam amanatnya Presiden menginstruksi untuk menerapkan *Cabotage Principle* secara konsisten dan merumuskan kebijakan serta mengambil langkah-langkah yang diperlukan sesuai fungsi dan kewenangan masing-masing guna memberdayakan industri pelayaran nasional. Instruksi Presiden ini ditujukan kepada 13 Kementerian dan para Gubernur/Bupati/Walikota di Seluruh Indonesia. Instruksi Presiden ini berlaku sejak ditandatangani oleh Presiden pada tanggal 28 Maret 2005.

Saat ini aturan tentang pemberlakuan *Cabotage Principle* semakin dipertegas dengan diundangkannya Undang-Undang Pelayaran beserta aturan turunan lainnya yaitu Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 2010 tentang Angkutan di Perairan sebagaimana yang telah diubah dengan Peraturan Pemerintah No. 22 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 2010 tentang Angkutan di Perairan serta peraturan menteri terkait lainnya.

Kualitas suatu peraturan dapat mempengaruhi dampak sosial dan ekonomi liberalisasi perdagangan dan investasi. WTO/GATS secara eksplisit

mengakui hak setiap anggota untuk menetapkan peraturan dan mengeluarkan aturan baru tentang pasokan jasa dalam wilayahnya serta memberikan keleluasaan bagi anggota untuk menerapkan peraturan baru sesuai dengan tujuan pembangunan nasional anggota. Karena tujuan yang ingin dicapai WTO/GATS adalah liberalisasi bertahap, bukan liberalisasi agresif.¹⁹

Ketentuan WTO/GATS menjamin hak dasar Pemerintah Indonesia untuk mengatur dalam rangka mencapai tujuan nasional. Komitmen berdasarkan WTO/GATS untuk memberikan akses pasar di sektor dimana *domestic regulation* berperan penting tidak mengalami perubahan dan tidak dikompromikan terhadap standar peraturan atau kebutuhan. Komitmen untuk melindungi masyarakat atau untuk mencapai akses universal diberlakukan tanpa memperhatikan nasionalitas pemasok. Pemerintah boleh memilih untuk menerapkan persyaratan tambahan bagi pemasok asing. Hal yang juga mungkin terjadi adalah adanya pengikatan komitmen suatu sektor jasa di bawah apa yang diatur dalam peraturan domestik yang berlaku, hal ini bisa terlihat pada partisipasi/kepemilikan modal asing yang berlaku lebih tinggi presentasinya dibandingkan apa yang telah dikomitmenkan di perjanjian perdagangan internasional bidang jasa.

6. Pemberlakuan *Cabotage Principle* merupakan kepentingan nasional

Berdasarkan perbandingan luas lautan dan luas daratan NKRI serta dengan ditetapkannya ratifikasi *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) 1982 dengan Undang-Undang Nomor 17 Tahun 1985, maka Indonesia ditetapkan sebagai Negara Kepulauan terbesar di dunia. Dalam pada itu, fungsi laut memegang peranan yang utama dalam mendukung industri maritim nasional. Yurisdiksi tersebut, memosisikan *Cabotage Principle* sebagai sesuatu yang harus diterapkan dan menjadi bagian yang tak terpisahkan dari suatu perwujudan negara maritim yang berdaulat.

Di Indonesia, penerapan *Cabotage Principle* berlaku bagi sektor penting dalam sistem perekonomian, yaitu perdagangan, perindustrian,

¹⁹ Modul *Training for Trainers* “Harmonisasi Peraturan Domestik dan Komitmen Liberalisasi Perdagangan Jasa”, Kementerian Keuangan, Makassar 21 Oktober 2010

perhubungan, keuangan serta perminyakan dan gas. Semua sektor saat ini sudah mulai melakukan pembenahan dan persiapan menuju kepada sistem yang telah digariskan dengan pemberlakuan *Cabotage Principle* tersebut, kecuali sektor minyak dan gas untuk kegiatan lepas pantai (*offshore*) yang membutuhkan kerja ekstra agar dapat terpenuhi apa yang diharapkan. Semua sektor tersebut sangat erat kaitannya bagi pertumbuhan ekonomi nasional, karena pemberlakuan *Cabotage Principle* bagi sistem pelayaran Indonesia berdampak kepada sistem perdagangan dengan menggunakan angkutan laut, serta kegiatan-kegiatan penting lainnya yang sangat berpengaruh terhadap perekonomian Indonesia. Dalam posisi ini maka pemberlakuan *Cabotage Principle*, adalah sebuah langkah strategis untuk melindungi kepentingan nasional, dimana *Cabotage Principle* mewajibkan semua angkutan laut di dalam negeri dilakukan oleh kapal berbendera Indonesia, kapal asing hanya boleh masuk ke pelabuhan internasional, sedangkan rute domestik diperuntukkan bagi kapal berbendera Indonesia. Selain itu semua awaknya menggunakan tenaga kerja Indonesia, mayoritas saham pemilik kapal dikuasai oleh pengusaha Indonesia, dan perusahaannya berdomisili di wilayah Nusantara.

Kemandirian angkutan laut nasional merupakan salah satu tujuan utama dari penerapan *Cabotage Principle*, kondisi ini dapat dijadikan sebagai momen bagi angkutan laut Indonesia serta pemangku kepentingan lainnya untuk melakukan perubahan besar-besaran menuju ke arah yang lebih baik. Indonesia harus lebih siap untuk menuju liberalisasi ekonomi dalam perdagangan bebas, jasa angkutan laut merupakan bagian dari jasa transportasi yang akan diperdagangkan. Sebagai anggota WTO, Indonesia harus mempersiapkan angkutan laut yang tangguh dalam menghadapi persaingan yang sangat ketat nantinya dalam perdagangan bebas. Bukan tidak mungkin regulasi mengenai pelayaran nasional akan berubah kepada pasar bebas.

D. Kesimpulan

Sejak diberlakukannya *Cabotage Principle* banyak dampak positif yang dirasakan bagi pertumbuhan ekonomi Indonesia. Namun demikian potensi dampak negatif juga mengintai jika pemberlakuan *Cabotage Principle* tidak disiasati dengan baik. Peningkatan jumlah armada angkutan laut nasional serta peningkatan pangsa muatan bagi perusahaan angkutan laut nasional merupakan suatu dampak yang sangat terasa bagi pelayaran Indonesia, disamping itu juga pemasukan bagi pajak negara dan kesempatan kerja bagi anak bangsa merupakan manfaat yang dapat dirasakan dalam penerapan *Cabotage Principle* ini. Namun dalam sektor migas dan lepas pantai merupakan bagian yang masih perlu mendapat perhatian. Keterbatasan armada angkutan laut nasional dalam bidang ini akan mempunyai potensi dampak negatif bagi perekonomian negara.

Ketentuan *Cabotage Principle* walaupun bertentangan dengan prinsip non diskriminasi serta *market access*, namun tidak sepenuhnya melanggar prinsip-prinsip yang diatur dalam WTO/GATS. Prinsip perdagangan jasa yang diatur dalam WTO/GATS juga memberikan kebebasan kepada anggotanya untuk memberlakukan peraturan nasionalnya di bidang jasa. WTO/GATS menjamin hak dasar Pemerintah Indonesia untuk mengatur dalam rangka mencapai tujuan nasional, dengan demikian liberalisasi perdagangan jasa yang diatur dalam WTO/GATS tetap mengakui eksistensi kedaulatan negara. Dengan kedaulatan yang dimiliki Indonesia, saat ini regulasi tentang pemberlakuan *Cabotage Principle* yang tertuang dalam Undang-Undang No. 17 Tahun 2008 serta turunannya, merupakan peraturan nasional dalam bidang pelayaran Indonesia yang mana jasa angkutan laut merupakan ujung tombak dari pelaksanaan asas ini. Di samping itu juga komitmen Indonesia dalam bidang jasa angkutan laut belum tertuang dalam SOC yang menjadi batasan komitmen Indonesia serta negara-negara yang terikat dalam perundingan di bidang jasa angkutan laut, namun perundingan-perundingan di bidang ini pasti akan menuju kepada suatu titik di mana tidak ada lagi batasan bagi perdagangan jasa di bidang angkutan laut bagi anggota WTO/GATS. Untuk itu penerapan *Cabotage Principle* dalam peraturan nasional Indonesia tidak

bertentangan dengan ketentuan Kesepakatan Umum Perdagangan Jasa WTO/GATS.

E. Saran

Penerapan *Cabotage Principle* dalam sistem pelayaran Indonesia jangan hanya dipandang sebagai cara untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi Indonesia saja, namun harus dimanfaatkan sebagai proses untuk lebih memandirikan perusahaan angkutan laut nasional dalam menghadapi era perdagangan bebas yang tanpa batas. Karena jika hal ini terwujud, secara otomatis perekonomian Indonesia akan terus tumbuh dan meningkat seiring mandirinya perusahaan angkutan laut nasional. Pemerintah dan pemangku kepentingan terkait penerapan *Cabotage Principle* ini harus saling mendukung untuk terciptanya angkutan laut nasional yang kuat dan mempunyai daya saing tinggi, karena bidang ini adalah bidang yang sangat strategis bagi Indonesia yang merupakan negara kepulauan terbesar di dunia.

Pemerintah harus melakukan strategi yang jitu dalam menetapkan komitmen Indonesia dalam bidang jasa angkutan laut yang akan dituangkan dalam SOC. Kesiapan Indonesia dalam sistem pelayaran yang kuat dan kokoh harus menjadi ukuran jika komitmen dalam bidang jasa angkutan laut dituangkan dalam SOC nantinya. Ketidaksiapan dalam bidang ini akan menjadikan anak bangsa sebagai penonton bagi angkutan laut asing yang melakukan kegiatan di negara kita jika regulasi bergeser kearah liberalisasi jasa angkutan laut.

DAFTAR PUSTAKA

- “Harmonisasi Peraturan Domestik dan Komitment Liberalisasi Perdagangan Jasa”, *Modul Training For Trainers*. Makassar: Kementerian Keuangan, 21 Oktober 2010
- Alwi, Irawan. *Cabotage Implementation & Corrections Necessary*. Seminar Maritim CAAIP, 25 Februari 2011

- Balitbang Dephub RI. "Studi Penerapan *Cabotage Principle* dalam Pelayaran Nasional" *Laporan Akhir Penelitian*. 2004
- Bappenas. "Perkembangan Jasa-Jasa dan Posisi Indonesia Dalam Perundingan GATS ke Depan". Unit Kerja Pelaksana Bapennas, Direktorat Neraca Pembayaran dan Kerjasama Ekonomi Internasional
- GATT. *GATT Activities 1986: An Annual Review of the Work of the GATT*. Geneva: Juni 1987
- Ibrahim, Johnny. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Malang: UMM Press, 2007
- Kusumaatmadja, Mochtar. "Pembinaan Pelayaran Nasional dalam Rangka Penegakan Wawasan Nusantara", disampaikan pada *Seminar tentang Pelayaran Nasional*. Kanindo Plaza Jakarta: 19-20 Oktober 1994
- Republik Indonesia. Undang-undang No. 17 tahun 2008 tentang Pelayaran
- _____. Undang-Undang No. 17 Tahun 1985 tentang Ratifikasi United Nations Convention on Law of the Sea
- _____. Undang-Undang No. 7 Tahun 1994 tentang Ratifikasi Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia (Agreement on Establishing the World Trade Organization)
- _____. Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 2010 tentang Angkutan di Perairan
- _____. Peraturan Pemerintah No. 22 Tahun 2011 tentang Perubahan Peraturan Pemerintah No.20 Tahun 2010 tentang Angkutan di Perairan
- <http://www.mappel.org/> kajian-ilmiah-untuk-inpres-ii. diakses tanggal 17 Oktober 2012
- http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/w62.doc. diakses tanggal 18 Oktober 2012

**REMODELLING ASEAN CONTRACT LAW:
BY CREATING ASEAN'S OWN CONTRACT LAW OR
BY ADOPTION THE UNIDROIT PRINCIPLES**

Samuel M. P. Hutabarat

Fakultas Hukum Unika Atma Jaya, Jakarta
samuel.hutabarat@atmajaya.ac.id.

Abstrak

ASEAN memiliki potensi besar di bidang perdagangan internasional. Setelah berhasil memberikan kemajuan pada pertumbuhan ekonomi, kemajuan sosial, pengembangan budaya, perlindungan perdamaian dan stabilitas regional, antara negara-negara anggotanya, merupakan langkah maju menuju dunia perdagangan global dan borderless. Hal ini memberikan dampak kepada semua aspek komersial dan bisnis di Asia Tenggara. Hal ini juga memberikan pengaruh positif dalam masyarakat internasional. Karena ASEAN terdiri dari beberapa negara yang masing-masing pelukan atau setidaknya dipengaruhi oleh budaya sistem common law dan civil law, penggunaan hukum kontrak diadopsi berdasarkan pada satu atau lebih budaya hukum dapat menyebabkan perbedaan, dalam arti pemahaman yang berbeda dalam cara untuk menangani masalah kontrak yang selanjutnya dapat menyebabkan masalah untuk hubungan perdagangan itu sendiri dan aspek hukumnya. Makalah ini menggambarkan beberapa perbedaan dalam hukum kontrak yang berlaku di antara negara-negara anggota ASEAN, dengan fokus khusus pada negara-negara Singapura, Malaysia dan Indonesia. Makalah ini juga mencoba untuk menguji apakah ASEAN harus mengembangkan hukum kontrak sendiri atau mengacu pada prinsip-prinsip UNIDROIT diterima secara internasional, sebagai alternatif.

Kata Kunci : hukum perjanjian, ASEAN

A. Introduction

ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) is a geo-political and economic organization, containing of ten countries, located in South-east Asia. It which was formed on 8 August 1967 by the signing of The Bangkok Declaration, the signatories were five leaders representing five countries,

including Adam Malik from Republic of Indonesia, S Rajaratnam from Republic of Singapore, Tun Abdul Razak from Malaysia, Thanat Khoman from the Kingdom of Thailand and Narciso Ramos from the Republic of Philippines. Since then, membership has expanded to include Brunei, Burma, Cambodia, Laos, and Vietnam¹.

One of the fundamental ideas of the ASEAN founders is preserving the characteristics of each member state. It was concluded in Bangkok Declaration that the members' were determined "to ensure their stability and security from external interference in any form or manifestation in order to preserve their national identities in accordance with the ideals and aspirations of their peoples"². ASEAN cooperation is premised on political commitments even though the grouping has, in recent years, adopted a number of binding agreements. It subscribes to the fundamental principles of non-interference and respect for sovereignty and territorial integrity of member countries, with consensus building playing an important part in decision-making. This has been the key to ASEAN's success in the last three decades³.

It is apparent that ASEAN member countries have great potentials in the field of international trade, this potentials is supported by natural resources, human resources and economic growth of each ASEAN country. The economic growth⁴ of each country clearly plays an important role in contributing to ASEAN regionalal to survival in the current world crisis.

-
- 1 See. Second aims and purposes of ASEAN Charter, To accelerate the economic growth, social progress and cultural development in the region through joint endeavours in the spirit of equality and partnership in order to strengthen the foundation for a prosperous and peaceful community of South East Asian Nation.
 - 2 M. C. Abad, Jr., is a Director at the ASEAN Secretariat based in Jakarta. *Constructing the Social ASEAN* This article is based on his paper presented at the 21st Asia Pacific Roundtable held in Kuala Lumpur on 4-8 June 2007.
 - 3 *Appreciating, Understanding the ASEAN Concept* by S. Pushpanathan The Jakarta Post, 9 August 2003.
 - 4 See. *Economy and Business and Finance, ASEAN, Forecasts* by Michelle Remo Philippine Daily Inquirer, 2 March 2012, For the Asean 5 region alone which includes the Philippines, Indonesia, Malaysia, Thailand and Vietnam average growth projections by the IMF stood at 5.5 percent for 2011 and 5.7 percent nextyear. Developing Asia continues to grow most rapidly, but other emerging regions are also expected to continue their strong rebound,? the IMF said in the report.

Another thing that supports ASEAN becoming an important organization in Southeast Asia region, is its democratic social condition and harmonious environment, as the ASEAN member countries recognize the sovereign right to pursue their individual foreign policies and take into account the strong interconnections among political, economic and social realities.⁵ Also the fact that the internal condition of ASEAN member countries are quite stable, strongly supports the economic growth and cooperation among ASEAN countries.

On December 15, 1997, heads of state and government of ASEAN member countries agreed on the concept of ASEAN VISION 2020 : Partnership in dynamic development which will forge closer economic intergration within ASEAN⁶. However, the process of intergration has generally stalled. Indeed, some progress has been made, notably in AFTA, but the progress has fallen short of measuring up to the challenges faced by the ASEAN region and carrying out the leaders vision and resolve⁷, however at the 12th ASEAN Summit in January 2007, the Leaders affirmed their strong commitment to accelerate the establishment of an ASEAN Community by 2015 and signed the Cebu Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community. The ASEAN Community is comprised of three pillars, namely the ASEAN Political-Security Community, ASEAN Economic Community and ASEAN Socio-Cultural Community. Each pillar has its own Blueprint, and, together with the Initiative for ASEAN Integration (IAI) Strategic Framework and IAI Work Plan Phase II (2009-2015), they form the Roadmap for and ASEAN Community 2009-2015. The ASEAN Economic Community

5 See. *Declaration of ASEAN Concord II* (Bali Concord II) related to ASEAN Security Community (ASC), 7 October 2003.

6 See. *ASEAN VISION 2020* there are many more concept That ASEAN countries agreed including the following ; Commitment to moving towards closer cohesion and economic intergration, narrowing the gap in the level of development among member countries, esuring that the multilateral trading system remains fair and open, and achieving global competitiveness. All countries member of ASEAN commitment to bring this ASEAN Vision for the year 2020 into reality.

7 *ASEAN At a Crossroads*, Report of Rodolfo C. Severino, Secretary General of the Association of Southeast Asian Nations, to the 8th ASEAN Summit, Phnom Penh, 4 November 2002.

is envisaged to be single market and production base and highly competitive economic region fully intergrated into the global economy.⁸

A discussion of the ASEAN Community cannot be separated from discussion of the ASEAN economic community. One of the objectives of ASEAN Economic Community is creating a single market and procution base. This means when ASEAN region becomes a single market, there should be a lot of transaction among ASEAN countries. Thus when business transactions are borderless, it becomes necessary to establish clear rules of contract law beyond and among countries, one of the most effective ways to accomplish this is to conduct a unification of ASEAN member countries contract laws.

In order to establish the concept of ASEAN Economic Community, creating a single market concept is one strategic step in improving the existence of ASEAN in Asia region in line with the harmony and beneficially developing ASEAN member countries. However, as it is known that each of the ASEAN member countries is a sovereign state which has certain legal rule that one each other is different. Thereby this may cause conflicts and further become barriers to the implementation of the objectives that have been outlined above. Hence, the diversity among laws should be jointly resolved by ASEAN member countries.

Similar conditions can be found in European Community (EC), which is also comprised of several countries. When the EC was established, it required a transfer of sovereignty for certain policies and laws from the EC member countries to the EC. This means that some legal matters, which had been the sole prerogative of EC member countries over the time, were no longer within its control⁹. This similar condition found in EC can be used as a model for ASEAN to take similar measures if all conditions are met.

8 See. *The ASEAN Community Unblocking the Roadblocks* , ASEAN Studies Centre Report No. 1 Institute of South ASIAN Studies, Singapore P.I. “ ASEAN leaders adopted the ASEAN Economic Community (AEC) Blueprint,. The blue print is a comprhensive document that was carfted to realize the AEC by 2015. With the adoption of the Blueprint, ASEAN is now ready to move into an economic intergartion process that is driven by clearly defined goals and timelines ”.

9 Mike Cuthbert, *Question and Answer European Union Law 2007-2008*, Routledge Cavendish, 2007, p. 34

B. Why ASEAN Needs Remodelling of Contract Law

The ASEAN Charter has explicitly stipulated the final goals of the new ASEAN community. Having a unified legal tradition will become one of most important matter for ASEAN, not only because the ASEAN Charter affirms that ASEAN confers legal personality, but also because the legal system will facilitate and regulate interaction at the regional level among ASEAN people.¹⁰ ASEAN consists of 10 countries that each have sovereignty and mutual respect among fellow ASEAN member nations. The establishment of ASEAN and the process of community-building are political instruments, which are needed to maintain and promote regional peace, security and order. Possessing stable regional order, ASEAN member countries should be able to maintain their survival and independence as well as, achieve social and economic progress without being threatened by any other party. Regional solidarity also prevents any external power from wielding undue dominance or interference in domestic and regional affairs. At the same time, being part of the world state system, most ASEAN member countries have maintained close relationships with some major powers which preceded the birth of ASEAN or their membership into ASEAN.

We know that the civil law and common law traditions affect many of the legal systems¹¹ of ASEAN countries, for example, Indonesia and Vietnam are mainly influenced by the civil law tradition and Singapore and Malay are influenced by common law. However in this paper, the discussion will be limited to contract laws of three ASEAN countries, namely Malaysia, Singapore and Indonesia. In practice, differences in legal traditions produce

10 Ida Susanti, *The conflict Rules on the Protection of the Rights of Migrant Workers*, Ulrik Huber Instituut, 2008, p. 222

11 A legal system may include or be influenced by many legal traditions. For example, the Singapore legal system is mainly based on the common law tradition but for the family matters of Muslim residing in Singapore that legal system includes and is mainly influenced by Islamic law as modified by or applied in Malay Customs. Gary F Bell *Harmonisation of Contract Law in Asia Harmonising Regionally or Adopting Global Harmonisation The Example of The CISG*, Singapore Journal of Legal Studies P. 363, 2005. I am agree with Gary's opinion because this paper is not in order to change the legal system in a country, but just trying to make the perception of a small part of the ASEAN law of contract. Therefore I will use the concept of "legal tradition".

different understandings, especially in the law of contract. Therefore, one purpose of this paper is to unify the perception of a small portion of the contract law applicable in ASEAN countries.

Another reason why ASEAN will requires a remodeling of contract law is due to presence of one of the goals of ASEAN, namely the existence of the ASEAN Economic Community which intends to create a single market within the ASEAN region. This Economic Community will increase international trade within the ASEAN region, as well as countries outside the region. When we discuss international trade, we can not disregard the contract that has been agreed to by the parties. Contracts are useful to set the course of commercial transactions and international trade rules assume the form of contract between the parties. Particularly, trade conducted between ASEAN countries that embrace different legal traditions will be affected by the domestic laws of each country. Therefore, in my opinion, the unity of interpretation and understanding of the same of basic contractual terms of the parties as concerns international trade (trade between countries in ASEAN) is required, in order to be implemented and understood in general in the countries of ASEAN (ASEAN region). The understandings of the basic contract law that can be accepted and applied in ASEAN region are not intended to change current legal systems (national laws of each ASEAN country) but merely search for a general and basic understanding of contract law. ASEAN has its own legal mechanism and frameworks, some of them are probably well advanced in managing each member country¹² and thus affect the regulatory elements of both their internal and external legal interaction¹³. This paper attempts to give alternative ideas to the problem described above, and to determine whether ASEAN requires new concepts of contract law that apply only among ASEAN member countries or whether it should ratify the UNIDROIT as a set of general principles to guide understanding and help construct a commercial

12 The only regional organization that possesses actual and effective supranational legal machinery is the European Community (EC).

13 Bayuseto Hardjowahono, *The unification of Private International Law on International Commercial Contract within the Regional Legal System of ASEAN*, Ulrik Huber Instituut, 2005, p. 33

contract. Indeed, there is a school of thought in International Relations which considers the international system as a social construction.¹⁴ This view of international relations assumes that (a) the structures of human association are determined primarily by shared ideas rather than material forces, and (b) the identities and interests of nations are constructed by these ideas rather than by nature. In other words, the deep structure of society, both national and international, is constituted by ideas and that social structures have the power to shape and represent collective identities and interests, help nations find common solutions to problems, prescribe expectations for behavior, and define common security threats.¹⁵

C. Concept of Remodelling Contract Law

One of the most important things that should be the principal concern of the drafters of international commercial contracts is the applicable law in the contract. Contract drafters should be able to determine which law can be applied to the contract so that contract can be effectively implemented. However, this does not always happen in practice : contracts without a clause on the applicable law are rather common.¹⁶ Sometimes this is simply due to the fact that the parties ignore the problem but in many cases the reason is that no agreement could be reached on this issue and the parties consequently preferred to leave the matter open¹⁷. Thus, contract drafters must be capable of formulating a contract that can be applied and provide alternative solutions for problems that may arise. This attitude is mainly due

14 Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).

15 M. C. Abad, Jr., is a Director at the ASEAN Secretariat based in Jakarta. *Constructing the Social ASEAN* This article is based on his paper presented at the 21st Asia Pacific Roundtable held in Kuala Lumpur on 4-8 June 2007.

16 See. Article 4 of The Rome Convention – Applicable Law in the absence of choice : To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Nevertheless a separable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country.

17 Fabio Bortolotti, *Drafting and Negotiating International Commercial Contract*, International Chamber of Commerce, 2008, p. 38

to the following reason:¹⁸ There is a widespread assumption that the rules concerning applicable law (conflict of law rules, rules of private international law, according to the terminology prevailing respectively in the common law and civil law countries) are too complicated and that it is consequently useless to deal with them¹⁹. It could happen if international trade contracts overstep the bounds of the state of ASEAN member countries (cross border ASEAN countries).

It is certain that it is not easy to make changes or remodel contract law among ASEAN countries. Moreover, difficulties may arise when one consider that ASEAN member countries, as individual sovereign states, may participate in and may already be bound by individual commitments in other international, bilateral or even multilateral undertakings.²⁰ Therefore this paper tries to perform a limited discussion of contract law among ASEAN countries. This paper tries to look at elements of the validity of a contract from the existing range of legal traditions in the ASEAN member countries.

Validity of a contract is very important and fundamental in a contract because a contract can not be properly executed by the parties if the contract itself is not valid. Therefore in both the theoretical and practical, an agreed upon understanding about the validity of contract is absolutely needed. In my opinion, the need for agreed understandings is the basic principle of contract law in ASEAN member countries. Each country has particular terms and conditions within its national law parameter, which determine whether a contract is valid and applicable. Firstly, we will address the definition of contract law in force in Indonesia, Malaysia and Singapore, as well as according to the principles of UNIDROIT.

18 See : *ibid* , p. 31

19 This attitude may be explained by the fact that until a few years ago it was normal for most lawyer to be exclusively involved in domestic matters and thus to consider only their own legal system. However, this situation has substantially changed in recent years due to growing trend towards globalization. *Ibid*.

20 For Instance, Singapore ratified the 1980 Vienna Convention on Contract for International Sale of Goods while Indonesia and most of other member countries have not. Many of the ASEAN member countries also have separate bilateral arrangements with the European Community (EC) or Australia or Japan separate from ASEAN treaties with these entities. Etc.

D. Definition of Contract

Before further discussing the elements of the legal validity of a contract under state contract law of Singapore, Malaysia, Indonesia and UNIDROIT, to understand the definition of contract under the contract law ASEAN member countries and UNIDROIT is important. This matter needs to be examined carefully because there are different views in defining a contract under the law of contracts from Indonesia, Malaysia and Singapore.

Indonesia still imposes laws such as Civil Code (*Burgelijk Wetboek*) and Commercial Code (*Wetboek van Koophandel*)—which were practically Dutch translation from French Code Civil and Code du Commerce. The Civil Code was promulgated in Indonesia by Government Announcement on April 30, 1847, Government Gazette 1847 no 23 and has been applied since the 1st January 1848. Indonesia which consists of thousand tribes or clans who live on its islands were governed by their own customary law. In order to avoid the absence of law in Indonesia. Constitution 1945 arranged a rule in Article I of Transitional Provisions of Constitution of 1945 proclaiming that all laws in force at time of declaration of independence would remain in effect until superseded by new laws in accordance with constitution of 1945. This is one of the reasons why Indonesia Civil Code or Indonesia Law derives Dutch Law applicable and it is often said that Indonesia Civil Law belong to the group of Continental Civil Law System as opposed to the Common Law System²¹

All matters related to Indonesia contract law²² regulated by The Civil Code in Book III about Agreement and Act 1313 is part of Book III Civil Code. Book III of Civil Code is open system which means that everyone is free to bind themselves to any kind of contract. Some types of contract regulated in the Code Civil usually referred to as “nominate contract”. For examples sale and purchase contract, lease and the extinguishment of agreement. Another type of contract regulated out of Civil Code is an “In nominee contract” for

21 Timothy Lindsey, *An overview of Indonesia Law*, In Indonesia Law and Society, Sydney : the Federation Press, 1999. p. 1

22 There are separate indigenous regime of adat law which governs contract between natives. See Sudargo Gautama, *Indonesia Business Law*, 1995, p. 68-75

example Joint Venture agreement and Franchise.²³ The Definitions of the agreement according to Indonesian law are governed by Indonesia Civil Code and in the opinion of Indonesia legal experts, *An Agreement is an act of two or more persons who bind themselves to one or more other persons.* (vide Article 1313 Indonesia Civil Code (ICC)).²⁴ An agreement is an event where a promise give to one another or where the person is mutually pledged to implement something.²⁵

The definition that is used as the example above shows that all use words instead of said contract agreement. The progress of contract law in Indonesia is still a difference of opinion whether there was an agreement with a contract. Some legal experts have argued that the contract is the agreement.²⁶ There is also the opinion that the contract is part of the agreement, because the agreement itself has no legal effect and therefore the contract is the part of the agreement that has legal consequences²⁷. In my opinion, this is unlike a contract with agreement, because in an agreement the parties do not necessarily want the legal consequences of such agreement²⁸. But on the other side a contract certain to give legal effect is sometimes desired by the parties. Unlike Indonesia, the Malaysia law of contract is governed by the

23 Samuel Hutabarat, *Harmonisation Indonesia Contract Law with Contract Law in Common Law System*, This paper was presented at the original conference in ASLI Conference 2008 at the University of Singapore National, p. 5

24 See. Bryan A Garner, *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition. West Group ST. Paul Minn, P. 67 & P. 318, 1999. Agreement : A Mutual understanding between two or more persons about their relatives rights and duties regarding past or future performance ; a manifestation of mutual assent by two or more persons. Contract is an agreement between two or more parties creating obligations that are enforceable or otherwise recognizable at law. Binding contract.

25 See. Subekti, *Hukum Perjanjian (Contract Law)*, PT. Intermasa XII, 1990, p. 1

26 See. J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan yang lahir dari Perjanjian, (Law of the contract, the contract that was born of the Agreement)*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti), p. 5

27 Ricardo Simanjuntak , *Tehnik Perancangan Kontrak Bisnis, (Drafter Technics Business Contract)* Kontan Publishing, 2011. p. 35

28 In Common Law tradition, they are familiar with the term on Intention of to create legal relation.

Contract Act 1950²⁹, the Contract (Malay States) Ammended Act 1967 and the last being the Contract as Ammended (ammendment) Act 1976³⁰. The former statute is based on the Indian Contract Act which itself was enacted a relatively long time ago.³¹ Malaysia law of contract also gives a different definition of the contract and agreement. This can be seen from the provisions of Contract Act 1950 Part 1 *Every promise and every set of promises, forming the the consideration for each other is an agreement* (Section 2 e Contract Act) and *an agreement enforceable by law is a contract* 2 (h). The approach taken by the Contract Act to distinguish between an agreement and a contract was noted by the Supreme court in *Beca (Malaysia) Sdn Bhd v Tan Choong Kuang & Anor*³² and *Pollock & Mulla on the Indian Contract and Specific Relief Acts*³³ at page 54 as follows : The distinction between ‘agreement and contract made by sub (h) is apparently original ; it is convinient and has been adopted by some English writers. The distinction is apparent from section 2. By Clause (e) every promise and every set of promises forming the consideration for each other is an agreement and by clause (h) an agreement enforceable by law is a contract. By clause (g) an agreement not enforceable by law is said to be void³⁴.

The distinction between an agreement and a valid, binding and enforceable contract is further emphasised in s 10 of the Contract Act. This section provides what agreements constitute a contract. All agreement are contract if they are made by the free consent of parties competent to contract, for lawful consideration and with lawful object, and are not hereby expressly

29 See Act 136. This Applied to the Malay States with effect from 23 May 1950 and to Mallaca and Penang as well as Sabah and Serawak with effect from 1 July 1974 *Southern Estates Sdn Bhd v Tractor Malaysia Bhd*.

30 See. Act A329

31 Andrew Phang Boon Leong, *Law of Contract*, Lexis Nexis, 1998, p. 23-24

32 (1986) 1 MLJ 390

33 The Malaysian legal system and more specifically, the Contract Act and the Specific Relief Act is a result of Malaysia historical legacy. See Ahmad Ibrahim, *Towards a History of Law in Malaysia and Singapore* (Kuala Lumpur ; Dewan Bahasa dan Pustaka 1992).

34 Cheong May Fong, *Contract Law in Malaysia*. Sweet & Maxwell Asia, p. 4

declared to be void³⁵. Discussion on the definition of contract under contract law and contract law Malaysia Indonesia we have done as mentioned above. Therefore we need to discuss the understanding of the definition of contract under contract law from Singapore.

Singapore is mainly influenced by the common law tradition does not have a codified legal rule but rather the development of court decisions. Many of the principles are based on case law, but modern contract law in Singapore comprises both case law and statutes³⁶. English law as modified by local conditions is a sources of commercial law in Singapore and contract law is part of commercial law³⁷. *Consensus ad idem* (consensus as to the same thing) describes this concept of agreement. The essence of the phrase is the parties to contract must have a “meeting of mind”.³⁸ What the parties agree on must be clear and unambiguous as a contract often fails on the grounds of uncertainty or because in fact the parties were not *ad idem*.³⁹ A well known English book on contract law defines a contract as an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised at law⁴⁰ and the heart of a contract, therefore is an agreement. In other words, a contract is an agreement which is enforceable by law. To have an agreement, there must be an offer and an acceptance of that offer⁴¹. To have a contract, certain essential element must be present. These are Agreement (offer and acceptance), Intention to create legal relation, Consideration and Capacity.

It is important to note, however that not every agreement is a contract⁴². The discussion of the legal provisions of the contract from Indonesia, Singapore and Malaysia that the contract laws of each state to distinguish between agreement and contract terms, but either Indonesia,

35 *Ibid.* p. 4

36 Benny S Tabalujan, *Singapore Business Law*, 5th edition, p. 58

37 Catherine Tay Swee Kian, *Contract Law*, Times Books Singapore, 1991, p. 19

38 Benny S Tabalujan, *Op. Cit.*, p. 58

39 See. *Wellmix Organics (international Pte Ltd v Lau Yu Man (2006) and T2 Networks Pte Ltd v Nasioncom Sdn Bhd (2008)*.

40 Treitel GH, *Law of Contract* 9th ed, (London: Sweet and Maxwell, 1995), p. 1

41 Catherine Tay Swee Kian *Op. Cit.*, p. 19

42 Benny S Tabalujan, *Singapore Business Law and Introductory Text, Business Law Asia*. p. 48

Malaysia or Singapore they have same understanding of contract law that a contract is a part of agreement because the agreement is valid and has legal consequences is a contract. Unlike with Singapore, Indonesia and Malaysia contract law. The arrangements as well as discussions about the difference between the agreement or contract could not be found explicitly in The UNIDROIT Principles International Commercial Contract 2004 and 2010, but the terms used in The UNIDROIT Principles International Commercial Contract is a term contract.⁴³ In defining the contract, the contract laws of Indonesia, Singapore, Malaysia, and the provisions of UNIDROIT, the use of the term contracts have the same understanding, that is to give legal effect.

E. Validity of Contract

The most fundamental issue in a contract is the validity of contract, it is because only contracts deemed valid that are capable to bind the parties and enforceable to them. In order to obtain valid contracts, it would be necessary to comply all related provisions and consider certain conditions of those applicable contract laws. Therefore it is necessary to involve legal and business practitioners to find out general requirements and terms of valid contract. Further, in order to obtain well accepted valid contract in all ASEAN member countries, the knowledge of the terms of valid contract refers to Indonesia, Singapore and Malaysia laws are absolutely necessary, especially since those countries are strongly influenced by certain legal traditions, possess beneficial business development opportunities and are in strategic geographic points in ASEAN region. Singapore contract law in determining the validity of a contract requirement must meet the following requirements agreement (offer + acceptance), consideration and intention to create legal relation.⁴⁴

43 See. ARTICLE 1.1 (*Freedom of contract*) The parties are free to enter into a contract and to determine its content. ARTICLE 1.2 (*No form required*) Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses. ARTICLE 1.3 (*Binding character of contract*) A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.

44 Benny S Tabalujan Op. Cit., p. 49

In common law legal tradition an agreement requires a valid offer and acceptance. It is the very first step for the formation of a good valid and acceptable contract when all the process of offer and acceptance are satisfied. In that process the stipulated will of the parties is manifested. Misconceptions in the process of offer and acceptance, can result in a conflict between the parties, causing the parties to fail to conduct a commercial contract. Identifying when a true offer has been made is very important, because when the contract is formed it binds the parties at the time and place the acceptance is received by the offeror, and all legal consequences for words and actions are applied immediately. After the offeror makes an offer to the offeree, then the offeree has an obligation to respond to the offer. Whatever response comes from the offeree, whether they accept or refuse the offer, it must be communicated to the offeror, either by the offeree himself or by someone authorized by the offeree. It is certain that an offer cannot be accepted if it is not communicated to the offeror.

In practice there are many mistakes in understanding whether an offer has been made, because if it did constitute an offer, the offeror is bound and the offer can not simply be revised easily. The other parties who have also received the offer may, accept it as a sign that the other party is legally bound on its acceptability. A valid offer⁴⁵, must be communicated, so that the offeree who may accept or reject it, must communicate it in writing, orally or by conduct and it may be made to a particular person, group of person or to the whole world. The offer must be definite in substance⁴⁶ and must be distinguish from an invitation to treat.⁴⁷ If the offer is conveyed by the offeror has been accepted by offeree, then it is called a meeting of minds and has become an agreement and the parties become legally bound.

Another thing that is required as a condition of compliance of a contract

45 Routledge, *Contract Law 2010-2011*, Taylor and Francis group, 7th ed, 2010, p. 3

46 See *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co Ltd* (1893). 2 Q.B 484.

47 An Invitation to treat is a simply an expression of willingness to enter into negotiation with the other party. At this stage there is no intention to be bound. An Invitation to make an offer. See. *Pharmaceutical Society of Great Britain v Boots Cash Chemists (southern) ltd.* (1953) 1 Q B. 401.

in common law legal tradition is the consideration. A common definition of consideration⁴⁸ is *legal value bargained for and given in exchange for an act or a promise*⁴⁹, so a promise in daily terms can not be enforced by the promisor who has made it unless the promisee has given up something of legal value in exchange for the promise. A more formal definition of consideration was given by Sir Frederick Pollock and later adopted by the House of Lords in *Dunlop v Selfridge 1915*,⁵⁰ that a consideration consist of two elements⁵¹. (1) Something of legal value must be given if the promisee suffers a legal detriment or the promisor receives a legal benefit, (2) To be enforceable, a contract must arise from a bargained for exchange. The element of exchange is known as essential in every contract, because at common law legal tradition there is a doctrine known as unjust enrichment⁵². In the contract, the parties may not take advantage of other parties and/or unlawfully enrich themselves. Intention to create legal relation is an element necessary for the formation of contract. An agreement is not binding for the formation of a contract unless the parties intend to create a legal relation. In other words an agreement is not a contract if the parties did not intend that it should be legally binding or that it should have legal consequences⁵³. Intention to create legal relation means the readiness of each party to accept the legal consequences if he does not perform his contract⁵⁴. Whether the parties to an agreement did intend to create a legally binding relation is a question to be determined by the

48 Consideration is defined as something that has value in the eyes of the law and given in exchange for a promise. See *Currie v Misa (1875) L R 10 ex 153*.

49 Malor, Barnes, Bower. Langvard, *Business Law, The Ethical, Global and E commerce Environment*, 12th edition, McGraw-Hill Companies, New York, 2004, p. 279

50 An act or forbearance of one party or the promise thereof is the price for which the promise of the other is bought and the promise thus given for value is enforceable.

51 Henry R Cheeseman Henry R Cheeseman, *Contemporary Business & E Commerce Law*, 3rd edition, Prentice Hall, New Jersey, 2000, p. 224

52 Unjust Enrichment occurs where a defendant has wrongfully profited at plaintiff expense. There would clearly be remedy at equity for unjust enrichment. Statutes may also fashion legal remedies. The court regards the unjust enrichment as held in constructive trust by the defendant. See. <http://www.geocities.com/engleerica/tortdict.htm> accessed 3/13/2008. *Tulalip Shores, Inc. v. Mortland*, 9Wash.App.271,511P.2d1402,1404.

53 See. *Rose and Frank v J.R Crompton & Bros (1932) 2 K. B.261*

54 Catherine Tay Swee Kian, *Op. Cit.*, p. 31

fact of the case on an objective basis.⁵⁵ There is lack of intention to create a legal relation when the contract is between friends or family members.⁵⁶ Indonesian contract law influenced by the civil law legal tradition differs with Singapore contract law, but there are also similarities between the two. Validity of contract according to Indonesian contract law regulated by Article 1320 Civil Code, requires it comply with 4 (four) conditions.⁵⁷ In contract there are at least two persons who take different positions and interest, and they have the intention to come to a mutual agreement, hence a consent means a meeting of minds.⁵⁸

By a lawful cause is meant that what has to be performed by either party is not contrary to the law, public order and public morality, so if the object of contract is unlawful or if it is contrary to public goods and public morality then the contract is void. For example a contract whereby one of the parties undertakes to commit a crime is null and void, because it has an illegal cause. Some of differences and similarities that arise related to the validity of a contract under contract law of Singapore and contract law of Indonesia include:

- a. Singapore law on contracts in the occurrence of an agreement reached must be preceded by a process of offer and acceptance, this process does not have the legal contract confirms that Indonesia is more to the occurrence of an agreement and must be constituted by an agreement not made under duress, coercion, fraud or mistake . Indonesian contract law does not expressly regulate the offer and acceptance of the concept, however it still must be a handle to the occurrence of an agreement in a contract under contract law of Indonesia.
- b. In accordance with Indonesian contract law a valid contract has become

55 George TL Shenoy, Loo Wee Ling, *Principle s of Singapore Business Law*, Cengage Learning, p. 222 and See. Chwee King Keong v Digilandmall.com.Pte ltd (2005).

56 See *Balfour v Balfour* 1919 and *Jones v Padavatton* 1969

57 See Act 1320 Indonesia Civil Code, The consent of the Parties, Capacity to enter the contract, certain subject matter and lawful cause.

58 R Subekti *The Law of Contract in Indonesia*, Remedies of Breach, Jakarta, Haji Masagung 1989.

binding for the parties and gives legal effect to the parties⁵⁹, this is different from Singapore contract law that requires the intention to create legal relations in a contract that the contract is binding upon the parties and have legal consequences.

- c. Consideration is an important element in a contract under Singapore contract law because of the presence of consideration, then the contract is that there is promise in exchange for something given value.⁶⁰ Indonesian contract law contained in the Indonesian civil code does not expressly regulate the consideration, but there is an obligation for the parties to perform in accordance with the contract performance.⁶¹
- d. The similarities between the two contract laws, both are set on a lawful cause or Legality.

The focus of this paper is the contract law of Indonesia, Singapore and Malaysia, and UNIDROIT Principles of International Commercial Contract. After discussing the validity of contract under the terms of Singapore contract law and contract law in Indonesia, then we should also discuss the validity of a contract under the terms of contract law in Malaysia and UNIDROIT Principles of International Commercial Contract. Malaysia though influenced by the common law legal tradition, has a codified of contract law under Contract Act 1950⁶² (hereafter known as The Contract Act). In my opinion this is a good combination of civil law legal tradition that the ruling is based on legislation and common law tradition laws that apply to common law legal tradition is based on the law judge's decision or trial, so this is a defining characteristic of common law legal tradition This combination can be seen from the provision of the validity of contract requirements under the contract law of Malaysia. According to Malaysian contract law, based on The Contract

59 See. Act 1338 (1) Indonesia Civil Code

60 George TL Shenoy, *Op. Cit.*, p. 199

61 See. Act. 1239 Indonesia Civil Code

62 The Contract Act is the principle legislation governing contract in Malaysia and is modelled after the Indian Contract Act 1872.

Act 1950⁶³, provisions are made on offer, acceptance, consideration and capacity for the formation of valid contract. The other elements of intention to create legal relation is not provided for the Contract Act. The courts have applied the common law on this subject matter⁶⁴. Malaysian law of contract in the understanding of offer like common law legal tradition as a proposal⁶⁵ is like common law tradition. The person making the proposal is called the promisor while the person accepting the proposal is called the promisee.⁶⁶ This is the same thing with the understanding that there are common legal traditions on which the person who makes an offer is called by the offeror⁶⁷ and parties who accept called the offeree. A valid offer must satisfy certain requirement it may be made to a specific person or to the world, it may be made expressly or impliedly, its meaning must be clear⁶⁸ and it must be valid at law. Also in accordance with the common law legal tradition is the mechanism of acceptance in response to an offer and the provision of consideration for valid contract, then in Malaysia contract law would also recognize it.⁶⁹ Consideration⁷⁰ in Malaysia contract law is something which has value in the eyes of the law. It is the value given for a promise. An agreement made without consideration⁷¹ is void unless, it is expressed in writing and registered under the law, a promise to compensate for something done and a promise to

63 The law of contract in Malaysia is Contained in The Contract Act 1950, which was enforced in Kuala Lumpur, Johore, Kedah, Kelantan, Negeri Sembilan, Pahang, Perak, Perlis, Selangor and Terengganu on 23 May 1950, in Malacca, Penang, Sabang and Serawak on 1 July 1974.

64 Cheong May Fong, Op. Cit., p. 3

65 See Section 2 (a) of The Contract Act defines a proposal as follows : When one person signifies to another his willingness to do or to abstain from doing anything, with view to obtaining the assent of that other to the act or abstinence, he is said to make a proposal.

66 See Abdul Majid Bin Nabi Baksh, *Business Law in Malaysia*. Lexis Nexis, P. 103 and Section 2 (c) Contract Act 1950.

67 See. *Preston Corp Sdn Bhd v Edward Leong & Ors* (1982) 2 MLJ 22 FC

68 See. *Ahmed Meah & Anor v Nacodah Merican*

69 See Section 2 (b) The Contract Act Acceptance : when the person to whom the proposal is made signifies his assent thereto, the proposal is said to be accepted : a proposal when accepted becomes a promise. See further *The Ka Wah Bank Ltd v Nadinusa Sdn Bhd & Anor* (1998) 2 MLJ 350 FC.

70 See *Currie v Misa* (1875) LR 10 EX 153.

71 Lord Mansfield accepting the concept of consideration as essential to English contract in terms of moral obligation. See *Hawkes v Saunders* (1782) 1 Cowp 289 at 290.

pay debt barred by limitation law.⁷² One characteristic of Malaysian contract law as mentioned earlier is a combination of civil law legal tradition and common law legal tradition. This combination can be more evident when we look at the provision of a legal requirement that the contract include offer, acceptance and consideration. This is set in the Contract Act 1950. Rather the provision regarding the intention to create legal relations is not regulated in The Contract Act 1950 but this is taken from court decisions that grow and thrive in the midst of society. However, the doctrine of intention to create legal relation is not provided in the Contract Act, but the doctrine applies in the context of Malaysia⁷³ and a contract cannot come into existence if there is no intention to be legally bound.

UNIDROIT Principles have been widely known and used as a model of law and may be chosen by the parties as governing law in a contract. UNIDROIT principles is also used as a model for the creation of laws and regulations both nationally and internationally. The UNIDROIT Principles are of course particularly useful to those countries in which a sufficiently developed body of legal rules relating to contract in general has so far been lacking, when they intend to proceed to the elaborate and comprehensive codification in this field. This can also to update their law, at least with respect to foreign economic relationships, so as to meet current international standards.⁷⁴ Special reference to the countries belonging to the Association of South East Asian Nations (ASEAN) and the Asia Pacific Economic Cooperation (APEC).⁷⁵ The influences on commercial law in ASEAN come from two legal tradition the civil law and common law traditions. In the drafting of UNIDROIT principles, experts from the common law, Germanic

72 Section 26 The Contract Act 1950

73 See Andrew Pang Boon Leong, *Op Cit.*, p. 170

74 Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 3rd Ed, Incorporating The Unidroit Principles, 2004, p. 43-245

75 We believe that there is an significant potential for *the Principles* as the basis of common regional body of law. We aware that there are number of countrie such Indonesia, Vietnam and Cambodia that are drafting basic contract law. *The Principles* could be a timely additional resource for the authorities of those and other countries in their effort in drfating an important and difficult area of commercial law. (*Letter of The Attorney General's to the Secretary General of Unidroit Of 19 November 1993*).

and French civil law and socialist law jurisdiction were involved.⁷⁶ As such there was input of opinion from all the different major legal systems in the world, including those in ASEAN.⁷⁷ With so great a role of the UNIDROIT Principles, we need to know about the validity of a contract provision under UNIDROIT similar to our earlier discussion of the third-ASEAN countries. The provisions regarding the validity of contracts in the UNIDROIT Principle 2010 is set in chapter 3, but the validity of contract is not governed strictly by the principles UNIDROIT.⁷⁸ The UNIDROIT Principles do not expressly regulate the validity of the contract terms should the contract law of other ASEAN countries, but do impose limits to the commencement of the provisions of a contract. This can be seen in the formation of⁷⁹ provisions that regulate the offer⁸⁰ and acceptance.⁸¹ The criterion for determining whether a party makes an offer for the conclusion of a contract or merely opens negotiation, is the party's intention to be bound in the event of acceptance⁸². The characteristic

76 Micahel Joachim Bonell, *UNIDROIT, the Principles of International Commercial Contract*, 1994, p. XI- XIV

77 Lim Yew Ngee, *Unidroit A Model for The Harmonisation of ASEAN Contract Law*, Research Dissertation for the Bachelor of Laws, Faculty of Law, National Univeristy of Singapore, 1997, p. 13

78 See Article 3.1.1 (Matters not covered) This Chapter does not deal with lack of capacity. Article 3.1.2 (Validity of mere agreement) A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement. Article 3.1.3 (Initial impossibility) (1) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract. (2) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity of the contract. Article 3.1.4 (Mandatory character of the provisions) The provisions on fraud, threat, gross disparity and illegality contained in this Chapter are mandatory.

79 See Chapter 2 FORMATION AND AUTHORITY OF AGENTS, Article 2.1.1 – 2.1.16 The Unidroit Principle 2010.

80 See Article 2.1.2 (*Definition of offer*) A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.

81 Article 2.1.6 (*Mode of acceptance*) (1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance. (2) An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror.

82 Michael Joachim Bonnel, *The Unidroit in principle 2 edition incorporating the Unidroit Principles 2004*, p.110

of the provisions of UNIDROIT Principles are the regulations on fair dealing and good faith. This provision is not contained in the contract law of Malaysia, Singapore and Indonesia⁸³. The doctrine of good faith is the fundamental basis of the doctrine of the UNIDROIT Principles regime and regulates the conduct of parties from the negotiation of the contract.⁸⁴ The doctrine operates to prevent a party from exercising a legal right if that right or its use is abusive and unfairly prejudicial to the other party.

F. Conclusion

We have discussed the validity of a contract under the terms of contract law from Singapore, Malaysia and Indonesia as well as the UNIDROIT Principles. From this discussion, we know that it is set firmly on a legal contract terms is the third-ASEAN member countries, while the UNIDROIT Principle do not rule expressly on the term in a legal contract. In my opinion. It is a very important thing to set the terms of a legal contract, because it is the basis for the parties to execute a contract. UNIDROIT Principles, though they do not expressly regulate the terms of a legal contract, do set about the process of offer and acceptance as a process of agreement formation. We all know well, that in terms of practice, the UNIDROIT Principle is widely used both as a legal option for the parties to the contract as the law governing their contract , or perhaps as input for domestic and international legislators to create legislation. In some cases the most important example is that of Civil Code of the Russian Federation of 1995⁸⁵ in the preparation of which the UNIDROIT Principles. The preliminary drafts of the UNIDROIT Principles played an important role and some of their provision, such as those on hardship, were taken on almost literally.⁸⁶ The Scottish Law Commission also expressly referred in its proposal for the reform of the rules on interpretation of legal acts specific provisions contained in chapter 4 of UNIDROIT Principles namely to

83 See Article 1338 Indonesia Civil Code.

84 Lim Yew Nghee, *Op Cit.* p. 22

85 Michael Joachim Bonell, *An International Restatement Contract Law*, *Op. Cit.*, p. 268

86 A.G. Doudko, *Hardship in Contract* : The approach of the Unidroit Principles and legal Development in Russia, in *Uniform Law Revue*, 2000, p. 483

article 4.1 and 4.2, .4.4,-4.7.⁸⁷More recently, the UNIDROIT Principles have been chosen as a model for the new Civil Code of Estonia and of Lithuania. Look of some of these sites, it is only in part taken from The UNIDROIT principles as part of the national law of a country. This may be due to the fact that if it is taken as a whole, it is not necessarily compatible with the legal system of certain countries.

UNIDROIT Principles are already widely used and adopted as model law that could be used for the practice of contract law, not the development of a country. But nevertheless evident from the examples mentioned above, countries likely adopt the UNIDROIT Principles as a whole. Therefore, in order for ASEAN to remodel contract law, it may consider the possibility of developing its own ASEAN law, or contract may be considered as ASEAN UNIDROIT. UNIDROIT principles may be adopted in the sense of combining with the state laws of ASEAN member countries, for instance, in Malaysia which provides an exception of origin in accordance with the law, and adopted international provisions can be enforced in accordance with the law provided.

BIBLIOGRAPHY

Books

Bortolotti, Fabio. *Drafting and Negotiating International Commercial Contract*. Paris International Chamber of Commerce, 2008

Cheeseman, Henry R. *Contemporary Business & E Commerce Law*, 3rd edition. New Jersey: Prentice Hall, 2000

Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, 7th edition. West Group ST. Paul Minn, Minnesota 1999

Cuthbert, Mike. *Question and Answer European Union Law 2007-2008*. London, Routledge Cavendish, 2007

87 Scottish Law Commission, Discussio paper No. 101, *Interpretation in Private Law*, August 1996, p. 23,33, 52, 55, and 58 respectively.

- Gautama, Sudargo. *Indonesia Business Law*. Jakarta, Citra Aditya Bakti, Bandung 1995
- George TL Shenoy & Loo Wee Ling. *Principles of Singapore Business Law*. Singapore Cengage Learning Asia, 2008
- Hardjowahnono, Bayuseto. *The unification of Private International Law on International Commercial Contract within the Regional Legal System of ASEAN*. Groningen, Ulrik Huber Instituut, 2005
- Ibrahim, Ahmad. *Towards a History of Law in Malaysia and Singapore*. Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka, 1992
- Jane P. Mallor, A. James Barnes, Thomas Bowers & Langvard. *Business Law, The Ethical, Global and E commerce Environment, 12th edition*. New York: McGraw-Hill Companies, 2004
- Joachim Bonell, Michael. *An International Restatement of Contract Law, 3rd edition*. Incorporating The Unidroit Principles, Rome, Hoteli Publishing; 2004
- _____. *UNIDROIT, the Principles of International Commercial Contract*. Irvington, N.Y., 1994
- Lindsey, Timothy. *An overview of Indonesia Law: In Indonesia Law and Society*. Sydney: the Federation Press, 1999
- Majid Bin Nabi Baksh, Abdul. *Business Law in Malaysia*. Dayton, Ohio Lexis Nexis, 2005,
- May Fong, Cheong. *Contract Law in Malaysia*. Petaling Jaya, Malaysia Sweet & Maxwell Asia, 2010
- Phang Boon Leong, Andrew. *Law of Contract*. Singapore, Lexis Nexis, 1998
- Routledge. *Contract Law 2010-2011, 7th edition*. London, Taylor and Francis group, 2010

- Satrio, J. *Hukum Perikatan, Perikatan yang lahir dari Perjanjian (Law of the contract, the contract that was born of the Agreement)*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1995
- Simanjuntak, Ricardo. *Tehnik Perancangan Kontrak Bisnis (Drafter Technics Business Contract)*. Jakarta, Kontan Publishing, 2011
- Susanti, Ida. *The conflict Rules on the Protection of the Rights of Migrant Workers*. Groningen Ulrik Huber Instituut, 2008
- Subekti. *Hukum Perjanjian (Contract Law)*. Jakarta PT. Intermedia XII, 1990
- Tabalujan, Benny S. *Singapore Business Law and Introductory Text, Business Law Asia*, Singapore, Thomson Information, 1997.
- _____. *Singapore Business Law, 5th edition* , Singapore, Business Law Asia, 2009
- Tay Swee Kian, Catherine. *Contract Law*. Singapore: Times Books Singapore, 1991
- Treitel GH. *Law of Contract, 9th edition*. London, Sweet and Maxwell, 1995
- Wendt, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999

Articles

- A.G. Doudko. "Hardship in Contract: The approach of the Unidroit Principles and legal Development in Russia". *Uniform Law Review*. Vol. V, no. 1/2 2000 483-509
- Bell, Gary F. "Harmonisation of Contract Law in Asia Harmonising Regionally or Adopting Global Harmonisation The Example of The CISG". *Singapore Journal of Legal Studies*. Vol 4 Singapore: 2005, 362-372

- Hutabarat, Samuel. "Harmonisation Indonesia Contract Law with Contract Law in Common Law System". *ASLI Conference 2008*. Singapore: National University of Singapore, 2008
- M. C. Abad, Jr. "Constructing the Social ASEAN". *21st Asia Pacific Roundtable*. Kuala Lumpur: ASEAN 4-8 June 2007
- Remo, Michelle. "*Economy and Business and Finance, ASEAN, Forecasts*". Philippine Daily Inquirer. Phillipine: 2 March 2012
- Report of Rodolfo C. Severino. "ASEAN At a Crossroads". *Secretary General of the Association of Southeast Asian Nations, to the 8th ASEAN Summit*. Phnom Penh: ASEAN SECRETARY 4 November 2002
- S. Pushpanathan. "Appreciating, Understanding the ASEAN Concept". *The Jakarta Post*. Jakarta: The Jakarta Post, 9 August 2003
- Scottish Law Commission. "Interpretation in Private Law". *Discussion paper No. 101*. Scottish Law Commission, Edinburgh August 1996
- "The ASEAN Community Unblocking the Roadblocks". *ASEAN Studies Centre Report No. 1 Institute of South ASIAN Studies*. Singapore, ISEAS, 2008
- Yew Ngee, Lim. "Unidroit A Model for The Harmonisation of ASEAN Contract Law". *Bachelor of Law Thesis*. Singapore: National Univeristy of Singapore, 1997

ACCELERATING THE DEVELOPMENT OF AN ASEAN COMPETITION CULTURE¹

M. Udin Silalahi
Fakultas Hukum UPH, Karawaci
udin.silalahi@uph.edu

Abstrak

Di era ekonomi global sekarang ini isu persaingan menjadi penting dimana semakin terbukanya pasar antara Negara yang satu dengan dengan Negara yang lain, hambatan masuk pasar antara suatu Negara dengan Negara yang lain semakin ditiadakan. Khusus untuk Negara anggota ASEAN telah dibentuk ASEAN Free Trade Area pada tahun 2003 dan pada tahun 2015 dicanangkannya ASEAN Economic Community (AEC). Pembentukan free trade area dan single market akan mengarah kepada pasar bebas di antara Negara anggota ASEAN. Di dalam pasar bebas akan terjadi persaingan antara pelaku usaha yang satu dengan yang lain dari negara-negara anggota ASEAN. Pelaku usaha tidak boleh melakukan persaingan usaha yang tidak sehat diantara Negara-negara anggota ASEAN. Oleh karena itu budaya persaingan usaha yang sehat harus digalakkan di negara-negara anggota ASEAN. Beberapa negara anggota ASEAN telah mempunyai hukum persaingan usaha, seperti Indonesia, Singapura, Malaysia, Vietnam dan Thailand. Dengan adanya hukum persaingan usaha di masing-masing negara budaya persaingan sudah tumbuh. Yang menjadi pertanyaan adalah bagaimana budaya persaingan usaha dikembangkan diantara negara-negara anggota ASEAN. Apakah diperlukan hukum persaingan usaha ASEAN untuk mengatur persaingan usaha diantara negara-negara ASEAN? Sebelum hukum persaingan usaha ASEAN dibentuk, maka budaya persaingan yang sehat diantara negara-negara harus dikembangkan terlebih dahulu. Oleh karena itu, di dalam tulisan ini akan dibahas bagaimana budaya persaingan yang sehat dapat terselenggara dan dikembangkan diantara negara-negara Anggota ASEAN.

Kata Kunci: ASEAN Economic Community, budaya persaingan

Paper was presented at the 7th Annual Asian Competition Law Conference, 5-6 December 2011, in Polytechnic University, Hongkong

A. Introduction

The 10 (ten) Member Countries of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) have set 2015 as the target for the creation of a single regional economic market known as the ASEAN Economic Community (AEC) which is five years sooner than planned namely in 2020. The acceleration of AEC is driven by the globalization of trade and the global economy, because inevitably the ASEAN countries should build an integrated economic system. The process of the establishment of ASEAN Community started at the 9th ASEAN Summit in 2003, the ASEAN Leaders resolved that an ASEAN Community shall be established. And at the 12th ASEAN Summit in January 2007, the Leaders affirmed their strong commitment to accelerate the establishment of an ASEAN Community by 2015 and signed the Cebu Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community by 2015. The ASEAN Community is comprised of three pillars, namely the ASEAN Political-Security Community, ASEAN Economic Community and ASEAN Socio-Cultural Community. AEC will be the second single market in the world and the first is European Economic Community.

The legal basis of ASEAN single market is stated in Article 1 number 5 of the ASEAN Charter. In Article 1 number 5 of ASEAN Charter stated that to create a single market based which is stable, prosperous, highly competitive and economically integrated with effective facilitation for trade and investment in which there is a free flow of goods, services and investment; facilitated movement of business persons, professionals, talents and labour; and free flow of capital. The provision of Article 1 number 5 does not only establish a single market but also sets the culture of competition within the ASEAN. This can be seen from the words "... highly competitive and economically integrated with ...". It means all business actors in doing their business may not effect trade between ASEAN member countries. To ensure a fair competition between ASEAN member countries, business actors need a competition law. For with the ASEAN Free Trade Area the business actors are free to supply the product from one member country to the other ASEAN

member countries. Every business actor can trade among ASEAN member countries. This will lead to competition between the business actors among ASEAN member countries in ASEAN single market. It means the culture of competition is already exists within every business actor. The question is how then are the business actors to conduct their business activities competitively among member countries of ASEAN? If the trade or the business activities result in unfair competition in ASEAN single market, how should be solved? Do we need the rules to govern the behavior of business actors in the ASEAN single market? Do we need an institution to oversee the activities of business actors among the ASEAN countries? However, before a legal regime is to be established, a culture of fair competition needs to be promoted in ASEAN countries. Therefore, the main discussion in this paper is how to accelerate the development of competition culture in the ASEAN Economic Community?

B. ASEAN Economic Community (AEC)

Through the ASEAN Concord II declared in Bali on 2003 the ASEAN countries have agreed to establish the ASEAN Economic Community (“AEC”) by 2015 which will not only transform ASEAN into a region with free movement of goods, services, investment and skilled labour, and a freer flow of capital, but also to a highly competitive region that is fully integrated with the global economy.² Furthermore, the ASEAN Leaders through the Declaration on the ASEAN Economic Community Blueprint (AEC Blueprint) in Singapore in November 2007, jointly agreed as follows:

“... the AEC Blueprint which each ASEAN Member Country shall abide by and implement the AEC by 2015. The AEC Blueprint will transform ASEAN into a single market and production base, a highly competitive economic region, a region of equitable economic development, and a region fully integrated into the global economy...”

Principally, there were at least three factors prompting the endeavors towards the AEC, namely: Firstly, the processes towards a market economy due

2 ASEAN Selayang Pandang, Edisi 2008 (Directorate General of ASEAN Cooperation, Ministry of Foreign Affairs Republic of Indonesia: 2008), p. 32-70

to the deeper integration of ASEAN's economies with the global economies and domestic upheavals; Secondly, the consequences resulting from the ASEAN Countries' Membership in multilateral organizations particularly World Trade Organization (WTO) and APEC (Asia Pacific Economic Cooperations); Thirdly, the increasing numbers of Multi National Enterprises (MNEs) engaged in productivity and providing goods and services within the ASEAN Countries, for example Temasek Singapore which operates telecommunications services in Indonesia.³

Within the last decade, ASEAN Economies have steadily grown positively and gradually integrates with the major global economic powers, such as European Union with 27 Member Countries (EU 27), United States of America (USA), China, Japan, India, Republic of Korea, and Australia. These trends can be illustrated in the followings diagrams: ⁴

Based on the statistical information from ASEAN Finance and Macroeconomic Surveillance Database and IMF-World Economic Outlook April 2010, it can be inferred that ASEAN economies account for one third of the China and Japan's economies and ten per cent of the economy of USA. If the people's purchasing powers are taken into account, the size of the ASEAN economies in 2009 reached almost two third of Japan's economy.

Particularly speaking, according to Vientiane Action Programme (VAP) 2004-2010, agreed upon in the ASEAN 10th Summit in Laos, the AEC sets out the following theme "Enhancing competitiveness for economic growth and development through closer economic integration Strategic Thrusts?" This is embodied in the VAP ASEAN Economic Community which stipulates:

3 G. Sivalingam, Competition Policy in ASEAN (Singapore: Thomson Learning Ltd, 2005), p. 56

4 ASEAN Community in Figures (ACIF) 2010 Jakarta: ASEAN Secretariat, April 2011

| Country | Population million persons | GDP | | Estimated 2010 GDP US\$ billion |
|---|----------------------------------|--------------|---------------|---------------------------------------|
| | | US\$ billion | PPP\$ billion | |
| Absolute Number | | | | |
| ASEAN | 590.8 | 1,496 | 2,85 | 1,719 |
| China | 1,334.7 | 4,909 | 8,765 | 5,365 |
| Japan | 27.6 | 5,068 | 4,159 | 5,273 |
| Republic of Korea | 48.8 | 833 | 1,364 | 991 |
| India | 1,199.1 | 1,236 | 3,526 | 1,367 |
| Australia | 21.9 | 997 | 851 | 1,193 |
| New Zealand | 4.3 | 118 | 115 | 136 |
| USA | 307.4 | 14,256 | 14,256 | 14,800 |
| EU27 | 497.6 | 16,447 | 14,794 | 16,543 |
| Ratio of ASEAN to Trading Partners | | | | |
| ASEAN | 1.00 | 1.00 | 1.00 | |
| China | 0.44 | 0.30 | 0.33 | |
| Japan | 4.63 | 0.30 | 0.69 | |
| Republic of Korea | 12.12 | 1.80 | 2.10 | |
| India | 0.49 | 1.21 | 0.81 | |
| Australia | 27.01 | 1.50 | 3.36 | |
| New Zealand | 136.74 | 12.70 | 24.78 | |
| USA | 1.92 | 0.10 | 0.20 | |
| EU27 | 1.19 | 0.09 | 0.19 | |

Notes: 1. PPP dollar is dollar value that has taken into account the differences in the purchasing power of the US dollar in the countries.
2. EU27 is used

“The ASEAN Economic Community (AEC) embodies the realization of ASEAN’s aspiration of a stable, prosperous and highly competitive region, functioning as a single market and production base by 2020, in which there is a free flow of goods, services, and skilled labour; and a freer flow of capital, along with equitable economic development and reduced poverty and socioeconomic disparities within and across its Member Countries. The overall strategy for realizing AEC involves deepening and broadening economic integration in the product and factor markets, and accelerating the integration process towards a single market and production base.”

Furthermore, in January 2007 ASEAN Countries adopted the Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community by 2015, which explicitly mandates the Blueprint for ASEAN

Economic Community (AEC Blueprint). Principally, the AEC Blueprint mandates the economic integration of ASEAN, through:

- a. The establishment of single market and production base (free trade flows for goods, services, investments, skilled labour, and capitals);
- b. The establishment of highly competitive economic region, which comprise regional competition policy, Intellectual Property Rights action plan, infrastructure development, ICT, energy and cooperation, taxation and Small Medium Enterprises (SMEs) development;
- c. The establishment of a region with equitable economic development) through the SMEs developments and Initiative for ASEAN Integration (IAI) programmes; and
- d. Heading to full integration into global economies (coherent approach in external economic relations and fostering participation in the global supply network).

Hence, it can be properly inferred that the common competition law and policy framework in ASEAN is a main prerequisite towards the attaining objectives a & b mentioned above. The actual goal of the ASEAN Competition Policy is to ensure a level playing field and to nurture fair business competition culture in the regional economic performances of ASEAN in the long run. Nevertheless, from the current 10 ASEAN Member Countries (AMCs) only Indonesia, Singapore, Thailand Vietnam and Malaysia have codified competition laws. While, the remaining AMCs like the Philippine largely apply sectoral policies and laws to regulate competition with no comprehension framework competition. Consequently, this approach is not effective and efficient in terms of giving legal certainties to the public and to investors.⁵

Moreover, in several ASEAN Countries namely Indonesia, Singapore, Thailand and Vietnam the initial Competition Laws have been temporarily implemented, with Indonesia's Law Number 5 year of 1999 concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition

⁵ *Building A Highly Competitive Economic Region*, ASEAN Fact Sheet 24 February 2009

(Law Number 5/1999 on Competition Law)⁶, Thailand's Price Control and Anti Monopoly Act 1979 lastly amended by Trade Competition Act 1999⁷, Vietnam's Competition Law 2004⁸ and Singapore's Competition Act 2004.⁹

As an endeavor to set up the common competition Law in ASEAN, the ASEAN Ministers in August 2007 agreed to initiate the ASEAN Experts Group on Competition (AEGC) which shall continuously focus its activities in the next five years to the achieve the followings objectives: (1) building up competition-related policy capabilities and best practices in AMS; (2) developing the ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy; and (3) compiling a Handbook on Competition Policies and Laws in ASEAN for Businesses. Finally, the efforts of AEGC resulted in the issuance of the ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy which in 2010 under the auspices of the German development agencies.¹⁰

Therefore, the establishment of ASEAN Economic Community as envisaged by ASEAN 2020 Vision with a free movement of goods, services, and investment requires the enactment of the common Competition Laws

6 The goals of the Law Number 5/1999 on Competition Law are to: (a) safeguard the public interest and to increase the national economic efficiency, (b) establish a conducive business climate through the arrangement of fair business competition, (c) prevent monopolistic practices, (d) the creation of effectiveness and efficiency in business activities.

7 The goals of the Thailand Competition Act are to promote fair and free trade within a competitive environment, and to prevent business structures from creating monopolies and conducting unfair trade practices. M.Nawir Messi, *Competition Policy and FTA* (ASEAN Secretariat, ASEAN Competition Conference Proceeding:2006), p.130-134

8 The goals of the Vietnam Competition Law are to create and promote an equitable and non discriminatory competition environment and to foster business competition. *Ibid.* p.146

9 The goals of the Singapore Competition Law are to promote the efficient functioning of our markets and hence enhance the competitiveness of our economy, to prohibit anti competitive activities that unduly prevent, restrict or distort competition. Ian McEwin, *Implementation of Competition Policy and Law in Singapore* in ASEAN Secretariat, ASEAN Competition Conference Proceeding, 2006, p. 157-158

10 ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy Jakarta: ASEAN Secretariat, August 2010 338.6048059. Moreover it is stipulated The ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy has been produced with the support of the project "Institution and Capacity Building for the ASEAN Secretariat", jointly agreed and implemented by the ASEAN Secretariat and InWEnt Capacity Building International, Germany, and funded by the Foreign Office of the Federal Republic of Germany.

and Policies based on comprehensive and flexible and gradual integration of common competition principles. The common Competition Laws and Policies in ASEAN form an integral part of trade liberalization and endeavor to create a fair regional market environment which discourage business misconducts. Therefore, it is profoundly important for the ASEAN Countries to learn appropriately and to adopt proportionally the principles of Competition Laws and Policies from advanced regional partners, like the European Union in order to devise and to implement the common Competition Laws in the ASEAN. The common Competition Laws and Policies in ASEAN shall be able to achieve both competition trade policy goals. Additionally, the respective Laws and polices shall consider considering the level of regional economic integration within and each Country's market characteristic of ASEAN Countries prudently.

C. Accelerating the Development of a Competition Culture in ASEAN

Chronologically speaking, the developments and institutionalization of competition cultures in ASEAN have been accelerated through a series of process and events, which are elaborated in the following paragraphs.¹¹

In the year of 1992, from a merely regional cooperation based on Bangkok Treaty (1967) the ASEAN Member Countries (AMCs) agreed on the Framework Agreement on Enhancing ASEAN Economic Cooperation and at the same time collectively introduced the ASEAN Free Trade Area (AFTA) on 1st January 1993, with the Common Effective Preferential Tariffs (CEPT) as the principal mechanism. The focus of the AFTA has been the liberalization of trade not only in goods, but also in services and investments. Furthermore, as a consequence of the ASEAN Free Trade Agreement (AFTA) which has been virtually established within ASEAN Member Countries, trade flows of goods and services have increased significantly. This trend can be shown in the following table:

11 Ministry of Foreign Affairs Indonesia, *ASEAN Selayang Pandang* (Direktorat Jenderal ASEAN, Jakarta:2008), p. 32-70

Share of international trade to overall ASEAN economy

| Indicator | Unit/Scale | 1998 | 2000 | 2003 | 2007 | 2008 | 2009 |
|-------------------|---------------------------|---------|---------|---------|-----------|-----------|-----------|
| Total Trade | Value (US\$ million) | 576,108 | 759,101 | 824,539 | 1,610,787 | 1,897,127 | 1,536,843 |
| | Growth (%) | -17.5 | 21.8 | 15.5 | 14.7 | 17.8 | -19.0 |
| Intra-ASEAN Trade | Value (US\$ million) | 120,918 | 166,846 | 206,732 | 401,920 | 470,112 | 376,207 |
| | Growth (%) | -19.4 | 25.8 | 29.3 | 13.9 | 17.0 | -20.0 |
| | Share to total trade (%) | 21.0 | 22.0 | 25.1 | 25.0 | 24.8 | 24.5 |
| Extra-ASEAN Trade | Value (US\$ million) | 455,190 | 592,255 | 617,807 | 1,208,867 | 1,427,015 | 1,160,636 |
| | Growth (%) | -17.0 | 20.7 | 11.5 | 14.9 | 18.0 | -18.7 |
| | Share to total trade (%) | 79.0 | 78.0 | 74.9 | 75.0 | 75.2 | 75.5 |
| Ratio to GDF | Share of trade to GDP (%) | 119.3 | 126.5 | 114.2 | 123.5 | 125.4 | 102.7 |
| | Exports to GDP (%) | 65.6 | 68.3 | 62.7 | 65.9 | 64.6 | 54.2 |
| | Imports to GDP (%) | 53.7 | 58.1 | 51.5 | 57.6 | 60.8 | 48.5 |
| Trade Balance | Value (US\$ million) | 57,194 | 61,180 | 80,575 | 108,820 | 57,946 | 84,135 |
| | Share to exports (%) | 18.1 | 14.9 | 17.8 | 12.7 | 5.9 | 10.4 |

Source: ASEAN Trade Statistics Database as of September 2010

A few years later, in 2003 an important was reached in the ASEAN the establishment of the ASEAN Community pursuant to the Bali Concord II, in which one of its main pillars is the ASEAN Economic Community (AEC). The main goals of AEC are the establishment of a single market and a production base with the free movement of goods, services, investments, skilled labours, capitals in more liberal ways. Moreover, the AEC also set out the priority sectors to be integrated like the aviation industry, e-ASEAN (information and technology), health and tourism including the logistic services sector targeted in 2006. These were the concrete results of ASEAN 9th Summit Conference in 2003.

Subsequently in 2004, the Vientiane Action Program (VAP) agreed to implement and to accelerate the attainment of the AEC in the year of 2015. Therefore, the ASEAN Economic Ministers Meeting (AEM) in Kuala Lumpur in August 2006 formulated the Blueprint of AEC in accordance with Bali Concord II, calling for clear timelines and pre-agreed flexibility to accommodate the various interests of ASEAN Countries.

As a more focused effort, on January 2007 the ASEAN Countries agreed on “the Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community by 2015” through the 12th ASEAN Summit Conference in Cebu, Philippine. In this occasion the Leaders of AMCs called for the drafting of the ASEAN Economic blueprint by the ASEAN Secretariat. These AEC Blueprint set out the strategic plans of ASEAN to accelerate the

establishment of economic integration in 2015, namely: (a) the single market and production base with free flows of goods, services, and investments; (b) the creation of an economic region having high competitive, particularly with the Regional competition Policy in ASEAN; (c) the creation of an equitable economic development through the SMEs developments and the Initiative for ASEAN Integration (AIA); and (d) the full economic integration in ASEAN with the global economies and fostering the participation I the global supply network.

Particularly important in the AEC process are the results of ASEAN 13th Summit Conference in Singapore (2007), which have resulted not only in the AEC Blueprint but also the enactment of the ASEAN Charter which transformed the ASEAN from a coordinative organization to a rules based organization with international legal personality. The ASEAN Charter itself is the result of the Eminent Persons Group's works in the High Level Task Force sessions.

To implement the AEC Blueprint the ASEAN Expert Group on Competition Law (AEGC) was assigned the responsibility to contribute to the acceleration to establish the common competition regime in ASEAN. AEGC is an official body comprising representatives from the competition authorities and agencies responsible for competition policy in ASEAN member Countries (AMCs). It coordinates competition policies in ASEAN.¹² The AEGC has so far successfully generated the ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy (Regional Guidelines), a set of Regional Guidelines based on country experiences and international best practices. They set out different policy and institutional options that serve as a reference guide for ASEAN member Countries (AMCs) in their efforts to create a fair competition environment. They are not intended to be full or binding statement on competition policy. Regional Guidelines will help to increase AMCs awareness of the importance of the competition policy, with a view to stimulating the development of best practices and enhancing cooperation between AMCs.

12 ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy, the ASEAN Secretariat, 2010, p. 1

The following are the rationales for AEGC mandate: ASEAN moves toward economic integration by forming the ASEAN Economic Community 2015 as part of ASEAN Economic Community Blueprint set out under ASEAN Charter, there will be urgency for ASEAN countries to put in place competition policy and law. Each ASEAN member country should already have their own competition law. At present, only Indonesia, Singapore, Thailand, and Viet Nam have economy-wide competition laws and have designated competition authorities to implement them while Malaysia has just adopted nation-wide Competition Act 2010 which enforced in January 2012. Other countries have relied on sectors-level policies and regulation to achieve competition policy objectives and are endeavoring to introduce competition policy by 2015. In particular, Cambodia, and Philippine are discussing competition law bills and Lao PDR plans to initiate and introduce national competition law and policy soon. It means sooner or later all the ASEAN member countries will have their own competition policies and laws. It is a matter of time. Thus, the first steps to accelerate the development of competition culture in ASEAN is, to support the other ASEAN members countries that do not have their own competition law, to pass relevant legislation sooner. Where the potential ASEAN member countries lack of capacity (expertise, experience or financial) to share the workload, it is desirable to strengthen their capacities so that in time they may contribute on an equal basis with other members.

Thus each country will implement and supervise the conduct of business actor in each country based on their own competition laws under the broader ASEAN competition framework. Simultaneously, the ASEAN Secretariat as an associate institution of ASEAN member countries shall begin to conduct studies on the importance of competition laws in the ASEAN and whether there is a need for establishing an institution to supervise the conduct of ASEAN business actors? The Regional Guidelines will be updated by AEGC within 5 years to ensure consistency with the developments in competition policy in AMCs and international best practices which means that by 2015 AMCs will endeavor to introduce competition policy, as outlined in the ASEAN Blueprint.

Embarking from the ASEAN Competition Guidelines, the competition policy in ASEAN will have to be introduced in a staggered manner. Competition policy is used here in the sense of competition law, that is, the laws which are adopted in order to regulate competition in the markets. Competition law conventionally covers horizontal and vertical restraints and merger. However the competition laws of countries have historically been concerned with their competition problems in their own markets. One also needs to consider the objectives of competition law and the use of *per se* prohibition or rule of reason, the remedies and the scope of jurisdiction.[□] In principle, when national sub-markets are linked by international trade and investment, the analysis of competition policy problem should consider the whole global market, regional market in term of ASEAN countries. However, the competition laws of countries have historically been concerned with competition problems in their own markets, the ability to pursue in other countries is limited. The question is, if undertaking business activities harms the competition between ASEAN Member States, who will settle it? Which law will apply? Sooner or later the competition case will be filed in the ASEAN. Do we need ASEAN Antimonopoly Body to settle the competition cases between AMCs? This idea has been proposed by the Former Secretary-General of ASEAN Secretariat, Mr. Ong Keng Yeong in Bali in 2003. He said that the possibility of establishing of ASEAN Antimonopoly Body is open. This statement is reasonable because ASEAN shall have a legal personality after the ASEAN Charter takes into effect.

The same concern was raised in regard to the Free Trade Area in ASEAN. It was assumed impossible to build AFTA and it was as a dream only, because the main problem at that time was the level industry development between ASEAN countries was widely different. But ASEAN has established ASEAN Free Trade Area (AFTA) in 1992 Singapore Summit Meeting of ASEAN Leaders¹³ which had been in force since January 2003. By free trade there is no protection from government any more. The government endeavors to determine a fair competition.

13 Geoffrey B. Cockerham, *Regional Integration in ASEAN: Institutional Design and the ASEAN Way*, East Asia (2010) 27: 173. The Framework Agreement established the conditions for ASEAN Free Trade Area within 15 years.

Of course the discussion of the establishing an institution to supervise the conduct of undertaking between AMCs will take a long time. AEGC shall take more responsibility to do study on it and to promote a culture of competition in region of ASEAN, to share information AMCs that have not yet established national competition law so that they can make an informed decision whether and how to establish such competition policy in ASEAN towards the establishment of ASEAN Economic Community (AEC), which has been accelerated its attainment in 2015.

E. Concluding remarks

The competition cultures have actually existed in every behavior of business actors in each Member Country of ASEAN. However, to accelerate the establishment of ASEAN Economic Community in the year of 2015 the common Competition Laws in ASEAN is absolutely necessary. The first steps to accelerate the development of competition culture in ASEAN is, to support the other ASEAN members countries who does not have own competition law, to set out their own competition law. Where the potential ASEAN member countries lack of capacity (expertise, experience or financial) to share the workload, may be desirable to strengthen their capacities so that in time they may contribute on an equal basis with other members. ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy 2010, Jakarta: ASEAN Secretariat, 2010 shall be fully implemented in AMCs. AEGC shall have the ever increasing roles: to promote competition culture in ASEAN region; to conduct in-depth studies of the common ASEAN Competition Law and ASEAN Antimonopoly Body in 2015; to share information with ASEAN Member Countries concerning the ASEAN Competition Laws to successful acceleration of AEC establishment in 2015.

BIBLIOGRAPHY

ASEAN Community in Figures (ACIF) 2010, Jakarta: ASEAN Secretariat, 2011

- ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy 2010, Jakarta: ASEAN Secretariat, 2010
- Cockerham, Geoffrey B., Regional Integration in ASEAN: Institutional Design and the ASEAN way, *East Asia* (2010) 27: 165-185
- Evenett, Simon J. et al., Antitrust Policy in an Evolving Global Market Place in: Evenett, Simon J. et al. *Antitrust Goes Global: What Future for Transatlantic Cooperation?* Washington DC, Brooking Institutions Press, 2000
- Feldman, Noah. *Between Cooperation and Competition: A Preliminary Essay in the Philosophy of International Law*. http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv2/groups/public/@nyu_law_website_academics_colloquia_legal_political_and_social_philosophy/documents/documents/ecm_pro_067462.pdf
- Hansen, Knud et al., *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, Jakarta: GTZ Jakarta Office, 2001
- Hill, Hal and Menon, Jayant, *ASEAN Economic Integration: Features, Fulfillments, Failures and Future*, ADB Working Papers. No. 69 December 2010
- Lloyd, Peter and Smith Penny, *Global Economic challenge to ASEAN Integration and Competitiveness: A Prospective Look*, RESPF Project 03/006a. September 2006
- Lloyd, P.J., *Globalization and Competition Policies*, *Weltwirtschaftliches Archiv* 1998, Vol. 132 (2) p. 170
- Ministry of Foreign Affairs Indonesia, *ASEAN Selayang Pandang*, Direktorat Jenderal ASEAN, Jakarta: 2008
- Singalingam, G. *Competition Policy in the ASEAN Countries*, Singapore: Thomson Learning, 2005

NORMS AND STANDARDS IN THE TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AGREEMENT THAT ARE RELEVANT TO SMALL AND MEDIUM ENTERPRISES IN DEVELOPING COUNTRIES

V. Selvie Sinaga

Fakultas Hukum Universitas Katolik Atma Jaya Jakarta
valerie.selvie@atmajaya.ac.id.

Abstrak

Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement (TRIPS) telah menetapkan norma dan standar internasional perlindungan hak kekayaan intelektual (HKI). Norma dan standar internasional tersebut, kemudian, diadopsi menjadi hukum HKI di negara yang meratifikasinya. Sebagai sebuah hukum, standar internasional HKI tersebut mengikat dan berpengaruh terhadap semua pihak di negara tersebut, termasuk usaha kecil menengah (UKM). Dibandingkan dengan usaha besar, UKM memiliki banyak kelemahan dalam menjalankan standar internasional HKI tersebut. Di negara-negara berkembang yang kekurangan dukungan pemerintah dan memiliki infrastruktur hukum yang lemah, standar internasional HKI tersebut dapat menjadi sebuah beban. Tulisan ini membahas norma dan standar internasional HKI yang terdapat dalam TRIPS, yang relevan terhadap UKM di negara berkembang.

Kata Kunci: TRIPS, usaha kecil menengah, negara berkembang

A. Introduction

The national Intellectual Property¹ (IP) system in a country exists primarily as a consequence of its obligations under international, multilateral, bilateral or regional agreements.² As the most comprehensive international

1 IP refers to creations of the human intellects in the form of inventions, literary and artistic works, and symbols, names, images, and designs used in commerce. See, <http://www.wipo.int/about-ip/en/>, "What is Intellectual Property?", Last Accessed: 22 October 2012.

2 Michael Blakeney, *International Intellectual Property Jurisprudence after TRIPS* Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honours William R. Cornish (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 3.

agreement on Intellectual Property Rights (IPRs), the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights³ (TRIPS) has an important role in designing national IP laws of WTO member countries. It stipulates a set of minimum IP protection norms and standards that may be implemented differently in member countries.⁴ After the rules or principles stipulated in TRIPS are transformed into national laws, they are binding on all entities in the country, including small and medium enterprises⁵ (SMEs). Therefore, indirectly, the implementation of TRIPS does have an impact on SMEs in a country.

Since SMEs also have the potential to develop new and innovative products and services,⁶ IPRs are certainly important for protecting their IP assets as well as those of large enterprises. However, comparing to large enterprises, SMEs do not command the levels of resources required to access, create and maintain IP systems properly.⁷ Even more, for SMEs in developing countries, with lack of support from government and problematic legal infrastructure standards of IP protection imposed by TRIPS could be a burden.

TRIPS covers copyright and related rights, trademarks, geographical indications, industrial designs, patents, plant variety protection (PVP), layout designs (topographies) of integrated circuits, and undisclosed information (trade secrets). The minimum standards, together with the scope and the use

3 *The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* forms Annex 1C to the *Agreement Establishing the World Trade Organisation*, opened for signature 15 April 1994, 1867 UNTS 3 (entered into force 1 January 1995) ('*TRIPS Agreement*' or '*TRIPS*').

4 Carlos M Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. vii.

5 An SME is a formal enterprise with annual turnover, in U.S. dollar terms, of between 10 and 1000 times the mean per capita gross national income, at purchasing power parity, of the country in which it operates. Tom Gibson and H. J. van der Vaartindeed, "Defining SMEs: A Less Imperfect Way of Defining Small and Medium Enterprises in Developing Countries", *Brooking Global Economy and Development*, http://www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2008/9/development%20gibson/09_development_gibso, Last Accessed: 22 October 2012.

6 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *OECD SME and Entrepreneurship Outlook* (The Secretary-General of the OECD, 2005), p. 38

7 *Ibid.*

of these rights, are detailed in Part II (Articles 9–40) of the TRIPS text. In general, this part presents the subject-matter protected, the rights to be granted, the exceptions to those rights and the minimum duration of protection of each IPR covered in TRIPS.⁸ The standards come mostly from the substantive obligations of the existing primary WIPO conventions, that is, the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, the Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations, and the Washington Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuit. Using a survey of literature, this paper summarises and discusses standards provisions of all IPRs covered in TRIPS that are relevant to and affect SMEs in developing countries.

B. IPRs Governed in the TRIPS Agreement and their Relevance to SMEs in Developing Countries

Although it has been suggested that the appropriate integration of IPRs in business strategies may enhance the competitiveness of SMEs worldwide, there are some IPRs, such as layout designs (topographies) of integrated circuits and patents, which are not much used by SMEs, particularly in developing countries. Patents and layout designs (topographies) of integrated circuits protect only high technology innovations. Such innovations are rarely developed by SMEs in developing countries because of their limited resources to conduct complex research and development activities required. For that reason, this part does not include the discussion on topographies and patents.

1. Copyright

The first Article in Part II of the TRIPS Agreement provides that each ‘member shall comply with Articles 1-21 and the Appendix of the Berne Convention (1971)’.⁹ However, as demanded by the US in the negotiation

8 The World Trade Organization, “TRIPS: A More Detailed Overview of the TRIPS Agreement” http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm, Last Accessed: 10 September 2012.

9 The *TRIPS Agreement* Art 9(1).

process, TRIPS excludes Article 6bis of the Convention concerning moral rights.¹⁰ Article 9(2) defines the scope of copyright protection as limited only to expression ‘not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such’.

Regarding the period of copyright protection, TRIPS follows Article 7(1) of the Berne Convention which sets a minimum term of copyright protection, which is the life of the author/s plus an additional 50 years,¹¹ 50 years after the works have been published,¹² or 25 years after the making of photographic and applied art works.¹³ Article 12 of TRIPS, further, explains that when the term of copyright protection for a work, other than a photographic work or work of applied art, is calculated on a basis other than the life of natural person, the term shall be no less than 50 years from the end of the calendar year of authorised publication. Alternatively, if there is no authorised publication within 50 years after the making, the work shall be protected for 50 years from the end of the calendar year of making.¹⁴

Copyrights, certainly, have effects on business, including SMEs, working in information technology (IT), local publishing and in creative industries. In theory, copyrighted works enable a business to control the commercial exploitation of its original creative works, which generate income and raise funds from financial institutions.¹⁵ In addition to that, a business that holds copyrights and related rights could take action against infringers and claim monetary compensation for any infringements.¹⁶ Nevertheless, these advantages would only be obtained when there are effective laws and a strong administrative and judicial system to support the implementation

10 *Ibid.*

11 The Berne Convention Art 7(1).

12 *Ibid* Arts 7 (2)–(3).

13 *Ibid* Art 7(4).

14 UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 185.

15 World Intellectual Property Organization, *Creative Expression: An Introduction to Copyright and Related Rights for Small and Medium-sized Enterprises*, Intellectual Property for Business (Geneva: World Intellectual Property Organization, 2006), p. 5

16 *Ibid.*

of copyrights and related rights in a country. Most developing countries do not have these support systems to assist them to gain the full benefits of copyrights and related rights. Consequently, in many instances, SME owners in developing countries see copyrights as having little benefit for their businesses and therefore the integration of such rights in their businesses is not seen as particularly urgent.

2. Trademarks

Compared to other IPRs, the trademark is the most familiar IPRs for all sizes of businesses and types of industry. Trademarks are an identifier, which distinguish products or services of one enterprise from those of its competitors.¹⁷ Besides that, a trademark is also a guarantee of consistent quality of a product or service. It means that, unlike other IPRs, the trademark has an important role to assist in the marketing of the products. As the trademark has this marketing function, it is needed by businesses, regardless of their size and type of industry, from the early stages of an enterprise's existence. Although there may be many SMEs in developing countries that could begin the operation of their businesses without trademarks, it is more likely that SMEs will integrate trademarks in their businesses as it brings instant benefits for their businesses, in comparison to other IPRs.

The provisions that discuss trademark standards in TRIPS stated in Articles 15 to 21. Article 15(1) defines a trademark protected under the TRIPS Agreement, that is, any signs or any combination sign which are capable of distinguishing goods or services. Article 15(2) allows member countries to deny registration of a trademark on other grounds as long as such grounds do not derogate from the provisions of the Paris Convention (1967).¹⁸ The Convention maintains to refuse or to invalidate and to prohibit the use of

17 World Intellectual Property Organization, "Why are Trademarks Relevant to the Success of Your SME?" http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/marks/tm_relevance.htm, Last Accessed 12 September 2012.

18 *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1967)*, opened for signature 13 January 1968, 828 UNTS 305 (entered into force 26 April 1970) ('*Paris Convention*').

armorial bearings, flags, and other State emblems, of the member countries¹⁹ and of international intergovernmental organizations²⁰ of which one or more its member countries without authorisation by the relevant authorities, as trademarks or as elements of trademarks.

Article 16 grants trademark holders the right to prevent all third parties unauthorised use — in the course of trade — of identical signs for goods or services to those in respect of which the trademark is registered, where such use would result in a likelihood of confusion.²¹ With regard to internationally well-known trademarks, the Article provides that Article 6bis of the Paris Convention (1967)²² shall apply to goods or services which are not only similar²³ but also dissimilar²⁴ to those in respect of which a trademark is registered. This Article also provides that the knowledge of the trademark as a result of the promotion in that member country would be considered as one factor to determine whether a trademark is ‘well-known’.²⁵ Limited exceptions to the rights conferred are found in Article 17, which requires such exceptions consider the legitimate interests of the trademark holder and the third parties. Then, Article 18 provides that the protection of a registered trademark shall be given for at least seven years and the registration of a trademark is definitely renewable. Article 19 maintains a trademark may be cancelled only after it is not used for a continuous period of a minimum of three years.²⁶

Article 20 prohibits other requirements regarding the manner in which a trademark could be used which burden unjustifiably the use of it in commercial activities.²⁷ These include ‘use with another trademark, use in a

19 The Paris Convention Art 6ter (1)(a).

20 Ibid Art 6ter (1)(b).

21 Ibid Art 16(1).

22 Article 6bis of the Paris Convention (1967) requires member countries ‘to refuse or to cancel the registration, and to prohibit the use, of a trademark which constitutes a reproduction, an imitation, or a translation, liable to create confusion’, of a well-known mark in the country of registration that is used for identical or similar goods.

23 The TRIPS Agreement Art 16(2).

24 Ibid Art16(3).

25 Ibid Art16(2).

26 Ibid Art 19(1).

27 UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS*, above n 16, 246.

special form or use in a manner detrimental to its capability to distinguish the goods or services of one undertaking from those of other undertakings'.²⁸ In addition, Article 20 provides that local enterprises not use its mark 'without linking it into the trademark'. This article is intended to recognise the role of local producers, but at the same time, prevents them from taking unfair benefit of the foreign-origin trademark.²⁹

In the context of trademark infringement, there is an interesting experience related to SMEs in one developing country, Indonesia. SMEs in Indonesia are not only the ones who become the victim of trademark infringement, but in many cases, they are also the infringers of others' well-known trademarks. In the past, there were many cases of Indonesian local entrepreneurs, particularly SMEs, registering foreign well-known trademarks in Indonesia without the intention to use the trademarks. They had the intention of selling back the registered well-known trademarks to the actual foreign owners who had just started their business activities in Indonesia.³⁰ In other cases, local entrepreneurs, particularly those who just started their business on a small and medium scale, took a 'free ride' 'on the back' of well-known trademarks by counterfeiting well-known trademark products.

3. Geographical Indications

For many developing countries which own diverse instances of regional uniqueness, a geographic indications (GI) is relevant to protect products which originated from these particular regions. GI protection guarantees the unique quality and reputation of the products from a particular region. Besides that, GI also protects a regional product from misappropriation of foreign entities by preventing a GI from being registered as a trademark in another country. Needless to say, regional products are not only manufactured by large enterprises, but also SMEs in that region. *Batik* and *jamu* of Indonesia are examples of products which bear unique regional characteristics and are

28 The TRIPS Agreement Art 20.

29 UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS*, above n 16, 247.

30 Aries Margono et al, 'Menyapu Mafia Pedagang Merek [Wipe Off Trademark Entrepreneurs Mafia]', *Tempo* (Jakarta), 1 August 1992, 38.

also produced by SMEs.

TRIPS defines ‘geographical indications’ as ‘indications which identify a good as originating in the territory of a Member, or a region or locality in that territory, where a given quality, reputation or other characteristic of the good is essentially attributable to its geographical indication’.³¹ TRIPS requires its member countries to provide the legal means to prevent the use of any GI that misleads the public as to the geographical origin of the good³² and constitutes an act of unfair competition (as it trades on the reputation of products or services from the area indicated).³³ A TRIPS member country is expected to refuse or to invalidate the registration of a trademark that contains a GI which is not related to the true place origin of goods.³⁴ Moreover, TRIPS prohibits any use of a GI which, ‘although literally true as to the territory, region, or locality in which the goods originate, falsely represents to the public that the goods originate in another territory’.³⁵

In a manner similar to trademarks, GI has functions as an identifier and a quality guarantor in the market.³⁶ In some countries, GI is considered as a part of trademarks system. For instance, the U.S. Patent and Trademark Office requires that GI protection be obtained through the trademark system.³⁷ This means that in order to obtain protection, there is registration requirement for GI. In fact, TRIPS does not set out such requirement for a GI,³⁸ and it does not even specify the methods of GI protection. Yet, the common practice, as occurs in most countries in the world, requires a registration to obtain GI protection. Every registration process in each country involves bureaucratic

31 The TRIPS Agreement Art 22(1).

32 Ibid Art 22(2)(a).

33 Ibid Art 22(2)(b).

34 Ibid Art 22(3).

35 Ibid Art 22(4).

36 Correa, *A Commentary on the TRIPS Agreement*, above n 3, 217-218; Michael Blakeney, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement* (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 72.

37 Sarah M Faria, *Producers’ Perspectives towards the Geographical Indication Recognition Process in Brazil: An Analysis of Difficulties Found in the Process and Possible Improvements* (Master of Arts Thesis, Ohio University, 2010) http://etd.ohiolink.edu/send-pdf.cgi/Faria%20Sarah%20M.pdf?ohiou1_280298282.

38 Blakeney, *A Concise Guide to the TRIPS Agreement*, above n 38, p. 72

elements, the quality of which varies in terms of job performance. When such performance is poor, as is usually the case in developing countries, registration could pose problems for business, especially SMEs, which have limited resources, and may have to deal with inflexible processes prolonged by bureaucratic inadequacies or ignorance, and particularly where additional illegitimate funds are expected by elements within the bureaucracy to expedite processes.

4. Industrial Designs

Industrial design is another form of IPRs that is relevant for all sizes of business, from small to large enterprises. Since industrial design protects ornamental or aesthetic aspects of a product, there are a wide variety of products of industry, which are suited to be the subject matter of its protection. Despite its large scope of usage and in comparison with other IPRs, the degree of attention on industrial design given in the text of TRIPS is little. TRIPS contains only two Articles on industrial designs, namely Article 25 on the requirements for protection, and Article 26 on the extent of exclusive rights, the admissible exceptions and the duration of protection.

Article 25(1) requires TRIPS member countries to provide protection for independently created industrial designs that are new or original. Although this paragraph sets out requirements for industrial designs protection, it does not provide the type of subject matter that constitutes industrial designs. All types of aesthetic, useful and functional designs including subject matter protected as work of applied art under copyright law or as utility models can be referred to as industrial designs³⁹ and they can include indigenous and folkloric icons, symbols and designs.⁴⁰ Once the protection is obtained, the owner of a protected industrial design has the right to stop third parties not having the owner's authorisation, in trade activities, from making, selling or importing goods, which goods contain a design that is a copy or significantly

39 UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS*, above n 16, 329.

40 *Ibid.*

similar to the protected design⁴¹, for at least 10 years.⁴²

Industrial design was not a significant issue that was given enough attention during the TRIPS negotiation process. This lack of attention is reflected in the existence of just two Articles in the TRIPS Agreement that govern industrial design issues.⁴³ During the TRIPS negotiations, it was openly acknowledged that the attitude of negotiating countries, particularly those from developed countries, toward an issue was influenced by the interests of large enterprises. It seems, however, that this was not the case when industrial design issues were discussed in the TRIPS negotiations. The users of industrial design are mostly SMEs, which do not have as influential position as large corporations in patent and copyright issues. One WIPO statistic of the data collected in 2008 finds that the level of domestic applications of industrial design in the top six countries (China, Germany, South Korea, Japan, USA and Italy) is, with the exception of the US, higher than the level for foreign applications.⁴⁴ Although the statistic does not reveal the size of domestic enterprises which applied for industrial design protection, it is likely that SMEs are the major applicants for industrial designs in these six countries.

Unlike copyright, instead of ‘originality’, industrial design requires ‘novelty’. Thus, industrial design is suitable for application in goods related to traditional cultural expressions (TCE) which is mostly produced by SMEs. With some minor alterations from traditional designs, the goods could satisfy the novelty requirement for industrial design.⁴⁵ This, however, becomes one flaw of industrial design in the eyes of the majority of business owners. Because it is easy to satisfy the novelty requirement in industrial design protection, the

41 The TRIPS Agreement Art 26(1).

42 Ibid Art 26(3).

43 Jeremy Phillips, ‘Protecting Values in Industrial Designs’ in Carlos M Correa and Abdulqawi A Yusuf (eds), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement* (London: Kluwer Law International, 1998) 179, p. 179; Correa, *A Commentary on the TRIPS Agreement*, above n 3, p. 257

44 The World Intellectual Property Organization (WIPO), *World Intellectual Property Indicators 2010* (Geneva: World Intellectual Property Organization, 2010), p. 104

45 Phillips, above n 45, p. 180

level of legal protection given to design is narrow.⁴⁶ The design monopoly is easy to circumvent by making some other minor changes to a product's shape or appearance.⁴⁷ It is also more difficult to enforce industrial design protection than patent and trademark.⁴⁸ Since the incentive offered by industrial design protection is smaller but the cost and the length of registration process are not significantly different,⁴⁹ industrial design is – unsurprisingly - far less frequently sought than patent and trademark. The 2010 World Intellectual Property Indicators shows that only 656,000 industrial design applications⁵⁰ were filed around the world in 2008 as against 1.91 million patent⁵¹ and 3.3 million trademark⁵² applications.

5. Undisclosed Information (Trade Secrets)

Trade secrets are a form of IPRs which protect information which has commercial value used in a business. Before TRIPS, trade secrets were protected under common law rules set by courts or under unfair competition statutes.⁵³ Doubts about the availability of effective protection for trade secrets in developing countries became one reason to include the protection for trade secrets in the TRIPS Agreement. Every business, including SMEs, must possess essential and commercially valued information that becomes either the core or the support of the business. Therefore, the protection of trade secrets is needed for SMEs, whether they are located in developed or developing countries.

The protection of undisclosed information or trade secrets is granted in Article 39 of the TRIPS Agreement. This is the first time that the issue of undisclosed information has been governed specifically by international intellectual property convention beyond the general obligation in Article 10bis

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

48 Correa, *A Commentary on the TRIPS Agreement*, above n 3, p. 257

49 *Ibid.*

50 WIPO, *World IP Indicator*, above n 46, p. 98

51 *Ibid.*, p. 34

52 *Ibid.*, p. 74

53 UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS*, above n 16, p. 522

of the *Paris Convention*, which requires member countries to assure their nationals of effective protection against unfair competition.⁵⁴ Paragraph 1 of Article 39 requires member countries to protect undisclosed information in order to ensure effective protection against unfair competition as provided in Article 10bis of the Paris Convention. Nevertheless, there is no reference within Article 10bis of the Paris Convention to the protection of undisclosed information as an aspect of unfair competition. Paragraph 2 further specifies the requirements for proprietary information to obtain protection under the TRIPS Agreement. It must be ‘secret’, which means the information is not ‘generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question’. The information also must have commercial value because of its secret nature, and the person, who has legal control over it, must already be taking reasonable steps to keep the information secret.

Protection of undisclosed information, perhaps, is the most relevant form of IPRs for SMEs. With no registration requirement to obtain protection, the problems surrounding registration process — such as complicated procedures and expenses involved — would never be experienced by SMEs to obtain protection of undisclosed information. The requirements to obtain the protection stipulated in paragraph 2 are not difficult for SMEs to fulfill. Even, the third requirement, ‘taking reasonable steps to keep the information secret’, has been practiced by SMEs long before undisclosed information became a category of IPRs. SMEs have their own methods to preserve the confidentiality of their valuable business information, which may not involve any legal instrument, such as a contract. For example, one study which analysed methods of trade secret protection in the Indonesian pharmaceutical manufacturing industry in 2000 discovered that most of Indonesian SMEs in traditional herbal drug industry keep their trade secrets only within their close family circle, and they assign their employees with different works to prevent them knowing the whole process of production.⁵⁵

54 Blakeney, *A Concise Guide to the TRIPS Agreement*, above n 38, p. 102

55 Cita Citrawinda Priapantja, *Budaya Hukum Indonesia Menghadapi Globalisasi: Perlindungan Rahasia Dagang di Bidang Farmasi [Legal Culture of Indonesia in Encountering Globalization: Trade Secret Protection in Pharmaceutical Industry]* (Chandra Pratama, 3rd ed, 2005).

C. Conclusion

The IP standards of protection provisions within the TRIPS Agreement discussed in this paper are relevant for SMEs in developing countries; however, because of the different nature of protection, the level of relevance of such IPRs varies between one industry and another. Copyright, trademarks, GI, industrial designs and trade secrets have been significant forms of IPRs to protect assets of SMEs working in the various industries which normally exist in developing countries, such as handicrafts, traditional herbal medicines, and small manufacturing industries.

Even though these IPRs provide benefits for SMEs, the requirements that must be fulfilled to obtain protection under such IPRs could pose problems for SMEs in developing countries. The challenge for SMEs to obtain IPRs protection is not only to satisfy substantive requirements, but also administrative ones. Substantive requirements include, for instance, the originality requirement to obtain copyright protection. This has proved impossible for those involved in the traditional *batik* industry due to the fact that many traditional batik motifs have been known for centuries. To satisfy administrative requirements, such as registration, SMEs may also face problems such as an inefficient bureaucracy and corruption problems surrounding the IPRs registration process in developing countries.

BIBLIOGRAPHY

A. Books

Blakeney, Michael. *International Intellectual Property Jurisprudence after TRIPS*

Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour William R. Cornish. Cambridge: Cambridge University Press, 2004

Blakeney, Michael. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement*. London: Sweet & Maxwell, 1996

- Correa, Carlos M. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights :A Commentary on the TRIPS Agreement*. Oxford: Oxford University Press, 2007
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *OECD SME and Entrepreneurship Outlook* (The Secretary-General of the OECD, 2005)
- Phillips, Jeremy. 'Protecting Values in Industrial Designs' in Carlos M Correa and Abdulqawi A Yusuf (eds), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. London: Kluwer Law International, 1998
- Priapantja, Cita Citrawinda. *Budaya Hukum Indonesia Menghadapi Globalisasi: Perlindungan Rahasia Dagang di Bidang Farmasi [Legal Culture of Indonesia in Encountering Globalization: Trade Secret Protection in Pharmaceutical Industry]*. Jakarta: Chandra Pratama, 2005
- UNCTAD-ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development. Cambridge: Cambridge University Press, 2005
- World Intellectual Property Organization. *Creative Expression: An Introduction to Copyright and Related Rights for Small and Medium-sized Enterprises*, Intellectual Property for Business. Geneva: World Intellectual Property Organization, 2006
- World Intellectual Property Organization. *World Intellectual Property Indicators 2010*. Geneva: World Intellectual Property Organization, 2010

B. Thesis/ Seminar Papers

Faria, Sarah M, “Producers’ Perspectives towards the Geographical Indication Recognition Process in Brazil: An Analysis of Difficulties Found in the Process and Possible Improvements” (Master of Arts Thesis, Ohio University, 2010) <<http://etd.ohiolink.edu/send-pdf.cgi/Faria%20Sarah%20M.pdf?ohiou1280298282>>

C. Articles in Journal, Magazine, Newspaper and Internet

Gibson, Tom and van der Vaartindeed, H. J., “Defining SMEs: A Less Imperfect Way of Defining Small and Medium Enterprises in Developing Countries” *Brooking Global Economy and Development*, <http://www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2008/9/development%20gibson/09_development_gibso>, Last Accessed: 22 October 2012.

http://www.wto.org/english/tratop_E/trips_e/intel2_e.htm, “TRIPS: A More Detailed Overview of the TRIPS Agreement”, Last Accessed: 10 September 2012.

<http://www.wipo.int/about-ip/en/>, “What is Intellectual Property?”, Last Accessed: 22 October 2012.

http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/marks/tm_relevance.htm, “Why are Trademarks Relevant to the Success of Your SME?”, Last Accessed: 12 September 2012.

D. Legislations

Undang-Undang No 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman [Law No 29 of 2000 on Plant Variety Protection] (Indonesia)

Undang-Undang No 15 Tahun 2001 tentang Merek [Law No 15 of 2001 on Trademark] (Indonesia)

The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights forms Annex 1C to *the Agreement Establishing the World Trade Organisation*, opened for signature 15 April 1994, 1867 UNTS 3 (entered into force 1 January 1995) ('*TRIPS Agreement*' or '*TRIPS*')

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, opened for signature 24 July 1971, 828 UNTS 221 (entered into force 31 January 1972)

Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1967), opened for signature 13 January 1968, 828 UNTS 305 (entered into force 26 April 1970)

Issues related to the Extension of the Protection of Geographical Indications Provided for in Article 23 of the TRIPS Agreement to Products Other Than Wines and Spirits and Those Related to the Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, WTO Doc WT/GC/W/633 (21 April 2011) (Report by the Director General)

KETENTUAN HUKUM GLOBAL YANG BERDAMPAK NASIONAL: BAGAIMANA MENGHADAPINYA ?

Jamin Ginting

Fakultas Hukum UPH, Karawaci

jamin.ginting@uph.edu

Abstract

The world has become so interlinked that it is now truly a global village. As such, common concerns have arisen which can no longer be effectively addressed by one single nation. National sovereignty and security issues such as terrorism, piracy, human trafficking and migrant labor pose a major threat to international peace and security. Likewise, corruption, money laundering and other forms of economic crimes have taken on a transnational character and their impacts have been felt across borders. This paper will address ways in which such universal issues must be anticipated at the national level and to transform municipal legal systems to enable national governments to readily engage in international cooperation and global law-making to promote global peace and stability.

Keywords: *Global Legal System, National Law and Government Role*

A. Pendahuluan

Permasalahan-permasalahan nasional suatu negara pada era global ini bukan hanya berdampak bagi negara tersebut tetapi juga mempengaruhi kehidupan negara-negara lain terutama negara-negara yang memiliki hubungan perbatasan maupun kepentingan bilateral bahkan secara global. Isu demokrasi, korupsi dan *political development* awalnya merupakan masalah domestik tetapi jika tidak diselesaikan secara baik akan berkembang menjadi masalah global.¹ Apa yang terjadi di Negara-Negara Arab yang dimulai dari Tunisia, Mesir, Libya dan lain sebagainya yang disebut sebagai “*Arab Spring*”, memiliki dampak global terhadap Negara-Negara Arab dan Afrika Utara

1 Marty M. Natalegawa, “*Hubungan Internasional membutuhkan Pendekatan “Thinking Outside the Box”*”, *Tabloid Diplomasi* No. 55 Tahun V, 2012, hal. 5

khususnya dan dunia pada umumnya. Apa yang terjadi dalam suatu negara saat ini memiliki efek domino bagi negara lain, bahkan runtuhnya entitas ekonomi suatu perusahaan juga mengakibatkan lemahnya kemampuan global untuk bangkit, apa yang terjadi terhadap bangkrutnya *Lehman Brothers*, yang mengakibatkan krisis keuangan global pada tahun 2008, juga berdampak bagi ekonomi dunia pada umumnya. Peristiwa runtuhnya Gedung *World Trade Center (WTC)* pada tanggal 11 September 2001, merubah paradigma terhadap terorisme menjadi musuh bersama secara global. Dengan demikian apa yang menjadi bagian permasalahan lokal akan sangat berdampak pada dunia global. Istilah-istilah yang dilontarkan oleh para futurist seperti Josua Meirowitz, Keinichi Ohmade, John Naisbitt dan bahkan Alvin Toffler tidak cukup membuat orang tersadar dari tidurnya bahwa dunia telah mengglobal (*The world was to be global*). Apa yang dimaksud oleh Keinichi Ohmahe suatu dunia yang menjadi *the global village* atau John Naisbitt yang menyebutkan sebagai *the real economy of an interlinked world* dan John Naisbitt yang menyebutkan dunia menjadi suatu *single economy* dalam *global economy-one market place*² telah menjadi suatu kenyataan pada saat ini.

Keadaan dunia yang telah mengglobal memunculkan suatu kumpulan negara yang memiliki karakteristik sosial, ekonomi dan geografis yang sama membentuk aturan regional atau bahkan yang bersifat global sehingga mucullah aturan-aturan global yang juga mempengaruhi kehidupan nasional disetiap negara, juga membentuk lembaga-lembaga internasional yang juga mengatur kepentingan lokal. Sementara itu perkembangan global telah membawa akibat lain yaitu adanya kekosongan hukum. Hukum tidak dapat mengikuti gerak laju pertumbuhan global, sehingga sering terjadi ketidakpastian hukum. Sebagai contoh, kasus sengketa *cyber crime* (kejahatan cyber), *domain name* yang melibatkan computer global (internet) dengan pemegang hak merek³, perdagangan dengan tanda-tangan elektronik (*electronic signature*) hal ini menyebabkan adanya upaya-upaya setiap negara mengadopsi dan membentuk aturan-aturan hukum yang mengantisipasi keadaan global yang terjadi.

2 Artikel Utama, Dampak Globalisasi Terhadap Hukum, Bisnis, dan Sosial Budaya, *Jurnal Keadilan* Vol. 1 No. 4, 2001, hal. 1

3 Ibid. hal. 2

B. Rumusan Masalah

Keberadaan dunia global yang semakin terus berkembang yang mengakibatkan hilangnya batasan-batasan hukum yang saling berhubungan, menjadikan hukum nasional banyak dipengaruhi oleh kepentingan global, berdasarkan hal tersebut dan latar belakang yang disampaikan dalam tulisan ini sehingga memunculkan rumusan masalah isu-isu hukum global apa saja yang berdampak nasional dan bagaimana hukum nasional menghadapinya ?

C. Landasan Konseptual

Max Weber⁴ menyayangkan bahwa banyak negara-negara berkembang tidak dapat secara cepat mampu masuk dalam pasar global karena sistem hukum yang dianut masih bercirikan tradisional yang tidak otonom karena sangat tergantung kepada kekuasaan. Max Weber mengatakan bahwa Negara-negara berkembang memerlukan hukum modern yang dapat mendukung pembangunan. Hukum modern tersebut harus *predictability* (dapat menjamin kepastian hukum), *stability* (dapat menyeimbangkan nilai-nilai yang bersaing dalam masyarakat), *fairness* (dapat memberikan keadilan kepada masyarakat), *education* (memberi pendidikan dan sosialis), dan didukung oleh *special ability of the lawyer*. Hukum yang demikian menurut Weber dapat menjaga dan memelihara pasar, berlaku universal dan dapat diterima oleh semua Negara.

Keadaan terlambatnya aturan hukum nasional mengadaptasi terhadap hukum-hukum yang berlaku secara universal mengakibatkan lemahnya posisi Indonesia jika berhadapan dengan permasalahan-permasalahan internasional yang memiliki kepentingan nasional, apa yang terjadi terhadap sengketa kepulauan Sipadan dan Ligitan antara Indonesia dan Malyasia di *International Court of Justice*, Hague Belanda, menunjukkan tidak siapnya untuk mengetahui ketentuan hukum internasional yang dapat diterapkan di Indonesia agar dapat membuktikan upaya-upaya kita mendiami suatu pulau,

4 David M. Trubek, Max Weber On Law and The Rise of Capitalism dalam Artikel Utama, "Dampak Globalisasi Terhadap Hukum, Bisnis, dan Sosial Budaya", Jurnal Keadilan Vol. 1 No. 4, 2001, hal. 3

hal lain juga terjadi terhadap batas-batas wilayah Malaysia dan Indonesia diperbatasan di Kalimantan dengan kasus desa camar bulan, Temajuk. Masalah buruh migran juga peristiwa dugaan pencurian organ tubuh 3 Tenaga Kerja Indonesia asal Nusa Tenggara Barat juga mengalami hambatan untuk pembuktiannya.

Pergerakan globalisasi tentu akan menabrak sistem-sistem hukum yang ada sehingga mau tidak mau kita harus menyesuaikan sistem hukum yang dengan sistem hukum yang universal yang digunakan banyak digunakan dalam dunia Internasional. Kondisi Indonesia saat ini harus dapat menerima konsep-konsep hukum universal yang banyak mengadopsi hukum *common law system*, mau tidak mau, suka tidak suka, sistem global ekonomi yang dimiliki saat ini kita gunakan telah banyak mengacu pada konsep-konsep negara *common law system*. Oleh karena itu pengadopsian sistem hukum terhadap sistem hukum yang universal sudah mendesak untuk dilakukan, misalnya dalam pengaturan dalam tindak pidana korupsi apa yang diatur dalam UNCAC 2003 (*United Nation Convention Against Corruption*) harus dapat diadopsi seperti dalam hal pembuktian terbalik dan penerapan korupsi di sektor swasta sudah selayaknya diterapkan apalagi dalam OECD Convention ditekankan untuk melakukan pembatasan terhadap korupsi oleh pejabat negara asing dalam transaksi perdagangan internasional (*Combating Bribery In International Business Transactions*)

D. Metode Penelitian

Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif (penelitian hukum kepustakaan), yaitu prinsip-prinsip dan kaidah-kaidah hukum dalam melihat sejauh mana peran hukum nasional menghadapi dunia global yang semakin berkembang, sehingga perlu diperhatikan khususnya yang menyangkut perkembangan hukum yang bersentuhan langsung dengan kepentingan publik/masyarakat secara nasional yang juga berdampak global. Bahan hukum yang digunakan adalah bahan primer, berupa peraturan perundang-undangan yang berlaku secara nasional maupun internasional, seperti Konvensi PBB Anti Kejahatan Terorganisir Lintas

Negara(*United Nations Convention Against Transnational Organized Crime* 2000 (UNCATOC)) dan berdasarkan resolusi Majelis Umum No. 53/111 tanggal 9 Desember 1998, Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Aviation (1988), Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2006 Tanggal 5 April 2006, *International Convention For the Suppression of Financing of Terrorism* 1999 dan lain-lain, Bahan hukum sekunder, terdiri dari literatur-literatur yang relevan dengan tulisan ini serta bahan hukum tersier berupa bahan-bahan hukum refrensi pendukung seperti kamus dan berita-berita yang berhubungan dengan judul penelitian ini. Penelitian ini menggunakan pendekatan perbandingan (*comparative approach*) dan pendekatan sejarah (*history approach*).⁵ Yang dimaksud dengan pendekatan perbandingan adalah dilakukan dengan membandingkan konsep-konsep hukum global dan hukum nasional dan pendekatan historis dilakukan dalam kerangka pelacakan peraturan-peraturan global dan nasional untuk memahami filosofi dari aturan hukum dari waktu ke waktu.⁶

E. Peran Pemerintah

Untuk membangun payung hukum peningkatan kerjasama dengan negara-negara sahabat, sepanjang tahun 2011 Pemerintah Indonesia telah menandatangani setidaknya 146 perjanjian internasional, dimana 131 diantaranya adalah perjanjian bilateral. Selain itu, Indonesia juga telah meratifikasi 26 perjanjian, dimana hampir 90% merupakan perjanjian bilateral dan lebih dari 60% diantaranya adalah di bidang perekonomian. Sejak Indonesia mengemban amanat sebagai Ketua ASEAN pada tahun 2011, selaras dengan tema “*ASEAN Community in a global community of nations*” Indonesia telah mengidentifikasi 3 prioritas kekuatan Indonesia yang juga telah dikukuhkan sebagai prioritas ASEAN tahun 2011, yaitu memastikan adanya kemajuan yang signifikan dalam pencapaian Komunitas ASEAN menciptakan kawasan yang kondusif bagi pembangunan menggulirkan visi

5 Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005), hal. 93

6 *Ibid*, hal. 126

ASEAN pasca 2015 yaitu peran ASEAN yang lebih besar dalam mengatasi permasalahan global yaitu sikap ASEAN dalam berbagai isu global.⁷

Jika melihat apa yang dilakukan pemerintah dalam dunia global saat ini, maka upaya perbaikan bukan hanya dengan meratifikasi suatu perjanjian internasional atau melakukan perjanjian bilateral saja tetapi lebih kepada membuat aturan-aturan hukum yang mengakomodir perjanjian internasional yang diratifikasi tersebut dengan perangkat hukum nasional agar dapat dilaksanakan dan diterapkan sehingga bukan sebagai pajangan yang tidak dapat diterapkan, demikian pula dalam hal perjanjian bilateral, harus ada keuntungan yang signifikan dengan melihat kepentingan rakyat, bangsa dan negara, sebelum melakukan perjanjian harus dikaji terlebih dahulu dampak yang mendalam dan pentingnya perjanjian bilateral tersebut sehingga rakyat Indonesia dapat mendapatkan keuntungan yang optimal dalam suatu perjanjian bilateral tersebut.

Apa yang diperankan Indonesia pada ASEAN pada masa kepemimpinannya telah banyak mengubah tatanan hukum global yang dirasakan bukan hanya bagi negara-negara ASEAN tetapi juga bagi negara-negara lain yang juga berkepentingan dengan negara-negara ASEAN, seperti negara-negara dalam East Asian Summit (EAS) yang terdiri dari ASEAN +8, negara-negara yang tergabung dalam Konfrensi Asia Afrika, APEC dan lain sebagainya. Selain itu Presiden Republik Indonesia Bapak Susilo Bambang Yudhoyono juga telah terpilih sebagai satu Ketua Bersama (co-chairs) dalam Panel Tingkat Tinggi (*High-Level Panel of Eminent Persons*) untuk agenda pembangunan pasca 2015 yang dibentuk Sekjen PBB, Ban Ki-Moon, sebagai upaya melakukan akselerasi langkah dan pembahasan Post 2015 Development Agenda setelah KTT Pembangunan Berkelanjutan (Rio+20), dengan peran ini artinya kedudukan Indonesia semakin diperhitungkan untuk mewujudkan pembangunan millennium (*Millennium Development Goals/MDGs*).⁸

7 Marty M. Natalegawa, Pidato Pernyataan Tahunan Menteri Luar Negeri Republik Indonesia, Jakarta, 4 Januari 2012, hal. 3

8 Redaksi, Presiden SBY Jadi Ketua Bersama Panel Tinggi Sekjen PBB, *Tabloid Diplomasi* No. 55 Tahun V, 2012, hal. 24

F. Permasalahan Diplomasi Terhadap Hukum Global Yang Berdampak Nasional

Permasalahan-permasalahan hukum nasional saat ini yang sangat berpengaruh terhadap hubungan diplomasi dan kerjasama dengan negara-negara lain antara lain adalah pemasalahan, Pertahanan, Perdagangan Manusia (*Human Trafficking*) dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia (*Migrant Workers*), Korupsi dan bentuk-bentuk Trans-national Crime lainnya seperti Pencucian Uang (*Money Laundering*), Penyyuapan Pejabat Publik Negara Asing dalam Transaksi Perdagangan International (*Bribery in foreign public official in International Business Transaction*).

1. Permasalahan Pertahanan

Pertemuan Menteri Pertahanan se-Asia Tenggara (*ASEAN Defense Ministers Meeting/ADMM*) yang merupakan wadah diplomasi pertahanan multilateral di kawasan Asia Tenggara semakin menunjukkan eksistensinya. Pada tanggal 29-30 Mei 2012 di Phnom Penh, Kamboja telah diadakan pertemuan yang merupakan pertemuan yang keenam yang mengambil tema “Meningkatkan Persatuan ASEAN untuk Harmonisasi dan Komunitas yang Aman”. Permasalahan pertikaian batas wilayah, keamanan maritime, terrorisme merupakan hal yang sering terjadi dengan negara-negara tetangga dalam Pertemuan ADMM ini membuka kesempatan bagi negara-negara kawasan yang saling bersitegang untuk bertemu secara bilateral. Saat ini juga ADMM telah ditingkatkan dengan ‘ADMM Plus’ dimana semua menteri Pertahanan ASEAN bertemu dengan menteri-menteri dari Amerika Serikat, RRC, Australia, Slandia Baru, Korea Selatan, Jepang, India dan Rusa. Sehingga dimungkinkan untuk membuka kerjasama pertahanan global, seperti pertukaran pengalaman dalam misi keselamatan bencana alam, kesehatan militer (*military medicine*), penjaga perdamaian, terrorisme dan tantangan-tantangan keamanan global lainnya. Kebijakan dan pembahasan dalam ADMM merupakan payung yang memberikan kekuatan dan dukungan sebagai *force multiplie* bagi pertemuan informal yang melibatkan angkatan bersenjata negara-negara ASEAN sejak tahun 2001, misalnya pertemuan

ASEAN Chief of Defense Force Informal Meeting, ASEAN Special Senior Official's Meeting, ASEAN Chiefs of Army Multilateral Meeting, ASEAN Navy Interaction, ASEAN Air Force Chiefs Conference, ASEAN Military Intelligence Meeting, dan ASEAN Armies Rifles Meet. ADMM sebagai *force multiplier*⁹. Dengan demikian upaya-upaya diplomasi sangat penting dalam ADMM ini terlebih peran Indonesia sebagai negara yang memimpin usaha-usaha perdamaian dan keamanan di wilayah ASEAN dan untuk lebih meningkatkan kerjasama penyelesaian semua konflik regional, kapasitas kesenjangan, dan mengkaji kemajuan kerja sama dalam keamanan maritim, kedokteran militer, bantuan kemanusiaan dan bantuan bencana, operasi pemeliharaan perdamaian dan kontra-terorisme. Melihat ketentuan hukum pertahanan dan keamanan yang ada di Indonesia sebagaimana diatur dalam UU No. 20 Tahun 1982 tentang Pokok-pokok Pertahanan Keamanan Negara R.I, yang dirubah menjadi UU No. 3 Tahun 2002 tentang “Pertahanan Negara” pada hakekatnya merupakan bagian dari manajemen pertahanan, yaitu aturan pokok bagaimana mengelola pertahanan keamanan negara, sehingga perlu ada mengadopsi kerjasama-kerjasama untuk menyesuaikan prinsip-prinsip dalam ketentuan nasional keamanan negara. Deklarasi untuk melakukan kerjasama diantara negara ASEAN dalam bidang keamanan dalam ADMM tersebut harus ditindaklanjuti dengan upaya-upaya kerjasama nyata diantara para anggota ADMM sehingga dapat menciptakan agenda kerja (*action plan*) yang dapat diimplementasikan dalam disetiap negara-negara anggota ASEAN termasuk di Indonesia, misalnya meningkatkan pertukaran perwira militer dalam rangka peningkatan mutu dan rasa kebersamaan serta kerjasama dibidang teknologi kemiliteran atau bahkan untuk menciptakan pembangunan ASEAN *Regional Defense Univerity*¹⁰. Membuat role model dan standarisasi penyelesaian konflik perbatasan dengan menjaga konsep-konsep kebersamaan dengan meningkatkan patroli bersama atau membuat *grand design* kebaruaran pemetaan batas-batas wilayah yang berpotensi

9 Tim Departemen Politik dan Hubungan Internasional dan Tim Departement Ekonomi CSIS, *Menyongsong Kepemimpinan Indonesia di ASEAN Tahun 2011* (Jakarta: Kumpulan Tulisan, 2011), hal. 61

10 Ibid. hal. 63

konflik dengan berbasis ASEAN. Peningkatan pertemuan ini untuk membicarakan peran serta ASEAN dalam keamanan dunia dengan membawa konsep-konsep perdamaian serta peningkatan kemampuan Sumber Daya Manusia para perwira dengan kerjasama dengan negara-negara yang telah memiliki teknologi kemiliteran.

2. Perdagangan Manusia dan Tenaga Kerja Migran

Perdagangan orang (manusia) dalam *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime* Tahun 2000, adalah :

(a)... The recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of person, by means of threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other form of sexual exploitation, forced labour services, slavery or practices similar to slavery, servitude or forced labour services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.

((a)... rekrutmen, transportasi, pemindahan, penyembunyian atau penerimaan seseorang, dengan ancaman atau penggunaan kekerasan atau bentuk-bentuk tekanan lain, penculikan, pemalsuan, penipuan atau pencurangan, atau penyalahgunaan kekuasaan atau posisi rentan, ataupun penerimaan/pemberian bayaran, atau manfaat sehingga memperoleh persetujuan dari orang yang memegang kendali atas orang tersebut untuk dieksploitasi yang minimal termasuk eksploitasi lewat prostitusi atau bentuk-bentuk eksploitasi seksual lainnya, kerja atau pelayanan paksa, perbudakan atau praktek-praktek yang menyerupainya, adopsi ilegal atau pengambilan organ-organ tubuh”).

Perdagangan manusia merupakan bagian upaya menjadikan manusia sebagai komoditas yang dapat dieksploitasi dan dikomersialisasi untuk kepentingan orang-orang tertentu yang mendapatkan keuntungan secara tidak

sah. Tujuan mengarah pada perbudakan, eksploitasi seksual, penjualan organ-organ tubuh, digunakan sebagai alat kriminalitas dan perdagangan narkoba, merupakan kejahatan kemanusiaan serius dan melanggar hak asasi manusia yang tentu dimusuhi oleh setiap bangsa-bangsa, sehingga jika ada pelanggaran terhadap hal ini oleh suatu negara atau orang tertentu hal ini merupakan pelanggaran terhadap prinsip-prinsip *Nuremberg Principles 1950*.¹¹ Jika ada negara yang melindungi dan bahkan membantuk dalam perdagangan manusia ini dapat dimintakan untuk diadili dalam peradilan Internasional. Instrumen lain yang menjadi dasar hukum internasional sehubungan adalah pemberantasan korupsi dalam Konvensi PBB Anti Kejahatan Terorganisir Lintas Negara (*United Nations Convention Against Transnational Organized Crime 2000 (UNCATOC)*) dan berdasarkan resolusi Majelis Umum No. 53/111 tanggal 9 Desember 1998, PBB membentuk sebuah komite ad hoc antar pemerintah tanpa batasan dengan tujuan mengelaborasi sebuah konvensi internasional yang komprehensif untuk melawan kejahatan transnasional yang terorganisir yang kemudian menetapkan Protokol Palermo, yaitu suatu protocol untuk pencegahan, penekanan dan penghukuman perdagangan manusia, khususnya perempuan dan anak untuk melengkapi konvensi PBB terhadap kejahatan transnasional yang terorganisir, pada tanggal 15 Nopember 2000. Pasal 9 point (4) Protokol tersebut mengharapkan agar negara-negara pihak untuk mengambil atau memperkuat langkah-langkah lain, termasuk melalui kerjasama bilateral atau multilateral, untuk menekan factor-faktor yang menyebabkan orang-orang, terutama perempuan dan anak-anak, menjadi rentan terhadap perdagangan, seperti misalnya kemiskinan, keterbelakangan pembangunan dan kurangnya kesempatan yang setara.

11 Pada Tahun 1950, Majelis Umum PBB mengeluarkan sebuah resolusi yang disepakati oleh semua anggota, yang mengambil prinsip hukum internasional, yaitu : a) adanya pertanggungjawaban individu secara hukum (*individual liability*) atas kejahatan berat; b) dalam kaitannya dengan kejahatan beart, maka hukum internasional mengalahkan hukum domestic, c) tidak ada kekebalan bagi kepala negara atau aparat negara untuk kejahatan berat; dll. (Galuh Wandita, dkk, *Hukum Pidana Internasional dan Perempuan: Sebuah Buku Acuan untuk Praktisi*, (Jakarta:Publikasi Komnas Perempuan, 2011), hal. 33

Upaya-upaya diplomasi perjanjian untuk mencegah perdagangan antara lain pengetatan pengawasan wilayah perbatasan dan batas luar suatu wilayah negara yang rentan sebagai pintu masuk perdagangan manusia, mengadakan pelatihan bersama penanggulangan penyeludupan orang dan penyalahgunaan tenaga kerja legal yang diperjualbelikan untuk diperdagangkan. Pengetatan dokumen-dokumen yang perlukan untuk keluar masuk wilayah perbatasan untuk menghindari adanya upaya penyalahgunaan dokumen dan praktek suap terhadap pejabat-pejaba di negara masing-masing untuk kepentingan pribadi dengan cara memudahkan keluar masuk orang di wilayah perbatasan tanpa dokumen resmi.

*UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Member of Their Families*¹² 2010, memberikan istilah buruh migran (*migrant worker*) mengacu pada seseorang yang akan, tengah atau telah melakukan pekerjaan yang dibayar dalam suatu negara di mana ia bukan warganegara. Konvensi tersebut telah ditanda-tangani oleh Indonesia pada tahun 2004, tetapi realisasi ratifikasi konvensi tersebut baru disyahkan pada tahun 2012, ratifikasi terhadap konvensi ini memberikan perlindungan hukum baru terhadap buruh migran dan keluarganya dimulai dari persoalan-persoalan pra penempatan, penempatan dan paska penempatan. Seperti persoalan kelembagaan dalam penempatan dan pengiriman PJKTI antara Departemen Tenaga Kerja dan BNP2TKI dimana dalam Pasal 95 UU No. 39 Tahun 2004 menunjukkan bahwa pelaksana penempatan dan perlindungan dilakukan oleh BNP2TKI, tetapi dalam prakteknya perlindungan dan laporan ketenagakerjaan lebih banyak dilakukan dan disampaikan ke Kedutaan Besar Republik Indonesia yang mengakibatkan tidak efektifnya perlindungan TKI di Luar Negeri yang dilakukan oleh BNP2TKI yang seharusnya memiliki

12 Istilah anggota keluarga (*member of their families*), mengacu pada orang-orang yang kawin dengan buruh migran atau mempunyai hubungan dengannya, yang menurut hukum yang berlaku berakibat sama dengan perkawinan, dan juga anak-anak mereka yang dibawah umum dan orang-orang lain yang menjadi tanggungan mereka yang dianggap sebagai anggota keluarga menurut ketentuan undang-undang yang berlaku, atau menurut perjanjian bilateral atau multilateral antara negara-negara yang bersangkutan (Pasal 4 UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Member of Their Families 2010)

akses paling tidak menempatkan orang-orangnya di setiap negara-negara yang banyak menempatkan TKI. Walaupun perlindungan TKI sebagai bagian dari perlindungan hak asasi manusia secara universal yang dianut oleh seluruh bangsa-bangsa, tetapi setiap negara yang berkepentingan untuk membuat perjanjian bilateral (*agreement*) untuk dapat memberikan kepastian hukum terhadap perlindungan tenaga kerja migran selama bekerja di tempat negara tujuan dan kembali ke negara asal, permasalahan mungkin timbul jika ratifikasi konvensi ini dilakukan oleh salah satu pihak negara saja sehingga upaya maksimal untuk melindungi pihak pengirim tenaga kerja semakin lemah, sehingga perlu adanya upaya hukum dari negara pengirim tenaga kerja seperti Indonesia, untuk melakukan perjanjian bilateral bagi negara-negara yang menggunakan tenaga TKI untuk membuat perjanjian bilateral dalam rangka perlindungan TKI kita, selain itu juga berusaha dengan jalur diplomasi untuk memasukkan prinsip-prinsip *UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Member of Their Families*¹³ 2010, dalam kesepakatan-kesepakatan regional seperti dalam kesepakatan negara-negara ASEAN atau negara-negara yang tergabung dalam negara-negara Islam (*Organization of Islamic Cooperation/OIC*), sehingga walaupun negara tujuan TKI tidak meratifikasi UN Convention 2010 tersebut paling tidak ada pengikatan untuk membentuk komisi perlindungan terhadap buruh migran.

Permasalahan mendasar perlu dilakukan upaya diplomasi pengetatan aturan terhadap pekerja buruh migran kita yang diperkerjakan dalam pekerjaan non formal agar, setiap negara penerima buruh migran untuk menghukum pengguna tenaga kerja jika sengaja atau tidak melaporkan memperkerjakan buruh migran dan mengeksploitasi buruh migran yang tidak sesuai dengan prinsip-prinsip perlindungan buruh migran dan hak asasi manusia, selain

13 Istilah anggota keluarga (*member of their families*), mengacu pada orang-orang yang kawin dengan buruh migran atau mempunyai hubungan dengannya, yang menurut hukum yang berlaku berakibat sama dengan perkawinan, dan juga anak-anak mereka yang dibawah umum dan orang-orang lain yang menjadi tanggungan mereka yang dianggap sebagai anggota keluarga menurut ketentuan undang-undang yang berlaku, atau menurut perjanjian bilateral atau multilateral antara negara-negara yang bersangkutan (Pasal 4 *UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Member of Their Families* 2010)

itu peran pemerintah juga harus ada perlindungan hukum terhadap buruh migran kita yang memiliki masalah hukum tentu peran konsulat jendral dan kedutaan besar Indonesia sangat penting dalam membangun komunikasi dan perlindungan hukum bagi permasalahan TKI di luar negeri.

3. Terrorisme

Permasalahan terorisme sekarang ini lebih merupakan permasalahan yang bersifat global daripada permasalahan nasional dampak yang ditimbulkan justru ditujukan bagi orang-orang ataupun kepentingan-kepentingan asing yang ada disuatu negara, sehingga penyelesaian ataupun untuk meminimalisasi dampak terorisme ini tidak dapat dilakukan oleh suatu negara sendiri tetapi harus dilakukan secara global dan berkesinambungan, peran setiap negara dalam rangka penanggulangan terorisme harus diwujudkan dalam suatu perjanjian regional maupun multilateral sehingga upaya-upaya pemerintah lokal dapat terwujud dengan nyata. Sebagai suatu kejahatan luar biasa yang dapat mengancam keamanan dunia dan berdampak sosial yang sangat luas, peran penting lembaga-lembaga global dalam melakukan perundingan dan usaha-usaha untuk meningkatkan keamanan setiap negara dan disetiap regional masing-masing negara dirasakan sangat penting. Kerjasama multilateral tersebut telah banyak dilakukan bahkan Majelis umum PBB mengeluarkan sejumlah resolusi dan membahas isu tersebut dalam Sidang tahunan Majelis Umum PBB. Dewasa ini, Majelis Umum PBB telah merampungkan berbagai konvensi dan instrumen hukum terkait penanggulangan terorisme, dan sejak tahun 2000 juga mulai melakukan negosiasi draft "*Comprehensive Convention on International Terrorism*". Sedangkan Dewan Keamanan PBB juga telah mengesahkan sejumlah resolusi terkait terorisme, khususnya resolusi No. 1267 (tahun 1999) terkait rezim sanksi Al-Qaida, dan resolusi no. 1373 (tahun 2001) terkait pendanaan terorisme. Badan-badan dalam sistem PBB, seperti *Terrorism Prevention Branch United Nations Office on Drugs and Crime (TPB-UNODC)*, *United Nations Counter-Terrorism Executive Directorate (UNCTED)*, *United Nations Counter-Terrorism Implementation Task Force (UNCTITF)* telah melakukan berbagai upaya penanggulangan terorisme dan

menyediakan bantuan teknis bagi negara anggotanya khususnya dalam rangka ratifikasi dan implementasi sejumlah instrumen hukum terkait pemberantasan terorisme dan implementasi resolusi-resolusi PBB.¹⁴

Indonesia sendiri telah menunjukkan komitmen melaksanakan ketentuan hukum internasional mengenai pemberantasan terorisme dan sejauh ini telah menjadi pihak 7 dari 16 instrumen internasional terkait terorisme, yaitu sebagai berikut:

1. *1963 Convention on Offences and Certain other Act Committed on Board Aircraft;*
2. *1970 Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft;*
3. *1971 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against Safety of Civil Aviation;*
4. *1980 Convention on the Physical Protection of Nuclear Material;*
5. *1999 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism;*
6. *1997 International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings;*
7. *Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material (CPPNM).*

Indonesia telah menandatangani *1988 Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Aviation (1988)*.¹⁵ Indonesia juga telah meratifikasi beberapa perjanjian Internasional sehubungan dengan pencegahan terorisme seperti *International Convention For the Suppression of Terrorist Bombing 1997* (Konvensi Internasional tentang Pemberantasan Pengeboman oleh Terorisme) disahkan oleh Pemerintah Republik Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2006 Tanggal 5 April 2006, *International Convention For the Suppression of Financing of Terrorism 1999* (Konvensi International Tentang Pemberantasan Pendanaan untuk Terorisme) disahkan oleh Pemerintah Republik Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2006 Tanggal 5 April 2006. Indonesia

14 <http://www.kemlu.go.id/Pages/IIssueDisplay.aspx?IDP=25&l=id> diakses pada tanggal 20 Juni 2012.

15 Ibid.

mulai memberlakukan ketentuan hukum berupa Perpu Nomor 1 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme dan Perpu Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Pemberlakuan Perpu No 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002, hal ini terus berkembang dengan ditetapkannya Perpu No. 1 Tahun 2002 menjadi Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme menjadi Undang-Undang. Pembuat undang-undang menempatkan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 ini sebagai peraturan payung dan bersifat koordinatif yang berfungsi memperkuat ketentuanketentuan di dalam peraturan perundang-undangan lainnya yang berkaitan dengan pemberantasan tindak pidana terorisme.

Ada beberapa solusi yang sering dikemukakan mengenai kejahatan terorisme, diantaranya adalah yang diungkapkan oleh mantan perdana menteri Kanada *Jean Chrétien* dalam enam poin khusus: 1) tindakan kedepan dalam memerangi terorisme haruslah bersifat global dan melibatkan semua komunitas dunia. 2) harus ada sebuah penerangan dan dialog khusus mengenai anggapan yang salah tentang ajaran Islam yang radikal dan fundamental, apalagi hal tersebut selalu terkait dengan tindakan terorisme tersebut. 3) kita harus mengerti terorisme dan seluruh faktor yang melatarbelakangi hal tersebut, sehingga dengan begitu akan mampu dan lebih mudah bagi kita dalam memberantas terorisme. 4) adanya partisipasi dari seluruh masyarakat dunia baik aktif maupun pasif dalam memerangi teroris sesuai dengan kemampuannya masing-masing, baik dalam bidang politik, ekonomi, sosial, dan lain-lain. 5) harus dapat dipastikan bahwa setiap sumber daya yang ada haruslah dikembangkan di setiap Negara, baik ekonomi maupun politik, dan dengan begitu rakyat akan sejahtera. 6) kita harus menghargai pluralitas dan heterogenitas dari setiap kebudayaan dan paham, dengan cara saling menghormati antara individu-individu yang hidup dalam satu komunitas.¹⁶

16 Jean Chrétien, *Against the Potential Environment of World Terrorism: Canadian Case*, (Jakarta: the Book Central Language And Cultural UIN Jakarta and konrad Adenauer Stiftung, 2004), hal. 85-86

Selain itu perlu dilakukan kerjasama internasional dalam penanggulangan terorisme di Indonesia, yang masih terus harus ditingkatkan adalah melakukan kerjasama di bidang “sharing informasi” mengenai jaringan teroris, kerjasama di bidang Pendidikan dan Pelatihan, kerjasama dalam bentuk operasional. Bentuk kerjasama internasional lainnya yaitu : *Capacity Building*, Teknik, dan *Border Control*. Prosedur Pelaksanaan Kerjasama Internasional ini dapat melalui : Perjanjian Ekstradisi, *Mutual legal assistance in criminal matters (MLA)*, *Transfer Sentence Person (TSP)*, *Handing Over*, *Best Practise*. Usaha yang dilakukan oleh pemerintah Indonesia dalam menanggulangi terorisme di lingkup regional adalah melalui forum ASEAN Chiefs of National Police. Polri juga menjalin kerjasama regional dan internasional di berbagai forum ASEAN, seperti : *ARF (ASEAN Regional Forum)*, dan *AMMTC (ASEAN Ministerial Meeting on Transnational Crime)*. *ASEAN Chiefs of Army Multilateral Meeting*, *Asia Pacific Economic Cooperation (APEC)*, dan *Asia-Europe Meeting (ASEM)*, secara rutin juga mengagendakan ancaman terorisme dan cara penanggulangannya.

4. Korupsi dan Trans-national Crimes

Instrumen International dalam penanganan tindak pidana korupsi telah memberikan ruang bagi setiap negara untuk melakukan kerjasama dalam penanganan tindak pidana korupsi, karena merupakan tindak pidana luar biasa (*extra ordinary crime*) dan biasanya aset hasil tindak pidana korupsi disembunyikan diluar negara korban (*victim state*), sehingga dapat dikatakan tindak pidana korupsi merupakan salah satu tindak pidana lintas batas negara (*trans-national crimes*). *United Nation Convention Against Corruption (UNCAC)* 2003 yang disahkan dalam Konferensi Diplomatik di Merida, Mexico pada bulan Desember 2003, telah mengatur sedemikian rupa bagi setiap negara yang meratifikasi konvensi tersebut untuk mengambil langkah-langkah diplomatik/mengadakan kerjasama dalam penanganan tindak pidana korupsi khususnya kerjasama teknis penanganan tindak pidana korupsi dan juga perjanjian kerjasama pengembalian pelaku dan aset tindak pidana korupsi

dengan menggunakan mekanisme perjanjian ekstradisi ataupun Mutual Legal Assistant. Selain UNCAC 2003 instrumen lainnya yang dapat digunakan adalah menggunakan *G-20 Anti Corruption Action Plan* dan *OECD Anti-Bribery Convention*, dalam konteks konvensi ini adalah melakukan kerjasama untuk memberantas tindakan penyuapan dalam transaksi internasional baik yang dilakukan swasta maupun pejabat publik. Konsentrasi dan penekanan dalam OECD Convention ini dikarenakan penyuapan dalam transaksi internasional dapat mendistorsi pasar dan menekan keberhasilan pembangunan ekonomi dan prinsip-prinsip pemberintahan yang baik, sebelumnya ada juga instrumen internasional dalam pemberantasan korupsi dalam Konvensi PBB Anti Kejahatan Terorganisir Lintas Negara (*United Nations Convention Against Transnational Organized Crime* 2000 (UNCATOC)).

Ada beberapa alasan diadakannya UNCACTOC ini antara lain: pertama, organisasi kejahatan sering kali melakukan tindak pidana korupsi dalam melakukan operasinya, kedua, efek korupsi berkembang lebih cepat dan sekedar memfasilitasi kejahatan serius. Hal tersebut sering mengakibatkan pejabat public bertindak merugikan kepentingan umum, ketiga, korupsi memicu tuntutan pasar ilegal, seperti pelanggaran-pelanggaran dalam bidang keimigrasian, perdagangan manusia atau human trafficking dll, keempat, PBB telah menaruh perhatian pada masalah korupsi dengan mendeklarasikan deklarasi anti korupsi dan penyuapan dalam transaksi bisnis internasional. Dalam UNCATOC tidak ditemukan tentang ketentuan pengembalian asset dan ketentuan secara eksplisit mengatur pengembalian asset seperti yang diatur dalam KAK 2003. Walaupun demikian UNCATOC mengatur instrument hukum yang penting dalam pengembalian asset: seperti identifikasi, pelacakan, pembekuan, perampasan, penyitaan dan kerjasama internasional untuk tujuan penyitaan dan penyerahan hasil tindak pidana atau kekayaan yang disita sebagaimana yang diatur dalam Bab 10 UNCATOC. Usaha-usaha diplomasi perlu dilakukan untuk meningkatkan kerjasama bukan hanya terhadap pelaku tindak pidana yang melarikan diri ke luar wilayah Indonesia dengan perjanjian ekstradisi tetapi juga upaya-upaya untuk mengembalikan uang negara yang dilarikan atau ditempatkan di

luar negeri, dibandingkan dengan negara-negara tetangga seperti Malaysia, Singapura dan Brunai, yang telah melakukan perjanjian MLA dengan negara-negara persemakmuran, Indonesia masih jauh dalam melakukan perjanjian MLA sehingga sulit bagi kita untuk mengejar ataupun membekukan ataupun mencairkan aset-aset hasil dari tindak pidana korupsi yang dilarikan ke luar wilayah Indonesia. Berdasarkan data, Indonesia baru meratifikasi perjanjian MLA tidak lebih dari 15 negara dan kegagalan kita untuk melakukan upaya-upaya untuk melakukan perjanjian MLA dengan negara-negara yang sering dijadikan tempat penyimpanan aset hasil kejahatan khususnya korupsi, seperti dengan Singapura dan Swiss. Khususnya dengan negara tetangga di Singapura harus ada upaya yang signifikan untuk melakukan upaya-upaya diplomasi melakukan MLA agar pemerintah dapat lebih kooperatif dan terbuka dalam memberikan informasi yang diperlukan terhadap aset-aset tindak pidana korupsi yang ditempatkan di wilayah singapura. Pengalaman terhadap diplomasi pengembalian aset tindak pidana korupsi Hendra Rahardja dalam kasus BLBI (Bantuan Likuiditas Bank Indonesia), Edy Tanzil (Bank Bappindo), Gayus Tambunan dan Nazaruddin, tentu akan mengakibatkan betapa pentingnya, diplomasi-diplomasi dengan negara-negara tujuan aset melalui pendekatan instrument international dan regional sehingga lebih cepat untuk menyelesaikan upaya-upaya penyelamatan aset hasil tindak pidana yang disembunyikan atau dilarikan ke luar negeri.

G. Kesimpulan

Upaya masyarakat internasional untuk memerangani dan menghapuskan kejahatan terhadap kemanusiaan semakin diintensifkan dengan diakuinya prinsip yurisdiksi universal, di mana setiap pelaku kejahatan tersebut dapat diadili di manapun, tanpa memperdulikan tempat perbuatan dilakukan, maupun kewewarganegaraan pelaku dan korban. Hal ini dimaksudkan untuk mewujudkan prinsip *no safe haven* (tidak ada tempat untuk berlindung) bagi pelaku kejahatan yang digolongkan ke dalam *hostis humanis generis* (musuh seluruh umat manusia). Keadaan ini bukan merendahkan hukum nasional yang harus tunduk kepada ketentuan hukum global yang sangat berpengaruh

terhadap kejahatan-kejahatan *ekstra-ordinary* tetapi juga dalam bidang ekonomi juga terjadi dampak besar ketentuan global yang harus dipatuhi dan dilaksanakan agar tidak terbelenggu oleh karena menaggungkan hukum nasional. Korupsi, Terrorisme, Korupsi, Pencucian Uang, Kejahatan Hak Asasi Manusia dan Kejahatan Lintas Negara, merupakan kejahatan yang seharusnya bukan saja mengutamakan ketentuan hukum nasional tetapi juga harus mengadopsi ketentuan hukum global karena apapun bentuk kegiatan dan akibat dari perbuatan atau tindakan dari kejahatan tersebut sangat berpengaruh terhadap kehidupan global.

Salah satu upaya untuk menghadapi hukum global yang terus merasuk dalam sistem hukum nasional adalah upaya politik dan diplomatik. Langkah pengambilan keputusan politik luar negeri menurut Snyder dalam essaynya "*Foreign Policy Decision Making*" dikatakan sedikitnya pengambilan keputusan dipengaruhi oleh tiga faktor utama: lingkungan internal, struktur dan perilaku sosial, serta lingkungan eksternal. Pengambilan keputusan luar negeri yang kemudian oleh elite politik dijadikan arah bagi kebijakan dan aksi yang akan diambil. Seperti dalam halnya suatu sistem, proses transformasi input dan output merupakan pencerminan dari pengelolaan politik luar negeri sebuah negara. Dalam arus globalisasi yang berkembang, diperlukan kecermatan dalam pengambilan keputusan politik luar negeri Indonesia, sehingga pada akhirnya tidak merugikan kepentingan nasionalnya. Politik bebas aktif Indonesia seharusnya menjadikan Indonesia dapat berperan besar dalam rangka partisipasinya di dunia Internasional di tengah-tengah arus globalisasi ini. Tidak hanya perihal itu saja; sebagai sebuah negara yang memiliki sumber kekayaan alam yang besar, Indonesia berpotensi mempunyai kekuatan di dunia internasional. Maka kedua hal ini seharusnya dapat membawa Indonesia menempati posisi yang cukup kuat di mata internasional.

DAFTAR PUSTAKA

- Chrétien, Jean, *Against the Potential Environment of World Terrorism: Canadian Case*, Jakarta: the Book Central Language And Cultural UIN Jakarta and konrad Adenauer Stiftung, 2004
- Irawadi Syamsudin, Didi, *Globalisasi Hukum*, Jakarta: Jurnal Keadilan Vol. 1 No. 4, 2001
- Jurnal Keadilan, *Dampak Globalisasi Terhadap Hukum, Bisnis, dan Sosial Budaya*, Jurnal Keadilan Vol. 1 No. 4, 2001
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005
- M. Trubek, David, *Max Weber On Law and The Rise of Capitalism* dalam Artikel Utama, *Dampak Globalisasi Terhadap Hukum, Bisnis, dan Sosial Budaya*, Jurnal Keadilan Vol. 1 No. 4, 2001
- Natalegawa, Marty M., *Pidato Pernyataan Tahunan Menteri Luar Negeri Republik Indonesia* Jakarta, 4 Januari 2012
- _____, *Hubungan International membutuhkan Pendekatan "Thinking Outside the Box"*, Tabloid Diplomasi No. 55 Tahun V, 2012
- Tabloid, Presiden SBY jadi Ketua Bersama Panel Tinggi Sejen PBB, Tabloid Diplomasi No. 55 Tahun V, 2012
- Tim Departemen Politik dan Hubungan Internasional dan Tim Departement Ekonomi CSIS, *Menyongsong Kepemimpinan Indonesia di ASEAN Tahun 2011*, Jakarta: Kumpulan Tulisan, 2011
- Wandita, Galuh, dkk, *Hukum Pidana International dan Perempuan: Sebuah Buku Acuan untuk Praktisi*, Jakarta: Publikasi Komnas Perempuan, 2011
- <http://www.kemlu.go.id/Pages/IIssueDisplay.aspx?IDP=25&l=id> diakses pada tanggal 20 Juni 2012.

DAMPAK PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI TENTANG ANAK LUAR KAWIN TERHADAP PERKEMBANGAN HUKUM PERDATA INDONESIA

Vincensia Esti Purnama Sari

Fakultas Hukum UPH, Karawaci

vincensia.sari@uph.edu

Abstract

The Constitutional Court Decision Number 46/PUU-VIII/2010 on children born out of wedlock has declared that Article 43 paragraph (1) of Law No. 1 of 1974 on Marriage is contrary to the 1945 Constitution and does not have legal binding force insofar as it limits the legal relationship of the child with the mother. The Constitutional Court Decision thus effectively recognized the existence of civil relations between father and child as long as the father's biological paternity can be proved by science and technology, or by any other means, or evidence under the law. This paper explores the legal and practical implications and impacts of this decision on family relations. It finds that in view thereof, there is a need to clarify the decision or to enact further rules and regulations on the implementation of Article 43 paragraph (1) Marriage Act in order to avoid confusion among members of the family involved and the community at large.

Keywords: children born out of wedlock, civil law

A. Pendahuluan

Munculnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Anak Luar Kawin (selanjutnya disebut Putusan MK tentang Anak Luar Kawin) menimbulkan berbagai diskusi baik dari kalangan akademisi, praktisi, dan para pemerhati Hukum Perdata di Indonesia. Isi Putusan MK

tersebut menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut UU Perkawinan) bertentangan dengan UUD 1945 sehingga tidak memiliki kekuatan hukum mengikat dan isi Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan dirubah menjadi : “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.”¹

Putusan MK tentang Anak Luar Kawin tersebut dilatarbelakangi oleh permohonan dari Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim (Pemohon I) dan Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono (Pemohon II yaitu anak dari Pemohon I) yang diajukan ke MK pada tanggal 14 Juni 2010. Berdasarkan semua hal yang telah diuraikan dalam Duduk Perkara, maka Pemohon memohon ke Mahkamah Konstitusi agar berkenan memberikan Putusan sebagai berikut :

1. Menerima dan mengabulkan Permohonan uji Materiil Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
3. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat dengan segala akibat hukumnya.²

Menurut Pemohon, Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan dianggap merugikan hak-hak konstitusional pemohon sebagai warga Negara Indonesia yang dijamin oleh Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan menyatakan bahwa: “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang

1 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Anak Luar Kawin, hal. 37

2 Ibid, hal. 11

berlaku”. Lebih lanjut Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menyatakan bahwa: “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.”

Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 menyatakan: “Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.” Ketentuan ini melahirkan norma konstitusi bahwa Pemohon yang merupakan warga Negara Indonesia memiliki hak yang setara dengan warga Negara Indonesia lainnya dalam membentuk keluarga dan melaksanakan perkawinan tanpa dibedakan dan wajib diperlakukan sama di hadapan hukum.

Selanjutnya Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 menyatakan bahwa: “Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.” Ketentuan ini melahirkan norma konstitusi bahwa anak Pemohon juga memiliki hak atas status hukumnya dan diperlakukan sama di hadapan hukum.

Lebih lanjut Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 menyatakan: “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.” Ketentuan ini mengandung makna bahwa setiap warga Negara Indonesia berhak memperoleh pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil dan diperlakukan sama di hadapan hukum.

Berdasarkan uraian duduk perkara dalam Putusan MK tentang Anak Luar Kawin, diketahui bahwa pada tanggal 18 Juni 2008, berdasarkan Putusan Pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) sebagaimana tercantum dalam amar Penetapan atas Perkara Nomor 46/Pdt.P/2008/PA.Tgrs, halaman ke-5, alinea ke-5, dinyatakan bahwa pada tanggal 20 Desember 1993, di Jakarta telah berlangsung pernikahan antara Pemohon I (Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim) dengan seorang laki-laki bernama Drs. Moerdiono, dengan wali nikah almarhum

H. Mochtar Ibrahim, disaksikan oleh 2 orang saksi, masing-masing bernama almarhum KH.M.Yusuf Usman dan Risman, dengan mahar berupa seperangkat alat sholat, uang 2.000 Riyal (mata uang Arab), satu set perhiasan emas, berliyan dibayar tunai dan ijab yang diucapkan oleh wali tersebut dan qobul diucapkan oleh laki-laki bernama Drs. Moerdiono.³

Merujuk pada Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, Pemohon menganggap bahwa Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tidak senafas dengan UUD 1945 dan merugikan hak-hak konstitusionalnya dikarenakan pernikahan yang telah dilaksanakan oleh Pemohon I secara ajaran Islam dan memenuhi rukun nikah Islam dianggap tidak sah oleh norma hukum yaitu UU Perkawinan. Berdasarkan alasan hukum inilah Pemohon mengajukan permohonan pada MK untuk melakukan *judicial review* terhadap UU Perkawinan khususnya Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1).

B. Rumusan Masalah

Bagaimanakah dampak Putusan MK tentang Anak Luar Kawin tentang Anak Luar kawin terhadap perkembangan Hukum Perdata Indonesia ?

C. Metode Penelitian dan Bahan Penelitian

Penulisan ini menggunakan metode penelitian normatif, karena mempunyai tujuan untuk mengkaji kualitas suatu norma. Norma yang akan dikaji adalah Pasal 43 ayat (1) KUHPPerdata sebagai hasil Putusan MK tentang Anak Luar Kawin.

Bahan - bahan hukum yang digunakan dalam penulisan ini terdiri dari 3 bahan hukum, yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Bahan hukum primer adalah bahan-bahan hukum yang sifatnya mengikat, yang terdiri dari: UU No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, UU No.34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia, UU No.23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan, Kitab

³ Ibid, hal. 3

Undang-Undang Hukum Perdata, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Anak Luar Kawin, PP No.9 Tahun 1975 Pelaksanaan Undang-undang No.1 Tahun 1974, Peraturan Pemerintah No.45 Tahun 1990 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah No.10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil, Kompilasi Hukum Islam. Bahan hukum sekunder adalah bahan-bahan yang bersifat memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer, yang terdiri dari buku-buku, makalah-makalah hasil seminar, jurnal ilmiah, yang berkaitan dengan materi penulisan ini. Bahan hukum tersier adalah bahan-bahan yang bersifat melengkapi bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, yang terdiri dari kamus dan informasi dari *website*.

D. Pengaturan, Pengertian, dan Keabsahan Perkawinan menurut Hukum Indonesia

Pengaturan Perkawinan di Indonesia terdapat di dalam Buku Kesatu Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata), UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Peraturan Pemerintah No.45 Tahun 1990 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah No.10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil, dan Pasal 63 UU No.34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia.

Namun, sejak berlakunya UU Perkawinan, pengaturan perkawinan di Indonesia tunduk pada UU tersebut, walaupun masih terdapat beberapa ketentuan yang diberlakukan karena UU Perkawinan belum mengaturnya secara tersendiri dan hal itu tidak bertentangan dengan UU Perkawinan.

Ketentuan hukum perkawinan yang telah diberlakukan sebelum munculnya UU Perkawinan dan sampai saat ini masih diberlakukan adalah sebagai berikut: ⁴

4 Rachmadi Usman, *Aspek-aspek Hukum Perorangan dan Kekeluargaan di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hal. 230

1. bagi orang-orang Indonesia asli beragama Islam berlaku hukum (perkawinan) Islam yang telah direplisir dalam Hukum Adat;
2. bagi orang-orang Indonesia asli lainnya berlaku hukum perkawinan adat;
3. bagi orang-orang Indonesia asli yang beragama Kristen berlaku *Huwelijksordonnantie Christen Indonesia* (Ordonansi Perkawinan Kristen Indoensia) Staatsblad 1933 Nomor 74);
4. bagi orang-orang Timur Asing lain-lainnya dan warga Negara Indonesia keturunan Timur Asing lain-lainnya tersebut berlaku hukum (perkawinan) adat dan agama mereka masing-masing;
5. bagi orang-orang Eropa dan warga negara Indonesia keturunan Eropa dan yang disamakan dengan mereka berlaku KUPerdata.

Ketentuan tersebut walaupun masih diberlakukan bukan berarti menghapuskan kedudukan UU Perkawinan menjadi tidak berlaku. Bagi seluruh warga Negara Indonesia yang akan melangsungkan perkawinan tetap harus mematuhi UU Perkawinan.

Untuk mengetahui maksud dan tujuan perkawinan, ada baiknya dibahas tentang pengertian dan tujuan perkawinan itu sendiri. KUHPerdata tidak menyatakan secara eksplisit apa yang dimaksud dengan perkawinan. Pasal 26 KUHPerdata hanya menyatakan bahwa “Undang-undang memandang soal perkawinan hanya dalam hubungan-hubungan perdata”. Dengan demikian, secara implisit dapat diketahui bahwa yang dimaksud dengan perkawinan menurut KUHPerdata hanya menyangkut hubungan-hubungan perdata yang diatur dalam Hukum Perdata, sehingga perkawinan dapat dianggap sah apabila telah memenuhi syarat-syarat yang ditentukan dalam KUHPerdata, sedangkan syarat-syarat dalam peraturan agama dapat dikatakan dikesampingkan.

Berbeda halnya dengan pengertian perkawinan menurut Pasal 1 UUPerkawinan yang menyatakan bahwa: perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri

dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Perkawinan menurut KUH Perdata merupakan hubungan keperdataan saja, sedangkan perkawinan menurut UU Perkawinan merupakan ikatan lahir batin berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Sejalan dengan itu Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan menyatakan bahwa : “perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.” Oleh karena itu perkawinan dapat dianggap sah apabila telah memenuhi aturan atau hukum perkawinan dari masing-masing agama dan kepercayaannya.

Menurut Scholten perkawinan adalah hubungan hukum antara seorang pria dengan seorang wanita untuk hidup bersama dengan kekal, yang diakui oleh negara.⁵ Scholten melihat perkawinan sebagai hubungan yang kekal yang berarti harus berlangsung abadi, seumur hidup pasangan suami istri dan disahkan oleh negara. Perkawinan ini harus dilakukan dengan mentaati peraturan perkawinan yang ditetapkan oleh negara. Apabila dikaitkan dengan UU Perkawinan di Indonesia, perkawinan yang diakui sah di Indonesia adalah perkawinan yang dilakukan berdasarkan agama dan kepercayaannya masing-masing. Dengan kata lain, sesuai pemikiran Scholten, tidak ada perkawinan di Indonesia yang dianggap sah apabila tidak dilaksanakan sesuai agama dan kepercayaannya.

Sejalan dengan hal itu Winarsih Imam Subekti mengungkapkan bahwa : “Perkawinan harus dilakukan menurut aturan agama yang dipeluk calon suami-istri, apakah harus sama agamanya, itu semua ditentukan oleh agama yang diakui Pemerintah dan pernikahan harus berdasarkan hukum agama lebih dulu, baru diadakan pencatatan di kantor pencatat perkawinan.”⁶

5 Scholten, dikutip dari Prawirohamidjojo dan Safoedin dalam buku F.X. Suhardana, *Hukum Perdata I*, (Jakarta: PT.Prenhallindo, 2001), hal. 88

6 Winarsih Imam Subekti, *Perkembangan Materi Buku I KUHPedata Tentang Orang Dalam Era Kemerdekaan*, disajikan dalam Lokakarya Mengenai penyegaran Mata Kuliah Hukum Perdata dalam rangka Penyempurnaan Silabus Hukum Perdata, yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Trisakti , Jakarta, 18 April 2006

Oleh karena itu, dengan terbitnya UU Perkawinan, maka peranan agama sangat penting dalam perkawinan. Agama menentukan sahnya perkawinan di Indonesia. Bagi mereka yang akan melangsungkan perkawinan di Indonesia harus mentaati hukum perkawinan menurut agama masing-masing, agar perkawinannya dianggap sah di Indonesia.

Keabsahan perkawinan seperti yang diatur dalam Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan membawa konsekuensi lanjutan bahwa perkawinan tersebut dicatatkan di negara (dalam hal ini Kantor Urusan Agama/KUA bagi yang beragama Islam maupun Kantor Catatan Sipil bagi non Islam), sesuai yang diatur dalam pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan.

Percatatan perkawinan dimaksudkan untuk mencapai tertib administrasi, agar dengan adanya bukti sah akta perkawinan yang diakui oleh negara maka negara dapat mengatur dan menjamin hak-hak yang timbul dengan adanya perkawinan itu sendiri. Hak-hak yang timbul misalnya hak untuk diakui bagi istri dan / atau anak-anak yang sah yang membawa konsekuensi pada pemeliharaan dan perlindungan terhadap istri dan atau anak yang sah, termasuk hak waris masing-masing.

E. Syarat-syarat Perkawinan menurut KUHPerdata dan UU Perkawinan

Kitab Undang-undang Hukum Perdata mengatur syarat-syarat perkawinan sebagai berikut:

Syarat perkawinan dibagi menjadi dua yaitu syarat materiil yang menyangkut tentang pribadi calon pasangan suami istri dan syarat formil yang menyangkut keabsahan dari perkawinan yaitu harus memenuhi persyaratan yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan.

Syarat materiil perkawinan diatur dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 49 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata terdiri dari:

1. Dalam waktu yang sama seorang laki-laki hanya diperbolehkan mempunyai satu orang perempuan sebagai istrinya, seorang perempuan hanya satu orang laki-laki sebagai suaminya (asas monogami).
2. Kesepakatan calon suami – istri.

3. Usia calon mempelai pria sudah mencapai 18 tahun dan calon mempelai wanita sudah mencapai 15 tahun.
4. Calon mempelai pria dan calon mempelai wanita tidak terikat dalam hubungan yang dilarang oleh Kitab Undang-undang Hukum Perdata untuk melangsungkan perkawinan.
5. Bagi seorang wanita (janda) yang akan melangsungkan perkawinan lagi, telah harus melewati tiga ratus hari semenjak perkawinan terakhir dibubarkan.
6. Untuk mengikatkan diri dalam perkawinan, bagi calon suami istri yang belum dewasa harus mendapatkan ijin dari orang tuanya atau wali
7. Bagi anak-anak luar kawin yang diakui secara sah, selama belum dewasa, tidak diperbolehkan melakukan perkawinan tanpa izin dari bapak dan ibu yang mengakuinya.
8. Bagi anak-anak luar kawin yang tidak diakui, selama belum dewasa tidak diperbolehkan melakukan perkawinan tanpa izin dari wali mereka.

Syarat formil perkawinan diatur dalam Pasal 50 sampai dengan Pasal 58 Kitab Undang-undang Hukum Perdata terdiri dari:

1. Semua orang yang akan melakukan perkawinan harus memberitahukan kehendak mereka kepada pegawai Catatan Sipil di tempat tinggal salah satu calon mempelai.
2. Sebelum perkawinan dilangsungkan, pegawai catatan sipil harus membuat pengumuman yang memberitahukan bahwa pada hari, tanggal, bulan, dan tahun tertentu akan dilangsungkan perkawinan antara calon suami istri yang namanya disebutkan di papan pengumuman.

Pengumuman tersebut berisi:

- a. Nama, nama depan, umur, pekerjaan dan tempat tinggal calon suami-istri termasuk bagi mereka yang pernah melangsungkan perkawinan sebelumnya diumumkan pula nama suami atau nama istri mereka dahulu.

b. Hari, tempat, dan jam pengumuman berlangsung.

Pengumuman ini ditanda tangani oleh pegawai catatan sipil dan harus ditempel selama sepuluh hari. Apabila dalam jangka waktu satu bulan terhitung sejak diumumkannya suatu perkawinan dan perkawinan tersebut belum terlaksana, maka bagi namanya yang disebutkan dalam pengumuman tersebut tidak boleh melangsungkan perkawinan, melainkan setelah terlebih dahulu dilakukan pengumuman sekali lagi.

Syarat-syarat perkawinan menurut UU Perkawinan diatur dalam Pasal 6 sampai dengan 12, sebagai berikut:

1. Perkawinan harus didasarkan atas perjanjian kedua calon mempelai.
2. Untuk melangsungkan perkawinan seorang yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun harus mendapat izin kedua orang tua. Apabila salah satu dari orang tua telah meninggal atau tidak cakap menyatakan kehendak, maka izin tersebut dapat diperoleh dari orang tua yang masih hidup atau orang tua yang cakap menyatakan kehendaknya. Apabila kedua orang tua sudah meninggal atau tidak cakap dalam menyatakan kehendak, maka izin tersebut dapat diperoleh dari wali, orang yang memelihara atau keluarga yang mempunyai hubungan darah garis lurus ke atas dan ke bawah selama mereka masih hidup dan cakap dalam menyatakan kehendaknya.
3. Usia calon mempelai pria sudah mencapai 19 tahun dan calon mempelai wanita sudah mencapai 16 tahun.
4. Calon mempelai pria dan calon mempelai wanita tidak terikat dalam hubungan yang dilarang oleh undang-undang untuk melangsungkan perkawinan.
5. Seseorang yang akan melangsungkan perkawinan tidak sedang berada dalam ikatan perkawinan dengan orang lain, kecuali dalam hal Pasal 3 ayat (2) dan Pasal 4 UU No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
6. Bagi suami istri yang telah bercerai kemudian kawin lagi satu sama lain dan bercerai lagi untuk kedua kalinya, maka mereka tidak boleh melangsungkan perkawinan, sepanjang hukum masing-masing agama atau kepercayaannya tidak menentukan lain.

7. Bagi seorang wanita (janda) yang akan melangsungkan perkawinan lagi, tidak sedang berada dalam waktu tunggu.

Menurut Pasal 39 PP No.9 Tahun 1975, waktu tunggu bagi seorang wanita (janda) diatur sebagai berikut:

- a. Apabila perkawinan putus karena kematian, waktu tunggu ditetapkan 130 (seratus tiga puluh) hari.
- b. Apabila perkawinan putus karena perceraian, waktu tunggu bagi yang masih berdatang bulan ditetapkan 3 (tiga) kali suci dengan sekurang-kurangnya 90 (sembilan puluh) hari dan bagi yang tidak berdatang bulan ditetapkan 90 (sembilan puluh) hari.
- c. Apabila perkawinan putus sedang janda tersebut dalam keadaan hamil, waktu tunggu ditetapkan sampai melahirkan.

F. Syarat-syarat Perkawinan menurut Hukum Islam

Menurut Pasal 4 Kompilasi Hukum Islam (KHI), perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut Hukum Islam sesuai dengan pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Syarat-syarat perkawinan menurut Hukum Islam diatur dalam Pasal 14 KHI, yang menyatakan sebagai berikut:

Untuk melaksanakan perkawinan harus ada :

- a. Calon Suami;
- b. Calon Isteri;
- c. Wali nikah;
- d. Dua orang saksi dan;
- e. Ijab dan Kabul.

G. Isi Keputusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-VIII/2010

Isi Keputusan MK tersebut yang sangat mendasar adalah perubahan pada Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, yaitu bahwa ⁷:

⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi, Op. Cit., hal. 37

1. Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan dianggap **bertentangan dengan UUD 1945** sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya.
2. Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan **tidak memiliki kekuatan hukum mengikat** sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut harus dibaca, **“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.”**

H. Pembahasan Dampak Putusan Putusan MK tentang Anak Luar Kawin tentang Anak Luar kawin terhadap perkembangan Hukum Perdata Indonesia

1. Dampak terhadap Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin

Pasal 250 KUHPperdata menyatakan bahwa : “Tiap-tiap anak yang dilahirkan atau ditumbuhkan sepanjang perkawinan, memperoleh si suami sebagai bapaknya.”

Lebih lanjut Pasal 261 KUHPperdata menyatakan: “Keturunan anak-anak yang sah dapat dibuktikan dengan akta-akta kelahiran mereka, sekedar telah dibukukan dalam register catatan sipil.”

“Dalam hal tak adanya akta-akta yang demikian, maka jika anak-anak itu terus menerus menikmati suatu kedudukan sebagai anak-anak yang sah, kedudukan ini adalah bukti yang cukup.”

KUHPperdata tidak menyatakan secara eksplisit mengenai pengertian anak luar kawin, namun dapat kita ambil makna dari Pasal 250

KUHPerduta bahwa yang dimaksud dengan anak luar kawin adalah anak yang tidak dilahirkan dari atau di dalam perkawinan yang sah.

Namun demikian, dapat dilakukan pengakuan dan pengesahan terhadap anak luar kawin tersebut berdasarkan Pasal 272 sampai dengan Pasal 274 dan Pasal 281 KUHPerduta.

Pasal 272 KUHPerduta menyatakan: Kecuali anak-anak yang dibenihkan dalam zinah⁸ atau dalam sumbang⁹, tiap-tiap anak yang diperbuahkan di luar perkawinan, dengan kemudian kawinnya bapak dan ibunya, akan menjadi sah, apabila kedua orang tua itu sebelum kawin telah mengakuinya menurut ketentuan-ketentuan undang-undang atau, apabila pengakuan itu dilakukan dalam akta perkawinan sendiri.

Jadi, pengesahan anak luar kawin menurut Pasal 272 KUHPerduta dapat dilakukan melalui perkawinan kedua orang tuanya dan sebelum perkawinan mereka telah mengakui anak tersebut. Dengan adanya pengakuan berdasarkan Pasal 272 KUHPerduta, maka status anak luar kawin yang tidak diakui dapat berubah menjadi anak luar kawin yang diakui (sebelum orang tuanya menikah), bahkan dapat berubah menjadi anak sah setelah terjadi perkawinan dari orang tua anak tersebut.

Selanjutnya Pasal 274 KUHPerduta menyatakan: “Jika kedua orang tua sebelum atau tatkala berkawin telah melalaikan mengakui anak-anak mereka luar kawin, maka kelalaian ini dapat diperbaiki dengan surat pengesahan Presiden, yang mana akan diberikan setelah didengarnya nasihat Mahkamah Agung.”

Jadi, proses pengesahan anak luar kawin menjadi anak sah menurut Pasal 274 KUHPerduta harus menempuh proses pengakuan

8 Anak zinah adalah anak yang dihasilkan dari hubungan seorang laki-laki dan seorang perempuan, dimana salah satunya atau keduanya telah terikat hubungan perkawinan yang sah dengan orang lain.

9 Anak sumbang adalah anak yang dihasilkan dari hubungan seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang dilarang menikah oleh undang-undang (lihat pasal 31 KUHPerduta).

anak luar kawin terlebih dahulu baik sebelum atau pada saat perkawinan kedua orang tuanya. Apabila hal ini tidak dilakukan, maka akibatnya adalah dianggap tidak pernah ada hubungan perdata antara anak luar kawin tersebut dengan kedua orang tuanya. Pengesahan anak luar kawin tersebut dapat dilakukan dengan penyusunan surat-surat pengesahan dari pemerintah.

Status anak luar kawin yang diakui setelah kedua orang tuanya menikah hanya sebagai anak yang diakui dengan hak waris sebagaimana diatur dalam Pasal 863 KUHPperdata.¹⁰

Lebih lanjut Pasal 280 KUHPperdata menyatakan bahwa: “Dengan pengakuan yang dilakukan terhadap seorang anak luar kawin, timbullah hubungan perdata antara si anak dan bapaknya atau ibunya.

Pengakuan anak luar kawin tersebut dapat dibuktikan melalui akta kelahiran, atau pada saat perkawinan orang tuanya berlangsung, atau pada akta otentik lainnya Pasal 281 KUHPperdata).

KUHPperdata mengecualikan pengakuan terhadap anak luar kawin yang merupakan anak hasil zinah dan anak sumbang. Pada prinsipnya, anak hasil zinah dan anak sumbang tidak dapat diakui (Pasal 283 KUHPperdata), kecuali anak sumbang dapat diakui setelah ada dispensasi dari Presiden yang menyatakan bahwa kedua orang tuanya dapat melakukan perkawinan, sehingga anak sumbang tersebut dapat diakui dan dapat dianggap sebagai anak sah (Pasal 273 KUHPperdata). UU Perkawinan telah menetapkan pengertian anak sah sebagaimana telah diatur pada Pasal 42 yaitu: “anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah”, sedangkan anak luar kawin yang diatur dalam Pasal 43 ayat (1) adalah: “anak yang dilahirkan di luar perkawinan dan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.”

10 Tan Thong Kie dalam dalam Milly Karmila Sareal, *Kontroversi Putusan Mahkamah Konstitusi Dengan Sistem Hukum Keluarga/BW*” makalah yang disajikan dalam Seminar “Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Anak Luar Kawin Terhadap Hukum Perdata dan Hukum Waris di Indonesia”, Jakarta, 29 Maret 2012

Pembuktian asal-usul anak menurut UU Perkawinan diatur dalam Pasal 55:

Ayat (1) :

Asal-usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akta kelahiran yang otentik, yang dikeluarkan oleh Pejabat yang berwenang.

Ayat (2):

Bila akta kelahiran tersebut dalam ayat (1) pasal ini tidak ada, maka Pengadilan dapat mengeluarkan penetapan tentang asal-usul seorang anak setelah diadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-bukti yang memenuhi syarat.

Ayat (3):

Atas dasar ketentuan Pengadilan tersebut ayat (2) pasal ini maka instansi pencatat kelahiran yang ada dalam daerah hukum Pengadilan yang bersangkutan mengeluarkan akta kelahiran bagi anak yang bersangkutan.

Kedudukan anak sah dalam UU Perkawinan dan KUHPerdata telah secara jelas dinyatakan, bahwa anak yang dilahirkan di dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah dari kedua orang tuanya akan membawa dampak pada keabsahan anak.

Namun berbeda halnya dengan anak luar kawin. KUHPerdata menganggap bahwa anak luar kawin tidak serta merta mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan ayahnya sebelum dilakukan pengakuan terhadap anak luar kawin tersebut. Hubungan perdata baru muncul setelah ada proses pengakuan terhadap anak luar kawin tersebut, dan pengakuan itu dapat dilakukan sebelum atau pada saat perkawinan kedua orang tuanya, dengan tetap mengingat bahwa anak hasil zinah dan anak sumbang tidak dapat diakui (Pasal 272 KUHPerdata). Tentunya hal ini akan membawa dampak terhadap hak-hak anak tersebut termasuk hak waris yang akan dipaparkan selanjutnya.

Kedudukan anak luar kawin menurut Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan sebelum keluarnya Keputusan MK RI Nomor 46/PUU-VIII/2010, menganggap bahwa anak luar kawin secara serta merta atau secara otomatis

hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. UU Perkawinan tidak menyebutkan bahwa anak luar kawin itu mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya (ayah biologis) atau keluarga ayahnya. UU Perkawinan dan penjelasannya serta Peraturan Pelaksanaannya juga tidak mengatur bagaimana langkah seorang ayah yang ingin memproses terciptanya hubungan perdata dengan anak luar kawinnya. Oleh karena itu sesuai asas *lex specialist derogat legi generali*, maka kita harus menilik KUHPerdata sebagai aturan yang lebih umum. Pasal 280 KUHPerdata mengatur bahwa dengan dilakukannya pengakuan dari seorang ayah, maka timbullah hubungan perdata antara ayah dengan anak luar kawin tersebut. Hal ini membawa konsekuensi juga terhadap hak-hak seorang anak termasuk timbulnya hak waris dari ayahnya.

Namun demikian, dengan munculnya Putusan MK tentang Anak Luar Kawin, seolah-olah membuka peluang besar bahwa semua kriteria anak luar kawin (termasuk anak hasil zinah dan anak sumbang yang belum dapat dispensasi), dapat dengan mudah memperoleh hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ayahnya. Hubungan perdata akan secara otomatis muncul dengan pembuktian secara ilmu pengetahuan dan teknologi atau alat bukti lain yang diakui secara hukum.

Demi tujuan perlindungan anak, barangkali Putusan MK tentang Anak Luar Kawin tersebut memberikan peluang yang besar dalam penjaminan dan perlindungan hak-hak anak, misalnya identitas anak, hak pemeliharaan dari ayahnya, hak waris dari ayahnya. Namun, hal ini perlu dikaji lebih lanjut dengan memperhatikan peraturan-peraturan terkait lainnya dan peraturan pelaksanaan UU Perkawinan Pasca Putusan MK tersebut yang sampai saat ini belum mengatur.

Misalnya, pengaturan tentang bagaimana proses keabsahan ilmu pengetahuan dan teknologi atau alat bukti lain yang dapat digunakan sebagai pembuktian adanya hubungan biologis antara anak luar kawin dengan ayahnya. Putusan MK tersebut tidak memberikan penjelasan dan belum diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah.

Bagaimana pula apabila pembuktian tersebut muncul atau diketahui setelah Si ayah meninggal dunia? Hal ini juga belum diatur lebih lanjut. Perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi khususnya Ilmu Kedokteran Forensik yang salah satunya meliputi tes DNA, memungkinkan menjawab persoalan tersebut. Tidak jarang tes DNA digunakan untuk tujuannya penegakan keadilan baik dalam kasus-kasus pidana maupun kasus-kasus perdata, salah satunya kasus ragu ayah (paternitas).

Perkembangan di Belanda, berdasarkan 194 Rv (pemeriksaan ahli), muncullah Putusan Mahkamah Agung Belanda (HR 22 September 2000, NJ 2001, 647) yang menyatakan bahwa dapat dilakukan tes DNA untuk menguji kebenaran status hukum ayah. Bahkan, apabila seorang pria sudah meninggal dan dikubur, dalam keadaan tertentu kuburnya dapat dibuka untuk dilakukan tes DNA.¹¹

DNA adalah singkatan dari *deoxyribonucleic acid* (asam deoksiribonukleat). DNA adalah materi genetik yang membawa informasi yang dapat diturunkan. Di dalam sel manusia DNA dapat ditemukan di dalam inti sel dan di dalam mitokondria. Di dalam inti sel, DNA membentuk satu kesatuan untaian yang disebut kromosom. Setiap sel manusia yang normal memiliki 46 kromosom yang terdiri dari 22 pasang kromosom somatik dan 1 pasang kromosom sex (XX atau XY).¹²

Menurut dr. Djaja S. Atmadja, Sp.F., Ph.D., SH., DFM, seorang pakar ilmu kedokteran forensik menyampaikan dalam suatu seminar, bahwa pemeriksaan DNA mempunyai beberapa keunggulan, yaitu :

- a. Bersifat ilmiah
- b. Diterima secara internasional
- c. Ketepatan sangat tinggi (>99,99%)
- d. Dapat menyelesaikan kasus paternitas sulit : anak belum lahir (antenatal),

11 W.D. Kolkman, Rosa Agustina, Leon C.A. Verstappen, Rafael Edy Bosko, *Hukum tentang Orang, Hukum Keluarga dan Hukum Waris di Belanda dan di Indonesia*, (Bali: Pustaka Larasan, 2012), hal. 6-7

12 "Ulasan Lengkap tentang Teknologi Tes DNA", <<http://BukanIsapanJempol.blogspot.com>>, diakses 25 September 2012, hal. 1

salah satu sudah meninggal (postmortem), pemeriksaan paternitas tanpa ayah

e. Pemeriksaan relatif cepat dan mudah.¹³

Terkait dengan kasus ragu ayah, maka dapat dilakukan Tes Paternitas yaitu tes DNA untuk menentukan apakah seorang pria adalah ayah biologis dari seorang anak. Kita semua mewarisi DNA (materi genetik) dari orang tua biologis kita. Tes paternitas membandingkan pola DNA anak dengan terduga ayah untuk memeriksa bukti pewarisan DNA yang menunjukkan kepastian adanya hubungan biologis.¹⁴

Keabsahan tes DNA tersebut juga memerlukan pengaturan lebih lanjut demi tertibnya implementasi Pasal 43 ayat (1) Pasca Putusan MK tersebut. Apakah apabila terdapat seorang anak luar kawin, yang dapat membuktikan dirinya secara ilmu pengetahuan dan teknologi mempunyai hubungan darah dengan seorang ayah, lantas dapat serta merta menuntut hak-haknya terhadap ayahnya? Ataukah memerlukan perbuatan hukum lain, misalnya pengakuan atau pengesahan?

Berdasarkan Pasal 66 UU Perkawinan, diketahui bahwa segala hal yang berhubungan dengan perkawinan yang telah diatur dalam UU Perkawinan dan sebelumnya telah diatur dalam KUHPerdata, Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen, Peraturan Perkawinan Campuran, dan peraturan-peraturan lainnya yang mengatur tentang perkawinan, dinyatakan tidak berlaku. Hal ini mengandung makna bahwa apabila terdapat hal-hal mengenai perkawinan yang tidak diatur dalam UU Perkawinan, diselesaikan dengan peraturan-peraturan yang mengatur sebelumnya, termasuk KUHPerdata dalam hal pengakuan dan pengesahan anak. Jadi, menurut penulis, karena Putusan MK tentang anak Luar Kawin tidak mengatur prosedur pengakuan dan pengesahan anak, maka seharusnya untuk terjalinnnya hubungan perdata antara ayah biologis dengan

13 Djaja S. Atmadja, *Peranan Pemeriksaan DNA dalam Pembuktian Kasus Paternitas (Ragu Ayah)*, disampaikan dalam Seminar “Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Anak Luar Kawin terhadap Hukum Perdata dan Hukum Waris di Indonesia, Jakarta, 29 Maret 2012

14 <http://BukanIsapanJempol.blogspot.com>, *Op cit*, hal. 3

anak luar kawin tetap membutuhkan proses pengakuan atau pengesahan anak.

Bagaimana pula apabila ayahnya telah menikah dan mempunyai anak dengan perempuan lain yang bukan ibunya? Pasal 285 KUHPdata menyatakan bahwa: pengakuan yang dilakukan sepanjang perkawinan oleh suami atau istri atas kebahagiaan anak luar kawin, yang sebelum kawin olehnya diperbuahkan dengan seorang lain daripada istri atau suaminya, tak akan membawa kerugian baik bagi istri atau suami itu, maupun bagi anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan mereka.

Selain daripada itu, Putusan MK tentang Anak Luar Kawin tersebut juga harus tetap memperhatikan Pasal 49 (pengakuan) dan Pasal 50 (pengesahan) UU Administrasi Kependudukan yang mengatur tentang proses pengakuan dan pengesahan anak luar kawin. Pasal 49 ayat (2) dan pasal 50 ayat (2) UU Administrasi Kependudukan menyatakan bahwa : pengakuan dan pengesahan anak luar kawin oleh orang tuanya tidak boleh dilakukan apabila agamanya tidak membenarkan pengakuan dan pengesahan tersebut.

2. Dampak terhadap Hak Waris Anak Luar Kawin

Hukum Waris adalah seperangkat aturan mengenai proses peralihan harta peninggalan dari seseorang yang telah meninggal (pewaris) kepada ahli warisnya. Terdapat 2 macam cara untuk mewaris yaitu mewaris menurut undang-undang dan mewaris menurut surat wasiat. Apabila seseorang semasa hidupnya (pewaris) tidak menentukan pengaturan pewarisan dalam surat wasiat, maka berlakulah ketentuan undang-undang. Namun, pemberlakuan surat wasiat tidak boleh merugikan bagian mutlak dari ahli waris menurut undang-undang (bagian legitime portie Pasal 913 KUHPdata).

Hak waris seorang anak ditentukan dari kedudukan hukum seorang anak dalam perkawinan orang tuanya. Hukum menjamin hak waris dari seorang anak, baik anak sah maupun anak luar kawin yang telah diakui secara sah.

Hak waris anak diatur dalam Pasal 832 KUHPdata yang menyatakan bahwa : “Menurut undang-undang yang berhak untuk menjadi ahli waris

ialah, para keluarga sedarah, baik sah, maupun luar kawin dan si suami atau istri yang hidup terlama.”

Undang-undang membagi ahli waris karena kematian, dalam empat golongan :¹⁵

1. Golongan pertama terdiri dari : suami/istri dan keturunannya
2. Golongan kedua terdiri dari : orang tua, saudara dan keturunannya
3. Golongan ketiga terdiri dari: leluhur selanjutnya (kakek nenek)
4. Golongan keempat terdiri dari: sanak keluarga lain-lainnya dalam garis menyimpang sampai derajat keenam.

Orang-orang yang termasuk dalam golongan berikutnya, tidak dapat menerima apa-apa dari harta peninggalan, selama masih ada orang dari golongan yang terdahulu.

Maksudnya adalah golongan pertama mempunyai hak paling tinggi untuk diutamakan sebagai ahli waris, apabila sudah tidak ada, maka baru berlanjut ke golongan kedua, dan seterusnya.

Anak luar kawinpun dapat mempunyai hak waris asalkan telah diakui sah oleh orang tua yang mengakuinya (sesuai Pasal 862 KUHPerdato).

Selanjutnya pasal 863 KUHPerdato menyatakan bahwa : Jika yang meninggal meninggalkan keturunan yang sah atau seorang suami atau istri, maka anak-anak luar kawin mewaris sepertiga dari bagian yang mereka sedianya harus mendapatnya andaikata mereka anak-anak yang sah; jika si meninggal tak meninggalkan keturunan maupun suami atau istri, akan tetapi meninggalkan keluarga sedarah dalam garis ke atas, ataupun saudara laki-laki dan perempuan atau keturunan mereka, maka mereka mewaris setengah dari warisan; dan jika hanya ada sanak saudara dalam derajat yang lebih jauh, maka mereka mewaris tiga perempat dari warisan.

Anak luar kawin yang dapat mewaris adalah anak luar kawin yang bukan dikarenakan hubungan zinah atau sumbang, sesuai Pasal 272 jo Pasal 867 KUHPerdato.

15 Mr.A.Pitlo, dialih bahasakan oleh M. Isa Arief, *Hukum Waris Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda Jilid I*, (Jakarta: PT. Intermasa, 1994), hal. 41

UU Perkawinan tidak mengatur mengenai pewarisan. Berdasarkan Pasal 66 UU Perkawinan, masalah pewarisan di Indonesia dapat diselesaikan melalui peraturan-peraturan yang masih berlaku, yaitu KUHPerdata, Hukum Islam, Hukum Adat, tergantung dari hukum yang berlaku bagi para pihak. Dalam hal ini, penulis lebih memfokuskan pada peraturan waris menurut KUHPerdata.

Menurut KUHPerdata apabila terdapat seorang anak luar kawin yang telah diakui sah oleh ayah ibunya tanpa dilanjutkan dengan perkawinan diantara ayah ibunya, maka pembagian waris anak luar kawin tersebut dilakukan sesuai Pasal 863 KUHPerdata. Namun, apabila pengakuan tersebut dilanjutkan dengan perkawinan kedua orang tuanya, maka anak luar kawin tersebut berubah status menjadi anak sah yang berhak mewaris sebagai anak sah (Pasal 852, 852a, 852b KUH Perdata).

Munculnya Putusan MK tentang Anak Luar Kawin tentang perubahan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, memunculkan pertanyaan: apakah dengan timbulnya hubungan perdata antara anak luar kawin dengan ayahnya dan keluarga ayahnya akan serta merta membawa dampak hak waris dari anak tersebut? Putusan MK tentang Anak Luar Kawin tidak memberikan penjelasan mengenai hal ini. Oleh karena masih terdapat kekosongan hukum mengenai masalah pewarisan anak luar kawin Pasca Putusan MK tersebut, maka menurut hemat penulis pengaturannya tetap menggunakan KUHPerdata (bagi penduduk yang tunduk pada KUHPerdat). Menurut KUHPerdata seorang anak dapat dipanggil sebagai ahli waris apabila mempunyai hubungan darah dengan pewaris (Pasal 832 KUHPerdata) baik sebagai anak sah maupun anak luar kawin yang telah diakui sah melalui akta-akta otentik (Pasal 272 – Pasal 275 dan Pasal 281 KUHPerdata).

F. Kesimpulan

Perubahan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, membawa dampak positif maupun negatif terhadap perkembangan Hukum Perdata Indonesia, khususnya mengenai kedudukan anak luar kawin dan hak warisnya. Dampak positif yang terlihat adalah bahwa negara memberikan jaminan terhadap

kedudukan anak luar kawin dimana sebelum Keputusan MK 2010 hanya dianggap mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, namun setelah Keputusan MK 2012 dianggap mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ayahnya.

Namun, Keputusan MK 2010 tersebut juga membawa dampak negatif dengan menyisakan persoalan-persoalan, misalnya :

1. Tidak dijelaskan kriteria anak luar kawin yang dapat diakui, apakah meliputi semua anak luar kawin (termasuk anak hasil zina dan anak sumbang yang dilarang diakui oleh KUHPerdato), ataukah tetap mengacu pada KUH Perdata, Hukum Islam, dan Hukum Adat?
2. Tidak dijelaskan proses keabsahan pembuktian hubungan biologis antara anak luar kawin dengan ayahnya, apakah cukup dengan surat keterangan ahli dari bidang ilmu tertentu atau teknologi tertentu, ataukah perlu ditempuh proses pengesahan secara hukum yang diterbitkan dari pemerintah atau tidak ?
3. Tidak dijelaskan proses keabsahan hubungan perdata dari anak luar kawin dan ayahnya, apakah masih memerlukan pengakuan atau pengesahan, ataukah sudah cukup dengan pembuktian dari ilmu pengetahuan dan teknologi;
4. Tidak dijelaskan hubungan perdata yang dimaksud, apakah termasuk hak waris dari ayahnya dan keluarga ayahnya?

G. Saran

Pemberlakukan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan Pasca Putusan MK tentang Anak Luar Kawin sebaiknya tetap harus memperhatikan peraturan-peraturan terkait lainnya yang terdapat pada KUH Perdata, Hukum Islam, Hukum Adat, UU Administrasi Kependudukan. Hal ini dimaksudkan agar tujuan dikeluarkannya Putusan MK tersebut dapat tercapai tanpa merugikan ahli waris sah lainnya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Pitlo, Mr.A., dialih bahasakan oleh M. Isa Arief, *Hukum Waris Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda Jilid I*, Jakarta, PT. Intermasa, 1994
- Suhardana, F.X, *Hukum Perdata I*, Jakarta, PT.Prenhallindo, 2001
- Usman, Rachmadi, *Aspek-aspek Hukum Perorangan dan Kekeluargaan di Indonesia*, Jakarta, Sinar Grafika, 2006
- W.D. Kolkman, Rosa Agustina, Leon C.A. Verstappen, Rafael Edy Bosko, *Hukum tentang Orang, Hukum Keluarga dan Hukum Waris di Belanda dan di Indonesia*, Bali, Pustaka Larasan, 2012

Hasil Seminar/Lokakarya

- Djaja S. Atmadja, *Peranan Pemeriksaan DNA dalam Pembuktian Kasus Paternitas (Ragu Ayah)*, disampaikan dalam Seminar “Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Anak Luar Kawin terhadap Hukum Perdata dan Hukum Waris di Indonesia, Jakarta, 29 Maret 2012
- Sareal, Milly Karmila, *Kontroversi Putusan Mahkamah Konstitusi Dengan Sistem Hukum Keluarga/BW*” makalah yang disajikan dalam Seminar “Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Anak Luar Kawin Terhadap Hukum Perdata dan Hukum Waris di Indonesia”, Jakarta, 29 Maret 2012
- Subekti, Winarsih Imam, *Perkembangan Materi Buku I KUHPedata Tentang Orang Dalam Era Kemerdekaan*, disajikan dalam Lokakarya Mengenai penyegaran Mata Kuliah Hukum Perdata dalam rangka Penyempurnaan Silabus Hukum Perdata, yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Trisakti , Jakarta, 18 April 2006

Peraturan perundang-undangan

UU No.23 tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan

UU No.34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia

UU No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Kompilasi Hukum Islam

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Anak Luar
KawinPeraturan Pemerintah No.9 Tahun 1975 Pelaksanaan Undang-
undang No.1 Tahun 1974

Peraturan Pemerintah No.45 Tahun 1990 tentang Perubahan Atas Peraturan
Pemerintah No.10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi
Pegawai Negeri Sipil

Website

<http://BukanIsapanJempol.blogspot.com> (diakses 25 September 2012)

BIODATA PENULIS

Natalia Yeti Puspita, SH., M.Hum

Meraih gelar Sarjana Hukum dari FH UGM tahun 2001 dan Magister Hukum (Pascasarjana UGM) tahun 2004. Sejak tahun 2004 sampai dengan saat ini bekerja sebagai Dosen Tetap di Fakultas Hukum Unika Atma Jaya Jakarta. Mengajar mata kuliah Hukum Internasional, Hukum Perjanjian Internasional dan Hukum Organisasi Internasional. Telah menulis artikel di berbagai jurnal ilmiah dan juga sebagai presenter di berbagai pertemuan dan konferensi nasional dan internasional.

Dr. Atik Krustijati, SH., M.S.

Lahir di Ngawi, 28 Pebruari 1960. Sejak tahun 1990 menjadi Dosen Kopertis Wilayah VII Dpk Fakultas Hukum Universitas Surabaya. Sebelumnya, penulis pernah menjadi Dosen Fakultas Hukum UNSRI Palembang pada tahun 1988 – 1990. Menyelesaikan pendidikan S1 Universitas Airlangga Surabaya tahun 1983; S2 Universitas Airlangga Surabaya tahun 1987; dan S3 Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya tahun 2009.

Dr. Mahmud Siregar, SH, M.Hum

Lahir di Tanjung Balai, 20 Februari 1973. Bidang ilmu yang ditekuni adalah Ilmu Hukum, khususnya Hukum Perdagangan Internasional dan Investasi. Bekerja pada Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara (Departemen Hukum Internasional). Menyelesaikan program studi S1 (tahun 1997); S2 (tahun 2001); dan S3 (tahun 2005) pada Universitas Sumatera Utara – Medan. Penulis aktif dalam mengikuti pertemuan ilmiah di Indonesia, baik sebagai peneliti, pembicara, moderator, narasumber, maupun peserta. Penulis juga aktif dalam menghasilkan karya ilmiah yang dipublikasi maupun berupa penelitian yang tidak dipublikasi.

Muhammad Iqbal Asnawi, SH., MH

Penulis menempuh studi S1 pada Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, 1999-2004 dan Program Magister Ilmu Hukum Universitas Sumatera Utara, 2010- 2012. Sejak Mei 2005 bekerja sebagai Asisten Lokal Fakultas Hukum USU; Sejak September 2009 sebagai Dosen Universitas Dharmawangsa – Medan dan Sejak Oktober 2011 sebagai Pengurus Pusat Penelitian Hukum dan HAM USU.

Samuel M. P. Hutabarat, SH., MH

Penulis adalah lulusan Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan (S1) dan Magister Hukum Universitas Katolik Parahyangan (S2). Saat ini penulis yang bekerja sebagai Dosen Fakultas Hukum Universitas Katolik Atma jaya Jakarta ini, sedang menempuh studi Program Doktorat Universitas Katolik Parahyangan. Penulis mengajar beberapa mata kuliah seperti Hukum Perikatan; Hukum Perdata Internasional; *Contract Drafting*; Hukum Kontrak Internasional; dan *Legal Drafting*.

Dr. jur. M. Udin Silalahi, SH., LL.M

Penulis menyelesaikan pendidikan S1 pada Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta tahun 1985; S2 dan S3 di University of Friedrich-Alexander Erlangen-Nuremberg, Erlangen, Jerman tahun 1995 dan 2001. Saat ini penulis adalah seorang Dosen Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan dan Pemimpin Redaksi Law Review dan juga menjadi dosen luar biasa Pascasarjana Universitas Indonesia, pada Kajian Wilayah Eropa, yang aktif melakukan penelitian dan menghasilkan banyak karya tulis, khususnya dalam bidang Hukum Persaingan Usaha.

V. Selvie Sinaga, SH., LL.M, Ph.D

Lahir di Jakarta pada tanggal 27 Maret 1975. Menempuh studi Sarjana Hukum (Peminatan: Hukum Internasional), Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 1998; Master of Laws (Internet and Electronic Laws), Monash University, Melbourne – Australia, 2003; dan Doctor of Philosophy (Intellectual Property Law), University of Wollongong, Wollongong-Australia, 2012. Dosen Tetap Fakultas Hukum Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya – Jakarta dengan Jabatan Akademis Lektor Kepala 400.

Dr. Jamin Ginting, SH., MH

Penulis lahir di Tanah Karo, 23 Oktober 1972. Mendapatkan gelar Sarjana Hukum (SH), dari Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945, Jakarta. Kemudian melanjutkan studi pada Program Pascasarjana Universitas Pelita Harapan, Jakarta, mendapatkan gelar Magister Hukum (MH) Tahun 2002 dan Doktor Ilmu Hukum (Dr.) Tahun 2010 pada Program Doktor Hukum Pascasarjana Universitas Pelita Harapan. Visiting fellow ASLI (Asian Law Institute) Programme di National University of Singapore (NUS) Singapore Tahun 2009. Penulis adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan sejak 2002 hingga saat ini dan juga pengajar pada beberapa Program Khusus Pendidikan Advokat (PKPA) di Jakarta, seperti di PKPA Yan Apul & Rekan, Universitas 17 Agustus 1945 dan Universitas Islam Jakarta. Sebelumnya, penulis bekerja sebagai Advokat/Pengacara di beberapa kantor Pengacara di Jakarta seperti dikantor Yan Apul & Rekan dan Dalimartha & Partners. Hingga saat ini penulis adalah Ketua Lembaga Konsultasi dan Bantuan (LKBH) Universitas Pelita Harapan.

Vincensia Esti P.S, SH., M.Hum

Penulis adalah Dosen Tetap dan Ketua Jurusan Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan. Menyelesaikan pendidikan S1 pada tahun 2000 dan S2 tahun 2002 di Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta. Saat ini penulis sedang menjalani pendidikan S3 (program studi Doktor dalam bidang ilmu hukum) di Universitas Pelita Harapan.

Law Review

Volume XI, No. 2 - November 2011

HUKUM PERBANKAN INDONESIA

Pemisahan Bank Berbadan Hukum Perseroan Terbatas: Tanpa Mengabaikan Kepentingan Pemegang Saham Minoritas dan Karyawan

Muhammad Syaifuddin (FH Univ. Sriwijaya, Palembang)

Perkembangan Hukum Perbankan Syariah di Indonesia
Gwendolyn Ingrid Utama (FH UPH, Karawaci)

Aspek Hukum Kartu Kredit dan Dilema Penagihannya
Jonker Sihombing (Pascasarjana UPH, Jakarta)

Between Keeping Bank Secrecy and Reporting Suspicious Transaction in the Fight Against Money Laundering Review from the Perspective of Law No. 8 of 2010
Ferdinand T. Andi Lolo (Kejaksanaan Agung RI)

Pembukaan Rahasia Bank Untuk Kepentingan Pemeriksaan Perpajakan
Agung Wibisono dan Chamelia Gunawan (Kementerian Keuangan dan Badan Koordinasi Penanaman Modal RI)

Mengkaji Kejahatan Korporasi di Bidang Perbankan Dalam Sistem Perbankan Indonesia
Agus Budianto (FH UPH, Karawaci)

Peran Perbankan Dalam Usaha Perbaikan Lingkungan dengan Pendekatan Economic Analysis of Law
H. Djafar Al Bram (F H Universitas Borobudur, Jakarta)

Competition Rules in the WTO Framework
Hesty D. Lestari (FH Univ. Muhammadiyah, Jakarta)



Law Review

Volume XI, No. 3 - Maret 2012

KEJAHATAN KORPORASI DI INDONESIA

Tindak Pidana Korporasi di Indonesia
Zainal Arifin Hoesein (FH Universitas Islam As-Syafiyah, Jakarta)

Kebijakan Hukum Pidana Tentang Kejahatan Korporasi dan Sistem Pertanggungjawaban Pidananya dalam Upaya Penanggulangan Kejahatan Korporasi
Zulkarnain (FH Universitas Widyagama, Malang)

Penerapan Tindak Pidana Lingkungan Bagi Korporasi Dalam Penegakan Hukum Lingkungan Hidup di Indonesia
Maret Priyatna (FH UNPAD, Bandung)

Kejahatan Korporasi Dalam Pencemaran Lintas Batas Negara: Studi Pencemaran Kabut Asap Kebakaran Hutan di Indonesia
Deni Bram (FH Universitas Pancasila, Jakarta)

Fenomena Pidana Kebijakan Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Sumatera Barat
Hj. Darmini Roza (FH Universitas Ekasakti, Padang)

Roles of the Mutual Legal Assurances and Extradition Agreements in the Assets Recovery in Indonesia
Jamin Ginting (Faculty of Law Pelita Harapan University, Karawaci)

Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan Sebagai Perangkat Pengelolaan Lingkungan Hidup
Yossi Niken Respati (FH UPH, Karawaci)

New Mechanisms for the Creation of a Free Press in the 21st Century
John Riady (Faculty of Law Pelita Harapan University, Karawaci)



Law Review

Volume XII, No. 1 - November 2011

HUKUM KETENAGAKERJAAN DAN PERSELISIHAN HUBUNGAN INDUSTRIAL DI INDONESIA

Perlindungan Hukum Bagi Pekerja di Indonesia Menurut Ketentuan Perundang-undangan Yang Berlaku
Jonker Sihombing (FH UPH, Karawaci)

Perlindungan Hukum Terhadap Pekerja Anak
Hj. Laily Washliati (FH - UISU, Medan)

Reformasi Pengaturan Outsourcing
Asri Wijayanti (FH Universitas Muhammadiyah, Surabaya)

Hak-hak Buruh Dalam Perspektif Hukum Islam
Uswatun Hasanah (FH Universitas Indonesia, Depok)

Peran Negara Dalam Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial
Lanny Ramly (FH Universitas Airlangga, Surabaya)

Penerapan Asas Peradilan Yang Cepat, Sederhana dan Biaya Ringan dalam Praktek di Pengadilan Hubungan Industrial
Christine Susanti (FH UPH, Karawaci)

Director's Liabilities For Corporate Insolvency
Hesty D. Lestari (MIH Universitas Muhammadiyah, Jakarta)

Merekonstruksi Perbuatan Melawan Hukum Oleh Aparatur Negara Ke Dalam Gugatan Atau Tuntutan
Velliana Tanaya (FH- UPH, Karawaci)



Law Review

Volume XII, No. 3 - Maret 2013

HUKUM KETATANEGARAAN

Judul Artikel Law Review Volume XII, No 3 - Maret 2013
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Volume XII, No 3 - Maret 2013
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Volume XII, No 3 - Maret 2013
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Volume XII, No 3 - Maret 2013
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Volume XII, No 3 - Maret 2013
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Volume XII, No 3 - Maret 2013
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Volume XII, No 3 - Maret 2013
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Volume XII, No 3 - Maret 2013
Penulis (Afiliasi Penulis)



FORMULIR BERLANGGANAN
Subscription Form

Status Berlangganan
Subscription status

Baru
New

Perpanjangan
Renewal

Nama : _____
Name

Alamat : _____
Address

Posisi : _____
Position

Kota & Negara : _____
City & Country

Telepon & Faks. : _____
Phone & Fax.

E-mail : _____
E-mail

Berlangganan untuk
Edisi Berikutnya
*Subscription of
Upcoming Editions*

Edisi @ Rp. 25.000,-

Untuk luar Jawa
ditambah ongkos kirim
*Mailing cost will be added for
Delivery outside Java*

Berlangganan untuk
Subscription for

1 Tahun, Rp. 75.000,-
1 Year

Pembayaran
Payment

CIMB Niaga Acc. No. 678-0105904189
Ibu Susi Susantijo

Kontan
Cash

Kirim atau Fax form ini ke
Jurnal Law Review
*Please send/fax this form to
Journal Law Review*

Gedung D Kampus UPH, Lt. 4
Jl. M.H. Thamrin Boulevard 1100
Tangerang 15811, Banten-Indonesia
Faks. 62-21-5460910

Tanda Tangan/ *Signature*

PEDOMAN PENULISAN

1. Naskah yang akan dimuat dalam jurnal *Law Review* berupa tulisan hasil dari sebuah penelitian atau tulisan ilmiah yang berkaitan dengan ilmu hukum dan merupakan naskah yang belum pernah dipublikasikan di media manapun.
2. Sistematika naskah **hasil penelitian** sebagai berikut: Judul; Nama Penulis (tanpa gelar akademik) dan Alamat Penulis. Abstrak (dengan kata kunci maksimal tiga kata); Pendahuluan (yang berisi Latar Belakang; Rumusan Masalah; Tujuan Penelitian; Manfaat; Penelitian; dan Sistematika Penulisan); Tinjauan Pustaka (yang berisi kerangka pemikiran berupa teori dan konsep); Hasil Penelitian dan Analisis; Kesimpulan dan Saran; Daftar Pustaka (sesuai dengan sumber-sumber yang dirujuk).
3. Sistematika naskah **hasil pemikiran/kajian** sebagai berikut: Judul; Nama Penulis (tanpa gelar akademik) dan Alamat Penulis; Abstrak (dengan kata kunci maksimal tiga kata); Pendahuluan (memuat latar belakang dan kerangka pemikiran); Pembahasan/Analisis (dapat dibagi dalam beberapa sub-bagian); Kesimpulan dan atau Saran; Daftar Pustaka (sesuai sumber-sumber yang dirujuk).
4. Naskah ditulis dalam bahasa Indonesia dengan abstrak berbahasa Inggris atau dalam bahasa Inggris dengan abstrak berbahasa Indonesia.
5. Naskah diketik dalam program *microsoft words* dengan jenis huruf Times New Romans dengan ukuran font 12, di atas kertas kwarto berjarak satu setengah spasi, dengan panjang antara 10-15 halaman.
6. Daftar Pustaka disusun dengan tata cara seperti contoh berikut ini dan diurutkan secara alfabetis:

Buku:

Soekanto, Soerjono, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI-Press, 2006

Karya Ilmiah berupa Disertasi, Tesis, Skripsi, Makalah Seminar, Lokakarya, Penataran:
Arinanto, Satya, "Perubahan UUD 1945 Pada Era Reformasi", (Makalah disajikan dalam Forum Konvensi III dan Temu Tahunan ke-9 Forum Rektor), Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 11-12 Juli 2006.

Artikel dalam Jurnal, Majalah, Surat Kabar, dan Internet

Mezak, Meray Hendrik, "Politik Aliran Dalam Materi Muatan UUD 1945 Sejak Proklamasi Kemerdekaan RI Sampai Dengan Era Reformasi", *Law Review* Vol. VIII, No. 2-November 2008

Tempo, "Merangkul Operator Tertipkan Menara Ilegal", *Majalah Tempo*, No. 3830/14-20 September 2009

Suparto, Toto, "Legislatif Minus Tenggang Rasa", *Kompas*, 15 September 2009

<http://www.tempointeraktif.com>, "Undang-undang Perkuat Intelijen" Akses Terakhir, Rabu, 16 September 2009

7. Sumber rujukan dalam naskah menggunakan sistem catatan kaki yang dicantumkan pada halaman tempat rujukan tersebut dimuat, dengan urutan sebagai berikut:
 - ¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UI-Press, 2006), hal. 15-17
 - ² Satya Arinanto, "Perubahan UUD 1945 Pada Era Reformasi", (Makalah disajikan dalam Forum Konvensi III dan Temu Tahunan ke- 9 Forum Rektor), Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 11-12 Juli 2006: 33
 - ³ Tempo, "Merangkul Operator Tertipkan Menara Ilegal", *Majalah Tempo*, No. 3830/14-20 September 2009: 52
 - ⁴ Toto Suparto "Legislatif Minus Tenggang Rasa", *Kompas*, 15 September 2009: 6
8. Naskah diserahkan kepada Redaksi selambat-lambatnya 1 (satu) bulan sebelum penerbitan, dalam bentuk soft copy dan hard copy disertai Curriculum Vitae yang berisi nama lengkap penulis, riwayat pendidikan, pekerjaan terakhir.
9. Redaksi berhak melakukan penyuntingan melalui Dewan Redaksi tanpa mengubah isi dan makna naskah. Redaksi tidak bertanggungjawab terhadap isi naskah.
10. Redaksi menerima naskah dari kalangan akademisi dan praktisi, baik dalam lingkungan UPH maupun luar UPH serta kalangan profesional hukum.

FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS PELITA HARAPAN

Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan didirikan pada tanggal 25 Juli tahun 1996, yang diprakarsai oleh Dr. (HC) Mochtar Riady. Program Strata Satu diawali dengan satu peminatan, yaitu Hukum Bisnis. Kemudian pada tahun 2003 ditambah 2 peminatan, yaitu peminatan Hukum Internasional dan Kemahiran Praktik Hukum. Kegiatan perkuliahan program Strata Satu berlangsung di Global Campus UPH Lippo Karawaci Tangerang dan dilaksanakan dalam dua pilihan bahasa, yaitu Bahasa Indonesia dan Bahasa Inggris.

Melalui keputusan BAN PT Depdiknas No. 06/BAN-PT/Ak-X/S1/VIII/2007 tanggal 3 Agustus 2007, Program Ilmu Hukum (Fakultas Hukum) UPH diakreditasi dengan Peringkat "A". Peringkat "A" ini diperoleh saat BAN PT telah melakukan perubahan-perubahan dalam manajemen "asesmen lapangan". Selain akreditasi dari BAN PT Depdiknas, Fakultas Hukum juga merupakan salah satu Fakultas di lingkungan Universitas Pelita Harapan yang mendapat Sertifikasi ISO 9001:2000 pada tanggal 23 April 2008.

Fakultas Hukum UPH aktif mengikuti beberapa kompetisi moot court (peradilan semu), baik nasional maupun internasional, seperti Lomba Debat Hukum Nasional Universitas Padjadjaran, Bandung; Kompetisi Moot Court Nasional Djoko Soetono, Yogyakarta; Phillip C. Jessup International Law Moot Court, Washington DC – USA; Stetson International Environmental Moot Court Competition, Florida – USA; Elsa Moot Court Competition, Taipei – Taiwan; dll. Melalui kompetisi-kompetisi tersebut, Fakultas Hukum UPH telah meraih beberapa penghargaan dan prestasi, antara lain memperoleh peringkat 13 dari ±100 Universitas di seluruh dunia pada Phillip C. Jessup International Law Moot Court Competition tahun 2009; Juara I pada Lomba debat Hukum Nasional Universitas Padjadjaran tahun 2009; dll.

Selain Fakultas Hukum UPH aktif mengikuti beberapa kompetisi moot court, Fakultas Hukum UPH juga merupakan salah satu anggota ASLI (*Asian Law Institute*) bersama-sama dengan National University of Singapore, Australian National University, Chulalongkorn University, University of Queensland, Southern Cross University, Singapore Management University, Hanoi Law University, Thammasat University, La Trobe University, Kobe University, University of New South Wales, dan universitas-universitas lain di beberapa negara asia dan non-asia. Dan Fakultas Hukum UPH telah menjalin kerjasama dalam program *dual degree* dengan Murdoch University, Australia yang ditandatangani pada tanggal 18 Juni 2010.

UPH GLOBAL CAMPUS

Jl. M.H. Thamrin Boulevard 1100 Lippo Village, Tangerang 15811, Indonesia
Telp. 62-21-5460901 (hunting), Fax. 62-21-5460910 <http://www.uph.edu>



UPH