

Law Review

Volume XVI, No. 1- Juli 2016

The Indonesian Mineral Export Restriction: Is The Country Shooting Itself In The Foot ?

Feitty Eucharisti Pandjaitan (UPH Center for International Trade and Investment)

Persetujuan Menuju Arbitrase ICSID Dalam BIT Indonesia

Muhammad Iqbal Hasan (Badan Koordinasi Penanaman Modal RI)

Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Dalam Sistem Pre Project Selling

Dwi Tatak Subagiyo (Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma, Surabaya)

Kekuasaan Dan Penyakitnya

John Riady (Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan)

Pengisian Jabatan Kepala Daerah Sebagai Bagian Dari Politik Hukum Nasional RI di Bidang Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah

Tri Sulistyowati (Fakultas Hukum Universitas Trisakti)

Aspek Perlindungan Hukum Pasien Korban Malpraktek Dilihat Dari Sudut Pandang Hukum Di Indonesia

Sabungan Sibarani (Fakultas Hukum Universitas Borobudur)

Same-Sex Marriage After Obergefell: the State of the Union in the U.S. And International Implications for Indonesia (Including Justice Kennedy's Top 10 Errors)

Patrick M. Talbot (Faculty of Law Pelita Harapan University)

"Under the Blessings of Almighty God": Christian Roots of the Australian Legal System

Augusto Zimmermann (Murdoch University School of Law)



UPH Fakultas Hukum
Universitas Pelita Harapan

<i>Law Review</i>	Vol. XVI	No. 1	Hal. 1 - 214	Tangerang Juli 2016	ISSN 1412 - 2561
-------------------	-----------------	--------------	---------------------	----------------------------	-------------------------

Law Review

ISSN : 1412 -2561

“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)

SUSUNAN PENGURUS

PENANGGUNG JAWAB

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

PIMPINAN REDAKSI

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

DEWAN REDAKSI

Dr. Jonker Sihombing, SH., MH.,MA.

Dr. Jamin Ginting, SH., MH.

Dr. Agus Budianto, SH., MHum.

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

Dr. Christine Susanti, SH., M.Hum.

Susi Susantijo, SH., LL.M

Jessica Los Banos, LLB., MTM., MBA.

Jamie Jolene Williams, JD

Velliana Tanaya, SH., MH.

SEKRETARIS REDAKSI

Gwendolyn Ingrid Utama, SH., MH

Laurenzia Luna, S.Sos

TATA USAHA DAN BENDAHARA

Theresia Rini Stiani, SE

ALAMAT REDAKSI

Universitas Pelita Harapan
Sekretariat Fakultas Hukum, Gedung D Lantai 4

Jl. M.H. Thamrin Boulevard 1100

Tangerang 15811, Banten - Indonesia

Telp.(021) 5460901 ; Fax (021) 5460910

ojs.uph.edu

Email : lawreview@uph.edu ,

gwendolyn.utama@uph.edu

DAFTAR ISI

	HALAMAN
The Indonesian Mineral Export Restriction: Is The Country Shooting Itself In The Foot? Feitty Eucharisti Pandjaitan (UPH Center for International Trade and Investment)	1-36
Persetujuan Menuju Arbitrase ICSID Dalam BIT Indonesia Muhammad Iqbal Hasan (Badan Koordinasi Penanaman Modal RI)	37-58
Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Dalam Sistem Pre Project Selling Dwi Tatak Subagiyo (Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma, Surabaya)	59-88
Kekuasaan Dan Penyakitnya John Riady (Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan)	89-108
Pengisian Jabatan Kepala Daerah Sebagai Bagian Dari Politik Hukum Nasional RI di Bidang Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah Tri Sulistyowati (Fakultas Hukum Universitas Trisakti)	109-132
Aspek Perlindungan Hukum Pasien Korban Malpraktek Dilihat Dari Sudut Pandang Hukum Di Indonesia Sabungan Sibarani (Fakultas Hukum Universitas Borobudur)	133-154
<i>Same-Sex Marriage After Obergefell: the State of the Union in the U.S. And International Implications for Indonesia (Including Justice Kennedy’s Top 10 Errors)</i> Patrick M. Talbot (Faculty of Law Pelita Harapan University)	155-194
“Under the Blessings of Almighty God”: Christian Roots of the Australian Legal System Augusto Zimmermann (Murdoch University School of Law)	195-214

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.

THE INDONESIAN MINERAL EXPORT RESTRICTION: IS THE COUNTRY SHOOTING ITSELF IN THE FOOT?

Feitty Eucharisti Pandjaitan

UPH Center for International Trade and Investment

feitty.eucharisti@gmail.com

Abstrak

Pemerintah Indonesia telah lama mempertimbangkan untuk membatasi ekspor bahan baku pertambangan dan akhirnya terwujud dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Undang-undang baru ini menciptakan perubahan yang substansial dalam industri pertambangan, karena produsen pertambangan akan diwajibkan untuk memproses semua bahan baku di Indonesia sebelum mereka dapat mengekspor ke negara tujuan. Indonesia memberikan alasan atas pembatasan ekspor mineral mentah sebagai cara untuk menambah nilai lebih terhadap bahan material tersebut di pasar global, namun dikritik bahwa pembatasan tersebut adalah dalih untuk menerapkan kebijakan nasionalistik. Tulisan ini mengevaluasi dampak dari pembatasan ekspor berdasarkan kewajiban internasional Indonesia di Perjanjian-perjanjian World Trade Organization. Tulisan ini juga memberikan kebijakan alternatif untuk Indonesia dalam rangka memenuhi kewajiban WTO-nya.

Kata Kunci: *Pertambangan, Pembatasan Ekspor, Hukum Perdagangan Internasional, World Trade Organization*

Abstract

The Government of Indonesia has long considered to restrict the export of mining raw materials and eventually materialized it in the Law No. 4 of 2009 Concerning Mineral and Coal. This new law creates a substantial change in mining industry, as the mining producers are required to process all their raw materials in Indonesia before they can export to the designated country. Indonesia justifies the raw mineral export restriction as a way to add value to its raw materials on the global market, but has been criticized that the restriction acts as a pretext for applying nationalistic policies. This paper evaluates the impact of the export restriction based on Indonesia's international obligations under the World Trade Organization's Agreements. The paper also suggests alternative policy measures for Indonesia in order to comply with its WTO obligations.

Keywords: *Mining, Export Restriction, International Trade Law, World Trade Organization*

A. Introduction

The number of countries applying export restrictions in recent years has noticeably increased.¹ Metals and minerals are one of the most frequent product groups drawing export

* This research paper is generously sponsored by WTO Chairs Programme (WCP)

** Special Thanks to Michelle Limenta (Director) and Bayan Edis (Visiting Researcher) at UPH CITI for their review and feedback on this paper.

restrictions.² Motivations for implementing the restrictions vary, from the development of infant industries, the underpinning of social policy and income distribution, to government revenues, and environmental protection or the preservation of natural resources.³ Despite these different objectives, import dependent countries often criticize export restrictions claiming an unfair price advantage for downstream producers in the country instituting them.⁴

In 2009, the Indonesian government issued a new law on mining. The new law, inspired by the spirit of nationalism, creates a significant change for the mining business in Indonesia. Despite the fact that many Indonesians see the law as a positive government policy, the implementing regulation of the law raises many controversies. One of the most problematic issues is the export restriction on raw minerals, which effectively results in the export ban of several raw minerals. Experts believe that this raw mineral export restriction policy has caused Indonesia to shoot itself in the foot. For this reason, we wish to evaluate two important questions in the context of international trade law: Does Indonesia's raw mineral export restriction violate the country's obligations under the WTO? If so, are there any alternative policy measure the Government could consider that are WTO consistent and still achieve the overarching objective of the new mining law?

In order to answer the above questions we will explore the issues in three primary parts. Part I provides the contextual background of the raw mineral export restriction. We elaborate in this part the historical background of Indonesian mining regulations from the Colonial era, to the present mining law regulations, and the raw mineral export restrictions. Part II examines the WTO compliance of the measure. We assess in this part the compliance of the Indonesian raw mineral export restrictions under the discipline of Article XI of GATT and General Exceptions provided by Article XX of GATT. Lastly, Part III discusses WTO consistent, alternative measures, such as export taxes, licensing systems and other domestic regulations.

¹ Jeonghoi Kim, "Recent Trends in Export Restrictions on Strategic Raw Materials and their Impact on Trade", *OECD Trade Policy Working Papers*, 2010, p. 95. This OECD study observe export duties imposed over the period of 2003 to 2009.

² Olga Solleder, "Trade Effects of Export Taxes, Graduate Institute of International and Development Studies", *Working Paper No: 08*, 2013, p.6.

³ Annika Mildner & Gitta Lauster, "Settling Trade Disputes over Natural Resources: Limitations of International Trade Law to Tackle Export Restrictions", *Goettingen Journal of International Law* 3(1), 2011, p. 255.

⁴ Baris Karapinar, "Export Restrictions and the WTO Law: Regulatory Deficiency or Unintended Policy Space" *NCCR Trade Regulation Working Paper No 2010/11*, 2010.

In order to give a clear context for the discussion on the Indonesian mineral export ban, the following part will introduce the historical background, the current Indonesian mining regulations, the raw mineral export restriction regulation and its implications.

A. 1. The History of Indonesian Mining Regulations Prior to The Issuance of The 2009 Mining Law

The history of the current Indonesian legal system is based on its past colonization.⁵⁶ During the Colonial period, the colonial authority had all mining rights and the colonial government was involved directly with business activities of the colony.⁷ Indies Mining Law was introduced in 1899 in order to provide basic classification of mineral and authorities to govern the mining of minerals, including oil and gas.⁸ The law stipulated that concession rights could only be granted to Dutch citizens, residents of the Netherlands East Indies or companies established under the laws of the Netherlands or of the Netherlands East Indies.⁹ An amendment of the law in 1918 reduced the period of mining concession from 75 years to 40 years and opened the possibility for non-Dutch foreign interests to obtain concession rights by paying royalties to the colonial government.¹⁰

After independence, the newly formed Indonesian government nationalised all of the country's natural resources, including mineral resources.¹¹ A government regulation was issued to replace the Indies Mining Law of 1899.¹² The new regulation ordered that all mining resources at surface and below surface within Indonesian territory be controlled by the state.¹³ During this period, a spirit of nationalism and anti-imperialism in all forms, including foreign capital, dominated the political scene.¹⁴

In 1967, two further laws were enacted: Law No 1 of 1967 on Foreign Investment and Law 11 of 1967 on Basic Provisions of Mining (known as the "1967 Mining Law"), allowing

⁵ Daniel S. Lev, "Colonial Law and the Genesis of the Indonesian State", *Southeast Asia Program Publications at Cornell University* No. 40, 1985, p. 57.

⁶ Bernadeta Devi & Dodi Prayogo, "Mining and Development in Indonesia: an Overview of the Regulatory Framework and Policies", *University of Queensland Centre for Social Responsibility in Mining*, 2013.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.* This law was amended twice, in 1904 and 1918 to further govern mining in the Dutch Indies areas.

⁹ Bernadeta Devi & Dodi Prayogo, *supra* 6.

¹⁰ *Ibid.* Under the amendment, a four per cent excise duty for crude oil production and a 20 per cent tax on oil profits and 20 per cent of tax on corporate profits is paid to the colonial government.

¹¹ Bernadeta Devi & Dodi Prayogo, *supra* 6.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.* This law, however, was not promulgated until the enactment of Law 11/1967.

¹⁴ *Ibid.*

foreign capital to enter the mining sector in Indonesia.¹⁵ The immediate result was the arrival of Freeport mining operations and the company began to invest in gold and copper mining in Papua under the first generation of what came to be known as Contracts of Work.¹⁶ Contracts of Work drew their authority from the 1967 Mining Law and introduced contract based mining activities. Under this contractual concept, the Indonesian central government signed a contractual agreement with mining investors as the contractors of the government. The Contract of Work established rights and obligations such as taxes, royalty production and import duties, and employment of Indonesian nationals. Deals and negotiations under the contracts were done mainly by the central government.¹⁷ The legal architecture around mining exploration and exploitation remained under the authority of the Indonesian central government through the Ministry of Mining Affairs (now the Ministry of Energy and Mineral Resources.)

In 1996, Presidential Decree No 75 of 1996 on Principles of Coal Contract of Work (CoW or PKP2B) was enacted. The Decree governs that the management of coal mining business be assigned to the private sector, which signs a Coal Contract of Work with the government. The Decree stipulates that the private sector should be drawn from an Indonesian established company. These companies are required to pay for all the costs and bear all the risks associated with the mining, as well as paying a certain amount of production royalties to the government. The decree also requires the companies to prioritize the use of local products, services and labor.¹⁸ On this basis, coal-mining concessions emerged, particularly towards the end of the 1990s, and brought about a proliferation of small local companies, such as coal mining cooperatives.¹⁹

A. 2. Present Indonesia Regulation on Mining

Present measures on mining in Indonesia are established based on Law No 4 of 2009 on Mineral and Coal Resources (the “Mining Law”). The Mining Law adheres to the principle of Indonesia’s economic constitution, which prescribes that the State’s natural resources shall be used for the wealth of its people. Under this notion, the Indonesian government should

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Presidential Decree No 75 of 1996 concerning the Terms of Agreement of Coal Mining Exploitation Work, Article 7.

¹⁹ Bernadeta Devi & Dodi Prayogo, *supra* note 6.

possess and control strategic natural resources, including minerals. The Mining measures are framed within two primary features: the state control of mining rights and resource nationalism.²⁰ These features mean that mineral resources are considered more than just a source of national income;²¹ they are a national asset that should be used to improve Indonesia's economy.²² This feature is also reflected in government control over the mineral and coal resources and the private actors are considered government subcontractors. It is important to note that before the issuance of this Mining Law, mining was based on contract or concessions where the Indonesian government's position was an equal contracting party to the mining company. After the issuance of Mining Law, the licensing system established a higher bargaining position for the Government as the license giver.

The Mining Law provides three types of mining licenses based on mining areas. The first type is the Mining Business License, known as *Izin Usaha Pertambangan* or "IUP". IUP is the type of license that is given to commercial mining actors who conduct mining in a large-scale area. The second type is the Special Mining Business License, known as *Izin Usaha Pertambangan Khusus* or "IUPK". IUPK is the type of license that is given for the purpose of conducting mining activities in a specific state reserve area for a national strategic interest. The third license is the People's Mining License, known as *Izin Pertambangan Rakyat* or "IPR". This license is given to small-scale mining actors and is only available to Indonesian nationals.

Indonesian Mining Law sets out the principals of mining business activities while further detailed regulations, that are more technical, are normally governed under other Government Regulations.²³ Aside from the Government Regulations, the Indonesian Ministry of Energy and Mineral Resources will occasionally issue Ministerial Regulations to clarify or to further regulate technical matters that are not covered in the Government Regulations. Further, based on Indonesia's economic constitution the legislature plays a role in determining Government mining policy. Commission VII of the Indonesian legislature, known as DPR, is the standing body of the DPR that is charged with the responsibility of leading the DPR's consideration for matters related to mining, oil and gas, and natural resources.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Director of Mineral and Coal Program Supervision, "Indonesia Mineral's Added Value: Effort to Promote Sustainable Growth and Industrial Development", *Indonesian Ministry of Energy and Mineral Resources Presentation, UNCTAD Global Commodities Forum*, 2015.

²² *Ibid.*

²³ See below for further detail on these Government Regulations.

The Mining Law has two important requirements for investment. These include the divestment requirement and the policy of processing minerals inside the country, or the value adding requirement. In terms of divestment, the Law provides that mining for minerals and coal in Indonesia is a permitted area of foreign investment, subject to an obligation on the foreign shareholder to progressively divest its shareholding to a minority stake over time.²⁴ Consent is required from the BKPM (Investment Coordinating Board) and the Minister of Energy and Mineral Resources for a transfer of shares in a foreign investment mining company. Further, the offering of a company's shares on the Indonesian Stock Exchange does not satisfy the divestment requirement to sell to local participants.

In terms of the value added requirement, Article 102 of Mining Law governs that the holder of a mining business license shall increase the added value of mineral and/or coal. The elucidation of this article explains that an added value is meant to increase the end product value through mining business activities or the utilization of mineral scraps. Following the rationale of Article 102, Article 103 (1) of Mining Law further creates the obligation for a producer to process minerals within the country. The reasoning behind this in-country processing is to improve and optimize the value of the mineral product, to secure the availability of the raw material for the domestic industry, to foster local employment, and to increase the government revenue.²⁵ This mandated value added requirement eventually became the basis for the Indonesian government to issue the restriction on raw mineral exports.

A. 3. The Implementing Regulation of The Mining Law and Raw Mineral Export Restriction

In 2012, the government issued an implementing regulation for mineral and coal business operations, known as Government Regulation No 23 of 2010 (along with all its amendments--“Government Regulation on Mining and Coal Business Operation”).²⁶ In one of amendment of this regulation, known as Government Regulation No 1 of 2014, the export of raw mineral is to be prohibited by 12 January 2014. The holder of CoWs are required to conduct

²⁴ Under Regulation 27 of 2013. Previously, Regulation 23 of 2010 governed that foreign shareholders had to progressively divest shares, from the date of commencement of production, to procure a minimum: 20% local ownership by year six; 30% local ownership by year seven; 37% local ownership by year eight; 44% local ownership by year nine; 51% local ownership by year 10. These limits still apply, unless by the end of year five the minimum local ownership threshold has already been achieved (permitting a private sale).

²⁵ Elucidation of Article 103 (1) of Mining Law.

²⁶ The regulation was amended several times by Government Regulation No 24 of 2012, Government Regulation No 1 of 2014, and Government Regulation No 77 of 2014 dated 14 Oktober 2014.

in country mineral purification, whilst the holder of an IUP Production Operation license is required to conduct both purification and processing of minerals within the country.²⁷ This local processing of raw minerals is further governed by the Minister of Energy and Mineral Resources Regulation No 7 of 2012, finally amended by Ministerial Regulation No 7 of 2012 (Ministerial Regulation No 7/2012”). This regulation governs that exports of mineral ore shall be prohibited by 1 January 2014, while the exports of raw minerals from the time of the issuance of the regulation up to January 2014 is allowed with recommendation from the Minister. Ministerial Regulation No 7/2012 was eventually revoked and replaced by Ministerial Regulation No 1 of 2014 on the Improvement of the Value Adding of Minerals through Domestic Purification and Processing Activities, most recently amended by Ministerial Regulation No 8 of 2015 (hereinafter shall be referred as the “Raw Mineral Export Restriction”). This regulation up to the present serves as the regulatory basis for the implementation of raw mineral exports.

The Ministerial Regulation on the Raw Mineral Export Restriction governs that:

1. Certain raw minerals, namely tin, nickel, bauxite, gold, silver, and chromium can only be exported after being purified within the country;
2. Export of selected mineral is subject to the minimum domestic purification and processing limits set by the regulation;
3. The Holder of CoW and licenses of certain Metal Minerals by 12 January 2017 can only export product that has been purified within the country, in accordance with the minimum purification limits set by the Ministerial Regulation.

Further as a response to the Raw Mineral Export Restriction, the Minister of Trade issued Regulation No 4 of 2014 on the Regulation of the Export of Purified and Processed Mineral Products. This regulation mainly governs the procedures for export and the licensing of exporters of raw minerals, as regulated under the Raw Mineral Export Restriction.

A. 4. The Implication of the Raw Mineral Export Restriction

One of the issues with the mining regulation is the implementation of the value added requirement, which was translated by the government into the Raw Mineral Export Restriction. The reason behind the restriction is simple; the government wishes to encourage the value

²⁷ Government Regulation No 1 of 2014 concerning Second Amendment to Government Regulation Number 23 of 2010 concerning the Implementation of the Mining and Coal Activities, Article 112C.

adding of raw minerals through the establishment of local smelters – raw mineral processing facilities. Although the implementing Mining Law regulation does not directly dictate a restriction on the export of raw mineral resources, the intention of the regulation itself is clear. The holder of an IUP in Production Operation license cannot export its raw mineral due to the fact that the law requires them to process and purify these minerals within the country. Raw minerals that are listed under the implementing regulation are subject to a minimum domestic processing and purification requirement, up to 99% for some.²⁸ Further, companies that signed a Contract of Work with the government must conduct raw mineral processing within the country and are only allowed to export a certain amount approved by the government²⁹.

The acceptance of the Raw Mineral Export Restriction by mining stakeholders is very much diverse. The implementing regulation does motivate companies to commit to developing smelters. As of March 2015, there are at least 97 companies committed to conduct feasibility studies to develop smelter in Indonesia.³⁰ By way of contrast, confusion around the details combined with low global commodity prices have made Indonesian mining companies that conduct exports underprepared.³¹ The ban has led to the suspension of mining companies' export of raw minerals,³² as well as the lay-off of almost 30,000 mine workers.³³ There was also a failed challenge to the export restriction policy in front of the constitutional court by the Indonesian Mining Association (APINDO).³⁴ In addition to this, Government revenue from the export tax of raw minerals since mid 2014 have decreased significantly due to this restriction.³⁵ Indeed such repercussions beg the question of whether Indonesia is shooting itself in the foot with these restrictions.

²⁸ Minister of Energy and Mineral Resources Regulation No 1 of 2014 concerning the Increase of the Added Value of Minerals through Processing and Refining of Minerals in the Country, Article 3, as amended by the Minister of Energy and Mineral Resources Regulation No 5 of 2015.

²⁹ Government Regulation No. 1 of 2014, Article 112C.

³⁰ Director of Mineral and Coal Program Supervision, *Supra* 21.

³¹ International Centre for Trade and Sustainable Development, "Indonesia Enacts Mineral Export Ban", *Bridges Volume 18 – Number 1*, 2014.

³² Reuters, "Indonesia export ban leaves mining in turmoil, nickel prices rally", Jan 13, 2014 (Available at: <http://www.reuters.com/article/2014/01/13/indonesia-minerals-idUSL3N0KM0IO20140113>)

³³ International Centre for Trade and Sustainable Development, *Supra* 31.

³⁴ Bloomberg Business, "Constitutional Court in Indonesia Upholds Ore Shipment Ban", December 3, 2014 (Available at: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-12-03/constitutional-court-in-indonesia-upholds-mineral-ore-export-ban>.)

³⁵ Kompas news, "Tergerus Larangan Ekspor Mineral, Penerimaan Bea Cukai Tak Penuhi Target", July 17, 2014 (Available at: <http://bisniskeuangan.kompas.com/read/2014/07/17/090620426/Tergerus.Larangan.Ekspor.Mineral.Penerimaan.Bea.Cukai.Tak.Penuhi.Target>)

The implementation of the Raw Mineral Export Restriction has also drawn controversy at the international level. For one reason, the procedures for exporting raw minerals have become more complicated. Export of raw minerals requires approvals and licenses from several ministries, such as the Ministry of Energy and Mineral Resources, the Ministry of Trade and the Ministry of Finance, while each ministry has its own procedure and supplementing documentation for granting approval and licenses. As one of the major producers of nickel, Indonesia's ban on raw mineral exports also contributes to the increase of the world's price for nickel.³⁶ Japan, a major importing country of raw minerals, had once complained to the World Trade Organization (WTO) that Indonesia has violated WTO rules by imposing restrictions on its selected raw materials.³⁷ More recently, there has been a discussion within the Indonesian government agencies to amend the Mining Law and the Mineral Export Restriction, however the draft amendment for the Law and its implementing regulation is still under the formulation of the Ministry of Energy and Mineral Resources.³⁸ It is important to note that the process of amendment of the Mining Law will undergone a process of review from the Indonesian legislature and require their approval, which will take months to process.

B. Discussion

B. 1. The WTO Compliance of The Indonesian Mineral Export Restriction

This section analyses whether the Raw Mineral Export Restriction measure violates Indonesia's obligations under WTO law, in particular under Article XI of GATT and whether the underlying objectives of the mineral export ban is sufficient to be covered under the general exceptions in Article XX of GATT.

B. 1. 1. The Raw Mineral Export Restriction and Quantitative Restrictions under Article XI of GATT

Considering Article XI:2 of GATT, Indonesia could be in a position of non-compliance with its WTO obligations. In this section we base our analysis on the consideration that: the

³⁶ Migasreview, "Relaksasi Ekspor Mineral Mentah, Mungkinkah?" April 23, 2015 (Available at <http://www.migasreview.com/post/1429726520/relaksasi-ekspor-mineral-mentah--mungkinkah-.html>).

³⁷ Lalu A. Damanhuri, "The Political Economy of Banning Raw Mineral Exports", *Jakarta Post* May 23, 2014 (Available at: <http://www.thejakartapost.com/news/2014/05/23/the-political-economy-banning-raw-mineral-exports.html#sthash.tTg4CYU3.dpuf>)

³⁸ Kontan, "Ekspor Mineral Dibuka Konsistensi Presiden Disoal", September 7, 2015 (Available at: <http://industri.kontan.co.id/news/ekspor-mineral-dibuka-konsistensi-presiden-disoal>); Hukumonline, "ESDM Jamin Pelaksanaan UU Minerba tidak akan mengganggu investasi", August 13, 2015 (Available at: <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt55cc49a5eb00d/esdm-jamin-wacana-revisi-uu-minerba-tak-ganggu-investasi>).

Raw Mineral Export Restriction is prohibited under Article XI:1 of GATT and although there is an exemption to this rule, as provided under Article XI:2, the condition required to invoke this exemption has not been met.

1. The Raw Mineral Export Restriction is Prohibited under Article XI:1 of GATT Article XI:1 of GATT states that:

“No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party.”

Article XI:1 covers a broad range of government policies and is not exclusively applied to duties, taxes, or other charges.³⁹ In the Japan—Semi Conductors case the WTO Panel took the view that Article XI:1, *“applied to all measures instituted or maintained by a contracting party prohibiting or restricting the importation, exportation or sale for export of products other than measures that take the form of duties, taxes or other charges.”*⁴⁰ However, the wording of export restrictions has been noted to take various forms, including taxes, duties and charges, as well as quotas and export restrictions, mandatory minimum export prices, reductions of value added tax (VAT) rebates on exports, and stringent export licensing requirements.⁴¹ Article XI could be thus applied to a broad scope of measures ranging from export quotas, minimum export price requirements, a discretionary and non-automatic licensing system, trade balancing requirements and restrictions on ports of entry,⁴² and in this present case the Raw Mineral Export Restriction.

Article XI of GATT covers prohibitions and restrictions that have a limiting effect on the quantity or amount of a product either being imported or exported.⁴³ Restrictions on exports are a border measure that take the form of a government law or regulation which expressly limits the quantity of exports or places explicit conditions on the circumstances under which exports are permitted or takes the form of a government-imposed fee or tax on exports of the products calculated to limit the quantity of exports.⁴⁴ The language of the Raw Mineral Export Restriction does not explicitly stated a ban or quantitative restriction on the export of the raw mineral. Having said that, Article XI:1 of GATT 1994 prohibits

³⁹ Japan- Semi Conductors, WTO Panel Report, 35S/116, 1988, par. 104.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Annika Mildner & Gitta Lauster, “Settling Trade Disputes over Natural Resources: Limitations of International Trade Law to Tackle Export Restrictions”, *Goettingen Journal of International Law* 3(1), 2011, p. 257.

⁴² Peter Van Den Bossche and Werner Zdouc, “The Law and the Policy of the WTO”, *Cambridge University Press* 3rd Ed., 2013, p. 483.

⁴³ China-Raw Materials, WTO Appellate Body, DS394, 2012, par. 320.

⁴⁴ United States – Measures Treating Export Restraints as Subsidies, WTO Panel Report, WT/DS194/R, 2001.

both *de jure* and *de facto* quantitative restrictions.⁴⁵ The WTO Appellate Body in the *China – Raw Materials* dispute defines export restriction as “a thing which restricts someone or something, a limitation on action, a limiting condition or regulation” and therefore has a limiting effect.⁴⁶ Hence, the restricting effect of a certain measure is the focal point of the scope of this Article. In light of this reason, the minimum limit of domestic purification and processing requirement creates a limit on the amount of raw mineral for export. Where there is no domestic purification and processing facilities, the measure could even be read as a *de facto* ban on export.⁴⁷ Considering the limiting impact of the Raw Mineral Export Restriction to the raw mineral export, this regulation is clearly the type of export restriction that is prohibited under Article XI:1 of GATT.

2. The Raw Mineral Export Restriction Does Not Fall Under the Exemptions of Article XI:2 of GATT

Article XI:2 of GATT provides exceptional conditions which permits measures that are prohibited under Article XI:1 of GATT. Quantitative restrictions for exports are allowed in cases where such policies, (i) are temporarily applied to relieve critical shortages of foodstuffs or other products; or (ii) are necessary for the marketing of commodities.⁴⁸ In relevance to the present circumstances, we will consider further the conditions set forth under Article XI:2 (a) of GATT.

Article XI:2(a) of GATT permits export prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or relieve critical shortages of foodstuffs or other products essential to the exporting contracting party. Article XI:2(a) allows prohibitions that are adopted to alleviate or reduce an existing critical shortage, as well as for preventive or anticipatory measures adopted to pre-empt an imminent critical shortage.⁴⁹ Whether a shortage is critical may be informed by how essential a particular product is.⁵⁰ The characteristics of the product as well as factors pertaining to a critical situation, may inform the duration for

⁴⁵ Peter Van Den Bossche and Werner Zdouc, *Supra* 42.

⁴⁶ *Ibid*, par. 319.

⁴⁷ According to the Raw Mineral Export Restriction, starting from 2017 selected raw mineral will no longer be allowed to be exported.

⁴⁸ GATT 1994: General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, THE LEGAL TEXTS: THE RESULTS OF THE URUGUAY ROUND OF MULTILATERAL TRADE NEGOTIATIONS 17 (1999), 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153 (1994), Article XI: General Elimination of Quantitative Restrictions.

⁴⁹ *China-Raw Materials*, WTO Appellate Body, DS394, 2012, par 327. [hereinafter **China Raw Materials**]

⁵⁰ *Ibid*, par. 328.

which a measure can be maintained in order to bridge a passing need in conformity with Article XI:2(a).⁵¹

One of the Indonesian government's objectives behind the raw mineral export restriction is to move up the industry value chain and to secure long-term supplies for the domestic market.⁵² The Indonesian government could argue under Article XI:2 that the raw minerals are a necessary product for the local industry and therefore the restriction is important to ensure the domestic market supply. However, the "necessity" alone is not enough to stand the test of Article XI:2. The government should also describe the "critical shortages" of raw minerals as required by this Article.

For Article XI:2(a) to apply, the shortage must relate to foodstuffs or other products essential to the exporting Member.⁵³ In the *China –Raw Materials* case, the WTO Appellate Body agreed the term other products could be other than foodstuffs, but limited the scope to absolutely indispensable or necessary products.⁵⁴ Similarly in the same case, the WTO Panel considered that the definition of product under Article XI:2 could be a product that is an "input" to an important product or industry.⁵⁵ The determination of the essential element of the product will depend on particular circumstances faced at the time the member applies the restriction.⁵⁶

In *China – Raw Materials*, the term "critical shortages" under Article XI:2 refers to the deficiencies in quantity that are crucial, that amount to a situation of decisive importance, or that reach a vitally important or decisive stage, or a turning point.⁵⁷ How does the Indonesian government describe the deficiencies of its raw minerals? This would be a difficult element to prove since, for one reason, the domestic supply of the raw minerals might have exceeded the local domestic processing facilities demand. As an example, the capacity of the domestic smelter for bauxite and iron ore, based on an 2014 estimation, will only create a demand of less than half of the amount of the domestic

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Edi Saputra, "The real cost of Indonesia's Commodity Export Restrictions", *Jakarta Post*, June 8, 2015 (Available at <http://www.thejakartapost.com/news/2015/06/08/the-real-cost-indonesia-s-commodity-export-restrictions.html#sthash.UZq37E0c.dpuf>)

⁵³ *China-Raw Materials*, *Supra* 49, par. 326.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.* par. 7.306-7.307.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, par. 324.

production.⁵⁸ Even when the target of smelter construction in 2014 is 100% achieved, the local smelter would only demand a maximum of 7.1 million tons of bauxite while the total domestic production is 17.6 tons.⁵⁹ In terms of iron ore, the estimation of smelter demand in 2014 is 2.2 tons while the total domestic production is 20.2 tons.⁶⁰ It would be difficult for Indonesia to prove that there is a critical shortage of raw mineral in Indonesia at the time of the restriction when the domestic industry that demands the raw material is not yet established.

Inherent in the notion of criticality is the expectation of reaching a point in time at which conditions are no longer critical, such that measures will no longer fulfil the requirement of addressing a critical shortage.⁶¹ The term “temporarily applied” is defined as lasting or meant to last for a limited time only and is a measure taken to bridge a passing need, which means that the measures shall be applied in the interim.⁶² A restriction or prohibition must be of a limited duration and not indefinite.⁶³ These definitions pose challenges to the Raw Mineral Export Restriction. As yet, there has been no time set for the Indonesian government to lift the restriction or the ban. The Ministry of Energy and Mineral Resources regulation sets the starting period of the export restriction however there is no clear target as to when the restriction would end.

In light of the above considerations, it is unlikely that the Indonesian Raw Mineral Export Restriction could be exempted by Article XI:2(a) of GATT.

B. 1. 2. WTO Exceptions for the Raw Mineral Export Restriction

Article XX of GATT 1994 stipulates that member countries can set aside their WTO obligations under certain conditions.⁶⁴ There is a two-step analysis to demonstrate that a

⁵⁸ “Analisis Dampak Kebijakan Pelarangan Ekspor Raw Material Tambang dan Mineral”, Badan Pengkajian dan Pengembangan Kebijakan Perdagangan Kementerian Perdagangan Republik Indonesia, Jakarta, 2013, p.26. [hereinafter Analisis Dampak Kebijakan Pelarangan]

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ China-Raw Materials, *Supra* 49, par. 328.

⁶² *Ibid.*, par. 323.

⁶³ China-Raw Materials, *Supra* 49, par. 330. In China- Raw Material, the panel observed that China’s restriction on exports of refractory-grade bauxite had already been in place for at least a decade with no indication of when it will be withdrawn. See WTO Panel Report, par. 7.350.

⁶⁴ Article XX (g) of GATT 1994. Also Article XX(i) of GATT permits export restrictions for price stabilization purposes, Article XX (c) contains an exception related to gold and silver, and Article XXI provides justification for export restrictions for the purpose to safeguard national security.

measure is justified under the Article XX provision.⁶⁵ In the first order, a measure should fulfill a condition between clauses (a) to (j) of Article XX GATT.⁶⁶ Providing that the condition is covered under this provision, a measure should also satisfy the requirements imposed by the opening clause or the Chapeau of Article XX.⁶⁷ This part analyzes whether the exceptions provided by Article XX (d) and (g) of GATT could be applied to the Indonesian mineral export ban.

1. Measures Necessary to Secure Compliance with Laws or Regulations under Article XX (d) of GATT

Article XX(d) of GATT provides an exception for incompliance with WTO obligations for the reason that a measure is necessary to secure compliance with laws and regulations of the WTO member country. This article is susceptible to a wide variety of laws and regulations to be enforced.⁶⁸ For a measure to be justified under Article XX(d) of GATT, two elements must be shown.⁶⁹ First, the measure must be designed to “secure compliance” with laws or regulations that are not themselves inconsistent with the provision of the GATT 1994.⁷⁰ Second, the measure must be “necessary” to secure such compliance.⁷¹ In terms of the first element of Article XX (d), the raw mineral export restriction is being enacted to secure compliance with the Mining Law. Provided that the Indonesian Mining Law is in compliance with the WTO, then the “necessary” element of this measure will be the determining factor for deciding whether the Raw Mineral Export Restriction could fall under the exemptions of the Article XX (d) of GATT.

A guide on interpreting the necessary element of Article XX of GATT can be found in the *Korea – Beef* dispute. In that dispute, the measure that at challenge was a Korean dual retail system that was imposed to secure compliance with the Korean Unfair Competition Act.⁷² The WTO Appellate Body in its report define the element of “necessary” under Article XX of GATT as something that cannot be dispensed with or

⁶⁵*United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, 1998, [hereinafter “AB Report on US-Shrimp”] para. 117-119.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Korea – Beef*, WTO Appellate Body, DS161, 2000, par. 162.

⁶⁹ *Ibid.*, par. 157.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, par. 158. The fact that the dual retail system reduces the opportunities for butchers to deceptively misrepresent foreign beef for domestic beef is accepted by the parties involved in the dispute.

done without, requisite, essential, needful.⁷³ Further the WTO Appellate Body was of the view that the term necessary under Article XX(d) of GATT could reach a range of degree of necessity and is not limited to that which is “indispensable” or “of absolute necessity” or “inevitable”.⁷⁴ The element of “necessary to secure compliance” under Article XX(d) of GATT will involve a process of weighing and balancing of: the contribution of the measure; the importance of the common interest or the values in the measures; and the accompanying impacts of the measures on international trade.⁷⁵ An assessment of the Indonesian measures according to these standards is provided below:

(i) The contribution of the measure.

The extent to which the measure contributes to the realization of the end pursued determine whether a measure would be considered necessary for compliance.⁷⁶ The greater the contribution, the more easily a measure might be considered necessary”.⁷⁷

Based on the above, the domestic mineral processing policy objectives, among other things, are made to promote sustainable mining practice, to move up the value chain of mineral production, and to encourage local employment.⁷⁸ In practice the Raw Mineral Export Restriction does contribute to this objective by motivating the mining companies to commit to developing domestic smelters. The development of domestic smelters alone however does not automatically promote the fulfillment of the objectives of the Indonesian Constitution including the economic benefit of the Indonesian people.

One consideration of this analysis is that domestic linkage possibilities alone do not automatically convey an advantage to developing resource-based production like smelters.⁷⁹ A basic mineral processing facility, like a smelter, can be established in any country that is able to import the unprocessed resource.⁸⁰ Domestic mineral processing also does not necessarily mean it can supply the downstream product at a lower cost since it will depend on the cost factor that is determined by comparative advantage and technological differences.⁸¹ In terms of static comparative advantage, a USAID study

⁷³ Korea-Beef, *Supra* 68, par. 160.

⁷⁴ *Ibid*, par. 161.

⁷⁵ *Ibid*, par. 164.

⁷⁶ *Ibid*, par. 163.

⁷⁷ *Ibid*, par. 163.

⁷⁸ Director of Mineral and Coal Program Supervision, *Supra* 21.

⁷⁹ Nathan Associates Inc., “Executive Summary: Economic Effects of Indonesia’s Mineral-Processing Requirements for Export”, *United States Agency for International Development*, 2013, p. 7.

⁸⁰ *Ibid*.

⁸¹ *Ibid*.

found that Indonesia's factor endowments and technological capabilities in some cases do not give it any cost advantages in highly capital intensive industries which necessitate huge complementary investments in infrastructure.⁸² The establishment of a smelter will require electricity, road and port infrastructure, however the infrastructure in regions that have mineral potential are mostly weak.⁸³ In order for a smelter to be viable, the government will need to make necessary public investments in roads, electricity, ports and other necessary infrastructure.⁸⁴

Simply stated, to ensure the economic benefit of mineral resources to the nation, there are other factors that need to be taken into account as main contributors, such as the development of infrastructure, technologies, tax etc. Hence, the measure itself is not vital to the realization of the economic constitution objectives.

(ii) The importance of the common interest or the value in the measure.

Another important consideration for the assessment of the necessity element is the relative importance of the common interests or values that a regulation is intended to protect.⁸⁵ The more vital or important the common interests or values are, the easier it would be to accept a measure designed as a necessary enforcement instrument.⁸⁶ In the *Korea – Beef dispute*, the measure was challenged in an effort to protect consumer's interest from fraudulent marketing practices.⁸⁷ The challenging party as well as the WTO Appellate Body does not argue the merits of this since it is up to the country issuing the regulation to determine the importance of that country's interest. In the case of raw mineral exports, it is unlikely that national interests, such as protecting the environment from the affects of excessive mining, will be challenged. A sovereign country is free to determine its values or interests.

(iii) The accompanying impacts of the measures on imports or exports.

The third consideration for the "necessary" element is the extent to which the compliance measure produces restrictive effects on international commerce.⁸⁸ A measure with a relatively minimal impact on international trade might more easily be

⁸² *Ibid.*

⁸³ Analisis Dampak Kebijakan Pelarangan Ekspor Raw Material Tambang dan Mineral, *Supra* 58, p.29.

⁸⁴ Nathan Associates Inc, *Supra* 79, p. 9.

⁸⁵ Korea – Beef, *Supra* 68, par. 162.

⁸⁶ Korea – Beef, *Supra* 68, par. 162.

⁸⁷ Korea – Beef, *Supra* 68, par. 170-177.

⁸⁸ Korea-Beef, *Supra* 68, par. 163.

considered as “necessary” rather than a measure with broader restrictive effects.⁸⁹ The minimum domestic processing requirement for mineral exports set by government regulation restricts the export of raw minerals to follow the percentage set by the regulation. Accordingly, the National Statistical Bureau recorded a decrease of 70.1% of exports of raw minerals due to the Raw Mineral Export Restriction.

From the point of view of importing countries, there could be two different results on trade. If the amount of the import of the raw minerals under the restriction is not so substantial to the importing country, the restriction will not significantly affect international trade. Alternatively, if the import of the raw minerals under the restriction is of a substantial amount to the importing country, then the restriction will be significant to trade. Take for example the case of Japan, where the raw mineral export restrictions have caused a significant impact on Japan’s stainless steel industry. Japan imported a significant amount of nickel ore, one of the export restricted minerals, from Indonesia.⁹⁰ It is possible to say from Japan’s perspective that the raw mineral export restrictions have had a significant restrictive affect, since a limitation is created on the export of the minerals.

Considering the above factors, the Indonesian Raw Mineral Export Restriction might satisfy the ‘necessary’ element by considering the important value or interests that are incorporated in the Mining Law and its implementing regulations. Nevertheless, the WTO view of Article XX (d) of GATT is that the member Country who issued the challenge to the measure shall bear the burden to proof that there is no WTO-consistent alternative measure that is reasonably available to address the same issue of the measure.⁹¹ The discussion of WTO consistent alternative will be further elaborated in Part III below.

2. Conservation of Exhaustible Natural Resources under Article XX (g) of GATT

Article XX (g) of GATT prescribes that WTO member countries may be noncompliant with GATT if such noncompliance is “relating to the conservation of exhaustible natural resources.”⁹² The definition of resource in this article could be broad,

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Reuters, “Japan may take Indonesia to WTO over Mineral Export Ban”, February 19, 2014. (Available at: <http://www.reuters.com/article/2014/02/20/indonesia-minerals-japan-idUSL3N0LP0A520140220>)

⁹¹ Korea-Beef, *Supra* 68, par. 166-167.

⁹² GATT Article XX (g).

covering the living and nonliving.⁹³ For this reason, raw minerals could be regarded as the type of resources that are intended by the Article XX(g) of GATT.

The Indonesian government argues that the raw mineral export restriction is a part of government's effort to improve the sustainable use of its mineral resources.⁹⁴ The objective of the sustainability of the mineral resources could provide the basis on which the Raw Mineral Export Restriction is a measure intended for conservation purposes,⁹⁵ which can be justified under the Article XX (g) of GATT. In this regard, the Indonesian government may consider that if the mineral is processed into a semi-finished material or other value added products, then the value of the minerals that are being exported will increase. The increase of value will increase the profit of the miners and hence create a more efficient use of raw materials. The corresponding efficiency will conserve the non-renewable mineral resources, by reducing the amount of raw materials excavated from the earth. Be that as it may, the Raw Mineral Export Restriction could have a contrasting implication. Studies shows that changes in exhaustible resources in the international terms of trade are likely to be accompanied by changes in the inter-temporal terms of trade.⁹⁶ As in the case of exhaustible resources, extracting less today means extracting more at some later date.⁹⁷ The WTO Panel in the case involving export measures imposed by China on several raw materials explained how the opposite situation could take place.⁹⁸ An export restriction on an exhaustible natural resource could reduce the domestic price of the materials.⁹⁹ This works in effect as a subsidy to the downstream sector, with the likely result that the downstream sector will demand more of these resources over time than it would have absent the export restriction.¹⁰⁰ That being said, an export restriction could have long-term negative effects on conservation due to the increased demand from the downstream sector. As an example, WTO trade policy reviews and World Bank studies have documented how export restrictions on logs have resulted in the increasing demand

⁹³ US-Shrimp, *Supra* 65, para. 127.

⁹⁴ Analisis Dampak Kebijakan Pelarangan, *Supra* 21.

⁹⁵ "Reaksi Dunia terhadap Kebijakan Pemerintah Indonesia Menghentikan Ekspor Bahan Mentah", Kementerian ESDM, <http://esdm.go.id/berita/mineral/43-mineral/6863-reaksi-dunia-terhadap-kebijakan-pemerintah-indonesia-menghentikan-ekspor-bahan-mentah-.html>, 2 Juli 2014

⁹⁶ Michele Ruta and Anthony J. Venables, "International Trade in Natural Resources: practice and policy", WTO Staff Working Paper, Economic Research and Statistics Division, March 2015, p.17. [hereinafter Ruta and Venables]

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ China—Raw Material, *Supra* 49, p.124.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

of the resources. In 1992 Indonesia replaced a ban on exports of logs with a 200% export duty, which was decreased to 30% in 1998.¹⁰¹ These measures resulted in domestic prices well below the international price, which contributed to over-logging and a wastage ratio above the international average, thus creating a negative impact on forestry conservation in the country.¹⁰²

In the case of raw mineral exports, a study conducted by the Indonesian Trade Ministry shows that upon the issuance of the Mining Law, the exploitation of mineral has rapidly increased.¹⁰³ As an example, a comparison of production between 2009 and 2011 for bauxite shows an increase of 2.150 % of total production while for nickel ore the total production in 2011 increased 175% compared to the year 2009, before the issuance of the Mining Law.¹⁰⁴ The reason behind this surge of production is because mining companies have tried to excavate the mineral before such activities is prohibited.¹⁰⁵ The implication of the export ban is thus counter-productive to the goal of conservation of mineral resources.

3. Chapeau of Article XX of GATT

Under the Chapeau of Article XX of GATT, a measure should not be applied “in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or as a disguised restriction on international trade.”¹⁰⁶ The Appellate Body in *US-Shrimp* provided an overview regarding the three constitutive elements of the concept of “arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail” and held the following:¹⁰⁷ first, the application of the measure must result in discrimination; second, the discrimination must be arbitrary or unjustifiable in character, where ‘arbitrary discrimination,’ ‘unjustifiable discrimination,’ and ‘disguised restrictions’ on international trade have to be read side-by-side as they impart meaning to one another;¹⁰⁸ and third, this discrimination must occur between countries where the same conditions prevail.¹⁰⁹

¹⁰¹ Ruta and Venables, *supra* at 16.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Analisis Dampak Kebijakan Pelarangan, *supra* 21.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Article XX GATT

¹⁰⁷ Autar Krishen Koul, *supra* at 313.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *US- Shrimp*, *supra* para 150.

The Indonesian government considers that restricting the export of natural resources may give downstream producers just the edge they need to stay above the curve in fiercely competitive international markets.¹¹⁰ In the long term, the export restrictions on raw materials could be view as an important incentive for domestic industries in the high value downstream manufacturing sectors,¹¹¹ such as in the domestic aluminium, stainless steel, and other mineral processed products industries. The Raw Mineral Export Restriction from this perspective may be considered a discriminative treatment of foreign investors, preferring the domestic market.

B. 2. WTO Consistent Alternative Measures

Export restrictions can typically be applied for economic or non-economic reasons.¹¹² In terms of economic objectives, export restrictions can be used to raise government revenues, promote downstream industries to diversify exports, or control price fluctuations.¹¹³ In terms of non-economic objectives, they can be use to protect national security, the environment, or for broader social goals.¹¹⁴ Aside from these objectives, export restrictions can take a variety of forms. The simplest is a straightforward ban on exports and the most commonly used are export taxes.¹¹⁵ As discussed above, the use of raw mineral export restrictions is violating Indonesia's obligation under the WTO, in particular Article XI of GATT. Although the scope of Article XI of GATT could be very broad,¹¹⁶ duties, taxes, or other charges that do not impose quantitative restrictions are generally excluded from the scope of Article XI of GATT 1994.¹¹⁷

In response to this, the following part explores WTO consistent measures as alternatives to the development of a domestic smelter industry. We explore in each section below export

¹¹⁰ Lalu A. Damanhuri, "the Political Economy of Banning Raw Mineral Exports", Jakarta Post, <http://www.thejakartapost.com/news/2014/05/23/the-political-economy-banning-raw-mineral-exports.html#sthash.Tq4CYU3.dpuf>. 23 May 2014 [hereinafter Lalu Damanhuri]

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Annika Mildner & Gitta Lauster, *Supra* 41, p. 260.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Alan H. Price and Scott Nance, "Export Barriers and Global Trade in Raw Materials: The Steel Industry Experience", Report to the Raw Materials Committee of the Organization for Economic Cooperation and Development, 30 October 2009. p. 5. [hereinafter Alan H. Price and Scott Nance]

¹¹⁶ John H. Jackson, et al., *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic* (5th Ed., West Group) p. 423-424. The writer posed straightforward questions on the wide scope of Article XI "to what extent does it cover other measures that adversely affect imports? For example, does it apply to minimum import price requirements or to investment-related performance requirements? How "mandatory" must a government policy be in order to fall within the prohibition?"

¹¹⁷ China—Raw Materials, *Supra* 49, par. 321.

taxation and export licensing as the two most commonly used types of export measures.¹¹⁸ We further consider other domestic policies that could be reasonably imposed by the Indonesian government to achieve the objective of the Raw Mineral Export Restriction.

B. 2. 1. Export Tax

The WTO prohibits quantitative export restrictions and allows the use of export taxes that are imposed in a transparent and non-discriminatory manner in accordance with Articles I and X of GATT 1994.¹¹⁹ Article I:1 of GATT sets out MFN treatment where a WTO member is required to set the same export duty on all like products exported to all other WTO members.¹²⁰ Unlike imports, export tariffs are not bound and thus a WTO member can increase its reduced export duties without worry of violating its WTO obligations.¹²¹

Countries use export taxes for different objectives and with different forms.¹²² Export taxes are most commonly known to serve two purposes; they are used as a source of government revenue and they protect or promote domestic industries.¹²³ In some cases, an export tax could also be used to safeguard a domestic supply of products in times of international scarcity.¹²⁴ In the case of the efficient use of raw material, governments alternatively could apply taxes to wastes and scraps in order to encourage recycling of the scrap within the country.¹²⁵ Export taxes could be also be combined with reference prices, the government-set prices on which taxes are calculated.¹²⁶ Export taxes can be increased either by raising the tax rate itself, or by increasing the reference price on which the tax is based.¹²⁷

The Indonesian government through the Minister of Finance regulation has prepared tax policy for the export of raw minerals. Companies that are committed to develop domestic smelters will receive a lower export tax.¹²⁸ Using export tax as an alternative measure for the

¹¹⁸ “Taking Stock of Measures Restricting the Export of Raw Materials: Analysis of OECD Inventory Data”, OECD Trade Policy Working Paper No. 140, 2012. p. 13-14.

¹¹⁹ Although WTO rules do not prohibit WTO member from applying export taxes, they can also agree conversely through their accession agreements as an example China took a commitment to not apply export duty other than on 84 items listed in the Annex of China’s Accession Agreement.

¹²⁰ Peter Van Den Bossche and Werner Zdouc, *Supra* 42, p. 472.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² OEC, *Supra* 118, P. 16.

¹²³ Peter Van Den Bossche and Werner Zdouc, *Supra* 42, p. 471.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Alan H. Price and Scott Nance, *Supra* 115, p. 5.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ “Tarif Bea Keluar Mineral Sudah Disusun”, Hukumonline.com, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt53a4257668042/tarif-bea-keluar-mineral-sudah-disusun>. Diakses pada 20 Juni 2014

Raw Mineral Export Restriction is a good option. However, it is also important to use export taxes with caution, considering that the implementation of export tax policy has been a common international practice fostering different outcomes.

Studies have found that export taxes are normally associated with a sizeable decrease of trade, especially when imposed on extractive sectors.¹²⁹ In the case of Argentina, this type of policy was quite successful between 2002-2005, when the government increased export tax rates of a significant number of products. The income from export rates eventually represented 9.9% of Argentina's total public revenue.¹³⁰ However, this type of scenario does not happen in the case of all countries. In Ghana, the increase of an export tax between 1998-2005 led to a decrease in government revenue from 11.4% into 2.3%.¹³¹ In Thailand, the contribution of an export tax to government revenue was only 0.3% of the total tax revenue in 2005-2006.¹³² The fact is that the welfare implications of export taxes directly depend on the market power of the countries and whether they are exporters or importers of the taxed commodity.¹³³ The welfare impact on exporters without market power is ambiguous and depends on the elasticity of supply, demand and substitution.¹³⁴ Trade tax revenues in general shift the real revenues between government accounts.¹³⁵ The amount of losses on sales of the resource in the domestic economy could even offset the amount of government revenue from an export tax.¹³⁶ Studies have shown that an export tax will raise government revenue only if the domestic private sector as a whole is a net seller of the resource.¹³⁷

Export taxes on raw materials could result in two different scenarios.¹³⁸ The first is that the export tax on raw materials can increase the competitiveness of domestic producers in international markets.¹³⁹ The export tax would do this by effectively subsidizing downstream industries by allowing the local industry to source inputs at a lower price than otherwise

¹²⁹ Olga Solleder, "Trade Effects of Export Taxes", Graduate Institute of International and Development Studies Working Paper No: 08/2013, P.24 [hereinafter Olga Solleder]. The study explains that exporters with market power unambiguously gain as they can apply a welfare optimizing level of tax, push the burden of tax on importers and enjoy better terms of trade. Importers unambiguously lose.

¹³⁰ Jeonghoi Kim, *Supra* 1, p.9.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ Olga Solleder, *Supra* 129, p.24.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Ruta and Venables, *Supra* 96, p.14.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Alan H. Price and Scott Nance, *Supra* 115, P. 8.

¹³⁹ Ruta and Venables, *Supra* 96, p.15.

prevailing in the international market.¹⁴⁰ Alternatively, the export tax could penalize exporters of the restricted product, redistributing income from the primary to the secondary sector of an economy.¹⁴¹ When the producer of the raw material is taxed; the downstream processing industries are subsidized.¹⁴² This scenario could result in inefficiencies by incentivizing too much production in the exporting country's industry, creating a lower price that is responded to by the domestic producers of raw materials with a decrease in supply, which entails losses to the overall economy.¹⁴³

In the case of Indonesia, the government perceives export tax on raw material as a reliable source of government revenue. The Indonesian government has imposed an export duty at a progressive rate commencing at 25% (for copper concentrates) and 20% for other specified concentrates, increasing to 60% after three years. This measure was introduced in order to encourage companies to progress their plans for processing plants, semi-processed mineral under a Ministry of Finance Regulation. Under a progressive export tax until 2017, exemptions were also given to copper concentrates, iron ore, manganese, lead and zinc.¹⁴⁴ In Indonesia the short-term implications are already being felt.¹⁴⁵ Mining commodities form a significant part of the country's export revenues, with coal and gas the largest contributors, accounting for 27 percent of total export revenue. Copper, nickel and bauxite ores and concentrates are also in the top ten contributors to export revenue. For these reasons, Indonesia's trade position is highly sensitive to these commodities.¹⁴⁶ Indonesia's trade balance has been deteriorating since 2012 as a result of shrinking export revenues, but the recent softening of commodity prices has exacerbated this.¹⁴⁷ One study even depicts that Indonesia would suffer a net welfare loss of about \$6.3 billion per year due to the Raw Mineral Export Restriction policy.¹⁴⁸

Considering the risks associated above, the Government strategy of using export tax to promote domestic downstream production should be used with caution, particularly in regard

¹⁴⁰ Edi Saputra, "The real cost of Indonesia's Commodity Export Restrictions", Jakarta Post, <http://www.thejakartapost.com/news/2015/06/08/the-real-cost-indonesia-s-commodity-export-restrictions.html#sthash.UZq37E0c.dpuf>, 8 June 2015 [hereinafter Edi Saputra]

¹⁴¹ Annika Mildner & Gitta Lauster, *Supra* 41, p. 261.

¹⁴² R. Piermartini, "The Role of Export Taxes in the Field of Primary Commodities", 2004.

¹⁴³ Annika Mildner & Gitta Lauster, *Supra* 41, p. 261.

¹⁴⁴ Article 12 of Minister of Energy and Mineral Resources Regulation No 1 of 2014 concerning Increase of Mineral Value Added Through Domestic Processing & Refining.

¹⁴⁵ Edi Saputra, *Supra* 140.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Nathan Associates Inc., *Supra* 79, p.5.

to two major issues.¹⁴⁹ First, export taxes should discourage the development of inefficient industries that will depend on government subsidies to survive in the market. Second, an export tax should be cautious of the potential negative environmental effects as they replace foreign demand with higher demand by the domestic processing sector.¹⁵⁰

B. 2. 2. Export Licensing System

Export licensing is the second most often most applied export measure after export taxation,¹⁵¹ and in international practice it could be used to cover wide government objectives.¹⁵² The Indonesian raw mineral export licensing system following the raw mineral export restriction is highly regulated. Raw mineral exporters in Indonesia are required to apply for an export license with the Trade Ministry. The raw mineral export licensing system is not given automatically but requires the Exporter to undergo pre-shipment verification that shows the exporter has met the processing level set by the Energy and Mineral Resources Ministry.¹⁵³

The use of a stringent export licensing system for Indonesian raw mineral exports is not without domestic controversy. For instance, the Indonesian government's issuance of raw mineral export licenses for several companies that committed to build smelters was argued as a violation of the government regulation that requires in-country processing of the raw mineral.¹⁵⁴ Indeed with respect to the international trade, a non-automatic export licensing, more often than not, is seen as a tool to restrict the exportation of a certain product.¹⁵⁵ In the case of China Raw—Materials as an example, China's non automatic export licensing was alleged as a tool to restrict the exportation of the designated products.¹⁵⁶ The WTO Panel in the respective case views that the request of undefined other documents or materials from companies applying for licenses creates uncertainty that constitutes an export restriction prohibited by Article XI:1 of GATT.¹⁵⁷

¹⁴⁹ Ruta and Venables, *Supra* 96, p.16.

¹⁵⁰ Ruta and Venables, *Supra* 96, P.15.

¹⁵¹ OECD, *Supra* 118, p. 14.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ With respect to coal mining sector, additional requirements were imposed from August 2014 for coal producers to obtain registered licenses as a condition to export. Up until now, the Indonesian government have issued export license of raw mineral to several companies, including Freeport and Newmont, that have expressed their commitment to build domestic smelters. See "Perpanjang Izin Ekspor Newmont, Pemerintah Dianggap Langgar Hukum", Hukumonline.com, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt550bf0b2a3fe7/perpanjang-izin-ekspor-newmont--pemerintah-dinilai-langgar-hukum>. 20 March 2015.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ China- Raw Materials, *Supra* 41, Par. 31.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid*, Par. 7.948.

Under Ministry of Trade regulation, an export license is given to companies that fulfil the required documentation, including, among others, recommendation from technical ministries, such as the Ministry of Energy and Mineral Resources.¹⁵⁸ Recommendation for export from the Ministry of Energy and Mineral Resources requires a raft of documentation and the fulfilment of these documents does not necessarily mean companies applying will receive the recommendation, since the Ministry has the ultimate discretion to reject the application.¹⁵⁹ This condition creates a risk of uncertainty that could fall under the ambit of an export restriction prohibited by Article XI:1 of GATT. In the coal-mining sector, additional mandatory requirements were imposed from August 2014 for coal producers to obtain registered licenses as a condition to export. In April 2015, the use of letters of credit for export payments for key commodities was also made mandatory. Additionally, the Trade Ministry and the Energy and Mineral Resources Ministry require that all mineral exporters be registered at the Trade Ministry and undergo pre-shipment verification. The exporter must meet the processing level set by the Energy and Mineral Resources Ministry for exporters of processed minerals (copper, iron and manganese concentrates, but not refined products, such as nickel matte and ferro nickel) in order to obtain export permits from the Trade Ministry to ship their products overseas. On top of this, the Indonesian Trade Minister in 2014 issued a regulation that imposed the standard price for a selection of exported raw mineral products that is subject to export tax.¹⁶⁰

In terms of the export licensing system, the Indonesian government could minimize the risks of a WTO challenge by at least following the standards set under Article X of the GATT 1994. That article governs that WTO members shall publish their trade related laws and regulations in a prompt and sensible amount of time,¹⁶¹ and to ensure that the issuance of relevant licensing is conducted in a fair and equitable manner.¹⁶² It is advisable to give the raw mineral exporter and producer a reasonable amount of time to be familiar with the licensing

¹⁵⁸ Minister of Trade Regulation No 4 of 2014 on Regulation on Exports of Refined Mineral Products, Article 4.

¹⁵⁹ Minister of Energy and Mineral Regulation No 11 of 2014 on the Terms and Conditions for the Issuance of Recommendation for the Export of Processed Mineral.

¹⁶⁰ Kemendag Terbitkan Aturan HPE Produk Pertambangan, Hukumonline, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5314680704474/kemendag-terbitkan-aturan-hpe-produk-pertambangan>, 3 March 2014

¹⁶¹ The notifiable measures include non-tariff measures, such as export tax and licensing. The WTO recommends that licensing regulation to be published at least 21 days prior to the effective date of the regulation.

¹⁶² GATT, Article 10.

system in order to give them a reasonable amount of time to be prepared for any significant changes contained in the licensing regulation.

B. 2. 3. Other Alternatives Measures

Export tax and export licensing are not the only alternative policy options to achieve the objectives of the Raw Mineral Export Restriction policy. According to a government study, there are three main issues for developing smelter in Indonesia.¹⁶³ The first issue is the bureaucracy and regulatory environment that hampers the downstream process such as complicated licensing, the issue of land acquisition, and the overlapping of local regulations.¹⁶⁴ As an example, the requirement to conduct divestment of mines within 10 years will cause mining investors reluctant to do a large-scale, long-term investments like establishing smelters.¹⁶⁵ The second issue is the uncertainty of spatial planning.¹⁶⁶ The differences of zoning between forestry, mining and spatial planning cause an overlap between one another that creates additional problems and costs in terms of land acquisition.¹⁶⁷ The third issue is the availability of infrastructure.¹⁶⁸ For example, road and electricity infrastructure in regions that have mineral potential are often weak and this causes an additional cost for the development of smelters and the distribution of the mineral product.¹⁶⁹

In the light of the above circumstances, it is advisable for the government to explore at least these three alternatives to domestic policy. First, the government could explore the nation's infrastructure improvement policy. The government could prioritize the development of roads and ports in regions with a significant amount of mineral resources. Second, the government could pursue the revision of boundaries and improvement of spatial planning. This action would potentially reduce the overlapping of land use; an issue that often brings high costs for land acquisition and the establishment of smelters. Third, the government could give incentives to downstream infant industries that process raw minerals. This policy will create and increase local demand that will eventually motivate the establishment of domestic smelter industries. All of these alternative measures are WTO consistent measures that could be established as alternative policy for the achievement of the Mining Law objectives.

¹⁶³ Analisis Dampak Kebijakan Pelarangan, *supra* 21, p.28.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

C. Conclusion

Indonesian raw mineral export restrictions have emerged under the spirit of nationalism. The long history of colonization creates the need for the country to ensure that its natural resources are used for the benefit of all people, particularly its nationals. Under this spirit of nationalism, the raw mineral export restriction was meant to spur the development of domestic processing industries and associated infrastructure, creating new job opportunities and revenue streams in the country.¹⁷⁰

A WTO member countries right to regulate its trade should always adhere to the country's obligations under the WTO agreements.¹⁷¹ Although Indonesia, unlike China and some WTO member countries through protocol accessions, does not have a commitment to limit the use of export restrictions on its natural resources, Article XI of GATT prohibits the Raw Mineral Export Restriction. The underlying objectives for this raw mineral restriction, according to our analysis, are not sufficient to exempt such incompliance as provided by Article XI:2 and Article XX of GATT.

The intended benefits of an export restriction over natural resources could be offset or dampened when it promotes inefficiencies¹⁷² or creates trade friction with importing countries.¹⁷³ Studies show that the absence of discipline on export taxes and loosely defined provisions on quantitative export restrictions in WTO law coincide with an increasing number of provisions on export restrictions in bilateral and regional trade agreements.¹⁷⁴ The increasing scale and frequency of export restrictions are a reflection of a more fundamental and systemic trend toward growing competition over essential resources.¹⁷⁵

As a response to Indonesia's WTO obligations, we recommend that the Government explore a 'safer' approach for the objectives set out under the Mining Law. Export taxes and a licensing system would be one of the most obvious alternative measures. By considering the associated risks, the government may carefully craft and revise its export taxation policy and licensing system so that they serve the same objectives as the Raw Mineral Export Restriction.

¹⁷⁰ Edi Saputra, *Supra* 140.

¹⁷¹ China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services For Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WTO Appellate Body Report WT/DS363/AB/R, 21 December 2009 par. 222.

¹⁷² Lalu A. Damanhuri, *Supra* 110. Government mining policy may also lead to various inefficiencies in the allocation of resources as it may promote sectors that do not have a comparative advantage

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Olga Solleder, *Supra* 129, p.5

¹⁷⁵ Lalu A. Damanhuri, *Supra* 110

What is more, export taxes and licensing are not the only alternative option for the government. The government could also explore other potential domestic policy priorities, such as infrastructure development policy for high mineral potential regions, the harmonization of spatial planning between forestry and mining areas, and creating the right incentives for the infant downstream industries. All of these options will require further research and study than the simple application of the Raw Mineral Export Restriction. In fact, these options could be a much more effective and sustainable alternative in terms of achieving the Mining Law objectives and with respect to the country's compliance with WTO law.

BIBLIOGRAPHY

Books

Badan Pengkajian dan Pengembangan Kebijakan Perdagangan Kementerian Perdagangan Republik Indonesia. *Analisis Dampak Kebijakan Pelarangan Ekspor Raw Material Tambang dan Mineral*. Jakarta: Kementerian Perdagangan Republik Indonesia, 2013

Piermartini, R. *The Role of Export Taxes in the Field of Primary Commodities*. Geneva, Switzerland: World Trade Organization, 2004

Articles

Bossche, Peter van den and Werner Zdouc. "The Law and the Policy of the WTO." *Cambridge University Press* 3 (2013): 483

Devi, Bernadeta and Dodi Prayogo. "Mining and Development in Indonesia: an Overview of the Regulatory Framework and Policies." *University of Queensland Centre for Social Responsibility in Mining* (2013)

Director of Mineral and Coal Program Supervision. "Indonesia Mineral's Added Value: Effort to Promote Sustainable Growth and Industrial Development." *Indonesian Ministry of Energy and Mineral Resources Presentation. UNCTAD Global Commodities Forum*. 2015

Director of Mineral and Coal Program Supervision. "Indonesia Mineral's Added Value: Effort to Promote Sustainable Growth and Industrial Development." *Indonesian Ministry of Energy and Mineral Resources Presentation. UNCTAD Global Commodities Forum*. 2015

International Centre for Trade and Sustainable Development. "Indonesia Enacts Mineral Export Ban." *Bridges* 18.1 (2014)

Karapinar, Baris. "Export Restrictions and the WTO Law: Regulatory Deficiency or Unintended Policy Space." *NCCR Trade Regulation Working Paper No 2010/11* (2010)

- Kim, Jeonghoi. "Recent Trends in Export Restrictions on Strategic Raw Materials and Their Impact." *OECD Trade Policy Working Papers* (2010): 95
- Lauster, Annika Mildner & Gitta. "Settling Trade Disputes over Natural Resources: Limitations of International Trade Law to Tackle Export Restrictions." *Goettingen Journal of International Law* 3.1 (2011): 255
- Lev, Daniel S. "Colonial Law and the Genesis of the Indonesian State." *Southeast Asia Program Publications at Cornell University No. 40* (1985): 57
- Nathan Associate Inc. "Executive Summary: Economic Effects of Indonesia's Mineral-Processing Requirements for Export." *United States Agency for International Development* (2013): 7
- Price, Alan H. and Scott Nance. "Export Barriers and Global Trade in Raw Materials: The Steel Industry Experience." Report to the Raw Materials Committee of the Organization for Economic Cooperation and Development. 2009
- Rutta, Michele and Anthony J. Venables. "International Trade in Natural Resources: Practice and Policy." *WTO Staff Working Paper, Economic Research and Statistics Division* (2015): 17
- Solleder, Olga. "Trade Effects of Export Taxes." *Graduate Institute of International and Development S1 Working Paper No. 8* (2013): 6
- "Taking Stock of Measures Restricting the Export of Raw Materials: Analysis of OECD Inventory Data." *OECD Trade Policy Working Paper 40* (2012): 13-14

Laws and Regulations

- Government Regulation No. 1 of 2014 concerning Second Amendments to Government Regulation Number 23 of 2010 concerning the Implementation of the Mining and Coal Activities
- Minister of Energy and Mineral Resources Regulation No. 1 of 2014 concerning the Increase of the Added Value of Minerals through Processing and Refining of Minerals in the Country
- Minister of Energy and Mineral Resources Regulation No. 11 of 2014 concerning the Terms and Conditions for the Issuance of Recommendation for the Export of Processed Mineral
- Minister of Trade Regulation No. 4 of 2014 concerning Regulation on Exports of Refined Mineral Products.
- Presidential Decree No. 75 of 1996 concerning the Terms of Agreement of Coal Mining Exploitation Work

Judicial Decisions

China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products. No. WT/DS363/AB/R. WTO Appellate Body. 21 December 2009

China - Raw Materials. No. DS394. WTO Appellate Body. 2012

Japan - Semi Conductors. No. 35S/116. WTO Panel Report. 1988

Korea - Beef. No. DS161. WTO Appellate Body. 2000

United States of America - Measures Treating Export Restraints as Subsidies. No. WT/DS194/R. WTO Panel Report. 2001

United States of America – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. WT/DS58/AB/R/1998. WTO Appellate Body. 1998

Japan - Semi Conductors, 35S/116 (WTO Panel Report 1988)

Korea - Beef, DS161 (WTO Appellate Body 2000)

United States of America - Measures Treating Export Restraints as Subsidies, WT/DS194/R (WTO Panel Report 2001)

Chile - Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products, WT/DS207/R (WTO Appellate Body May 3, 2002)

Reducing Poverty and Hunger: The Critical Role of Financing for Food, Agriculture and Rural development. (2002). Paper Prepared for International Conference on Financing for Development. Monterrey

Trade Policy Review of Indonesia 2003, WT/TPR/G/117, 32

Trade Reforms and Food Security: Conceptualizing the Linkages. (2003). Retrieved April 2015, 20, from Food and Agriculture Organization: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/005/y4671e/y4671e00>

Food Security. (2006, June). FAO Policy Brief(2)

China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R (WTO Appellate Body December 21, 2009)

China - Raw Materials, DS394 (WTO Appellate Body 2012)

(2012). OECS Review of Agricultural Policies: Indonesia 2012. OECD Publishing

Taking Stock of Measures Restricting the Export of Raw Materials: Analysis of OECD Inventory Data. (2012). OECD Trade Policy Working Paper, 40, 13-14

(2013). Trade Policy Review of Indonesia 2013, WT/TPR/G/278, 35-36

Indonesian Agricultural Strategic Plan 2005 - 2009. (2013). Trade Policy Review Indonesia, 75

Brazil Files Disputes Against Indonesia over Import Restrictions on Chicken. (2014, October 16). Retrieved from Brazil Files Dispute against Indonesia over Import Restrictions on Chicken: https://www.wto.org/english/news_e/news14_e/ds484rfc_16oct14_e.htm

Reducing Inequality in Indonesia. (2014, October 22). Retrieved from <http://www.worldbank.org/en/country/indonesia/brief/reducing-inequality-in-indonesia>

RI Seeks Amicable Solution to Chicken Dispute with Brazil. (2014, October 21). Retrieved from <http://www.thejakartapost.com/news/2014/10/21/ri-seeks-amicable-solution-chicken-dispute-with-brazil.html#sthash.vhwX3GPC.dpuf>

Tariff Implementation Issues. (2014). Communication from the United States G/GA/W/132, 5.

Tergerus Larangan Ekspor Mineral, Penerimaan Bea Cukai Tak Penuhi Targe. (2014, Juli 17). Retrieved from Kompas News: <http://bisniskeuangan.kompas.com/read/2014/07/17/090620426/Tergerus.Larangan.Ekspor.Mineral.Penerimaan.Bea.Cukai.Tak.Penuhi.Target>

Agricultural Sector of Indonesia. (2015, April 20). Retrieved from <http://www.indonesia-investments.com/culture/economy/general-economic-outline/agriculture/item378>

Domestic Support in Agriculture. (2015, April 30). Retrieved from https://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/agboxes_e.htm

Ekspor Mineral Dibuka Konsistensi Presiden Disoal. (2015, September 7). Retrieved from Kontan: <http://industri.kontan.co.id/news/ekspor-mineral-dibuka-konsistensi-presiden-disoal>

ESDM Jamin Pelaksanaan UU Minerba Tidak Akan Mengganggu Investasi. (2015, August 13). Retrieved from Hukumonline: <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt55cc49a5eb00d/esdm-jamin-wacana-revisi-uu-minerba-tak-ganggu-investasi>

Harga Kedelai Melonjak, Produsen Tempe Menjerit. (2015, July 22). Retrieved from <http://www.thejakartapost.com/news/2014/10/21/ri-seeks-amicable-solution-chicken-dispute-with-brazil.html#sthash.vhwX3GPC.dpuf>

Indonesia - Importation of Horticultural Products, Animals and Animal Products, DS477 (WTO Appellate Body April 30, 2015)

- Kemtan: Jabar Kelebihan Produksi Tomat 9,000 Ton. (2015, August 26). Retrieved from <http://jabarlagi.com/artikel-720-kementan--jabar-kelebihan-produksi-tomat-9000-ton.html#ixzz3owYDIGz>
- Produksi Tomat Jabar Alami Kelebihan 9,000 Ton. (2015, August 24). Retrieved from <http://ekonomi.inilah.com/read/detail/2231935/produksi-tomat-jabar-alami-kelebihan-9000-ton>
- Relaksasi Ekspor Mineral Mentah Mungkinkah? (2015, April 23). Retrieved from Migasreview: <http://www.migasreview.com/post/1429726520/relaksasi-ekspor-mineral-mentah--mungkinkah-.html>
- Asian Development Bank. (2006). Indonesia: Strategic Vision for Agriculture and Rural Development. Phillipines
- Asian Development Bank. (n.d.). Agricultural Biotechnology, Poverty Reduction, and Food Security. Retrieved from <http://www.adb.org/publications/agricultural-biotechnology-poverty-reduction-and-food-security>
- Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade. (n.d.). Indonesia: Facing the Challenges. Retrieved from <http://dfat.gov.au/about-us/publications/trade-investment/indonesia-facing-challenge/Pages/indonesia-facing-the-challenge.aspx>
- Badan Pengkajian dan Pengembangan Kebijakan Perdagangan Kementerian Perdagangan Republik Indonesia. (2013). Analisis Dampak Kebijakan Pelarangan Ekspor Raw Material Tambang dan Mineral. Jakarta
- Balai Embrio Ternak. (2013, February 5). Kuota Import Daging Sapi Ditentukan Melalui Rapat Menko. Retrieved from <http://betcipelang.info/home-1/138-kuota-impor-ditentukan-melalui-rapat-menko.html>
- Bossche, P. v., & Zdouc, W. (2013). The Law and the Policy of the WTO. Cambridge University Press, 3, 483
- BPK Republik Indonesia. (2013, April 10). Hasil Pemeriksaan BPK Semester II Tahun 2012 atas Program Swasembada Daging Sapi Tahun 2010 s.d. 2012. Retrieved from <http://www.bpk.go.id/news/hasil-pemeriksaan-bpk-semester-ii-tahun-2012-atas-program-swasembada-daging-sapi-tahun-2010-sd-2012>
- Chandra, A. C., & Lontoh, L. A. (n.d.). Regional Food Security and Trade Policy in Southeast Asia. Series on Trade and Food Security - Policy Report, 3
- Damanhuri, L. A. (2014, May 23). The Political Economy of Banning Raw Mineral Exports. Retrieved from <http://www.thejakartapost.com/nwes/2014/05/23/the-political-economy-banning-raw-mineral-exports.htm#sthash.tTg4CYU3.dpuf>

- Devi, B., & Prayogo, D. (2013). Mining and Development in Indonesia: an Overview of the Regulatory Framework and Policies. University of Queensland Centre for Social Responsibility in Mining
- Director of Mineral and Coal Program Supervision. (2015). Indonesia Mineral's Added Value: Effort to Promote Sustainable Growth and Industrial Development. Indonesian Ministry of Energy and Mineral Resources Presentation. UNCTAD Global Commodities Forum
- Domestic Support. (n.d.). Retrieved April 30, 2015, from https://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/ag_intro03_domestic_e.htm
- Export Comptition/Subsidies. (n.d.). Retrieved April 30, 2015, from https://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/ag_intro04_export_e.htm
- Food and Agricultural Organization. (2005, April 13). Why Trade Matters for Improving Food Security. Retrieved from https://www.wto.org/english/news_e/spsp_e/spsp37_e.htm. 13 April 2005.
- Food and Agricultural Organization. (n.d.). Livestock, Food Security, and Poverty Reduction. Retrieved from <http://www.fao.org/docrep/012/i0680e/i0680e03.pdf>
- Food and Agriculture Organization. (2005, April 13). Why Trade Matters for Improving Food Security. Retrieved April 20, 2015, from Food and Agriculture Organization: https://www.wto.org/english/news_e/spsp_e/spsp37_e.htm
- Food and Agriculture Organization. (2013). WTO Agreement on Agriculture: The Implementation Experience - Developing Country Case Studies. Retrieved from <http://www.fao.org/docrep/005/y4632e/y4632e0l.htm#fnB65>
- Food and Agriculture Organization. (n.d.). Implications of Economic Policy for Food Security: A Training Manual. Retrieved April 20, 2015, from Food and Agriculture Organization: <http://www.fao.org/docrep/004/x3936e/x3936e03.htm>
- Global Subsidies Initiatives. (2015, April 30). Chapter 5: International Disciplines on Subsidies. Retrieved from <http://www.iisd.org/gsi/international-disciplines-subsidies>
- Hoa, H. D., Tram, L. T., Nghia, P. D., & McPherson, M. F. (2012, October 23). Vietnam Needs to Change Approach to Security? Retrieved from <http://english.vietnamnet.vn/fms/special-reports/52232/vietnam-needs-to-change-the-approach-to-food-security-.htm>
- Hukumonline.com. (2014, Juni 20). Tarif Bea Keluar Mineral Sudah Disusun. Retrieved from <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt53a4257668042/tarif-bea-keluar-mineral-sudah-disusun>
- International Centre for Trade and Sustainable Development. (2014). Indonesia Enacts Mineral Export Ban. *Bridges*, 18(1)

- Jakarta Globe. (2015, August 20). Joko's Self-Sufficiency Push Will Drive up Beef Prices. Retrieved from <http://jakartaglobe.beritasatu.com/business/jokos-self-sufficiency-push-will-drive-beef-prices/>
- Karapinar, B. (2010). Export Restrictions and the WTO Law: Regulatory Deficiency or Unintended Policy Space. NCCR Trade Regulation Working Paper No 2010/11
- Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral Republik Indonesia. (2014, Juli 2). Reaksi Dunia terhadap Kebijakan Pemerintah Indonesia Menghentikan Ekspor Bahan Mentah. Retrieved from <http://esdm.go.id/berita/mineral/43-mineral/6863-reaksi-dunia-terhadap-kebijakan-pemerintah-indonesia-menghentikan-ekspor-bahan-mentah-.html>
- Kementerian Perdagangan. (2015). Kemendag Revisi Dua Ketentuan Terkait Impor: Stabilisasi Harga Bahan Pokok dan Kepastuan Usaha kepada Petani dan Peternak. Siaran Pers
- Kementerian Perdagangan Republik Indonesia. (2013, August 28). Patokan Impor, Harga Referensi Daging Sapi & Hortikultura Digodok. Retrieved from <http://www.kemendag.go.id/en/news/2013/08/28/-patokan-impor-harga-referensi-daging-sapi-hortikultura-digodok>
- Kim, J. (2010). Recent Trends in Export Restrictions on Strategic Raw Materials and Their Impact. OECD Trade Policy Working Papers, 95
- KOMPAS. (2015, June 6). Impor Pilihan Terakhir Pemerintah. Retrieved from <http://print.kompas.com/baca/2015/06/06/pilhanimpor>
- Lassa, J. (n.d.). Politik Ketahanan Pangan Indonesia 1950 - 2005
- Lauster, A. M. (2011). Settling Trade Disputes over Natural Resources: Limitations of International Trade Law to Tackle Export Restrictions. Goettingen Journal of International Law, 3(1), 255
- Lev, D. S. (1985). Colonial Law and the Genesis of the Indonesian State. Southeast Asia Program Publications at Cornell University No. 40, 57
- Martin, W. (2010, May 11). Food Security and Poverty - A Precarious Balance. Retrieved from", <http://blogs.worldbank.org/developmenttalk/food-security-and-poverty-a-precarious-balance>
- Nathan Associate Inc. (2013). Executive Summary: Economic Effects of Indonesia's Mineral-Processing Reuirements for Export. United States Agency for Interantional Development, 7
- New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade. (2015, April 18). Improving Access to Markets. Retrieved from <http://www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/NZ-and-the-WTO/Improving-access-to-markets/0-agriculturenegs.php#agriculture>

- Non-Tariff Measures to Trade: Economic and Policy Issues for Developing Countries. (n.d.). Retrieved from http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditctab20121_en.pdf
- Piermartini, R. (2004). The Role of Export Taxes in the Field of Primary Commodities.
- Policy and Planning Division of Ministry of Agriculture and Forestry. (2010, August). Food Security and Food Self-Sufficiency in Bhutan. A Joint Project of SDC-IFPRI-Bhutan "Agricultural and Food Policy Research and Capacity Strengthening, 27
- Posesponsegoro, M. D., & Notosusanto, N. (2008). Sejarah Nasional Indonesia: Zaman Jepang dan Zaman Republik Indonesia. Jakarta: PT Balai Pustaka
- Price, A. H., & Nance, S. (2009). Export Barriers and Global Trade in Raw Materials: The Steel Industry Experience. Report to the Raw Materials Committee of the Organization for Economic Cooperation and Development
- Radio Republik Indonesia. (2013, March 19). Fenomena Kenaikan Harga Bawang. Retrieved from http://www.rri.co.id/post/editorial/97/editorial/fenomena_kenaikan_harga_bawang.html
- Republika. (2015, August 8.). Kenaikan Harga Daging Sapi Tidak Wajar. Retrieved from <http://www.republika.co.id/berita/koran/publik/15/08/08/nsrere1-kenaikan-harga-daging-sapi-tidak-wajar>
- Reuters. (2014, January 13). Indonesia Export Ban Leaves Mining in Turmoil, Nickel Prices Rally. Retrieved from Reuters: <http://www.reuters.com/article/2014/01/13/indonesia-minerals-idUSL3N0KM0IO20141113>
- Reuters. (2014, February 19). Japan May Take Indonesia to WTO over Mineral Export Ban. Retrieved from <http://www.reuters.com/article/2014/02/20/indonesia-minerals-japan-idUSL3N0LP0A520140220>
- Rutta, M., & Venables, A. J. (2015, March). International Trade in Natural Resources: Practice and Policy. WTO Staff Working Paper, Economic Research and Statistics Division, 17
- Saputra, E. (2015, June 8). The Real Cost of Indonesia's Commodity Export Restrictions. Retrieved from Jakarta Post: <http://www.thejakartapost.com/news/2015/06/08/the-real-cost-indonesia-s-commodity-export-restrictions.htm#sthash.UZg37E0c.dpuf>
- Solleder, O. (2013). Trade Effects of Export Taxes. Graduate Institute of International and Development S1 Working Paper No. 8, 6
- Suara Merdeka. (2008, February 4). Kebijakan Pangan. Retrieved from <http://www.suamerdeka.com/harian/0802/04/nas04.htm>
- Tortajada, C., & Kumar, T. (n.d.). Singapore's Impressive Food Security. Retrieved September 6, 2015, from <http://thediplomat.com/2015/09/singapores-impressive-food-security/>

Tua, N. D. (2014). Dealing with Shocks in a Food Surplus Country: The Case of Vietnam. Speaker Summary Note

United Nations. (2012). The Role of Policies in Agricultural Transformation: Lessons from Brazil, Indonesia, and the Republic of Korea. Working Paper, 106, 55

World Trade Organization. (1998, December 1). Trade Policy Reviews: Indonesia 1998. Retrieved from https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp94_e.htm

Zedillo, E., Messerlin, P., & Nielson, J. (2005). Trade for Development: Achieving the Millenium Development Goals. UN Millenium Project Task Force on Trade, 257

PERSETUJUAN MENUJU ARBITRASE ICSID DALAM BIT INDONESIA

Muhammad Iqbal Hasan

Badan Koordinasi Penanaman Modal

iqbalhasan_sh@yahoo.co.id

Abstract

Proceeding to ICSID Arbitration requires consent in writing by both parties, the investor and host state. Consent to ICSID arbitration has several types which have different consequences. Unilateral offer of consent to ICSID Arbitration which provided in many Investment Treaty, including Indonesian Bilateral Investment Treaty, grant big access for investor to sue host state before ICSID. To deal with such issue, there are appropriate ways that host state can undertake. There is solution that host state can take unilaterally, and other solution that has to be mutually agreed by the host state and investor.

Keywords: *consent, arbitration, treaty*

Abstrak

Beracara di arbitrase ICSID memerlukan persetujuan oleh kedua pihak, yaitu investor dan negara penerima investasi (host state). Persetujuan menuju arbitrase ICSID memiliki beberapa bentuk dengan konsekuensi yang berbeda-beda. Penawaran sepihak menuju arbitrase ICSID yang diatur dalam banyak perjanjian investasi, termasuk Perjanjian Investasi Bilateral Indonesia, memberikan akses besar kepada investor untuk menggugat host state ke ICSID. Untuk menghadapi isu tersebut, ada beberapa cara atau solusi yang dapat ditempuh host state. Ada solusi yang bisa diambil secara sepihak, dan ada solusi lain yang dapat diambil dengan kesepakatan oleh investor dan host state.

Kata Kunci: *persetujuan, arbitrase, perjanjian*

A. Pendahuluan

Penanaman modal langsung¹⁷⁶ (*direct investment*) adalah kegiatan menanam modal oleh penanam modal (investor) dalam negeri maupun investor asing di wilayah suatu negara. Kegiatan ini melibatkan modal dalam jumlah besar dan durasi waktu yang panjang, serta mengandung risiko, baik risiko yang berkaitan dengan nilai riil (*real value*) dari modal yang akan ditanamkan, maupun risiko yang berkaitan dengan ketidakpastian apakah akan mendapatkan kembali modal yang telah ditanamkannya sebagaimana perkiraan semula. Selain itu, terdapat pula risiko non ekonomis seperti gangguan keamanan di sekitar lokasi penanaman modal tersebut berada, serta risiko ketidakpastian hukum.¹⁷⁷ Kedatangan modal asing juga

¹⁷⁶ Istilah penanaman modal dan investasi kadang-kadang digunakan secara *interchangable*. Istilah investasi merupakan istilah yang populer di dunia usaha, sedangkan istilah penanaman modal lebih banyak digunakan dalam bahasa perundang-undangan. Lihat Ida Bagus Rahmadi Supancana, *Kerangka Hukum dan Kebijakan Investasi Langsung di Indonesia* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2006), hal. 1

¹⁷⁷ Jonker Sihombing, *Hukum Penanaman Modal di Indonesia* (Bandung: Alumni, 2009), hal. 17

membawa teknologi baru, sehingga negara penerima modal mendapatkan teknologi baru tersebut. Datangnya modal asing juga membuka infrastruktur yang baru dan membawa peningkatan pembangunan ekonomi negara yang bersangkutan. Aspek-aspek yang menguntungkan dari modal asing ini membawa argumen bahwa modal asing dari sudut Hukum Internasional harus mendapat perlindungan.¹⁷⁸

Perlindungan hukum dari negara penerima modal (*host state*) umumnya telah diatur pada peraturan perundang-undangan terkait penanaman modal *host state* tersebut. Selain itu, perlindungan terhadap investor asing juga merupakan bagian dari *Customary International Law*. Pemerintah Indonesia melalui Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) telah memberikan perlindungan yang komprehensif kepada investor. Ketentuan seperti *National Treatment*, *Most Favoured Nation*, *Expropriation/Nasionalisation*, *Compensation*, *Transfer*, bahkan *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) pun telah diatur pada Undang-Undang tersebut. Selain UUPM, beberapa instrumen hukum lain juga memberikan dampak perlindungan hukum yang strategis kepada investor, misalnya Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Undang-Undang tersebut menjamin iklim usaha di Indonesia berjalan dengan sehat dan tanpa kecurangan, sehingga dapat meningkatkan keyakinan dan rasa aman bagi investor dalam memulai atau menjalankan usahanya di Indonesia. Dalam prakteknya, meskipun investor asing telah mendapatkan jaminan perlindungan hukum melalui hukum nasional, negara mitra khususnya yang berasal dari *capital exporting country* tidak jarang meminta perlindungan ekstra melalui instrumen lain, yaitu *International Investment Agreements* (IIAs).¹⁷⁹

Salah satu bentuk jaminan kepastian hukum kepada investor asing adalah tersedianya prosedur penyelesaian sengketa yang adil dalam hal terjadi sengketa antara *host state* dan investor asing. Proses penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui musyawarah, pengadilan lokal (*domestic court*), penyelesaian sengketa alternatif (negosiasi, mediasi, dan konsiliasi), atau melalui forum arbitrase internasional yang harus disepakati kedua pihak.

Negara berkembang umumnya berpendirian bahwa wewenang mengadili sengketa di bidang ekonomi (termasuk penanaman modal) berada pada pengadilan nasional dari negara yang bersangkutan karena pengadilan yang paling berwenang mengadili sengketa adalah

¹⁷⁸ Erman Rajagukguk, *Butir-Butir Hukum Ekonomi* (Jakarta: Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi FH UI, 2011) hal. 401-402

¹⁷⁹ *International Investment Agreements* mencakup perjanjian yang bersifat bilateral seperti *Bilateral Investment Treaty* dan *Economic Partnership Agreement*, atau ruang lingkup regional seperti *ASEAN Agreement* yang memiliki *Investment Chapter*. Artikel ini hanya memfokuskan pada ruang lingkup *Bilateral Investment Treaty*.

pengadilan nasional dimana peristiwa hukum (sengketa) terjadi.¹⁸⁰ Sebaliknya, Investor asing tidak memiliki keyakinan terhadap imparialitas pengadilan dan tribunal lokal dalam penyelesaian sengketa yang timbul antara mereka dan *host state*. Arbitrase, di negara dan tribunal yang netral, biasanya dipandang sebagai cara terbaik dalam menjamin keadilan bagi mereka.¹⁸¹ Proses arbitrase juga dianggap lebih baik karena arbiter dianggap lebih menguasai materi perkara dibandingkan hakim pada pengadilan lokal. Selain itu, proses beracara di arbitrase relatif lebih singkat dibandingkan proses pada pengadilan lokal yang bisa berlangsung lama hingga berkekuatan hukum tetap.

Meskipun demikian, forum arbitrase internasional bukan lembaga tanpa kelemahan. Proses beracara melalui arbitrase yang menurut teori dapat dilalui dengan cepat dan hasilnya memuaskan kedua belah pihak, dalam praktek bisa berbeda. Kasus sengketa antara Hotel Kartika Plaza Indonesia melawan PT. Amco Internasional yang membuat ICSID harus memutus hingga tiga kali, memakan waktu lebih kurang dua belas tahun, yaitu sejak pengajuan gugatan pertama kali pada tanggal 15 Januari 1981 sampai pada putusan pembatalan kedua tanggal 3 Desember 1992.¹⁸² Demikian lamanya proses penyelesaian sengketa pada kasus tersebut tentu memiliki konsekuensi sangat besarnya biaya beracara yang harus ditanggung oleh kedua pihak.

Selain itu, isu negatif dari arbitrase internasional juga dapat dilihat dari indikasi adanya “*inner mafia*” pada profesi arbiter internasional. Data mencatat bahwa tiga top *law firms* menangani 130 kasus investasi pada tahun 2011, dan hanya 15 arbiter yang hampir semuanya dari eropa, US, atau kanada telah memutus 55% kasus investasi yang terkemuka. Arbiter ini selain berprofesi sebagai arbiter, juga berprofesi sebagai konsultan, saksi, bahkan sebagai *member of the board of major multinational corporations*.¹⁸³ Oleh karena itu, profesi arbiter tidak murni lepas dari masalah konflik kepentingan yang dapat merugikan para pencari keadilan.

Bagi pemerintah Indonesia, penyelesaian sengketa investasi pada forum arbitrase internasional bukanlah hal yang tabu. Suka atau tidak suka, sebagai salah satu pilar utama perlindungan hukum terhadap investor asing, akses investor asing untuk menggugat

¹⁸⁰ Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal* (Bandung: Keni Media, 2011) hal. 4

¹⁸¹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (New York: Cambridge University Press, 2010), hal. 217

¹⁸² Sudargo Gautama, *Arbitrase Bank Dunia Tentang Penanaman Modal Asing di Indonesia dan Jurisprudensi Indonesia Dalam Perkara Hukum Perdata* (Bandung: Alumni, 1994) hal. 1-15

¹⁸³ Lebih lanjut lihat Pia Eberhard & Cecilia Olivet, *Profiting From Injustice* (Brussels/Amsterdam: Corporate Europe Observatory and The Transnational Institute, 2012) hal. 7-9

Pemerintah ke arbitrase internasional harus diberikan. Indonesia dalam hal ini telah memberikannya melalui UUPM, kontrak investasi (*investment contract*), dan *international Investment Agreements* baik di tingkat bilateral maupun regional. Akses yang diberikan oleh pemerintah memang merupakan sesuatu yang pantas diberikan kepada investor, namun cara/mekanisme pemberiannya memiliki banyak makna, konsekuensi, dan implikasi hukum baik kepada Pemerintah maupun kepada investor. Oleh karena itu Pemerintah harus cermat dalam mempertimbangkan implikasi hukum dan *bargaining position* dengan negara mitra dalam memberikan persetujuan atau akses menuju arbitrase internasional.

B. Pembahasan

B. 1. Dasar Hukum Persetujuan Menuju Arbitrase

Salah satu keunikan dari proses penyelesaian sengketa pada arbitrase adalah perlu adanya persetujuan (*consent*) dari kedua pihak untuk menuju arbitrase. Hal ini berbeda dengan penyelesaian sengketa pada pengadilan, dimana penggugat tidak memerlukan izin atau persetujuan dari tergugat untuk mendaftarkan gugatannya ke Pengadilan. Pada penyelesaian sengketa di arbitrase, jika tidak ada persetujuan dari kedua pihak, maka yurisdiksi lembaga arbitrase tersebut tidak terbentuk. Dalam hal terjadi sengketa antara Pemerintah dan investor asing, Pemerintah memiliki hak untuk memberikan atau tidak memberikan persetujuan menuju arbitrase.

Pasal 32 Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) menyatakan bahwa:

“Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.”

Ketentuan tersebut mensyaratkan bahwa untuk penyelesaian sengketa pada arbitrase internasional, harus ada persetujuan oleh *host state* dan investor asing.

Sebelum UUPM diundangkan, pengaturan mengenai persetujuan menuju arbitrase telah diatur pada Undang-Undang yang meratifikasi *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* (ICSID Convention)¹⁸⁴, yaitu

¹⁸⁴ ICSID didirikan berdasarkan *ICSID Convention*, yang diformulasikan oleh Direktur Eksekutif *International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank)*. *Convention* tersebut mulai *in force* pada tanggal 14 Oktober 1966.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal. Pasal 2 UU 5/1968 menyatakan:

“Pemerintah mempunyai wewenang untuk memberikan persetujuan bahwa sesuatu perselisihan tentang penanaman modal antara Republik Indonesia dan Warga negara Asing diputuskan menurut Konvensi termaksud dan untuk mewakili Republik Indonesia dalam perselisihan tersebut dengan hak substitusi.”

Penjelasan Pasal 2 UU No.5/1968 menyatakan:

“Menurut Pasal-pasal 25 ayat (1) dan 36 ayat (2) Konvensi setiap perselisihan harus terlebih dahulu mendapat persetujuan dari kedua belah pihak yang berselisih, sebelum dapat diajukan di depan Mahkamah Arbitrase (Arbitral Tribunal).”

Pada Penjelasan UU 5/1968, terdapat penegasan sebagai berikut:

“Walaupun Konvensi telah berlaku untuk sesuatu Negara namun tidaklah ada suatu kewajiban bahwa setiap perselisihan harus diselesaikan menurut Konvensi. Sebab syarat mutlak untuk penyelesaian perselisihan menurut Konvensi adalah persetujuan dari kedua belah pihak yang berselisih.”

Ketentuan UU 5/1968 di atas dengan tegas menjelaskan bahwa ratifikasi atas ICSID tidak serta merta ditafsirkan bahwa secara otomatis Pemerintah telah memberikan persetujuan menuju arbitrase ICSID, dalam hal ini Pemerintah tetap memiliki hak penuh untuk memberikan atau tidak memberikan persetujuan.

Article 25 ICSID Convention mensyaratkan adanya persetujuan menuju arbitrase sebagai berikut:

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

Ketentuan ICSID di atas menjelaskan bahwa yuridiksi ICSID baru akan terbentuk setelah memenuhi tiga syarat, yaitu adanya persetujuan tertulis (*consent in writing*), *host state* dan negara asal investor harus merupakan negara anggota ICSID, dan sengketa yang timbul harus secara langsung merupakan akibat dari suatu investasi.

B. 2. Cara Pemberian Persetujuan Menuju Arbitrase

Persetujuan menuju arbitrase dapat dilakukan dalam bentuk *Pactum de Compromittendo* (*compromissory clause*) atau dalam bentuk akta kompromis. Persetujuan

dengan *Pactum De Compromittendo* adalah klausul arbitrase yang dipersiapkan untuk mengantisipasi perselisihan yang mungkin timbul di masa yang akan datang. Cara pembuatan klausul ini adalah dengan mencantumkannya di dalam perjanjian pokok. *Pactum De Compromittendo* dapat juga dimuat dalam akta tersendiri atau terpisah dengan perjanjian pokok namun harus tetap berpegang pada ketentuan bahwa akta persetujuan arbitrase harus dibuat sebelum perselisihan atau sengketa terjadi.¹⁸⁵

Ada pun bentuk Akta Kompromis adalah perjanjian arbitrase yang dibuat setelah timbul perselisihan antara para pihak.¹⁸⁶ Bentuk seperti ini berarti persetujuan menuju arbitrase tidak diatur di dalam perjanjian pokok, namun diatur pada dokumen terpisah dan setelah terjadinya perselisihan.

Dalam konteks penyelesaian sengketa pada forum ICSID, mayoritas kasus yang disidangkan adalah berdasarkan persetujuan untuk perselisihan yang mungkin timbul di masa yang akan datang. Kasus yang didasarkan dengan persetujuan pada saat telah terjadinya perselisihan jarang ditemukan pada forum ICSID. Hal ini dapat dipahami sebab persetujuan para pihak lebih mudah didapatkan sebelum terjadinya perselisihan.¹⁸⁷

B. 3. Persetujuan Menuju Arbitrase ICSID

Meskipun ICSID merupakan pilihan utama dalam penyelesaian sengketa antara investor dan *host state*, ICSID bukanlah satu-satunya pilihan, karena memang tidak semua negara merupakan anggota ICSID.¹⁸⁸ Selain ICSID, yang sering digunakan adalah *ad-hoc arbitral tribunal under the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules*, atau melalui *private institution* yang memiliki pengalaman dalam arbitrase internasional seperti *International Chamber of Commerce (ICC)* dan *the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Yahya Harahap, *Arbitrase ditinjau dari Regimen Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur BANI, International Centre for the Settlement of Investment Disputes, UNCITRAL Arbitration Rules* (Jakarta: Sinar Grafika, 2001), hal. 65-66. dalam Frans Hendra Winarta, *Hukum Penyelesaian Sengketa* (Jakarta: Sinar Grafika, 2012) hal. 39-40

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ UNCTAD, *Dispute Settlement: ICSID 2.3 Consent to arbitration* (New York and Geneva: United Nations, 2003) hal. 7

¹⁸⁸ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (United States: Oxford University Press, 2008) hal. 225

¹⁸⁹ Martin Molinuevo, *Protecting Investment in Services: Investor State Arbitration Versus WTO Dispute Settlement* (Netherland: Kluwer Law International, 2012) hal. 14

Persetujuan tertulis antara para pihak merupakan syarat yang harus dipenuhi untuk membentuk yurisdiksi ICSID. Persetujuan tersebut harus sudah sempurna (*perfected*), yaitu harus sudah diberikan oleh kedua pihak (*host state* dan Investor). Persetujuan yang masih bersifat tawaran sepihak (*unilateral offer*) dari *host state*, harus terlebih dahulu diterima (*accept*) oleh investor baru kemudian persetujuan menjadi sempurna. Persetujuan yang sudah sempurna, tidak dapat ditarik kembali (*irrevocable*). Sebaliknya, persetujuan yang belum sempurna masih dapat ditarik kembali oleh salah satu pihak.

Persetujuan ke arbitrase ICSID dapat diberikan melalui salah satu dari 3 (tiga) cara berikut:

1. Melalui *direct agreement* antara *host state* dan investor asing.

Direct agreement bisa diartikan melalui suatu perjanjian khusus, atau melalui instrumen lain. Suatu permohonan (*application*) yang diajukan oleh investor ke salah satu badan pemerintah dapat melahirkan persetujuan jika pada permohonan tersebut diatur bahwa jika terjadi permasalahan maka diselesaikan pada forum ICSID. Bentuk seperti ini membuat persetujuan sudah langsung menjadi sempurna, karena para pihak didalamnya yang membuat persetujuan adalah *host state* dan investor.

Pada kasus *Amco vs Indonesia*, investor mengajukan permohonan kepada BKPM. Pada permohonan tersebut terdapat ketentuan bahwa segala perselisihan akan diselesaikan pada ICSID. Ketika permohonan tersebut diterima, maka saat itu pula ketentuan penyelesaian perselisihan pada ICSID dapat sewaktu-waktu digunakan. Pada kasus ini, Tribunal menyatakan:

*consent in writing is not to be expressed in a solemn, ritual, and unique formulation. The investment agreement being in writing, it suffices to establish that its interpretation in good faith shows that the parties agreed to ICSID arbitration, in order for the ICSID tribunal to have jurisdiction over them.*¹⁹⁰

Berdasarkan penjelasan di atas, maka persetujuan menuju ICSID tidak disyaratkan harus diatur dengan bentuk khusus, adanya persetujuan secara tertulis sudah cukup untuk dapat ditafsirkan telah adanya persetujuan kedua pihak menuju ICSID.

Kasus lain yang dapat menggambarkan terbentuknya persetujuan menuju ICSID pada BKPM Approval adalah pada kasus *Planet Mining Pty Ltd vs. Republic of Indonesia*. Pada section IX(4) BKPM Approval (Surat Persetujuan) diatur ketentuan:

¹⁹⁰ UNCTAD, *op.cit.*, hal. 8

“Dalam hal terjadi perselisihan antara perusahaan dengan Pemerintah Republik Indonesia yang tidak dapat diselesaikan secara musyawarah, Pemerintah Indonesia bersedia mengikuti penyelesaian menurut ketentuan konvensi tentang penyelesaian perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai penanaman modal sesuai dengan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1968”.

Berdasarkan ketentuan tersebut, Tribunal ICSID menganggap BKPM Approval dimaksud telah memenuhi persyaratan *consent in writing* berdasarkan article 25 (ayat 1) ICSID convention, sehingga ICSID berwenang atau memiliki yurisdiksi untuk melanjutkan proses arbitrase terhadap kasus tersebut.

2. Ketentuan pada peraturan perundang-undangan *host state* yang menawarkan penyelesaian sengketa melalui arbitrase ICSID kepada investor asing.

Hukum investasi pada beberapa negara mengatur dengan tegas penyelesaian sengketa terkait penanaman modal diselesaikan melalui forum ICSID. Contohnya adalah hukum investasi asing Albania yang menyatakan:¹⁹¹

...the foreign investor may submit the dispute for resolution and the Republic of Albania hereby consents to the submission thereof, to the International Centre for Settlement of Investment Disputes.

Pengaturan seperti di atas belum merupakan persetujuan yang sempurna karena sifatnya masih berupa “penawaran persetujuan sepihak” (*unilateral offer of consent*) dari *host state*. Persetujuan yang diatur pada pasal tersebut baru berupa persetujuan antara kedua negara, bukan antara negara dan investor. Untuk membuatnya menjadi sempurna, investor harus menerima tawaran tersebut. Investor dapat menerima tawaran tersebut kapan pun, namun sebaiknya dilakukan segera. Hal ini penting bagi investor, karena konsekuensi hukum atas persetujuan yang sudah sempurna adalah persetujuan tersebut tidak dapat ditarik kembali (*irrevocable*) meskipun perundang-undangan yang mengatur hal tersebut telah dirubah atau dicabut.¹⁹²

Investor dapat menerima tawaran dari *host state* dengan beberapa cara yaitu cukup dengan mengajukan gugatan ke ICSID,¹⁹³ atau dengan komunikasi sederhana melalui surat yang menyatakan menerima tawaran dari *host state* menuju yurisdiksi ICSID.¹⁹⁴ Di sini dapat dilihat bahwa selain persetujuan arbitrase yang dapat ditentukan atau diatur pada saat

¹⁹¹ *Ibid.*, hal. 11

¹⁹² *Ibid.*, hal. 14

¹⁹³ *Ibid.*, hal. 13

¹⁹⁴ *Ibid*

sebelum atau setelah adanya perselisihan, penerimaan dari penawaran persetujuan sepihak pun dapat dilakukan sebelum atau setelah adanya perselisihan.

3. Ketentuan di dalam *treaty* antara *host state* dan negara asal investor yang menawarkan penyelesaian sengketa melalui arbitrase ICSID

Pada BIT, terdapat beberapa bentuk klausula yang memiliki konsekuensi berbeda terkait arbitrase. Pada tingkatan paling rendah, klausula tersebut hanya mengarahkan para pihak untuk menuju arbitrase sebagai salah satu jalan untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari investasi. Bentuk seperti ini, hanya memberikan rekomendasi bagi para pihak untuk menuju arbitrase sebagai salah satu cara penyelesaian sengketa tanpa menimbulkan kewajiban untuk menuju arbitrase. Pada tingkatan paling tinggi, perjanjian memberikan hak kepada investor asing secara sepihak mengajukan gugatan ke ICSID.¹⁹⁵

Lebih detail, Broches membedakan ketentuan arbitrase di dalam BIT menjadi 4 bentuk. Bentuk yang pertama hanya menyatakan '*shall, upon agreement by both parties, be submitted for arbitration by the Centre*'. Bentuk klausula tersebut tidak melahirkan persetujuan ke arbitrase jika tidak ada persetujuan pada saat sengketa timbul. Bentuk yang kedua mensyaratkan untuk mempertimbangkan konsiliasi atau arbitrase ICSID yang mana juga tidak melahirkan persetujuan, namun dapat berarti adanya kewajiban untuk tidak menahan persetujuan tanpa alasan yang jelas. Bentuk yang ketiga mensyaratkan *host state* untuk menerima setiap permintaan penyelesaian sengketa melalui konsiliasi atau arbitrase dimana jika *host state* menolak maka *host state* dianggap bersalah, namun demikian klausula ini tidak juga serta merta melahirkan yurisdiksi pada ICSID. Bentuk keempat, klausula arbitrase memberikan yurisdiksi pada ICSID dengan memberikan persetujuan untuk mengantisipasi sengketa.¹⁹⁶

Pada bentuk terakhir yang dijelaskan Broches, BIT memiliki unsur penawaran persetujuan sepihak dimana negara telah memberikan persetujuan menuju arbitrase ICSID, dan selanjutnya investor tinggal menyambut persetujuan tersebut untuk membuat persetujuan menjadi sempurna. Bentuk seperti ini, sering juga disebut dengan *advance consent* atau *automatic consent*. Penggunaan istilah *automatic consent* sebenarnya tidak terlalu tepat karena pada dasarnya tidak ada yang otomatis dalam proses arbitrase,

¹⁹⁵ M. Sornarajah, *op.cit.*, hal. 216

¹⁹⁶ *Ibid.*, hal 218

semuanya dilakukan berdasarkan kesepakatan dan tanpa paksaan. Persetujuan menuju arbitrase ICSID pada BIT lebih tepat disebut sebagai *advance consent* (persetujuan di muka) atau *unilateral offer of consent* (penawaran persetujuan sepihak) dari *host state*, dimana untuk menjadikannya persetujuan yang sempurna, investor harus menerima tawaran dari *host state*. Selain itu, tidak jelas pula yang dimaksud dengan otomatis disini, karena penawaran persetujuan sepihak pun sebenarnya masih dapat ditarik kembali (*withdraw*) sebelum investor menerima tawaran tersebut (sebelum sempurna). Kalaupun mau menggunakan istilah *automatic consent*, maka yang dimaksud adalah pada praktek, bukan pada teori. Ketika suatu BIT memiliki penawaran persetujuan sepihak, maka investor seketika bisa menerima tawaran tersebut, sehingga seolah-olah terjadi hal yang otomatis pada persetujuan tersebut.

Perlu dipahami bahwa pilihan penyelesaian sengketa pada ICSID di BIT tidak otomatis melahirkan penawaran persetujuan sepihak. Bisa jadi BIT tersebut hanya mengatur *promise to consent* (janji memberikan persetujuan). Pasal 10 BIT Belanda – Pakistan mengatur sebagai berikut:

The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting Party makes or intends to make an investment, shall assent to any demand on the part of such national to submit, for arbitration or conciliation, to the Centre ..., any dispute that may arise in connection with the investment.

Ketentuan di atas tidak memberikan hak secara langsung kepada investor untuk menggugat ke ICSID. Jika negara menolak memberikan persetujuan, hal itu merupakan pelanggaran atas kewajiban BIT, namun Sekretariat Jenderal ICSID diyakini akan menolak permohonan arbitrase dalam keadaan seperti ini. Adalah tidak mungkin janji memberikan persetujuan dapat dianggap sebagai suatu persetujuan.¹⁹⁷

Sebagai tambahan, dengan alasan dan pertimbangan tertentu, pemberian persetujuan dapat dilakukan dengan bersyarat. Persyaratan dimaksud dapat berupa penyelesaian sengketa dengan musyawarah, atau dengan konsiliasi, atau penyelesaian sengketa pada pengadilan lokal sebagai syarat untuk persetujuan menuju arbitrase.¹⁹⁸ Persyaratan ini sering menjadi pertanyaan terkait kemanfaatannya. Investor menganggap bahwa persyaratan tersebut adalah sebuah upaya yang hanya menghabiskan waktu dan biaya, bahkan bisa memperuncing masalah antara *host state* dan investor serta dapat

¹⁹⁷ UNCTAD, *op.cit.*, hal. 19

¹⁹⁸ *Ibid.*, hal. 31

berpengaruh terhadap iklim investasi *host state*. Bahkan jika selanjutnya ICSID memutuskan yang berbeda dengan putusan pengadilan tertinggi *host state*, maka hal tersebut akan memalukan bagi *host state*.¹⁹⁹ Anggapan investor yang demikian tidak sepenuhnya benar. *Host state* memang bisa menggunakan persyaratan-persyaratan tersebut sebagai alat untuk mengulur waktu, namun seyogyanya persyaratan-persyaratan tersebut digunakan oleh *host state* untuk meningkatkan *bargaining position* dan sebagai sarana untuk memberikan *policy space* bagi *host state* dalam mengambil keputusan.

4. Multilateral Treaties

Sejak awal tahun 1990an, beberapa *multilateral treaty* yang memberikan pilihan penyelesaian sengketa pada ICSID telah bermunculan. Mekanisme pengaturannya sama dengan seperti yang diatur pada BIT, yaitu memiliki penawaran persetujuan dari *host state* untuk menuju ICSID. Beberapa *multilateral treaty* dimaksud adalah *The North American Free Trade Agreement* (NAFTA), *Energy Charter Treaty*, MERCOSUR, dan *Cartagena Free Trade Agreement*.²⁰⁰

B. 4. Beberapa Permasalahan Terkait Persetujuan Menuju Arbitrase

B. 4. 1. Penawaran Persetujuan Sepihak pada BIT Indonesia

Indonesia memiliki beberapa BIT dengan pengaturan penawaran persetujuan sepihak menuju arbitrase ICSID, diantaranya adalah BIT Indonesia – Belanda yang mengatur:

“Each contracting party hereby consents to submit any legal dispute arising between that Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an investment of that national in the territory of the former contracting party to the International Centre for Settlement of Investment Disputes for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington on 18 March 1965”

Pengaturan seperti ini seakan memberikan karpet merah kepada investor asing untuk menggugat Pemerintah ke arbitrase ICSID ketika investor merasa dirugikan. Pemberian penawaran persetujuan sepihak berpotensi memberikan kerugian bagi pemerintah karena paling tidak beberapa alasan:

¹⁹⁹ *Ibid.*, hal.32

²⁰⁰ UNV+CTAD 23-24

- a. Memperbesar peluang masuknya *frivolous claim* (gugatan main-main/tanpa dasar) kepada Pemerintah. Salah satu gugatan yang dianggap *frivolous claim* yang pernah dialami Indonesia adalah kasus Rafat Ali Rizvi vs. Indonesia.²⁰¹ *Frivolous claim* tidak bisa dianggap remeh, meskipun gugatan yang diajukan tanpa dasar, namun perkembangan ilmu hukum yang demikian cepat, kelihaihan *lawyer* dalam melihat celah hukum, dan arbiter yang tidak bisa seratus persen dianggap bebas dari kepentingan dapat membuat hasil yang berbeda.
- b. Gugatan arbitrase internasional berbiaya sangat tinggi, bahkan jika Pemerintah dalam posisi menang sekalipun. Biaya paling besar dalam berperkara di arbitrase internasional adalah *legal fee/cost* untuk membayar *lawyer*, dan tentu belum termasuk biaya yang harus dibayarkan jika Pemerintah diputus bersalah oleh tribunal. Gugatan investasi bukanlah gugatan yang bernilai kecil, tapi bernilai hingga miliaran USD.²⁰² Menang atau kalah, APBN lah yang akan menanggungnya.
- c. Penawaran persetujuan sepihak juga membuat *policy space* Pemerintah semakin kecil dimana Pemerintah tidak memiliki pilihan untuk menolak atau mengulur waktu terhadap gugatan investor asing ke arbitrase internasional. Kewenangan negara untuk mengatur (*right of the host state to regulate*) seolah lepas terlalu dini.

Kasus Churchill Mining Plc vs. Republic of Indonesia adalah salah satu contoh konkrit penggunaan penawaran persetujuan sepihak untuk melahirkan yurisdiksi ICSID. Pasal 7 BIT Indonesia – UK mengatur sebagai berikut:

- (1) *The contracting party in the territory of which a national or company of the other Contracting Party makes or intends to make an investment shall assent to any request on the part of such national or company to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any dispute that may arise in connection with the investment.*
- (2) *A company which incorporated or constituted under the law in force in the territory of one Contracting Party and in which immediately before such a dispute arises the majority of shares are owned by nationals or companies of the other Contracting Party shall in accordance with article 25(2)(b) of the Convention be treated for the purpose of the Convention as a company of the other Contracting Party”*

²⁰¹ http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB1_Indonesia-Perspective-on-Review-of-Intl-Inv-Agreements_EN.pdf. Akses terakhir 28 Januari 2016

²⁰² Indonesia saat ini sedang menghadapi dua gugatan investor asing, yaitu gugatan dari IMFA sebesar USD 581 Juta, dan gugatan dari Churchill Mining sebesar USD 1,3 miliar

Berdasarkan rumusan pasal 7 BIT tersebut, Tribunal menyimpulkan bahwa terminologi “*shall assent*” memiliki makna yang sama dengan “*hereby consent*” atau sejenisnya. Dengan demikian Indonesia dianggap telah memberikan *advance consent*.

Penawaran persetujuan sepihak harus diatur dengan tegas dan jelas, seperti pada BIT Indonesia – Belanda atau Indonesia – UK di atas. Jika diatur dengan tidak tegas, maka akan menimbulkan perbedaan penafsiran. Pada kasus Planet Mining Pty Ltd vs. Republic of Indonesia, BIT yang digunakan adalah BIT Indonesia – Australia. Salah satu yang dipermasalahkan adalah *consent to arbitration* yang diatur pada pasal 11 ayat 2 (b) dan ayat 4 (a) BIT Indonesia – Australia :

2. *In the event that such a dispute cannot be settled through consultations and negotiations, the investor in question may submit the dispute for settlement:*
 - a. *In accordance with the laws and regulations of the Party which has admitted the investment to the competent judicial or administrative bodies of that Party; or*
 - b. *To the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (“the Centre”) for the application of the conciliation or arbitration procedures provided by the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (“the Convention”).*
4. *Where a dispute is referred to the Centre pursuant to sub-paragraph 2(b):*
 - a. *Where that action is taken by an investor of one Party, the other Party shall consent in writing to the submission of the dispute to the Centre within forty-five days of receiving such a request from the investor; or*
 - b. *If the parties to the dispute cannot agree whether conciliation or arbitration is the more appropriate procedure, the investor affected shall have the right to choose.*

Berdasarkan pasal tersebut, pihak Planet Mining menyatakan bahwa BIT Indonesia – Australia memiliki *automatic consent*, sementara pihak Indonesia menganggap yang diatur pada Pasal 11 tersebut hanya bersifat *promise to consent*. Pada akhirnya tribunal menyatakan bahwa BIT Indonesia – Australia hanya mengatur *promise to consent*. Tribunal menyatakan:

Article XI of the Australia – Indonesia BIT contains no standing offer to arbitrate Planet’s claims before ICSID. Planet is therefore only entitled to resort to ICSID arbitration if Indonesia’s consent was given through a further act.

Terakhir Perlu dicatat adalah ketentuan pasal 32 ayat (4) UUPM hanya mensyaratkan adanya kesepakatan/persetujuan para pihak untuk menyelesaikan sengketa di ICSID, tanpa mengatur atau mewajibkan persetujuan tersebut dibuat secara terpisah di luar BIT atau dengan menyediakan penawaran persetujuan sepihak di dalam BIT tersebut. Dengan demikian, pada dasarnya pemberian penawaran persetujuan sepihak di dalam BIT tidak bertentangan dengan UUPM karena UUPM memberikan kebebasan kepada para pihak untuk mengatur teknis

pemberian persetujuan menuju arbitrase. Lebih dari itu, pada dasarnya pasal 32 ayat (4) sebenarnya tidak memiliki konsekuensi apa-apa, mengingat arbitrase itu sendiri *in nature* mensyaratkan harus ada persetujuan para pihak, sehingga seandainya pun UUPM tidak mengatur 32 ayat (4) maka tidak ada pengaruhnya dalam praktek penyelesaian sengketa arbitrase antara investor dan *host state*.

B. 4. 2. Status Persetujuan Setelah Terminasi Perjanjian

Berdasarkan kebijakan *review* BIT yang dilakukan Pemerintah Indonesia²⁰³, saat ini Indonesia telah melakukan terminasi atas sebagian BIT dengan negara mitra. Meskipun BIT telah diterminasi, ketentuan di dalam BIT tersebut masih dapat dinikmati oleh investor melalui *survival clause* yang mengatur bahwa investor yang telah ada pada saat terminasi dilakukan (*existing investor*) masih dapat mengambil manfaat dari seluruh ketentuan BIT tersebut selama kurun waktu tertentu (rata-rata 10-15 tahun)²⁰⁴. Sebagai contoh, BIT antara Indonesia dan Slovakia memiliki *survival clause* dengan pengaturan sebagai berikut:

“in respect of investments made prior to the termination of this agreement, the provisions of this agreement shall continue to be effective for a period of ten years from the date of termination”.

Mengingat BIT Indonesia – Slovakia mengatur penawaran persetujuan sepihak menuju arbitrase ICSID, maka dengan adanya *survival clause*, investor tetap dapat sewaktu-waktu sepanjang *survival clause* masih berlaku memberikan persetujuan menuju arbitrase ICSID sehingga menjadi persetujuan menjadi sempurna. Dengan demikian, jika tujuan Indonesia melakukan terminasi BIT adalah untuk menghindari gugatan investor asing, maka kebijakan terminasi tersebut tidak sepenuhnya tepat, karena investor asing masih dapat menggugat dengan adanya *survival clause*.

B. 4. 3. Status Persetujuan Jika Keluar dari ICSID

Beberapa negara seperti Bolivia, Ekuador, dan Venezuela telah memutuskan untuk menarik diri dari keanggotaan ICSID dengan berbagai alasan. Dengan cara yang berbeda,

²⁰³ Pemerintah Indonesia melakukan *review* BIT dengan beberapa langkah di antaranya adalah menolak sementara usulan perundingan BIT baru, menunda proses perundingan BIT yang sedang berjalan, dan mengakhiri BIT yang sudah berlaku. Salah satu alasan dilakukannya *review* BIT adalah untuk mengantisipasi dan menghadapi gugatan investor asing terhadap Pemerintah Indonesia.

²⁰⁴ Beberapa BIT memiliki *survival clause* selama 20 tahun, yaitu BIT Indonesia dengan Jerman, Inggris, dan Arab Saudi

Australia memutuskan untuk tidak lagi menggunakan klausul *Investor State Dispute Settlement* (ISDS) di dalam perjanjian investasi bilateral maupun regional. Kebijakan Australia ini didasarkan pada prinsip tidak ada hak yang lebih besar bagi investor asing dan hak negara untuk mengatur dalam melindungi kepentingan publik.²⁰⁵

Pasal 71 ICSID memberikan jalan bagi anggotanya untuk mengakhiri keikutsertaannya dari ICSID *Convention* dengan cara memberikan pemberitahuan tertulis. Pengakhiran mulai berlaku 6 bulan setelah pemberitahuan diterima. Namun permasalahan hukum muncul pada ketentuan Pasal 72 ICSID yang menyatakan:

“Notice by Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that state or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that state arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.”

Ketentuan pasal di atas melahirkan perbedaan penafsiran dari ahli hukum. Sebagian ahli berpendapat bahwa persetujuan yang dimaksud pada adalah hanya untuk persetujuan yang sudah sempurna pada saat pengakhiran dilakukan. Sebagian ahli berpendapat bahwa persetujuan yang dimaksud mencakup seluruh persetujuan termasuk penawaran persetujuan sepihak yang belum diterima oleh investor atau yang belum sempurna.

Dalam menafsirkan ketentuan Pasal 72 ICSID, penjelasan penting terdapat pada Pasal 25 ICSID yang menyatakan bahwa jika kedua pihak telah memberikan persetujuan maka tidak ada pihak yang dapat menariknya kembali. Ketentuan ini menunjukkan bahwa sebelum persetujuan sempurna, penarikan secara sepihak dapat dilakukan. Mengingat salah satu syarat persetujuan adalah kedua pihak harus anggota ICSID, maka keputusan negara untuk keluar dari ICSID dapat ditafsirkan sebagai cara negara untuk menarik kembali persetujuan menuju arbitrase ICSID. Pemahaman ini konsisten dengan sejarah negosiasi ICSID *Convention*, dimana *World's Bank's General Counsel and the Convention's "principal architect"* menyatakan bahwa persetujuan tidak akan mengikat hingga diterima oleh investor. Jika negara menarik kembali penawaran persetujuan sepihak dengan cara keluar dari ICSID *Convention* sebelum diterima oleh investor, maka investor tidak dapat mengajukan gugatan ke ICSID.²⁰⁶

Penafsiran di atas juga konsisten dengan prinsip pemisahan (*separability principle*) yang merupakan doktrin otonomi dari klausul arbitrase (*the autonomy of arbitration clause*).

²⁰⁵ <http://www.iisd.org/itn/2011/07/12/australias-rejection-of-investor-state-dispute-settlement-four-potential-contributing-factors/>. Akses terakhir 29 Januari 2016.

²⁰⁶ UNCTAD, *Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State* (United Nations, 2010) hal. 5-6

Prinsip ini menempatkan klausul arbitrase berdiri sendiri dan terpisah dari peristiwa-peristiwa lainnya. Prinsip ini memisahkan klausul arbitrase dari perjanjian pokok dimana klausul arbitrase berada di dalamnya. Artinya, dalam hal perjanjian pokok tersebut berakhir atau batal, klausul atau pasal mengenai arbitrase tidak menjadi serta merta batal.²⁰⁷

Jika salah satu pihak telah memutuskan untuk keluar dari keanggotaan ICSID, maka penyelesaian sengketa pada arbitrase ICSID tidak bisa lagi dilakukan karena salah satu persyaratan untuk melahirkan yurisdiksi ICSID adalah *host state* dan negara asal investor harus merupakan negara anggota ICSID. Namun investor masih dapat menggunakan ICSID *Additional Facility Rules* yang memberikan fasilitas penyelesaian sengketa pada ICSID dengan kondisi salah satu pihaknya bukan negara anggota ICSID. Penggunaan *Additional Facility Rules* tetap harus berdasarkan kesepakatan para pihak.²⁰⁸

Perlu juga dipahami bahwa jika kebijakan keluar dari ICSID dimaksudkan sebagai strategi untuk menghindari gugatan pada arbitrase internasional, maka pilihan tersebut sebenarnya juga tidak terlalu efektif karena mayoritas ketentuan pada IIAs mengatur pilihan penyelesaian sengketa pada forum arbitrase lainnya seperti UNCITRAL Arbitration Rules.²⁰⁹

B. 4. 4. Umbrella Clause

Pada beberapa BIT, terdapat ketentuan yang mengatur bahwa pelanggaran terhadap *investment contract*²¹⁰, dapat dianggap sebagai pelanggaran terhadap *treaty*. konsekuensi seperti ini muncul akibat dari suatu klausul yang sering disebut dengan *umbrella clause*. Beberapa BIT Indonesia memiliki *umbrella clause*²¹¹ di dalamnya, salah satunya adalah BIT Indonesia – Malaysia yang menyatakan:

“Any dispute arising between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party which involve:

(i) an obligation entered into by that Contracting Party with the investors of the other Contracting Party regarding an investment by such investor”

²⁰⁷ Frans Hendra Winarta, *op.cit.*, hal. 45

²⁰⁸ Huala Adolf, *op.cit.*, hal. 41

²⁰⁹ <https://www.iisd.org/itn/2014/08/11/aron-broches-and-the-withdrawal-of-unilateral-offers-of-consent-to-investor-state-arbitration/> Akses terakhir 17 Maret 2016

²¹⁰ *Investment Contract* adalah kontrak investasi antara *host state* dengan investor yang biasanya terkait bidang usaha pelayanan publik seperti energi, air, telekomunikasi, dan sumber daya alam. Lebih lengkap terkait *umbrella clause*, Lihat Fional Marshall, *Risk for Host States of the Entwinning of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-Roads* (Canada: IISD, 2009)

²¹¹ Di dalam BIT, *umbrella clause* diatur pada pasal yang berbeda, lazimnya diatur pada pasal *dispute settlement*, *treatment of investment*, *protection*, atau bisa juga diatur dengan pasal khusus seperti *article other obligation* pada BIT Swiss-Thailand.

Dengan adanya *umbrella clause*, maka pelanggaran *host state* di dalam *contract* dapat dianggap pelanggaran terhadap BIT. Jika BIT tersebut memiliki penawaran persetujuan sepihak menuju arbitrase ICSID, sementara pada *Investment contract* hanya mengatur penyelesaian sengketa pada pengadilan nasional, maka investor dapat menggunakan tawaran yang terdapat pada BIT tersebut untuk menggugat *host state* ke arbitrase ICSID dengan menggunakan *umbrella clause*.

Dalam praktek, Putusan arbitrase ICSID terkait penerapan *umbrella clause* tidak seragam. Sebagian tribunal menerima gugatan yang menggunakan *umbrella clause*, dan sebagian lainnya menolak. Pada kasus SGS vs Pakistan misalnya, tribunal memutuskan bahwa *umbrella clause* tidak memiliki efek mengangkat *contract claim* menjadi *treaty claim*. Tribunal berpendapat bahwa berdasarkan hukum internasional umum, pelanggaran kontrak antara negara dan investor negara lain tidak dengan sendirinya merupakan pelanggaran atas hukum internasional. Sementara pada kasus SGS vs Philippines, tribunal memutuskan bahwa *umbrella clause* melahirkan kewajiban tertentu bagi negara atas pelanggaran terhadap komitmen pada kontrak.²¹²

B. 4. 5. Tidak Ada Prosedur Baku Terkait Bentuk, Isi, dan Pemberian Persetujuan

Dalam menangani sengketa investasi internasional, Pemerintah Indonesia tidak memiliki prosedur atau ketentuan baku yang mengatur mengenai bentuk atau format persetujuan menuju arbitrase, materi yang harus dicantumkan di dalam persetujuan, institusi mana (*leading sector*) yang bertanggungjawab membuat atau memberikan persetujuan, termasuk institusi mana yang bertanggungjawab dalam memilih arbiter pada arbitrase. Kondisi seperti ini akan membuat rumit manajemen penanganan perkara dan dapat merugikan Pemerintah sendiri. Sebagai contoh, berdasarkan Pasal 7 Ayat (2) UNCITRAL *Arbitration Rules*:

if within thirty days after the receipt of a party's notification of the appointment of an arbitrator the other party has not notified the first party of the arbitrator he has appointed:
(a) The first party may request the appointing authority previously designated by the parties to appoint the second arbitrator

dan selanjutnya Pasal 9 Ayat (3) BIT Indonesia – India mengatur:

²¹² Campbell McLachlan QC, *International Investment Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2008) hal. 111-113

In case the dispute is submitted to arbitration or conciliation, the investor shall be entitled to refer the dispute to:

(b) an ad hoc arbitral tribunal in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), 1976, subject to the following modification:

(i) The appointing authority under Article 7 of the Rules shall be the Secretary General of Permanent Court of Arbitration at the Hague. The third arbitrator shall not be a national of either contracting party

Maka seandainya Pemerintah Indonesia tidak atau terlambat merespon notifikasi penunjukan arbiter dari penggugat, maka Pemerintah kehilangan kesempatan menunjuk arbiter pilihannya sendiri, selanjutnya arbiter tersebut akan dipilih oleh Sekretaris Jenderal *Permanent Court of Arbitration at The Hague*.

Contoh lainnya bisa dilihat pada kasus Planet Mining Pty Ltd vs. Republic of Indonesia, dimana pihak Indonesia menyatakan bahwa BKPM tidak memiliki kewenangan untuk memberikan persetujuan menuju arbitrase, yang memiliki kewenangan adalah Presiden RI. Tribunal menolak argumentasi tersebut karena pengertian “Pemerintah Indonesia” tidak bisa dipersempit hanya Presiden RI. Beberapa fakta peraturan perundang-undangan membuktikan bahwa BKPM adalah bagian dari Pemerintah RI sehingga dianggap berwenang memberikan persetujuan menuju arbitrase. Fakta pada kasus tersebut menunjukkan bahwa belum ada prosedur yang jelas di Indonesia siapa atau institusi mana yang memiliki kewajiban atau kewenangan memberikan persetujuan menuju arbitrase.

B. 4. 6. Bagaimana Jika Pemerintah Tidak Memberikan Persetujuan

Host state memiliki hak untuk memberikan atau tidak memberikan persetujuan menuju arbitrase, namun *host state* harus juga mempertimbangkan sisi *fairness* bagi investor, khususnya jika negara tersebut dalam kondisi tertentu, misalnya “darurat korupsi”. Jika di negara tersebut, hampir seluruh pimpinan lembaga yudikatif, legislatif, dan eksekutif dipenjara karena kasus korupsi, yang kemudian membuat kepercayaan masyarakat dan investor asing jatuh ke titik terendah, lalu masih kah *host state* tidak memberikan persetujuan jika terjadi sengketa dan memaksa investor untuk menyelesaikan sengketa pada pengadilan nasional? Hal ini tentu memberikan pesan yang sangat tidak baik kepada investor dan negara mitra. Pemerintah memiliki hak penuh untuk memberikan atau tidak persetujuan, namun hak ini tentu bukan dimaksudkan untuk menghilangkan *fairness* terhadap investor. Jika pemerintah menganggap gugatan tersebut merupakan *frivolous claim*, maka Pemerintah dapat

menggunakan haknya untuk tidak memberikan persetujuan. Namun jika memang ada indikasi pelanggaran yang dilakukan oleh Pemerintah pada suatu gugatan, maka Pemerintah selayaknya bertanggungjawab dan memberikan persetujuan menuju arbitrase.

C. Kesimpulan

1. Kebijakan terminasi BIT yang dilakukan Indonesia tidak sepenuhnya dapat menghindarkan Indonesia dari gugatan investor asing, sebab BIT memiliki *survival clause*, dan sebagiannya memiliki penawaran persetujuan sepihak menuju arbitrase ICSID, sehingga investor masih tetap dapat menggugat Pemerintah. Ada beberapa cara agar Indonesia tidak dengan mudah dapat digugat oleh investor asing di forum arbitrase internasional, yaitu:
 - a. Melakukan amandemen BIT dengan negara mitra untuk menghilangkan unsur penawaran persetujuan sepihak. Hal ini tentu tidak mudah dilakukan mengingat amandemen hanya dapat dilakukan dengan kesepakatan kedua pihak. Negara mitra, khususnya jika negara mitra tersebut sebagai *capital exporting country*, tidak akan setuju untuk mengurangi kenikmatan yang telah didapatkan, dan tidak ada jaminan *host state* akan memberikan persetujuan menuju arbitrase jika terjadi sengketa di kemudian hari. Argumentasi yang dapat digunakan dalam upaya amandemen adalah dengan menyampaikan dan mendiskusikan terkait kelemahan dan resiko kerugian beracara pada arbitrase internasional seperti besarnya biaya, dan konflik kepentingan profesi arbiter. Dapat juga didiskusikan dan dikaji bersama terkait perkembangan kebijakan beberapa negara yang memutuskan keluar dari ICSID, alasan Australia untuk tidak lagi menggunakan klausul ISDS, atau Brazil yang tidak meratifikasi seluruh BIT-nya.
 - b. Keluar dari keanggotaan ICSID. Pilihan ini diambil sebagai upaya menarik kembali penawaran persetujuan sepihak di dalam BIT, sehingga investor, baik yang *existing* maupun *future*, tidak dapat menggugat ke ICSID. Pilihan ini memiliki resiko, yaitu timbulnya kesan negatif terhadap investor dan negara mitra. Indonesia dapat dianggap mengurangi keseriusannya dalam memberikan proteksi terhadap investor asing, yang pada akhirnya menjadi disinsentif dalam upaya Indonesia mengundang investasi asing. Meski demikian, Pemerintah juga harus berhitung cermat perbandingan resikonya dengan gugatan investor ke ICSID, baik gugatan yang berdasar maupun gugatan tanpa dasar. Lebih dari itu, Indonesia bergabung atau tidak dengan ICSID, belum tentu berpengaruh atau tidak terhadap investor asing dalam memutuskan untuk berinvestasi

di Indonesia. Bahkan tidak sedikit kajian dari para ahli yang menyimpulkan bahwa tidak ada kaitannya antara BIT dengan masuknya investasi asing ke suatu negara.

2. Pada pembuatan BIT di masa mendatang, hendaknya tidak lagi memuat *umbrella clause*, dan *survival clause* yang terlalu panjang. Dengan tidak adanya *umbrella clause* akan tercipta keteraturan penyelesaian sengketa, dimana sengketa berdasarkan kontrak (*contract claim*) diselesaikan dengan mekanisme penyelesaian sengketa yang diatur pada kontrak, sedangkan sengketa yang lahir atas pelanggaran BIT (*treaty claim*) diselesaikan dengan mekanisme penyelesaian sengketa yang diatur pada BIT. Selanjutnya, *survival clause* juga sebaiknya tidak terlalu panjang hingga 15-20 tahun. *Survival clause* selama 5-10 tahun dirasa sudah cukup wajar.
3. Pemerintah tidak boleh memiliki *mindset* menggunakan hak memberikan persetujuan menuju arbitrase seperti menggunakan saklar lampu, yang bisa dinyalakan atau dimatikan sesukanya tanpa alasan yang jelas. Pemerintah harus memberikan persetujuan kepada investor jika diyakini bahwa gugatan tersebut bukan *frivolous claim*. Solusi moderat yang dapat dilakukan Pemerintah untuk menjaga *policy space* terkait hal ini adalah dengan memberikan persyaratan pemberian persetujuan menuju arbitrase. Contohnya adalah persyaratan penyelesaian sengketa pada pengadilan lokal sebelum menuju arbitrase, atau persyaratan penyelesaian sengketa pada arbitrase hanya untuk pelanggaran pasal tertentu atau untuk bidang usaha tertentu.
4. Pemerintah perlu membuat peraturan khusus, atau peraturan pelaksanaan dari pasal 32 UUPM yang mengatur dengan detail mekanisme penyelesaian perkara di arbitrase internasional. Hal yang diatur yaitu terkait format persetujuan menuju arbitrase, institusi yang bertanggungjawab membuat atau memberikan persetujuan, dan hal lain yang dianggap penting.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Adolf, Huala. *Hukum Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal*. Bandung: Keni Media, 2011

Dolzer, Rudolf and Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. United States: Oxford University Press, 2008

Eberhard, Pia & Cecilia Olivet. *Profiting From Injustice*. Brussels/Amsterdam: Corporate Europe Observatory and The Transnational Institute, 2012

- Gautama, Sudargo. *Arbitrase Bank Dunia Tentang Penanaman Modal Asing di Indonesia dan Jurisprudensi Indonesia Dalam Perkara Hukum Perdata*. Bandung: Alumni, 1994
- Harahap, Yahya. *Arbitrase ditinjau dari Regimen Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur BANI, International Centre for the Settlement of Investment Disputes, UNCITRAL Arbitration Rules*. Jakarta: Sinar Grafika, 2001
- Marshall, Fional. *Risk for Host States of the Entwinning of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-Roads*. Canada: IISD, 2009
- McLachlan QC, Campbell. *International Investment Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2008
- M. Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. New York: Cambridge University Press, 2010
- Molinuevo, Martin. *Protecting Investment in Services: Investor State Arbitration Versus WTO Dispute Settlement*. Netherland: Kluwer Law International, 2012
- Rajagukguk, Erman. *Butir-Butir Hukum Ekonomi*. Jakarta: Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi FH UI, 2011
- Supancana, Ida Bagus Rahmadi. *Kerangka Hukum dan Kebijakan Investasi Langsung di Indonesia*. Bogor: Ghalia Indonesia, 2006
- Sihombing, Jonker. *Hukum Penanaman Modal di Indonesia*. Bandung: Alumni, 2009
- UNCTAD. *Dispute Settlement: ICSID 2.3 Consent to arbitration*. New York and Geneva: United Nations, 2003
- _____. *Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State*. United Nations, 2010
- Winarta, Frans Hendra. *Hukum Penyelesaian Sengketa*. Jakarta: Sinar Grafika, 2012

Peraturan

Undang – Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal Indonesia

Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal

Perjanjian Internasional

Bilateral Investment Treaty Indonesia – Arab Saudi
Bilateral Investment Treaty Indonesia – India
Bilateral Investment Treaty Indonesia – Inggris
Bilateral Investment Treaty Indonesia – Jerman
Bilateral Investment Treaty Indonesia – Malaysia

Bilateral Investment Treaty Indonesia – Slovakia

Bilateral Investment Treaty Indonesia – UK

Bilateral Investment Treaty Indonesia - Pakistan

Bilateral Investment Treaty Swiss - Thailand

ICSID Convention

UNCITRAL Arbitration Rules

Internet

http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB1_Indonesia-Perspective-on-Review-of-Intl-Inv-Agreements_EN.pdf.

<http://www.iisd.org/itn/2011/07/12/australias-rejection-of-investor-state-dispute-settlement-four-potential-contributing-factors/>

<https://www.iisd.org/itn/2014/08/11/aron-broches-and-the-withdrawal-of-unilateral-offers-of-consent-to-investor-state-arbitration/>

PERLINDUNGAN HUKUM BAGI KONSUMEN DALAM SISTEM PRE PROJECT SELLING

Dwi Tatak Subagiyo

Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya
tataksubagiyo@yahoo.co.id

Abstract

This research aims to examine the legal relationship between the parties in a purchase agreement with a system of pre project selling, and provide legal protection for consumers if the developers do a tort. Results of the study it was concluded that the first law: the relationship between consumers and developers there are two legal relationships, namely: directly and indirectly, a legal relationship is directly based on article 1457 BW, one of the elemental is the Covenant and on the purchase agreement with the project selling pre-order system. Agreement between the consumer and the developer has taken place and qualify legitimate Article 1320 BW, that meet the basic konsensuil. Second: purchase agreement with a system of pre project selling always starts with the preliminary agreement in the form of a marketing agreement, a good agreement for the reservation or has been tied with PPJB., then the tort lawsuit can be filed either based on BW or UUPK, and the penalty is compensation.

Keywords: *consumer protection, purchase agreement, Pre Project selling.*

Abstrak

Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis hubungan secara hukum antara pihak-pihak dalam sebuah perjanjian jual-beli dengan sistem pra-penjualan proyek, dan menyediakan perlindungan hukum kepada konsumen apabila pengembang melakukan perbuatan melawan hukum. Hasil dari penelitian disimpulkan bahwa hukum yang pertama: hubungan antara konsumen dan pengembang memiliki dua hubungan secara hukum, yaitu: secara langsung dan tidak langsung, sebuah hubungan hukum langsung berdasarkan Pasal 1457 BW, salah satu elemennya adalah perjanjiannya dan mengenai perjanjian jual-beli dengan sistem pra-penjualan proyek. Perjanjian antar konsumen dan pengembang telah terjadi dan memenuhi persyaratan dalam Pasal 1320 BW yang memenuhi konsensuil umum. Kedua: perjanjian jual-beli dengan sistem pra-penjualan proyek selalu dimulai dengan perjanjian awal dalam bentuk perjanjian pemasaran, sebuah perjanjian yang baik atau telah diikat dengan PPJB, kemudian tuntutan perbuatan melawan hukum dalam diajukan dengan dasar BW atau UUPK, dan dengan penalti berupa kompensasi.

Kata Kunci: *perlindungan konsumen, perjanjian jual-beli, pra-penjualan proyek*

A. Pendahuluan

Berdasarkan pandangan para filsuf zaman dahulu, manusia adalah sosok yang mempunyai karakter sebagai *zoon politicon* sekaligus sebagai juga sebagai *homo economicus*, yang mana menandakan bahwa manusia itu tidak dapat hidup sendiri dan kegiatan-kegiatannya didominasi oleh kegiatan yang selalu memperhitungkan untung dan rugi. Karena manusia itu

tidak dapat hidup sendiri, maka untuk memenuhi kebutuhan hidupnya sudah barang tentu dalam beberapa hal manusia itu perlu berinteraksi dengan manusia lainnya. Hanya dengan berinteraksi dengan orang lain lah manusia itu dapat memenuhi kebutuhan hidupnya.

Manusia dalam menjalani kehidpuan sebagai makhluk sosial, sudah barang tentu akan membutuhkan interaksi dengan sesama manusia untuk memenuhi kebutuhannya yang antara lain adalah kebutuhan primer, sekunder dan tersier. Kebutuhan primer antara lain adalah makanan, pakaian dan tempat tinggal. Kebutuhan akan tempat tinggal atau rumah setiap tahun semakin meningkat di kota-kota besar di Indonesia, hal ini dikarenakan tempat tinggal mempunyai arti yang sangat penting bagi kehidupan seseorang dan juga berarti populasi penduduk juga semakin meningkat. Kebutuhan akan perumahan tidak hanya untuk tempat tinggal, tetapi juga sebagai sarana pembinaan dalam kehidupan berkeluarga, bermasyarakat dan bernegara.²¹³

Masalah yang sering dihadapi terkait pembangunan tempat tinggal, khususnya di daerah perkotaan, adalah disebabkan karena pertumbuhan penduduk yang terus meningkat, sedangkan persediaan tanah sangatlah terbatas. Harga tanah yang cukup tinggi dan lokasi tanah yang tidak memungkinkan dimana dibutuhkan untuk membangun tempat tinggal dalam jumlah besar dengan memanfaatkan tanah yang relatif kecil.²¹⁴

Keadaan sebagaimana disebutkan diatas, pada saat ini juga mulai berkembang pembangunan tempat tinggal dengan sistem perumahan. Hal ini didasari dengan pemikiran mengenai efisiensi pemanfaatan tanah yang diperlukan untuk membangun tempat tinggal tersebut, dengan cara menggunakan sistem lebih dari satu lantai, dan itu diperlukan karena merupakan startegi usaha perumahan yang baik.²¹⁵

Perumahan dengan sistem lebih dari satu lantai diartikan sebagai perumahan yang dibagi atas bagian-bagian yang dimiliki bersama dan satuan-satuan yang masing-masing dimiliki secara terpisah untuk dihuni, dengan memperhatikan faktor sosial budaya yang hidup dalam masyarakat. Perumahan dengan sistem lebih dari satu lantai, salah satu bentuknya adalah rumah susun, yang mana dibangun untuk mengantisipasi kebutuhan akan perumahan yang cukup tinggi jumlahnya, dengan sasaran utamanya adalah golongan masyarakat menengah ke bawah dan juga mereka yang berpenghasilan rendah.²¹⁶

²¹³ Chadidjah Dalimunthe, *Politik Hukum Agraria Nasional Terhadap Hak-Hak Atas Tanah* (Medan: Yayasan Pencerahan Mandailing, 2008), hal.176

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*

Semakin maraknya pembangunan saat ini, diikuti dengan semakin maraknya pelaku usaha yang bergerak di bidang perumahan. Pengembang atau developer adalah para pelaku usaha penyedia unit hunian baik itu berbentuk satu rumah atau seperti rumah susun. Semakin meningkatnya jumlah penduduk yang memerlukan rumah, semakin banyak pula unit hunian yang harus ditawarkan pengembang kepada konsumen, mau tidak mau keadaan ini memaksa bagian pemasaran pengembang atau agen properti untuk terus aktif menawarkan unit-unit hunian tersebut yang akan atau telah dibangunnya. Sebagai konsekuensi pasar bebas yang semakin kompetitif, berbagai strategi pemasaran terus dikembangkan dan diterapkan, semua itu dilakukan agar semua unit hunian yang sudah atau sedang dibangun cepat laku terjual untuk tambahan modal bagi pengembang, nilai investasi yang ditanamkan segera kembali dan diharapkan bisa segera mendapatkan profit.²¹⁷

Strategi pemasaran yang pada saat ini kerap kali diterapkan oleh para pengembang, atau agen properti hunian rumah, yaitu dengan menawarkan penjualan unit hunian dengan pola atau strategi penjualan "*pre project selling*", yakni penjualan yang dilakukan sebelum proyek pembangunan properti dimulai. Strategi ini dengan cara menawarkan unit-unit hunian rumah susun/apartemen ataupun perumahan lewat berbagai ajang pameran properti, baik secara sendiri maupun bersama, kepada konsumen, dengan menunjukkan gambar atau brosur rancangan bentuk hunian nantinya, sementara bangunan fisik yang ditawarkan pengembang itu sedang atau bahkan belum dibangun.²¹⁸

Strategi pemasaran yang seperti ini dilakukan berdasarkan atas pertimbangan ekonomi bagi pengembang untuk memperlancar perolehan dana yang cepat, sedangkan keuntungan yang dapat diambil oleh konsumen atau pembeli adalah harga jual hunian tersebut lebih rendah karena calon pembeli tersebut membeli hunian yang masih dalam bentuk rancangan.²¹⁹

Jual-beli hunian ini tentu saja didasarkan pada kesepakatan antara para pihak. Kesepakatan antara para pihak ini melahirkan perjanjian. Mengenai perjanjian, aturannya ada dalam *Burgerlijk Wetboek* (selanjutnya disingkat BW), khususnya terletak dalam Buku III BW tentang Perikatan. Dalam Pasal 1313 BW menegaskan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.

²¹⁷ Erwin Kallu, *Panduan Hukum untuk Pemilik/Penghuni Rumah Susun (Kondominium, Apartemen dan Rusunami)* (Jakarta: Minerva Athene Pressindo, 2009), hal.24

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*

Perjanjian yang terjadi antara pihak pengembang dengan konsumen, merupakan perjanjian jual beli, karena yang dikehendaki oleh konsumen adalah perpindahan hak milik hunian itu menjadi hak miliknya. Perjanjian jual-beli merupakan perjanjian kesepakatan para pihak mengenai rencana para pihak yang akan melakukan jual beli dan mengatur tentang hak dan kewajiban sehingga bisa memberikan kepastian hukum serta perlindungan hukum bagi para pihak yang membuatnya.

Kegiatan ikat-mengikat antara para pihak melalui perjanjian ini akan menimbulkan perikatan bilamana karena perjanjian itu lahir kewajiban di kedua belah pihak. Hubungan hukum antara pengembang dan pembeli ini dapat digolongkan sebagai suatu perikatan, karena merupakan perjanjian jual-beli, sehingga pada pengembang lahir kewajiban yaitu menyerahkan unit hunian, dan bagi pembeli lahir kewajiban yaitu membayar harga yang disepakati. Hak dan kewajiban kedua belah pihak ini dituangkan dalam suatu akta, baik akta dibawah tangan maupun akta otentik. Untuk lebih memperoleh kepastian hukum, maka ada baiknya dibuat dengan akta otentik yang dibuat oleh Notaris. Isi dari perjanjian antara kedua belah pihak ini juga bebas, mengingat adanya asas kebebasan berkontrak yang diatur dalam Pasal 1338 BW.

Berkaitan dengan suatu perjanjian, maka harus diukur mengenai keabsahannya, keabsahan suatu perjanjian diatur dalam Pasal 1320 BW. Pasal tersebut menegaskan adanya 4 (empat) syarat agar suatu perjanjian dapat dikatakan sah, yaitu: Sepakat; Cakap; Suatu hal tertentu; Sebab yang dibolehkan / tidak melanggar Undang-Undang. Mengenai syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana diatas, maka pihak-pihak dalam perjanjian jual beli rumah susun/apartemen ataupun perumahan harus mengacu pada Pasal tersebut.

Salah satu unsur terpenting dalam suatu perjanjian adalah adanya kesepakatan. Berkenaan dengan pengertian kesepakatan ini Subekti menegaskan bahwa:²²⁰

Pengertian sepakat dilukiskan sebagai pernyataan kehendak yang disetujui (*Overeen Stemende Will Verklaring*) antara pihak-pihak. Adanya kemauan atas kesesuaian kehendak oleh kedua belah pihak yang membuat perjanjian, jadi dalam hal ini tidak boleh hanya karena kemauan salah satu pihak saja ataupun terjadinya kesepakatan itu oleh karena tekanan salah satu pihak yang mengakibatkan adanya cacat bagi perwujudan kehendak.

²²⁰ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata* (Jakarta: PT. Intermasa, 1985), hal.135

Kata sepakat itu sifatnya bebas. Dalam arti harus benar-benar atas kemauan para pihak yang mengadakan perjanjian. Ditambahkan oleh Subekti bahwa dalam kesepakatan itu tidak boleh ada unsur:²²¹

1. Paksaan, terjadi, jika seseorang memberikan persetujuannya karena ia takut pada suatu ancaman;
2. Kekhilafan dapat terjadi, mengenai orang atau mengenai barang yang menjadi tujuan pihak-pihak yang mengadakan perjanjian;
3. Penipuan terjadi, apabila satu pihak dengan sengaja memberikan keterangan keterangan yang tidak benar, disertai dengan kelicikan-kelicikan, sehingga pihak lain terbujuk karenanya untuk memberikan perizinan.

Dalam suatu hubungan hukum yang berbentuk perjanjian baik tertulis ataupun tidak tertulis, adakalanya dapat timbul masalah yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam perjanjian yang bentuknya adalah penyimpangan atas kewajibannya. Mariam Darus Badruzaman menegaskan bahwa apabila salah satu pihak karena kesalahannya tidak melaksanakan apa yang diperjanjikan, maka dikatakan bahwa pihak tersebut wanprestasi atau cidera janji.²²² Berkaitan dengan wanprestasi ini, Suharnoko menjabarkan:²²³

Oleh karena itu apabila atas perjanjian yang telah disepakati terjadi pelanggaran, maka dapat diajukan gugatan wanprestasi, karena ada hubungan kontraktual antara pihak yang menimbulkan kerugian dan pihak yang menderita kerugian. Akibat yang sangat penting dari tidak dipenuhinya perjanjian tersebut ialah dapat di minta ganti rugi atas ongkos, rugi dan bunga yang dideritanya.

Dalam hal penjualan hunian yang belum jadi dan dijual dengan metode *pre project selling* oleh pihak pengembang kepada konsumen, maka, berbagai macam persoalan yang merugikan pihak konsumen kerap kali diakibatkan oleh kondisi dan situasi yang dibuat oleh pihak pengembang, yang membuat kedudukan konsumen sering kali berada dalam pihak yang tidak menguntungkan.

Berdasarkan uraian sebelumnya, maka dapat dirumuskan permasalahan yang akan dibahas dalam tulisan ini, yaitu mengenai hubungan hukum yang mendasari sistem *pre project selling* antara konsumen dengan developer dan perlindungan bagi konsumen dalam sistem *pre project selling*.

²²¹ *Ibid*, hal. 136

²²² Mariam Darus Badruzaman, *et.al.*, *Kompilasi Hukum Perikatan* (Jakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 2001), hal.18.

²²³ Suharnoko, *Hukum Perjanjian Teori dan Analisa Kasus* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2004), hal. 115

B. Pembahasan

B. 1. Tinjauan Pustaka

B. 1. 1. Perjanjian

Definisi perjanjian telah diatur dalam Pasal 1313 BW, yaitu bahwa perjanjian atau persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Kata persetujuan tersebut merupakan terjemahan dari perkataan *overeenkomst* dalam bahasa Belanda. Kata *overeenkomst* tersebut lazim diterjemahkan juga dengan kata perjanjian. Jadi persetujuan dalam Pasal 1313 BW tersebut sama artinya dengan perjanjian.

Dalam praktik, istilah perjanjian atau kontrak masih sering dipahami secara rancu. Beberapa orang, pelaku bisnis khususnya, mencampur adukkan kedua istilah itu. BW menggunakan istilah *overeenkomst* dan *contract* untuk pengertian yang sama. Hal ini secara jelas dapat disimak dari judul Buku III titel Kedua BW tentang Perikatan-Perikatan Yang Lahir Dari Kontrak Atau Perjanjian. Subekti menegaskan bahwa:²²⁴

Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Dari peristiwa ini, timbullah suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua orang yang membuatnya. Dalam bentuknya, perjanjian itu berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis.

Munir Fuady menjabarkan, bahwa terdapat 5 (lima) asas penting yang perlu diperhatikan di dalam hukum kontrak antara lain:²²⁵

a. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak dapat dianalisis sesuai dengan ketentuan pasal 1338 ayat (1) BW yang menjelaskan tentang: semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk:

1. Membuat atau tidak membuat perjanjian
2. Mengadakan perjanjian dengan siapa pun
3. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya
4. Menentukan bentuknya perjanjian yaitu tertulis atau lisan.

²²⁴ Subekti, *Hukum Perjanjian* (Jakarta: Citra Aditya Bhakti, 1987), hal. 6

²²⁵ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, cet. Ke-1 (Bandung: Citra Aditya Bakti 1999), hal. 93

Asas kebebasan berkontrak merupakan suatu dasar yang menjamin kebebasan orang dalam melakukan kontrak. Hal ini tidak terlepas juga dari sifat buku III BW yang hanya merupakan hukum yang mengatur sehingga para pihak dapat mengesampingkannya, kecuali pada pasal-pasal tertentu yang bersifat memaksa

b. *Asas Konsensualisme*

Asas *konsensualisme* dapat disimpulkan dalam pasal 1320 ayat (1) BW, pada pasal tersebut dijelaskan bahwa salah satu syarat sah perjanjian yaitu adanya kesepakatan kedua belah pihak. Asas konsensualisme merupakan asas yang menyatakan bahwa perjanjian pada umumnya tidak diadakan secara formal, tetapi cukup dengan adanya kesepakatan kedua belah pihak. Kesepakatan merupakan persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak.

c. *Asas Pacta Sunt Servanda*

Asas *pacta sunt servanda* atau disebut juga dengan asas kepastian hukum. Asas ini biasanya berhubungan dengan dengan akibat perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* merupakan asas bahwa hakim atau pihak ketiga harus menghormati *substansi* kontrak yang dibuat oleh para pihak sebagaimana layaknya sebuah undang-undang mereka tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak.

d. *Asas Iktikad Baik*

Merupakan asas bahwa para pihak yaitu antara pihak kreditur dan debitur harus melaksanakan substansi kontrak berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh atau kemampuan baik dari para pihak. Asas itikad baik dibagi menjadi dua macam antara lain : itikad baik nisbi (orang memperhatikan sikap dan tingkah laku yang nyata dari subjeknya) dan itikad baik mutlak (peniliannya terletak pada akal sehat dan keadilan, dibuat ukuran yang obyektif untuk menilai keadaan menurut norma-norma obyektif.

e. *Asas Kepribadian*

Merupakan asas yang menentukan bahwa seseorang yang akan melakukan dan membuat kontrak hanya untuk kepentingan perseorangan saja. Hal tersebut sesuai dengan Pasal 1315 dan Pasal 1340 BW.

Ditambahkan oleh Munir Fuady bahwa menurut Pasal 1320 BW, sahnya perjanjian harus memenuhi empat syarat yaitu:²²⁶

²²⁶ *Ibid.*

- a. Sepakat untuk mengikatkan diri Sepakat maksudnya adalah bahwa para pihak yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat, setuju untuk seia sekata mengenai segala sesuatu yang diperjanjikan. Kata sepakat ini harus diberikan secara bebas, artinya tidak ada pengaruh dipihak ketiga dan tidak ada gangguan;
- b. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian berarti mempunyai wewenang untuk membuat perjanjian atau mengadakan hubungan hukum. Pada dasarnya setiap orang yang sudah dewasa dan sehat pikirannya adalah cakap menurut hukum;
- c. Suatu hal tertentu merupakan pokok perjanjian. Syarat ini diperlukan untuk dapat menentukan kewajiban debitur jika terjadi perselisihan. Pasal 1338 BW menyatakan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai sebagai suatu pokok yang paling sedikit ditetapkan jenisnya;
- d. Sebab yang halal Sebab ialah tujuan antara dua belah pihak yang mempunyai maksud untuk mencapainya. Menurut Pasal 1337 BW, sebab yang tidak halal ialah jika ia dilarang oleh Undang Undang, bertentangan dengan tata susila atau ketertiban. Menurut Pasal 1335 BW, perjanjian tanpa sebab yang palsu atau dilarang tidak mempunyai kekuatan atau batal demi hukum.

B. 1. 2. Perlindungan Konsumen

Pengertian Perlindungan Konsumen Menurut Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen (selanjutnya disebut dengan UU Perlindungan Konsumen), pada Pasal 1 angka (1) UU Perlindungan Konsumen diatur bahwa perlindungan konsumen adalah segala upaya yang menjamin adanya kepastian hukum untuk memberi perlindungan kepada konsumen.

Perlindungan konsumen mempunyai cakupan yang luas, meliputi perlindungan konsumen terhadap barang dan jasa yang berawal dari tahap kegiatan untuk mendapatkan barang dan jasa hingga sampai akibat-akibat dari pemakaian barang dan/atau jasa tersebut.²²⁷

B. 1. 3. Pre Project Selling

Pre Project Selling adalah suatu sistem penjualan dimana pengembang (*developer*) baru memiliki konsep dan perizinan awal, sementara bangunan belum selesai, dalam

²²⁷ Zulham, *Hukum Perlindungan Konsumen* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2013), hal. 22

pengertian developer memasarkan produknya dalam bentuk gambar rancangan bentuk hunian nanti, pada kertas-kertas promosi. Menurut Erwin Kallo ada beberapa kata kunci dalam pembelian *pre project selling* yaitu:²²⁸

- a. Cek legalitas proyek, seperti sertifikat atau akta jual beli tanah, surat izin penunjukkan penggunaan tanah, izin mendirikan bangunan, dan lain-lain;
- b. Harga yang ditawarkan *property pre project selling* harus lebih murah dibandingkan dengan rumah yang sudah jadi;
- c. Usahakan memastikan kredit pemilikan rumah atau apartemen akan diperoleh sebelum membayar uang muka;
- d. Perhitungkan cara penyelesaian proyek dengan berkala atau cicilan;
- e. Cermati butir-butir Perjanjian Pengikat Jual Beli, jangan sampai pasal pasalnya hanya menguntungkan pihak pengembang.

B. 2. Hubungan Hukum yang Mendasari Jual Beli dengan Sistem *Pre Project Selling*

B. 2. 1. Hubungan Hukum Antara Konsumen dan Developer

Hubungan hukum merupakan hubungan yang terjadi antara subyek hukum yang satu dengan subyek hukum lainnya dan atau antara subyek hukum dengan obyek hukum yang terjadi dalam masyarakat dimana hubungan tersebut diatur oleh hukum dan karenanya terdapat hak dan kewajiban diantara pihak-pihak dalam hubungan hukum.

Subyek hukum adalah sesuatu yang menyandang hak dan kewajiban. Subyek hukum ada dua bentuk, yakni orang dan badan hukum. Sedangkan obyek hukum adalah segala sesuatu yang diperoleh dengan pengorbanan. Obyek hukum juga biasa disebut dengan benda-benda ekonomi. Oleh karena obyek hukum membutuhkan pengorbanan untuk dapat diwujudkan, maka pengorbanan dan cara mendapatkan obyek hukum tersebut menjadi sasaran pengaturan hukum dan merupakan bentuk perwujudan hak dan kewajiban dari subyek hukum. subyek hukum dalam hal ini adalah konsumen dan developer, dan mereka memiliki hubungan hukum diantara kedua pihak. Pada dasarnya hubungan hukum dapat dikategorikan menjadi 2 bagian, yaitu hubungan hukum secara langsung dan hubungan hukum tidak langsung.

Hubungan hukum secara langsung adalah hubungan antara konsumen dan pelaku usaha yang dilaksanakan dalam rangka jual beli. Pasal 1457 BW menegaskan bahwa jual beli adalah

²²⁸ Purbandari, “Kepastian Hukum dan Perlindungan Hukum pada Pemasaran Properti dengan Sistem *Pre Project Selling*”. *Majalah Ilmiah Widya Tahun 29 Nomor 320 Mei 2012*, <http://e-journal.jurwidyakop3.com/index.php/majalah-ilmiah/article/view/68/64>, hal.13

suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk menyerahkan suatu kebendaan dan pihak yang lain untuk membayar harga yang telah dijanjikan. Dari pengertian ini, maka terdapat unsur-unsur : Perjanjian, Penjual dan pembeli, Harga, Barang.

Unsur yang pertama adalah Perjanjian yang merupakan awal bentuk dari kegiatan interaksi dari manusia, hal ini dikarenakan manusia merupakan makhluk sosial yang bersifat *zoon politicon*, yang artinya adalah manusia itu dalam hidupnya tidak akan bisa hidup sendiri, melainkan membutuhkan interaksi satu sama lain. Interaksi yang kerap terjadi diantara manusia ini tidak hanya interaksi yang sifatnya biasa, namun lebih banyak yang disertai dengan perhitungan untung dan rugi, hal ini sebagaimana sifat manusia sebagai *homo economicus*.

Kegiatan interaksi antara manusia satu sama lain ini merupakan kegiatan kerjasama, kerjasama ini merupakan kegiatan saling ikat-mengikat antara satu manusia dengan manusia yang lain. Kegiatan saling ikat mengikat ini disebut dengan perikatan, dan perikatan yang terjadi diantara masyarakat tersebut tentunya harus ada bingkai hukumnya. Bingkai hukum untuk kegiatan ikat mengikat ini adalah Hukum Perikatan yang diatur dalam Buku III BW.

Perikatan diatur dalam Pasal 1233 BW, yang menegaskan bahwa perikatan itu bersumber dari perjanjian dan dari Undang-Undang. Perikatan yang kerap kali terjadi di masyarakat ternyata lebih didominasi oleh perjanjian. Perjanjian diatur dalam Pasal 1313 BW yang menegaskan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Perjanjian yang dapat melahirkan perikatan adalah perjanjian *obligatoir*, yang artinya perjanjian tersebut melahirkan hak dan kewajiban bagi para pihaknya.

Perjanjian merupakan sumber terpenting dalam suatu perikatan, menurut Subekti, perikatan adalah suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu.²²⁹

Berdasar dari ketentuan dalam BW dan pendapat dari Subekti, dapat ditemukan beberapa unsur-unsur yang tercantum dalam definisi perjanjian, yaitu:²³⁰

1. Adanya hubungan hukum yang menimbulkan akibat hukum. Akibat hukum yaitu timbulnya hak dan kewajiban;

²²⁹ Subekti, *Hukum... Op.cit*, hal. 1

²³⁰ *Ibid.*

2. Adanya subjek hukum subyek hukum yaitu pendukung hak dan kewajiban. Subyek dalam hukum perjanjian termasuk subyek hukum yang diatur dalam BW, sebagaimana diketahui bahwa Hukum Perdata mengkualifikasikan subjek hukum terdiri dari dua bagian yaitu manusia dan badan hukum. Sehingga yang membentuk perjanjian menurut Hukum Perdata bukan hanya manusia secara individual ataupun kolektif, tetapi juga badan hukum atau rechtsperson, misalnya Yayasan, Koperasi dan Perseroan Terbatas;
3. Adanya prestasi, menurut Pasal 1234 BW, prestasi terdiri atas untuk memberi sesuatu, untuk berbuat sesuatu, dan untuk tidak berbuat sesuatu;
4. Di bidang harta kekayaan, yang mana pada umumnya kesepakatan yang telah dicapai antara dua atau lebih pelaku bisnis dituangkan dalam suatu bentuk tertulis dan kemudian ditanda tangani oleh para pihak. Dokumen tersebut disebut sebagai “Kontrak Bisnis” atau “Kontrak Dagang”.

Dalam suatu substansi perjanjian, tentunya terdapat beberapa unsur didalamnya, unsur-unsur tersebut oleh J. Satrio di kelompokkan menjadi beberapa kelompok, J. Satrio menjabarkannya antara lain:²³¹

1. Unsur *Essensialia*

Essensialia adalah unsur perjanjian yang selalu harus ada di dalam suatu perjanjian, unsur mutlak, dimana tanpa adanya unsur tersebut perjanjian tidak mungkin ada. Contohnya: “Sebab yang halal”, hal ini merupakan unsur *essensialia* untuk adanya perjanjian. Dalam perjanjian jual-beli misalnya, harga dan barang yang disepakati kedua belah pihak harus ada.

2. Unsur *Naturalia*

Naturalia adalah unsur perjanjian yang oleh Undang-Undang diatur, namun oleh para pihak dapat disingkirkan atau diganti. Unsur tersebut oleh Undang-undang diatur dengan hukum yang mengatur/menambah (*regelendrecht* atau *aanvullendrecht*). Contohnya: kewajiban penjual untuk menanggung biaya penyerahan (Pasal 1476 BW) dan untuk menjamin/vrijwaren (Pasal 1491 BW) keberadaan ketentuan ini dapat disimpangi atas kesepakatan kedua belah pihak.

²³¹ J.Satrio, *Hukum Perjanjian* (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 1992), hal. 57

3. Unsur *Accidental*

Accidental adalah unsur perjanjian yang ditambahkan oleh para pihak, Undang-Undang sendiri tidak mengatur tentang hal tersebut. Contoh: Dalam perjanjian jual beli benda-benda, ketentuan-ketentuan pelengkap tertentu bisa dikecualikan.

Suatu perjanjian agar dapat dikatakan sah, maka perjanjian tersebut harus memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian yang dapat ditemukan dalam Pasal 1320 BW. Ketentuan dalam Pasal tersebut menegaskan bahwa untuk sahnya suatu perjanjian, di perlukan empat syarat:

1. Kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
3. Suatu hal tertentu;
4. Suatu sebab yang diperbolehkan.

Kedua syarat yang pertama (kesepakatan dan kecakapan) disebut syarat subjektif, sedangkan syarat ketiga dan keempat (suatu hal dan sebab yang diperbolehkan) merupakan syarat obyektif.²³²

Akibat hukum dari pelanggaran syarat obyektif atau syarat subyektif adalah berbeda-beda. Dikatakan syarat subyektif karena kedua syarat tersebut mengenai subjek perjanjian, dan bilamana dilanggar maka akibat hukumnya adalah perjanjian tersebut dapat dibatalkan, pihak yang dapat meminta pembatalan itu, adalah pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberikan sepakatnya (perizinannya) secara tidak bebas. Jadi, perjanjian yang telah dibuat itu akan terus mengikat kedua belah pihak yang mengadakan perjanjian, selama tidak dibatalkan (oleh hakim) atas permintaan pihak yang berhak meminta pembatalan tersebut. Sedangkan dua syarat terakhir (suatu hal dan sebab yang diperbolehkan) merupakan syarat objektif karena mengenai objek dari perjanjian dan bilamana dilanggar maka akibat hukumnya adalah batal demi hukum, yang artinya sejak semula perjanjian tersebut dianggap tidak pernah dilahirkan dan tidak pernah ada suatu perikatan.²³³

Keempat syarat mengenai syarat sah nya perjanjian yang tertuang dalam Pasal 1320 BW tersebut dijelaskan lebih lanjut oleh Salim HS sebagai berikut:²³⁴

²³² Zulham, *Op.cit*, hal. 71

²³³ Prasetyo Ardian Dwi. *et.al.*, <https://audiayu.wordpress.com/2013/04/14/makalah-hukum-perjanjian/>, diakses 8/12/2014

²³⁴ Salim H.S., *Hukum Kontrak, Teori & Teknik Penyusunan Kontrak* (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hal. 33

1. Adanya Kesepakatan Kedua Belah Pihak

- a. Syarat pertama dari adanya suatu perjanjian adalah adanya kesepakatan para pihak. Kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antara satu orang atau lebih dengan pihak lainnya. Yang sesuai itu adalah pernyataannya, karena kehendak itu tidak dapat dilihat/diketahui orang lain;
- b. Persetujuan tersebut harus bebas, tidak ada paksaan. Kemauan yang bebas sebagai syarat pertama untuk terjadinya perjanjian yang sah. Dianggap perjanjian tersebut tidak sah apabila terjadi karena paksaan, kekhilafan atau penipuan;
- c. Sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1321 BW yang menyatakan jika di dalam perjanjian terdapat kekhilafan, paksaan atau penipuan, maka berarti di dalam perjanjian itu terjadi cacat kehendak dan karena itu perjanjian tersebut dapat dibatalkan;
- d. Cacat kehendak artinya bahwa salah satu pihak sebenarnya tidak menghendaki isi perjanjian yang demikian. Seseorang dikatakan telah membuat kontrak secara khilaf manakala dia ketika membuat kontrak tersebut dipengaruhi oleh pandangan atau kesan yang ternyata tidak benar.

2. Kecakapan Untuk Melakukan Perbuatan Hukum

- a. Menurut Pasal 1329 BW kedua belah pihak harus cakap menurut hukum. Kecakapan bertindak adalah kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum. Dimana perbuatan hukum ialah perbuatan yang menimbulkan akibat hukum.
- b. Ada beberapa golongan oleh undang-undang dinyatakan tidak cakap yaitu:
 - 1) Orang yang belum dewasa Menurut Pasal 330 BW, belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap 21 (dua puluh satu) tahun dan belum pernah kawin. Apabila perkawinan itu dibubarkan sebelum mereka genap 21 (dua puluh satu) tahun maka tidak berarti mereka kembali lagi dalam keadaan belum dewasa;
 - 2) Orang yang ditaruh di bawah pengampuan, menurut hukum, orang ini tidak dapat berbuat bebas dengan harta kekayaannya. Seseorang yang berada di bawah pengawasan pengampuan, kedudukannya sama dengan seorang anak yang belum dewasa. Jika seorang anak yang belum dewasa harus diwakili orang tua atau walinya maka seorang dewasa yang berada di bawah pengampuan harus diwakili oleh pengampu atau kuratornya. Dalam Pasal 433 BW, disebutkan bahwa setiap orang dewasa yang selalu berada dalam keadaan dungu, sakit otak, atau mata gelap, harus di bawah pengampuan jika ia kadang-kadang cakap menggunakan

pikirannya. Seseorang yang telah dewasa dapat juga berada di bawah pengampuan karena keborosannya;

- 3) Orang perempuan dalam hal-hal yang ditetapkan oleh Undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu. Perkembangan aturannya mengatur bahwa istri dapat melakukan perbuatan hukum, sesuai dengan pasal 31 ayat (2) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 jo. SEMA No.3 Tahun 1963.

3. Adanya Suatu Hal Tertentu

Suatu hal dapat diartikan sebagai objek dari perjanjian. Yang diperjanjikan haruslah suatu hal atau suatu barang yang cukup jelas atau tertentu. Menurut pengaturan dalam Pasal 1332 BW, barang yang dapat menjadi obyek perjanjian itu hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja. Pengaturan dalam Pasal 1333 BW menyatakan bahwa suatu persetujuan itu harus mempunyai pokok suatu barang yang paling sedikit dapat ditentukan jenisnya. Bukanlah suatu halangan dalam perjanjian bilamana jumlah barang tidak tentu, asalkan barang tersebut kemudian dapat ditentukan atau dihitung.

4. Adanya Sebab Yang Diperbolehkan

Dalam Undang-undang tidak disebutkan pengertian mengenai sebab (*orzaak, causa*). Yang dimaksud dengan sebab bukanlah sesuatu yang mendorong para pihak untuk mengadakan perjanjian, karena alasan yang menyebabkan para pihak untuk membuat perjanjian itu tidak menjadi perhatian umum. Adapun sebab yang tidak diperbolehkan ialah jika isi perjanjian bertentangan dengan Undang-Undang, kesusilaan dan ketertiban umum.

Penjelasan di atas menunjukkan perbedaan hubungan hukum yang secara langsung dan secara tidak langsung, Karena hubungan hukum secara tidak langsung itu sendiri dapat dilihat pada sejarah manusia, transaksi bisnis terjadi secara langsung antara produsen dan konsumen. Seiring dengan revolusi industri, transaksi usaha berkembang ke arah hubungan yang tidak langsung melalui suatu mata rantai distribusi, dari pelaku usaha, disalurkan atau didistribusikan kepada agen, lalu ke pengecer baru sampai konsumen. Dalam hubungan ini tidak terdapat hubungan kontraktual atau perjanjian antara konsumen dan pelaku usaha.

Dalam penjelasan sebelumnya, telah dijabarkan bahwa perikatan lahir dari perjanjian dan juga dari Undang-Undang, namun perlu diketahui bahwa tidak semua perjanjian dapat melahirkan perikatan. Perjanjian yang dapat melahirkan perikatan adalah perjanjian obligatoir, yaitu perjanjian dimana kedua belah pihaknya sama-sama dibebani dengan kewajiban, perjanjian yang mana hanya satu pihak saja yang dibebani kewajiban, tidak melahirkan

perikatan, sebagai contoh adalah perjanjian jaminan kebendaan. Tidak juga semua perjanjian yang hanya satu pihak dibebani kewajiban itu bukan merupakan perikatan, contohnya perjanjian hibah. Macam-macam perjanjian yang melahirkan perikatan antara lain adalah perjanjian khusus yang macamnya tertera dalam Buku III BW, salah satu bentuknya yang paling umum adalah perjanjian jual-beli.

B. 2. 2. Perjanjian Jual Beli Dalam Hukum Perdata Indonesia

Sebagaimana telah dijelaskan diatas, maka dalam hal pre project selling ini berkaitan dengan perjanjian yang pada intinya adalah jual-beli, sudah semestinya dibahas pula pengaturan perjanjian jual-beli yang ada dalam BW.

Jual beli diatur dalam Buku III BW, BAB ke V tentang Jjual-Beli. Dalam Pasal 1457 BW dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan jual-beli adalah suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu (penjual) mengikatkan dirinya untuk menyerahkan suatu kebendaan, dan pihak yang lain (pembeli) untuk membayar harga yang telah dijanjikan. Perjanjian jual beli termasuk dalam kelompok perjanjian bernama, artinya Undang-Undang telah memberikan nama tersendiri dan memberikan pengaturan secara khusus terhadap perjanjian ini.²³⁵ Purwahid Patrik menjabarkan bahwa:²³⁶

Berdasarkan pengertian tersebut dapat dikemukakan lebih lanjut bahwa perjanjian jual beli merupakan perjanjian timbal balik sempurna, dimana kewajiban penjual merupakan hak dari pembeli dan sebaliknya kewajiban pembeli merupakan hak dari penjual. Dalam hal ini, penjual berkewajiban untuk menyerahkan suatu kebendaan serta berhak untuk menerima pembayaran, sedang pembeli berkewajiban untuk melakukan pembayaran dan berhak untuk menerima suatu kebendaan. Apabila hal tersebut tidak dipenuhi, maka tidak akan terjadi perikatan jual beli.

Saat terjadinya perjanjian jual-beli, tidak langsung berpindah hak kepemilikan, namun syarat terjadinya perpindahan kepemilikan itu adalah dilakukannya penyerahan (*levering*). Saat ada perjanjian jual-beli namun tidak ada *levering*, maka tetap hak milik obyek yang dijual itu belum berpindah. Perjanjian jual beli hingga sampai ada perpindahan hak milik, ada dua tahapan, yaitu:

1. Tahap kesepakatan kedua belah pihak mengenai barang dan harga yang cukup ditandai dengan kata sepakat;

²³⁵ Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan* (Bandung: Mandar Maju, 1994), hal. 52

²³⁶ *Ibid.*

2. Tahap selanjutnya adalah penyerahan (*levering*) benda yang menjadi obyek perjanjian, penyerahan ini dengan tujuan untuk mengalihkan hak milik dari benda tersebut.

Unsur pokok dalam perjanjian jual beli adalah barang dan harga, dimana antara penjual dan pembeli harus ada kata sepakat tentang harga dan benda yang menjadi objek jual beli. Suatu perjanjian jual beli yang sah lahir apabila kedua belah pihak telah setuju tentang harga dan barang. Kesepakatan ini berdasar asas konsensual. Asas ini dalam jual-beli tercermin dalam Pasal 1458 yang berbunyi menegaskan bahwa jual-beli dianggap sudah terjadi antara kedua belah pihak seketika setelah mereka mencapai kata sepakat tentang barang dan harga, meskipun barang ini belum diserahkan maupun harganya belum dibayar.²³⁷

Subjek dari jual-beli adalah si penjual dan si pembeli, sedangkan objek dari perjanjian jual-beli adalah barang yang dijual atau dibeli. Untuk menentukan apa yang menjadi objek dari jual-beli, maka digunakan istilah “*zaak*” (barang/benda). “*Zaak*” adalah barang atau hak yang dapat dimiliki, sebagaimana diatur dalam Pasal 499 BW. Ini berarti bahwa yang dapat diperjual-belikan dalam perjanjian jual-beli bukan hanya barang yang dapat dimiliki, namun juga hak atas suatu barang yang bukan hak milik, misalnya hak *erfpacht* atau hak *opstal*.²³⁸ Purwahid Patrik menjabarkan mengenai terjadinya jual-beli yang ada dalam Pasal 1458 BW, yaitu:²³⁹

1. Apabila masing-masing pihak telah sepakat mengenai harga barang, walaupun barang tersebut belum diserahkan dan harganya pun belum dibayar, perjanjian jual-beli ini dianggap sudah jadi;
2. Jual-beli yang memakai masa percobaan dianggap terjadi untuk sementara. Sejak disetujuinya perjanjian jual-beli secara demikian, penjual terus terikat, sedang pembeli baru terikat kalau jangka waktu percobaan itu telah lewat, dan telah dinyatakan setuju;
3. Sejak diterima uang muka dalam pembelian dengan pembayaran uang muka, kedua belah pihak tak dapat membatalkan perjanjian jual-beli itu, meskipun pembeli membiarkan uang muka tersebut pada penjual, atau penjual membayar kembali uang muka itu kepada pembeli.

²³⁷ Purwahid Patrik, *Op.cit*, hal. 55

²³⁸ *Ibid*, hal. 56

²³⁹ *Ibid*.

Berdasarkan hal-hal yang telah disebutkan diatas, maka syarat-syarat jual-beli adalah:²⁴⁰

1. Harus antara mata uang dan barang;
2. Barang yang dijual adalah milik sendiri;
3. Jual-beli itu bukan antara suami-istri yang masih dalam perkawinan.

B. 2. 3. Perjanjian Pengikatan Jual-Beli (PPJB) Dengan Sistem Penjualan *Pre Project Selling*

Perjanjian Pengikat Jual Beli (PPJB) merupakan dokumen yang membuktikan adanya hubungan hukum (hubungan kontraktual) antara pengembang dan konsumen, dimana pengembang mengikatkan diri untuk menjual sebuah properti kepada konsumen, sedangkan konsumen membelinya dari pengembang dengan kewajiban membayar harga jual dalam bentuk angsuran uang muka dan sisanya diselesaikan dengan fasilitas kredit pemilikan sebuah properti tersebut.²⁴¹

Selain Perjanjian Pengikat Jual Beli (PPJB) ada pula dokumen-dokumen penting lain yang akan dijumpai oleh seorang konsumen, yaitu:²⁴²

1. Akta Jual Beli yang dibuat dan ditandatangani di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) untuk mengalihkan atau memecah pemilikan tanah dan properti dari pengembang kepada setiap konsumen;
2. Perjanjian Kredit Pemilikan Rumah/Apartemen/Rusun (nama lain seperti: Persetujuan Pemberian Kredit dari Bank Pemberi KPR/KPA).

Keberadaan dokumen-dokumen itu sangat penting untuk mengupayakan sejauhmana perlindungan konsumen diakomodasikan dalam instrumen hukum perdata ini. Pemahaman sejak awal terhadap dokumen-dokumen itu sangat penting, terutama sekali sebelum membeli properti.²⁴³

Pada dasarnya, mekanisme kapan pelaksanaan penandatanganan Akta Jual Beli diatur di dalam Perjanjian Pengikatan Jual Beli (PPJB). Dalam praktiknya, penandatanganan Akta Jual Beli (selanjutnya disingkat AJB) dilaksanakan apabila si pembeli telah melunasi seluruh harga pembelian atas rumah maupun unit rumah susun yang dibelinya. Hal ini sesuai dengan ketentuan AJB di dalam Keputusan Menteri Negara Perumahan Rakyat Nomor

²⁴⁰ *Ibid*, hal. 50

²⁴¹ Yusuf Shopie, *op.cit.* hal.76

²⁴² *Ibid*.

²⁴³ *Ibid*.

09/KPTS/M/1995 tentang Pedoman Pengikatan Jual Beli Rumah (Kepmenpera), yang menyatakan bahwa AJB harus ditandatangani oleh penjual dan pembeli di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT), dalam hal:

1. Bangunan rumah telah selesai dibangun dan siap dihuni;
2. Pembeli telah membayar lunas seluruh harga tanah dan bangunan rumah, serta pajak dan biaya-biaya lainnya yang terkait; dan
3. Proses permohonan Hak Guna Bangunan atas tanah telah selesai diproses, dan sertifikat Hak Guna Bangunan terdaftar atas nama penjual.

Beberapa hal penting perlu diperhatikan dari isi PPJB yang dikeluarkan oleh pihak pengembang, Purbandari menyebutkan hal-hal itu adalah:²⁴⁴

1. Isi perjanjian pengikatan jual beli tentang perubahan kebijakan fiskal dan moneter.
Apabila kemudian hari terjadi perubahan kebijakan fiskal dan moneter dari pemerintah Republik Indonesia, maka seluruh jumlah sisa pembayaran yang masih menjadi kewajiban pembeli kepada penjual dapat disesuaikan dengan adanya perubahan kebijakan tersebut.
2. Isi perjanjian pengikatan jual beli tentang pelaksanaan pembangunan
Penjual berkewajiban untuk menyelesaikan bangunan selambat-lambatnya sesuai dengan kesepakatan kedua belah pihak atau terhitung sejak tanggal perjanjian pengikatan jual beli properti. Dalam hal ini jika disebabkan oleh atau terjadi keadaan memaksa yang merupakan hal yang diluar kemampuan penjual, seperti bencana alam, perang, pemogokan, huru-hara, kebakaran, banjir dan peraturan-peraturan atau kebijakan pemerintah dibidang moneter.
3. Isi perjanjian pengikatan jual beli tentang perbaikan atau pemeliharaan bangunan
Penjual atas permintaan pembeli akan melakukan perbaikan atas kerusakan atau kesalahan perbaikan-perbaikan atas kerusakan atau kesalahan konstruksi yang terjadi pada bangunan karena kesalahan penjual untuk jangka waktu tiga bulan terhitung sejak tanggal yang ditentukan dalam surat pemberitahuan. Apabila dalam waktu tiga bulan setelah tanggal yang ditetapkannya serah terima tanah dan bangunan dan pembeli tidak datang dan menandatangani berita acara serah terima, maka masa pemeliharaan atau perbaikan oleh penjual kepada pembeli tersebut ditiadakan atau dihilangkan.

²⁴⁴ Purbandari, *loc.cit.* hal. 15

4. Isi perjanjian pengikatan jual beli tentang pengalihan hak dan kewajiban

Dalam hal penjual memberikan persetujuan tertulis kepada pembeli untuk mengalihkan tanah dan bangunan kepada pihak ketiga, maka pembeli menyetujui serta sepakat untuk membayar biaya administrasi kepada penjual.

5. Isi perjanjian pengikatan jual beli tentang jaminan penjualan

Penjual menjamin kepentingan pembeli bahwa tanah dan bangunan yang menjadi obyek dari pengikatan jual beli ini adalah hak penjual sepenuhnya, tidak berada dalam keadaan sengketa, tidak dikenakan sita jaminan oleh instansi yang berwenang. Sehubungan dengan jaminan tersebut di atas, penjual membebaskan pembeli dari segi tuntutan yang timbul dikemudian hari baik dari segi perdata maupun pidana atas tanah dan bangunan.

6. Isi perjanjian pengikatan jual beli tentang penandatanganan akta jual beli

Penjual dan pembeli sepakat satu sama lain bahwa para pihak akan melangsungkan dan menandatangani akta jual beli mengenai tanah dan bangunan dihadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT).

7. Isi perjanjian pengikatan jual beli tentang perselisihan antara penjual dengan pembeli

Apabila terjadi perselisihan, perbedaan pendapat maupun sengketa yang timbul sehubungan atau sebagai akibat dari perjanjian ini, maka penjual dan pembeli akan menyelesaikan secara musyawarah.

Selanjutnya dikaitkan dengan sistem *Pre Project Selling* yang mana *pre project selling* itu sendiri adalah salah satu bahasa asing yang sering digunakan dalam bidang pemasaran properti, dan definisi luas dari *pre project selling* ini adalah sistem penjualan sebelum proyek diselesaikan di mana properti yang dijual tersebut baru berupa bangunan yang prosesnya masih 20%. Konsep pemasaran ini memang sangat menguntungkan pengembang karena relatif menolong perputaran dana/uang pengembang. Saat ini keadaan pasar juga sudah pasti sehingga unsur spekulasi menjadi lebih kecil.²⁴⁵ Informasi yang disampaikan tidak jarang yang isinya dapat menyesatkan konsumen atau berisi informasi yang tidak benar, padahal konsumen sudah terlanjur menandatangani Perjanjian Pengikat Jual Beli (PPJB) dengan pengembang.²⁴⁶

Adanya praktek jual beli properti yang masih dalam tahap pembangunan atau dalam tahap perencanaan ditampung atau diakomodasikan dengan dokumen hukum Perjanjian Pengikat Jual Beli (PPJB). Dasar pemikiran hukumnya, PPJB bukanlah perbuatan hukum jual-

²⁴⁵ *Ibid*, hal.13

²⁴⁶ Yusuf Shofie, *Op.cit*, hal.74

beli yang bersifat riil dan tunai. PPJB merupakan kesepakatan dua pihak untuk melaksanakan prestasi masing-masing dikemudian hari, yakni pelaksanaan jual-beli dihadapan PPAT, bila bangunan sudah selesai, bersertifikat dan layak huni.²⁴⁷

Berdasarkan pembahasan diatas, maka dapat diketahui bahwa jual-beli dengan sistem *pre project selling* ini tentu menggunakan perjanjian atas dasar kata sepakat. Maka bila diikat lebih lanjut dalam PPJB, maka keberadaannya adalah sebagai perjanjian jual-beli yang memang ditujukan untuk adanya peralihan hak milik, yang nantinya harus dibuat lagi akta yang bernama Akta Jual Beli (AJB), yang mana AJB tersebut memiliki kekuatan hukum dalam melindungi konsumen atau developer yang dimungkinkan pada saat yang akan datang melakukan wanprestasi dan karena perjanjian ini telah lahir karena telah ada kata sepakat yang memenuhi asas konsensual, dengan ini berarti pihak yang merugikan dapat dituntut ganti rugi.

B. 3. Perlindungan Hukum Konsumen dalam Jual Beli dengan Sistem *Pre Project Selling*

B.3.1. Perlindungan Hukum Saat Terjadi Wanprestasi

Wanprestasi adalah suatu cacat kewajiban, diambil dari kata wan-prestasi, *wan* artinya cacat, dan *prestasi* artinya kewajiban, jadi wanprestasi adalah cacat kewajiban. Wanprestasi haruslah didasari dari adanya perjanjian terlebih dahulu, karena hanya melalui perjanjian, hak dan kewajiban itu lahir, setelah ada hak dan kewajiban, maka berarti dapat terjadi cacat dalam pelaksanaan kewajiban itu. Tidak ada dasar hukum wanprestasi, yang ada adalah dasar hukum dari prestasi, yaitu diatur dalam Pasal 1234 BW, oleh karena itu Pasal ini dapat ditafsirkan secara *a contrario*, maka pengaturan dari wanprestasi ini adalah kebalikan dari Pasal 1234 BW, atau dengan kata lain *a contrario* dari Pasal 1234 BW.

Wanprestasi artinya tidak memenuhi kewajiban yang telah ditetapkan dalam perjanjian. Munir Fuady mengartikan bahwa wanprestasi (*default* atau *non fulfilment* ataupun yang disebut juga dengan istilah *breach of contract*) yang dimaksudkan adalah tidak dilaksanakan prestasi atau kewajiban sebagaimana mestinya yang dibebankan dalam kontrak terhadap pihak tertentu yang bersangkutan.²⁴⁸ Subekti menjabarkan bahwa wanprestasi dapat berupa 4 (empat) macam, yaitu:²⁴⁹

²⁴⁷ *Ibid.* hal.78

²⁴⁸ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)* (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 87

²⁴⁹ Subekti, *Hukum... Op.cit.*, hal. 45

1. Tidak melaksanakan apa yang disanggupi akan dilakukannya;
2. Melaksanakan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana mestinya;
3. Melakukan apa yang dijanjikannya tetapi terlambat;
4. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukannya.

Tidak dapat dipenuhinya kewajiban dalam perjanjian, dapat disebabkan oleh dua kemungkinan sebagai berikut:²⁵⁰

1. Karena kesalahan debitur (baik karena kesengajaan maupun kelalaian);
2. Karena keadaan memaksa (*force majeure*).

Ditambahkan oleh Rai Widjaja, bahwa dengan terjadinya suatu peristiwa wanprestasi, dalam hubungan perjanjian jual-beli dapat menimbulkan suatu akibat antara lain:²⁵¹

- a. Perikatan tetap ada

Kreditur masih dapat menuntut kepada debitur pelaksanaan prestasi, apabila ia terlambat memenuhi prestasi. Disamping itu, kreditur berhak menuntut ganti rugi akibat keterlambatan melaksanakan prestasinya. Hal ini disebabkan kreditur akan mendapatkan keuntungan apabila debitur melaksanakan prestasi tepat pada waktunya;

- b. Debitur harus membayar ganti rugi kepada kreditur (Pasal 1243 BW);
- c. Beban resiko beralih untuk kerugian debitur, jika halangan itu timbul setelah debitur wanprestasi, kecuali bila ada kesengajaan atau kesalahan besar dari pihak kreditur. Oleh karena itu, debitur tidak dibenarkan untuk berpegang pada keadaan memaksa;
- d. Jika perikatan lahir dari perjanjian timbal balik, kreditur dapat membebaskan diri dari Kewajibannya memberikan kontra prestasi dengan menggunakan Pasal 1266 BW.

Serta tuntutan yang dapat dilakukan oleh pihak kreditur atas dasar wanprestasi antara lain:²⁵²

- a. Kreditur dapat meminta pemenuhan prestasi saja dari debitur;
- b. Kreditur dapat menuntut prestasi disertai ganti rugi kepada debitur (Pasal 1267 BW);
- c. Kreditur dapat menuntut dan meminta ganti rugi, hanya mungkin kerugian karena keterlambatan;
- d. Kreditur dapat menuntut pembatalan perjanjian;
- e. Kreditur dapat menuntut pembatalan disertai ganti rugi kepada debitur (ganti rugi berupa pembayaran uang denda).

Pada umumnya banyak yang beranggapan bahwa wanprestasi merupakan bagian dari perbuatan melawan hukum (*genus spesific*). Anggapan seperti ini sekilas benar adanya namun

²⁵⁰ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan* (Bandung: Alumni, 1982), hal. 20

²⁵¹ Rai Widjaja, *Merancang Suatu Kontrak* (Bekasi: Kesaint Blanc, 2003), hal. 83

²⁵² *Ibid.*

ketika akan dituangkan dalam bentuk gugatan tertulis, tidak boleh mencampur adukan antara keduanya karena akan menimbulkan kekeliruan yang pada akhirnya akan mengaburkan tujuan dari gugatan itu sendiri. Ada beberapa perbedaan yang sangat prinsipil antara wanprestasi dengan perbuatan melawan hukum.²⁵³ Wirjono mengungkapkan bahwa perbedaan prinsipil tersebut adalah:²⁵⁴

1. Sumber

- a. Wanprestasi timbul dari persetujuan (*agreement*). Artinya untuk mendalilkan suatu subjek hukum telah wanprestasi, harus ada lebih dahulu perjanjian antara kedua belah pihak sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1320 BW;
- b. Perbuatan melawan hukum lahir karena undang-undang sendiri yang menentukan. Hal ini sebagaimana dimaksud Pasal 1352 BW.

2. Timbulnya hak menuntut

- a. Pada wanprestasi diperlukan lebih dahulu suatu proses, seperti Pernyataan lalai (*inmorastelling, negligent of expression, interpellatio, ingeberkestelling*). Hal ini sebagaimana dimaksud Pasal 1243 BW yang menegaskan perikatan ditujukan untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu, atau jika ternyata dalam perjanjian tersebut terdapat klausul yang mengatakan debitur langsung dianggap lalai tanpa memerlukan somasi (*summon*) atau peringatan;
- b. Hal ini diperkuat yurisprudensi Mahkamah Agung No. 186 K/Sip/1959 tanggal 1 Juli 1959 yang menyatakan apabila perjanjian secara tegas menentukan kapan pemenuhan perjanjian, menurut hukum, debitur belum dapat dikatakan alpa memenuhi kewajiban sebelum hal itu dinyatakan kepadanya secara tertulis oleh pihak kreditur;
- c. Dalam perbuatan melawan hukum, hak menuntut dapat dilakukan tanpa diperlukan somasi. Sekali timbul perbuatan melawan hukum, saat itu juga pihak yang dirugikan langsung dapat menuntutnya (*action, claim, rechtvordering*).

3. Tuntutan ganti rugi (*compensation, indemnification*)

Pada wanprestasi, perhitungan ganti rugi dihitung sejak saat terjadi kelalaian. Hal ini sebagaimana diatur Pasal 1237 BW, mengenai biaya ganti rugi sendiri diatur dalam Pasal 1246 BW.

²⁵³ Nurris, <http://nurriswalhidayat.wordpress.com/author/nurriswalhidayat/>, diakses 2/01/2015

²⁵⁴ Wiryono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum* (Bandung: Sumur, 1992), hal. 53

Bertolak dari pendapat diatas, mengenai perbuatan melanggar hukum, haruslah diperhatikan hak dan kewajiban hukum berdasarkan Undang-Undang (*wet*), jadi perbuatan itu harus benar-benar melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri yang diberikan oleh Undang-Undang. Dengan demikian, melanggar hukum sama dengan melanggar Undang-Undang.²⁵⁵

Berdasarkan dengan telaah ini, maka bila dikaitkan dengan jual-beli yang menggunakan sistem pre project selling, baik itu kedudukannya hanya sebagai perjanjian pemesanan, atau sudah diikat dengan PPJB, maka bila salah satu pihak baik itu developer ataupun pembeli melakukan wanprestasi, dapat diajukan tuntutan ke pengadilan, karena tuntutannya adalah dalam hal perdata, maka pihak yang melakukan wanprestasi tersebut dapat dimintai pertanggungjawaban berupa ganti rugi.

Tuntutan ini haruslah tuntutan wanprestasi, tidak boleh tuntutan perbuatan melanggar hukum, karena hal ini didasarkan pada perjanjian antara para pihak, bukan perjanjian pemesanan atau PPJB, namun perjanjian antara pembeli dengan pengembang saat adanya kata sepakat dan memenuhi asas *konsensualisme*. Sebagaimana diungkapkan oleh Salim HS sebagai berikut:²⁵⁶

Perjanjian diartikan sebagai suatu hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum. Jadi menurut tidak hanya melihat perjanjian semata-mata, tetapi harus dilihat perbuatan sebelumnya atau perbuatan yang mendahuluinya. Perbuatan tersebut antara lain:

1. Tahap sebelum perjanjian, yaitu adanya penawaran dan penerimaan;
2. Tahap perjanjian, yaitu adanya penyesuaian pernyataan kehendak antara para pihak serta Tahap pelaksanaan perjanjian.

Berarti dalam perjanjian ini telah terpenuhi asas *konsensualisme*, dan timbulnya akibat hukum (tumbuh/lenyap hak dan kewajiban).

Asas *konsensualisme* ini sesuai dengan Pasal 1458 BW yang mengatur bahwa jual-beli sudah terjadi antara kedua belah pihak seketika setelah mereka mencapai kata sepakat tentang barang dan harga meskipun barang belum diserahkan dan harga belum dibayar.

B.3.2. Perlindungan Hukum Konsumen Berdasarkan Hukum Perlindungan Konsumen

Hukum perlindungan konsumen di Indoneisa aturannya terletak dalam Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen (selanjutnya disebut UUPK).

²⁵⁵ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perikatan* (Bandung: Citra Aditya Bakti. 1990), hal. 144

²⁵⁶ Salim HS, *Op.cit*, hal. 26

Pasal 1 ayat (1) UUPK menegaskan bahwa perlindungan konsumen adalah segala upaya yang menjamin adanya kepastian hukum untuk memberi perlindungan kepada konsumen. Terdapat beberapa asas pengaturan dalam UUPK sebagaimana diatur dalam Pasal 2 UUPK yang menegaskan perlindungan konsumen berdasarkan manfaat, keadilan, serta keseimbangan, keamanan dan keselamatan konsumen serta kepastian hukum. Kelima asas ini dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 2 UUPK, yaitu:

1. Asas manfaat dimaksudkan untuk mengamankan bahwa segala upaya dalam penyelenggaraan perlindungan konsumen harus memberi manfaat sebesar-besarnya bagi kepentingan konsumen dan pelaku usaha secara keseluruhan;
2. Asas keadilan dimaksudkan agar partisipasi seluruh rakyat dapat diwujudkan secara maksimal dan memberikan kesempatan kepada konsumen dan pelaku usaha untuk memperoleh haknya dan melaksanakan kewajibannya secara adil;
3. Asas keseimbangan dimaksudkan untuk memberikan keseimbangan antar kepentingan konsumen, pelaku usaha, dan pemerintah dalam arti materiil maupun spiritual;
4. Asas keamanan dan keselamatan konsumen dimaksudkan untuk memberikan jaminan atas keamanan dan keselamatan kepada konsumen dalam penggunaan, pemakaian, dan pemanfaatan barang dan/atau jasa yang dikonsumsi atau digunakan;
5. Asas kepastian hukum dimaksudkan agar baik pelaku usaha maupun konsumen menaati hukum dan memperoleh keadilan dalam penyelenggaraan perlindungan konsumen, serta negara menjamin kepastian hukum.

Dibentuknya UUPK ini mempunyai tujuan tertentu, berdasarkan Pasal 3 UUPK, perlindungan konsumen bertujuan:

1. Meningkatkan kesadaran, kemampuan, dan kemandirian konsumen untuk melindungi diri;
2. Mengangkat harkat dan martabat konsumen dengan cara menghindarkannya dari akses negatif pemakaian barang atau jasa;
3. Meningkatkan pemberdayaan konsumen dalam memilih, menentukan dan menuntut hak-haknya sebagai konsumen;
4. Menciptakan perlindungan konsumen yang mengandung unsur kepastian hukum dan keterbukaan informasi serta akses untuk mendapatkan informasi;
5. Menumbuhkan kesadaran pelaku usaha mengenai pentingnya perlindungan konsumen sehingga tumbuh sikap yang jujur dan bertanggung jawab dalam berusaha;

6. Meningkatkan kualitas barang dan/atau jasa yang menjamin kelangsungan usaha produksi barang dan/atau jasa, kesehatan, kenyamanan, keamanan, dan keselamatan konsumen.

Berdasarkan penjabaran singkat diatas, pengaturan tentang perlindungan konsumen memang sengaja diadakan untuk lebih memberikan kepastian hukum kepada konsumen yang notabene kedudukannya cukup rawan, termasuk dalam kaitannya dengan jual beli dengan sistem *pre project selling* ini, kedudukan konsumen cukup rawan. Menurut **Johanes Gunawan**, perlindungan hukum terhadap konsumen dapat dilakukan pada saat sebelum terjadinya transaksi (*no conflict/pre purchase*) dan/atau pada saat setelah terjadinya transaksi (*conflict/post purchase*).²⁵⁷

Dalam penjabaran diatas disebutkan juga mengenai pelaku usaha, istilah pelaku usaha adalah istilah yang digunakan oleh pembuat Undang-Undang yang pada umumnya lebih dikenal dengan istilah pengusaha. Ikatan Sarjana Ekonomi Indonesia (ISEI) menyebut empat kelompok besar kalangan pelaku ekonomi, tiga diantaranya termasuk kelompok pengusaha (pelaku usaha, baik privat maupun publik). Adrian Sutedi menjabarkan bahwa ketiga kelompok pelaku usaha tersebut adalah:²⁵⁸

1. Kalangan investor, yaitu pelaku usaha penyedia dana untuk membiayai berbagai kepentingan, seperti perbankan, usaha leasing, tengkulak, penyedia dana lainnya, dan sebagainya;
2. Produsen, yaitu pelaku usaha yang membuat, memproduksi barang dan/atau jasa dari barang-barang dan/atau jasa-jasa lain (bahan baku, bahan tambahan/penolong, dan bahan-bahan lainnya). Mereka terdiri atas orang/badan usaha berkaitan dengan pangan, orang/badan yang memproduksi sandang, orang/usaha yang berkaitan dengan pembuatan perumahan, orang/usaha yang berkaitan dengan jasa angkutan, perasuransian, perbankan, orang/usaha yang berkaitan dengan obat-obatan, kesehatan, narkotika, dan sebagainya;
3. Distributor, yaitu pelaku usaha yang mendistribusikan atau memperdagangkan barang dan/atau jasa tersebut kepada masyarakat, seperti pedagang secara retail, pedagang kaki lima, warung, toko, supermarket, *hypermarket*, rumah sakit, klinik, warung dokter, usaha angkutan (darat, laut, udara), kantor pengacara, dan sebagainya.

²⁵⁷ Johanes Gunawan, *Hukum Perlindungan Konsumen* (Bandung: Universitas Katolik Parahyangan, 1999), hal. 3

²⁵⁸ Adrian Sutedi, *Tanggung Jawab Produk Dalam Perlindungan Konsumen* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2008), hal. 11

Sedangkan Az Nasution berpendapat:²⁵⁹

Sebagai penyelenggara kegiatan usaha, pelaku usaha adalah pihak yang harus bertanggung jawab atas akibat-akibat negatif berupa kerugian yang ditimbulkan oleh usahanya terhadap pihak ketiga, yaitu konsumen, sama seperti seorang produsen. Meskipun demikian konsumen dan pelaku usaha ibarat sekeping mata uang dengan dua sisinya yang berbeda.

Berdasarkan definisi tersebut diatas, maka pelaku usaha sebagai subyek hukum itu mempunyai hak dan kewajiban dalam kompetensi mereka menjalani kegiatan bisnisnya, kewajiban dari pelaku usaha antara lain yang diatur dalam Pasal 6 UUPK, yaitu:

1. Hak untuk menerima pembayaran yang sesuai dengan kesepakatan mengenai kondisi dan nilai tukar barang dan/atau jasa yang diperdagangkan;
2. Hak untuk mendapat perlindungan hukum dari tindakan konsumen yang beritikad tidak baik;
3. Hak untuk melakukan pembelaan diri sepatutnya di dalam penyelesaian hukum sengketa konsumen;
4. Hak untuk rehabilitasi nama baik apabila terbukti secara hukum bahwa kerugian konsumen tidak diakibatkan oleh barang dan/atau jasa yang diperdagangkan;
5. Hak-hak yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya.

Hak pelaku usaha untuk menerima pembayaran sesuai kondisi dan nilai tukar barang dan/atau jasa yang diperdagangkan, menunjukkan bahwa pelaku usaha tidak dapat menuntut lebih banyak jika kondisi barang dan/atau jasa yang diberikannya kepada konsumen tidak atau kurang memadai menurut harga yang berlaku pada umumnya atas barang dan/atau jasa yang sama. Dalam praktek yang biasa terjadi, suatu barang dan/atau jasa yang kualitasnya lebih rendah daripada barang yang serupa, maka para pihak menyepakati harga yang lebih murah. Dengan demikian yang dipentingkan dalam hal ini adalah harga yang wajar.²⁶⁰ Sedangkan kewajiban bagi pelaku usaha, yaitu sebagaimana diatur dalam Pasal 7 UUPK, yaitu:

1. Beritikad baik dalam melakukan kegiatan usahanya;
2. Memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa serta memberi penjelasan penggunaan, perbaikan, dan pemeliharaan;
3. Memperlakukan atau melayani konsumen secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif;

²⁵⁹ Az. Nasution, *Konsumen dan Hukum Tinjauan Sosial, Ekonomi dan Hukum pada Perlindungan Konsumen Indonesia* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1995), hal. 21

²⁶⁰ Ahmadi Miru dan Sutarman Yodo, *Hukum Perlindungan Konsumen* (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hal. 51

4. Menjamin mutu barang dan/atau jasa yang diproduksi dan/atau diperdagangkan berdasarkan ketentuan standar mutu barang dan/atau jasa yang berlaku;
5. Memberikan kesempatan kepada konsumen untuk menguji dan/atau mencoba barang dan/atau jasa tertentu serta memberi jaminan dan/atau garansi atas barang yang dibuat dan/atau yang diperdagangkan;
6. Memberikan kompensasi, ganti rugi, dan/atau penggantian apabila barang dan/atau jasa yang diterima atau dimanfaatkan tidak sesuai dengan perjanjian.

Terkait dengan jual beli menggunakan sistem *pre project selling*, maka apabila terjadi wanprestasi, baik itu kedudukannya adalah perjanjian pemesanan, ataupun telah ditingkatkan menjadi PPJB, maka pelaku usahanya, dalam hal ini adalah pengembang tersebut wajib untuk memberikan kompensasi, ganti rugi, dan/atau penggantian apabila barang dan/atau jasa yang diterima atau dimanfaatkan itu tidak sesuai dengan perjanjian.

Kerap kali yang terjadi antara pihak pengembang dan konsumen dengan sistem penjualan *pre project selling*, adalah apa yang ada di gambar menjadi lebih bagus daripada hasil nyata bangunannya nanti, dan ada perbedaan harga dengan alasan-alasan tertentu dari pengembang.²⁶¹ Maka dari itu pihak pengembang berarti telah melanggar aturan Pasal 7 angka (2) UUPK, yaitu tidak memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa serta tidak memberi penjelasan penggunaan, perbaikan, dan pemeliharaan.²⁶²

Apabila pengaturan dalam UUPK ini digabungkan dengan aturan BW, maka pengaturan wanprestasi dan akibat hukumnya bagi pihak pengembang dapat lebih dijabarkan. Akibat hukum bagi developer yang telah melakukan wanprestasi adalah hukuman atau sanksi sebagai berikut:²⁶³

1. Developer diharuskan membayar ganti kerugian yang telah diderita oleh konsumen (Pasal 1243 BW). Ketentuan ini berlaku untuk semua perikatan;
2. Developer diharuskan membayar ganti kerugian yang telah diderita oleh konsumen (Pasal 7 angka (6) UUPK);
3. Dalam perjanjian timbal balik, wanprestasi dari satu pihak memberikan hak kepada pihak yang lain untuk membatalkan atau memutuskan perjanjian lewat hakim (Pasal 1266 BW);

²⁶¹ Nurris, *Loc.cit.*

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit*, hal.24

4. Resiko beralih kepada Developer sejak terjadinya wanprestasi (Pasal 1237 ayat 2 BW). Ketentuan ini hanya berlaku bagi perikatan untuk memberikan sesuatu;
5. Membayar biaya perkara apabila diperkarakan dimuka hakim. Ketentuan ini untuk semua perikatan;
6. Memenuhi perjanjian jika masih dapat dilakukan, atau pembatalan perjanjian yang disertai dengan pembayaran ganti rugi (Pasal 1267 BW). Ketentuan ini berlaku untuk semua perikatan.

C. Kesimpulan dan Saran

C. 1. Kesimpulan

1. Penjualan dengan sistem *pre project selling*, dilakukan dengan syarat pembangunan sudah dalam proses dengan prosentase 20%, dengan ada PPJB, maka perjanjian tersebut dapat digolongkan sebagai perjanjian jual-beli, dan mengikuti aturan-aturan dalam Buku III BW. Hubungan hukumnya, antara para pihak yaitu konsumen dan developer memiliki hubungan hukum langsung dan tidak langsung, hubungan secara langsung berdasar pada pasal 1457 BW, yang memiliki unsur-unsur yaitu : perjanjian, pembeli dan penjual, harga, dan barang. maka aturannya adalah apa yang diperjanjikan oleh para pihak (dalam hal ini adalah developer dan konsumen). Perjanjian antara konsumen dan developer ini telah terjadi dan memenuhi syarat sah Pasal 1320 BW, terutama yaitu telah memenuhi asas konsensual, Maka dari itu akibat hukum bila ada kesalahan salah satu pihak dalam PPJB ini, Undang-Undang terutama BW akan memberikan jalan keluarnya.
2. Apabila salah satu pihak dalam penjualan dengan sistem *pre project selling* itu menyimpang dari apa yang telah diperjanjikan, maka baik perjanjian antara konsumen dengan developer itu berupa perjanjian pemesanan atau telah diikat dengan PPJB, akibat hukumnya adalah sebagaimana diatur dalam Undang-Undang. Dalam hal ini karena berdasar pada perjanjian, maka ranah hukum perbuatannya adalah wanprestasi, bukan perbuatan melanggar hukum. Baik itu perjanjian pemesanan atau telah diikat dengan PPJB, asalkan ada konsumen dan developer yang sudah mengikat janji dan memenuhi asas konsensual, maka gugatan wanprestasi dapat diajukan baik itu berdasarkan BW atau UUPK, dan hukumannya adalah ganti rugi.

C. 2. Saran

1. Sebaiknya agar lebih mempunyai kekuatan hukum, maka konsumen dan developer yang menjalankan jual beli dengan sistem *pre project selling* ini diikat juga langsung dalam PPJB, setelah oobyek tersebut jadi dan sesuai pemesanan, maka setelah adanya sertifikat hak milik, PPJB dapat ditingkatkan menjadi Akta Jual Beli (AJB), dengan ini lebih memberikan kepastian hukum dan perlindungan hukum, khususnya bagi pihak konsumen.
2. Penjualan dengan sistem *pre project selling* saat ini merupakan kegiatan yang banyak terjadi, aturan untuk ini belum cukup, melainkan hanya berpedoman pada aturan perjanjian. Sebaiknya dibuat suatu aturan khusus setingkat Undang-Undang untuk hal *pre project selling* ini.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Badrulzaman, Mariam Darus, *et.al. Kompilasi Hukum Perikatan*. Jakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 2001
- Dalimunthe, Chadidjah. *Politik Hukum Agraria Nasional Terhadap Hak-Hak Atas Tanah*. Medan: Yayasan Pencerahan Mandailing, 2008
- Fuady, Munir. *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, cet. Ke-1. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999
- _____. *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001
- Gunawan, Johanes. *Hukum Perlindungan Konsumen*. Bandung: Universitas Katolik Parahyangan, 1999
- Kallo, Erwin. *Panduan Hukum untuk Pemilik/Penghuni Rumah Susun (Kondominium, Apartemen dan Rusunami)*. Jakarta: Minerva Athene Pressindo, 2009
- Miru, Ahmadi dan Sutarman Yodo, *Hukum Perlindungan Konsumen*. Jakarta: Rajawali Pers, 2010
- Muhammad, Abdul Kadir. *Hukum Perikatan*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1990
- _____. *Hukum Perikatan*. Bandung: Alumni, 1982
- Nasution, Az. *Konsumen dan Hukum Tinjauan Sosial, Ekonomi dan Hukum pada Perlindungan Konsumen Indonesia*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1995
- Patrik, Purwahid. *Dasar-Dasar Hukum Perikatan*. Bandung: Mandar Maju, 1994

Prodjodikoro, Wiryo. *Perbuatan Melanggar Hukum*. Bandung: Sumur, 1992

S, Salim H. *Hukum Kontrak, Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*. Jakarta: Sinar Grafika, 2008

Satrio, J. *Hukum Perjanjian*. Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 1992

Subekti. *Hukum Perjanjian*,. Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1987,

_____. *Pokok-Pokok Hukum Perdata*. Jakarta: PT. Intermasa, 1985

Suharnoko. *Hukum Perjanjian Teori dan Analisa Kasus*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2004

Sutedi, Adrian. *Tanggung Jawab Produk Dalam Perlindungan Konsumen*. Bogor: Ghalia Indonesia, 2008,

Widjaya, Rai. *Merancang Suatu Kontrak*. Bekasi: Kesaint Blanc, 2003

Zulham. *Hukum Perlindungan Konsumen*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2013

Website

Dwi, Prasetyo Ardian et.al. <https://audiayu.wordpress.com/2013/04/14/makalah-hukum-perjanjian/>

Nurris. <http://nurriswalhidayat.wordpress.com/author/nurriswalhidayat/>

Purbandari. “Kepastian Hukum dan Perlindungan Hukum pada Pemasaran Properti dengan Sistem Pre Project Selling”. *Majalah Ilmiah Widya Tahun 29 Nomor 320 Mei 2012*. <http://e-journal.jurwidyakop3.com/index.php/majalah-ilmiah/article/view/68/64>

KEKUASAAN DAN PENYAKITNYA

John Riady

Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan

john.riady@uph.edu

Abstract

Defending power, despotism, nepotism, and corruption are the diseases of power rampantly published by the media (electronic or non-electronic namely newspapers, magazines, etc.) whether domestic or in foreign affairs. It is interesting to analyze scientifically the history of such diseases of power, of how they became to be, and the forms and sorts of diseases of power. Also analyzed are which institutions of state/government infected by these diseases of power. In order to obtain answers to the aforementioned questions, methods used in this research is literary method. The results of this analysis are: 1) that diseases of power came to be and gained attention of intellectuals and statesman were since the time of the Ancient Greek; 2) that the emergence of diseases of power were due to everchanging human nature because of certain condition to themselves and their environment; 3) that despotism, nepotism, and corruption are actions or habits of authority which are hard to eradicate because it needs strenuous efforts to reduce.

Keywords: *power, authority, despotism, nepotism, and corruption*

Abstrak

Mempertahankan kekuasaan, despotis, nepotis, dan korupsi adalah penyakit dari kekuasaan yang marak diberitakan oleh media (elektronik dan non-elektronik seperti surat kabar, majalah, dll.) baik dalam maupun luar negeri. Menjadi menarik untuk dikaji secara ilmiah bagaimana sejarahnya sampai muncul penyakit dari kekuasaan itu, dan bagaimana bentuk dan macam penyakit kekuasaan itu. Ingin dikaji juga lembaga negara/pemerintahan mana saja yang terjangkit oleh penyakit dari kekuasaan itu. Untuk memperoleh jawaban terhadap pertanyaan di atas, maka metode yang digunakan adalah metode kepustakaan. Hasil dari kajian tersebut adalah: 1) bahwa penyakit dari kekuasaan itu mulai ada dan mendapat perhatian dari para cendekiawan dan negarawan ialah sejak zaman Yunani Kuno; 2) bahwa munculnya penyakit kekuasaan itu adalah karena sifat manusia yang dapat berubah karena kondisi tertentu pada dirinya dan lingkungannya; 3) bahwa despotis, nepotis dan korupsi adalah perbuatan atau kebiasaan penguasa yang sulit untuk dihilangkan karena itu perlu usaha keras untuk mengurangnya.

Kata kunci: *kekuasaan, penguasa, despotis, nepotis, dan korupsi*

A. Pendahuluan

Pada dasarnya kekuasaan (maksudnya kekuasaan politik) adalah baik dan diperlukan untuk memenuhi dan meningkatkan kesejahteraan rakyat. Dalam artian seperti ini, kekuasaan itu adalah *alat* untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat. Bagaimana seseorang atau sekelompok orang yang secara legal dan demokratis memperoleh kekuasaan itu, kemudian

mengelolanya sesuai aturan hukum, demokratis, beretika dan bijak, dan mendapat legitimasi dari masyarakat luas. Menurut Miriam Budiardjo²⁶⁴:

“Legitimasi dan keabsahan adalah keyakinan anggota-anggota masyarakat bahwa kekuasaan atau wewenang yang ada pada seseorang kelompok, atau penguasa adalah wajar dan patut dihormati. Kewajaran ini berdasarkan persepsi bahwa pelaksanaan kekuasaan atau kewenangan itu sesuai dengan asas-asas dan prosedur yang sudah diterima secara luas dalam masyarakat dan sesuai dengan ketentuan-ketentuan dan prosedur yang sah. Jadi, mereka yang diperintah menganggap bahwa sudah wajar peraturan-peraturan dan keputusan-keputusan yang dikeluarkan oleh penguasa dipatuhi.

Dalam keberadaan kekuasaan seperti disebut di atas, maka politik itu sering disebut sebagai “seni” atau “*art*”. Tetapi ada kalanya (sering terjadi), terutama pada negara-negara berkembang (dunia ketiga), bahwa *kekuasaan* itu adalah *tujuan*, sedang kesejahteraan rakyat bukanlah tujuan. Bila terjadi peningkatan kesejahteraan rakyat buat penguasa itu baik, bila tidak terjadi peningkatan bukan merupakan masalah bagi mereka. Penguasa dalam kondisi seperti ini, biasanya hanya mengutamakan kesejahteraan dirinya, keluarganya dan kelompoknya. Karena itu dalam negara-negara berkembang, biasanya sering terjadi konflik antara penguasa dengan masyarakat yang menentang hukum dan kebijakan lain yang dibuat oleh penguasa yang tidak memperhatikan kepentingan masyarakat. Dalam hal konflik antara penguasa tidak memperhatikan kepentingan masyarakat, Utrecht²⁶⁵ mengatakan:

“Tetapi kadang-kadang juga, justru supaya menjauhkan tata hukum (keputusan-keputusan penguasa dalam bentuk peraturan perundang-undangan) dari kenyataan sosial (masyarakat) itu, yaitu dalam hal ini politik hukum itu menjadi alat dalam tangan suatu “*ruling class*” (elite penguasa) yang berhak menjajah sebagian besar anggota masyarakat tanpa memperhatikan kenyataan sosial itu. Hasilnya adalah ketegangan (konflik) antara positivitas (hukum yang berlaku) dan realita sosial (aspirasi masyarakat) justru lebih besar, karena *ruling class* kurang atau tidak mau memperhatikan kenyataan sosial (aspirasi masyarakat).”

Kekuasaan (politik) ini sudah dikenal sejak sebelum berdirinya negara-negara pada masa Yunani Kuno hingga abad modern (sering juga disebut *post modern*) sekarang ini. Tetapi munculnya teori-teori tentang negara dan kekuasaan baru dikenal sejak zaman Yunani Kuno, yang terkenal dengan “demokrasi langsung” (*direct democracy*). Dalam demokrasi langsung ini rakyat yang berkuasa dan menentukan undang-undang yang akan dijalankan oleh penguasa (raja atau kaisar). Sedang demokrasi modern sekarang, demokrasi yang dianut adalah

²⁶⁴ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik, Edisi Revisi* (Jakarta: Kompas Gramedia, 2013), hal. 64-65

²⁶⁵ Utrecht, E., *Pengantar dalam Hukum Indonesia* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1983), hal. 45

demokrasi tidak langsung. Rakyat memilih wakil-wakilnya di parlemen untuk membentuk undang-undang dasar (UUD) dan undang-undang, dan melalui UUD ditentukan cara mengisi jabatan pimpinan eksekutif (bila menganut sistem presidensial maka kepala eksekutifnya *presiden* biasanya ditentukan melalui pemilihan umum langsung oleh rakyat dan bila menganut sistem parlementer maka biasanya kepala eksekutifnya (perdana menteri atau nama lain) dipilih oleh parlemen.

Baik pada masa demokrasi langsung di Yunani Kuno maupun pada masa demokrasi sekarang ini, yang bisa disebut sebagai “demokrasi konstitusional” atau “negara hukum yang demokratis” pada mulanya kekuasaan yang dipegang penguasa, penguasa selalu berjanji untuk kemakmuran rakyatnya, tetapi kemudian sering juga penguasa itu berubah menjadi penguasa yang tidak lagi memikirkan rakyatnya, ia hanya kepentingan dirinya dan kelompoknya, sebagaimana diuraikan di atas. Dalam hubungan ini, Lord Acton²⁶⁶ telah mengingatkan dengan mengatakan “kekuasaan cenderung untuk disalahgunakan (menjadi korup) dan kekuasaan mutlak menjadi korup secara mutlak pula (*power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely*). Keinginan dan tindakan untuk menyalahgunakan kekuasaan untuk kepentingan sendiri, keluarga dan kelompoknya itulah yang menjadi penyakit dari kekuasaan itu sendiri. Banyak cara yang digunakan untuk dapat menyalahgunakan kekuasaan itu, diantaranya adalah dengan melanggar kekuasaannya, yang ditempuh dengan berbagai cara.

Agar kekuasaan dan penyakitnya itu dapat dikaji dan disimak, maka tulisan ini akan mengemukakan bagaimana kekuasaan yang baik dan merosot atau berubah menjadi sebaliknya pada masa Yunani Kuno dan seterusnya. Dan dari masa Yunani Kuno dan seterusnya itu dapat dipelajari, dipahami dan direnungkan sehingga akan lebih mudah memahami masalah-masalah kekuasaan dan penyakitnya yang terjadi sekarang.

B. Pembahasan

B.1. Masa Yunani Kuno

Plato dan Aristoteles, dua orang filsuf besar Yunani Kuno, banyak membahas tentang kekuasaan dan penyakitnya itu, dengan mengemukakan bentuk negara (pemerintahan) yang ideal dan pemerosotannya.

²⁶⁶ Lord Acton, *Essay on Freedom and Power*, 1907 dan *Letter to Bishop Mandel* (Greighton, 1887), dan lihat Miriam Budiardjo, *op. cit.* hal. 107

Perlu diketahui bahwa Plato tidak menyukai demokrasi (langsung) *pada zamannya*. *United States Information Agency*²⁶⁷ menuliskan “Bagaimanapun, Athena yang demokratislah yang menjatuhkan hukuman mati kepada filsuf Socrates – dengan demikian menimbulkan kebencian yang tak pernah padam pada diri murid Socrates yang paling disegani dan anti-demokrasi, Plato”.

Plato mengemukakan 5 (lima) macam bentuk pemerintahan yang sesuai dengan sifat tertentu jiwa manusia dimana *aristokrasi* adalah bentuk paling ideal, sedang *tirani* adalah bentuk pemerintahan yang jauh dari cita-cita keadilan (bentuk pemerosotan yang paling rendah). Kelima bentuk pemerintahan menurut Plato itu diuraikan sebagai berikut ini.

1. Aristokrasi

Aristokrasi²⁶⁸ adalah bentuk pemerintahan yang paling ideal dan berada di puncak. Aristokrasi adalah pemerintahan oleh aristokrat sesuai dengan pikiran keadilan. Aristokrat memerintah untuk kepentingan dan kemakmuran rakyatnya. Untuk dapat menjadi aristokrat (penguasa) harus melalui pendidikan, pelatihan dan pengalaman.

Plato sering menggambarkan seorang aristokrat itu sebagai filsuf, raja atau bangsawan, yang adil dan yang baik ataupun raja yang filsuf sejati. Semua itu untuk menggambarkan bahwa aristokrasilah bentuk pemerintahan yang ideal dan filsuf yang terbaik dan prajurit yang berani yang harus menjadi pemimpin.

Oleh Plato²⁶⁹ secara filsafat dijelaskan bagaimana menjadi seorang pemimpin atau penguasa yang adil dan bijaksana serta taat pada hukum dan konstitusi. Menurutnya, kita tidak akan membiarkan para calon penguasa menjadi seperti tonggak yang didalamnya tidak ada pikiran, dan meskipun demikian ditempatkan dalam kekuasaan untuk mengatur persoalan yang paling tinggi. Calon penguasa harus memiliki pendidikan sehingga mereka sanggup mencapai keahlian yang paling besar dalam mengajukan dan menjawab pertanyaan. Kepemimpinan diberikan kepada orang yang paling yakin dan paling berani, dan jika mungkin diberikan kepada orang yang paling adil dan karena tabiat mulia dan murah hati, juga harus memiliki bakat alamiah yang akan memfasilitasi pendidikannya. Ia harus memiliki memori yang bagus, menjadi orang yang tidak mudah loyo, dan mencintai pekerjaannya. Ia harus sehat jasmani dan rohani, serta menjunjung tinggi keadilan. Dengan demikian, ia menjadi penyelamat konstitusi

²⁶⁷ United States Information Agency, *Apakah Demokrasi Itu?* (1991), hal. 7

²⁶⁸ Lihat Moh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih, *Ilmu Negara* (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000), hal. 160

²⁶⁹ Plato, *Republik* (terjemahan dari *Republic*) (New York: Quality Paperback Book Club, 1992), hal. 340, dst.

dan negara. Dalam pendidikan menjadi aristokrat, mereka harus mengikuti latihan fisik yang keras dan dipaksa, karena latihan fisik yang dipaksa tidak menyakiti tubuh. Tetapi dalam mendidik pengetahuan calon penguasa janganlah menggunakan kekerasan dan paksaan, karena pengetahuan yang didapat melalui paksaan tidak akan bertahan lama dalam pikiran. Biarkan pendidikan awal mereka menjadi sejenis kesenangan, dengan demikian akan ditemukan bakat alam mereka. Setelah mereka melewati pendidikan awal maka dipromosikan ke tingkat yang lebih tinggi dan terhormat, dan ilmu yang mereka pelajari sebelumnya akan dibawa serta, dan mereka akan sanggup melihat hubungan alamiah antara yang satu dengan yang lainnya dan akan ada ilmu yang sejati. Itulah satu-satunya jenis pengetahuan yang mempunyai akar yang dalam, yang merupakan kriteria utama dalam dialektis; pikiran yang komprehensif selalu merupakan bakat dialektis. Mereka yang paling tabah dalam belajar dan dalam tugas militer serta tugas lain yang ditentukan akan dinaikkan ke jenjang yang lebih tinggi. Disini mereka mengetahui prinsip tentang keadilan dan kehormatan. Setelah selesai tahap tersebut, mereka harus dikirim lagi ke bawah gua dalam tanah, disini mereka akan mendapatkan pengalaman hidup seperti tantangan dari berbagai macam cobaan dan godaan. Pada tingkat ini waktunya cukup lama, yang oleh Plato disebutkan selama 15 (limabelas) tahun lamanya. Sesudah itu, jika tiba waktunya bagi mereka mengangkat mata jiwa mereka pada cahaya universal yang menerangi segala sesuatu akan melihat kebaikan mutlak. Karena itulah pola yang harus mereka ikuti dalam memerintah negara dan kehidupan setiap individu. Dan ketika giliran mereka tiba, dengan bekerja keras di bidang politik dan memerintah untuk kebaikan semua orang, bukan seolah-olah mereka sedang melakukan aksi kepahlawanan melainkan karena tugas semata-mata. Mereka yang terpilih jadi penguasa menganggap rendah dan hina kehormatan dunia, mengakui segala hal yang benar dan kehormatan yang keluar dari yang benar itu, dan menganggap keadilan sebagai sesuatu yang paling besar dan paling penting dari segala sesuatu.

Uraian di atas menunjukkan tidaklah mudah menjadi seorang penguasa aristokrat, banyak tahap yang harus dilewati, banyak pengalaman yang harus ditimba, dan banyak pendidikan yang harus ditempuh. Tapi karena sifat manusia, seorang aristokrat bisa juga jatuh dalam kesombongan sehingga dia menjadi orang yang gila hormat, dan pemerintahannya pun akan merosot menjadi timokrasi.

2. Timokrasi

Timokrasi²⁷⁰ adalah pemerintahan oleh orang-orang (penguasa) yang ingin atau mendambakan kemasyhuran dan kehormatan. Seorang aristokrat yang memerintah dengan adil dan mensejahterakan rakyatnya, akan mendapatkan pujian dan hormat dari rakyatnya. Penguasa tadi dapat lupa diri untuk apa dia menjadi penguasa. Dia terbuai oleh pujian dan sanjungan. Dia memelihara citranya dalam masyarakat, dan setiap kegiatannya yang dia lakukan untuk rakyatnya hanyalah untuk pencitraan dirinya. Untuk dapat memelihara kehormatan dan pujian itu ia butuh dukungan dari orang-orang dekat dan kelompoknya. Maka, pemerintahannya mulai melenceng dari aristokrasi. Mereka masih memelihara kebaikan untuk mendukung pencitraannya, dengan korupsi, penyuapan dan sebagainya. Oleh Plato pemerintahan timokrasi disebutkan sebagai pemerintahan campuran dari kebaikan dan kejahatan. Plato juga menyebutkan bahwa timokrasi ini muncul dari aristokrasi dan menjadi pemerintahan dengan bentuk berada ditengah antara aristokrasi dan oligarkhi.

Menurut Plato²⁷¹, seorang timokrat (pencinta kehormatan) senang menonjolkan diri, dan sedikit kurang halus, merupakan pendengar yang baik tetapi bukan merupakan pembicara. Namun demikian, ia merupakan sahabat budaya, sopan terhadap orang bebas, dan patuh pada mereka yang berkuasa. Dia adalah pencinta kekuatan dan pencinta kehormatan, ia menjadi penguasa bukan karena dia pandai berbicara atau alasan serupa lainnya, tetapi karena dia adalah tentara dan telah melaksanakan berbagai tugas ketentaraannya, pencinta latihan senam dan pencinta perburuan. Dia semakin tertarik dengan orang kaya, karena dia memiliki sedikit hakikat tamak di dalam dirinya dan tidak tulus ikhlas terhadap kebaikan setelah kehilangan perlindungannya yang terbaik.

Penguasa timokrasi ini hanyut dalam pengumpulan harta kekayaan: mulai mengumpulkan dan menyimpan harta, menemukan model pengeluaran negara untuk kepentingan pribadi dan keluarganya, dan mengabaikan hukum dan menjadi maniak uang. Pemerintahan pun merosot menjadi oligarkhi.

3. Oligarkhi

Oligarkhi adalah pemerintahan oleh para golongan cendekiawan (hartawan) yang memerintah untuk kepentingan kelompoknya dan golongannya. Untuk mempertahankan kekuasaannya dan juga hartanya, penguasa mengangkat anggota-anggota kelompoknya duduk

²⁷⁰ Moh. Kusnardi, *op. cit.*, hal. 160

²⁷¹ Plato, *op. cit.*, hal. 354, dst.

dalam pemerintahannya. Dengan demikian, dia merasa bahwa pemerintahannya dapat berlangsung terus-menerus. Kebiasaan pengangkatan kelompoknya untuk duduk dalam pemerintahan disebut “despotis”. Ada kalanya, ia membutuhkan keluarganya (anak, istri, suami, paman, sepupu dan yang lainnya) duduk dalam pemerintahannya, agar lebih terjamin kerahasiaannya yang disebut “nepotis”. Pemerintahan seperti ini oleh Plato disebut sebagai pemerintahan yang bersandar pada penilaian dan penaksiran harta benda, dimana kaum kaya memiliki kekuatan dan kaum papa sama sekali tidak punya hak untuk merasakan hal yang sama. Orang menjadi pencinta perdagangan dan uang, mereka menghormati dan menyembah orang kaya dan menjadikannya sebagai penguasa, dan menghina kaum papa. Mereka terus membuat undang-undang yang menetapkan sejumlah uang sebagai kualifikasi kewarganegaraan. Jumlah uang tersebut lebih besar di satu tempat dan lebih rendah di tempat lain, karena oligarkhi kurang lebih “eksklusif”, dan mereka tidak mengizinkan siapapun yang harta bendanya jatuh di bawah jumlah yang ditetapkan untuk ambil bagian dalam pemerintahan. Perubahan dalam perundang-undangan ini mereka lakukan dengan kekuatan senjata, apabila intimidasi tidak lagi bisa menyelesaikan persoalan. Dalam negara yang oligarkhi, warga negara umumnya terbagi dua yaitu; 1) orang yang sangat kaya raya dan 2) orang yang sangat melarat, dan pada akhirnya menjadi dua kekuatan utama dalam negara yang saling berseberangan.

Penguasa selalu dapat mempertahankan kekuasaannya dengan alasan untuk pembangunan, kesejahteraan rakyat, untuk memberantas korupsi dan sebagainya. Tetapi penguasa kaya ini dan keluarganya adalah “pemboros”. Oleh Plato disebutkan bahwa mereka ini tampaknya saja sebagai pemimpin, tetapi sebenarnya dia adalah seorang pemboros. Karena itu, pada gilirannya mereka akan sulit mempertahankan kekuasaannya. Sedangkan di pihak lain, kekuatan orang miskin atau rakyat didudung oleh para kaum intelektual dan orang-orang anti penguasa lainnya akan semakin kuat. Pada gilirannya kekuasaan penguasa kaya ini akan jatuh. Plato menyebutkan bahwa keluarga penguasa ini juga akan ikut jatuh. Plato menjelaskan bahwa waktunya tiba ketika (penguasa) negara timokrasi memiliki seorang anak lelaki: pada awalnya sang anak memulainya dengan berusaha menandingi ayahnya dan mengikuti jejak langkahnya, tetapi segera ia melihat sang ayah dengan tiba-tiba tenggelam dalam menghadapi negara, bagaikan batu karang yang tenggelam, dia dan segala sesuatu yang dimilikinya lenyap; dia mungkin telah menjadi seorang jenderal atau pejabat tinggi lainnya yang diseret ke pengadilan dengan tuduhan yang diajukan oleh para intel dan entah dihukum mati atau

dihukum buang, atau segala hak istimewa sebagai warga negara dicabut dan semua harta miliknya disita. Sang anak telah melihat dan mengetahui semua hal ini, dia menjadi lelaki yang hancur, dan ketakutannya telah mengajarkan kepadanya untuk menyingkirkan semua ambisi dan nafsunya. Ia hidup sederhana karena merasa rendah diri dan kemelaratan. Ia berusaha keras mengumpulkan uang dengan menabung dan berhemat disertai kerja keras dan keberuntungan. Kejatuhan pemerintahan ini menjadikan rakyat menjadi penguasa.

4. Demokrasi

Demokrasi pada masa Plato atau Yunani Kuno ini bukanlah seperti demokrasi yang perwakilan seperti sekarang ini tetapi demokrasi langsung. Plato tidak menyukai demokrasi langsung ini, tetapi menyukai aristokrasi. Demokrasi diartikan sebagai pemerintahan oleh rakyat miskin (jelata)²⁷², karena salah menggunakannya keadaan ini berakhir dengan kekacauan atau anarki. Menurut Plato²⁷³, rakyat jelata menjadi orang yang terpinggirkan, banyak orang dari kelas menengah diambil hartanya dan menjadi orang miskin. Orang miskin (jelata) ini sebagian dari mereka memiliki utang uang, sebagian lagi telah kehilangan kewarganegaraannya, kelas ketiga berada dalam kedua kesulitan ini, dan mereka membenci dan berkonspirasi untuk melawan orang yang telah merampas semua harta benda mereka, dan bernafsu untuk melakukan “revolusi”. Pertentangan antara kaum oligarkhi dengan rakyat semakin sengit, lalu negara jatuh sakit, berperang melawan diri sendiri, ada kalanya dapat terjadi kekacauan, sekalipun tidak ada sebab yang berasal dari luar. Pada akhirnya oligarkhi jatuh, dan merosot menjadi demokrasi. Demokrasi ini terbentuk setelah kaum papa mengalahkan kaum oligarkhi, sebagiannya dibunuh dan sebagian lagi dihukum buang. Menurut Plato, hakikat pemerintahan demokrasi adalah apakah karena keberhasilan revolusi, atau ketakutan menyebabkan kaum oligarkhi mundur. Negara demokrasi ini penuh dengan kebebasan dan keterbukaan dan orang bisa mengatakan dan melakukan apa saja yang disukainya. Jenis negara seperti ini akan ada keanekaragaman kodrat dasar manusia, dan dampaknya akan menjadi negara yang paling adil, wujudnya bagaikan jubah yang tersulam dengan hiasan berbagai macam kembang. Karena kemerdekaan yang memerintah disana, mereka memiliki keragaman konstitusi yang lengkap. Demokrasi juga sering memaafkan bahkan tidak memperdulikan orang-orang yang bersalah sebelumnya, termasuk orang yang dihukum mati. Semangat memaafkan dan tidak memperdulikan akan hal-hal sepele atas semua

²⁷² Moh. Kusnardi, *op. cit.*, hal. 160

²⁷³ Plato, *op. cit.*, hal. 373, dst.

prinsip yang baik yang dengan khidmat ditetapkan sebagai prinsip dasar bagi negara. Sehingga demokrasi itu dengan agungnya menginjak-injak semua pengertian yang baik tidak pernah berpikir untuk membuat orang menjadi negarawan. Menurut demokrasi itu memang bentuk pemerintahan yang menarik, penuh dengan keanekaragaman dan kekacauan, dan memberikan kesamaan derajat pada orang yang sama dan berbeda derajatnya. Demokrasi memiliki kebajikannya sendiri, nafsunya yang tidak tertahankan itu menyeret demokrasi menuju kehancuran. Kebebasan yang sangat berlebihan atau kebebasan yang terlalu bebas tanpa batas, kebebasan yang kebablasan entah dalam negara ataupun dalam diri setiap individu, tampaknya hanya merupakan jalan menuju perbudakan yang melampaui batas. Orang mudah untuk marah (demonstrasi dan sebagainya) terhadap penguasa, bahkan mereka tidak lagi memperdulikan hukum, dan kemudian sama sekali tidak lagi memiliki hukum.

Kondisi demokrasi (langsung) seperti yang disebutkan oleh Plato diatas akan melahirkan “anarkhi” dimana semua bebas bertindak, dan akhirnya timbul “kekacauan” dalam negara. Akhirnya negara runtuh, sama seperti oligarkhi yang melahirkan demokrasi. Untuk menertibkan kekacauan dan mengembalikan wibawa negara, maka muncullah seorang “tirani”. Dengan demikian demokrasi melahirkan tirani.

5. Tirani

Tirani adalah pemerintahan oleh seorang penguasa yang bertindak dengan tangan besi untuk menyelenggarakan kekuasaannya²⁷⁴. Dia sering bertindak sewenang-wenang (tanpa hukum) untuk mengendalikan kekacauan, dan bila perlu menindas rakyatnya. Menurut Plato²⁷⁵, bentuk ini adalah yang paling jauh dari cita-cita tentang keadilan. Tirani dan penguasa tirani, menganggap manusia sama dengan negara, dan negara adalah milik sang penguasa. Berbeda dengan demokrasi, tirani tidak memaafkan orang-orang bersalah dan lawan-lawan yang ditumpasnya, dan sering menghukum mati mereka. Tirani menciptakan rakyat baru yang memuja dan menghormatinya. Tirani akan mempertahankan kekuasaannya melalui kekuatan militer, dan menyita atau menguasai harta kekayaan pemerintah sebelumnya, dan kalau tidak cukup menaikkan pajak rakyatnya. Akhirnya rakyat yang dulu mendukungnya akan lebih menderita dari masa demokrasi bahkan oligarkhi. Tirani merupakan kekuasaan yang ekstrim, berlawanan dengan aristokrasi dan merupakan pemerintahan yang paling buruk dan jahat dan aturan penguasa merupakan pengaturan yang paling benar. Tirani adalah pemerintahan dimana

²⁷⁴ Moh. Kusnardi, *op. cit.*, hal. 60

²⁷⁵ Plato, *op. cit.*, hal. 314, dst.

rakyatnya dicekam rasa takut. Tirani sejati merupakan budak yang paling hakiki, dan dipaksa untuk mempelajari puji-puji yang berlebihan dan mental budak, dan menjadi perayu kebusukan umat manusia. Dia memiliki nafsu-nafsu yang betul-betul tidak dapat dipuaskan, dan memiliki lebih banyak keinginan daripada orang lain, dan sungguh-sungguh miskin dan jika diperiksa jiwanya maka sepanjang hidupnya dikelilingi oleh ketakutan dan gangguan. Saya melihat dan seperti yang harus dikerjakan oleh setiap orang, bahwa tirani adalah bentuk pemerintahan yang paling jahat dan buruk, dan aturan sang raja merupakan yang paling benar.

Yang menarik dari filsafat Plato tersebut diatas ialah ucapannya yang mengatakan “para tiran bisa menjadi bijak dengan hidup bersama orang bijak”. Itu artinya seorang tiran dapat menjadi seorang aristokrat, bila kondisi yang ada mendukung ke arah tersebut. Melalui dialektika, bentuk-bentuk pemerintahan tirani dapat berubah menjadi bentuk pemerintahan yang ideal yang menurut Plato adalah aristokrasi.

Dari uraian di atas dapat dikatakan bahwa menurut Plato ada 5 (lima) bentuk pemerintahan yang karena dialektika dan sesuai dengan sifat tertentu dari jiwa manusia merosot dari bentuk paling *ideal* yaitu demokrasi, menjadi yang paling jahat dan buruk yaitu tirani. Sifat manusia tertentu yang membuat bentuk pemerintahan itu merosot, itulah yang disebut “penyakit dari kekuasaan”. Penyakit dari kekuasaan yang membuat bentuk pemerintahan yang ideal yaitu aristokrasi merosot menjadi timokrasi, yaitu sebagai berikut ini.

- a. Pujian dan kehormatan. Penguasa menjadi orang yang mendambakan kehormatan dan pujian dari rakyatnya. Ia menyelenggarakan pemerintahan dengan baik hanya untuk mendapatkan penghormatan atau pujian dari rakyat.
- b. Pencitraan. Penguasa selalu memelihara citranya dalam masyarakat; dan dalam melakukan kebaikan kepada rakyatnya hanya untuk mendukung pencitraannya.
- c. Korupsi dan penyuapan. Agar kekuasaannya tetap terpelihara, penguasa memerlukan banyak uang, pejabat dan tentara yang loyal. Untuk itu ia melakukan korupsi dan penyuapan.

Penyakit kekuasaan yang menyebabkan *timokrasi* merosot menjadi oligarkhi adalah sebagai berikut ini:

- 1) Dispotisme. Penguasa menjadi orang yang haus kekuasaan. Untuk mempertahankannya ia membentuk dan memelihara kelompoknya dalam kekuasaannya, dan mengangkat mereka dalam jabatan-jabatan strategis dan penting.

- 2) Nepotis. Dalam kelompoknya ia kemudian lebih mengutamakan mereka yang ada hubungan darah dengannya seperti: anak, saudara, paman, ipar, dsb., karena dianggap lebih setia.
- 3) Tamak akan harta. Penguasa menjadi orang yang tamak akan harta dan uang, serta mengajak orang-orang kaya turut serta dalam pemerintahannya atau berkolaborasi dengan mereka dalam mengumpulkan kekayaan. Bentuk pemerintahan seperti ini dikenal juga sebagai *plutokrasi* yaitu pemerintahan oleh sekelompok orang kaya guna kepentingan orang-orang kaya. Karena sifat seperti itu akhirnya timokrasi merosot menjadi oligarkhi.

Penyakit kekuasaan yang menyebabkan oligarkhi merosot menjadi demokrasi (langsung) adalah disebabkan hal-hal sebagai berikut ini:

- a) Pemborosan. Penguasa dan keluarganya, kroni-kroninya dan para pejabatnya menjadi pemboros, suka menghamburkan uang negara dengan belanja dan pesta yang menguras kekayaan negara, serta senang mengumpulkan barang-barang mahal berupa perhiasan dan seni.
- b) Kemiskinan dan kesenjangan. Penguasa tidak lagi memperhatikan kesejahteraan rakyatnya. Orang miskin bertambah banyak jumlahnya. Kesenjangan antara rakyat miskin yang jumlah banyak dengan penguasa beserta keluarga dan kroni-kroninya semakin besar.
- c) Perlawanan rakyat. Rakyat miskin yang semakin banyak jumlahnya itu, mulai berani melawan penguasa. Para cendekiawan berpihak kepada rakyat sehingga perlawanan rakyat semakin kuat.

Pada akhirnya oligarkhi runtuh dan rakyat berkuasa, bentuk pemerintahan menjadi demokrasi (langsung). Penyakit dari kekuasaan yang menyebabkan demokrasi (langsung) runtuh adalah hal-hal sebagai berikut ini:

- (1) Keterbatasan pengetahuan pemerintahan. Penguasa belum begitu mengerti cara-cara yang baik dalam menyelenggarakan pemerintahan. Pengalaman memerintah kurang.
- (2) Kebebasan dan anarki. Demokrasi membuat setiap orang (warga negara) merasa bebas untuk bertindak atau melakukan apa saja yang dianggapnya baik, sehingga timbul anarki dan penguasa menjadi lemah. Hukum tidak berjalan sebagaimana mestinya. Menurut Plato:²⁷⁶

“Kebebasan yang sangat berlebihan tanpa batas atau kebebasan yang kebablasan entah dalam negara ataupun dalam diri dalam setiap individu, tampaknya hanya merupakan

²⁷⁶ Plato, *op. cit.* hal. 385

jalan menuju perbudakan yang melampaui batas. Dan dengan demikian, tirani dan perbudakan berasal dari bentuk kebebasan yang paling ekstrim.”

- (3) Lemah terhadap lawan politiknya. Demokrasi (langsung) tidak menumpas lawan-lawannya dari penguasa sebelumnya. Ada beberapa yang dihukum mati dan dibuang, dan sebagian dibiarkan saja. Bahkan yang dihukum buang masih tetap di tempat tinggalnya. Orang-orang ini, yang berpengalaman dalam pemerintahan turut mengacaukan demokrasi.

Pada akhirnya demokrasi merosot menjadi tirani. Penyakit dari tirani adalah sebagai berikut ini:

- (a) Kekuasaan absolut. Tirani memerintah dengan tangan besi terutama untuk mengendalikan dan menumpas anarki.
- (b) Menumpas lawan-lawan politiknya. Tirani tidak memaafkan penguasa dan pengikutnya. Semua mereka ditumpas.
- (c) Menciptakan rasa takut pada rakyat. Penguasa selalu mengawasi rakyatnya, melalui peraturan atau melalui tentara ataupun melalui kekuatan khusus yang sengaja dibentuk.

Pada akhirnya kekuasaan seorang tirani akan berakhir juga, baik karena munculnya tirani yang baru, atau juga disebabkan bergaul dengan para cendekiawan sehingga penguasa tirani berubah jadi aristokrat, dan pemerintahannya naik menjadi bentuk negara yang ideal yaitu aristokrasi.

Berbeda dengan Plato, Aristoteles mengemukakan enam bentuk pemerintahan yang dibaginya menurut bentuk yang ideal dan pemerosotannya, dan jumlah orang yang memerintah. Keenam bentuk pemerintah tersebut tidak berdiri sendiri tetapi mempunyai hubungan satu dengan yang lainnya sehingga merupakan suatu siklus (*cyclus*). Timbulnya bentuk yang ideal dan pemerosotannya sama seperti yang dikatakan Plato, karena sifat tertentu dari manusia, dan pemerosotan terjadi karena penyakit dari kekuasaan itu sendiri. Perbedaan pendapat juga terjadi antara Plato dan Aristoteles mengenai demokrasi. Menurut Aristoteles, sesudah oligarkhi runtuh maka muncul *politeia* (bentuk ideal dari demokrasi), baru kemudian merosot menjadi demokrasi. Kemudian Aristoteles tidak mengenal timokrasi sebagai bentuk pemerosotan tetapi tirani. Keenam siklus bentuk pemerintahan menurut Aristoteles²⁷⁷, adalah sebagai berikut:

- i. Monarki. Monarki adalah pemerintahan oleh satu orang guna kepentingan seluruh rakyat. Monarki adalah bentuk pemerintahan yang ideal.

²⁷⁷ Padmo Wahjono, *Ilmu Negara* (Jakarta: Ind. Hill Co., 1962), hal. 134-135

- ii. Tirani. Tirani adalah pemerintahan oleh satu orang untuk kepentingannya sendiri. Tirani adalah bentuk pemerosotan dari monarki.
- iii. Aristokrasi. Aristokrasi adalah pemerintahan oleh sekelompok orang yaitu para cendekiawan guna kepentingan seluruh rakyat. Aristokrasi adalah bentuk pemerintahan yang ideal.
- iv. Oligarkhi. Oligarkhi adalah pemerintahan oleh sekelompok orang guna kepentingan kelompoknya sendiri. Oligarkhi adalah bentuk pemerosotan dari aristokrasi.
- v. *Politeia*. *Politeia* adalah pemerintahan oleh seluruh rakyat guna kepentingan seluruh rakyat. *Politeia* adalah bentuk pemerintahan yang ideal.
- vi. Demokrasi. Demokrasi adalah pemerintahan dari orang-orang yang tidak tahu sama sekali soal-soal pemerintahan. Demokrasi adalah bentuk pemerosotan dari *politeia*.

Perubahan pemerintahan dari yang ideal ke bentuk pemerosotan disebabkan penyakit dari kekuasaan yang tidak jauh berebda dari penyakit kekuasaan yang diuraikan pada pemikiran (filsafat) Plato pada bagian sebelumnya. Penyakit-penyakit yang dimaksud adalah: mendambakan kehormatan, pencitraan, korupsi, despotis dan nepotis, pemborosan, tamak akan kekuasaan dan harta, kesenjangan sosial, kebebasan dan anarki.

B.2. Pada Masa Abad Pertengahan hingga Tahun 1700

Pada masa abad pertengahan, bentuk pemerintahan yang dianut umumnya adalah “monarki absolut” yaitu raja berkuasa penuh atas negara. Tidak ada yang membatasi kekuasaan raja. Semua kekuasaan berada di tangan raja. Raja yang menetapkan undang-undang (hukum), raja yang melaksanakan undang-undang, dan raja yang mengadili dan menghukum orang yang melanggar undang-undang. Kekuasaan raja tidak terbatas, rajalah yang berdaulat dalam negara. Kedaulatan adalah kekuasaan tertinggi yang ada dalam negara yang tidak dapat dibatasi oleh hukum atau kekuasaan lainnya. Kedaulatan raja seperti itu dikemukakan oleh Jean Bodin²⁷⁸, dengan mengatakan:

“Rajalah yang berdaulat serta kedaulatan itu menjadi sifat dan tanda negara. Tidak ada bentuk negara, yang ada adalah bentuk penguasa atau bentuk pemerintahan, dan yang terbaik ialah monarki, yang secara turun-temurun dan hanya laki-laki sajalah yang boleh memerintah.”

Teori Jean Bodin inilah yang dipakai oleh Louis XIV, Raja Perancis, untuk memerintah secara mutlak dan dari kedaulatan seperti inilah terkenal semboyan yang mengatakan “negara

²⁷⁸ Sjachran Basah, *Ilmu Negara (Pengantar, Metode dan Sejarah Perkembangannya)* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997), hal. 164-165

adalah saya” atau “*L’etat c’est moi*”. Pada masa Louis XIV ini terkenal hukum mati yang dilaksanakan atas perintah raja, dengan menggunakan *guillotine*, suatu alat dari besi yang mata pisaunya berada di atas dan tergantung pada tiang besar, bila dilepas menancap ke bawah dan memotong leher orang yang dihukum mati.

Dengan kekuasaan tanpa batas itu, maka raja dan keluarganya bertindak sewenang-wenang dalam menyelenggarakan pemerintahan, menumpas mereka yang dianggap melakukan perlawanan terhadap kekuasaan raja. Kekerasan merupakan alat yang ampuh yang digunakan aparat raja untuk meminta kepatuhan dari rakyatnya. Raja dan keluarganya senang pesta dan berfoya-foya, berlaku koruptif dan memupuk harta kekayaan. Pada kondisi seperti ini berlaku teori dari Lord Acton²⁷⁹ yang mengatakan “dengan mengingat bahwa pemerintahan selalu diselenggarakan oleh manusia dan bahwa pada manusia itu tanpa kecuali melekat banyak kelemahan”. Kelemahan manusia itu dipertegas Lord Acton melalui dalilnya yang kemudian termasyhur, yang berbunyi sebagaimana telah dikemukakan di bagian sebelumnya: “manusia yang mempunyai kekuasaan cenderung untuk menyalahgunakan kekuasaan itu, tetapi manusia yang mempunyai kekuasaan tak terbatas pasti akan menyalahgunakannya secara tak terbatas”.

Penyakit dari kekuasaan absolut yang berkembang sejak abad pertengahan hingga tahun 1700 itu hampir sama dengan penyakit kekuasaan pada masa Yunani Kuno, cuma sifat dan metodenya berbeda, atau lebih tinggi kualitasnya. Hal tersebut terutama karena semakin meningkatnya ilmu pengetahuan, hubungan politik dan perdagangan internasional. Penyakit dari kekuasaan pada abad pertengahan hingga tahun 1770, dapat disebutkan antara lain:

1. Nafsu berkuasa yang begitu besar. Sehingga tetap mempertahankan despotis dan nepotis.
2. Korupsi dan penyuapan, serta tamak akan harta dan uang meraja-lela.
3. Tidak peduli terhadap kesenjangan yang semakin besar antara raja dan kroni-kroninya dengan rakyat. Pajak selalu dinaikkan yang membuat rakyat jelata dan golongan menengah semakin miskin dan menderita.
4. *Kekerasan*. Penguasa senang menggunakan kekerasan dalam penyelenggaraan kekuasaannya. Penguasa sering melakukan hukum mati terhadap mereka yang dianggap melakukan perlawanan terhadap kekuasaan raja. Pada masa Louis XIV, hukuman mati dilakukan dengan *guillotine* di depan orang banyak.

²⁷⁹ Lihat kembali Lord Acton.

5. Menciptakan rasa takut atas rakyat. Banyak alat-alat kekuasaan dan aparat yang kejam dibentuk untuk menakut-nakuti, atau meminta kepatuhan rakyatnya. Rakyat dicekam rasa takut.

Bentuk pemerintahan pada masa pertengahan adalah tirani dan oligarkhi atau gabungan antara keduanya, dimana kekuasaan raja tetap absolut.

B.3. Zaman Rasionalisme hingga Sekarang Ini

Kecaman-kecaman terhadap kekuasaan absolut raja-raja mulai muncul dari kalangan rakyat pada akhir abad ke XVII dan mendapat dukungan luas dari golongan menengah yang mulai banyak jumlahnya dan berpengaruh sebagai dampak positif dari kemajuan di bidang pendidikan dan ekonomi.

Pada permulaan abad ke XVIII, perlawanan terhadap raja-raja absolut semakin besar dan kuat berkat dukungan dari para cendekiawan melalui konsep-konsep ilmiahnya yang didasarkan pada rasionalisme. Para cendekiawan tersebut antara lain: John Locke (Inggris), Jean Jacques Rosseau (Perancis) dengan teori “perjanjian masyarakatnya” (*social contract*), Charles de Montesquieu (Perancis) dengan konsep “pemisahan kekuasaan” (*trias politica*), dan Immanuel Kant (Jerman), dengan konsep “negara hukum” (*rechts-staat*). Perjanjian masyarakat menurut John Locke²⁸⁰,

“bahwa antara raja dengan rakyat diadakan perjanjian; dan karena perjanjian itu raja berkuasa untuk melindungi hak-hak rakyat. Kalau raja berindak sewenang-wenang, rakyat dapat meminta pertanggungjawaban raja karena yang utama adalah hak-hak asasi rakyat yang harus dilindungi oleh raja. Dalam perjanjian itu diatur “*pactum uniones*” yaitu perjanjian untuk membentuk suatu kesatuan antara individu-individu dan “*pactum subyektiones*” yaitu penyerahan kekuasaan oleh rakyat kepada raja.”

Teori John Locke ini menjadi dasar Inggris menjadi “monarki konstitusional”.

Perjanjian masyarakat menurut J. J. Rosseau²⁸¹, disebutkan:

“bahwa dalam perjanjian masyarakat itu *pactum uniones* menelan (mengeliminasi) *pactum subyektiones*. Kedaulatan ada di tangan rakyat dan rakyat tidak pernah menyerahkan kedaulatan kepada raja, bahkan raja yang memerintah itu hanya sebagai mandatoris daripada rakyat.”

Teori J. J. Rosseau ini terkenal sebagai “demokrasi modern”. Teori dari John Locke dan Montesquieu mengajarkan agar *kekuasaan* negara itu jangan berada atau bertumpu pada

²⁸⁰ Moh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih, *op. cit.* hal. 70-71

²⁸¹ *Ibid.*

tangan raja tetapi dipisahkan dan dijalankan oleh 3 (tiga) lembaga. Menurut John Locke²⁸², kekuasaan negara itu dibagi kepada kekuasaan legislatif (membuat undang-undang), kekuasaan eksekutif (melaksanakan undang-undang dan mengadili) dan kekuasaan federatif (keamanan negara dan hubungan luar negeri). Teori Montesquieu²⁸³ menyempurnakan teori John Locke yaitu dengan membagi kekuasaan negara atas: kekuasaan legislatif (membuat undang-undang), kekuasaan eksekutif (melaksanakan undang-undang) dan kekuasaan yudikatif (mengadili). Teori dari Montesquieu ini disebut sebagai “*trias politica*”.

Teori-teori para pakar tersebut sangat cepat terkenal dan mendorong semangat perlawanan terhadap raja-raja absolut di Eropa. Puncak dari perlawanan rakyat ini adalah Revolusi Perancis yang berhasil menjatuhkan raja Louis XIV dari kekuasaannya pada tahun 1797. Bentuk pemerintahan Perancis berubah dari kerajaan (monarki) absolut menjadi *republik* yang demokratis dan konstitusional. Di benua Amerika, berdiri negara Amerika Serikat, yaitu pada tahun 1776, yang melepaskan diri dari jajahan kerajaan Inggris dengan memilih bentuk negaranya “republik yang demokratis”. Sejalan dengan perkembangan di atas, di Eropa muncul teori negara hukum (*rechtsstaat*) dipelopori oleh Immanuel Kant, juga dari aliran “rasionalisme”. Menurut Immanuel Kant²⁸⁴, “negara yang baik itu adalah *negara hukum*. Untuk dapat disebut sebagai negara hukum, maka negara itu harus 1) melindungi hak-hak asasi manusia; 2) kekuasaan negara itu harus dibagi untuk menjamin hak-hak asasi itu.”

Dalam perkembangannya, kedua unsur-unsur tersebut ditambah dengan dua unsur lagi oleh Julius Stahl, yaitu 3) pemerintahan berdasarkan undang-undang; dan 4) adanya peradilan administrasi.

Amerika Serikat dan Perancis menjadi model bagi beberapa negara yang sudah lama berdiri di Eropa dan di benua Amerika, dan yang baru merdeka setelah berakhirnya Perang Dunia II tahun 1945, yang memilih republik dan demokrasi sebagai bentuk negara dan pemerintahannya, sedang kerajaan Inggris menjadi model bagi negara-negara yang memilih monarki (kerajaan) sebagai bentuk negaranya dan demokrasi yang konstitusional sebagai bentuk pemerintahannya.

Tetapi karena penyakit dari kekuasaan itu sendiri, terutama bagi negara-negara yang baru merdeka (sering disebut dunia ketiga) , dan negara-negara dengan ideologi tunggal (seperti komunis) negara-negara ini masih *jauh* tertinggal dari negara-negara demokrasi

²⁸² Lihat kembali Miriam Budiardjo, *op. cit.* hal. 282

²⁸³ *Ibid.* hal. 283

²⁸⁴ *Ibid.* hal. 113

konstitusional yang disebut sebagai negara-negara maju. Penyakit kekuasaan pada penguasa-penguasa negara maju sudah disepakati untuk dihilangkan atau setidaknya diminimalisir melalui pembatasan kekuasaan melalui peraturan perundang-undangan yang dipatuhi semua pihak; seperti pembagian kekuasaan dan *checks and balance*, dibatasinya masa jabatan dari pejabat-pejabat kunci (presiden, anggota parlemen, duta besar, dll.), profesionalisme (yang mengurangi despotis dan nepotis), terciptanya kekuasaan kehakiman yang bebas dari pengaruh kekuasaan lain yang dihormati semua pihak.

Pada negara-negara dunia ketiga umumnya hal-hal seperti itu, agak sulit dilaksanakan. Penyakit dari kekuasaan seperti diuraikan di atas masih sulit dikurangi apalagi dihilangkan. Hal utama yang membuat penyakit kekuasaan itu sulit dikurangi atau dihilangkan adalah keinginan para penguasanya baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah (lokal) untuk mempertahankan kekuasaan bahkan kalau mungkin meningkatkannya. Bagi mereka kekuasaan itu adalah tujuan bukan alat untuk mewujudkan tujuan negara, seperti kesejahteraan rakyat, memelihara keamanan dan ketertiban dan melindungi hak asasi manusia warga negaranya. Banyak alasan yang dikemukakan oleh penguasa dunia ketiga untuk mempertahankan kekuasaannya, antara lain: untuk mengejar ketertinggalan dari negara-negara maju sehingga perlu memfokuskan pada pembangunan ekonomi; untuk memakmurkan rakyat dan mengatasi kesenjangan; menumpas musuh-musuh negara dalam negeri; intervensi dari luar dan terorisme; dsb. Cukup banyak contoh yang dapat disajikan mengenai penguasa yang ingin mempertahankan kekuasaannya baik yang sudah jatuh dari kekuasaannya maupun yang masih bertahan. Mereka itu antara lain Marcos dari Filipina, Jon Caves dari Venezuela, Hosni Mubarrak dari Mesir, Saddam Hussein dari Irak dan Qaddhafi dari Libia. Penguasa yang masih tetap mempertahankan kekuasaannya antara lain: Bakar Al-Assad dari Suriah, Maduro dari Venezuela, Hum Sen dari Kamboja, dan Mugabe dari Zimbabwe. Pada negara-negara tersebut, umumnya kemiskinan dan kesenjangan cukup tinggi, korupsi meraja-lela, despotis dan nepotis sangat disukai. Semua yang disebutkan itu merupakan penyakit dari kekuasaan.

Pada negara-negara dengan ideologi tunggal terutama yang menganut komunisme, penyakit dari kekuasaan seperti: mempertahankan kekuasaan, korupsi, despotis dan nepotis, pelanggaran hak asasi manusia, kontrol atas pers dan kemiskinan merupakan sesuatu yang lumrah.

Tidak mengherankan bila banyak negara komunis beralih ke sistem politik demokratis dan konstitusional seperti bubarnya Uni Soviet menjadi beberapa negara, negara Yugoslavia

menjadi beberapa negara dan semua negara-negara komunis di Eropa Timur. Cina berubah dalam sistem ekonomi, sehingga sekarang menganut komunisme yang longgar dengan sistem kapitalis, sehingga dapat cepat maju sejajar dengan negara-negara maju. Vietnam, Kamboja, Laos mulai menyusul tetapi jalannya agak lambat, dan butuh waktu untuk mengejar ketertinggalannya.

B.4. Keadaan di Indonesia

Indonesia sebagai negara dunia ketiga mulai membangun perekonomiannya sejak tahun 1969, beberapa tahun setelah Orde Baru berkuasa. Orde Baru yang juga disebut sebagai “Rezim Pembangun” menetapkan Rencana Pembangunan Jangka Panjang 25 Tahun, dan Rencana Pembangunan Lima Tahun (REPELITA), dimana REPELITA I dimulai tahun 1969. Agar pembangunan dapat berjalan mulus, maka diutamakan stabilitas politik dan keamanan. Partai politik diamputasi, pers dikontrol, Komando Operasi Keamanan dan Ketertiban (Kopkamtib) dibentuk. Menyadari keberhasilan pembangun ekonomi pada REPELITA I dan II, penguasa pun mulai tertular dengan *penyakit* kekuasaan yang telah ada sejak zaman Yunani Kuno. Penguasa mulai mempertahankan kekuasaannya, despotis dan nepotis mengemuka, korupsi mulai menjalar, akibatnya kesenjangan ekonomi antara sekelompok orang kaya dengan rakyat banyak semakin melebar. Akhirnya perlawanan terhadap penguasa Orde Baru meningkat, akhirnya pada tahun 1998 Orde Baru berakhir.

Berakhirnya kekuasaan Orde Baru memberikan harapan bagi rakyat Indonesia untuk membentuk pemerintahan yang demokratis, mengecilnya korupsi, hilangnya despotis dan nepotis, tegaknya hukum, dan perlindungan hak asasi manusia dan mengecilnya kesenjangan antara rakyat banyak dengan kelompok kecil dalam masyarakat yang selama ini menguasai perekonomian. Presiden dan Wakil Presiden memang dipilih secara demokratis sejak bergulirnya reformasi, tetapi penyakit dari kekuasaan selalu mencuat, bahkan lebih vulgar dipertontonkan. Setelah 18 tahun reformasi, korupsi semakin meraja-lela. Semua lembaga negara yang utama, pejabatnya ada yang tersangkut korupsi. Dari lembaga eksekutif beberapa Menteri telah divonis pengadilan bersalah karena korupsi. Hampir separuh Kepala Daerah di Indonesia dijadikan terdakwa oleh Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dan diajukan ke pengadilan, dan sebagian besar dari mereka telah dijatuhi hukuman oleh pengadilan. Dari pihak legislatif, beberapa anggota DPR, dan juga anggota DPRD telah diajukan ke pengadilan oleh KPK karena terlibat korupsi dan sebagian besar mereka telah dijatuhi hukuman oleh pengadilan. Yang membuat kita prihatin dan iba adalah beberapa pejabat dari kekuasaan

kehakiman juga terlibat korupsi dan penyuapan. Beberapa hakim karir, hakim tipikor, panitera dan staf dari pengadilan termasuk staf dari Mahkamah Agung, bahkan Ketua Mahkamah Konstitusi terlibat korupsi dan penyuapan. Beberapa pejabat dari penegak hukum, baik dari kejaksaan maupun dari kepolisian juga terlibat dalam korupsi. Sementara itu despotisme dan nepotisme dalam pengangkatan aparaturnya negara masih kuat. Istilah KKN (maksudnya korupsi, kelompok, dan nepotisme) dulu sangat populer di masyarakat. Kesenjangan pun sekarang masih *sangat* terasa. Dibentuknya KPK sejak masa pemerintahan Presiden Megawati hingga pemerintahan Presiden Joko Widodo sekarang belum dapat menghilangkan penyakit dari kekuasaan itu, terutama “korupsi”. Indonesia harus bekerja keras untuk *mengurangi* dan memperkecil penyakit dari kekuasaan itu, dan sekarang inilah kesempatan untuk memulainya.

C. Kesimpulan

Dari uraian tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa dari sejarah perjalanan negara-negara mulai dari Yunani Kuno hingga sekarang ini “penyakit dari kekuasaan” yaitu: penguasa selalu ingin mempertahankan kekuasaannya dan bila mungkin memingkatkannya; penyalahgunaan kewenangan; despotis dan nepotis; korupsi dan penyuapan; dan pelanggaran hak asasi manusia selalu terjadi. Hanya bentuk dan sifatnya yang berubah. Hal tersebut umum terjadi pada negara-negara dunia ketiga (berkembang) dan negara-negara dengan ideologi tunggal. Bagi negara-negara maju, yang menganut demokrasi konstitusional, penyakit dari kekuasaan walaupun masih ada tetapi kecil kasusnya dan tidak banyak berpengaruh terhadap penyelenggaraan pemerintahan.

Sebagai penutup dari tulisan, karena penyakit dari kekuasaan itu selalu berulang sesuai zamannya, maka perlu dipahami ungkapan dari Perancis yang cukup terkenal dewasa ini yaitu “*l histoire ‘s repete*” (sejarah selalu berulang); dan karena penyakit kekuasaan itu selalu muncul karena manusia yang menjadi penguasa maka perlu juga dipahami dan direnungkan ungkapan lama dalam Bahasa Latin “*honoris mutant mores*” (saat manusia mulai berkuasa berubah pula tingkah lakunya).

DAFTAR PUSTAKA

- Apeldoorn, L. J. van. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2001
- Basah, Sjachran. *Ilmu Negara (Pengantar, Metode, dan Sejarah Perkembangan)*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1997

- Budiardjo, Miriam. *Aneka Pemikiran tentang Kuasa dan Wibawa*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1986
- _____. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Edisi Revisi. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2013
- _____. *Masalah Kenegaraan*. Jakarta: PT Gramedia, 1975
- Clark, Robert P. *Menguak Kekuasaan dan Politik di Dunia Ketiga*. Jakarta: Erlangga, 1989
- Dicey, A. V. *Pengantar Studi Hukum Konstitusi*. Bandung: Penerbit Nusamedia, 2008
- Huijbers, Theo. *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*. Yogyakarta: Penerbit Yayasan Kanisius, 1982
- Huntington, Samuel P. *Gelombang Demokratisasi Ketiga*. Jakarta: PT Midas Surya Grafindo, 1997
- Kranenburg, R. *Ilmu Negara Umum*. Jakarta: J.B. Wolters, 1959
- Kusnardi, Moh., and Bintan R. Saragih. *Ilmu Negara*. Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000
- Lord Acton. *Essay on Freedom*. 1907
- Magnis-Suseno, Franz. *Kuasa dan Moral*. Jakarta: PT Gramedia, 1986
- Martosoewignjo, Sri Soemantri. *Pengantar Perbandingan antar Hukum Tata Negara*. Jakarta: CV Rajawali Jakarta, 1984
- Office of Internatioanl Information Programs. *Demokrasi*. Washington DC: U.S. Department of State, n.d
- Plato. *Republik (terjemahan dari Republic)*. New York: Quality Paperback Book Club, 1992
- Rahardjo, Satjipto. *Ilmu Hukum*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2000
- Rousseau, Jean Jacques. *Kontrak Sosial*. Jakarta: Erlangga, 1986
- Rusell, Bertrand. *Kekuasaan Sebuah Analisis Sosial Baru*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1988
- Sabine, G. H. *Teori-Teori Politik (1)*. Jakarta: Yayasan Penerbitan Franklin, 1963
- _____. *Teori-Teori Politik (2)*. Bandung: Binacipta, 1981
- United States Information Agency. *Apakah Demokrasi Itu?* 1991
- Utrecht, E. *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1983
- Wahjono, Padmo. *Ilmu Negara*. Jakarta: Ind. Hill Co., 1996

**PENGISIAN JABATAN KEPALA DAERAH SEBAGAI BAGIAN DARI POLITIK
HUKUM NASIONAL RI DI BIDANG PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN
DAERAH**

Tri Sulistyowati

Dosen Tetap Fakultas Hukum Universitas Trisakti
trisulistyowati98@yahoo.com

Abstract

The mechanism of filling the regional head post through the regional head direct election has become yet another public debate after the revision of the Law on Regional Head Election was promulgated by the House of Representatives (DPR) on June 2, 2016. Since the promulgation of Law No. 32 of 2004, the filling of regional head post was conducted through a direct election by the citizens. After 10 years of such implementation, DPR then passed Law No. 22 of 2014 regulating the regional head to be elected through the Regional House of Representatives (DPRD). This regulation met rejections from a portion of the society, which caused the President of the Republic of Indonesia to issue Regulation in Lieu of Law No. 1 of 2014, which was subsequently promulgated by DPR as Law No. 1 of 2015 (amended by Law No. 8 of 2015) regulating that the regional head will again be directly elected by the citizens. Based on such stipulation, gradually since December 2015, the regional head election has been carried out simultaneously in all areas of Indonesia in a process to be known as general Regional Head Election. After an evaluation was conducted on the execution of general Regional Head Election in 204 Regions, including 197 Regencies/Cities, and 7 Provinces, DPR then decided to amend the Law on Regional Head Election. Various policy amendments adopted by the Government and DPR to regulate the mechanism of filling regional head post is highly dependent on the political configuration taking place during a certain period of time. It is evident that prior to reformation, the filling of regional head post was determined by the Central Government, according to the centralistic government policy at that time. Meanwhile, after reformation in all areas that was followed by the Amendment of the 1945 Constitution, the stipulation concerning the filling of regional head post was also conducted democratically. Although the determination of regulatory policy on the filling of regional head post is significantly influenced by the politics of law of the ruling government, such formulation cannot be separated with the national legal framework in general. As such, the regulation on the mechanism of filling the regional head post constitutes a part of the politics of national law in the implementation of regional governance.

Keywords: *filling of regional head post, politics of law*

Abstrak

Mekanisme pengisian jabatan kepala daerah melalui pemilihan kepala daerah secara langsung kembali menjadi perdebatan publik setelah revisi UU Pilkada disahkan oleh DPR pada tanggal 2 Juni 2016. Sejak berlakunya UU No.32 Tahun 2004, pengisian jabatan kepala daerah dilakukan melalui pemilihan secara langsung oleh rakyat. Setelah 10 tahun berlangsung, DPR kemudian menetapkan UU No.22 Tahun 2014 yang mengatur bahwa kepala daerah dipilih melalui DPRD. Ketentuan ini kemudian menimbulkan penolakan dari sebagian masyarakat, sehingga Presiden RI menetapkan Perppu No.1 Tahun 2014, yang

kemudian disahkan oleh DPR menjadi UU No.1 Tahun 2015 (diubah dengan UU No.8 Tahun 2015) yang mengatur bahwa kepala daerah kembali dipilih secara langsung oleh rakyat. Berdasar ketentuan tersebut, maka sejak bulan Desember 2015 secara bertahap, pemilihan kepala daerah dilaksanakan secara serentak di seluruh wilayah Indonesia, sehingga kemudian dikenal dengan Pilkada serentak. Setelah dilakukan evaluasi terhadap pelaksanaan Pilkada serentak yang dilaksanakan di 204 Daerah, yang meliputi 197 Kabupaten/Kota, dan 7 Provinsi, maka DPR kemudian memutuskan untuk merevisi UU Pilkada. Berbagai perubahan kebijakan yang diambil oleh Pemerintah dan DPR dalam mengatur mengenai mekanisme pengisian jabatan kepala daerah tersebut sangat tergantung dari konfigurasi politik yang sedang berlangsung pada masa tertentu. Buktinya sebelum masa reformasi, pengisian jabatan kepala daerah ditentukan oleh Pemerintah Pusat, sesuai dengan kebijakan pemerintah yang sentralistik pada saat itu. Sementara itu, setelah berlangsungnya reformasi di segala bidang yang disusul dengan terjadinya Perubahan UUD 1945, maka ketentuan mengenai pengisian jabatan kepala daerah juga dilakukan secara demokratis. Meskipun penentuan kebijakan pengaturan tentang pengisian jabatan kepala daerah sangat dipengaruhi oleh politik hukum pemerintah yang berkuasa, namun di dalam penyusunannya tidak dapat dilepaskan dari kerangka hukum nasional pada umumnya. Dengan demikian, pengaturan tentang mekanisme pengisian jabatan kepala daerah merupakan bagian dari politik hukum nasional di bidang penyelenggaraan pemerintahan daerah.

Kata kunci: pengisian jabatan kepala daerah, politik hukum

A. Pendahuluan

Sejak diundangkannya UU No.22 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota yang kemudian dicabut dengan dikeluarkannya Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No.1 Tahun 2014, yang oleh DPR kemudian disahkan menjadi UU No.1 Tahun 2015 (selanjutnya diubah dengan UU No.8 Tahun 2015), diskursus tentang pelaksanaan pemilihan kepala daerah terus bergulir hingga saat ini. Diselenggarakannya Pemilihan Kepala Daerah (Pilkada) serentak pada bulan Desember 2015 telah dievaluasi oleh beberapa pihak yang berkepentingan dan masyarakat pada umumnya. Hasilnya, perlu dilakukan penyempurnaan pengaturan pengisian jabatan kepala daerah. Perubahan terakhir adalah Revisi UU No.8 Tahun 2015 yang telah disahkan DPR pada tanggal 2 Juni 2016. Seperti halnya diundangkannya UU No.1 Tahun 2015, revisi undang-undang kali ini juga banyak menimbulkan polemik, bahkan sebelum revisi undang-undang tersebut diberi nomor dan diundangkan.

Isu tentang kemandirian Penyelenggara Pemilu dan prosedur verifikasi faktual dukungan terhadap calon independen menjadi masalah utama yang diperdebatkan dalam revisi undang-undang tentang Pilkada tersebut. Adanya keharusan rapat konsultasi KPU dengan DPR dalam pembuatan Peraturan KPU dianggap mengurangi kemandirian KPU. Padahal dalam

Pasal 22E ayat (5) UUD Negara RI Tahun 1945 dinyatakan bahwa pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Oleh karena kemandirian penyelenggara Pemilu merupakan amanat konstitusi, maka semestinya masalah kemandirian penyelenggara Pemilu ini harus ditegakkan dengan dukungan pengaturannya dalam undang-undang, bukan hanya dalam undang-undang yang mengatur tentang Penyelenggara Pemilu, tetapi juga undang-undang lain yang terkait.

Yang dimaksud dengan Penyelenggara Pemilu menurut UU No.15 Tahun 2011 adalah Komisi Pemilihan Umum dan Badan Pengawas Pemilu²⁸⁵. Peran Penyelenggara Pemilu sangat menentukan keberhasilan pelaksanaan pemilihan umum maupun pemilihan kepala daerah. Penyelenggaraan pemilihan umum yang berkualitas diperlukan sebagai sarana untuk mewujudkan kedaulatan rakyat dalam pemerintahan negara yang demokratis berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Selanjutnya untuk meningkatkan kualitas penyelenggaraan pemilihan umum yang dapat menjamin pelaksanaan hak politik masyarakat dibutuhkan penyelenggara pemilihan umum yang profesional serta mempunyai integritas, kapabilitas, dan akuntabilitas.

Negara Indonesia adalah negara hukum²⁸⁶, sehingga segala hal yang berkaitan dengan penyelenggaraan negara diatur berdasarkan hukum. Demikian pula dengan pengaturan tentang penyelenggaraan Pilkada ini. Pilkada sebagai salah satu perwujudan kedaulatan rakyat adalah sesuai dengan ketentuan Pasal 1 Ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945 yang menyatakan bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Kedaulatan rakyat diartikan sebagai rakyatlah yang memiliki kekuasaan tertinggi dan penyelenggaraan kekuasaan adalah dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat. Dengan demikian pasal itu merupakan perwujudan demokrasi karena rakyatlah yang memegang kedaulatan artinya kekuasaan pemerintahan dan pembuatan peraturan perundang-undangan merupakan hak rakyat. Salah satu perwujudan kedaulatan rakyat adalah diselenggarakannya Pemilu untuk memilih anggota DPR, DPRD, DPD, Presiden dan Wakil Presiden, serta Gubernur, Bupati/Walikota di Daerah. Mengingat fungsi Pemilu sebagai proses perwujudan kedaulatan tersebut, maka penyelenggaraannya harus sesuai dengan amanat undang-undang dasar.

²⁸⁵ Selengkapnya lihat ketentuan dalam Pasal 1 angka 5 UU No.15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilu

²⁸⁶ Pasal 1 ayat (3) UUD Negara RI Tahun 1945 menentukan bahwa "Negara Indonesia adalah negara hukum"

Secara yuridis konstitusional, landasan hukum pelaksanaan pemilihan²⁸⁷ kepala daerah di Indonesia adalah ketentuan Pasal 18 Ayat (4) UUD Negara RI Tahun 1945 yang menentukan bahwa : Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis. Ketentuan tersebut kemudian pertama-tama dijabarkan lebih lanjut dalam UU No.32 Tahun 2004 yang mengatur bahwa kepala daerah dipilih secara langsung melalui pemilihan kepala daerah (Pilkada), sehingga berdasar undang-undang tersebut, untuk pertama kalinya sejak tahun 2005 diselenggarakan pemilihan kepala daerah secara langsung untuk memilih gubernur, bupati dan walikota. Setelah hampir 10 (sepuluh) tahun berjalan, maka pada tahun 2014, ketentuan tentang pemilihan kepala daerah diatur tersendiri dalam UU No.22 Tahun 2014 yang menentukan bahwa kepala daerah dipilih oleh DPRD. Bermula dari ketentuan inilah kemudian muncul polemik di masyarakat, sehingga Presiden SBY pada saat itu mengeluarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) No.1 Tahun 2014 yang menyatakan mencabut UU No.22 Tahun 2014. Di dalam Perppu tersebut diatur bahwa kepala daerah dipilih secara langsung melalui pemilihan oleh rakyat. Ketentuan tersebut tidak berubah dengan diberlakukannya UU No.8 Tahun 2015 tentang Perubahan UU No.1 Tahun 2015. Sejak berlakunya undang-undang ini, maka mulailah babak baru dalam mekanisme pengisian jabatan kepala daerah di Indonesia, yaitu diselenggarakan secara serentak, atau lebih dikenal dengan sebutan Pilkada serentak.

Apabila dicermati perkembangan pengaturan tentang pengisian jabatan kepala daerah di Indonesia, maka akan dapat dilihat bahwa bagaimana mekanisme pengisian jabatan kepala daerah itu sangat ditentukan oleh politik hukum yang diambil penguasa. Buktinya sebelum masa reformasi, pengisian jabatan kepala daerah ditentukan oleh Pemerintah Pusat, meskipun dalam undang-undang diatur bahwa kepala daerah dipilih oleh DPRD. Hal ini sesuai dengan kebijakan pemerintah yang sentralistik pada saat itu. Sementara itu, setelah berlangsungnya reformasi di segala bidang yang disusul dengan terjadinya Perubahan UUD 1945, maka ketentuan mengenai pengisian jabatan kepala daerah dalam level undang-undang juga mengalami perubahan. Sesuai dengan rezim demokrasi yang dianut, maka mekanisme pengisian jabatan kepala daerah juga dilakukan secara demokratis. Sebagai buktinya, UU No.32 Tahun 2004 sebagai undang-undang yang mengatur tentang pemerintahan daerah setelah reformasi menentukan bahwa kepala daerah dipilih secara langsung melalui pemilihan

²⁸⁷ Pemilihan kepala daerah merupakan salah satu cara pengisian jabatan kepala daerah, karena di beberapa kepala daerah dapat juga ditunjuk oleh pejabat pemerintah yang di atasnya.

oleh rakyat. Oleh karena itu, pengaturan tentang mekanisme pengisian jabatan kepala daerah sangat dipengaruhi oleh politik hukum yang dijalankan oleh pemerintah. Demikian pula revisi terhadap UU No.8 Tahun 2015 tidak dapat dilepaskan dari situasi dan kondisi politik yang sedang berlangsung saat ini, yang merupakan salah satu faktor yang mempengaruhi keputusan pembentuk undang-undang.

B. Pembahasan

B. 1. Tujuan Negara Indonesia dan Politik Hukum Nasional

Setiap negara dibentuk mempunyai tujuan-tujuan tertentu. Apa yang menjadi tujuan bagi suatu negara, ke arah mana suatu organisasi negara ditujukan adalah masalah penting, sebab tujuan inilah yang bakal menjadi pedoman tentang bagaimana negara disusun dan dikendalikan, dan bagaimana kehidupan rakyatnya diatur sesuai dengan tujuan itu.²⁸⁸ Menurut Miriam Budiardjo, tujuan terakhir dibentuknya negara adalah untuk menciptakan kebahagiaan bagi rakyatnya (*bonum publicum, common good, common wealth*).²⁸⁹

Tujuan negara Indonesia tercantum dalam Pembukaan UUD Negara RI Tahun 1945.²⁹⁰ Sesuai dengan tujuan negara tersebut, maka yang menjadi tujuan utama negara Indonesia adalah mensejahterakan seluruh masyarakat Indonesia, yang sekaligus menjadi politik hukum nasional Indonesia, yang secara ideal menjadi pedoman dalam pembentukan hukum di Indonesia. Termasuk dalam hal ini adalah pembentukan hukum pengisian jabatan kepala daerah harus ditujukan pada tujuan untuk mensejahterakan masyarakat tersebut.

Politik hukum adalah "kebijakan" yang diambil (ditempuh) oleh negara (melalui lembaganya atau pejabatnya) untuk menetapkan hukum yang mana yang perlu diganti, atau yang perlu dirubah, atau hukum mana yang perlu dipertahankan, atau hukum mengenai apa yang perlu diatur atau dikeluarkan agar dengan kebijakan itu penyelenggaraan negara dan pemerintahan dapat berlangsung dengan baik dan tertib sehingga tujuan negara (seperti mensejahterakan rakyat) secara bertahap dan terencana dapat terwujud.²⁹¹ Pengertian seperti ini umumnya dianut oleh negara-negara demokrasi konstitusional atau negara hukum yang demokratis.

²⁸⁸ Bintang R Saragih, *Ilmu Negara* (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000), hal 77

²⁸⁹ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik, ed revisi* (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008), hal 54

²⁹⁰ Tujuan Negara RI tercantum dalam Pembukaan UUD Negara RI Tahun 1945 adalah: melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.

²⁹¹ Bintang R Saragih, *Politik Hukum* (Bandung: CV Utomo, 2006), hal. 17

Negara Indonesia sebagai sebuah negara yang menganut paham demokratis²⁹², sehingga perlu juga untuk melakukan perubahan dan penyesuaian peraturan perundang-undangan, terutama yang menyangkut kepentingan masyarakat banyak. Salah satu peraturan perundang-undangan yang perlu dilakukan perubahan dan penyesuaian dengan perkembangan dan aspirasi masyarakat adalah undang-undang yang berkaitan dengan pengisian jabatan kepala daerah. Perubahan hukum pengisian jabatan kepala daerah sangat perlu untuk dilakukan, sehingga tidak akan terjadi silang pendapat mengenai bagaimana kepala daerah itu harus dipilih, termasuk di dalamnya adalah bagaimana prosedurnya, siapa yang dapat mencalonkan diri, dan bagaimana pelaksanaan pengawasannya. Atau seperti dalam diskursus yang berkembang mengenai revisi UU Pilkada pada saat ini, pelaksanaannya harus dipastikan sesuai dengan ketentuan dalam UUD Negara RI Tahun 1945 dan peraturan perundang-undangan pelaksanaannya, termasuk di dalamnya adalah peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh Penyelenggara Pemilu. Hal terpenting yang perlu dikedepankan adalah pencapaian tujuan kesejahteraan, sedang bagaimana cara kepala daerah itu hendak dipilih tidak perlu dipersoalkan, sepanjang tidak menghilangkan prinsip kedaulatan rakyat dan tidak bertentangan dengan konstitusi. Sesuai dengan falsafah Pancasila, maka dalam rangka membangun sistem hukum nasional, maka hukum yang hendak dibentuk tidak dapat dilepaskan dari nilai-nilai Pancasila. Arief B Sidharta dengan mengutip pendapat Sunaryati Hartono dalam salah satu orasinya menyatakan: "...maka untuk membangun Sistem Hukum Nasional, sebenarnya harus dibina suatu budaya Hukum Nasional terlebih dahulu yang akan mempengaruhi kekuatan dan efektivitas berlakunya dan ditetapkannya berbagai kaidah Hukum Nasional".²⁹³ Selanjutnya dinyatakan pula "... apabila benar-benar kita bertekad mempertahankan identitas kita sebagai bangsa Indonesia maka tidak ada jalan lain daripada tetap setia pada nilai-nilai Pancasila yang harus kita jiwai dan terapkan sebagai *volkgeist* Indonesia ...".²⁹⁴ Lebih jauh lagi dikatakan bahwa: " ... Filsafat Pancasila itulah yang paling besar kemungkinannya memungkinkan bangsa Indonesia bertahan dalam pertarungan antar bangsa. Sehingga Pancasila itulah yang sudah tepat menjadi kompas bagi pembangunan bangsa dan negara di abad ke-21 ini".²⁹⁵

²⁹² Pasal 1 Ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945 menyatakan bahwa: "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut UUD.

²⁹³ Sunaryati Hartono dalam Sidharta Arief B, "Revisitasi Pemikiran Prof Soediman Kartohadiprodjo tentang pancasila Berkaitan Dengan Pengembangan Sistem Hukum Nasional", *Orasi Dies Natalis ke-51 Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan* (Bandung: 17 Oktober 2009)

²⁹⁴ *Ibid*

²⁹⁵ *Ibid*

Memperhatikan pendapat tentang kedudukan Pancasila sebagai pandangan hidup dan falsafah bangsa Indonesia, maka dalam membentuk hukum pengisian jabatan kepala daerah ke depan, hendaknya berlandaskan pada nilai-nilai Pancasila. Sesuai dengan nilai-nilai Pancasila, maka dalam tiap ketentuan bidang hukum terdapat unsur keadilan. Hukum bertujuan untuk mewujudkan masyarakat yang tertib berkeadilan. Penilaian tentang keadilan didasarkan pada substansi pandangan hidup yang dianut yang tercermin dalam sistem hukum yang ditumbuhkan di dalam masyarakat yang bersangkutan. Nilai-nilai falsafah Pancasila inilah yang hendaknya mewarnai hukum pengisian jabatan kepala daerah yang akan datang.

Sesuai dengan visi, misi, dan arah pembangunan nasional serta arah, tahapan, dan prioritas pembangunan jangka panjang tahun 2005-2025 yang tertuang dalam UU No.17 Tahun 2007 tentang Rencana Jangka Panjang Nasional 2005-2025, maka pembangunan nasional sampai dengan tahun 2025 mendatang harus diarahkan pada beberapa sasaran yang sudah ditentukan. Diantara 8 (delapan) sasaran, ada beberapa sasaran yang berhubungan dengan rekonsepsi hukum pengisian jabatan kepala daerah, yaitu terwujudnya Indonesia yang demokratis berlandaskan hukum dan berkeadilan, yang ditandai dengan terciptanya supremasi hukum dan penegakan hak asasi manusia yang bersumber pada Pancasila dan UUD Negara RI Tahun 1945, serta tertatanya sistem hukum nasional yang mencerminkan kebenaran, keadilan, akomodatif, dan aspiratif. Sasaran selanjutnya adalah terwujudnya pembangunan yang lebih merata dan berkeadilan, yang ditandai dengan tingkat pembangunan yang makin merata ke seluruh wilayah, dengan cara peningkatan kualitas hidup dan kesejahteraan masyarakat, termasuk berkurangnya kesenjangan antar wilayah dalam kerangka NKRI. Dengan demikian, maka dalam melakukan penyusunan kembali hukum pengisian jabatan kepala daerah, hendaknya mengacu pada tujuan pembangunan jangka panjang tersebut, yang harus diwujudkan dalam politik hukum penyelenggaraan pemerintahan daerah pada umumnya.

B. 2. Politik Hukum Pengisian Jabatan Kepala Daerah

Secara yuridis konstitusional, landasan hukum pelaksanaan pemilihan²⁹⁶ kepala daerah di Indonesia adalah ketentuan Pasal 18 Ayat (4) UUD Negara RI Tahun 1945 yang menentukan bahwa : Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis. Apabila dilihat dari redaksi kata

²⁹⁶ Pemilihan kepala daerah merupakan salah satu cara pengisian jabatan kepala daerah, karena di beberapa kepala daerah dapat juga ditunjuk oleh pejabat pemerintah yang di atasnya.

"demokratis", maka dapat dibaca bahwa ketentuan dalam UUD Negara RI Tahun 1945 tersebut masih memberikan ruang bagi pembentuk undang-undang untuk memberikan penafsiran tentang bagaimana cara demokratis tersebut hendak diwujudkan dalam pemilihan kepala daerah.²⁹⁷ Hal ini disebabkan karena pengertian demokrasi dapat diartikan dengan demokrasi langsung dan demokrasi perwakilan. Berbeda dengan pemilihan Presiden dan Wakil Presiden yang diatur dalam Pasal 6A Ayat (1) UUD Negara RI Tahun 1945 yang secara jelas ditentukan dipilih dalam satu pasangan secara langsung oleh rakyat.

Keinginan dari pengubah UUD Negara RI Tahun 1945 yang menunjukkan bahwa ketentuan tentang pengisian jabatan kepala daerah diserahkan saja kepada pembentuk undang-undang dapat dibaca pada risalah sidang PAH I BP MPR, yaitu pendapat Slamet Effendi Yusuf selaku Ketua Rapat PAH I yang menyatakan: "...Mengenai DPRD dijelaskan dalam pemilihan umum, saya kira semua sependapat tadi. Tadi semua sependapat ya tentang DPRD supaya melalui pemilihan umum ...Kemudian Kepala Daerah dipilih oleh DPRD atau secara langsung itu masih pilihan. Jadi saya kira masih pilihan..."²⁹⁸. Pendapat tersebut kemudian diperjelas dan ditambah oleh Hobbes dari F-PDIP yang mengusulkan agar pemilihan kepala daerah dipilih secara demokratis, yang selanjutnya diatur dengan undang-undang, dengan pernyataannya:

"Jadi, kita tidak dipilih langsung oleh rakyat, tapi dipilih secara demokratis, itu usulan kita. Bukan, ini kan begini ya, dalam hal ini kan saya kira kan ini perdebatan kita yang utama nanti masalah pemilihan presiden, masalah pemilihan gubernur dan selanjutnya, jadi saya kira harus dihormati juga usulan kita yang seperti itu gitu, jadi saya kira nanti di untuk ayat (4) ini bikin alternatif ya, dialternatif dipilih secara demokratis yang selanjutnya diatur dalam undang-undang. Alternatif, jadi bikin alternatif ayat".²⁹⁹

Dari perdebatan dan beberapa usulan yang muncul dalam pembahasan dalam Rapat PAH I dapat diketahui mengenai mekanisme pemilihan kepala daerah ada usulan atau pemikiran untuk mengkaitkan dengan pemilihan Presiden, sehingga apabila Presiden dipilih secara langsung, demikian pula kepala daerah akan dipilih secara langsung. Namun demikian, ada beberapa pendapat yang tidak mempermasalahkan bagaimana pengisian jabatan kepala daerah itu hendak dipilih secara langsung atau dipilih secara tidak langsung melalui DPRD. Jadi yang penting adalah bagaimana mekanisme pemilihan kepala daerah itu memenuhi kriteria demokratis. Bahwa mekanisme pemilihan kepala daerah itu sebaiknya disesuaikan dengan

²⁹⁷ Bandingkan dengan ketentuan dalam Pasal 6A Ayat (1) Presiden dan Wakil Presiden dipilih dalam satu pasangan secara langsung oleh rakyat.

²⁹⁸ Mahkamah Konstitusi, *Naskah Komprehensif Perubahan UUD 1945, edisi revisi* (Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2010), hal. 1990

²⁹⁹ *Ibid*

mekanisme pemilihan Presiden dikemukakan juga oleh Riyas Rashid³⁰⁰, yang menyatakan bahwa sebenarnya tidak ada prinsip khusus yang membedakan pemilihan kepala daerah dengan pemilihan pejabat-pejabat publik lain. Tidak ada perbedaan yang hakiki, prinsipil, antara pemilihan kepala daerah dan pemilihan presiden. Prinsip-prinsip pemilihan kepala daerah itu mestinya persis sama dengan pemilihan presiden, dan mestinya pemilihan kepala daerah dulu, baru ada pemilihan presiden secara langsung.³⁰¹

Dalam kerangka hukum, ketentuan dalam Pasal 18 Ayat (4) UUD Negara RI Tahun 1945 tersebut kemudian dijabarkan dalam UU No.32 Tahun 2004, terutama dalam Pasal 24 Ayat (5) dan Pasal 56 Ayat (1). Dalam pasal-pasal tersebut dengan sangat jelas disebutkan bahwa pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah dilaksanakan secara langsung oleh rakyat. Berdasar ketentuan dalam undang-undang tersebut, maka sejak tahun 2005 pemilihan kepala daerah dilaksanakan secara langsung oleh rakyat. Inilah tonggak awal otonomi dalam arti yang lebih demokratis, dimana rakyat di daerah memiliki kebebasan untuk menentukan siapa yang akan menjadi kepala daerahnya masing-masing. Pemilihan kepala daerah secara langsung ini tetap berlangsung hingga diberlakukannya UU No.1 Tahun 2015 sebagaimana telah diubah dengan UU No.8 Tahun 2015, bahkan hingga revisi UU No.8 Tahun 2015 yang baru saja disahkan oleh DPR.

Keputusan pembentuk undang-undang untuk menterjemahkan frasa "demokratis" dalam ketentuan Pasal 18 Ayat (4) UUD Negara RI Tahun 1945 menjadi pemilihan secara langsung oleh rakyat tidak dapat dilepaskan dari konteks kesejarahan, atau bagaimana latar belakang UU No.32 Tahun 2004 itu dibentuk. Dari Risalah Sidang pembahasan RUU tentang Pemerintahan Daerah, dapat diketahui bahwa keinginan sebagian besar anggota DPR berpendapat bahwa ketentuan Pasal 6A UUD Negara RI Tahun 1945 tentang pengisian jabatan Presiden dan Wakil Presiden "diturunkan" dan diberlakukan bagi pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah.

Dengan melalui pemilihan kepala daerah secara langsung, sebenarnya di situlah esensi kedaulatan rakyat, dimana rakyat benar-benar menentukan sendiri siapa yang akan menjadi pemimpinnya di daerah sesuai dengan pilihannya. Karena makna kedaulatan rakyat adalah bahwa rakyat adalah pemegang kekuasaan yang tertinggi di dalam negara. Sebenarnya selaku pemegang kedaulatan, rakyat dapat memberikan mandat kepada wakil-wakilnya di lembaga

³⁰⁰ Salah satu saksi ahli dalam sidang Putusan MK No.072-073/PUU-II/2004

³⁰¹ Disampaikan dalam keterangannya sebagai saksi ahli dalam sidang Putusan MK No.072-073/PUU-II/2004

perwakilan, yang kemudian berdasar mandat tersebut wakil-wakil rakyat di DPRD dapat memilih kepala daerah atau disebut dengan demokrasi perwakilan. Secara teoritis, demokrasi perwakilan ini adalah cara yang demokratis juga. Namun demikian, pemilihan langsung oleh rakyat akan memiliki nilai demokratis yang lebih tinggi, karena dengan memilih secara langsung, tidak akan terjadi bias ataupun deviasi dari suara rakyat.

Pelaksanaan demokrasi yang benar-benar mengutamakan keinginan rakyat ini di Indonesia pada kenyataannya tidak berbanding lurus dengan pencapaian tujuan untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat. Beberapa indikator seperti tingkat kemiskinan masyarakat, tingkat korupsi, dan kualitas pelayanan publik tidak serta mengalami perbaikan dengan diselenggarakannya pemilihan kepala daerah secara langsung. Berdasarkan pada kondisi-kondisi tersebut, maka perlu dipikirkan kembali mengenai langkah-langkah untuk menyusun kembali sistem hukum pengisian jabatan kepala daerah, sehingga sesuai dengan politik hukum nasional secara keseluruhan. Tujuan politik hukum nasional di bidang pemerintahan daerah adalah mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat dengan memperhatikan prinsip demokrasi, pemerataan, keadilan, keistimewaan, dan kekhususan suatu daerah dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Oleh karena itu, apabila dihadapkan pada pilihan apakah hendak mempertahankan sistem pengisian jabatan kepala daerah melalui pemilihan langsung ataukah dipilih melalui DPRD, maka yang harus diutamakan adalah sistem manakah yang dapat menjamin terwujudnya kesejahteraan masyarakat. Dengan demikian pilihan mana yang akan diambil oleh pembentuk undang-undang untuk menentukan aturan tentang pengisian jabatan kepala daerah harus didasarkan pada tujuan politik nasional. Menurut penulis, pilihan apapun yang akan diambil oleh pembentuk undang-undang harus memperhatikan kepentingan rakyat dan tujuan pembangunan nasional untuk mensejahterakan masyarakat.

Keputusan untuk mengejawantahkan cara "demokratis" dengan cara pemilihan secara langsung oleh rakyat merupakan politik hukum yang diambil oleh pemerintah pada saat itu. Hal ini disebabkan karena Pasal 18 ayat (4) UUD Negara RI Tahun 1945 tidak menentukan dengan cara bagaimana frasa "demokratis" tersebut harus dilaksanakan. Artinya, ketentuan dalam UUD memberikan "*open policy*" kepada pemerintah dan pembentuk undang-undang untuk mengatur cara memilih kepala daerah itu secara langsung atau melalui perwakilan di DPRD. Di sinilah politik hukum pemerintah memainkan peranan yang penting.

Pada pemerintahan yang demokratis, maka politik hukum yang berlaku adalah menciptakan hukum yang mendekatkan hukum positif itu dengan realitas masyarakat.

Sementara itu, apabila didominasi oleh "*ruling class*" atau elit politik, maka politik hukum menciptakan hukum positif yang menjauhkan hukum positif itu dengan realitas sosial.³⁰² Suatu negara akan disebut sebagai negara demokrasi jika dijalankan dengan mendasarkan pada filosofi demokrasi, yaitu pemerintahan itu berasal dari rakyat, oleh rakyat, dan untuk rakyat.

Negara Indonesia sebagai negara yang sedang berkembang, maka menurut Bintan R Saragih, politik hukumnya tergantung pada faktor-faktor yang terdapat dalam negara Indonesia, seperti bagaimana kekuasaan penguasa itu diperoleh, terutama pimpinan eksekutif, masa jabatan para pemimpin eksekutifnya, dan cara mengangkat pembantu-pembantu utamanya yang kesemuanya disebut faktor internal.³⁰³ Hal ini juga terlihat dalam pembentukan undang-undang yang mengatur tentang mekanisme pengisian jabatan kepala daerah. Beberapa kali pembentukan undang-undang baru yang mengatur tentang pemilihan kepala daerah menjadi bukti pengaruh faktor-faktor internal tersebut. Adanya dua pihak yang berkoalisi di DPR (yang pada waktu itu disebut Koalisi Indonesia Hebat dan Koalisi Merah Putih) telah mempengaruhi disahkannya UU No.22 Tahun 2014, yang dicabut Presiden SBY dengan Perppu No.1 Tahun 2014 (disahkan menjadi UU No.1 Tahun 2015 dan perubahannya yaitu UU No.8 Tahun 2015). Demikian pula adanya revisi UU Pilkada yang disahkan pada 2 Juni 2016 yang lalu juga menampakkan adanya pengaruh kekuatan politik yang sedang berkuasa.

Politik hukumnya dapat juga tergantung pada hubungannya dengan negara-negara maju yang bertindak sebagai negara donor dan penanam modal di negara Indonesia, yang disebut faktor eksternal.³⁰⁴ Masuknya faktor-faktor eksternal dalam pengambilan keputusan atas materi suatu peraturan perundang-undangan ini misalnya adalah beberapa undang-undang di bidang ekonomi.

Untuk mengatasi masalah-masalah yang berkembang terkait dengan pengisian jabatan kepala daerah, negara melalui pemerintah akan menentukan kebijakan mekanisme pengisian jabatan kepala daerah tidak hanya bersumber pada konstitusi, tetapi lebih kepada politik hukum dari pembuat undang-undang, dalam hal ini adalah DPR dengan Presiden. Oleh karena itu, dalam rapat PAH I BPMPR yang membahas perubahan Pasal 18 UUD 1945, muncul beberapa pendapat dari beberapa fraksi untuk menyerahkan cara pengisian jabatan kepala daerah ini kepada pembentuk undang-undang, dengan batasan cara-cara yang demokratis. Pilihan kebijakan yang akan diambil oleh pembentuk undang-undang (DPR bersama Presiden) dalam

³⁰² Bintan R Saragih, *op cit*, hal. 24

³⁰³ *Ibid*, hal 46

³⁰⁴ *Ibid*

menyusun peraturan tentang pengisian jabatan kepala daerah harus memperhatikan pula ketentuan dalam Pasal 18 A dan Pasal 18B UUD Negara RI Tahun 1945. Hal ini juga menjadi pendapat Mahkamah Konstitusi dalam Putusan No.072-073/PUU-II/2004 dengan menyatakan: "Bahwa untuk memberi pengertian dipilih secara langsung sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 18 Ayat (4) UUD 1945, Mahkamah juga mengaitkan Pasal 18 Ayat (4) dengan Pasal 18 B Ayat (1) UUD 1945, yang sebagaimana halnya dengan Pasal 18 Ayat (4) adalah hasil perubahan kedua UUD 1945 Tahun 2000. Pasal 18B Ayat (1) berbunyi: "Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintah daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang". Dengan dirumuskan "dipilih secara demokratis" maka ketentuan Pilkada juga mempertimbangkan pelaksanaan pemilihan kepala daerah di daerah-daerah yang bersifat khusus dan istimewa sebagaimana dimaksud Pasal 18B Ayat (1) UUD tersebut di atas". Pertimbangan Mahkamah Konstitusi tersebut bisa dimaknai bahwa cara demokratis itu dapat dilaksanakan secara kontekstual, disesuaikan dengan kondisi masing-masing masyarakat. Sebagai contoh adalah pengisian jabatan kepala daerah di wilayah Provinsi DKI Jakarta, yaitu 5 (lima) walikota dan 1 (satu) bupati dengan cara pengangkatan oleh gubernur dan Gubernur Daerah Istimewa Yogyakarta yang dijabat oleh Raja Ngayogyakarta.

Dari pendapat Mahkamah Konstitusi tersebut juga sangat jelas, bahwa dalam penyusunan peraturan tentang pengisian jabatan kepala daerah harus memperhatikan ketentuan-ketentuan lain di dalam konstitusi, terutama yang berhubungan dengan masalah pemerintahan daerah. Pengaturan tentang pengisian jabatan kepala daerah, walau bagaimanapun juga tidak dapat dipisahkan dari penyelenggaraan pemerintahan daerah pada umumnya, sehingga pengaturannya harus sinkron dengan ketentuan-ketentuan yang terkait dengan pemerintahan daerah pada umumnya, termasuk mengenai kekhususan dan keistimewaan daerah-daerah tertentu, yang semuanya diatur dalam UUD Negara RI Tahun 1945.

Penyusunan hukum pengisian jabatan kepala daerah juga harus memperhatikan ketentuan dalam undang-undang yang lain sehingga ada kesinambungan dan sinergi sebagai satu kesatuan sistem hukum nasional. Undang-Undang yang perlu disinkronisasi diantaranya adalah undang-undang yang mengatur tentang pemerintahan daerah, karena pengisian jabatan kepala daerah adalah bagian dari sistem pemerintahan daerah itu sendiri. Selain itu harus juga memperhatikan undang-undang hak asasi manusia yang berkaitan dengan hak warga negara untuk ikut serta dalam pemerintahan dan menyalurkan hak-hak politiknya, termasuk

mencalonkan diri sebagai calon kepala daerah. Demikian pula dengan undang-undang tentang partai politik dan undang-undang tentang pembentukan peraturan perundang-undangan sangat berkaitan erat dengan penyusunan hukum pengisian jabatan kepala daerah.

Dengan mendasarkan pada ketentuan dalam UUD Negara RI Tahun 1945 dan dengan mempertimbangkan ketentuan-ketentuan dalam undang-undang yang lain, maka konsep hukum pengisian jabatan kepala daerah yang akan dibuat akan sesuai dengan politik hukum nasional oleh bangsa Indonesia pada saat sekarang ini. Peraturan hukum atau undang-undang yang baik adalah undang-undang yang dapat selaras dan bersinergi dengan undang-undang dan peraturan perundang-undangan yang lain, sehingga membentuk sistem hukum nasional yang berdasar konstitusi dan mampu menciptakan kesejahteraan masyarakat.

B. 3. Konsep Hukum Pengisian Jabatan Kepala Daerah Yang Berdasar Pancasila dan Demokratis Konstitusional

Bagi bangsa Indonesia, Pancasila merupakan suatu asas kerokhaniaan yang dalam ilmu kenegaraan disebut sebagai dasar filsafat negara (*Philosophische Grondslag*). Dalam konsep negara hukum yang dianut Negara Indonesia, setiap peraturan perundang-undangan yang dibentuk harus berdasarkan Pancasila, karena Pancasila merupakan sumber nilai dan sumber norma dalam setiap aspek penyelenggaraan negara, termasuk sebagai sumber tertib hukum di Negara Republik Indonesia. Sebagai sumber nilai, maka seluruh peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh lembaga pembentuk undang-undang dan lembaga lain yang berwenang membuat peraturan serta penjabarannya akan senantiasa berdasarkan nilai-nilai yang terkandung dalam sila-sila Pancasila.

Pembukaan UUD 1945 alinea IV dengan jelas menyatakan bahwa negara Indonesia disusun sebagai negara yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada: "... Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia". Adanya kata "...berdasar kepada..." yang menunjuk pada substansi sila-sila Pancasila, meskipun kata "Pancasila" tidak secara eksplisit disebut, berdasar penafsiran historis dapat dimaknai bahwa Pancasila adalah dasar negara.

Pancasila sebagai sumber tertib hukum Indonesia pada hakikatnya adalah suatu pandangan hidup, kesadaran dan cita-cita hukum serta cita-cita moral yang meliputi suasana

kebatinan serta watak dari bangsa Indonesia. Pancasila merupakan asas yang mutlak bagi adanya tertib hukum Indonesia, yang pada akhirnya harus direalisasikan dalam setiap aspek penyelenggaraan negara. Dalam pengertian inilah maka Pancasila berkedudukan sebagai sumber dari segala sumber hukum Indonesia.

Dalam kedudukannya sebagai falsafah dan dasar negara, Pancasila diaktualisasikan secara obyektif dan subyektif. Dalam kaitannya dengan pengisian jabatan kepala daerah, aktualisasi Pancasila secara obyektif harus direalisasikan dalam penyusunan undang-undang yang mengatur tentang pengisian jabatan kepala daerah. Nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila sangat menjunjung tinggi nilai-nilai kedaulatan rakyat, keadilan, dan moralitas. Oleh karena itu, dalam penyusunan undang-undang yang mengatur tentang pengisian jabatan kepala daerah harus mencerminkan nilai-nilai tersebut.

Pasal 1 Ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945 menyatakan: "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar". Rakyat adalah pemegang kekuasaan tertinggi, termasuk kekuasaan di bidang politik. Artinya semua cabang kekuasaan negara dan semua pelaku kekuasaan negara merupakan pelaku dan penyandang kedaulatan rakyat itu dengan sebaik-baiknya. Semua kebijakan negara dan pemerintahan dituangkan dalam bentuk hukum tertentu, sehingga mempunyai kekuatan mengikat harus mengacu kepada ketentuan UUD 1945 sebagai kesepakatan dan hukum tertinggi.³⁰⁵

Dengan adanya ketentuan seperti itu, yaitu bahwa semua peraturan harus mengacu pada ketentuan UUD Negara RI Tahun 1945, maka hukum akan bisa ditegakkan. Apabila hukum bisa ditegakkan, maka suasana demokrasi akan bisa berkembang dengan teratur, karena kebebasan yang diciptakan oleh sistem demokrasi akan berjalan dalam alur dan rambu-rambu hukum. Dalam keseimbangan hubungan antara demokrasi dan *rule of law* itu pulalah, konsep demokrasi dan konsep negara hukum yang diidealkan oleh peradaban modern akan dapat menghasilkan keadilan dan kesejahteraan yang merata yang pada gilirannya akan mendorong tumbuh dan berkembangnya keadaban atau peradaban dalam kehidupan bersama.³⁰⁶

Negara Indonesia adalah negara yang menganut paham supremasi konstitusi, dimana undang-undang dasar merupakan sumber hukum tertulis yang tertinggi. Dalam tata hukum negara Indonesia, UUD Negara RI Tahun 1945 harus menjadi pedoman bukan saja bagi rakyat atau warga negara, tetapi juga menjadi pedoman bagi penyelenggara negara, termasuk

³⁰⁵ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi* (Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2010), hal. 372

³⁰⁶ *Ibid*

pembuat undang-undang atau lembaga. Mengingat dalam negara hukum yang demokratis konstitusi diidealkan sebagai perwujudan dari kedaulatan rakyat, maka sesuai dengan pendapat K.C. Wheare, dengan supremasi konstitusi sebagai bentuk kehendak rakyat yang berdaulatlah maka akan ada perhatian dan jaminan bahwa konstitusi harus dijaga dan diwujudkan.³⁰⁷

Dalam negara yang demokratis maka rakyat sebagai pemegang kedaulatan (kedaulatan rakyat) berhak untuk menentukan arah kebijakan dan peraturan yang mengikat secara umum. Rakyat melalui wakil-wakilnya yang duduk di lembaga legislatif akan menjalankan kewenangan legislatifnya melalui pembentukan undang-undang. Dalam kaitannya dengan pembentukan undang-undang yang mengatur tentang pengisian jabatan kepala daerah, maka kehendak rakyat juga ikut menentukan. Peluang adanya partisipasi masyarakat ini diwadahi dalam UU No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang pada Pasal 96 memuat ketentuan tentang partisipasi masyarakat. Dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, masyarakat berhak memberikan masukan secara lisan dan/atau tertulis, yang dapat dilakukan melalui rapat dengar pendapat umum, penyampaian pendapat dalam kunjungan kerja anggota DPR, sosialisasi, dan/atau seminar, diskusi, dan lain-lain. Selanjutnya untuk lebih memudahkan partisipasi masyarakat, setiap rancangan peraturan perundang-undangan harus dapat diakses dengan mudah oleh masyarakat, misalnya diupload di internet dan media massa cetak. Dalam hal undang-undang sudah diberlakukan, masyarakat juga dapat mengajukan uji materi undang-undang ke Mahkamah Konstitusi RI apabila hak-hak konstitusionalnya dirugikan oleh suatu ketentuan dalam undang-undang.

Konstitusi pada dasarnya adalah resultante dari keadaan politik, ekonomi, sosial, dan budaya ketika konstitusi tersebut dibuat. Oleh sebab itu konstitusi menggambarkan kebutuhan dan jawaban atas persoalan yang dihadapi ketika itu.³⁰⁸ Pembentukan hukum dalam arti pembentukan undang-undang merupakan aktifitas penting dalam negara hukum. Undang-undang menjadi dasar legalitas bagi seluruh elemen negara, khususnya bagi penyelenggara negara, dalam menyelenggarakan pemerintahan daerah pada umumnya dan undang-undang yang mengatur mengenai pemilihan kepala daerah pada khususnya, menjadi sangat penting agar otonomi daerah yang bertujuan untuk mensejahterakan masyarakat dapat terwujud.

³⁰⁷ KC Wheare, *Modern Constitution*, terjemahan Muhammad Hardani, cet II (Surabaya: Pustaka Eureka, 2005), hal. 14

³⁰⁸ Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi* (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hal. 10

Di negara demokrasi, undang-undang dibuat oleh rakyat melalui wakil-wakilnya di lembaga legislatif atas dasar aspirasi dan kehendak rakyat. Melalui lembaga legislatif inilah kepentingan rakyat diagregasi untuk kemudian dituangkan dalam undang-undang, yang apabila sudah diundangkan harus dipatuhi oleh setiap warga negara dan bersifat mengikat. Oleh karena itu, idealnya undang-undang merupakan formalisasi atau kristalisasi norma dan kaidah yang dikehendaki atau sesuai dengan aspirasi masyarakat.

Semua kalangan pastinya sepakat bahwa hukum itu harus dinamis, tidak statis dan harus dapat mengayomi masyarakat. Hukum harus dapat dijadikan penjaga ketertiban, ketenteraman, dan pedoman tingkah laku dalam kehidupan masyarakat. Hukum harus dapat dijadikan pembaru dalam kehidupan berbangsa dan bernegara yang harus dibentuk dengan berorientasi kepada masa depan (*forward looking*), tidak boleh berorientasi kepada masa lampau (*back word looking*). Oleh karena itu, hukum harus dapat dijadikan pendorong dan pelopor untuk mengubah kehidupan masyarakat kepada yang lebih baik dan bermanfaat untuk semua pihak.

Sejak awal kemerdekaan pada tahun 1945 hingga tahun 2004, pengisian jabatan kepala daerah dilakukan melalui beberapa cara, yaitu penunjukan oleh Presiden atau pejabat yang ditunjuk, pengangkatan oleh Presiden atau Mendagri terhadap calon yang diajukan DPRD, dan dipilih oleh DPRD. Semua cara pengisian jabatan kepala daerah tersebut dipengaruhi oleh politik hukum yang dijalankan oleh pemerintah yang berkuasa, yang lebih mengarah pada tujuan ketertiban yang bersifat sentralistik. Akibatnya peran pemerintah pusat sangat dominan dalam menentukan kepala daerah yang memegang jabatan di suatu daerah. Setelah diundangkannya UU No.32 Tahun 2004, pengisian jabatan kepala daerah dilakukan melalui pemilihan secara langsung oleh rakyat. Momentum ini merupakan tonggak awal berkembangnya proses demokrasi di tingkat daerah. Meskipun dianggap oleh beberapa kalangan telah menimbulkan beberapa dampak negatif dari diselenggarakannya pemilihan kepala daerah secara langsung ini, namun momentum perubahan tersebut hendaknya tetap dilanjutkan untuk waktu-waktu yang akan datang. Perubahan ke depan harus dilakukan semata-mata untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat, sesuai dengan tujuan nasional yang tercantum dalam Pembukaan UUD Negara RI Tahun 1945 serta tujuan diselenggarakannya pemerintahan daerah dengan otonomi daerah.

Adanya kenyataan dan bukti bahwa diselenggarakannya pemilihan kepala daerah secara langsung untuk melakukan pengisian jabatan kepala daerah tidak serta merta mampu

meningkatkan kesejahteraan masyarakat di daerah tidak harus ditanggapi dengan merubah sistim pemilihan kepala daerahnya. Banyaknya permasalahan yang timbul dalam rangka penyelenggaraan pemilihan kepala daerah harus ditanggapi dengan cara membentuk peraturan perundang-undangan yang dapat dijadikan pedoman secara komprehensif dalam rangka pengisian jabatan kepala daerah. Undang-Undang yang mengatur tentang penyelenggaraan pemilihan kepala daerah harus sinkron dan paralel dengan beberapa undang-undang yang memiliki keterkaitan, baik langsung maupun tidak langsung, seperti undang-undang tentang partai politik, undang-undang tentang pemerintahan daerah, undang-undang tentang pemilu, undang-undang tentang susunan dan kedudukan anggota MPR, DPR, DPD, dan DPRD, undang-undang tentang penyelenggara pemilu, undang-undang tentang hak asasi manusia, dan undang-undang tentang pembentukan peraturan perundang-undangan. Sinkronisasi ini sangat diperlukan mengingat konsepsi hukum pengisian jabatan kepala daerah yang hendak dibangun adalah konsep hukum yang komprehensif dan dapat dipergunakan untuk jangka panjang, bukan untuk kepentingan sesaat menjelang pemilihan. Dengan demikian, hukum yang dibuat dapat benar-benar berfungsi dan berperan sebagai pedoman dalam penyelenggaraan pemilihan kepala daerah, tanpa menimbulkan tafsir yang berbeda di kalangan masyarakat.

Dalam hubungannya dengan masyarakat, hukum baik tertulis maupun tidak tertulis mempunyai beberapa fungsi, antara lain:³⁰⁹

- a. sebagai *standard of conduct*, yaitu sandaran atau ukuran tingkah laku yang harus ditaati oleh setiap orang dalam bertindak dalam melakukan hubungan satu dengan yang lain;
- b. sebagai sarana atau alat untuk mengubah masyarakat ke arah yang lebih baik (*as a tool of social engineering*)³¹⁰ baik secara pribadi maupun dalam hidup masyarakat.
- c. sebagai alat untuk mengontrol tingkah laku dan perbuatan manusia agar mereka tidak melakukan perbuatan yang melawaan norma hukum, agama, dan susila (*as a toll of social control*)
- d. tidak hanya untuk menciptakan ketertiban, tetapi juga menciptakan perubahan masyarakat dengan cara memperlancar proses interaksi sosial dan diharapkan menjadi pendorong untuk menimbulkan perubahan dalam kehidupan masyarakat (*as a facility of human interaction*)

³⁰⁹ Abdul Manan, *Aspek-aspek Pengubah Hukum, cet IV* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2013), hal. 3

³¹⁰ Baca pendapat Roscoe Pound dan Satjipto Rahardjo mengenai hukum sebagai rekayasa sosial

Selanjutnya, agar fungsi hukum sebagaimana tersebut di atas dapat berjalan sebagaimana yang diharapkan, maka hukum itu tidak boleh statis, tetapi harus selalu dinamis, harus selalu diadakan perubahan sejalan dengan perkembangan zaman dan dinamikan kehidupan masyarakat. Mengutip pendapat Ahmad Musthafa al Maraghi,³¹¹ Abdul Manan mengemukakan bahwa sesungguhnya hukum-hukum itu dibuat dan diundangkan untuk kepentingan manusia, sedangkan kepentingan manusia itu tidak sama, berbeda satu dengan yang lain yang disebabkan karena ada perbedaan kondisi dan situasi, waktu dan tempat. Oleh karena itu, apabila suatu hukum yang dibuat pada waktu dimana hukum itu dirasakan suatu kebutuhan, kemudian kebutuhan itu tidak ada lagi, maka suatu hal yang sangat bijaksana hukum itu diubah dan disesuaikan dengan kondisi jaman.

Pendapat tersebut menurut penulis sangat cocok untuk dipergunakan untuk mengkaji masalah pengisian jabatan kepala daerah. Pada saat ini, terutama setelah terjadinya reformasi di segala bidang pada tahun 1998, masyarakat Indonesia menghendaki keterbukaan di segala bidang, termasuk di bidang politik. Oleh karena itu, hukum yang akan dibuat harus mencerminkan semangat keterbukaan. Artinya dalam menyusun kerangka hukum pengisian jabatan kepala daerah harus memberikan ruang kepada masyarakat untuk dapat mengakses syarat-syarat pencalonan, kualifikasi calon, tata cara/prosedur pecalonan sampai dengan prosedur pemilihan atau cara lain yang dipergunakan untuk melakukan pengisian jabatan kepala daerah. Mekanisme tersebut sesuai dengan tujuan otonomi daerah yaitu untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat, yang salah satu caranya adalah dengan meningkatkan pemberdayaan dan peran serta masyarakat.

Apabila hukum hendak diganti dengan hukum yang baru, maka menurut Abdul Manan diperlukan beberapa syarat agar hukum baru tersebut dapat berlaku secara efektif dalam kehidupan masyarakat. Syarat-syarat tersebut adalah³¹²:

- 1) hukum yang dibuat itu haruslah bersifat tetap, tidak bersifat ad hoc;
- 2) hukum yang baru itu harus diketahui oleh masyarakat sebab masyarakat berkepentingan untuk diatur dengan hukum yang baru tersebut. Sebaiknya sebelum hukum itu diberlakukan kepada masyarakat, terlebih dahulu disosialisasikan kepada masyarakat, agar masyarakat siap menerimanya;
- 3) hukum yang baru itu tidak saling bertentangan satu sama lain, terutama dengan hukum positif yang sedang berlaku;
- 4) tidak boleh berlaku surut (retro aktif);
- 5) hukum yang dibuat itu harus mengandung nilai-nilai filosofis, yuridis, dan sosiologis;

³¹¹ Abdul Manan, *op cit*, hal. 3-4

³¹² *Ibid*, hal. 4

- 6) hendaknya dihindari untuk sering mengubah suatu hukum karena masyarakat dapat kehilangan ukuran dan pedoman dalam berinteraksi dalam masyarakat;
- 7) penerapan hukum baru hendaknya memperhatikan budaya hukum masyarakat;
- 8) hukum yang baru itu hendaknya dibuat secara tertulis oleh instansi yang berwenang membuatnya.

Aturan hukum yang baik adalah aturan yang tidak sering berubah. Dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah di Indonesia sejak awal kemerdekaan sampai sekarang, telah lebih dari 16 (enam belas) kali³¹³ dilakukan perubahan undang-undang. Masing-masing undang-undang tersebut berlaku pada masa tertentu, misalnya UU No.1 Tahun 1945, UU No.22 Tahun 1948, UU No.1 Tahun 1957, Penpres No.6 Tahun 1959, Penpres No.5 Tahun 1960, UU No.18 Tahun 1965 berlaku pada masa Orde Lama yang memiliki ciri diawali dengan sentralistik, kemudian menjadi otonomi seluas-luasnya. Sementara pada masa Orde Baru berlaku UU No.5 Tahun 1974, yang berlaku selama 25 tahun hingga tahun 1999 dengan ciri yang cenderung sentralistik. Perkembangan selanjutnya, sebagai dampak terjadinya reformasi di segala bidang, maka dalam UU No.22 Tahun 1999 diatur tentang otonomi seluas-luasnya, dengan sifat yang sangat desentralistik. Sebagai koreksi atas pengaturan otonomi dalam UU No.22 Tahun 1999 yang dianggap terlalu luas, sehingga menimbulkan ketidakstabilan di beberapa daerah³¹⁴, yang diakibatkan oleh penafsiran hakekat otonomi daerah, maka dikeluarkan UU No.32 tahun 2004 yang memberikan otonomi yang lebih kecil dibandingkan dengan otonomi daerah yang ada dalam UU No.22 tahun 1999.

Dari pengalaman beberapa undang-undang yang telah diubah, maka perlu dibuat "*grand design*" tentang penyelenggaraan pemerintahan daerah dan desentralisasi yang akan diterapkan di daerah. Dengan menetapkan "*grand design*" desentralisasi dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah, maka hukum yang akan dibuat dapat menjangkau ke masa depan, sehingga undang-undang dan peraturan-peraturan lain bisa saling bersinergi. Di antara *grand design* yang terkait pengisian jabatan kepala daerah adalah berkaitan dengan pola

³¹³ Sejak awal kemerdekaan telah diberlakukan beberapa undang-undang di bidang pemerintahan daerah, diantaranya adalah: UU No.1 Tahun 1945, UU No.22 Tahun 1948, UU No.1 Tahun 1957, Penpres No.6 Tahun 1959, Penpres No.5 Tahun 1960, UU No.18 Tahun 1965, UU No.5 Tahun 1974, UU No.5 Tahun 1979, UU No.22 Tahun 1999 dan UU No.25 Tahun 1999, UU No.32 Tahun 2004, berikut perubahannya, yaitu UU No.8 Tahun 2005 dan UU No. 12 Tahun 2008, UU No.33 Tahun 2004, UU No.23 Tahun 2014 berikut perubahannya, yaitu UU No.2 Tahun 2015 dan UU No.9 Tahun 2015, UU No.22 Tahun 2014, UU No.1 Tahun 2015, UU No.8 Tahun 2015, revisi UU Pilkada yang disahkan pada tanggal 2 Juni 2016, dan saat ini sedang menunggu pengundangan oleh Presiden.

³¹⁴ Telah terjadi kerusuhan yang berakibat pengusiran warga dari luar Kalimantan di Sampit pada tahun 2001, pada awal-awal diberlakukannya UU No.22 Tahun 1999, juga terjadi perselisihan antara Pemerintah Kabupaten Sukoharjo dan Kabupaten Boyolali akibat pengelolaan sungai yang melintasi kedua wilayah tersebut, penangkapan nelayan Cilacap di wilayah Lamongan, dan lain-lain.

hubungan antara Pemerintah dan Daerah. Pola hubungan tersebut harus tergambar dalam aturan-aturan, yaitu di dalam UUD Negara RI Tahun 1945, dalam UU tentang Pemerintahan Daerah, dan semua peraturan yang terkait harus memiliki garis hubungan yang jelas.

Dengan berpedoman pada ketentuan Pasal 1 Ayat (1),(2),(3), Pasal 18, Pasal 18A dan Pasal 18B, maka ketentuan dalam pasal-pasal tersebut harus terakomodasi dalam penyusunan undang-undang tentang pengisian jabatan kepala daerah. Penjabaran tersebut tidak boleh menyimpang dengan cara menafsirkan ketentuan sesuai dengan keinginan para pembuat undang-undang. Seperti halnya yang terjadi dengan tafsir terhadap Pasal 18 Ayat (4) UUD Negara Tahun 1945 dalam UU No.32 Tahun 2004. Di sinilah letak peran Mahkamah Konstitusi sebagai "*the Enterpreteur of the Constitution*", penafsir konstitusi untuk memberikan jalan keluar. Para pihak selaku pemangku kepentingan, yaitu pembuat undang-undang (DPR dan Presiden), Presiden selaku penyelenggara pemerintahan yang tertinggi, dan masyarakat harus mematuhi penafsiran yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi tersebut. Mahkamah Konstitusi dalam putusan No.072-073/PUU-II/2004 dalam pertimbangan hukumnya telah memberikan penafsiran terhadap ketentuan Pasal 18 Ayat (4) UUD Negara RI Tahun 1945, bahwa istilah "demokratis" tidak harus dimaknai semata-mata dengan pemilihan secara langsung, tetapi dapat pula melalui perwakilan, karena demokrasi dapat dilaksanakan baik secara langsung maupun tidak langsung. Oleh karena itu, pemilihan kepala daerah secara langsung atau tidak langsung tidak perlu diperdebatkan lagi, karena kedua cara tersebut tidak bertentangan dengan konstitusi.

Selanjutnya agar hukum yang baru, yaitu hukum yang merubah hukum sebelumnya berlaku secara efektif di tengah-tengah kehidupan masyarakat, maka menurut Abdul Manan menyatakan bahwa perubahan hukum harus memperhatikan 3 (tiga) ketentuan, yaitu³¹⁵:

- a) perubahan itu harus menyeluruh, terutama kepada doktrin, norma-norma yang tidak sesuai lagi dengan kondisi jaman
- b) perubahan itu juga harus mencakup dalam cara penerapannya;
- c) kaidah atau aturan yang dibuat harus sesuai dengan falsafah hidup bangsa Indonesia, yaitu Pancasila.

Dalam rangka menyusun kembali hukum pengisian jabatan kepala daerah, maka perlu dilakukan perubahan dan penyesuaian terhadap peraturan-peraturan, terutama undang-undang yang memiliki keterkaitan dengan hukum pengisian jabatan kepala daerah, seperti yang sudah

³¹⁵ *Ibid*, hal. 5

dijelaskan sebelumnya yaitu berkaitan dengan undang-undang yang mengatur tentang pemerintahan daerah secara umum, undang-undang yang mengatur tentang partai politik, undang-undang yang mengatur tentang susunan dan kedudukan anggota MPR, DPR, DPD, dan DPRD, undang-undang yang mengatur tentang pembentukan peraturan perundang-undangan, dan undang-undang lain yang memiliki keterkaitan.

Apabila dikaitkan dengan sistim pemerintahan presidensiil yang dianut negara Indonesia, maka pengisian jabatan kepala daerah dengan melalui pemilihan secara langsung menurut penulis lebih sesuai dengan sistim presidensiil tersebut. Namun apabila dikaitkan dengan ketentuan Pasal 18B UUD Negara RI Tahun 1945, maka mekanisme pengisian jabatan kepala daerah dapat disesuaikan dengan kondisi masing-masing masyarakat daerah, sehingga tidak harus mengikuti mekanisme pemilihan seperti halnya pemilihan Presiden. Oleh karena itu, mekanisme pemilihannya dapat dilakukan dengan cara yang berbeda-beda, sepanjang dilakukan dengan cara-cara yang demokratis sesuai dengan amanat Pasal 18 Ayat (4) UUD Negara RI Tahun 1945.

Terkait dengan daulat rakyat ini, dalam UUD Negara RI Tahun 1945 Pasal 1 Ayat (2) telah diatur bahwa: "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar". Salah satu perwujudan menurut UUD tersebut adalah pelaksanaan Pemilu yang memilih wakil-wakil rakyat yang akan duduk di lembaga perwakilan, maupun memilih Presiden dan Wakil Presiden, bahkan termasuk juga untuk memilih Kepala Daerah. Dengan demikian, wakil-wakil rakyat yang duduk di lembaga perwakilan (termasuk DPRD) secara konstitusional diakui sebagai pemilik suara rakyat sebagai pemilihnya. Oleh karena itu, penulis memiliki pendapat sendiri, bahwa sesuai dengan teori mandat representative, dimana wakil yang menerima mandat bertanggung jawab secara kolektif sebagai lembaga perwakilan kepada rakyat, maka apabila undang-undang menentukan bahwa lembaga perwakilan memiliki kewenangan untuk memilih kepala daerah dengan cara-cara tertentu yang ditentukan berdasarkan undang-undang, hal ini tidak bertentangan dengan ketentuan konstitusi. Apabila permasalahannya di Indonesia selama ini adalah keputusan yang dibuat oleh lembaga perwakilan (DPR maupun DPRD) ternyata bertentangan dengan kehendak rakyat, maka yang perlu diperbaiki adalah kinerja dari lembaga perwakilan tersebut. Oleh karena itu perlu dilakukan perbaikan pola rekrutmen dari calon-calon anggota legislatif yang dilakukan oleh partai politik, sehingga wakil rakyat yang dipilih melalui Pemilu tersebut memiliki kualitas yang baik selaku mandataris rakyat. Disinilah peran partai politik sangat menentukan, baik

dalam rangka pendidikan politik, pembentukan etika dan budaya politik, maupun dalam rangka rekrutmen pejabat publik.

Dalam menciptakan hukum yang demokratis, yang sesuai dengan asas kedaulatan rakyat, harus pula memperhatikan kenyataan-kenyataan yang ada di dalam masyarakat, dengan tidak mengabaikan prinsip-prinsip demokrasi. Karena itu, hanya dengan keseimbangan antara konsep demokrasi dan negara hukum itulah tujuan ideal kebebasan, keadilan, dan kesejahteraan bersama dapat diwujudkan³¹⁶

Terkait dengan adanya Revisi UU No.8 Tahun 2015, maka yang perlu dicermati adalah revisi yang dilakukan oleh DPR yang kemudian menimbulkan polemik itu tentunya harus bertujuan untuk menyelenggarakan pemilihan kepala daerah yang lebih demokratis dan menghasilkan kepala daerah yang mampu mendatangkan kesejahteraan bagi masyarakat daerahnya. Oleh karena itu, dalam rangka revisi UU Pilkada, hak-hak dan kekuasaan rakyat yang dijamin oleh UUD Negara RI Tahun 1945 yang menyatakan bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut UUD harus benar-benar diejawantahkan, baik dalam aspek formil maupun materiil, yaitu baik menyangkut prosedur maupun substansi pengaturannya.

C. Kesimpulan

Pasal 1 Ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945 menyatakan bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Salah satu perwujudan kedaulatan rakyat tersebut adalah diselenggarakannya pemilihan umum, termasuk di dalamnya adalah pemilihan kepala daerah untuk mengisi jabatan kepala daerah. Mekanisme pengisian jabatan kepala daerah ini berlandaskan pada ketentuan Pasal 18 ayat (4) UUD Negara RI Tahun 1945 yang menyatakan bahwa gubernur, bupati, dan walikota dipilih secara demokratis. Pengejawantahan cara yang demokratis tersebut tidak ditentukan dalam UUD, sehingga pembentuk undang-undang diberi keleluasaan untuk melaksanakan pemilihan kepala daerah secara langsung ataupun melalui pemilihan di lembaga perwakilan, karena kedua cara tersebut adalah demokratis. Sehingga dapat dikatakan bahwa dalam rangka penyelenggaraan pemilihan kepala daerah, terdapat "*open policy*" yang diserahkan kepada pembentuk undang-undang untuk mengaturnya. Berdasar hal tersebut, maka pengaturan tentang mekanisme pengisian jabatan kepala daerah di Indonesia sangat ditentukan oleh politik hukum yang diambil

³¹⁶ Jimly Asshiddiqie, *op cit*, hal. 369

pemerintah yang sedang berkuasa. Buktinya sebelum masa reformasi, pengisian jabatan kepala daerah ditentukan oleh Pemerintah Pusat, meskipun dalam undang-undang diatur bahwa kepala daerah dipilih oleh DPRD. Hal ini sesuai dengan kebijakan pemerintah yang sentralistik pada saat itu. Sementara itu, setelah berlangsungnya reformasi di segala bidang yang disusul dengan terjadinya Perubahan UUD 1945, maka ketentuan mengenai pengisian jabatan kepala daerah dalam level undang-undang juga mengalami perubahan. Sesuai dengan sistem demokrasi yang dianut, maka mekanisme pengisian jabatan kepala daerah juga dilakukan secara demokratis.

Penyusunan hukum yang mengatur tentang pengisian jabatan kepala daerah, merupakan bagian dari politik hukum nasional, maka hendaknya mengacu pada tujuan pembangunan jangka panjang, yaitu terwujudnya negara Indonesia yang demokratis berlandaskan hukum dan berkeadilan, serta tertatanya sistem hukum nasional yang mencerminkan kebenaran, keadilan, akomodatif, dan aspiratif. Tujuan tersebut harus diwujudkan dalam politik hukum penyelenggaraan pemerintahan daerah pada umumnya, dan politik hukum pengisian jabatan kepala daerah pada khususnya. Tujuan politik hukum nasional di bidang pemerintahan daerah adalah mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat dengan memperhatikan prinsip demokrasi, pemerataan, keadilan, keistimewaan, dan kekhususan suatu daerah dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Tujuan inilah yang harus diwujudkan dalam rangka pengisian jabatan kepala daerah.

DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly. *Konstitusi Ekonomi*. Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2010
- Budiardjo. *Dasar-Dasar Ilmu Politik. ed revisi*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008
- Hartono, Sunaryati dalam Sidharta, Arief B. “Revisitasi Pemikiran Prof. Soediman Kartohadiprodjo tentang Pancasila Berkaitan dengan Pengembangan Sistem Hukum Nasional”. *Orasi Dies Natalis ke-51 Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan*. Bandung: 17 Oktober 2009
- Manan, Abdul. *Aspek-aspek Pengubah Hukum. cet IV*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2013
- Mahkamah Konstitusi. *Naskah Komprehensif Perubahan UUD 1945. edisi revisi*. Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2010
- MD, Mahfud. *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*. Jakarta: Rajawali Pers, 2010

Tri Sulistyowati : Pengisian Jabatan Kepala Daerah Sebagai Bagian Dari Politik ...

Saragih, Bintan R. *Ilmu Negara*. Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000

_____. *Politik Hukum*. Bandung: CV Utomo, 2006

Wheare, KC. *Modern Constitution*. terjemahan Muhammad Hardani. cet II. Surabaya: Pustaka Eureka, 2005

ASPEK PERLINDUNGAN HUKUM PASIEN KORBAN MALPRAKTEK DILIHAT DARI SUDUT PANDANG HUKUM DI INDONESIA

Sabungan Sibarani

Fakultas Hukum Universitas Borobudur

ssibarani01@gmail.com

Abstract

Malpractice is essentially professional personnel action which is contrary to standard operating procedure (SOP), a code of ethics, and laws that apply, whether intentional or due to negligence which resulted in the loss or death to another person. As a victim of malpractice harmed, of course, patients will demand what they are entitled. Patients who are victims of malpractice would sue or ask for accountability from the concerned doctor. These demands may be a civil suit, the compensation, in criminal charges, namely imprisonment for perpetrators of malpractice claims even to professional organization, namely in the form of suspension or revocation of permits and expelled from the membership of the organization. Forms of legal protection for victims of malpractice by doctors set out in the Civil Code, which includes the arrangement of physician malpractice liability to provide compensation to victims of malpractice for damages. Law No. 29 Year 2004 regarding Medical Practice is expected to be a vehicle to bring the rights of the patient are met. On the other hand, forms of legal protection for victims of malpractice are regulated in Law No. 8 of 1999 on Consumer Protection, which includes the arrangement of accountability physicians to provide redress to the victims of malpractice as a consumer, as a result of errors or omissions in health care or malpractice committed by a doctor as entrepreneurs as well as setting enforcement of criminal law provisions are accompanied by additional penalty.

Keywords: Legal Protection, Malpractice

Abstrak

Malpraktik pada dasarnya adalah tindakan tenaga profesional yang bertentangan dengan standard operating procedure (SOP), kode etik, dan undang-undang yang berlaku, baik disengaja maupun akibat kelalaian yang mengakibatkan kerugian atau kematian pada orang lain. Sebagai korban malpraktek yang dirugikan, sudah tentu pasien akan menuntut apa yang menjadi haknya. Pasien yang menjadi korban malpraktek akan menuntut ganti rugi atau meminta pertanggungjawaban dari dokter yang bersangkutan. Tuntutan tersebut dapat berupa tuntutan perdata, yaitu ganti rugi, tuntutan secara pidana, yaitu hukuman penjara bagi pelaku malpraktek bahkan tuntutan kepada organisasi profesi, yaitu berupa pemberhentian sementara atau pencabutan izin dan dikeluarkan dari keanggotaan organisasi. Bentuk perlindungan hukum terhadap korban malpraktek oleh dokter yang diatur dalam KUH Perdata, yaitu berupa pengaturan pertanggungjawaban dokter yang melakukan malpraktek untuk memberikan ganti rugi kepada korban malpraktek atas kerugian yang ditimbulkan. Undang-Undang No. 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran diharapkan menjadi wahana yang dapat membawa hak-hak pasien terpenuhi. Di sisi lain, bentuk perlindungan hukum terhadap korban malpraktek yang diatur dalam Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yaitu berupa pengaturan pertanggungjawaban dokter untuk memberikan ganti rugi kepada korban malpraktek selaku konsumen, sebagai akibat adanya kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan

kesehatannya atau malpraktek yang dilakukan oleh dokter selaku pelaku usaha serta pengaturan pemberlakuan ketentuan hukum pidana yang disertai dengan pidana tambahan.

Kata Kunci: perlindungan hukum, malpraktek

A. Pendahuluan

Mengamati pemberitaan media massa akhir-akhir ini, terlihat peningkatan dugaan kasus malpraktek dan kelalaian medik di Indonesia, terutama yang berkenaan dengan kesalahan diagnosis dokter yang berdampak buruk terhadap pasiennya. Dalam rentang beberapa bulan terakhir ini, media massa marak memberitahukan tentang kasus gugatan/tuntutan hukum (perdata dan/ atau pidana) kepada dokter, tenaga medis lain, dan/ atau manajemen rumah sakit yang diajukan masyarakat konsumen jasa medis yang menjadi korban dari tindakan malpraktik (*malpractice*) atau kelalaian medis.

Ada berbagai faktor yang melatarbelakangi munculnya gugatan-gugatan malpraktik tersebut dan semuanya berangkat dari kerugian psikis dan fisik korban. Mulai dari kesalahan diagnosis dan pada gilirannya mengimbas pada kesalahan terapi hingga pada kelalaian dokter pasca operasi pembedahan pada pasien (alat bedah tertinggal di dalam bagian tubuh), dan faktor-faktor lainnya.¹

Lepas dari fenomena tersebut, ada yang mempertanyakan apakah kasus-kasus itu terkategori malpraktik medik ataukah sekedar kelalaian (*human error*) dari sang dokter? Untuk diketahui, sejauh ini di negara kita belum ada ketentuan hukum ihwal standar profesi kedokteran yang bisa mengatur kesalahan profesi. Dan sebenarnya kasus malpraktek ini bukanlah barang baru. Sejak bertahun-tahun yang lalu, kasus ini cukup akrab di Indonesia.

Kasus malpraktik merupakan tindak pidana yang sangat sering terjadi di Indonesia. Malpraktik pada dasarnya adalah tindakan tenaga profesional yang bertentangan dengan SOP, kode etik, dan undang-undang yang berlaku, baik disengaja maupun akibat kelalaian yang mengakibatkan kerugian atau kematian pada orang lain.

Di sisi lain, dalam pelaksanaan tindakan pelayanan kesehatan, tenaga medis, yaitu dokter maupun perawat tidak menutup kemungkinan terjadi suatu kesalahan ataupun kelalaian. Kesalahan ataupun kelalaian yang dilakukan dokter dalam melaksanakan tugas profesinya dapat berakibat fatal baik terhadap badan maupun jiwa dari pasiennya (dalam istilah

¹ Alexandra Ide. *Etika dan Hukum dalam Pelayanan Kesehatan*. (Yogyakarta: Grasia Book Publisher, 2012), hal. 49.

medis/hukum kejadian ini disebut malpraktek) dan hal ini tentu saja sangat merugikan bagi pihak pasien sebagai korban malpraktek.²

Sebagai korban malpraktek yang dirugikan, sudah tentu pasien akan menuntut apa yang menjadi haknya. Pasien yang menjadi korban malpraktek akan menuntut ganti rugi atau meminta pertanggungjawaban dari dokter yang bersangkutan. Tuntutan tersebut dapat berupa tuntutan perdata, yaitu ganti rugi, tuntutan secara pidana, yaitu hukuman penjara bagi pelaku malpraktek bahkan tuntutan kepada organisasi profesi, yaitu berupa pemberhentian sementara atau pencabutan izin dan dikeluarkan dari keanggotaan organisasi.

Berlakunya Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan menggantikan Undang-Undang No. 23 Tahun 1992, Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, Undang-Undang No. 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran dan peraturan lainnya yang berkaitan baik langsung maupun tidak langsung dengan pemeliharaan kesehatan atau pelayanan kesehatan dan penerapannya dapat melindungi korban malpraktek berkaitan dengan hak-hak yang dimiliki oleh korban, sehingga apa yang menjadi tujuan dari hukum, yaitu kepastian, keadilan, dan kemanfaatan benar-benar dapat dilaksanakan sepenuhnya.

Lahirnya Hukum Kedokteran yaitu Undang-Undang tentang Praktik Kedokteran No. 29 Tahun 2004. LN No. 116 Tahun 2004, TLN No. 4431 yang mana merupakan bagian dari Hukum Kesehatan, ditujukan agar hak-hak pasien lebih dapat dilindungi oleh Undang-Undang. Hukum Kedokteran tersebut bertumpu pada dua hak asasi manusia, yaitu hak atas pemeliharaan kesehatan (*the right to healthcare*) dan hak untuk menentukan nasib sendiri (*the right to self-determination* atau *zelf-bechikkingsrecht*).³

Sebelum Undang-Undang Praktik Kedokteran lahir, Undang-Undang Perlindungan Konsumen sudah ada, yang bertujuan untuk melindungi hak-hak dari konsumen, baik konsumen yang menggunakan barang maupun jasa.

Bidang kedokteran termasuk dalam Perlindungan Konsumen, karena dokter dan rumah sakit dikategorikan sebagai pelaku usaha yang menyediakan jasa bagi konsumen, dalam hal ini konsumen adalah pasien yang melakukan pengobatan kepada dokter maupun rumah sakit. Hal tersebut sudah tertuang dengan jelas pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Selain itu, pengaturan mengenai sanksi atas 2 pelanggaran hak-hak

² Wila Chandrawila Supriadi, *Hukum Kedokteran*, Cet.1, (Bandung: Mandar Maju, 2001), hal. 35

³ Hermien Hadiati Koeswadji, *Beberapa Permasalahan Hukum dan Medik*, (Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 1992), hal. 6.

dari konsumen juga diatur dalam Undang-Undang ini, yaitu pada Pasal 19 ayat (1), termasuk di dalamnya dokter dan rumah sakit yang melanggar hak-hak konsumen. Sehingga Undang-Undang Perlindungan Konsumen melengkapi Undang-Undang Kesehatan yang saat ini berlaku, yaitu Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009.

Permasalahan yang diangkat dalam tulisan ini adalah mengenai aspek perlindungan hukum Pasien korban malpraktek oleh dokter berdasarkan hukum di Indonesia, penentuan suatu tindakan dokter dapat dikatakan sebagai malpraktek, asumsi masyarakat terhadap malpraktek, dan upaya pencegahan malpraktik dalam pelayanan kesehatan.

Jenis penelitian hukum yang digunakan adalah penelitian hukum normatif. Jenis dan sumber bahan hukumnya berupa bahan hukum primer, sekunder dan tersier dengan tehnik memperoleh bahan hukum berupa study dokumentasi atau study kepustakaan dengan mempelajari, mencatat dan menyalin buku-buku literatur, peraturan perundang-undangan terkait, pendapat para sarjana, skripsi, bahan lain yang ada kaitannya dengan masalah yang diteliti, menggunakan analisis kualitatif secara sistematis kemudian menggunakan metode deduktif dengan menarik kesimpulan dari bersifat umum ke khusus.

B. Pembahasan

B. 1. Aspek Perlindungan Hukum Pasien Korban Malpraktek Oleh Dokter

Bentuk perlindungan hukum terhadap korban malpraktek oleh dokter yang diatur dalam KUH Perdata, yaitu berupa pengaturan pertanggungjawaban dokter yang melakukan malpraktek untuk memberikan ganti rugi kepada korban malpraktek atas kerugian yang timbul karena: ⁴

- a. Tidak ditepatinya perjanjian terapeutik yang telah disepakati oleh dokter atau wanprestasi (cidera janji), yaitu berdasarkan Pasal 1239 KUH Perdata.
- b. Perbuatan melawan hukum, yaitu berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata.
- c. Kelalaian atau ketidakhati-hatian dalam berbuat atau bertindak, yaitu berdasarkan Pasal 1366 KUH Perdata.
- d. Melalaikan kewajiban berdasarkan Pasal 1367 Ayat (3).

Dalam UU Perlindungan Konsumen tidak diatur dengan jelas mengenai pasien atau korban malpraktek, tetapi pasien atau korban malpraktek dalam hal ini juga merupakan seorang

⁴ Safitri Hariayani, *Sengketa Medik Alternatif Penyelesaian Perselisihan Antara Dokter Dengan Pasien*, (Jakarta : Diadit Media. 2005), hal. 46

konsumen. Selain itu, Keputusan Menteri Kesehatan RI No.756/MEN.KES/SK/VI/2004 tentang Persiapan Liberalisasi Perdagangan dan Jasa di Bidang Kesehatan, menyatakan bahwa jasa layanan kesehatan termasuk bisnis. Bahkan, World Trade Organisation (WTO) memasukkan Rumah Sakit (RS), dokter, bidan maupun perawat sebagai pelaku usaha.

Perlindungan hukum terhadap korban malpraktek kedokteran sebagai konsumen dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 19 Ayat (1) UU Perlindungan Konsumen yang selengkapnya dinyatakan bahwa “Pelaku usaha bertanggung jawab untuk memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan.”

Berdasarkan ketentuan Pasal 19 Ayat (1) UU Perlindungan Konsumen, kerugian yang diderita korban malpraktek sebagai konsumen jasa akibat tindakan medis yang dilakukan oleh dokter sebagai pelaku usaha jasa dapat dituntut dengan sejumlah ganti rugi.

Ganti kerugian yang dapat dimintakan oleh korban malpraktek menurut Pasal 19 Ayat (2) UU Perlindungan Konsumen dapat berupa pengembalian uang penggantian barang dan/atau jasa yang sejenis atau setara nilainya, atau perawatan kesehatan dan/atau pemberian santunan yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Berdasarkan uraian diatas, dapat disimpulkan bahwa bentuk perlindungan hukum terhadap korban malpraktek yang diatur dalam Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yaitu berupa pengaturan pertanggungjawaban dokter untuk memberikan ganti rugi kepada korban malpraktek selaku konsumen, sebagai akibat adanya kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatannya atau malpraktek yang dilakukan oleh dokter selaku pelaku usaha serta pengaturan pemberlakuan ketentuan hukum pidana yang disertai dengan pidana tambahan.

Yang dimaksud dengan Tenaga Kesehatan menurut Peraturan Pemerintah Republik Indonesia No. 32 / 1996 Tentang Tenaga Kesehatan Pasal 1 (1) adalah “ setiap orang yang mengabdikan diri dalam bidang kesehatan serta memiliki pengetahuan dan / atau keterampilan melalui pendidikan di bidang kesehatan yang untuk jenis tertentu memerlukan untuk melakukan upaya kesehatan. Menurut Undang-Undang No;23 / 1992 Tentang Kesehatan , Pasal 1 (3) yang dimaksud Tenaga kesehatan adalah “ setiap orang yang mengabdikan diri dalam bidang kesehatan serta memiliki pengetahuan dan atau keterampilan melalui pendidikan di bidang kesehatan yang untuk jenis tertentu memerlukan kewenangan untuk melakukan upaya kesehatan.

Dari pengertian Tenaga Kesehatan diatas perlu untuk diketahui kategori dari tenaga kesehatan itu sendiri. Menurut Peraturan Menteri Kesehatan RI No. 262 / Men. Kes / Per / VII / 1979 Tentang ketenagaan rumah sakit pemerintahan, ada empat kategori yang dikenal, diantaranya:

1. Tenaga Medis, yakni lulusan fakultas kedokteran atau kedokteran gigi dan pasca sarjana yang memberikan pelayanan medis dan pelayanan penunjang medis. Kategori ini mencakup:
 - a. dokter ahli
 - b. dokter umum
 - c. dokter gigi, dan lain-lain
2. Tenaga Paramedis Perawatan, yaitu lulusan sekolah atau akademi perawat kesehatan yang memberikan pelayanan perawatan paripurna, yakni :
 - a. penata rawat
 - b. perawat kesehatan
 - c. bidan
 - d. perawat khusus, dan lain-lain
3. Tenaga Paramedis Non Perawatan, yaitu lulusan sekolah atau akademi bidang kesehatan lainnya yang memberikan pelayanan penunjang, yakni;
 - a. penata rontgen
 - b. sarjana muda fisioterapi
 - c. sarjana muda gizi
 - d. asisten analisis
 - e. asisten apoteker
 - f. pengatur rawat roentgen
 - g. pengatur rawat gigi
 - h. pengatur teknik gigi
 - i. pengatur rawat gigi
 - j. tenaga sanitasi
 - k. penata anastesi, dan lain-lain
4. Tenaga Nonmedis, yakni seorang yang mendapat pendidikan ilmu pengetahuan yang tidak termasuk pendidikan pada butir 1, 2, dan 3 di atas, yaitu:
 - a. sarjana administrasi perumahan sakitan

- b. sarjana muda pencatatan medis
- c. apoteker
- d. sarjana kimia
- e. sarjana kesehatan masyarakat
- f. sarjana biologi
- g. sarjana fisika medis
- h. sarjana jiwa
- i. sarjana ekonomi
- j. sarjana hukum
- k. sarjana teknik
- l. sarjana akuntansi
- m. sarjana ilmu sosial
- n. sarjana muda teknik elektro medis
- o. sarjana muda teknik sipil
- p. sarjana muda fisika kesehatan
- q. sarjana muda statistic
- r. lulusan STM
- s. pekerja sosial medis
- t. lulusan SD, SLTP, SLTP.

Rincian tenaga kesehatan seperti yang tertuang di atas sangat penting terutama untuk menentukan tanggung jawab professional dan tanggung jawab hukumnya.

Dalam Undang-undang Kesehatan yang baru yaitu Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan yang menggantikan Undang-Undang No. 23 Tahun 1992 disebutkan perlindungan hukum terhadap korban malpraktek yang hampir sama dengan perlindungan yang ada dalam Undang-Undang No. 23 Tahun 1992, hanya saja ada ketentuan tambahan sebagai batasan bentuk perlindungan hukum yang diberikan. Adapun ketentuan tersebut terdapat pada Pasal 58 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3), yaitu:

- (1) Setiap orang berhak menuntut ganti rugi terhadap seseorang, tenaga kesehatan, dan/atau penyelenggara kesehatan yang menimbulkan kerugian akibat kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan yang diterimanya.
- (2) Tuntutan ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku bagi tenaga kesehatan yang melakukan tindakan penyelamatan nyawa atau pencegahan kecacatan seseorang dalam keadaan darurat.

- (3) Ketentuan mengenai tata cara pengajuan tuntutan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pemberian hak untuk menuntut ganti rugi kepada korban malpraktek merupakan suatu upaya untuk memberikan perlindungan bagi setiap orang (korban malpraktek) atas suatu akibat yang timbul, baik fisik maupun non fisik karena kesalahan atau kelalaian tenaga kesehatan (dalam hal ini adalah dokter).

Perlindungan ini sangat penting karena akibat kelalaian atau kesalahan dari dokter tersebut mungkin dapat menyebabkan rasa sakit, luka, cacat, kematian, atau kerusakan pada tubuh dan jiwa.

Bentuk perlindungan hukum terhadap korban malpraktek kedokteran yang diatur dalam Undang-Undang 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, yaitu berupa pemberian hak kepada korban malpraktek untuk menuntut pertanggungjawaban dokter yang melakukan malpraktek kedokteran, memberikan ganti rugi atas kerugian yang timbul karena kesalahan maupun kelalaian dokter, baik melalui gugatan ganti rugi secara perdata maupun penggabungan penuntutan hukum pidana dan gugatan ganti rugi dalam proses hukum pidana ke pengadilan.

Dalam pelayanan di bidang medis, tidak terpisahkan akan adanya seorang tenaga kesehatan dengan konsumen, dalam hal ini pasien. Pasien dikenal sebagai penerima jasa pelayanan kesehatan dan dari pihak rumah sakit sebagai pemberi jasa pelayanan kesehatan dalam bidang perawatan kesehatan.

Sebelumnya perlu juga untuk diketahui akan pengertian dari pasien itu sendiri. Menurut DR. Wila Chandrawila Supriadi, S.H, dalam bukunya, "Hukum Kedokteran" bahwa Pasien adalah orang sakit yang membutuhkan bantuan dokter untuk menyembuhkan penyakit yang dideritanya, dan pasien diartikan juga adalah orang sakit yang awam mengenai penyakitnya. Dari sudut pandangan sosiologis dapat dikatakan bahwa pasien maupun tenaga kesehatan memainkan peranan-peranan tertentu dalam masyarakat. Dalam hubungannya dengan tenaga kesehatan, misalnya dokter, tenaga kesehatan mempunyai posisi yang dominan apabila dibandingkan dengan kedudukan pasien yang awam dalam bidang kesehatan. Pasien dalam hal ini, dituntut untuk mengikuti nasehat dari tenaga kesehatan, yang mana lebih mengetahui akan bidang pengetahuan tersebut. Dengan demikian pasien senantiasa harus percaya pada kemampuan dokter tempat dia menyerahkan nasibnya. Pasien sebagai konsumen dalam hal ini, merasa dirinya bergantung dan aman apabila tenaga kesehatan berusaha untuk menyembuhkan penyakitnya. Keadaan demikian pada umumnya di dasarkan atas kerahasiaan profesi

kedokteran dan keamanan masyarakat yang menjadi pasien. Situasi tersebut berakar pada dasar-dasar historis dan kepercayaan yang sudah melembaga dan membudaya di dalam masyarakat. Hingga kini pun kedudukan dan peranan dokter relatif lebih tinggi dan terhormat. Pasien sebagai konsumen jasa di bidang pelayanan medis, dengan melihat perkembangan ilmu dan teknologi kesehatan yang pesat, resiko yang dihadapi semakin tinggi. Oleh karena itu, dalam hubungan antara tenaga kesehatan dengan pasien, misalnya terdapat kesederajatan. Di samping dokter, maka pasien juga memerlukan perlindungan hukum yang proporsional yang diatur dalam perundang-undangan. Perlindungan tersebut terutama diarahkan kepada kemungkinan-kemungkinan bahwa dokter melakukan kekeliruan karena kelalaian.

Pengertian Konsumen dalam UU No.8 / 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yaitu setiap orang pemakai barang dan atau jasa yang tersedia dalam masyarakat, baik bagi kepentingan diri sendiri, keluarga, orang lain, maupun makhluk hidup lain dan tidak untuk diperdagangkan. Pengertian konsumen ini adalah konsumen akhir.

Dalam Undang-Undang No. 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran disebutkan dalam Pasal 66 Ayat (1) UU Praktik Kedokteran, diatur suatu keadaan di mana terjadi kesalahan yang melibatkan pelayan kesehatan dalam hal ini oleh dokter, yang dapat diajukan pengaduan kepada Ketua Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia (MKDKI) oleh setiap orang yang mengetahui atau kepentingannya dirugikan.

Di samping dapat mengadukan kerugian yang dideritanya kepada Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia, menurut Pasal 66 Ayat (3) UU Praktik Kedokteran, korban malpraktek yang dirugikan atas kesalahan atau kelalaian dokter dalam melakukan tindakan medis juga dapat melaporkan adanya dugaan pidana kepada pihak yang berwenang dan/atau menggugat kerugian secara perdata ke pengadilan.

Selanjutnya, disebutkan dalam Pasal 67 dan 68 UU Praktik Kedokteran bahwa Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran berwenang untuk memeriksa dan memberikan keputusan atas pengaduan yang diterima. Apabila ditemukan adanya pelanggaran etika (berdasarkan KODEKI) maka Majelis Kehormatan Kedokteran yang akan meneruskan pengaduan pada organisasi profesi.

Berdasarkan pemaparan di atas dapat disimpulkan bahwa bentuk perlindungan hukum terhadap korban malpraktek kedokteran yang diatur dalam Undang-Undang No. 29 Tahun 2009 tentang Praktik Kedokteran, yaitu berupa pemberian hak kepada korban malpraktek untuk melakukan upaya hukum pengaduan kepada Ketua Majelis Kehormatan Disiplin

Kedokteran Indonesia, yang dapat juga secara bersamaan melakukan upaya hukum secara hukum pidana maupun hukum perdata ke pengadilan serta pemberian wewenang kepada Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia (MKDKI) untuk mengeluarkan keputusan menjatuhkan sanksi disiplin kepada dokter yang terbukti bersalah.

Malpraktek kedokteran pidana hanya terjadi pada tindak pidana materiil (KUHP), yaitu suatu tindak pidana yang melarang menimbulkan akibat tertentu yang diancam dengan sanksi berupa pidana. Timbulnya akibat, menjadi syarat selesainya tindak pidana. Adapun akibat yang menjadi unsur malpraktek kedokteran pidana adalah kematian, luka berat, rasa sakit, atau luka yang mendatangkan penyakit, atau luka yang menghambat tugas dan mata pencaharian.⁵

Kesalahan dalam malpraktek kedokteran pidana pada umumnya terjadi karena adanya kelalaian yang dilakukan oleh dokter. Dalam hal ini dapat terjadi karena dokter melakukan sesuatu yang seharusnya tidak dilakukan atau tidak melakukan sesuatu yang seharusnya dilakukan.

Dalam hal adanya malpraktek kedokteran pidana (*crime malpractive*), pertanggungjawaban pidana itu harus dapat dibuktikan tentang adanya kesalahan profesional, misalnya kesalahan diagnosis atau kesalahan cara pengobatan atau perawatan.⁶

Dalam hal korban malpraktek kedokteran pidana mengalami luka berat, atau luka yang mendatangkan penyakit, atau luka yang menghambat tugas dan mata pencaharian, ketentuan pidananya diatur pada Pasal 360 :

Ayat (1) yang berbunyi : ”Barang siapa karena kesalahannya (kealpaannya) menyebabkan orang lain mendapat luka-luka berat, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau pidana kurungan paling lama satu tahun.”

Ayat (2) : ”Barang siapa karena kesalahannya (kealpaannya) menyebabkan orang lain luka-luka sedemikian rupa sehingga timbul penyakit atau halangan menjalankan pekerjaan, jabatan atau pecaharian selama waktu tertentu, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan atau pidana kurungan paling lama enam bulan atau pidana denda paling tinggi empat ribu lima ratus rupiah.”

⁵ Adami Chazawi, *Malpraktik Kedokteran*, Cet. I. Ed. I. (Malang : Banyu Media Publishing), hal 103

⁶ Y.A. Triana Ohoiwutun, *Bunga Rampai Hukum Kedokteran*, Cet. II. Ed. I, (Malang: Banyu Media Publishing), hal. 5.

B. 2. Suatu Tindakan Dokter Dapat Dikatakan Sebagai Malpraktek

Untuk dapat menilai dan membuktikan suatu perbuatan (tindakan medis) termasuk kategori malpraktek atau tidak, Menurut Hubert W. Smith tindakan malpraktek meliputi 4D, yaitu :⁷

- a. adanya kewajiban (*duty*), dalam unsur ini tidak ada kelalaian jika tidak terdapat kewajiban, oleh karena itu unsur yang pertama ini menyatakan harus ada hubungan hukum antara pasien dengan dokter/rumah sakit.
- b. adanya penyimpangan dalam pelaksanaan tugas (*dereliction*), yaitu dokter dalam melakukan kewajiban terhadap pasien melakukan tindakan penyimpangan dari standar profesi tersebut.
- c. penyimpangan akan mengakibatkan kerusakan (*direct caution*), dalam unsur ini terdapat hubungan kausal yang jelas antara tindakan medik yang dilakukan dokter dengan kerugian yang dialami pasien.
- d. sang dokter akan menyebabkan kerusakan (*damage*), yaitu bahwa tindakan medik yang dilakukan dokter merupakan penyebab langsung timbulnya kerugian terhadap pasien.

Yang termasuk kriteria tindakan medis yang bersifat malpraktek, yaitu :

1. Adanya pengaturan terhadap hukum
2. Adanya hubungan hukum para pihak
3. Adanya pelanggaran hak dan kewajiban
4. Adanya akibat hukum yang ditimbulkan

Suatu tindakan medis yang dilakukan oleh dokter, dapat digolongkan sebagai tindakan medis yang bersifat malpraktek jika tindakan medis tersebut memenuhi bentuk dari wanprestasi (prestasi yang buruk), dan/atau memenuhi unsur-unsur perbuatan melawan hukum dan tindakan medis tersebut mengakibatkan kerugian bagi pasien atau korban malpraktek baik fisik maupun jiwanya bisa dilakukan tuntutan baik berupa ganti kerugian maupun pidana penjara.

Kasus hukum dalam pelayanan medis umumnya terjadi di rumah sakit dimana tenaga kesehatan bekerja. Rumah sakit merupakan suatu yang pada pokoknya dapat dikelompokkan menjadi :

⁷ Hubert W. Smith, *Kesalahan Dokter atau Tindakan Malpraktek*, (Jakarta: Penerbit Buku Kedokteran EGC, 2008), hal. 40.

- a) Pelayanan medis dalam arti luas yang menyangkut kegiatan promotif, preventif, kuratif, dan rehabilitatif
- b) Pendidikan dan latihan tenaga medis
- c) Penelitian dan pengembangan ilmu kedokteran

Pertanggung jawaban hukum rumah sakit, dalam hal ini badan hukum yang memilikinya bisa dituntut atas kerugian yang terjadi, bisa secara:⁸

- 1) Langsung sebagai pihak, pada suatu perjanjian bila ada wanprestasi, atau
- 2) Tidak langsung sebagai majikan bila karyawannya dalam pengertian peraturan perundang-undangan melakukan perbuatan melanggar hukum.

Wujud ganti kerugian tersebut bertujuan untuk memperbaiki keadaan, dan dari pengganti kerugian kebanyakan besar berupa sejumlah uang. Pengganti kerugian tersebut harus dinilai menurut kemampuan maupun kedudukan dari kedua belah pihak dan harus pula disesuaikan dengan keadaan. Ketentuan yang paling akhir ini pada umumnya berlaku dalam hal memberikan ganti kerugian yang diterbitkan dari suatu perbuatan melawan hukum terhadap pribadi seseorang. Dalam hal pertanggung jawaban atas pelayanan medis, yang mana pihak pasien merasa dirugikan maka perlu untuk diketahui siapa yang terkait di dalam tenaga medis tersebut. Tenaga Medis yang dimaksud adalah dokter, yang bekerjasama dengan tenaga profesional lain di dalam menyelenggarakan dan memberikan pelayanan medis kepada masyarakat atau pasien.

Di samping perawat, tenaga profesional lain dalam bidang kesehatan dan medis, seperti ahli laboratorium dan radiologi, pendidik dan penyuluh kesehatan, penata berbagai peralatan dan perlengkapan medis, terutama dalam lembaga pelayanan seperti rumah sakit, klinik spesialis, dan praktek bersama, sangat diperlukan sebagai pendamping dokter. Dokter juga memerlukan pembantu dalam bidang administrasi, asuransi, akuntansi, hukum dan kemasyarakatan. Lembaga yang tampak kompleks, meskipun terorganisasi rapi ini disebut “birokrasi pelayanan medis”. Jika dalam tindakan medis terjadi kesalahan dan mengakibatkan kerugian dari pihak pasien, maka tanggung jawab tidak langsung kepada pihak rumah sakit. Mengenai tanggung jawab terlebih dahulu harus melihat apakah kesalahan tersebut dilakukan oleh dokter itu sendiri atau tenaga medis lain. Setiap masalah yang terjadi baik sengaja ataupun tidak sengaja perlu diteliti terlebih dahulu. Jika kesalahan yang dilakukan oleh para medis

⁸ Wila Chandrawila Supriadi, *Op.Cit.*, hal. 94.

tersebut khusus dokter yang melakukan, biasanya pihak rumah sakit yang bertanggung jawab secara umumnya. Dan dokter sebagai pelaksana tindakan juga dapat dikenakan sanksi.

Terhadap tenaga kesehatan khususnya yang bekerja di rumah sakit, ada dua tenaga yaitu : tenaga dari PNS (Pegawai Negeri Sipil) dan Swasta. Di dalam melaksanakan tugas profesinya, baik tenaga dari PNS ataupun Swasta mempunyai perbedaan dalam tanggung jawab. Terhadap tenaga kesehatan (dokter) dari PNS yang melakukan kesalahan / kelalaian dalam tindakan medis, biasanya dokter tersebut diberikan sanksi berupa pemindahan kerja ke instansi kesehatan lain atau pemberhentian sementara. Sedangkan terhadap dokter yang swasta, dalam hal melakukan kesalahan / kelalaian biasanya sanksi yang dijatuhkan berupa diberhentikan oleh rumah sakit tempat ia bekerja. Dan akibat dari kesalahan dokter atau paramedis lain yang menyebabkan kerugian terhadap pasien akan menjadi beban bagi pihak rumah sakit. Pemberian sanksi juga diatur dalam ketentuan Pasal 54 (1) UU No.23/ 1992 Tentang kesehatan yaitu “ terhadap tenaga kesehatan yang melakukan kesalahan atau kelalaian dalam melaksanakan profesinya dapat dikenakan tindakan disiplin”. Mengenai tanggung jawab diatur dalam pasal 1367 KUH Perdata sebagai penjabaran lebih lanjut mengenai siapa dan apa saja yang berada di bawah tanggung jawabnya. Masalah tanggung jawab hukum perdata ini membawa akibat bahwa yang bersalah (yaitu yang menimbulkan kerugian kepada pihak lain) harus membayar ganti rugi.

Tanggung Jawab dilihat dari segi hukum perdata mengandung beberapa aspek, yaitu dapat ditimbulkan karena “wanprestasi”, karena perbuatan melanggar hukum, dapat juga karena karena kurang hati-hatinya mengakibatkan matinya orang dan juga karena kurang hati-hatinya menyebabkan cacat badan. Akibat perbuatan yang mengakibatkan kerugian tersebut dibawa oleh karena sifat daripada perjanjian yang terjadi antara dokter dengan pasien merupakan suatu perjanjian yang disebut “inspannings verbintenis”. Suatu perjanjian yang harus dilaksanakan dengan teliti dan penuh hati-hati (inspanning)¹² Dan hubungan dokter dengan pasien ada juga dengan perikatan hasil, atau yang dikenal dengan “resultaat verbintenis”.

Sehingga berdasarkan hal-hal yang telah disebutkan di depan, maka perlu kiranya kepentingan pasien juga diperhatikan dengan mengadakan perlindungan terhadap korban yang menderita kerugian dari kesalahan tenaga medis dengan mempercepat proses untuk mendapatkan ganti rugi.

B. 3. Asumsi Masyarakat Terhadap Malpraktek

Maraknya malpraktek di Indonesia membuat masyarakat tidak percaya lagi pada pelayanan kesehatan di Indonesia. Ironisnya lagi, pihak kesehatan pun khawatir kalau para tenaga medis Indonesia tidak berani lagi melakukan tindakan medis karena takut berhadapan dengan hukum. Lagi-lagi hal ini disebabkan karena kurangnya komunikasi yang baik antara tenaga medis dan pasien. Tidak jarang seorang tenaga medis tidak memberitahukan sebab dan akibat suatu tindakan medis. Pasien pun enggan berkomunikasi dengan tenaga medis mengenai penyakitnya. Oleh karena itu, Departemen Kesehatan perlu mengadakan penyuluhan atau sosialisasi kepada masyarakat tentang bagaimana kinerja seorang tenaga medis.

Sekarang ini tuntutan profesional terhadap profesi ini makin tinggi. Berita yang menyudutkan serta tuduhan bahwa dokter telah melakukan kesalahan dibidang medis bermunculan. Di Negara-negara maju yang lebih dulu mengenal istilah makpraktek medis ini ternyata tuntutan terhadap tenaga medis yang melakukan ketidaklayakan dalam praktek juga tidak surut. Biasanya yang menjadi sasaran terbesar adalah dokter spesialis bedah (ortopedi, plastic dan syaraf), spesialis anestesi serta spesialis kebidanan dan penyakit kandungan. Di Indonesia, fenomena ketidakpuasan pasien pada kinerja tenaga medis juga berkembang. Pada awal januari tahun 2007 publik dikejutkan oleh demonstrasi yang dilakukan oleh para korban dugaan malpraktik medis ke Polda Metro Jaya dengan tuntutan agar polisi dapat mengusut terus sampai tuntas setiap kasus dugaan malpraktek yang pernah dilaporkan masyarakat.

Tuntutan yang demikian dari masyarakat dapat dipahami mengingat sangat sedikit jumlah kasus malpraktik medik yang diselesaikan di pengadilan. Apakah secara hukum perdata, hukum pidana atau dengan hukum administrasi. Padahal media massa nasional juga daerah berkali-kali melaporkan adanya dugaan malpraktik medik yang dilakukan dokter tapi sering tidak berujung pada penyelesaian melalui sistem peradilan.

Salah satu dampak adanya malpraktek pada zaman sekarang ini (globalisasi) Saat ini kita hidup di jaman globalisasi, jaman yang penuh tantangan, jaman yang penuh persaingan dimana terbukanya pintu bagi produk-produk asing maupun tenaga kerja asing ke Indonesia. Kalau kita kaitkan dengan dunia medis, ada manfaat yang didapat, tetapi banyak pula kerugian yang ditimbulkan. Manfaatnya adalah seiring masuknya jaman globalisasi, maka tidak menutup kemungkinan akan kehadiran peralatan pelayanan kesehatan yang canggih. Hal ini memberikan peluang keberhasilan yang lebih besar dalam kesembuhan pasien. Akan tetapi,

banyak juga kerugian yang ditimbulkan. Masuknya peralatan canggih tersebut memerlukan sumber daya manusia yang dapat mengoperasikannya serta memperbaikinya kalau rusak. Yang menjadi sorotan disini adalah dalam hal pengoperasiannya. Coba kita analogikan terlebih dahulu, dengan masuknya peralatan-peralatan canggih tersebut, maka mutu pelayanan kesehatan harus ditingkatkan. Namun, yang terjadi saat ini adalah banyak tenaga medis yang melakukan kesalahan dalam pengoperasian peralatan canggih tersebut sehingga menimbulkan malpraktek. Jelas sekali bahwa ketergantungan pada peralatan pelayanan kesehatan ini dapat menghambat pelayanan kesehatan. Untuk menindaklanjuti masalah ini, agar tidak sampai terjadi malpraktek, perlu adanya penyuluhan kepada tenaga pelayanan kesehatan mengenai masalah ini. Kemudian, perlu adanya penyesuaian kurikulum pendidikan dengan perkembangan teknologi. Satu hal yang lebih penting lagi adalah perlu adanya kesadaran bagi para tenaga medis untuk terus belajar dan belajar agar dapat meningkatkan kemampuannya dalam penggunaan peralatan canggih ini demi mencegah terjadinya malpraktek.

Hal ini dapat direalisasikan dengan adanya penyuluhan yang disebutkan tadi. Selain pembahasan dari sisi peralatan tadi, juga perlu dipikirkan masalah eksistensi dokter Indonesia dalam menghadapi globalisasi. Seperti yang disebutkan sebelumnya, di jaman globalisasi ini memberikan pintu terbuka bagi tenaga kesehatan asing untuk masuk ke Indonesia, begitu pula tenaga kesehatan Indonesia dapat bekerja diluar negeri dengan mudah. Namun, apabila tidak ada tindakan untuk mempersiapkan hal ini, dapat menimbulkan kerugian bagi tenaga kesehatan kita. Bayangkan saja, tidak menutup kemungkinan apabila seorang tenaga medis yang kurang mempersiapkan dirinya untuk berkiprah di negeri orang, dikarenakan ilmunya yang masih minim serta perbedaan kurikulum di negeri yang ia tempati, terjadilah malpraktek. Hal ini tidak saja mencoreng nama baik tenaga edis tersebut tersebut, tetapi juga nama baik dunia kesehatan Indonesia. Yang jelas, kami sangat berharap akan peran dari Pemerintah pada umumnya dan peran dari Departemen Kesehatan pada khususnya untuk mempersiapkan tenaga kesehatan Indonesia dalam menghadapi era globalisasi saat ini.

Untuk menghindari kejadian malpraktek, ada hal yang harus kita perhatikan, yakni diantaranya adalah:

Pilih tempat pengobatan (RS atau Klinik) yang memiliki reputasi cukup baik. Jangan hanya mempertimbangkan jarak dengan rumah sebagai dasar memilih tempat berobat. Jangan ragu memilih di tempat yang jauh asalkan reputasinya bagus, meskipun di dekat rumah anda ada layanan kesehatan tetapi belum jelas reputasinya.

Ketika pasien melakukan rawat inap, akan ada dokter yang ditunjuk untuk menangani pasien. Jangan ragu untuk meminta dokter yang anda percayai kepada pihak manajemen, apalagi jika anda merasa ragu dengan dokter yang menangani pasien yang anda bawa.

Jangan takut untuk bertanya kepada dokter mengenai tindakan medis yang dilakukan. Menurut UU Kesehatan, keluarga pasien berhak tahu apa saja tindakan medis yang dilakukan dokter kepada pasien. Jangan ragu untuk bertanya mengenai diagnosa, dasar tindakan medis dan apa manfaat dari tindakan medis yang dilakukan oleh dokter tersebut.

Jangan takut untuk bertanya kepada dokter obat yang diberikan kepada pasien. Sebagai keluarga, anda berhak tahu dan dilindungi oleh UU Kesehatan. Hal ini karena tidak jarang ada oknum dokter hanya mengejar komisi dari perusahaan distributor obat sehingga memberikan obat yang lebih banyak atau bahkan tidak diperlukan kepada pasien.

Kecelakaan (hasil buruk) tidak terjadi sebagai akibat dari satu sebab (*single cause*), melainkan merupakan hasil dari banyak sebab (*multiple cause*). Suatu kesalahan manusia (*human error*) yang terlihat pada waktu terjadi kecelakaan sebenarnya hanyalah merupakan *active error*, yang mungkin kita sebut sebagai faktor penyebab ataupun pencetus / presipitasi. Sementara itu terdapat faktor-faktor penyebab lain yang merupakan *latent errors* atau yang biasa kita sebut sebagai predisposisi, *underlying factors*, faktor kontribusi, dll.

Active errors terjadi pada tingkat operator garis depan dan dampaknya segera dirasakan, sedangkan *latent errors* cenderung berada di luar kendali operator garis depan, seperti desain buruk, instalasi yang tidak tepat, pemeliharaan yang buruk, kesalahan keputusan manajemen, dan struktur organisasi yang buruk.

Latent error merupakan ancaman besar bagi keselamatan (*safety*) dalam suatu sistem yang kompleks, oleh karena sering tidak terdeteksi dan dapat mengakibatkan berbagai jenis *active errors*. *Latent errors* tidak terasa sebagai error, namun sebenarnya merupakan akar dari kesalahan manajemen yang telah banyak menimbulkan *unsafe conditions* dalam praktek kedokteran di lapangan. Bila satu saat *unsafe conditions* ini bertemu dengan suatu *unsafe act* (*active error*), maka terjadilah *accident*. Dengan demikian perlu kita pahami bahwa penyebab suatu *accident* bukanlah *single factor* melainkan *multiple factors*.

Dengan demikian alangkah lebih baik apabila kita mencari faktor penyebab yang tergolong ke dalam predisposisi, yang lebih bersifat sistemik, organisatoris dan manajerial, sehingga kita dapat melakukan langkah-langkah pencegahannya, juga secara sistemik. Dalam

diskusi internal Ikatan Dokter Indonesia pada pertengahan tahun lalu dimunculkan beberapa akar penyebab tersebut, yaitu:⁹

1. Pemahaman dan penerapan etika kedokteran yang rendah. Hal ini diduga merupakan akibat dari sistem pendidikan di Fakultas Kedokteran yang tidak memberikan materi etika kedokteran sebagai materi yang juga mencakup afektif – tidak hanya kognitif.
2. Paham materialisme yang semakin menguat di masyarakat pada umumnya dan di dalam pelayanan kedokteran khususnya.
3. Belum adanya peraturan perundang-undangan yang menjamin akuntabilitas profesi kedokteran (saat ini kita sedang menunggu diundangkannya UU Praktik Kedokteran yang diharapkan dapat mengatur praktek kedokteran yang akuntabel).
4. Belum adanya good clinical governance di dalam pelayanan kedokteran di Indonesia, yang terlihat dari belum ada atau kurangnya standar (kompetensi, perilaku dan pelayanan) dan pedoman (penatalaksanaan kasus), serta tidak tegasnya penegakan standar dan pedoman tersebut.

Diduga masih banyak penyebab-penyebab lain atau derivat dari penyebab-penyebab di atas, seperti tidak adanya standar pendidikan kedokteran, peraturan yang membolehkan para dokter bekerja di banyak tempat praktek (sarana kesehatan) dengan risiko menipisnya mutu hubungan dokter-pasien, mahalnya pendidikan kedokteran – terutama PPDS, sistem pembiayaan yang membebankan sebagian besar keputusan kepada dokter, komersialisasi rumah sakit, dan lain-lain.

Dengan melihat faktor-faktor penyebab di atas maka pencegahan terjadinya malpraktek harus dilakukan dengan melakukan perbaikan sistem, mulai dari pendidikan hingga ke tata-laksana praktek kedokteran. Pendidikan etik kedokteran dianjurkan dimulai lebih dini sejak tahun pertama pendidikan kedokteran, dengan memberikan lebih ke arah tools dalam membuat keputusan etik, memberikan banyak latihan, dan lebih banyak dipaparkan dalam berbagai situasi-kondisi etik-klinik tertentu (clinical ethics), sehingga cara berpikir etis tersebut diharapkan menjadi bagian pertimbangan dari pembuatan keputusan medis sehari-hari. Tentu saja kita pahami bahwa pendidikan etik belum tentu dapat mengubah perilaku etis seseorang, terutama apabila teladan yang diberikan para seniornya bertolak belakang dengan situasi ideal dalam pendidikan.

⁹ *Ibid.*, hal. 132.

Nilai-nilai materialisme yang dianut masyarakat harus dapat dibendung dengan memberikan latihan dan teladan yang menunjukkan sikap etis dan profesional dokter, seperti autonomy, beneficence, non maleficence dan justice, serta sikap altruisme. Diyakini bahwa hal ini adalah bagian tersulit dari upaya sistemik pencegahan malpraktek, oleh karena diperlukan kemauan politis yang besar dan serempak dari masyarakat profesi kedokteran untuk mau bergerak ke arah tersebut. Perubahan besar harus dilakukan.

Undang-undang Praktik Kedokteran diharapkan menjadi wahana yang dapat membawa kita ke arah tersebut, sepanjang penerapannya dilakukan dengan benar. Standar pendidikan ditetapkan guna mencapai standar kompetensi, kemudian dilakukan registrasi secara nasional dan pemberian lisensi bagi mereka yang akan berpraktek. Konsil harus berani dan tegas dalam melaksanakan peraturan, sehingga akuntabilitas progesi kedokteran benar-benar dapat ditegakkan. Standar perilaku harus ditetapkan sebagai suatu aturan yang lebih konkrit dan dapat ditegakkan daripada sekedar kode etik. Demikian pula standar pelayanan harus diterbitkan untuk mengatur hal-hal pokok dalam praktek, sedangkan ketentuan rinci agar diatur dalam pedoman-pedoman. Keseluruhannya akan memberikan rambu-rambu bagi praktek kedokteran, menjadi aturan disiplin profesi kedokteran, yang harus diterapkan, dipantau dan ditegakkan oleh Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia (MKDKI). Profesional yang “kotor” dibersihkan dan mereka yang “busuk” dibuang dari masyarakat profesi.

Ketentuan yang mendukung good clinical governance harus dibuat dan ditegakkan. Dalam hal ini peran rumah sakit sangat diperlukan. Rumah sakit harus mampu mencegah praktek kedokteran tanpa kewenangan atau di luar kewenangan, mampu “memaksa” para profesional bekerja sesuai dengan standar profesinya, serta mampu memberikan “suasana” dan budaya yang kondusif bagi suburnya praktek kedokteran yang berdasarkan bukti (EBM).

B. 4. Upaya Pencegahan Malpraktik Dalam Pelayanan Kesehatan

1. Upaya pencegahan malpraktek dalam pelayanan kesehatan

Dengan adanya kecenderungan masyarakat untuk menggugat tenaga bidan karena adanya mal praktek diharapkan para bidan dalam menjalankan tugasnya selalu bertindak hati-hati, yakni:

- a. Tidak menjanjikan atau memberi garansi akan keberhasilan upayanya, karena perjanjian berbentuk daya upaya (inspaning verbintenis) bukan perjanjian akan berhasil (resultaat verbintenis).

- b. Sebelum melakukan intervensi agar selalu dilakukan informed consent.
- c. Mencatat semua tindakan yang dilakukan dalam rekam medis.
- d. Apabila terjadi keragu-raguan, konsultasikan kepada senior atau dokter.
- e. Memperlakukan pasien secara manusiawi dengan memperhatikan segala kebutuhannya.
- f. Menjalin komunikasi yang baik dengan pasien, keluarga dan masyarakat sekitarnya.

2. Upaya menghadapi tuntutan hukum

Apabila upaya kesehatan yang dilakukan kepada pasien tidak memuaskan sehingga bidan menghadapi tuntutan hukum, maka tenaga bidan seharusnya bersifat pasif dan pasien atau keluarganya yang aktif membuktikan kelalaian bidan. Apabila tuduhan kepada bidan merupakan criminal malpractice, maka tenaga bidan dapat melakukan :

- a. *Informal defence*, dengan mengajukan bukti untuk menangkis/ menyangkal bahwa tuduhan yang diajukan tidak berdasar atau tidak menunjuk pada doktrin-doktrin yang ada, misalnya bidan mengajukan bukti bahwa yang terjadi bukan disengaja, akan tetapi merupakan risiko medik (risk of treatment), atau mengajukan alasan bahwa dirinya tidak mempunyai sikap batin (men rea) sebagaimana disyaratkan dalam perumusan delik yang dituduhkan.
- b. *Formal/legal defence*, yakni melakukan pembelaan dengan mengajukan atau menunjuk pada doktrin-doktrin hukum, yakni dengan menyangkal tuntutan dengan cara menolak unsur-unsur pertanggung jawaban atau melakukan pembelaan untuk membebaskan diri dari pertanggung jawaban, dengan mengajukan bukti bahwa yang dilakukan adalah pengaruh daya paksa.

Berbicara mengenai pembelaan, ada baiknya bidan menggunakan jasa penasehat hukum, sehingga yang sifatnya teknis pembelaan diserahkan kepadanya.

Pada perkara perdata dalam tuduhan civil malpractice dimana bidan digugat membayar ganti rugi sejumlah uang, yang dilakukan adalah mementahkan dalil-dalil penggugat, karena dalam peradilan perdata, pihak yang mendalilkan harus membuktikan di pengadilan, dengan perkataan lain pasien atau pengacaranya harus membuktikan dalil sebagai dasar gugatan bahwa tergugat (bidan) bertanggung jawab atas derita (damage) yang dialami penggugat.

Untuk membuktikan adanya civil malpractice tidaklah mudah, utamanya tidak diketemukannya fakta yang dapat berbicara sendiri (res ipsa loquitur), apalagi untuk

membuktikan adanya tindakan menterlantarkan kewajiban (*dereliction of duty*) dan adanya hubungan langsung antara menterlantarkan kewajiban dengan adanya rusaknya kesehatan (*damage*), sedangkan yang harus membuktikan adalah orang-orang awam dibidang kesehatan dan hal inilah yang menguntungkan tenaga kebidanan.

Di Indonesia terdapat ketentuan *informed consent* yang diatur antara lain pada Peraturan Pemerintah No 18 Tahun 1981 yaitu:

- 1) Manusia dewasa sehat jasmani dan rohani berhak sepenuhnya menentukan apa yang hendak dilakukan terhadap tubuhnya. Dokter tidak berhak melakukan tindakan medis yang bertentangan dengan kemauan pasien, walaupun untuk kepentingan pasien sendiri.
- 2) Semua tindakan medis (*diagnostic, terapuetik* maupun *paliatif*) memerlukan *informed consent* secara lisan maupun tertulis.
- 3) Setiap tindakan medis yang mempunyai resiko cukup besar, mengharuskan adanya persetujuan tertulis yang ditandatangani pasien, setelah sebelumnya pasien memperoleh informasi yang adekuat tentang perlunya tindakan medis yang bersangkutan serta resikonya.
- 4) Untuk tindakan yang tidak termasuk dalam butir 3, hanya dibutuhkan persetujuan lisan atau sikap diam.
- 5) Informasi tentang tindakan medis harus diberikan kepada pasien, baik diminta maupun tidak diminta oleh pasien. Menahan informasi tidak boleh, kecuali bila dokter/bidan menilai bahwa informasi tersebut dapat merugikan kepentingan kesehatan pasien. Dalam hal ini dokter dapat memberikan informasi kepada keluarga terdekat pasien. Dalam memberikan informasi kepada keluarga terdekat dengan pasien, kehadiran seorang bidan/paramedic lain sebagai saksi adalah penting.
- 6) Isi informasi mencakup keuntungan dan kerugian tindakan medis yang direncanakan, baik *diagnostic, terapuetik* maupun *paliatif*. Informasi biasanya diberikan secara lisan, tetapi dapat pula secara tertulis (berkaitan dengan *informed consent*).

C. Kesimpulan dan Saran

C. 1. Kesimpulan

Aspek perlindungan hukum terhadap pasien korban malpraktek oleh dokter berdasarkan hukum Indonesia, yaitu

1. Secara Preventif : dengan adanya peraturan-peraturan yang mengatur mengenai tindakan malpraktek, yaitu dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata), Undang-Undang Kesehatan, Undang-Undang Perlindungan Konsumen, Undang-Undang Praktik Kedokteran, dan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).
2. Secara Represif : dengan adanya tindakan yang mengakibatkan kerugian, maka seseorang yang melakukan tindakan tersebut dijatuhkan sanksi berupa sanksi perdata, yaitu dengan mengganti kerugian. Sanksi administratif, yaitu diberhentikan sementara dari jabatan (dokter) yang dipegang, pemecatan keanggotaan dan pencabutan izin praktek kedokteran oleh Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia (MKDKI). Sanksi pidana, yaitu tindakan tersebut adalah perbuatan melanggar hukum dan dapat dikenakan sanksi pidana penjara paling lama 12 tahun.

Suatu tindakan Dokter yang bisa dikatakan sebagai malpraktek adalah:

- a. Adanya pengaturan terhadap hukum.
- b. Adanya hubungan hukum para pihak.
- c. Adanya pelanggaran hak dan kewajiban
- d. Adanya akibat hukum yang ditimbulkan.

C. 2. Saran

1. Hendaknya Pemerintah memberikan pendidikan dan sosialisasi mengenai perlindungan hukum terhadap pasien maupun korban malpraktek berkaitan hak-hak yang dimiliki oleh pasien maupun korban malpraktek kepada masyarakat.
2. Dari pihak pasien sendiri jika merasa tidak puas terhadap tindakan tenaga kesehatan, janganlah mengambil kesimpulan dan menganggap kesalahan selalu berada pada pihak tenaga kesehatan karena di dalam suatu tindakan medis tertentu terdapat suatu risiko yang terkadang tidak dapat dihindari.

DAFTAR PUSTAKA

Chazawi, Adami. *Malpraktik Kedokteran*. Cet. I. Ed. I. Malang: Banyu Media Publishing

Ide, Alexandra. *Etika dan Hukum dalam Pelayanan Kesehatan*. Yogyakarta: Grasia Book Publisher, 2012

Hariayani, Safitri. *Sengketa Medik Alternatif Penyelesaian Perselisihan Antara Dokter Dengan Pasien*. Jakarta: Diadit Media. 2005

Koeswadjji, Hermien Hadiati. *Beberapa Permasalahan Hukum dan Medik*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1992

Ohoiwutun, Y.A. Triana. *Bunga Rampai Hukum Kedokteran*. Cet. II. Ed. I. Malang: Banyu Media Publishing

Smith, Hubert W. *Kesalahan Dokter atau Tindakan Malpraktek*. Jakarta: Penerbit Buku Kedokteran EGC, 2008

Supriadi, Wila Chandrawila. *Hukum Kedokteran*. Cet.1. Bandung: Mandar Maju, 2001

**SAME-SEX MARRIAGE AFTER OBERGEFELL: THE STATE OF THE UNION IN
THE U.S. AND INTERNATIONAL IMPLICATIONS FOR INDONESIA
(INCLUDING JUSTICE KENNEDY’S TOP 10 ERRORS)**

Patrick M. Talbot

Faculty of Law, Pelita Harapan University
pkjtalbot@gmail.com, patrick.talbot@uph.edu

Abstrak

Mekanisme pengisian jabatan kepala daerah melalui pemilihan kepala daerah secara langsung kembali menjadi perdebatan publik setelah revisi UU Pilkada disahkan oleh DPR pada tanggal 2 Juni 2016. Sejak berlakunya UU No.32 Tahun 2004, pengisian jabatan kepala daerah dilakukan melalui pemilihan secara langsung oleh rakyat. Setelah 10 tahun berlangsung, DPR kemudian menetapkan UU No.22 Tahun 2014 yang mengatur bahwa kepala daerah dipilih melalui DPRD. Ketentuan ini kemudian menimbulkan penolakan dari sebagian masyarakat, sehingga Presiden RI menetapkan Perppu No.1 Tahun 2014, yang kemudian disahkan oleh DPR menjadi UU No.1 Tahun 2015 (diubah dengan UU No.8 Tahun 2015) yang mengatur bahwa kepala daerah kembali dipilih secara langsung oleh rakyat. Berdasar ketentuan tersebut, maka sejak bulan Desember 2015 secara bertahap, pemilihan kepala daerah dilaksanakan secara serentak di seluruh wilayah Indonesia, sehingga kemudian dikenal dengan Pilkada serentak. Setelah dilakukan evaluasi terhadap pelaksanaan Pilkada serentak yang dilaksanakan di 204 Daerah, yang meliputi 197 Kabupaten/Kota, dan 7 Provinsi, maka DPR kemudian memutuskan untuk merevisi UU Pilkada. Berbagai perubahan kebijakan yang diambil oleh Pemerintah dan DPR dalam mengatur mengenai mekanisme pengisian jabatan kepala daerah tersebut sangat tergantung dari konfigurasi politik yang sedang berlangsung pada masa tertentu. Buktinya sebelum masa reformasi, pengisian jabatan kepala daerah ditentukan oleh Pemerintah Pusat, sesuai dengan kebijakan pemerintah yang sentralistik pada saat itu. Sementara itu, setelah berlangsungnya reformasi di segala bidang yang disusul dengan terjadinya Perubahan UUD 1945, maka ketentuan mengenai pengisian jabatan kepala daerah juga dilakukan secara demokratis. Meskipun penentuan kebijakan pengaturan tentang pengisian jabatan kepala daerah sangat dipengaruhi oleh politik hukum pemerintah yang berkuasa, namun di dalam penyusunannya tidak dapat dilepaskan dari kerangka hukum nasional pada umumnya. Dengan demikian, pengaturan tentang mekanisme pengisian jabatan kepala daerah merupakan bagian dari politik hukum nasional di bidang penyelenggaraan pemerintahan daerah.

Kata Kunci: *pengisian jabatan kepala daerah, politik hukum*

Abstract

In June of 2015, the Supreme Court of the United States (SCOTUS), in a close 5 – 4 decision in the case of *Obergefell v. Hodges*, ushered in “same-sex marriage,” requiring its implementation in all Fifty States. In the process, it overturned many States’ traditional marriage laws, which held to the historical, natural view that marriage is a union only between a man and a woman (not a man and a man, nor a woman and a woman). Indonesia has a similar natural view of marriage, so author include a discussion of that and any implications for Indonesia stemming from the SCOTUS case. Justice Kennedy wrote the majority opinion in

Obergefell. Author contend the case was improperly decided and point out several of its errors, including a Top 10 List of Kennedy's jurisprudential and worldview mistakes. In the name of some vague idea called "marriage equality," SCOTUS has actually unraveled marriage to the point it has lost its meaning and value. It has engaged in a legal fallacy of calling something different (homosexual "unions") the same as complementary-sex unions, to achieve their equal treatment, by calling each a "marriage." It also did this without a proper public vote, and in violation of the rights of States to determine the definition of marriage themselves. The decision has abused the U.S. Constitution. Author discuss how. It is also going to spawn generations of confused Americans. Lastly, it is a case that intelligent Indonesians and the international community should scrutinize and soundly reject.

Keywords: filling of regional head post, politics of law

A. Introduction

The author writing a set of two articles dealing with same-sex marriage (SSM) and religious liberty in America, following *Obergefell v. Hodges*³¹⁷ in the Supreme Court of the United States (SCOTUS). However, author write with Indonesia and other Asian countries in mind, considering the global implications of this case. Both articles came from a symposium paper author initially presented at Petra Christian University in Surabaya, in May, 2015 on religious liberty. This first article addresses the issue of the mandatory legalization of SSM in America in *Obergefell*, and the lack of solid jurisprudential to support it. The second article will address religious liberty issues facing Christian wedding vendors who are opposed in conscience to SSM, according to their sincerely held religious beliefs. That article will survey some of the recent cases involving bakers, florists, planners, photographers (and even clergy), and discuss some current developments (like the gender-neutral toilet and locker-room wars in America today). As of this writing, SCOTUS has not decided this second issue facing vendors. It will do so soon.

Shortly after the above noted religious liberty symposium in Indonesia, SCOTUS, acting against all dictates of common sense and sound reason, ruled in *Obergefell v. Hodges* that all Fifty States must now allow same-sex couples the right to marry (issuing actual State marriage licenses). Accordingly, SCOTUS has taken this decision away from the voters in every State, trampling on democracy in the process. The vote was five Justices to four, and so came down to one vote. Justice Kennedy wrote the majority opinion and is often considered the "swing vote" on this sort of issue. The decision has boiled over into heated, angry responses not only in America, but around the world. Author will discuss some of its specifics below.

³¹⁷ 576 U.S. 11 (2015)

This outcome would not have happened without a general worldview shift to secular humanism within the constitution of SCOTUS' Justices, as simply reflected in American culture.

In this article, author essentially consider the now extinguished right of a nation's citizenry, after *Obergefell*, to define marriage in its traditional way (i.e., historically and/or religiously), as the lifelong union of a man and a woman. This of course also involves the right to settle upon this definition through a legislative (democratic) process. Still greater issues underlie the rights of a people to decide this issue for themselves, in regard especially to any religious views they have on the matter, amidst what is a growing secularist view of marriage in America.

Consider some of these underlying issues, for instance: Is it an improper entanglement of Church and State for a State in the U.S. to support a religious view of marriage? Is there such a thing as a non-religious view of marriage anyway? Does legislation of an historical, religious view of marriage improperly discriminate against same-sex couples? Are attacks and threats against Christians who hold to their view of marriage justified? Is this like the civil rights movement? Is SSM a *human right*? Should supporters of traditional marriage be called bigots and be harassed at every turn for expressing their view? In terms of lawmaking and the democratic political process, should LGBT activists' attempts to exclude the Christian and multi-religious view of marriage in that law-making process be applauded (as it is in America's media, educational, and secular legal institutions); or, is that stringent effort to eliminate the Christian view of marriage in the democratic lawmaking process an invidious attack on the religious liberty of Christians (or of Jews, Muslims, Hindu's and other religious persons for that matter)? How should this work in a pluralistic society, like America, Australia, or Indonesia?

Author suppose reader may already guess some of author's suggested answers to these questions. In any event, this specific jockeying for supremacy of secular humanism (as ideology) against Christianity (and other religions) in a society, to determine the correct view of marriage, is an important introductory theme author wish to address as a foundation for this article and the next.

B. Discussion

B. 1. Secular Humanism As Its Own Religious Interference in Marriage and Other Social Issues

Some who argue against the traditional view of marriage do so historically on the ground the traditional view of marriage is a religious one, violating a so-called separation of Church and State. In this article, author take the view secular humanism itself, as an antagonist of Christianity, and including its underlying atheism, is also a religion of sorts. So this topic is in some ways really an issue of competing religious views on marriage and other social issues. Secular humanism, is a religious belief system since it makes claims about ultimate reality. It even claims a supreme being (man) as the highest order of intelligence. It disavows any others.

Author thus assail in this paper the fiction that secularism is somehow “neutral,” and can give us a trustworthy and just definition of marriage, while conventional religions like Christianity, cannot. Some say the Christian view is *biased*, but that says nothing valuable: if so, then so are all definitions, including a secular one. The truth, of course, is neutrality itself is a author’sth, and no laws are ultimately neutral in their values. Everyone, including the secular humanist, or atheist, believes in something. She has her own doctrinal beliefs – a creed, as it were, and is biased toward it. So this charge says nothing.

To understand how secular humanism is a belief about ultimate reality, with its own formal creed, just see the Humanist Manifestos, I, II, III, and the churches of atheism springing up in record numbers in California and England.³¹⁸ Secularism is not religiously neutral, but is itself a religious ideology, and attacks Christianity among others. Secular ideology is highly involved in the political and lawmaking process, and in the specific move toward SSM. Its proponents in fact seek to silence and injure those with *deviant* viewpoints, such as Christians.

That is an underlying subject author wish to address in this set of articles, since the very notion of SSM is steeped in a secular mindset. Author cannot deny that some supposed Christians have joined the so-called SSM crusade. Author does say they have simply adopted the secularist mindset in doing so, and are completely deceived on this issue, or perhaps just ignorant.

³¹⁸ The American Humanist Association (AHA) website has links to all three Humanist Manifestos. The Humanist Manifesto I (to some extent II also) specifically describes humanism as religious throughout; although some secularists today seek to separate the word “religious” from secular humanism, I consider such semantics essentially unconvincing. See http://americanhumanist.org/Who_We_Are/About_Humanism. AHA’s website also shows a logo and supporting connection to the LGBTQ Humanist Council. *Id.*; see www.lgbthumanists.org. See also Gillian Flacus, *Atheist ‘Megachurches’ Crop Up Around the World*, Huffington Post, Nov. 11, 2013, http://www.huffingtonpost.com/2013/11/10/atheist-mega-church_n_4252360.html.

Secularists of course say marriage is whatever we want to call it. It is a fluidly defined, genderless institution, about sexually involved grown-ups of any kind committing to each other at some level, for some unspecified period of time (not always for life), and who receive some social status conferred upon them by their government. Christianity, along with most faiths, holds biological sex or gender (male and female) is intrinsic to marriage. It is historically so understood as part of God's created order, honoring the complementarity of two sexes.

B. 2. Structuring The Issues in America and Internationally

Author should point out this clash of Christian and secular worldviews has led to the two very hotly contested issues on SSM, comprising precisely the subject matter of each of author's two articles. These issues can be separated along U.S. Constitutional lines, each lining up neatly with the two religion clauses in the First Amendment of the Constitution (the Establishment and Free Exercise of Religion clauses). So for instance, the subject of this first article, concerning the right of the citizenry to define marriage in the States or in the Nation as a whole in the traditional way, potentially involves, among several constitutional issues, the constitutional question of an establishment of religion. The subject of the second article, concerning the right of individuals and small businesses to decline participation in same-sex weddings and similar events in accordance with their sincerely held religious beliefs, involves the free exercise of religion. Both the Establishment Clause and Free Exercise Clause of the First Amendment are essential components of American constitutional jurisprudence on religious liberty and human rights. Author will discuss some of these constitutional principles and other laws in more detail below, after briefly discussing and analyzing Indonesia's constitutional and statutory framework on the issue.

Author realize this clashing of values between secular³¹⁹ and Christian religious views on marriage (and similar issues) may not be the primary religious liberty concern in Asia, and in Indonesia, at this time, but it is certainly a significant issue, and has already made its way here. Surprisingly, at the symposium in Surabaya, at least one other presenter was already discussing the theme of author's second article, and that is from Indonesia and prior to *Obergefell*.

³¹⁹ I use the term "secular" in this article a bit "tongue in cheek," in its assumed, common use, as depicting "non-religious" stuff. The truth is any divide between "secular" and "religious" is actually just artificial, as secularism is itself a religious view. I appreciate readers keeping that in mind in going ahead with examining this article.

Since the *Obergefell* case, LGBT issues have become a hot topic among Indonesians (less so about SSM specifically). Students are actively engaged in this discussion, and several universities, including mine, have sponsored symposia to start handling this new issue. Indonesian society at large shows a conflicting array of views among government, Islamic groups, and the Christian Church. Sections of the Church in Indonesia have shown confusion, ignorance, and lack of intelligent guidance on the subject.

In other areas of Asia, skirmishes on SSM have already spread to places like South Korea, Hong Kong, Thailand and Taiwan, with some of those known to be more sexually permissive than Indonesia. Author suspect Indonesia is going to be embroiled in this conversation for some time, especially given the Obama administration's constant pressure on America's trading partners to embrace his social agenda. Still, fundamentals in Indonesia's social, religious, legal and political structures make any kind of embrace of SSM in Indonesia a distant prospect for a very long time to come. Author provide a short introduction to Indonesia's legal structure below, and then compare it to America's situation, criticizing the *Obergefell* case in particular.

B. 3. Indonesia's Constitutional and Legal Structure on Religion and Marriage

B.3.1. Religious Protection and Establishment Issues in Indonesia

Indonesia of course follows the principle of *Pancasila* (a kind of pluralism), incorporated into the Preamble of the 1945 Constitution. It embodies similar principles in regard to religious diversity, but declares an official belief in an Almighty God (incorporating monotheism): "By the grace of God Almighty and motivated by the noble desire to live a free national life, the people of Indonesia hereby declare their independence."³²⁰

Likewise, according to *Pancasila*, Indonesia, as a sovereign State, shall be built and "based on a belief in the One and Only God, just and civilized humanity, the unity of Indonesia, and democratic life led by wisdom of thoughts in deliberation amongst representatives of the people, and achieving social justice for all the people of Indonesia."³²¹ These are the five core ideals of *Pancasila*.

The Indonesian Constitution's Human Rights Chapter (Ch. XA), contains many of the same rights in the Universal Declaration of Human Rights (intentionally). Among its several

³²⁰ Indonesia Const. Preamble (1945).

³²¹ *Id.*

relevant provisions, Article 28B (1) says: “Every person shall have the right to establish a family and to procreate based on lawful marriage.”³²² Article 28E includes in relevant part: “(1) Every person shall be free to choose and to practice the religion of his/her choice (2) Every person shall have the right of the freedom to believe his/her faith (*kepercayaan*), and to express his/her views and thoughts, in accordance with his conscience”³²³ (emphasis added). Article 28H (1) denotes a right to live in “spiritual prosperity,” and 28I preserves specifically the rights of freedom of thought, conscience, and religion.³²⁴

Article 29 of the Indonesian Constitution’s Chapter on Religion (Ch. XI), relates specifically to religious exercise, saying: “(1) The State shall be based upon the belief in the One and Only God. (2) The State guarantees all persons the freedom of worship, each according to his/her own religion or belief.”

In Indonesia, the principle of *Pancasila*, as well as other constitutional principles noted above, direct against the establishment of a single state religion that all must adhere to. The one exception possibly is an overarching acknowledgment of the One True God (an expression of monotheism, yet its seeming under-inclusiveness remains a debated issue). Indonesians may still exercise their religions, including Hindus and Buddhists, neither of which is actually monotheistic (or even actually theistic, as in Buddhism). Six officially recognized religions are Catholicism, Protestantism, Islam, Hinduism, Buddhism and Confucianism (the latest). Atheism is not listed as such, and can carry criminal punishments, but is somewhat common, and is being pushed as a separate, allowable category on a citizen’s I.D. Card. Several minority religions are also theoretically protected, but not always so in practice.³²⁵

B.3.2. Indonesian Marriage Laws

In terms of marriage, it seems also a traditional view of marriage and family, based on male-female couples, is established or at least implied in Article 28B of the Indonesian Constitution. As noted above, this article ties marriage and family together through procreation.

Law No. 1 of 1974 is the primary (specialized) marriage law of Indonesia. Article 1 says, “Marriage is a physical and spiritual bond between a man and a woman as husband and wife, having the purpose of establishing a happy and lasting family founded on the Belief in

³²² *Id.* art 28B (1).

³²³ *Id.* art 28E.

³²⁴ *Id.* arts. 28H and 28I.

³²⁵ Suhadi Cholil, *Freedom of Religion or Belief in Indonesia and the Challenge of Muslim Exceptionalism*, Symposium Religious Freedom 2015, Universitas Kristen Petra, 7, 8 (7 May, 2015) (paper on file with author).

God Almighty.”³²⁶ Article 3 (1) again indicates, in principle, a man may only be married to one woman, and a woman to one man. Although the next clause makes exception for a man to have more than one wife (special permission, etc.), no exception is made for marrying in the same biological sex.³²⁷ Given the strong Muslim heritage of the law and its surrounding culture, it is doubtful this feature of the law would ever change. The remainder of Law No. 1/1974 is consistent in its two-sexes view of marriage.

Even the more generalized Civil Code (KUHD Pertama) in Title 4 on Marriage, contains similar national definitions and descriptions of marriage. Article 27 for instance clearly indicates only heterosexual marriage: a man can only be united with a woman, and a woman with a man, and each only to the other at one time.³²⁸ Spouses in the Civil Code are also consistently referred to as husband and wife.³²⁹

B.3.3. Summary and Prediction

It is clear that a traditional and religious definitions of marriage as between a man and a woman is deeply engrained in Indonesian law, society, and culture. The idea of a same-sex union receiving any official state blessing, let alone the idea of calling it *marriage* is anathema to traditional Islam and orthodox Christianity, as well as to most religions in the country. So while there are growing debates and discussions on the entire issue of LGBT rights (whatever that entails), the adoption of SSM anytime soon as an institution is highly improbable.

Indonesians still are seriously discussing whether it is appropriate to kill active homosexuals, or instead fine or jail them, or only have them dismissed from their jobs, or just leave them alone. Students initiate rights talk and there is growing sentiment for acceptance and tolerance (the opposite is also true in some places). In the week before writing this, the PGI (Community of Churches in Indonesia, appointed by the government) has issued a pastoral letter in support of LGBT rights in a spiritual sense as not sin or sickness.³³⁰ Scores of churches all across Indonesia are in an uproar over this letter, saying it inaccurately reflects the Christian view of the matter in society. Dust from the commotion is flying everywhere. It is a flawed

³²⁶ UU Law no. 1/1974, art. 1.

³²⁷ *Id.* art. 3(2)

³²⁸ KUHD, art. 27; *see also* art. 29; *see also* Title 5, Right and Duties of Spouses, and Titles 6 – 11.

³²⁹ *See e.g., id.*, arts 105 – 106 (duties of husband and wife).

³³⁰ Letter from Dr. H. T. H. – Lebang and Gomar Gultom to PGI Member Church Leaders (June 17, 2016), available at <https://translate.google.co.id/translate?hl=en&sl=id&tl=en&u=http%3A%2F%2Fpgi.or.id%2Fdokumen-pgi-2%2F>.

letter in its science and Scripture, and unlikely to change any laws in any case. But it also does not support SSM in seeking to affirm LGBT individuals (a fusion of unclear, variable situations to begin with).

Savvy Indonesians will understand, Author hope, that lumping all these issues into one heading of “LGBT rights,” (as either *pro* or *con*), is simply poor analysis and likely dangerous. But that is what people tend to do everywhere (it is easier just to lump it all together as one issue, which it is not, than to consider greater seminal issues, such as, “what is the meaning of marriage itself?”). Author hopeful this article can shed some light in Indonesia and other countries to better understand and analyze the important distinctions in these issues, and to reach appropriate laws and policies. Author will now turn to the U.S. legal structure, and discussion of what sadly happened in *Obergefell*.

B. 4. Constitutional and Statutory Framework Protecting Religious Liberty in America Currently

B. 4. 1. Constitutional Provisions

The U.S. Constitution contains a couple of key religious freedom principles in its First Amendment. In short, the First Amendment provides: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof”³³¹

The first clause (up to the comma) of the First Amendment, is known as the Establishment Clause. Its initial intent was to prevent the U.S. Congress from establishing a State Church; that is, “institutionalizing” a single national Church (i.e., one of the various Christian ones). It served to prevent Congress from establishing and institutionalizing an official state religion under that Church (such as Germany and England have had at times, and which some of the individual States at one point had).³³² I see it as something that can loosely be characterized as a “*freedom from a state religion*” provision, in the strictest sense of freedom from an institutional religion imposed upon everyone at the national level. This was so people could practice their own religions (again contemplating this within one of the versions of Christianity).

The second clause (after the comma) is known as the Free Exercise clause, and is available to all citizens. Author could characterize it more as a “*freedom to exercise one’s*

³³¹ U.S. Const. amend. I (1791).

³³² See John Eidsmoe, *God and Caesar, Biblical Faith and Political Action* 19-24 (1997) (giving an excellent history, including of the First and Fourteenth Amendments (applying the religion clauses to the States)).

religion” clause, without imposition or interference from a national or state religion. Author deal with this more in author’s second article, concerning Christian wedding vendors being able to carry on their businesses according to their sincere religious convictions. This first article perhaps relates more to the Establishment Clause, since many seem to feel that support for traditional marriage amounts to establishing a state religion. This is incorrect. Author discuss this below.

In addition, several States in the U.S. have similar religious provisions. Virginia’s Constitution for instance, provides:

SEC 16: That religion, or the duty which we owe to our Creator, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence; and therefore all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the mutual duty of all to practice Christian forbearance, love, and charity towards each other.³³³

B. 4. 2. Statutes

In 1996 the United States Congress passed the Defense of Marriage Act (DOMA), signed into law by then President Clinton after enjoying widespread, bipartisan political support. The Act preserves the traditional definition of marriage as the union of one man and one woman for purposes of federal law and government.³³⁴ Regrettably, this definition, as part of DOMA, was overturned in 2013 in *United States v. Windsor*,³³⁵ a case Author discuss in significant detail below.

In 1993, the Congress passed the first ever national Religious Freedom Restoration Act (RFRA).³³⁶ A subsequent Religious Land Use and Institutionalized Persons Act 2000 (RLUIPA) expands upon RFRA and helps interpret its application in corporate settings.³³⁷ Several States have also passed (or are debating) their own State RFRAs. In the meantime, many state, local, and city governments have recently passed Sexual Orientation, Gender Identity (SOGI) laws, seeking to prohibit discrimination on the basis of sexual orientation or identity. It is not hard to see the imminent clash between RFRAs and SOGIs. As these laws involve more the issue of free exercise of religion, however, Author will discuss them in the second article.

³³³ VA. Const. §16 (1776).

³³⁴ DOMA, 110 Stat. 2419 (§ 3, containing the traditional marriage definition, was stricken)

³³⁵ 570 U.S. 12, 133 S.Ct. 2675 (2013)

³³⁶ 107 Stat. 1488, 42 U.S.C. § 2000bb, *et. seq.*

³³⁷ 114 Stat. 803, 42 U.S.C. § 2000cc, *et. seq.*

In addition to Constitutional provisions and statutes, countless local and municipal laws, rules, and ordinances also relate to the Establishment Clause. Case law from SCOTUS, and also at the federal and state levels also forms a huge part of America's jurisprudence on the issues of either establishing religion or its free exercise. All laws and cases, however, are subject to final constraints imposed by the Constitution's First Amendment, as interpreted by SCOTUS.

B. 4. 3. Synopsis in America Today

At present, America is plagued by a serious secular-leftist-humanist anti-Christian purging effort, seen in her educational, legal, social and even corporate institutions. The idea is to cleanse from American life the Christian view of just about anything, including marriage. Non-establishment of religion is no longer about escaping a state-imposed religion (the intended meaning), and not even just about keeping religious views out of the public square (an incorrect view in the first place), but it goes deeper now to keeping religious views entirely to oneself (certainly an impermissible view). Secular humanism's social agenda is to keep Christian views from influencing conversations on important social issues, and to keep it in its special *religious worship* box. America seems to have shifted from the very limited idea of *freedom from a state-imposed religion or an institutionalized national Church*, to the idea of *freedom from religion in every aspect of American life*, save for what elite consensus will allow inside the walls of a church, and even this is subject to secular attack now.

Secularism is successfully causing the Establishment Clause to stray so far from its intended meaning that it is turning into a monster, swallowing up the second clause on free exercise of religion altogether. *Freedom of religion* is now being replaced with *freedom from religion* in virtually all aspects of American life. This is unsupportive of the intent of the First Amendment, and violates basic human rights and justice. But just how did America get herself into this secular slide; how did she manage to stray so far from the First Amendment's intentions?

B. 5. The Slide Toward A Secular America and Loss of Religious Liberty

Author believe a short but sure answer to these questions is a growing trend toward Statism in America. She has moved increasingly in recent decades to a view of life that sees a greater role for the State than in the past, causing way too much blending of the government

and private sectors. In large part this is due recently to the growing regulatory apparatus of government over commercial enterprises, in turn due to the economic meltdown and recession in 2008 and 2009. In some sense, then, the business world is also largely responsible for this trend, but Statism started long before this crisis. Still, big banks and financial institutions clearly sparked the financial crisis in 2008, in significant part due to their greed and avarice in the sham mortgage-backed-securities industry, which led to a stunning rash of new government regulations. This in turn strengthened the intertwining of government and big business.

In addition, America is still in its second term with its most socialist-inclined President to date, Barak Obama. The idea of Statism, like Socialism, is to increasingly hand over to the government many of the functions in society intended for handling in the private sector, such as by businesses, families, and even the Church (consider Abraham Kuyper's *sphere sovereignty*). In author's view, this ends in confusion in the minds of the average person, as the norms in a State, intended as applying to government, tend to get swept into the private sector as well, becoming new norms there, applicable to all. A separation of Church and State, once understood to limit the reach of government, now more easily seeps slowly but ever so surely into a separation of Church (and religion) from society: i.e., business, schools, culture, and just about every inch of society outside one's family and individual life or one's actual house of worship.

Simultaneously, America's media, cultural, and educational systems are very secular and clearly hostile to religious viewpoints. Media and educational elites have been leaders in promoting homosexuality as a normal lifestyle, which must not be criticized or even challenged. If someone voices a criticism, s/he is automatically (but incorrectly) accused of religious bigotry. In this setting, it is hard to imagine religion, specifically Christianity, ever getting a fair shake.

Since most of American legal education now is avowedly secular (just a product of its culture) it is not really surprising to see judicial decisions continually going against religious persons in court on these issues. This, of course, only exacerbates the slide away from truth, since the judicial and legal systems give legal and social support to restrictions against religious liberty on questions like SSM and other social issues, reinforcing the speed of this secular slide.

This growing secularism has resulted in a twisting of the First Amendment's Establishment and Free Exercise Clauses. Its incorrect application of the Establishment Clause asserts that traditional definitions of marriage are discriminatory against gays and promote a

view of religion improperly imposed by the State on others. Such marriage laws, they say, must be stricken under the Establishment Clause. This view is incorrect.

B. 6. The Seminal Issue: Is A State's Definition of Natural (Traditional) Marriage Really A Violation of The Constitution?

B. 6. 1. Short Answer

The answer of course is *no*, but several scholars and jurists sincerely (or some not so sincerely) think otherwise. Author suppose they are simply deceived, and some are just being dishonest. In any event, SCOTUS in the *Obergefell* case has concluded State natural marriage laws do indeed violate the Constitution. Just how remains a bit of a author'sstery for many scholars.

B. 6. 2. Justice Kennedy's Concoction of SSM

Justice Kennedy, who wrote the majority opinion, appears to use a strange amalgam of various *intertwined* (he says that) Due Process (he means *substantive* due process, "DP") and Equal Protection ("EP") rights in the Fourteenth Amendment. His conclusion takes at least two steps. In the first step, he mixes substantive DP and EP together to create a general liberty interest, which he says everyone is given, to determine and to have *dignity* in their own sexual identities. It is a *right*, this liberty interest, of seeking and finding one's human *destiny* – one's very own core *identity* in what it means to be human. (The italicized words are his own, and show a culmination of his thinking over several years). Notably, however, this destiny/identity interest, as a liberty interest, is spelled out only in very limited terms as one's so-called *sexual identity*. It seems Kennedy sees sexual identity as the core and essence of one's human identity (a shallow view), and he avers it is fixed (one's *destiny*). In both assumptions he is incorrect. Meanwhile, a person's actual sex is something incidental, or fluid – perhaps a bunch of appendages we have to work around to achieve that real identity. He insists no stigmas shall attach to such identities, nor to anyone's liberty interest in pursuing them.

In a second step, he says something he calls *marriage* is a necessary ingredient to vindicate the liberty interest in one's identity (i.e., sexual identity). Succinctly, the liberty interest/right in one's sexual identity is vindicated by a second right of marriage. He says this is the only way to *dignify* someone's sexual *destiny* (again his words); nothing short of marriage

will do. This is Justice Kennedy's human rights recipe for his SSM creation.³³⁸ It comes not as one product off the Constitutional shelf but is a bunch of ingredients mashed together to serve up a new rights dish. Justice Kennedy's SSM rights recipe also has another very important ingredient in it: he says it is simply time to allow this. Very convincing.

Indeed, the SCOTUS decision is so chock full of errors in law, philosophy, and Constitutional interpretation, author sure it deserves the attention of a treatise to address it. Someone else can have the honor. Author will give a shorter list of criticisms and analysis here. Author will address this case on a couple of levels of constitutional analysis, first involving the Establishment Clause, and second the Equal Protection and Due Process Clauses of the Fourteenth Amendment.

B. 7. Incorrect Interpretations of The Establishment Clause and Corrections

To give some credit, author suppose if any is due, Justice Kennedy's majority opinion in *Obergefell* is not grounded on a claim that State traditional marriage definitions violate the Establishment Clause of the First Amendment. Instead, the majority grounded its view mostly on the Fourteenth Amendment's EP and DP clauses. Still, arguments based on the Establishment Clause have been common in this debate, and undergird the thinking that has brought it this far, so author shall consider it.³³⁹ This refrain from use of the Establishment Clause is small consolation, in any event.

B. 7. 1. Establishment Clause Arguments

A summary of the Establishment Clause arguments made by many SSM adherents typically goes something like this: The traditional definition of marriage is that of the union of a man and a woman. Although many people having sincere religious beliefs hold this view (i.e., Christians, etc.), they may not assert it as the basis of legislation; this, they say, violates the separation of Church and State (i.e., violates the Establishment Clause). As noted, the argument is then expanded to say a traditional view of marriage not only violates the separation of Church and State, but also discriminates against homosexuals. SSM advocates claim the

³³⁸ Justice Scalia, in dissent, took J. Kennedy to task for his special rights concoction. *Obergefell*, 576 U.S. at ____ (Scalia, J., dissenting) (slip op. at 6-8), available at http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

³³⁹ The Establishment Clause of the First Amendment is applicable to the States by the Fourteenth Amendment. Each State also has its own constitutional version of an establishment and free exercise clause. The arguments in each are essentially the same, and I treat them as such.

historical view violates the Equal Protection and Due Process Clauses in the Fourteenth Amendment, which applies to the States.³⁴⁰ In short, if religious views are even allowed in the lawmaking process, they must not violate the DP and EP Clauses of the Constitution. Religiously supported views simply cannot be superimposed in society via legislation, especially if those laws might discriminate against certain groups, such as homosexuals.

SSM activists see the traditional marriage laws as mainly conservative in viewpoint, acrimoniously targeting gays (how they get there is sometimes very strange), and they would oppose those laws even if they were not based on religion. Even Justice Kennedy acknowledged other secular (non-religious) arguments have been raised in good faith, to support traditional marriage laws.³⁴¹ This does not mean however, Establishment Clause arguments against traditional marriage have evaporated. They undergird the discussion. SSM advocates, including those in this Court, know this. Consequently I address these. This sort of argument is of course where the secular liberal side gets it so wrong. Author offer some illustrations:

In *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009), the Supreme Court of Iowa indicated many Iowans reject same-sex marriage as a civil institution “due to sincere, deeply ingrained – even fundamental – religious belief.”³⁴² The Court said that while religious institutions and individuals may continue to abide by their religious views of marriage in their own religious institutions and practices, those views are not apt for the *civil* and secular institution of marriage. It said incorporation of a religious view of marriage into Iowa’s state, *civil* institution of marriage violates the establishment clause in its own Constitution (art. I, § 3), and violates the entire doctrine of separation of Church and State:³⁴³ “[O]ur task [is] to prevent government from endorsing any religious view. *State government can have no religious views, either directly or indirectly, expressed through its legislation . . .* This proposition is the essence of the separation of Church and State.”³⁴⁴ (emphasis added; internal citation omitted). If so (and it isn’t), Iowa would also have to scrap its laws against murder, theft, child abuse, rape, incest, deceit, contract breaches, and so on, since religious views against these harmful things surely shaped those laws.

³⁴⁰ A Due Process Clause exists in the Fifth Amendment also, but applies chiefly to actions of the federal government (some contend it also contains some equal protection elements as well).

³⁴¹ *Obergefell*, 576 U.S. at ____ (slip op. at 4, 23).

³⁴² 763 N.W. 2d at 904.

³⁴³ *Id.* at 905-906.

³⁴⁴ *Id.* at 905.

The Iowa Supreme Court's statement is simply incorrect, but it suffices to show its garbled view that a religious definition of marriage, if applied in the secular, civil realm, somehow impermissibly establishes a religion. But when has marriage ever been completely irreligious; isn't it spiritual?. The Iowa Supreme Court improperly confused the idea of religious influence in law with the idea of an institutional separation of Church and State.

Similarly, theologian Wayne Grudem, in his book, *Politics According to the Bible* highlighted the statements of David Boies, a lawyer opposing the traditional definition of marriage in California's notorious "Proposition 8" cases.³⁴⁵ Attorney Boies incorrectly stated that while many Californians have genuine religious beliefs that marriage should be between a man and a woman, "the Establishment Clause . . . says that a majority is not entitled to impose its religious beliefs on the minority."³⁴⁶ Author guess his side is entitled to impose theirs?

B. 7. 2. Incorrectness of Establishment Clause Arguments

The views expressed above are fundamentally incorrect on several grounds.

First, it is impossible to extract out from any nation's laws their religious and philosophical, ideological underpinnings, and erase them. Law is inherently a moral inquiry. It absorbs and then encapsulates moral and religious viewpoints and principles. (author speaking here of course about the many valuable ethics in religion systems as valid contributors to human law, in contrast to some institutionalized rituals and ceremonies, which is a different matter.)

Human law is born of the cultural and societal norms of any people it serves, and these cultural and societal norms are influenced by the religious ideology of its people. Morals and values shape laws, and morals and values are shaped by religious ethics in some important ways too. Separating law from religion (for its ethical ideology) is not realistic, nor should it be attempted. Ideologies can replace each other, but they are never absent in crafting basic human values, and the laws that come from those values.

Both in terms of its influence in society over time (sometimes over several generations), as well as its influence on specific pieces of legislation in a society, religion plays an essential

³⁴⁵ See Wayne Grudem, *Politics According to the Bible* 31 (2010) (citing *Prop. 8 Defenders Say Plaintiffs Attacked "Orthodox Religious Beliefs,"* Wall Street Journal (Feb. 10, 2010) (internal internet citations omitted)). Proposition 8 was one of the most prolific and controversial constitutional referenda, upholding the traditional definition of marriage in California. It was stricken by the Ninth Circuit Court of Appeals in 2012, and appealed to SCOTUS. See *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 12 (2013) (SCOTUS declining, however, to examine the actual merits of the case).

³⁴⁶ Grudem, *supra* note 29, at 31.

role. Sometimes it is not an obvious one. In its broader influence in society over time, religious ethics have a leavening effect on social values, like yeast in bread. Since human laws are inherently derived from morality (ultimately), it would be the height of hypocrisy to allow viewpoints to shape laws from one aspect of society, say secular humanists and atheists, while excluding the perspectives of Christians and those from other religions.

The First Amendment was never intended to promote that kind of invidious viewpoint discrimination against Christian and similar religious perspectives in policy and legal debate. Religious values and ethics have infiltrated and deeply shaped this rather author'sthical creature known as "secular society." As indicated, the Establishment Clause (including any State's version thereof) was only designed to prevent the Congress from institutionalizing and imposing a formal State Christian religion, that is, a State Church. Instead, the proper approach in democratic, pluralistic societies, is this: we should consider all serious moral values coming to the table on a particular social issue (such as SSM, abortion, stem-cell use, cloning, and so on), coming from virtuously reliable ethical sources; then, we should consider the merits of those positions in healthy debate; next, our lawmakers, with our input, should choose among those perspectives, crafting a law they think works best. That is, they try to craft laws they think promote the greatest good, happiness and justice for the people. Sociologically speaking, we should then monitor that situation, and if what is passed as law does not promote happiness, welfare and justice as it should – something we can empirically measure over time – we have to consider changing that law.

Congress has passed laws that sounded good but did not work (Prohibition of alcohol, was likely one of them, and exceeded the demands of biblical virtue).³⁴⁷ Then it had to repeal the law. Since repeal is difficult to do, this gives all the more reason we need the inclusion of a variety of interested and reliable, time-tested values and perspectives at the beginning of the lawmaking process. Allowing only a secular humanist ideology, as a religious viewpoint in itself, to control all the outcomes in the political, legislative landscape, while ignoring ethical ideologies born of virtuous religions such as Christianity, is blatant viewpoint discrimination that is likely itself a violation of the Constitution.

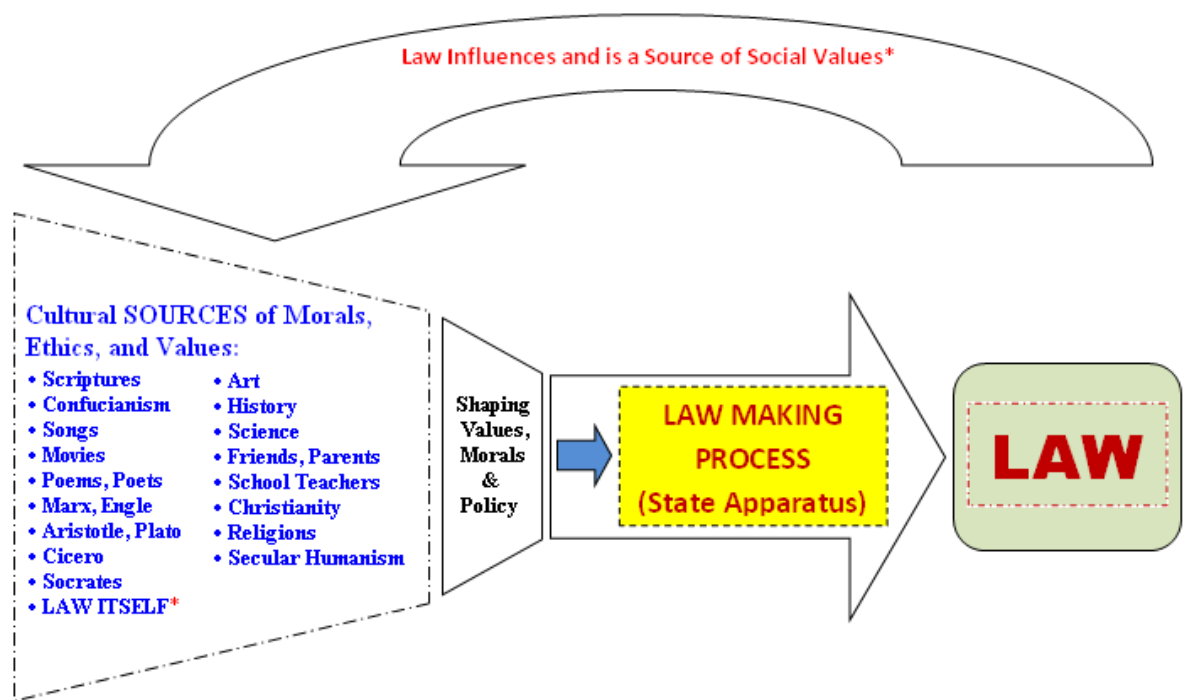
As one scholar explains it, the sources of moral influence in lawmaking can come from any variety of springs. Come they will, and we should allow those voices that intend good in a democratic society to speak. So, any individual's ethical sources might be the inspirational

³⁴⁷ *Id.* at 63.

poetry of Henry Wadsworth Longfellow, the lyrics of Bob Dylan, or views of Freud, or Nietzsche, or Plato, or Aristotle, or common sense, or Gandhi, or the Magna Carta, or the Humanist Manifestos, or the Universal Declaration of Human Rights, or lessons from history, or science, or Karl Marx, or Scripture, or the Ten Commandments.³⁴⁸ All of these sources make claims about ultimate reality and impact the conscience, and so are inherently religious in nature; a conscience is also something a lawmaker must use, if s/he is to do the job correctly.

Some ideas and sources we will inevitably accept as good and valid, while others we will reject as incorrect and flawed in the lawmaking process, viewed in the hindsight of history as one of our greatest teachers. To reject Christian viewpoints on social issues, however, as somehow establishing a religion, is simply incorrect. It is viewpoint discrimination and smacks of deep hypocrisy, and is also terrible interpretation of the Constitution. The First Amendment disestablishes a State Church (States' establishment clauses do not differ); it has never meant the exclusion of moral viewpoints on social issues embodied in great religions (i.e., those containing excellence in moral values), such as Christianity.

Here is a diagram illustrating the above values-driven lawmaking process.



³⁴⁸ *Id.* at 33-34 (specifically citing Bob Dylan, Confucius, and others; tying this also to free speech rights of their adherents).

It illustrates why viewpoint exclusion of Christians and other sincere religions is wrong. Instead, we should be considering their ethical and moral values as real sources and contributions to law, and not do so simply as an accommodation, but because it is inevitably so and valuable. Let the best system of moral sources win in the end.

Second, if the views of the Iowa Supreme Court, attorney Boies, and similar views on the establishment of religion are correct (which they are not) then most of the good laws in society would not even survive. As author already stated, States would have to strike their statutes criminalizing murder, homicide, grand larceny (stealing), adultery, and rape, among so many others, since these all have religious sources supporting them. Notably, all such laws have supporting structures in religion including something as common as the Ten Commandments and similar Scriptures. Such laws are not merely somehow coincidentally similar with ancient religious values, they were shaped by them in history, and such laws are easily supported by other religious ethics as well. And yet we do not strike such laws because of their supportive religious underpinnings and connections, as somehow impermissibly establishing a religion. This is why cases like *Varnum* are so deeply incorrect.

Lastly, this exclusion of Christian viewpoints on morality from lawmaking cannot be the intended meaning of the Establishment Clause since it would simply be too easy to get around. All that proponents of traditional marriage would have to do is articulate secular reasons in support of traditional marriage and other social issues. Such an approach, which is not really necessary and slightly saddening to see, is exactly what many Christian advocates are trying to do. They do this in order to avoid the threat of confusion with religious issues their simple minded opponents cannot seem to avoid. author suggest their approach still has some merit, but should work alongside ethical and religious values, instead of replacing them. After all, valid social science and valid religious ethics should affirm each other in the long run, and do. Examples of such more “secular-sounding” arguments include historical, cultural, traditional, and very importantly, simple biological reasons for supporting marriage as the union of a man and a woman. Sociologically and scientifically speaking, for instance, it is simply good secular policy to have laws steering sexual intercourse among individuals in society into an enduring male-female parenting relationship for the security of children and all involved, including the mates. This social arrangement is ideal for building strong families,

which in turn builds strong societies, and this has been shown historically as truly optimal, especially when families have both a mother and father in a low-conflict setting.³⁴⁹

B. 8. A Short History of The Law on SSM in America

This section is an interlude, introducing the setting for Equal Protection and Due Process Clause analysis on SSM. In order to understand this section, it is helpful for Indonesian and international readers to keep in mind the U.S. has both the federal and state legal systems. Interaction between the two can be complex, and SCOTUS has the final say on what is or is not constitutional.

B. 8. 1. DOMA and Its State Renditions

Prior to June 2013, the United States had a federal definition of marriage in the Defense of Marriage Act (DOMA). Individual States passed similar laws or constitutional amendments, or already had them for some time. About thirty-seven States still had enactments existing as of 2013; all States had the traditional, natural definition in some form prior to 2003.³⁵⁰ Each of these laws defined marriage traditionally as a male-female union. DOMA had been a part of federal legislation since 1996. It was virtually unanimously passed by both Houses of Congress, it enjoyed widespread bipartisan support, and was signed into law by President Clinton.³⁵¹ It also defined marriage traditionally as “the legal union between one man and one woman as husband and wife.”³⁵² SCOTUS overturned this definition in *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013), by a slim 5 – 4 margin. Justice Kennedy again wrote the majority opinion of the Court.

³⁴⁹ Arguments such as these have been raised in *Obergefell* and the cases preceding it. See *Obergefell*, 576 U.S. at ____ (Kennedy, J.) (slip op. at 23), (Roberts, J., dissenting) (slip op. at 6-7) (citing Noah Webster’s first American Dictionary and others); *id.* (Alito, J., dissenting) (slip op. at 4, 6); *DeBoer v Snyder*, 772 F.3d 388, 404-405, 408 (6th Cir. 2014) (see slip op. at 19-20, 23) (see link in References). Social science studies are now a very important factor in the SSM cases. I suggest its underdeveloped data on the impact of children in same-sex parent households is another reason SCOTUS should have decided to wait this out, allowing the States to sort out the data and decide. See *Obergefell*, 576 U.S. at ____ (majority opinion) (slip op. at 23-24) (noting but dismissing the point).

³⁵⁰ See *DeBoer*, 772 F.3d at 396 (slip op. at 7) (giving a breakdown of recent changes); Robert Barnes, *Supreme Court Agrees to Hear Gay Marriage Issue*, Washington Post, Jan. 16, 2015, available at <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/special/politics/same-sex-marriage/> (showing changes in gay marriage States between 2012 and 2015 as a result of *Windsor* and providing a handy geographical map of these changes).

³⁵¹ See *State of Disunity*, ADF, June 26, 2013 <http://www.alliancedefendingfreedom.org/page/SCOTUS-Marriage-Decision/DOMA-Loss>.

³⁵² 1 U.S.C. § 7 (the Dictionary Act).

B. 8. 2. Windsor's Impact

In *Windsor*, Edith Windsor and Thea Spyer were long time domestic partners in a relationship dating back to the 1960s, and living in New York. When Spyer became ill, the couple sought to wed, and did so in Canada in 2007. New York recognized their same-sex marriage as of that date, but the federal government (including the IRS) did not, on account of the federal definition of marriage in DOMA as the legal union of only a man and a woman. This meant that after Spyer died, Windsor had a very large tax burden to pay on her inherited income, since technically, she was not the spouse of Spyer under federal law, but was under N.Y. State law. She claimed this violated equal protection, and due process under the Fifth Amendment of the Constitution.³⁵³

The SCOTUS majority held DOMA's traditional view of marriage was unconstitutional as violating the Fifth Amendment of the U.S. Constitution. The rationale of Justice Kennedy's majority opinion was that DOMA conflicted with the New York State definition of marriage, which by this time had changed, allowing Windsor and Spyer to be married. And this, said Justice Kennedy, improperly trounced on a valid N.Y. State marital status conferred on the couple, by depriving them of marriage benefits at the federal level (i.e., as to inheritance tax exemption rights). SCOTUS said this disparity between a State's valid definition and the different federal one had worked an injustice for the lesbian couple that traditional married couples would not have experienced. Central to Justice Kennedy's rationale was the highest value he placed on the separate States being able to determine the definition of marriage as they saw fit. That is, there should not be a uniform definition of marriage (traditional or newfangled) at the federal level: the States can each decide who can and who cannot marry, and what a marriage is.³⁵⁴ Strangely, and prophetically, Justice Kennedy added some language to the opinion seemingly supporting the New York definition as a fair and reasonable one, suggesting perhaps it is the one all States should adopt.³⁵⁵

³⁵³ See *Windsor*, 133 S.Ct. at 2683, 2693 (slip op. at, 3, 20, Parts I, IV).

³⁵⁴ I do not wish to imply by anything I say in this article that a national definition of marriage is inappropriate, or that *Windsor* was correctly decided. A sovereign nation, like Indonesia, indeed has a right to set a uniform marriage law and policy (especially if it is godly), and most nations of the world, have one. So did the U.S. in DOMA. Sovereigns can also legitimately adopt a traditional view of marriage as their national standard and most do (nothing in the Cosmos prevents it). So, a different holding in *Windsor*, affirming DOMA, would have been entirely legitimate in theory, albeit a bit confusing in application within our federalism system, since States can define marriage separately. If uniformity is the goal, a correct national standard should apply and abide. DOMA had that.

³⁵⁵ *Id.* 133 S.Ct. at 2693. Setting a requirement for all the States to allow SSM is really the same as creating a federal definition, as it requires striking the traditional ones and making new SSM-agreeable ones. *Windsor* did

However, the centerpiece of his decision was clearly that the definition of marriage is a state law issue, not a federal one, and a national definition would not be allowed. In *Obergefell*, Justice Kennedy then proceeded to ignore his own holding, imposing a national definition of marriage on all the States (the one allowing same-sex couples to marry instead of the traditional one), showing himself irresistibly incapable of honoring his own holding in *Windsor*. Seeing a Supreme Court Justice engage in such blatant self-contradiction in this important line of cases was surprising to many, but not to some.³⁵⁶

In the *Windsor* decision, Justice Kennedy also stated the purpose of DOMA was to injure a class of individuals (homosexual couples wishing to marry), but he cited no support for this. Essentially he and the majority failed to acknowledge solid, rational arguments in support of the traditional definition of marriage (as indicated above) – ones that are not based on hate or animus against homosexuals, but on the best interests of society and its children.

An important practical purpose of DOMA was to preserve the status quo of a uniform, historical, and time-honored definition of marriage, so that thousands of items of federal laws and regulations, such as tax and inheritance laws, would have a single uniform definition of marriage (and similar terms) applicable to them. DOMA's intent was not to injure, as seen in its wide support (and Justice Kennedy was incorrect in saying it was). Still, in a Christian-rooted country, it would hardly seem necessary to codify a traditional view of marriage. In all likelihood, DOMA's supporters initiated the law anticipating strong challenges from LGBT activists to redefine marriage so that it could be changed into something entirely new: a gender-irrelevant institution suiting their interests.³⁵⁷ Interestingly, many of the supporters of DOMA and similar laws included prominent liberals like Bill and Hillary Clinton, and Barak Obama (signing a similar Illinois state law). Such supporters suddenly changed their views immediately prior to the *Windsor* decision, saying they were wrong in opposing SSM

not go this far; *Obergefell* did. I am again not saying *Windsor* was correct in all respects. It did support States' rights on this issue, however. It did not last long.

³⁵⁶ See concerns of Judge Martin Feldman in a Federal District Court case after *Windsor*, *Robicheaux v. Caldwell*, 2 F. Supp. 3d, 910, 917, n. 7 (E.D. La. 2014) (slip op. at 9, n.7) (noting an "amorphous but alluring" redefinition of equality in *Windsor*, citing 133 S.Ct. at 2693) (see link in References); see also *Windsor*, 133 S.Ct. at 2705, 2708-10 (Scalia, J., dissenting) (slip op. at 16, Part II.A., 22, Part II.B.) (Justice Scalia calling this right from the start, and seeing Kennedy's hypocrisy in advance).

³⁵⁷ See *Windsor*, 133 S.Ct. at 2693-94 (slip op. at 21); see also *id.* at 2708 (Scalia, J., dissenting) (slip op. at 20) (explaining Congress' rationale was to preserve valuable social definitions, and not injure).

initially.³⁵⁸ Such changes are hypocritical, and betray any principled and honest approach in these so-called leaders on SSM.

Windsor's after effects were dramatic, and also confusing. After *Windsor*, there was no longer a federal definition of marriage and this threw into confusion the definition not only of that term, but such other terms as “married,” “marital,” and “spouse” contained in over a thousand federal laws and regulations. After *Windsor*, the meaning of the term “marriage” (and similar words) in federal law would likely have to fluctuate with the States – not an ideal situation.³⁵⁹ Author suppose it can be said now, via *Obergefell*, Justice Kennedy has virtually single-handedly solved the confusion of various State marriage definitions by making SSM part of a new uniformity imposed on all States. And he was not even elected. Still, this hardly justifies *Obergefell* (in fact, J. Kennedy never mentioned uniformity as a rationale, but I am sure it was in his mind all along).

B. 8. 3.States of Confusion

Immediately after *Windsor*, LGBT activists and activist judges began claiming a major victory. In a rash of irrational opinions by sympathetic judges in various States, state laws with traditional marriage definitions were overturned almost overnight. In a swift stampede spanning less than two years, twenty-two States had their traditional marriage definitions swept away by anxious judges supportive of the homosexual and secularist agenda. It was like watching falling dominoes. Homosexual couples flocked in droves to civil magistrates to immediately get their marriage licenses.

However, none of this was a consequence intended or authorized by *Windsor*. The case only overturned the federal definition of DOMA, saying emphatically our Constitution leaves the determination of marriage rights and restrictions up to the individual States. It is a matter of state law. In the U.S., we moved from a slight number in 2013 of about thirteen States incorporating the genderless definition of marriage (and thirty-seven staying in favor of

³⁵⁸ See Juliet Eilperin and Robert Barnes, *Obama's Words in Same-Sex Marriage Filing to Court is a Major Shift for Him*, Washington Post, March 6, 2015, available at http://www.washingtonpost.com/politics/obamas-words-in-same-sex-marriage-filing-to-court-is-a-major-shift-for-him/2015/03/06/83940fa0-c339-11e4-9271-610273846239_story.html; see Ali Elkin, *Hillary Clinton's Evolution on Same-Sex Marriage: Sounds a Lot Like Some Republicans*, Bloomberg Politics, April 28, 2015, <http://www.bloomberg.com/politics/articles/2015-04-28/hillary-clinton-s-evolution-on-same-sex-marriage-sounds-a-lot-like-the-gop>); Taylor Berman, *Bill Clinton Calls the Anti-Gay Marriage Act He Signed Into Law Unconstitutional*, Gawker, March 7, 2013, <http://gawker.com/5989353/bill-clinton-calls-the-anti-gay-marriage-act-he-signed-into-law-unconstitutional>.

³⁵⁹ Justice Scalia raised such concerns in *Windsor*. 133 S.Ct. at 2708-10 (Scalia, J., dissenting) (slip op. at 19-21).

traditional marriage), to then about thirty-eight (including D.C.) adopting the genderless definition in that short time span.³⁶⁰ Just prior to *Obergefell* in 2015, only a handful of States were still left standing for traditional marriage. It was a complete change of events. But the changes were mostly illegal. Traditional marriage laws were thrown out in serial fashion typically without any real voting by citizens either in constitutional referenda or through the statutory process. The executioners were primarily activist judges and attorney generals indoctrinated in their secularist ideology (this being the daily diet served up at most American law schools since the last several decades).

B. 8. 4. The Faithful Few States Surviving After Windsor, and Their Superior Reasoning

After *Windsor*, only a handful of courts kept the sane view that each State should be entitled to craft its own marital laws through the democratic process (as *Windsor* said). Some went on to give cogent and sound analysis, showing how keeping a traditional view of marriage is *rationally based in furtherance of a legitimate state interest*. This is because it has the most proven capacity for building strong families and societies. And this is an important constitutional analysis, which most courts seemed to overlook, even though this rational basis conclusion is something most people instinctively know is true. The Sixth Circuit Court of Appeals, was the first and only federal appeals court (since *Windsor*) to issue a smartly articulated decision to this effect, in *DeBoer v Snyder*, 772 F.3d 388 (6th Cir. 2014).³⁶¹ *DeBoer* involved an issue of whether four States, Ohio, Michigan, Tennessee, and Kentucky, could keep their traditional definitions of marriage, or whether the Constitution of the United States required abandoning them.³⁶² An earlier Eighth Circuit appellate decision, *Citizens for Equal Protection v. Bruning*, 455 F. 3d 859, 864–868 (8th Cir. 2006) also contained some initial valuable insights, showing a rational basis for traditional marriage, in stabilizing homes.³⁶³

³⁶⁰ See Robert Barnes, *supra* note 34 (showing maps and comparisons between 2012 and 2015); see *DeBoer v. Snyder*, 772 F.3d at 396, 405, 416 (slip op. at 7, 20, 35) (claiming 19 States actually in favor of SSM, and 31 against, according to actual state-based determinations, and excluding recent federal judicial interference). In only 11 States and the District of Columbia, however, have the citizens of any State actually voted in some way for SSM. See *Obergefell*, 576 U.S. at ____ (Roberts, J., dissenting) (slip op. at 9)

³⁶¹ *Id.*, cert. granted, 83 U.S.L.W. 3315 (Jan. 16, 2015).

³⁶² *DeBoer* was a consolidated appeal from a set of four Federal District Court cases in each of those States. See *DeBoer v. Snyder*, 973 F. Supp. 2d 757 (E.D. Mich. 2014), *Obergefell v. Hodges* [Wyauthor'sslo], 962 F. Supp. 2d 968 (S.D. Ohio. 2013), *Tanco v. Haslam*, 7 F. Supp. 3d 759 (M.D. Tenn. 2014), and *Bourke v. Beshear*, 996 F. Supp. 2d 542 (W.D. Ky. 2014). In the appeal of *DeBoer v. Snyder* to SCOTUS the case was renamed to *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 11 (2015) (the case coming from Ohio).

³⁶³ 455 F. 3d at 864–868 (noting the constitutionally rational basis of a State's legitimate interest in channeling procreative human sexual intercourse into stable family relationships, through the historical concept of marriage).

Because these cases affirmed each State's traditional marriage definitions, this created a conflict with some other federal appellate courts which struck down traditional marriage (these are the Fourth, Seventh, Ninth, and Tenth Circuits, and we have eleven main ones in the U.S. plus two special Circuit Courts). This "split in the Circuits" required SCOTUS to address this issue, by hearing an appeal from *DeBoer*, and this appeal is the *Obergefell* case we now have handed down to us from SCOTUS.³⁶⁴

In two of the four Federal Circuit Courts of Appeal just noted (the Fourth and Tenth Circuit Courts), there were split decisions. In each case a single dissenting justice stood out and wrote a sound and well-reasoned opinion explaining why those States' statutes or Constitutional Amendments, keeping a traditional view of marriage, should not be stricken.³⁶⁵

In the Federal District Court level (which is the one immediately below the Appellate Circuit Courts author have mentioned above), a couple of sound, post-*Windsor* opinions also existed, and I mention them only for their sound articulation of what SCOTUS should have reasoned, which was ignored in *Obergefell*. Specifically, a particularly good opinion came from Judge Feldman in *Robicheaux v. Caldwell* from the Eastern District of Louisiana in 2014.³⁶⁶ *Robicheaux* soundly indicated the States have legitimate interests in keeping a traditional view of marriage, including the importance of channeling sexual activities of individuals into the confines of a traditional marriage to raise children; this helps reduce illegitimacy and strengthens families and society. Similarly, each State has a legitimate interest in linking children to intact and thriving families formed by their own biological parents, as the ideal.³⁶⁷ Said traditional marriage definitions and rationales are of course *rationaly related*

³⁶⁴ The four Federal Circuit Courts examining the issue, and agreeing with lower courts in overturning state traditional marriage definitions are: *Bostic v. Schaefer*, 760 F.3d 352 (4th Cir. 2014); *Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648 (7th Cir. 2014); *Latta v. Otter*, 771 F.3d 496 (9th Cir. 2014), *rehearing en banc denied*, 771 F.3d 496; *Bishop v. Smith*, 760 F.3d 1070 (10th Cir. 2014); *Kitchen v. Herbert*, 755 F.3d 1193 (10th Cir. 2014). The Sixth Circuit alone sought to preserve four States' traditional definitions in *DeBoer*. The Fifth, Eleventh and other Circuits seemed to be awaiting the SCOTUS decision. I already mentioned the Eighth Circuit above.

³⁶⁵ See *Bostic*, 760 F.3d at 385-98 (Niemeyer, J., dissenting); *Kitchen*, 755 F.3d at 1230-40 (Kelly, J., concurring in part and dissenting in part).

³⁶⁶ 2 F. Supp. 3d 910 (E.D. La. 2014); see *supra* note 40 (information and cases).

³⁶⁷ *Robicheaux*, 2 F. Supp.3d at 916, 920 (slip op. at 8, 15) (see link in References). Only three other Federal District Courts issued similar opinions, with good and sound reasoning, including the importance of States' rights in support of traditional marriage: *Conde-Vidal v. Garcia-Padilla*, 54 F. Supp.3d 156 (D.P.R. 2014); *Merritt v. Attorney Gen.*, No. 13-215, 2013 WL 6044329 (M.D. La. Nov. 14, 2013); *Sevcik v. Sandoval*, 911 F. Supp. 2d 996 (D. Nev. 2012) (a case decided actually before *Windsor*). However, the vast majority of Federal District Courts addressing the issue could not act quickly enough to overturn state traditional marriage definitions in their hot pursuit to change culture after *Windsor*, probably illegally at the time. See *Robicheaux*, 2 F. Supp.3d at 916 (slip op. at 7-8 n.6) (citing cases).

to those *legitimate government interests* I have just mentioned (more on the importance of this italicized wording immediately below).

B. 9. Obergefell v. Hodges: What Scotus Should Have Decided in A Real EP, DP Clause Analysis

In a thoroughly principled approach, SCOTUS should not have voted to impose SSM on all Fifty States. It should have allowed each State to determine the issue itself, as it has historically, and as mandated again in *Windsor*. This is because the Equal Protection (EP) and Due Process (DP) Clauses in the U.S. Constitution do not require SSM. DP Clause arguments had been virtually abandoned by advocates in recent SSM cases, until Justice Kennedy sought to resurrect them in *Obergefell*.³⁶⁸ Although EP Clause arguments are considered by some to have greater importance, author (with the dissenters in *Obergefell*) do not believe that Clause should have afforded anyone a right to SSM.³⁶⁹ Author will address the typical EP and DP Clause arguments especially for the sake of informing author's Indonesian audience.

B. 9. 1. Equal Protection Analysis

The Equal Protection Clause in the U.S. deals with classifications of people (individuals or groups) to see if they are either being deprived of a *fundamental right*,³⁷⁰ or are otherwise being *treated unequally* in the law. In short, the EP Clause may strike down a law if it deprives someone of either of these guarantees. It states in relevant part: "nor shall any State . . . deny to any person equal protection of the laws." It requires that similarly situated persons be treated

³⁶⁸ *Obergefell*, 576 U.S. at ___, (slip op. at 10, 18-20); *see id.* (Roberts, J., dissenting) (slip op. at 9) (noting the Solicitor General basically dropped any DP arguments in oral argument).

³⁶⁹ *See, e.g., Conde-Vidal*, 54 F. Supp. 3d, at 167-68 (citing and explaining *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972) (SCOTUS dismissing an appeal from the Minnesota Supreme Court's holding that marriage is between a man and a woman, having been so since the time of Genesis)). While *Baker v. Nelson* is not a full merits opinion, it clearly affirmed the Minn. Supreme Court's indications there is no such thing as a constitutional right to same-sex marriage, and indicated an alleged right to same-sex marriage is not even a federal question. *See Baker*, 409 U.S. at 810 (*overruled in Obergefell*, 576 U.S. at ___ (slip op. at 23))

³⁷⁰ Resort to "fundamental rights" verbiage (and the meaning of this) in the EP test is itself suspect since it tends to blur any intended line between the DP and EP Clauses, which Justice Scalia had warned about, and I tend to agree with him. *See Obergefell*, 576 U.S. at ___ (Scalia, J., dissenting) (slip op. at 8-9). Since SCOTUS has in fact used this fundamental rights prong in EP Clause analysis (sometimes), I include it here as part of this analytical framework, like it or not. I also note Justice Alito, in *Windsor* separates this prong, saying nothing about it, in his EP analysis. *See* 133 S.Ct. at 2716-18, (Alito, J., dissenting) (slip op. at 10-13). Some of the Justices have also criticized the use and span of implied "fundamental rights" championed under the vague idea of "substantive due process" in the DP Clause. *See id.* at 2706, (Scalia, J., dissenting) (slip op. at 17); *id.* at 2714 (Alito, J., dissenting) (slip op. at 7) (expressing caution about substantive due process).

similarly in the law. It employs three levels of scrutiny to determine if a law violates equal protection, according to the classification of people impacted by the law. In short, these are:

- a) *Heightened, or strict scrutiny*. If a law burdens (negatively affects) *either*:
 - (i) someone's *fundamental rights* (like a right to educate one's own children, or voting)³⁷¹, or
 - (ii) a *suspect (protected) class* of people (i.e., African Americans or other ethnic groups),then the classification singled out in the law must be *narrowly tailored to achieve a compelling state interest* (i.e., the law must have a compelling state interest to justify and single out a certain class of people or to impact one of their fundamental rights). If the law does not meet that standard of strict scrutiny, it is unconstitutional and will be stricken (few laws that are examined under strict scrutiny survive).
- b) *Intermediate scrutiny* (used typically only in gender classifications): if a law burdens a *quasi-suspect class* (i.e., it uses a gender-based classification) then the classification in the law must be *substantially related to an important government interest* (these laws are easier to pass muster).
- c) *Rational basis review or scrutiny*: If a law does not burden someone's *fundamental right*, or a *suspect class* (or a *quasi-suspect class*), then the classification in the law need only be *rationaly related to a legitimate state interest* to be valid; i.e., generally, a specific law that *does not* single out a *suspect or protected class* of people, nor threaten a *fundamental right*, will survive if there is a *rational basis* for its existence, serving a legitimate government interest (these laws are the easiest to survive).³⁷²

If a law is not subject to strict scrutiny, it is usually then reviewed under the easier, *rational basis standard*. SSM was never a fundamental right (until *Obergefell* supposed so) and actually still lacks that quality of a right, and traditional marriage laws have not targeted a "suspect class." Homosexuals have never been found to constitute a suspect class, and even Justice Kennedy in *Obergefell* did not say they were (to the disappointment of SSM advocates). First, a fundamental right is only one that is deeply embedded in the nation's history and traditions; it is a right so valuable and essential to the concept of ordered liberty that justice and fairness could not exist without it.³⁷³ Marriage (like also raising a family, educating one's children, and several others) is considered a fundamental right, but same-sex marriage is not.

³⁷¹ Note again the concern I have with the exact meaning of this prong and its inclusion in EP Clause analysis.

³⁷² See *Windsor*, 133 S.Ct. at 2716-18, (slip op. at 10-13) (Alito, J., dissenting) (laying out this analytical structure).

³⁷³ See *Washington v. Glucksberg*, 117 S.Ct. 2558, 2267, 2275 (1997) (no right to suicide; listing traditional rights of marriage, procreation, etc.).

It is new.³⁷⁴ It is not even considered a right by all in the homosexual community. Some gays oppose it because they cherish unshackled promiscuity, and could care less about “marriage,” while others oppose it on religious grounds, sharing the same true meaning of marriage in traditional Christianity, and still others oppose it as not ideal for raising a family.³⁷⁵

Second, sexual identity/orientation has never been accepted by SCOTUS as a suspect and specially protected class, in contrast to race, ethnicity, etc. In order to qualify as a suspect class, sexual identity or orientation would have to characterize a group which “exhibits obvious, immutable, or distinguishable characteristics that define them as a discreet group.”³⁷⁶ Those with alternative sexual identities lack these attributes. As the American Psychiatric Association (APA) explained, sexual orientation covers a wide range of sexual desires and is not an immutable characteristic (like one’s race or skin color).³⁷⁷ Sexual orientation can change and no evidence exists to show people are born gay. Sexual identity consists of a mixture and range of various sexual inclinations on a wide spectrum (i.e., it is not a discreet group); it is a behavioral characteristic.³⁷⁸

Marriage laws supporting the traditional definition of marriage should not be subject to strict scrutiny (i.e., for targeting a suspect class or fundamental right), but should only be analyzed under a rational basis standard for their support. Such an articulated, rational basis of course exists. It is to channel heterosexual intercourse into a structure that supports child rearing, and so building strong traditional families in society; other supporting rationales also

³⁷⁴ It would also be circular and improper reasoning to attempt to construct a new definition of marriage by incorporating SSM into it, and then saying it is a fundamental right to marry, but that is exactly what Justice Kennedy and the majority in *Obergefell* attempted to do. See 576 U.S. at ____ (slip op. at 17, 22-23).

³⁷⁵ See D. Mainwaring, *I’m Gay and I Oppose Same-Sex Marriage*, Public Discourse, The Witherspoon Institute, March 8, 2013, <http://www.thepublicdiscourse.com/2013/03/9432/>.

³⁷⁶ *Bowen v. Gilliard*, 483 U.S. 587, 603 (1987) (internal citations omitted)

³⁷⁷ Nevertheless, J. Kennedy twice claimed sexual orientation is immutable in *Obergefell*, 576 U.S. at ____ (slip op. at 4, 8). His lack of support, except for a smack of agendized, biased “science” does not count for anything. For a good discussion of the legal analysis, see Gene Schaerr and Ryan T. Anderson, *Legal Memorandum, Memo to Supreme Court: State Marriage Laws Are Constitutional* (no. 148), Heritage Foundation, March 10, 2015, at 6-7, <http://www.heritage.org/research/reports/2015/03/memo-to-supreme-court-state-marriage-laws-are-constitutional>.

³⁷⁸ Schaerr, *supra* note 61. Some SSM advocates, like the Justices in *Obergefell*, say SSM should be allowed under *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). In that case, SCOTUS struck down a Virginia marriage law forbidding interracial marriages. But the Court still considered marriage to be the union of a man and woman, never doubting it. Also, one’s sex and gender are intrinsic to marriage and define it; race does not. See Ryan T. Anderson, *7 Reasons Why the Current Marriage Debate Is Nothing Like the Debate on Interracial Marriage*, The Daily Signal, August 27, 2014, <http://dailysignal.com/2014/08/27/7-reasons-current-marriage-debate-nothing-like-debate-interracial-marriage/>.

exist.³⁷⁹ Since traditional marriage is rational, state laws supporting it should have been allowed to stand.

B. 9. 2. Due Process Analysis

As indicated, the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment had not been getting much air time lately as a spoken argument in support of SSM (the Solicitor General did not rely on it in oral arguments in *Obergefell*).³⁸⁰ Since Kennedy decided to revitalize it, combine it with equal protection, and extract out of it new, fundamental, liberty interests in i) sexual identity and ii) in the dignity of realizing that through SSM, it is a good idea to shed some light on it.

Essentially, in order to constitute a due process violation, the right claimed as being violated must (1) be *articulated with particularity*, and (2) be *fundamental* (in the order of magnitude discussed above, as deeply rooted in the nation's history and traditions, so that ordered liberty could not exist without it).

Supporters of SSM cannot simply argue marriage is a fundamental right (it is, we all know), and say gay couples should thus have it. Instead, they must show *SSM itself* is a fundamental right. It is incorrect for them to try to establish it this way: (a) start by simply reiterating marriage is a fundamental right, as all cases say it is, (b) then injecting that same-sex couples should also have it, and (c) voilà, safely concluding marriage is a fundamental right for same-sex couples. This is sheer legal “bootstrapping” (insufficient, circular reasoning). It leaves open the question still to be answered and assumes what has yet to be shown: why should same-sex couples³⁸¹ be allowed to marry in the first place? The answer (says J. Kennedy) is because they want to, and have said so in no uncertain terms, and are also generally good people entitled to it.³⁸² Is that indicative of a fundamental right, however? It is not. But this circularity of argument is precisely what SSM advocates say all the time, and it is the very essence of Justice Kennedy's majority's opinion in *Obergefell*; the entire holding is grounded in circular

³⁷⁹ See *DeBoer*, 772 F.3d at 404 (slip op. at 19) (marriage constructively directs sexual intercourse in society); *Robicheaux*, 2 F. Supp.3d at 916, 920 (slip op. at 8, 15) (marriage channels sexual intercourse into stable male female relationships and ideally links children with their biological parents, a mom and a dad).

³⁸⁰ See Transcript of Oral Argument, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. at ____ (April 28, 2015), available at www.scotusblog.com.

³⁸¹ The term *opposite-sex couples* as suitable for marriage (juxtaposed against *same-sex couples*) sounds slightly ignoble. I think a better term in conveying the truth of marriage is to say it is for *complementary-sex couples*.

³⁸² *Obergefell*, 576 U.S. at ____ (slip op. at 5, 15).

reasoning. It is sheer judicial bootstrapping.³⁸³ *Obergefell* casts aside all definitions of what a marriage is (in its essence), and is a reflection again of simple Court politics; one view of morality is simply substituted for another according to who is in charge. If we change the Court's composition we can change the result, but a genuine fundamental right to SSM was never shown in this case.

As author noted, the very best the majority could come up with is (i) some kind of individual, self-autonoauthor's right to follow one's *sexual identity (destiny)* (as if this sexual identity is all there is to it), and (ii) solemnizing and recognizing that right through nothing short of "marriage" on equal terms with complementary-sex couples (as if it could ever be the same thing).³⁸⁴ Still Kennedy insists marriage is a necessary second step. So it *shall* be given, he says, as if marriage is some sort of status thing a State doles out to certain candidates, rather than a thing already defined *in itself*, inherently a male-female union.³⁸⁵

Author should ask: does the Constitution equally give anyone a right to a career of his/her choosing, one that best suits their self-identity and expresses who they are, and dignifies that identity with an actual job, since careers, skills, talents, and social economic roles can shape a person's identity as much or more than his sexual identity? Is this given in the Constitution? It is not.

B. 9. 3. Summary and International Implications

Justice Kennedy and the majority in *Obergefill* could not ground their decision on a straightforward analysis of either equal protection or due process. Instead Kennedy resorted to a creative mixture of ideas in both clauses, inter-mingling them, to shape a new liberty interest in seeking out one's sexual identity, as a kind of fundamental right to individual autonoauthor's and self-expression. It is a right to be all you think you are, sexually, and is followed by a second right of "marriage" to solemnize and approve the first right. Regrettably, Justice Kennedy failed to see marriage has already been exclusively defined in nature, and that changing the label of something cannot change what it is. Marriage is not a creature of any State's legislative process, designed to injure and harm. It precedes statutes, even if incorporated into them for definitional purposes. It is what it is and always will be, wordplay

³⁸³ *Id.* (slip op. at 6, 10, 12-18, 22-33) (saying, in sum, it is time to confer on same-sex couples the same dignifying and economic state benefits that have been enjoyed by traditional couples in marriage).

³⁸⁴ *Obergefell*, 576 U.S. at ____ (slip op. at 2, 10, 13).

³⁸⁵ *Id.* (slip op. at 10, 13-14).

aside. So-called “same-sex marriage” is really just an imitation of actual marriage; it is not the same, and never can be.

Kennedy’s analysis is shaky ground to rest new rights upon, given the sweeping implications for every State across the nation. It is also not one likely to be embraced very widely internationally, including in Indonesia.³⁸⁶ As evidence of this weak foundation, note that Justice Kennedy’s critics are not only the case dissenters, nor the millions of Americans with similar views, but even liberal scholars have expressed serious concerns about the basis of this decision. They question vaguely included “dignity rights,” the absence of a straightforward EP Clause analysis, and implications of all this to our nation.³⁸⁷ Dignity is something we already have as humans anyway. Author next summarize much of what author have already said, adding some things into a list.

B. 10. A Short Top 10 List of Glaring Errors in Kennedy’s Opinion and in His Worldview

As author said, an entire treatise should be devoted to this subject. I intend here only to summarize some arguments author has already made, and to include Justice Kennedy’s most glaring mistakes in the majority opinion. Author state these in the third-person singular for convenience sake:

- 1) Kennedy, has failed to comprehend that *inherent* in the definition of marriage is a male-female union. It is *essential* to it; it is not marriage without that; this is simple etymology and biology. It is as if in Kennedy’s mind, a circle asked to be a square: we can pretend

³⁸⁶ The results in Western Europe are a little bit mixed. States like the UK and Ireland (summer 2015) have voted to allow SSM, and Norway has approved it since 2000. But the European Court of Human Rights has made it abundantly clear in several cases that SSM is not a fundamental human right, under Article 12 of the European Convention on Human Rights (examining other provisions too). It has said so again more recently in regard to Finland and a transgender marriage case there. See information in, Stefano Gennarini, *European Court: Gay marriage is not a human right*, LIFESITE, July 25, 2014, <https://www.lifesitenews.com/news/european-court-gay-marriage-is-not-a-human-right>. The European Court has decided this is essentially a matter left up to the each country. Since Justice Kennedy is notorious for trying to apply international law in important cases, he should have at least followed that same reasoning before ignoring States’ rights in *Obergefell*. Indonesia is unlikely to adopt SSM anytime soon (see above).

³⁸⁷ See *Obergefell*, 576 U.S. at ____ (Scalia, J. dissenting) (slip op. at 8-9); *id.* (Alito, J. dissenting) (slip op. at 2-8); see Jeffrey Rosen, *The Dangers of a Constitutional “Right to Dignity,”* The Atlantic, April 29, 2015 (after oral argument), available at <http://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/04/the-dangerous-doctrine-of-dignity/391796/> (“expansion of the constitutional right to dignity may produce far-reaching consequences that [gay couples] will later have cause to regret”); see also Jonathan Turley, *Obergefell and the Right to Dignity*, Blog, Columns, July 5, 2015, <http://jonathanturley.org/latest-column/> (noting the elusiveness of a right to dignity in this context, and that J. Kennedy failed to consider homosexuality as a protected class, raising concerns over harms to other freedoms, like religion and speech). So it seems many liberals should also feel cheated by *Obergefell*, since it stopped short of defining sexual orientation as a protected class.

to give it that so-called “right,” and label the circle a “square,” and even give it equal status with a square, but it will always be a circle.³⁸⁸ SSM, similarly, will never actually be marriage.

- 2) Justice Kennedy consistently confuses the incidents and benefits of marriage, with the institution of marriage *itself*. It is as if he *actually defines marriage as some sort of status* conferred by the State on couples, attaching to it a series of benefits and civil rights the recipients of the status are intended to enjoy. I saw no clear definition of marriage from him, and what this “right to marry” is, apart from his status concept, giving same-sex couples the *same treatment* as complementary-sex couples. Surely, if marriage is a fundamental right, it should be carefully defined by this Court. It is not.³⁸⁹
- 3) Justice Kennedy confuses *sameness* with *equal treatment*; the latter can be achieved, if society so chooses, without trying to redefine what something is to make it the *same* as something it is not.³⁹⁰ A simple illustration is voting rights given to women. In that instance, we did not rename women, “men” simply to give them the same voting rights as men. Similarly, in the American civil rights movement, we did not *deem* African Americans “white” in order to give them the same rights as white Americans. Similarly, gay couples are inappropriately called “married” in order to achieve similar rights of married couples. Statutes can address inequalities, *if necessary*, but they can’t actually create *sameness* of actually different things. Same-sex couples and complementary ones are simply not the same, and no amount of state treatment and relabeling can change that.
- 4) In several places Kennedy says marriage is something for *couples* of either sex. He assumes two people for marriage, without giving any rational basis for so limiting it to two, since it is all about one’s *sexual identity*. Some people may want many spouses, choosing marriage with any sex and any number they wish. If Kennedy intends marriage as only for couples, he should have supported this with a solid rationale. But his rationale

³⁸⁸ Squares and circles are both shapes, but marriage does not exist at this level of generality; it has a much more specific meaning, as if a kind of shape itself. Several internet sites showing a simple etymology of the word “marriage” are available. Since the male-female union is distinct in so many ways, it should have its own distinct label. It has earned it.

³⁸⁹ *Obergefell*, 576 U.S. at ____ (slip op. at 15, 17).

³⁹⁰ It is very strange that in *Obergefell*, Kennedy never seriously addressed the idea of *civil unions*, as potentially giving gay couples the same rights and equal treatment as traditional, married couples, since it is the *benefits* of marriage it seems he is after; this was the solution initially reached by the California Supreme Court in the Proposition 8 cases, and by the European Court of Human Rights in its jurisprudence. It is as if Kennedy cannot see the benefits of marriage as something distinct from marriage itself (see point 2)). Again, we cannot simply turn different things into the same thing by giving them the same label. SCOTUS has no magic wand to change this reality. It is only pretending in a world of judicial make-believe.

supporting SSM cannot support his own assumption of couples, since it assumes validity of any sexual unions, in and among each of the sexes. This effectively permits various combinations of sexual interrelationships, in some vague set of commitments to each other, including group marriages.³⁹¹ *Sexual identity* would seem to allow just about anything: pedophilia, incest, and multiple partners with all of it. It is *identity*, and so it is a sinless issue for Justice Kennedy and his majority.³⁹²

- 5) In some places, Kennedy says homosexuality is “immutable.” Scientifically, this is sheer nonsense. Sexual identity is not even clear-cut, but can and often does reflect a wide variety in a spectrum of sexual attractions and experiences, and sometimes involves sheer experimentation. It can fluctuate over an individual’s life span, and can also admittedly change completely.
- 6) Kennedy essentially says gender or sex is irrelevant to the institution of marriage (author using his terms interchangeably, indicative of his intent). But if one’s sex is irrelevant to marriage, why is it virtually everyone has a biological sex (intersex variants aside)? If it doesn’t matter in marriage, when would it matter? Every individual owes his/her very existence to the coupling of one single male and one single female, to two sexes. The same individual will also likely inherit a distinct male or female sex from his/her biological parents. Sex and gender are thus indispensable to human existence itself. It matters. Human life cannot exist without the two sexes. To disparage sex as irrelevant to marriage is an insult to the species. Although Kennedy claims his neutering of marriage in no way harms opposite-sex couples, in fact he insults everyone whose inherited biological sex and identity as a male or a female actually matters in their marriage.³⁹³ If one’s sex as male or female is irrelevant to marriage, when would it ever matter? It would not. So, America is embroiled now in a toilet and locker room sharing conundrum, confusing itself as to whether being a male or female makes any difference inside.

³⁹¹ The case has scores of references to couples or two people. See *id.* (slip op. at 2, 3, 12-19, 22, 23, and so on).

³⁹² Justice Kennedy also inexplicably intones sexual identity is morally alright if it is for *gay* and *straight* couples, specifically of the *adult* variety (this would seem to alleviate some concerns of Kennedy’s willingness to embrace incest, bestiality, pedophilia and other varieties usually considered immoral). But who gave him the moral authority to judge which *sexual identities* are approved and which are not, or to so limit these identities to *straight* and *gay adult couples*? He has no authority to say which sexual identities are approved, and to draw a line around the approved ones against the others. And Kennedy certainly has no authority and no expertise to determine an informed public consensus on the issue, if that is all there is to it, which it is not. Such authority is not his to assume.

³⁹³ So now there are efforts to eliminate male and female toilets and locker rooms, ban terms like Mr. and Mrs., man and woman in some college campuses in the U.S., and even some court documents in child care cases are being changed to “Parent 1” and “Parent 2” (instead of the terms Mother and Father), infuriating many parents.

- 7) Justice Kennedy, the majority, and countless SSM advocates have had the hardest time grasping another important distinction: asserting conduct is immoral is not equivalent to hating the people doing it (it should be so easy to get). Author can call author's friend's sinful lifestyle immoral, and this is not hating him. But force me to accept it as moral and good when author think it is not, then we have a problem. Animus, however, lies in the hearts of those who encounter others who will not accept their conduct, but consider it immoral. So, who hates who in this discussion? It is the LGBT advocates and their sympathizers who hate those who will not agree with them.³⁹⁴
- 8) Kennedy's insistence on *avoiding stigma* for children of same-sex-couple households (by giving the parents a dignified status of marriage), is hollow, ineffectual (it can't actually achieve this), and is insulting to single-parent and similarly situated families having children but no marriage. Stigma is not the issue for any of these children; sympathy is.³⁹⁵
- 9) The case is an oozing self-contradiction in Kennedy's career. In *Windsor*, Kennedy clearly stated the definition of marriage is a matter *left to the States*. So he struck down a single, federal definition of marriage (DOMA) in that case. In an act of supreme judicial hypocrisy, he, and the majority, have now instituted a single federal definition of marriage (it is the one in California, or Massachusetts, or New York mandating SSM). He has betrayed the very thing he said he and the Congress could not do: impose a national definition. He did it, and he knows it.³⁹⁶
- 10) The decision simply *is not true*. SSM is a lie; it is not marriage. And the greater lie in *Obergefell* that we can simply change things in the law by relabeling them, sends a wrong message to everyone now, and to our children, and future generations. It speaks a message that it is alright to conjure legal fictions, not based on what is real, and to manipulate and twist the legal meaning of things, just so someone can achieve their

³⁹⁴ I can give some credit to Justice Kennedy in *Obergefell* for seeming to graduate beyond his silly idea in *Windsor* that opponents of SSM are homophobic bigots, and by acknowledging sincere, good faith arguments in favor of traditional marriage (slip op. at 4). But vestiges of this sentiment still sadly remain (see slip op. at 19), and secularists are quick to exploit this for shallow political gain, especially through social and mainstream media.

³⁹⁵ Several related issues surround Kennedy's stigma argument and show its insufficiency: What about cohabitating couples with children, straight and gay, who do not want to get married? Can SCOTUS just "deem" them "married," with some swipe of its judicial wand, to solve the stigma their children might face? Isn't that what it has attempted in this case? And what about single gay parents, who do not want to marry, but do want to live an active gay lifestyle? How do we solve that child's stigma; how can the Court solve any such stigmas?

³⁹⁶ I intend nothing about the importance of this violation by placing it ninth on this list (it is only a matter of sequence). Its severity is unimaginably profound and the dissenters have rightly taken Justice Kennedy to task for his switch.

agenda. Isn't this what communism did? We may as well throw out the welcome mat for complete corruption in our legal system (if we have not already). This word-shuffling game is a bad approach. It lacks legal integrity, and has serious implications for all sorts of social institutions. It does not inspire hope toward a good and just society.

Author not sure how Justice Kennedy sees himself after his historical decision in *Obergefell*. Author imagine he considers himself a champion in some great social cause, and perhaps a hero of sorts in this case and what it achieves. Author suggest however, if history survives another hundred years, he and his supporting cast of four other Justices in *Obergefell* will be seen in hindsight not as the heroes of this case, but as its goats.

C. Conclusion

Secular humanism is the ideological underpinning that gave us SSM, and specifically ushered in *Obergefell*, with its imposed new sort of marriage applicable now in all Fifty States. Far from being neutral, as it claims to be, secular humanism is just another religion, an ideology seeking to supplant the Christian worldview (along with other similar religions) on important social and legal issues of the day. It seeks to inform the law itself and shape it. This is impermissible viewpoint discrimination. Christian ethics belong at the table of public discourse on important social issues, not just because this is right in a pluralistic society, but because its ethics are superior, time-tested, and usually indicate what is best for society. A Christian ethic would not twist marriage into a shape called same-sex marriage which the framework of marriage itself cannot bear. Secular humanism, in the end, however, will irreparably harm society, if left unchecked.

Justice Kennedy and the majority in *Obergefell* invented new sexual identity and marriage rights and contorted the Fourteenth Amendment's EP and DP clauses to somehow locate these so-called rights in the Constitution. SSM is a concocted creation not having the status of a fundamental right (a human right), and is especially not a sweeping right, if one at all, to be imposed all across the nation as somehow commanded in our Constitution. Kennedy even betrayed his own holding in *Windsor* (confirming that issues of marriage or SSM are left for the States to decide), to achieve his contrary result in *Obergefell*.

Author hit most of the problems in a Top 10 list of his jurisprudential and worldview mistakes immediately above. In short, they show Kennedy's non-comprehension of what marriage is. In a sincere Equal Protection Clause analysis (i.e., not the one SCOTUS' majority

craftily invented), state traditional marriage laws should have easily survived the applicable *rational basis* review.

In the end, for Justice Kennedy and the majority, this case is really about legitimating homosexuality in our society. *Marriage* (and having children) seems to be the instrument for getting that done. Author don't believe *Obergefell* can accomplish this. Certainly, legalizing something has some impact on public perception and gaining acceptance of it. Author assume this legalization of SSM will cause many more in the public to accept homosexuality as morally acceptable conduct, and this state mandated marriage status proves it. But not everyone will be so easily fooled, and not everyone should be compelled to agree, nor forced to act contrary to their beliefs, nor to accept or participate in something they feel is wrong (and in fact, is).

In order to get the universal change of mind Kennedy and his companions seek, we would have to eviscerate the First Amendment entirely and make it illegal for someone to believe that homosexual conduct (and not just its inclinations) is a sin, and that SSM is its supporting, institutional, immoral counterfeit. Even something that drastic cannot succeed in changing minds, however. It can't take away what people really believe in their consciences, in the religion of their hearts and in Scripture, and in how they raise their children to think accordingly. An effort that severe is likely to cause a civil war, a real one. It is absurd in any case to seriously suggest the legalization of anything controversial (like SSM) requires everyone's support of it.³⁹⁷

Something else should be said about the manner of Justice Kennedy (and the majority) reaching his agenda via this case. If his objective was to have a uniform national policy implementing SSM, this was the least effective way to make it stick, and the most divisive, underhanded, and unprincipled way of going about it. The States, and citizens, should have had a vote on this issue. This whole case might implode one day under the enormous weight of its invalidity.

Author believe in history, this case will be regarded as a huge mistake. Intelligent Indonesians would do well to soundly scrutinize the *Obergefell* case, and flatly reject it. This article is aimed at informing Indonesians and other Asian nations toward that sound thinking.

³⁹⁷ The growing, recent, despicable weaponizing of *Obergefell* into a bullwhip to injure and humiliate other Americans of good conscience, character and will, especially small vendors in the wedding industry, is the subject of the second article.

BIBLIOGRAPHY

Books

J. Eidsmoe, *God and Caesar, Biblical Faith and Political Action*. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 1997

W. Grudem, *Politics According to the Bible*. Michigan: Grand Rapids, Zondervan, 2010

Articles

American Humanist Association (AHA), *About Humanism*, AMERICAN HUMANIST ASSOCIATION, http://americanhumanist.org/Who_We_Are/About_Humanism.

Gillian Flaccus, *Atheist 'Megachurches' Crop Up Around the World*, THE HUFFINGTON POST (10 November 2013), http://www.huffingtonpost.com/2013/11/10/atheist-mega-church_n_4252360.html.

Stefano Gennarini, *European Court: Gay marriage is not a human right*, LIFESITE, July 25, 2014, <https://www.lifesitenews.com/news/european-court-gay-marriage-is-not-a-human-right>.

D. Mainwaring, *I'm Gay and I Oppose Same-Sex Marriage*, THE WITHERSPOON INSTITUTE, March 8, 2013, <http://www.thepublicdiscourse.com/2013/03/9432/>

Gene Schaerr & Ryan T. Anderson, *Legal Memorandum, Memo to Supreme Court: State Marriage Laws Are Constitutional* (no. 148), HERITAGE FOUNDATION (March 10, 2015), <http://www.heritage.org/research/reports/2015/03/memo-to-supreme-court-state-marriage-laws-are-constitutional>.

Robert Barnes, *Supreme Court Agrees to Hear Gay Marriage Issue*, WASHINGTON POST (Jan. 16, 2015), <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/special/politics/same-sex-marriage/>.

Ryan T. Anderson, *7 Reasons Why the Current Marriage Debate Is Nothing Like the Debate on Interracial Marriage*, THE DAILY SIGNAL (August 27, 2014), <http://dailysignal.com/2014/08/27/7-reasons-current-marriage-debate-nothing-like-debate-interracial-marriage/>.

State of Disunity, ALLIANCE DEFENDING FREEDOM, (June 26, 2013), <http://www.alliancedefendingfreedom.org/page/SCOTUS-Marriage-Decision/DOMA-Loss>.

Juliet Eilperin & Robert Barnes, *Obama's Words in Same-Sex Marriage Filing to Court is a Major Shift for Him*, WASHINGTON POST (March 6, 2015), http://www.washingtonpost.com/politics/obamas-words-in-same-sex-marriage-filing-to-court-is-a-major-shift-for-him/2015/03/06/83940fa0-c339-11e4-9271-610273846239_story.html.

Ali Elkin, *Hillary Clinton's Evolution on Same-Sex Marriage: Sounds a Lot Like Some Republicans*, BLOOMBERG POLITICS (April 28, 2015), <http://www.bloomberg.com/politics/articles/2015-04-28/hillary-clinton-s-evolution-on-same-sex-marriage-sounds-a-lot-like-the-gop>.

Taylor Berman, *Bill Clinton Calls the Anti-Gay Marriage Act He Signed Into Law Unconstitutional*, GAWKER (March 7, 2013), <http://gawker.com/5989353/bill-clinton-calls-the-anti-gay-marriage-act-he-signed-into-law-unconstitutional>.

Why Every State Needs a Religious Freedom Restoration Act, ALLIANCE DEFENDING FREEDOM (April 22, 2015), <https://www.alliancedefendingfreedom.org/content/campaign/2015/RFRA/WhyEveryStateNeedsaRFRA.pdf>.

3 Reasons SOGI Laws Are Being Defeated, ALLIANCE DEFENDING FREEDOM (April 14, 2015), <http://blog.alliancedefendingfreedom.org/2015/04/14/3-reasons-sogi-laws-are-being-defeated/>.

Jeffrey Rosen, *The Dangers of a Constitutional "Right to Dignity,"* THE ATLANTIC, April 29, 2015, available at <http://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/04/the-dangerous-doctrine-of-dignity/391796/>

Jonathan Turley, *Obergefell and the Right to Dignity*, Blog, Columns, July 5, 2015, <http://jonathanturley.org/latest-column/>.

U.S. Cases and Court Materials

Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 134 S.Ct. 2751 (2013), available at http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf

DeBoer v. Snyder, 772 F.3d 388 (6th Cir. 2014), available at http://www.dispatch.com/content/downloads/2014/11/Read_the_court_decision_that_upholds_Ohioxs_ban_on_gay_marriage.pdf

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (June 26, 2015), available at http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

Robicheaux v. Caldwell, 2 F. Supp. 3d, 910 (E.D. La. 2014), available at http://web.stanford.edu/~mrosenfe/Robicheaux_v_Caldwell_Louisiana_Fed_district_2014.pdf

Transcript of Oral Argument, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 11, (April 28, 2015), available at http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q1_3j4a.pdf

United States v. Windsor, 570 U.S. 12 (2013), available at http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf

Baker v. Nelson, 409 U.S. 810 (1972)

Baskin v. Bogan, 766 F.3d 648 (7th Cir. 2014)

Bishop v. Smith, 760 F.3d 1070 (10th Cir. 2014)

Bostic v. Schaefer, 760 F.3d 352 (4th Cir. 2014)

Bourke v. Beshar, No. 3:13-cv-00750 (S.D. Ky. 2014)

Bowen v. Gilliard, 483 U.S. 587 (1987)

Citizens for Equal Protection v. Bruning, 455 F. 3d 859 (8th Cir. 2006)
Conde-Vidal v. Garcia-Padilla, 54 F. Supp. 3d 156 (D.P.R. 2014)
Hollingsworth v. Perry, 570 U.S. 12 (2013)
Kitchen v. Herbert, 755 F.3d 1193 (10th Cir. 2014)
Latta v. Otter, No. 14-35420, 2014 WL 4977682 (9th Cir. Oct. 7, 2014)
Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)
Merritt v. Attorney Gen., No. 13-215, 2013 WL 6044329 (M.D. La. Nov. 14, 2013)
Obergefell v. Hodges, Nos. 1:13-cv-00501 and 1:14-cv-00129 (S.D. Ohio 2015)
Sevcik v. Sandoval, 911 F. Supp. 2d 996 (D. Nev. 2012)
Tanco v. Haslam, No. 3:13-cv-01159 (M.D. Tenn. 2014)
Varnum v. Brien, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009)
Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997)

Indonesian Constitution, Statutes, Other Information

Indonesia Const. Preamble; arts. 28B, E, H, I, 29 (1945)
UU, Law no. 1/1974, arts. 1, 3
KUHD Pertama [Civil Code], Titles 4 – 11, arts. 27, 29, 105, 106
Suhadi Cholil, *Freedom of Religion or Belief in Indonesia and the Challenge of Muslim Exceptionalism*, Symposium Religious Freedom 2015, Universitas Kristen Petra, 7, 8 (7 May, 2015)
Letter from Dr. H. T. H. – Lebang and Gomar Gultom to PGI Member Church Leaders (June 17, 2016), available at <https://translate.google.co.id/translate?hl=en&sl=id&tl=en&u=http%3A%2F%2Fpgi.or.id%2Fdokumen-pgi-2%2F>

U.S. Constitution and Laws

U.S. Const. amend I (1791)
U.S. Const. art. V
VA. Const., § 16 (1776)
1 U.S.C. § 7 (the Dictionary Act)
Defense of Marriage Act (DOMA), 110 STAT. 2419 § 3 (1996)
Religious Freedom Restoration Act (RFRA), 107 STAT. 1488, 42 U.S.C. §2000bb, *et. seq.* (1993).
Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000 (RLUIPA), 114 STAT. 803, 42 U.S.C. § 2000cc, *et. seq.* (2000).

Law Review
Volume XIV, No. 3 - Maret 2015 KAJIAN HUKUM PERDATA Batas Usia Kedewasaan Menurut Hukum Perdata (Sebelum dan Sesudah Lahirnya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974) (Umar Haris Sanjaya, FH Universitas Islam Indonesia Yogyakarta) Aspek Hukum Hak Anak Luar Kawin (Pendekatan Kasus Terhadap Putusan Pengadilan Tinggi Riau No. 58/PDT/2014/PTR) (Agus Gunawan, Alumni FH UPH) Perlindungan Hukum Pemegang Saham Minoritas Akibat Perbuatan Melawan Hukum Direksi Menurut Undang-Undang Perseroan Terbatas (Dwi Tatak Subagiyo, FH Universitas Wijaya Kusuma Surabaya) Perlindungan Hukum Bagi Bezitter Yang Beritikad Baik atas Hak Guna Bangunan (Vanny Soraya, Mahasiswa MKn Universitas Pelita Harapan Jakarta) Pelaksanaan Prinsip Kehati-hatian Perbankan Dalam Transaksi Menggunakan Kartu di Indonesia (Rex Andrew Djohan, PT. Raharja Anugrah Dharma) Analisis Kerangka Hukum Instrumen Ekonomi Lingkungan Dalam Mendukung Percepatan Penurunan Emisi Gas Rumah Kaca Studi Kasus: Sektor Kehutanan di Kota Pagar Alam (Joko Tri Haryanto dan Luhur Fajar Martha, Staf Menkeu RI dan UniSadhuGuna <i>Business School</i>) Hukum: Cerminan Kebaikan Umum Dalam Pandangan Thomas Aquinas (Thomas T. Pureklolon, FLA UPH Karawaci) Analisis Kritis Atas Bahasa Hukum dan Distorsi Bahasa Dalam Hukum (Christina Purwanti, FLA UPH Karawaci) UPH Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan

Law Review
Volume XV, No. 1 – Juli 2015 Perlindungan Hukum Kreditor Separatis Dalam Kasus PT. Dwimas Andalan Bali melawan PT. Karsa Industama Mandiri (Kristy Sidharta, PT. Global Digital Niaga) Kewenangan Kurator Dalam Eksekusi Harta di Luar Boedel Pailit Dalam Penyelesaian Kepailitan (Kezia Santoso, Mahasiswa Program Magister Kenotariatan Universitas Indonesia) Upaya Penyelesaian Wanprestasi Debitur dalam Perjanjian Pembiayaan Konsumen Kendaraan Bermotor pada PT. BFI Finance Indonesia Tbk (Pendekatan Kasus terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor 2116 k/pdt/2010) (Shinta Pangesti, Mahasiswa Magister Kenotariatan UPH) Perlindungan Hukum Terhadap Pemegang Hak Atas Merek Terkenal Atas Dilusi Merek (Yurico Mandali, Imran Muntaz & Co) Perlindungan Hukum Bagi Pekerja Sektor Informal Pada Jasa Konstruksi (Johanna, Mahasiswa Magister Kenotariatan Universitas Pelita Harapan) Perlindungan Hukum Bagi Pengguna Jasa Lembaga Otoritas Sertifikat (LOS) Dalam Rangka Transaksi Elektronik (Gwendolyn Ingrid Utama dan Christabel Ailsa, Fakultas Hukum UPH Karawaci) Digital Economy Dan E-Commerce Di Indonesia: Peranan Pemerintah (Jerry Shalmont, Fakultas Hukum UPH Karawaci) Organisasi Kemasyarakatan Dalam Demokrasi Konstitusional di Indonesia (Satrya Pangadaran Marpaung, Fakultas Hukum UPH Karawaci) UPH Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan

Law Review
Volume XVI, No. 1 – Juli 2016 The Indonesian Mineral Export Restriction: Is The Country Shooting Itself In The Foot? Feitty Eucharisti Pandjaitan (UPH Center for International Trade and Investment) Persetujuan Menuju Arbitrase ICSID Dalam BIT Indonesia Muhammad Iqbal Hasan (Badan Koordinasi Penanaman Modal RI) Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Dalam Sistem Pre Project Selling Dwi Tatak Subagiyo (Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma, Surabaya) Kekuasaan Dan Penyakitnya John Riady (Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan) Pengisian Jabatan Kepala Daerah Sebagai Bagian Dari Politik Hukum Nasional RI di Bidang Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah Tri Sulistyowati (Fakultas Hukum Universitas Trisakti) Aspek Perlindungan Hukum Pasien Korban Malpraktek Dilihat Dari Sudut Pandang Hukum Di Indonesia Sabungan Sibarani (Fakultas Hukum Universitas Borobudur) Same-Sex Marriage After Obergefell: the <i>State of the Union</i> in the U.S. And International Implications for Indonesia (Including Justice Kennedy's Top 10 Errors) Patrick M. Talbot (Faculty of Law Pelita Harapan University) “Under the Blessings of Almighty God”: Christian Roots of the Australian Legal System Augusto Zimmermann (Murdoch University School of Law) UPH Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan

Law Review
Volume XVI, No. 2 – November 2016 Judul Artikel Law Review Volume XVI, No. 2 – November 2016 Penulis (Afiliasi Penulis) Judul Artikel Law Review Volume XVI, No. 2 – November 2016 Penulis (Afiliasi Penulis) Judul Artikel Law Review Volume XVI, No. 2 – November 2016 Penulis (Afiliasi Penulis) Judul Artikel Law Review Volume XVI, No. 2 – November 2016 Penulis (Afiliasi Penulis) Judul Artikel Law Review Volume XVI, No. 2 – November 2016 Penulis (Afiliasi Penulis) Judul Artikel Law Review Volume XVI, No. 2 – November 2016 Penulis (Afiliasi Penulis) Judul Artikel Law Review Volume XVI, No. 2 – November 2016 Penulis (Afiliasi Penulis) Judul Artikel Law Review Volume XVI, No. 2 – November 2016 Penulis (Afiliasi Penulis) Judul Artikel Law Review Volume XVI, No. 2 – November 2016 Penulis (Afiliasi Penulis) Judul Artikel Law Review Volume XVI, No. 2 – November 2016 Penulis (Afiliasi Penulis) UPH Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan

“UNDER THE BLESSINGS OF ALMIGHTY GOD”: CHRISTIAN ROOTS OF THE AUSTRALIAN LEGAL SYSTEM

Augusto Zimmermann

Murdoch University School of Law
a.zimmermann@murdoch.edu.au

Abstrak

Ideologi Kristen telah memainkan peran sentral dalam perkembangan hukum Australia. Proposisi ini adalah fakta yang didukung penuh oleh analisis dasar sejarah, meskipun warisan Kristen negara tampaknya semakin meragukan, ditekan dan bahkan ditolak karena masyarakat kita bergerak menjauh dari nilai-nilai Kristen menuju sekularisme. Ketika dipertimbangkan bersama pengembangan hukum kolonial, adopsi dari tradisi sistem hukum common-law Inggris dan sistem federasi Amerika, jelas bahwa fondasi bangsa Australia, dan hukum-hukumnya, memiliki akar filosofi Kristen. Infusi ke-Kristenan diwujudkan dalam Konstitusi Australia. Tercantumnya kata-kata 'rendah hati mengandalkan restu dari Tuhan Yang Maha Esa' dalam Konstitusi mencontohkan warisan negara agama, dan khususnya Kristen. Hal ini dapat, setidaknya, dikatakan bahwa nilai-nilai Kristen Yudeo tertanam di Australia untuk mengharuskan pengakuan Tuhan dalam dokumen pendirian bangsa. Hal ini ditemukan, melalui analisis penyediaan dan konteks historisnya, bahwa Pendiri Australia tidak berniat mengabaikan agama dan terpisah dari konstitusi tertulis, apalagi hukum. Sebaliknya, para perancang sebagian besar pelindung agama, khususnya Kristen. pengaruh agama ini diilustrasikan, antara lain, melalui tujuan awal bagian 116 dari Konstitusi Australia.

Kata Kunci: Kristen, sistem hukum Australia, konstitusi

Abstract

Christian ideology has played a central role in the development of Australian law. This proposition is a fact that is fully supported by a basic analysis of history, although the Christian heritage of the country appears to be increasingly doubted, suppressed and even denied as our society moves away from Christian values towards secularism. When considered alongside the development of colonial laws, the adoption of the English common-law tradition and American system of federation, it is evident that the foundations of the Australian nation, and its laws, have discernible Christian-philosophical roots. The infusion of Christianity is embodied in the Australian Constitution. The inclusion of the words 'humbly relying on the blessing of Almighty God' in the Constitution exemplifies the country's religious, and specifically Christian, heritage. It can, at the very least, be said that Judeo-Christian values were embedded in Australia to necessitate the recognition of God in the nation's founding document. It is found, through an analysis of the provision and its historical context, that the Australian Founders did not intend religion to be disregarded and divorced from the written constitution, let alone the law. On the contrary, the drafters were largely protective of religion, Christianity in particular. This religious influence is illustrated, among other things, through the original purpose of section 116 of the Australian Constitution.

Keywords: Christian, Australian legal system, constitution

A. Introduction

Christianity is infused in both the legal and governmental institutions and customs of Australia. While the Australian legal tradition cannot lay claim to the historical depth of England, it too was built on a solid Christian foundations. These foundations were largely inherited through the country’s reception of the common law, in addition to the adoption of Christian values and philosophy. Accordingly, Christianity was embedded in Australian society during the major moments of legal reform and Christian ideas permeate the legal and governmental customs that were developed. Many of these traditions have endured to the present.

B. Discussion

B. 1. First Considerations

Section 116 of the Australian Constitution is generally interpreted by those who deny and denounce the Judeo-Christian roots of the Australian law as evidence that the Commonwealth Constitution should be regarded as an entirely secular document; but, as this article endeavours to demonstrate, nothing could be further to the truth. In reality, the framers of the Australian Constitution prohibited the establishment of a national church so as to limit the power of central government and to protect and strengthen religion, particularly Christianity. The enduring role of religion in our laws and customs may be regarded by some as a mere relic of the past, and soon to be overtaken by the rise of secularism and ‘social progress’, but Australia’s Christian heritage is irrefutable. Those who wish to advance ‘secularism’ may opt for being indifferent to the enduring role of Christianity in our legal system, but they have no right to rewrite history in order to advance their arguments.

B. 2. Australia’s Colonial Period

The Australian legal tradition is built on a solid Christian foundation. The country possesses truly remarkable Christian influences – starting with the first English fleet departing for Australia in 1787, when Captain Arthur Phillip was instructed by the British government to enforce a due observance of religion and to take such steps as were necessary for the

celebration of public worship.³⁹⁸ The late Charles Francis QC explained the practical effect of those official instructions:

“In the first draft of these instructions he was to grant full liberty of conscience, and the free exercise of all modes of religious worship not prohibited by law, provided his charges were content with a quiet and peaceable enjoyment of the same, not giving offence or scandal to government; he was to cause the laws against blasphemy, profaneness, adultery, fornication, polygamy, incest, profanation of the Lord's Day, swearing and drunkenness to be rigorously executed. He was not to admit to the office of justice of the peace any person whose ill-fame or conversation might occasion scandal; he was to take care that the Book of Common Prayer as by Law established be read each Sunday and Holy Day, and that the Blessed Sacrament be administered according to the rites of the Church of England.”³⁹⁹

Australia started out as a colony populated by convicts from Great Britain, but Lachlan Macquarie, Australia's Governor between 1809 and 1821, played a crucial role in transforming Australia from a dumping ground into a model British colony. Governor Macquarie was the last governor to rule the colony with relatively unchecked power and exerted a large degree of power and influence on the transition of NSW from a penal colony to a free settlement. He is broadly known as the ‘Father of Australia’ and there are two basic reasons for this: first, he formally adopted the name Australia for the continent, a name earlier proposed by its first circumnavigator Matthew Flinders; and second, he played a fundamental role in the social, economic and architectural development of New South Wales.⁴⁰⁰

Governor Macquarie encouraged Christianity in a number of significant ways. He believed that New South Wales should be a land of redemption where ‘convicts would be transformed into citizens’.⁴⁰¹ Under his benign rule the Christian religion made considerable progress in Australia. In 1815, he personally appointed clergymen to every district of the new colony, ordering that all convicts attend Sunday church services.⁴⁰² On the first Sunday of compulsory church service, Macquarie himself made sure he attended.⁴⁰³ He also launched in the new colony the Sunday School Movement and the local branches of the British Bible Society and of the Foreign Bible Society.

³⁹⁸ Charles Francis, ‘Why Australia's Christian Heritage Matters’, *News Weekly*, March 1st, 2008 <<http://www.newsweekly.com.au/articles/2008mar01a.html>>.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ Macquarie's grave in Mull, Scotland, is maintained at the expense of the National Trust of Australia and is inscribed "The Father of Australia."

⁴⁰¹ Niall Furgason, *Empire: How Britain made the Modern World* (London/UK: Penguin Books, 2003), p 105.

⁴⁰² See Elizabeth Rogers Kotlowski, *Stories of Australia's Christian Heritage* (Strand Publishing, 2006) 42;

⁴⁰³ Francis Nigel Lee, *The Christian Foundations of Australia* (August 2000), p.10 <<http://www.dr-fnlee.org/docs6/cfa/cfa.html>>.

Governor Macquarie believed that Christian principles could render the next generation ‘dutiful and obedient to their parents and superiors, honest, faithful and useful members of society’.⁴⁰⁴ He considered these principles ‘indispensable both for liberty and for a high material civilisation’,⁴⁰⁵ and ‘hoped to give satisfaction to all classes, and see them reconciled’.⁴⁰⁶ He attempted to educate children in these principles through the schools he established.⁴⁰⁷ Hence, Macquarie is said to have begun the nation’s transformation from a ‘dumping ground for convicts into a model British colony’.⁴⁰⁸ Due to his honest and efficient government, his objective was achieved, and late in his life he accurately claimed: ‘I found New South Wales a gaol and left it a colony’.⁴⁰⁹

Significantly, Christian traditions also came to this nation through the English legal system. When the penal colony of New South Wales was established in 1788, the laws of England were transplanted into Australia in accordance with the doctrine of reception. When English law was transplanted in Australia according to this doctrine, the supreme courts of the colonies were empowered to decide which English laws were applicable to the Australian situation. At the time of English settlement in Australia, Christianity formed an integral part of the theory of English law and civil government.⁴¹⁰ Accordingly, Christianity was included in the law of the land applicable to the situation of the colonists.

Curiously, the early disregard of Aboriginal customary law was actually based on a combination of established common-law principles and a Christian interpretation of the ‘Divine Law’. The colonisers considered that Aboriginal laws apparently conflicted with the Christian legal tradition of the common law, which is based on the authority of reason and revelation. Consequently, these laws were generally perceived as too irrational to secure properly the fundamental rights to life, liberty and property. This is evident in the Supreme Court of New South Wales decision of *R v Jack Congo Murrell*, where Justice Burton

⁴⁰⁴ Manning Clarke, *A History of Australia* (Melbourne/Vic: Melbourne University Press, 1997) p 280-81.

⁴⁰⁵ Ibid 16.

⁴⁰⁶ Lee, above n.6, p 10.

⁴⁰⁷ Ibid. See also Kotlowski, above n 5, p 42.

⁴⁰⁸ Macquarie’s mausoleum in Mull, Scotland, describes him without exaggeration as “the Father of Australia.”

⁴⁰⁹ Ferguson, kotabove n 4, p 107.

⁴¹⁰ David Mitchell, ‘Religious Tolerance Laws Are Not Only a Challenge to our Freedom of Speech but Also to the Under-Girding of our Historic Legal System’ (Paper presented at Religious Tolerance Laws: A Challenge to Our Freedom of Speech? Christian Legal Society of Victoria, Melbourne, June 2, 2005).

expressed the view that Aborigines ‘had no [proper] law but only lewd practices and irrational superstitions contrary to Divine Law and consistent only with the grossest darkness’.⁴¹¹

Justice Burton’s characterisation of Aboriginal laws as ‘irrational superstitions’ by virtue of their contradiction of ‘Divine Law’ constitutes a direct recognition of Christian legal doctrine extending to Australian law. This reception of Christian legal principles was perhaps best encapsulated in Justice Hargraves’s famous comment for the Supreme Court of New South Wales in *Ex Parte Thackeray* (1874):⁴¹²

“We, the colonists of New South Wales, “bring out with us” (to adopt the words of Blackstone) this first great common law maxim distinctly handed down by Coke and Blackstone and every other English Judge long before any of our colonies were in existence or even thought of, that ‘Christianity is part and parcel of our general laws’; and that all the revealed or divine law, so far as enacted by the Holy Scripture to be of universal obligation, is part of our colonial law – as clearly explained by Blackstone Vol 1 pp. 42-43 and 43-60.”⁴¹³

This pronouncement exemplifies the judicial recognition of the Christian heritage of the common law. Accordingly, the court in *Thackeray* unconditionally adopted and acknowledged Christianity’s embedment in the common law. Indeed, the court took the major step of declaring the supremacy of Christian legal principles – namely, that the divine or revealed law is applicable, and superior, to colonial laws – and that ‘all the revealed or divine law, so far as enacted by the Holy Scripture to be of universal obligation’, are applicable and superior to colonial laws. The courts thus recognised principles that were founded in Christianity to be of universal nature and so to be invariably respected by the colonial law.

B. 3. Constituting a Christian Commonwealth

On 5 July 1900 the Imperial (British) Parliament passed the Constitution of Australia Bill. Queen Victoria assented four days later and proclaimed in September that the Commonwealth of Australia would come into existence on the first day of the twentieth century (1 January 1901). On the occasion, one of the Constitution’s most distinguished co-authors, Sir John Downer, declared: ‘The Commonwealth of Australia will be, from its first stage, a Christian Commonwealth’.⁴¹⁴

⁴¹¹ *R v Jack Congo Murrell* (1836) Legge 72; [1836] NSWSupC 35; see also Patrick Parkinson, *Tradition and Change in Australian Law* (Thomson Reuters, 2nd ed, 2001), p 107.

⁴¹² *Ex parte Thackeray* (1874) 13 SCR 1.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*

Like Downer, many other leading writers of the Constitution had strong views on the importance of Christianity to the Australian Commonwealth. For instance, Sir Henry Parkes, who served as Premier of New South Wales and is known as ‘the Father of Australia’s Federation’, believed that Christianity comprised an ‘essential part’ of Australia’s common law.⁴¹⁵ In a column published in the *Sydney Morning Herald* (26 August 1885), Sir Henry stated that ‘[w]e are pre-eminently a Christian people – as our laws, our whole system of jurisprudence, our Constitution ... are based upon and interwoven with our Christian belief’.⁴¹⁶

Similar views were found among the drafters of the Constitution Bill in 1897, including Edmund Barton and Alfred Deakin. Barton, for instance, had been inspired to enter politics by his Anglican Minister. He became Australia’s first Prime Minister and founding Justice of the High Court of Australia. Deakin, who after Barton became the country’s second Prime Minister, was a particularly religious person.⁴¹⁷ From 1902 to 1912, he was the leading figure in Australian public life.⁴¹⁸ Deakin is credited, among several other important things, with drafting the bill that created the High Court of Australia, and for selecting Canberra as the location for the nation’s capital.

Representing the colony of Victoria at the Colonial Conference in London in 1887, Deakin played a crucial role in passing the constitution through the English House of Commons. After dedicating most of his time and energy to bringing Federation to fruition, he seconded Sir Henry Parkes’s motion in the Imperial Parliament (UK) for the proposed Australian Federation.⁴¹⁹ On the day following the referendum concerning the draft of the Constitution – held on 3 June 1898 in New South Wales, Victoria and Tasmania – Deakin humbly offered the following prayer of thanksgiving for all the progress that had been made, asking for Christ’s blessing on the endeavour:

“Father of Nations, receive our psalm of thanksgiving. Enable us to pursue the cause of unity in spite of the obstacles which at present appear to beset our path elsewhere. Guide us to appeal to that which is best and purest so as to make its development and mastery sure under our forms of government. Aid us to purify ourselves by our labours for the general wealth and to invoke spiritual and moral principles so as to link us with our brethren on the highest plane to which we can at present attain. God preserve this people

⁴¹⁵ Lee, above n 6, p 17.

⁴¹⁶ Ibid.

⁴¹⁷ Kotlowski, above n 5, p 152.

⁴¹⁸ John Reynolds, *Edmund Barton* (Sydney/NSW: Angus & Robertson, 1979) p 203.

⁴¹⁹ Kotlowski, above n 5, p,152.

and grant its leaders unselfish fidelity and courage to face all trials for the sake of brotherhood. Thy blessing has rested upon us here yesterday and we pray that it may be the means of creating and fostering throughout all Australia a Christlike citizenship.”⁴²⁰

All of these statements are far more than just rhetoric. The Christian belief of the Australian Framers made its way directly into the preamble of the Commonwealth Constitution: ‘Whereas the people of New South Wales, Victoria, South Australia, Queensland, and Tasmania, *humbly relying on the blessing of Almighty God*, have agreed to unite in one indissoluble Federal Commonwealth ...’.⁴²¹ The reference to God received the strongest popular support of *any* part of the Constitution. According to Helen Irving:

“During the 1897 Convention delegates have been inundated with petitions . . . in which the recognition of God in the Constitution was demanded. The petitions, organized nationally . . . asked for the recognition of God as the ‘supreme ruler of the universe’; for the declaration of national prayers and national days of thanksgiving and ‘humiliation’. But, the essence of their petition was that the Constitution should include a statement of spiritual—specifically Christian—identity for the new nation.”⁴²²

As Professor Irving also points out, the preamble is that part of the Australian Constitution laying out ‘the hopes and aspirations of the parties involved’.⁴²³ The insertion of an acknowledgment of God into the Preamble of the Australian Constitution occurred in response to overwhelming public support, which came, among other things, from countless petitions received from the citizens of every single colony in Australia. For instance, the Legislative Assembly of Western Australia proposed that the preamble should declare that the Australians are ‘grateful to Almighty God for their freedom, and in order to secure and perpetuate its blessings’.⁴²⁴

Similarly, the Legislative Assembly of Tasmania suggested that the constitution’s preamble should ‘duly acknowledge Almighty God as the Supreme Ruler of the Universe and

⁴²⁰ Deakin’s Prayer 223, 4 June 1898. Before that, on 6th March 1897, Deakin wrote this prayer, the first of several about the Convention: “Seeking to embrace in a limited and imperfect judgement a great field of human activity and to affect potent causes operating for far distant times grant O God that I may have sufficient clearness of vision or sufficient antagonism in failure to avoid injuring the cause of true progress towards Thee and Thy kingdom on earth. I seek but to serve and pray that my service be solely for the best...” – B.P.I, CCXXIII (6 March 1897). Cited in J.A. La Nauze, *Alfred Deakin: A Bibliography* (1965) p 164.

⁴²¹ *Constitution of the Commonwealth of Australia 1900* (Cth) Preamble. (emphasis added).

⁴²² Helen Irving, *To Constitute a Nation: A Cultural History of Australia’s Constitution* (Cambridge University Press, 1999) p 166.

⁴²³ *Ibid.*, 196.

⁴²⁴ *Ibid.*

the source of all true Government’.⁴²⁵ Likewise, both the legislative assemblies of New South Wales and South Australia, as well as the Legislative Council of Western Australia, proposed a preamble ‘acknowledging Almighty God as the Supreme Ruler of the Universe’.⁴²⁶ As such, John Quick (one of the drafters of the Constitution) and Robert Garran (who played a significant role in the Australian Federation movement) wrote in their standard commentary on the Australian Constitution:

“This appeal to the Deity was inserted in the Constitution at the suggestion of most of the Colonial Legislative Chambers, and in response to numerous and largely signed petitions received from the people of every colony represented in the Federal Convention.... In justification of the insertion of the words stress was laid on the great demonstration of public opinion in their favour, as expressed in the recommendations of the Legislative bodies and in the petitions presented.”⁴²⁷

The inclusion of the words ‘humbly relying on the blessing of Almighty God’ into the Australian Constitution, the primary source of Australian law and government, exemplifies the nation’s Christian heritage. It can, at the very least, be said that Judeo-Christian values were so embedded in Australia so as to necessitate the recognition of God in the nation’s founding document.

B. 4. Symbolic Acknowledgements of the Christian Faith

Christian practices deeply permeate Australia’s legal traditions. Religion is still taught in Australia’s public schools, and the Bible is still present in every court of the land. Furthermore, prayers are conducted prior to opening proceedings at both state and federal Parliaments. Standing Orders for the House and Senate determine that the Speaker must read a prayer for Parliament,⁴²⁸ which is followed by the Lord’s Prayer before calling for the first item of business.⁴²⁹ With all Parliamentary members remaining standing, the Speaker concludes the opening proceedings with this prayer:

“Almighty God, we humbly beseech Thee to vouchsafe Thy blessing upon this Parliament. Direct and prosper our deliberations to the advancement of Thy glory, and the true welfare of the people of Australia.”

⁴²⁵ Ibid.

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ John Quick and Robert Randolph Garran, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth* (Angus & Robertson, 1901), p 287.

⁴²⁸ ‘Almighty God, we humbly beseech Thee to vouchsafe Thy blessing upon this Parliament. Direct and prosper our deliberations to the advancement of Thy glory, and the true welfare of the people of Australia.’

⁴²⁹ Senate Standing Order 50, House Standing Order 38.

The powers of the Governor-General also illustrate the relevance of Christianity in the current legal system.⁴³⁰ The Governor-General, who is constitutionally authorised to exercise the executive power as the Queen's representative,⁴³¹ swears allegiance to the monarch under section 42 of the Australian Constitution, binding himself to the principles expressed in the Queen's oaths of office.⁴³² These oaths include significant Christian undertakings. At her enthronement Queen Elizabeth II solemnly promised to 'maintain the Laws of God and the true profession of the Gospel' and to 'continue steadfastly as the Defender of Christ's religion'.⁴³³ The monarch also committed herself 'to the utmost of [her] power maintain the Laws of God and the true profession of the Gospel'.⁴³⁴

Whatever one might think of all this, it is simply not possible to understand it without reference to Christianity, for the Queen's oaths bind the Governor-General and compel him to 'maintain biblical principles and Christianity as the law of Australia'.⁴³⁵ Of course, while Christianity is *historically* enshrined in Australian law, there are few practical implications to bear in mind. First, it would be unheard of for the Queen to dispose of the Governor-General for a failure to maintain Christian principles in the law; second, it is not conceivable that an act of the Governor-General, or any act of government, would be invalidated because they deviate from Christian theology.

However, the Christian faith informs and persuades the legal assessment and policy of many lawmakers and judges. This is because Australia, while pluralistic, remains a predominantly Christian nation. Although our lawmakers may not explicitly cite Christianity as motivating their decisions, there is ample evidence to show that Christian ideals and principles are relevant considerations when exercising their powers. Relatively recent examples of the personal influence of Christianity on politicians include former Prime Ministers John Howard, Kevin Rudd and Tony Abbott and a vast number of other Australian law makers. Furthermore, Christian values still largely form the basis of community values in Australia. So long as this occurs, and there is little evidence to say that this will ever completely cease, it is irrefutable that Christianity will (at least indirectly) play a prominent role in our

⁴³⁰ Mitchell, above n 13.

⁴³¹ Section 61 of the Australian Constitution gives the Queen executive power over Australia.

⁴³² Nick Spencer, *Freedom & Order: History, Politics & the English Bible* (Hodder & Stoughton, 2011) p 2.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ Mitchell, above n 13.

legal system. Thus, the perception that Christian ideology no longer holds *any* relevance to Australian law is at best fallacious.

B. 5. Establishment Clause in Australia

In 1981, the High Court in the so-called *DOGS* case offered its first significant decision regarding the interpretation of the establishment clause.⁴³⁶ The case involved the validity of federal financial support for religious schools by means of a series of grants to the States. Most of the private schools benefiting from this aid were religious schools, and the Australian Council for the Defence of Government Schools (DOGS) challenged the grants, arguing that government funding of church schools amounted to an ‘establishment’ of religion.

The argument was rejected in a six-to-one decision. First, the majority emphasized the differences between the U.S. and Australian establishment clauses and refused to follow the lead of the U.S. courts. The majority then held that section 116 does not prohibit federal laws from assisting the practice of religion, or from providing financial support to religious schools on a non-discriminatory basis. The Court made it clear that the federal government can indirectly give benefits to religion as long as the purpose is not to establish an official state church. To fall afoul of section 116, the Court said, the Commonwealth would have to go so far as to effectively establish an official church or to value one particular Christian denomination over all the others.

The meaning and scope of church-state separation was again tested in the High Court in a challenge to the constitutional validity of the National Schools Chaplaincy Program (NSCP).⁴³⁷ In 2006 the Commonwealth created the program as a voluntary program under which schools sought financial support from the Commonwealth to establish or enhance chaplaincy services for school communities.⁴³⁸ Schools choose the chaplains that best meet their needs, with a funding agreement supported the position. The High Court in delivering its decision in *Williams v Commonwealth* (2012) did not satisfy the plaintiff’s expectation that the court would declare the chaplaincy program an unconstitutional violation of church-state separation. Instead, by a six-to-one majority the Court ruled that the executive power found in

⁴³⁶ *A-G (Vic) (ex rel Black) v. Commonwealth* (1981) 146 CLR 559 (‘*DOGS Case*’).

⁴³⁷ See *Williams v Commonwealth* (2012) 288 ALR 410.

⁴³⁸ Under NSCP, chaplains offered ‘general religious and personal advice to those seeking it;’ and would ‘[work] in a wider spiritual context to support students and staff of all religious affiliations and not [seek] to impose any religious beliefs or persuade an individual toward a particular set of religious beliefs.’: *Williams v Commonwealth (No 1)* (2012) 288 ALR 410, [305] (Heydon J, citing the NSCP guidelines).

section 61 of the Constitution⁴³⁹ did not authorize federal officials to enter into funding agreements or authorize payments for it from the Consolidated Revenue Fund.⁴⁴⁰ In sum, the Court invalidated the federal funding for all such programs without explicit statutory authorization, without recourse to any argument relying on a violation of the establishment clause.⁴⁴¹

It is most likely that the vast majority of the drafters of the Australian Constitution maintained at least a formal affiliation with major Protestant groups, although the views of Roman Catholics and Jews were also included.⁴⁴² Indeed, the Australian Constitution originated in a social-cultural environment with different branches of the Christian church competing strongly for political influence. It is against this historical background that section 116 must be interpreted. This section, which the American First Amendment obviously inspired, states that

“[t]he Commonwealth shall not make any law for establishing any religion, or for imposing any religious observance, or for prohibiting the free exercise of any religion, and no religious test shall be required as qualification for any office or public trust under the Commonwealth.”⁴⁴³

This section has several prohibitory elements: first, the establishment of any religion (in other words, the creation of an official religion); second, the imposition of any requirement to engage in religious observance; third, any law prohibiting the free exercise of religion; and fourth, the imposition of religious qualifications for public office. While section 116 restricts only the federal Parliament with respect to religion, the areas of federal legislative power are listed in sections 51 and 52 of the Constitution. They grant legislative power over 39 specific areas ranging from areas such as marriage to quarantine to defence, but not over religion. So far as the application of the guarantee is concerned, section 116 binds *only* federal legislation, which is legislation the federal Parliament enacts under sections 51 and 52.

⁴³⁹ Section 61 reads: ‘The executive power of the Commonwealth is vested in the Queen and is exercisable by the Governor-General as the Queen’s representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth’.

⁴⁴⁰ *Williams v Commonwealth* (2012) 288 ALR 410 (‘*Williams*’). See also the case notes: Benjamin B Saunders, ‘The Commonwealth and the Chaplains: Executive Power after *Williams v Commonwealth*.’ (2012) 23 *Public Law Review* 153; Amanda Sapienza, ‘Using Representative Government to Bypass Representative Government’ (2012) 23 *Public Law Review* 161.

⁴⁴¹ In response to *Williams*, the Commonwealth enacted emergency legislation in the form of the *Financial Framework Legislation Amendment Act (No 3) 2012* (Cth), which purports to validate all such expenditures by it and which allows the NSCP to continue.

⁴⁴² See Geoffrey Blainey, *A Shorter History of Australia* (Random House, 1994), Chapter 11.

⁴⁴³ *Constitution of the Commonwealth of Australia 1900* (Cth), Section 116.

In contrast to the American legal doctrine of incorporation, section 116 does not apply to the Australian states.⁴⁴⁴ The Australian Framers never intended to achieve a ‘true separation’ between religion and state at all levels of government. Instead, their intention was to reserve the power to make laws with respect to religion solely to the Australian states.⁴⁴⁵ As evidence of this, during the 1898 convention debates, draft clause 109, which later became Section 116, provided that ‘[a] State shall not make any law prohibiting the free exercise of any religion’.⁴⁴⁶ The draft provision came up for debate on 7 February 1898 and was overwhelmingly rejected. Constitutional delegate Henry Higgins explained that the move to excluded the states from the scope of Section 116 was

“to make it clear beyond any doubt that the powers which the states individually have of making such laws as they like with regard to religion shall remain undisturbed and unbroken, and to make it clear that in framing this Constitution there is no intention whatsoever to give to the Federal Parliament the power to interfere in these matters. My object is to leave the reserved rights to the states where they are, to leave the existing law as it is.”⁴⁴⁷

This is a point Higgins made several times during the convention debates, arguing that the Commonwealth – the specific top tier of government – should be prevented from enacting laws to prohibit the free exercise of religion, or to establish religion, or to impose religious observance.⁴⁴⁸ All he wanted was a clause that specifically prevents the Commonwealth, not the States, from imposing religious laws and observations.⁴⁴⁹

As can be seen, the Australian states are entirely free to establish an official religion or to interfere with religious freedom because the establishment clause in Section 116 does not apply to the original six state-members of the Australian Federation. Indeed, the provision does not prohibit State governments from enacting laws either restricting or establishing a religion. Rather, this section precludes only the federal Parliament from making laws for establishing religion, or imposing any religious observance, or prohibiting the free exercise of religion.

⁴⁴⁴ However, in *Kruger v Commonwealth* (1997) 190 CLR 1 the High Court held that section 116 applies to the territories when the Commonwealth exercises its section 122 ‘territories power’. In the 1988 referendum a bid to make section 116 applicable to the States was proffered (as one of the four questions presented), but this bid failed. See: Gabriël A Moens, ‘Church and State Relations in Australia and the United States: The Purpose and Effect Approaches and the Neutrality Principle’ (1996) 4 *Brigham Young University Law Review* 787, 788.

⁴⁴⁵ Jared Clements, ‘Section 116 of the Constitution and the jurisprudential pillars of neutrality and action-belief dichotomy’ (2008) 11 *International Trade and Business Law Review* 236, 239.

⁴⁴⁶ Quoted in Quick and Garran, above n 30, p. 951.

⁴⁴⁷ *Kruger v Commonwealth of Australia* (1997) 190 CLR 1, at 60 (per Dawson J).

⁴⁴⁸ Richard George Ely, *Unto God and Caesar: Religious Issues in the Emerging Commonwealth 1891-1906* (Melbourne/Vic: Melbourne University Press, 2004) p 60.

⁴⁴⁹ Official Record of the Debates of the Australasian Federal Convention, Vol. 5 (March 2, 1898), p 1736.

Section 116 also provides that no religious test shall be required as a qualification for any office or public trust under the Commonwealth. In their authoritative commentary on the Australian Constitution, Quick and Garran elucidated the purpose and effect of the nation's establishment clause:

“By the establishment of religion is meant the erection and recognition of a State Church, or the concession of special favours, titles, and advantages to one church which are denied to others. It is not intended to prohibit the Federal Government from recognizing religion or religious worship.”⁴⁵⁰

The statement entirely dispels any possible claims that the Australian Constitution established secularism by virtue of section 116. Rather, Quick and Garran further elaborated upon the implications of section 116 to Christianity:

“The Christian religion is recognised as a part of the common law. There is abundant authority for saying that Christianity is part and parcel of the law of the land... Consequently the fundamental principles of the Christian religion will continue to be respected, although not enforced by Federal legislation. For example, the Federal Parliament will have to provide for the administration of oaths in legal proceedings, and there is nothing to prevent it from enabling an oath to be taken, as at common law, on the sanctity of the Holy Gospel.”⁴⁵¹

It is profoundly erroneous, although increasingly popular, to assert that the establishment clause in the Australian Constitution was aimed at enshrining secularism. Far from seeking to banish religion from Australian government and society, its framers intended a laissez-faire environment that ensured no particular religious body would enjoy unfair advantage on account of a federal endorsement. An accompanying benefit is that section 116 also protects religious bodies in Australia against unwanted intrusions of the Commonwealth government. Thus section 116 limits only the federal tier of government to legislate with respect to religion. The High Court in the *Jehovah's Witnesses Case* in 1943 expressed this quite clearly when Chief Justice Latham stated that ‘[t]he prohibition in § 116 operates not only to protect the freedom of religion, but also to protect the right of a man to have no religion. No **federal law** can impose any religious observance’ (emphasis ours).⁴⁵²

To fall afoul of section 116, the Commonwealth Parliament would have to go so far as to effectively establish an official religious denomination, or to value one denomination over

⁴⁵⁰ Quick and Garran, above n 30, p 952.

⁴⁵¹ Ibid.

⁴⁵² *Adelaide Company of Jehovah's Witnesses v Commonwealth* (1943) 67 CLR 116, 123.

the others. Indeed, what the guarantee simply means is that this Parliament is not authorised to set up a state religion on the lines of the Church of England. This is after all an anti-establishment clause. Further, the real purpose of section 116 is to effectively limit the role of the central government so as to affirm the continuing rights of the states to legislate on the subject-matter, and not to limit the role of the church or any other religious grouping. Above all, section 116 operates primarily as a limitation of the legislative power of the Commonwealth, and it does not affect the capacity of the Australian states to legislate on the subject-matter. As Nicholas Aroney points out,

“nothing in s 116 prevents a State from making a law that establishes any religion, imposes religious observance, prohibits the free exercise of religion, or imposes a religious test as qualification for the public office. Second, s 116 prohibits the ‘making of laws’. Thus, the provision directly restricts the exercise of legislative power, but not executive and judicial power. The latter are only indirectly affected by virtue of the fact that s 116 limits the kinds of laws that the Parliament can enact, including laws which confer functions, powers or jurisdictions upon executive agencies and, most probably, the courts. Third, the specific prohibitions in s 116 (e.g., against establishing any religion or prohibiting the free exercise of any religion) appear to be ‘purposive’ in the sense that a law will only be found to contravene s 116 if it was enacted for one of these prohibited purposes. This leaves open the possibility that laws which are enacted for a constitutionally legitimate purpose (or purposes) will not be struck down, even if in practical effect they establish a religion or prohibit the free exercise thereof.”⁴⁵³

Unfortunately, however, the plain meaning of section 116 has not prevented Justice Dunford of the New South Wales Supreme Court to erroneously argue that this provision makes religion ‘irrelevant’ to government and politics in Australia.⁴⁵⁴ In *Harkianakis v Skalkos* (1999),⁴⁵⁵ a defamation case arose in which defamatory matters had been published ‘pursuant to an implied or express right of freedom of speech concerning religious matters’.⁴⁵⁶ Dunford J heard the application and assumed that the defence had ‘no prospect of success’ because, in his opinion, section 116 ‘excludes religion from the system of government’ so that religious considerations are irrelevant to our system of representative government. For him, this section provides a particular perspective about the relationship between religion and politics that

⁴⁵³ Nicholas Aroney, ‘Freedom of Religion as an Associational Right’, (2014) 33 (1) *University of Queensland Law Journal* 153, 155-6.

⁴⁵⁴ Ibid.

⁴⁵⁵ *Harkianakis v Skalkos* (1999) 47 NSWLR 302.

⁴⁵⁶ The controversy in *Harkianakis* involved actions for defamation and contempt of court initiated by the Archbishop of the Greek Orthodox Archdiocese of Australia, regarding articles published in two Greek language newspapers that contained imputations concerning the plaintiff’s personal conduct and fitness of ecclesiastical office.

excludes religious speech entirely from political discussion – and in this sense, it does privilege secularism over religion.⁴⁵⁷

Of course, Dunford J's interpretation is supported neither by the language of the provision nor by the drafter's intention, so it is unsustainable on both legal and historical grounds. According to Nicholas Aroney, the High Court has *never* supported such an interpretation, and it directly contradicts all the decisions provided by this court on the scope of section 116.⁴⁵⁸ Indeed, as noted by Professor Aroney:

“[T]he High Court has very explicitly affirmed that the non-establishment clause does not prohibit governmental assistance being given to religious bodies, and it certainly has never held that s 116 somehow prohibits the enactment of federal laws or the execution of government policies that are supported, either in whole or in part, on the basis of religious considerations or reasons... In the United States, the equivalent provision contained in the First Amendment has been interpreted, at times, to prohibit virtually all forms of state assistance; but in Australia, state aid to religious schools has been upheld. To suggest that the non-establishment principle makes religious considerations entirely irrelevant to federal law-making and policy-formation is simply beyond the pale—particularly in Australia, but even in the United States.”⁴⁵⁹

Interestingly, a 1988 referendum sought to amend section 116 to make it applicable to the States. If approved, the proposal would have eliminated the word ‘for’ so that the section would provide in part: ‘The Commonwealth, a State or a Territory shall not establish any religion’. The proposal also sought to extend the scope of Section 116 by, for example, covering all government acts rather than just legislation. The proposal failed to obtain popular approval as only 30 per cent voted in favour of the amendment, so the proposal did not achieve a majority in any state. Overwhelming rejecting the changes to Section 116 reflected not only a general satisfaction about the constitutional arrangements in place, but also a community antipathy towards judicial activism that is particularly concerned with funding for religious schools.

⁴⁵⁷ Nicholas Aroney, ‘The Constitutional (In)Validity of Religious Vilification Laws: Implications for their Interpretation’ (2006) 34 *Federal Law Review* 287, 302

⁴⁵⁸ *Ibid* 301-02

⁴⁵⁹ *Ibid*.

B. 6. Religious Freedom in Australia

The right to religious freedom is not absolute in Australia and not every government interference with religion constitutes a breach of Section 116 of the Australian Constitution, only those that are considered an ‘undue infringement of religious freedom’.⁴⁶⁰ As former Chief Justice Anthony Mason and Justice Gerard Brennan pointed out, ‘general laws to preserve and protect society are not defeated by a plea of religious obligation to breach them’.⁴⁶¹

During the convention debates that ultimately led to the draft of the Australian Constitution, there was a suggestion that the federal Parliament should have power to prohibit religious ‘practices which have been regarded by large numbers of people as essentially evil and wicked’.⁴⁶² Edward Braddon, though eventually supporting Henry Higgins’s proposal that ultimately led to the final wording in section 116, had initially sought to amend it by adding the words: ‘But shall prevent the performance of any such religious rites as are of a cruel and demoralizing character or contrary to the law of the Commonwealth’.⁴⁶³ Similarly, Edmund Barton, who hesitated over Higgins’s proposal but finally voted against it, was visibly troubled by the difficulty of drafting a satisfactory formula to ensure that the constitutional protection would be limited to practices that are not inhuman or barbaric. As Burton pointed out:

“The trouble arises when you try to insert a proviso modifying this prohibition. For instance, if it were desired to prevent the application of the clause to any fiendish or demoralizing rite, that might be done by inserting the words ‘so long as these observances are inconsistent with the criminal laws of the state’, [but even] if there were no criminal law in existence at the time with which these observances are inconsistent, it would be possible for the state to pass such a law, and so, to use a common expression, euchre the whole business.”⁴⁶⁴

Against the background of qualified affirmation of religious freedom, Justice Latham, in the *Jehovah Witness’s* case, turned to a catalogue of the evils and horrors sometimes practised in the name of religion that should not be tolerated at all. Latham fell back on a variation of the classical liberal formula which permits limitations on freedom only in the

⁴⁶⁰ *Adelaide Company of Jehovah’s Witnesses Inc. v Commonwealth of Australia*, p 131 (Latham CJ).

⁴⁶¹ *Church of the New Faith v Commissioner of Payroll Tax*, p.136 (Mason CJ and Brennan J); see also *Kruger v Commonwealth of Australia*, p. 160 (Gummow J).

⁴⁶² Tony Blackshield, ‘Religion and Australian Constitutional Law’, in Peter Radan, Denise Meyerson and Rosalind F Croucher (eds.), *Law and Religion: God, the State and the Common Law* (London: Routledge, 2005), p 91.

⁴⁶³ Greg Craven (ed.), *Official Record of the Debates of the Australasian Federal Convention*, vol.5, Melbourne, 8 February 1898, p.660. (Sydney/NSW: Legal Books, 1986)

⁴⁶⁴ *Ibid*, p.662.

interests of freedom itself. According to law professor Tony Blackshield, ‘what [Latham] seemed ... to have in mind was the Kantian version, according to which freedom may be restricted only so far as is necessary to ensure an equal freedom for others, or to ensure the underlying preconditions of freedom for all’.⁴⁶⁵ The explanation is indeed consistent with Latham’s argument:

“[T]hat the protection of any form of liberty as a social right within a society necessarily involves the continued existence of that society as a society. Otherwise the protection of liberty would be meaningless and ineffective. It is consistent with the maintenance of religious liberty for the State to restrain actions and courses of conduct which are inconsistent with the maintenance of civil government or prejudicial to the continued existence of the community.”⁴⁶⁶

The freedom of religion guaranteed by section 116 is freedom within a democratic society based on the enjoyment of fundamental rights and freedoms. Consistently with that philosophy – indeed, in order to secure their continued enjoyment – every democratic society is perfectly entitled to defend itself not only against subversive religious activity certainly in wartime and, in my strongest opinion, also in time of peace. Accordingly, any steps to be taken to outlaw extremist teaching that incites religious violence and disregard of the rule of law are entirely compatible with the freedom exercise of religion under section 116. Indeed, the whole High Court has agreed with these conclusions in the past, and have rested them on a broadly similar conception of religious freedom that must remain ‘subject to powers and restrictions of government essential to the reservation of the community’ (Justice Rich) or ‘subject to [such] limitations... as are reasonably necessary for the protection of the community and in the interests of the social order’ (Justice Starke).⁴⁶⁷

C. Conclusion

It has been said that the power of foolish philosophies can easily deceive a people without historical memory.⁴⁶⁸ Although undeniably diminished and rarely acknowledged, it is simply undeniable that our legal system has a distinct Judeo-Christian tradition that has

⁴⁶⁵ Blackshield, above n 65, p 92

⁴⁶⁶ Ibid.

⁴⁶⁷ *Adelaide Company of Jehovah’s Witnesses Inc v Commonwealth* (1943) 67 CLR 116, at 149 (Rich J), 155 (Starke J).

⁴⁶⁸ The assertion derives directly from the Holy Bible and it’s found in Colossians 2:8: “See to it that no one takes you captive through shallow and deceptive philosophy, which comes from human thinking and the elementary principles of this world rather than on Christ”.

prevailed till the present day. In these days of political correctness and moral relativism, it is always important to be reminded of Australia’s Judeo-Christian heritage, which still permeates most of the present laws and socio-political institutions of this truly democratic nation. To state this obvious fact is not to be ‘intolerant’ of other cultures or religious, but to stress an undeniable fact.

BIBLIOGRAPHY

Books

- Blackshield, Tony. ‘Religion and Australian Constitutional Law’, in Peter Radan, Denise Meyerson and Rosalind F Croucher (eds.), *Law and Religion: God, the State and the Common Law*. London: Routledge, 2005
- Blainley, Geoffrey. *A Shorter History of Australia*. New York: Random House, 1994
- Clarke, Manning. *A History of Australia*. Carlton, Vic: Melbourne University Press, 1997
- Ely, Richard George. *Unto God and Caesar: Religious Issues in the Emerging Commonwealth 1891-1906*. Carlton, Vic: Melbourne University Press, 2004
- Furgason, Niall. *Empire: How Britain made the Modern World*. London: Penguin Books, 2003
- Irving, Helen. *To Constitute a Nation: A Cultural History of Australia’s Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999
- Kotlowski, Elizabeth Rogers. *Stories of Australia’s Christian Heritage*. London: Strand Publishing, 2006
- La Nauze, J.A. *Alfred Deakin: A Bibliography*. Carlton, Vic.: Melbourne University Press, 1965
- Parkinson, Patrick. *Tradition and Change in Australian Law. 2nd ed.* New York: Thomson Reuters, 2001
- Quick, John and Robert Randolph Garran. *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth* (Angus & Robertson, 1901)
- Reynolds, John. *Edmund Barton*. Sydney/NSW: Angus & Robertson, 1979
- Spencer, Nick. *Freedom & Order: History, Politics & the English Bible*. London: Hodder & Stoughton, 2011

Articles

Aroney, Nicholas. 'Freedom of Religion as an Associational Right', 2014 33 (1). *University of Queensland Law Journal* 153

Aroney, Nicholas, 'The Constitutional (In)Validity of Religious Vilification Laws: Implications for their Interpretation' (2006) 34. *Federal Law Review* 287

Clements, Jared, 'Section 116 of the Constitution and the jurisprudential pillars of neutrality and action-belief dichotomy' (2008) 11. *International Trade and Business Law Review* 236

Mitchell, David, 'Religious Tolerance Laws Are Not Only a Challenge to our Freedom of Speech but Also to the Under-Girding of our Historic Legal System'. *Paper presented at Religious Tolerance Laws: A Challenge to Our Freedom of Speech?*. Melbourne: Christian Legal Society of Victoria, June 2, 2005

Moens, Gabriël A, 'Church and State Relations in Australia and the United States: The Purpose and Effect Approaches and the Neutrality Principle' (1996) 4. *Brigham Young University Law Review* 787

Saunders, Benjamin B, 'The Commonwealth and the Chaplains: Executive Power after *Williams v Commonwealth*.' (2012) 23. *Public Law Review* 153

Sapienza, Amanda, 'Using Representative Government to Bypass Representative Government' (2012) 23. *Public Law Review* 161

Case Law

Adelaide Company of Jehovah's Witnesses v Commonwealth (1943) 67 CLR 116, 123

AG (Vic) (ex rel Black) v. Commonwealth (1981) 146 CLR 559 ('DOGS Case')

Church of the New Faith v Commissioner for Pay-roll Tax (Vic) (1983) 154 CLR 120

Ex parte Thackeray (1874) 13 SCR 1

Harkianakis v Skalkos (1999) 47 NSWLR 302

Kruger v Commonwealth of Australia (1997) 190 CLR 1

R v Jack Congo Murrell (1836) Legge 72; [1836] NSWSupC 3

Williams v Commonwealth (No 1) (2012) 288 ALR 410

Augusto Zimmermann : “Under The Blessings Of Almighty God”: Christian Roots...

Internet

Francis, Charles. ‘Why Australia’s Christian Heritage Matters’, *News Weekly*, March 1st, 2008
<<http://www.newsweekly.com.au/articles/2008mar01a.html>>

Nigel Lee, Francis. *The Christian Foundations of Australia* <<http://www.dr-fnlee.org/docs6/cfa/cfa.html>>

Others

Craven, Greg (ed.). *Official Record of the Debates of the Australasian Federal Convention*, vol.5, Melbourne, 8 February 1898. Sydney/NSW: Legal Books, 1986

BIODATA PENULIS

Feitty Eucharisti Pandjaitan, LL.M

obtains her LLM degree from Georgetown University Law Center in May 2014, specializing in international trade law, economic and business. She conducted her graduate study in the U.S. under the PRESTASI Scholarship program. The scholarship was awarded by the U.S. Government Agency for International Development (USAID) to young Indonesian professionals, as to improve their performance and leadership skills that will be useful to promote Indonesian development. She has strong interests in international trade, WTO, business, investment, and corporate governance, and she have conducted various work and research in these fields. Prior to her LLM study, she obtained her undergraduate degree from the University of Indonesia majoring in Law on Transnational Relations. Aside this, she also have a working experience as an in house in a top 10 Indonesia group company, a researcher in a center for international law studies and as an assistant lecturer for international trade law. She is currently a corporate lawyer in Lubis Ganie Surowidjojo Law Firm.

Iqbal Hasan, SH., MH

Lahir di Banda Aceh pada tahun 1983. Menyelesaikan S1 di Universitas Islam Indonesia, S2 di Universitas Indonesia, dan saat ini sedang menyelesaikan S3 di Universitas Pelita Harapan. Penulis saat ini bekerja di Direktorat Kerjasama Bilateral dan Multilateral Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) dan aktif mengikuti perundingan perjanjian investasi internasional antara Indonesia dan negara mitra. Penulis juga merupakan certified mediator pada Pusat Mediasi Nasional (PMN).

Dwi Tatak Subagiyo, SH., M.Hum

Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya. Menyelesaikan studi S1 pada Universitas Wijaya Kusuma, Surabaya dan S2 pada Universitas Gadjah Mada.

John Riady, BA., MBA., JD

Penulis adalah Direktur Eksekutif Lippo Group, memegang beberapa posisi eksekutif senior dalam perusahaan-perusahaan Lippo Group dan dalam Dewan Komisaris Matahari *Department Store* dan Matahari Putra Prima, masing-masing merupakan *department store* dan *hypermarket* terbesar di Indonesia. Ia telah memimpin prakarsa ke dalam dunia digital dalam pendirian MatahariMall.com, perusahaan *eCommerce* terkemuka di Indonesia, dan *Venturra Capital*, *venture capital fund* Asia dengan 120 juta US Dollar yang sedang dalam tahap awal. Penulis juga adalah *Editor at Large* Berita Satu Media Holdings dan Dekan Eksekutif serta dosen tetap Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan, pengacara berlisensi di Negara Bagian New York, Amerika Serikat dan memegang gelar di bidang Filsafat Politik dan Ekonomi dari Universitas Georgetown, MBA dari Wharton School of Business, dan Juris Doctor dari Fakultas Hukum Universitas Columbia. Ia menjabat di *World Economic Forum Global Agenda Council on Southeast Asia* dan *Columbia University International Advisory Board*.

Tri Suslistyowati, SH., MH

Penulis menyelesaikan studi S1 di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro pada tahun 1992 dan S2 di institusi yang sama pada tahun 1998. Saat ini ia menjabat sebagai Kabag Hukum Tata Negara di Universitas Trisakti dan sekaligus sebagai Dosen tetap di Fakultas Hukum universitas tersebut.

Dr (c). Sabungan Sibarani, SH., MH ., MM

Lahir di Aceh pada tanggal 15 November 1959. Penulis menyelesaikan pendidikan Sekolah Dasar di SDN Lawe Loning, Agra pada tahun 1973, Sekolah Menengah Pertama di SMP Lawe Desky, Aceh Tenggara pada tahun 1975 dan Sekolah Menengah Atas di SMAN Kota Cane, Aceh Tenggara. Kemudian penulis melanjutkan kuliah di Institut Agama Kristen Jakarta lulus tahun 1994, pendidikan S2 Magister Manajemen di Universitas Satyagama lulus tahun 1999, kuliah jurusan Pendidikan Pancasila dan Kewarganegaraan (PPKN) di STKIP Kusumanegara Jakarta lulus pada tahun 2004. Kemudian penulis juga melanjutkan pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Satyagama dan lulus pada tahun 2007. Seiring dengan hal tersebut penulis juga melanjutkan pendidikan di Program Pascasarjana Doktor Ilmu Manajemen Pemerintahan sampai Seminar Hasil Penelitian tahun 2008, pendidikan Magister Ilmu Hukum di Universitas Tama Jagakarsa lulus tahun 2010, kemudian pada tahun 2011 melanjutkan kuliah pada program Pascasarjana, Program Doktor Ilmu Hukum (S3) di Universitas Borobudur Jakarta dan lulus tahun 2014. Selain pendidikan formal, penulis juga mengikuti non formal seperti Kursus Bahasa Inggris selama 6 bulan di Jakarta, Pendidikan PKPA (Peradi) selama 6 bulan di Jakarta, Tes Toefl di ILP Jakarta, Kursus TPA di Bapenas Jakarta. Penulis pernah memasuki berbagai organisasi sebagai Pembantu Dekan II Fakultas Ekonomi Universitas Wiraswasta Indonesia, Pengurus marga Sibarani sejabodetabek periode 2010 sampai sekarang. Pada saat ini penulis bekerja sebagai Dosen Tetap di Fakultas Hukum Universitas Borobudur, Universitas Mpu Tantular dan penulis juga memiliki jenjang jabatan akademik sebagai Lektor dari Mendiknas sejak tahun 2001.

Patrick M. Talbot, J.D.

Seorang dosen di Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan Indonesia, dan saat ini juga menjadi anggota Dewan Penasehat Indonesian Christian Legal Society (ICLS), serta menjabat sebagai Ketua International Justice Initiative di UPH. Dalam kapasitasnya tersebut, Penulis bergabung dengan Kelompok Kerja Anti Perdagangan Orang yang bekerja sama dengan Kantor Kejaksaan Agung Indonesia dan juga mendirikan Institute of Christian Legal Studies di Indonesia. Penulis lulus dari Fakultas Pelayanan Asing di Universitas Georgetown dan mendapatkan gelar J.D. dari Fakultas Hukum Universitas Regent pada tahun 1993. Bidang pengajaran Penulis meliputi pandangan kekristenan dalam hukum, Hukum Dagang Internasional, Arbitrase, Sosiologi Hukum, Hak Asasi Manusia, serta Penelitian dan Kemahiran Hukum. Sebelum mengajar di UPH, Penulis mengajar di Fakultas Hukum Internasional Handong di Korea Selatan dan Fakultas Hukum Trinity. Penulis aktif dalam bidang Hukum dan Pembangunan melalui kegiatannya bersama Advocates International (AI), sebuah jaringan advokat dan profesional hukum Kristiani internasional. Penulis bergabung dalam Panitia Pengarah pada Konferensi Advokat Asia AI di Jakarta pada tahun 2014. Penulis memprakarsai Christian Law Students Fellowship (CLSF) di UPH, dan merupakan koordinator pelayanan mahasiswa hukum untuk AI di Indonesia. Sebelum memulai karir di bidang pendidikan hukum, Penulis merupakan praktisi hukum maritim dan dagang di Miami, Florida selama 10 tahun, dan melayani bersama Greater Miami Youth for Christ dan Peacemakers Ministries dalam penginjilan dan penertiban pemuda serta keluarga kota pedalaman. Penelitian dan publikasi penulis membahas topik yang dikenal sebagai perkawinan sejenis, anti perdagangan orang untuk seks, tanggung jawab sosial perusahaan, dan hukum dagang. Saat ini Penulis tengah menyusun buku panduan mahasiswa tentang integrasi pandangan kekristenan dalam pembelajaran pada fakultas hukum atau kelompok-kelompok kecil.

Dr. Augusto Zimmerman, LLB, LLM, PhD (Mon)

Penulis adalah Komisararis Reformasi Hukum pada Law Reform Commission of Western Australia; Mantan Pembantu Dekan (Penelitian) dan Direktur Penelitian Pascasarjana yang juga Dosen Senior Hukum Tata Negara dan Teori Hukum di Murdoch University School of Law; Guru Besar Hukum (tambahan) di University of Notre Dame Australia (Sydney); Pendiri dan Presiden Western Australian Legal Theory Association (WALTA); Editor-in-Chief jurnal hukum Western Australian Jurist; dan Fellow di International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family (IASJF). Seorang penulis yang produktif dan penulis banyak buku dan artikel akademis. Ia dianugerahi Vice Chancellor's Award for Excellence in Research, 2012.



LAW REVIEW
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 Edition*

Edisi @ Rp. 40.000,-

☐

Untuk luar Jawa

ditambah ongkos kirim

*Mailing cost will be added for
Delivery outside Jakarta, Bogor,
Depok, Tangerang, Bekasi*

Berlangganan untuk
Subscription for

1 Tahun, Rp. 120.000,-
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
Jurnal 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 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 penulisan naskah adalah sebagai berikut: Judul; Nama Penulis (tanpa gelar akademik); institusi dan alamat penulis; email penulis; Abstrak dalam bahasa Inggris dan Indonesia maksimal 200 kata (dengan kata kunci maksimal tiga kata); Pendahuluan (yang berisi Latar Belakang; Rumusan Masalah; dan Metode Penelitian); Pembahasan (dapat dibagi dalam beberapa sub-bagian); Kesimpulan (berisi jawaban dari rumusan masalah disertai dengan saran dari penulis); dan Daftar Pustaka (sesuai sumber-sumber yang dirujuk)
3. Naskah dapat ditulis dalam bahasa Indonesia ataupun bahasa Inggris.
4. Naskah diketik dalam program *microsoft word* dengan jenis huruf Times New Roman; ukuran font 12, berjarak satu setengah spasi, dengan panjang antara 25-30 halaman.
5. Sumber rujukan dalam naskah menggunakan sistem **catatan kaki** (*footnote*) yang dicantumkan pada halaman tempat rujukan tersebut dimuat, dengan tata cara sebagai berikut :
¹Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UI-Press, 2006), hal 15 - 17
²Satya Arinanto, "Perubahan UUD 1945 Pada Era Reformasi", *Makalah*, Forum Konvensi III dan Temu Tahunan ke-9 Forum Rektor (Yogyakarta: Universitas Gajah Mada, 11-12 Juli 2006), hal.33
³Toto Suparto, "Legislatif Minus Tenggang Rasa", *Kompas*, 15 September 2009, hal.6
6. Penulisan Daftar Pustaka disusun secara alfabetis dengan nama pengarang dibalik, dan dikelompokkan, tata cara penulisan adalah sebagai berikut :
 - a. **Buku**
Nama pengarang. *Judul*. Tempat terbit: penerbit, tahun terbit
Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI-Press, 2006
 - b. **Artikel dalam Jurnal**
Nama pengarang. "judul", *nama jurnal volume nomor bulan tahun*
Mezak, Meray Hendrik. "Politik Aliran Dalam Materi Muatan UUD 1945 Sejak Proklamasi Kemerdekaan RI Sampai dengan Era Reformasi", *Law Review Vol. VIII, No. 22 November 2008*
 - c. **Hasil Penelitian**
Nama pengarang. "judul". *jenis publikasi (laporan penelitian/tesis/disertasi)*. Tempat terbit: penerbit, tahun terbit
Silalahi, Udin. *The Judicial Review over the Government Regulation in Lieu of Law by the Constitutional Court of the Republic of Indonesia: A Constitutional Law Analysis*, Laporan Penelitian. Karawaci : Fakultas Hukum UPH, 2011
 - d. **Artikel dalam Makalah/Pidato**
Nama pengarang. "judul", *jenis publikasi, forum*. Tempat: penyelenggara, waktu
Arinanto, Satya "Perubahan UUD 1945 Pada Era Reformasi", *Makalah*, Forum Konvensi III dan Temu Tahunan ke-9 Forum Rektor, Yogyakarta: Universitas Gadjah Mada, 11-12 Juli 2006
 - e. **Artikel dalam Antologi dengan Editor**
Nama pengarang, "judul artikel", dalam editor, *Judul*. Tempat terbit: Penerbit, tahun terbit
Timmerman, Vito. "Some Thoughts on the Impact of Fundamental Rights on Dutch Company Law", dalam Barkhuysen, Tom. *Constitutionalisation of Private Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006
 - f. **Majalah/Koran**
Nama pengarang. "judul" *judul majalah/koran*. Waktu terbit
Suparto, Toto. "Legislatif Minus Tenggang Rasa", *Kompas*, 15 September 2009
 - g. **Peraturan Perundang-undangan**
Jenis, nomor, tahun, dan judul peraturan
Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat
 - h. **Putusan Pengadilan**
Jenis dan nomor putusan, tanggal mulai berkekuatan hukum tetap
Putusan Mahkamah Agung Nomor 483 PK/Pdt/2010, tertanggal 18 Juli 2012
 - i. **Internet**
Nama pengarang (jika ada). "Judul", *laman*. Tanggal akses terakhir
"Undang-undang Perkuat Intelijen", <http://www.tempointeraktif.com>. 16 September 2009
7. Naskah dikirimkan kepada Redaksi secara online melalui ojs.uph.edu, selambat-lambatnya 2 (dua) bulan sebelum penerbitan, dalam bentuk *soft copy* disertai *Curriculum Vitae* 1 paragraf yang berisi nama lengkap penulis (dengan gelar akademik), riwayat pendidikan, dan pekerjaan terakhir. Sedangkan surat pernyataan bebas plagiarisme yang ditanda tangani di atas meterai dikirim langsung ke alamat redaksi.
8. Redaksi berhak melakukan penyuntingan melalui Dewan Redaksi tanpa mengubah isi dan makna naskah. Redaksi tidak bertanggungjawab terhadap isi naskah.
9. 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 International 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. 047/BAN-PT/Ak-XV/S1/XII/2012 tanggal 28 Desember 2012, 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 International 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.