

Law Review

Volume XVI, No. 3 - November 2017

Eksekusi Atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Sebagai Penyelesaian Kredit Macet Di Lembaga Perbankan (Studi Kasus di BPR Puridana Arthamas Dan Bpr Armindo Kencana)

Adi Widjaja, A. Rachmand Budiono, Bambang Winarno

Perlindungan Hukum Bagi Pembeli Satuan Rumah Susun Terkait Hak Kepemilikan
Athalia Saputra

Makna Negara Dan Konstitusi Dalam Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Bagi Warga Negara Indonesia

Ujang Charda S.

**Hak Menguasai Negara Dalam Pemurnian Mineral Logam
Kajian PP No.1 Tahun 2017 Terhadap UU No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral Dan Batubara.**

Tuti Widyaningrum

Aspek Hukum Perminyakan Dan Bioremediasi Dalam Rangka Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Atas Hak Mendapatkan Lingkungan Hidup Yang Baik Dan Sehat

Bagus Oktafian Abrianto dan Franky Butar Butar

Akibat Hukum Pengakhiran Bilateral Investment Treaty (BIT) Oleh Indonesia

Gwendolyn Ingrid Utama dan Andhitta Audria Putri

Perlindungan Hukum Pencipta Mode Sebagai Ekonomi Kreatif Dalam Masyarakat Ekonomi Asean

Dwi Tatak Subagiyo

Perlindungan Hak Dan Hukum Bagi Korban Perkosaan Yang Melakukan Aborsi Berdasarkan Peraturan Perundangan-Undangan Di Indonesia

Rizky Karo Karo



UPH Fakultas Hukum
Universitas Pelita Harapan

<i>Law Review</i>	Vol. XVI	No. 3	Hal. 389 - 562	Tangerang November 2017	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.
Dr. Susi Susantijo, SH., LL.M
Jessica Los Banos, LLB., MTM., MBA.
Dr. Velliana Tanaya, SH., MH.

SEKRETARIS REDAKSI

Gwendolyn Ingrid Utama, SH., MH

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

	Halaman
Eksekusi Atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Sebagai Penyelesaian Kredit Macet Di Lembaga Perbankan (Studi Kasus Di Bpr Puridana Arthamas Dan Bpr Armindo Kencana) (Adi Widjaja, A. Rachmad Budiono, Bambang Winarno).....	389 - 408
Perlindungan Hukum Bagi Pembeli Satuan Rumah Susun Terkait Hak Kepemilikan (Athalia Saputra)	409 - 424
Makna Negara Dan Konstitusi Dalam Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Bagi Warga Negara Indonesia (Ujang Charda S.).....	425 - 452
Hak Menguasai Negara Dalam Pemurnian Mineral Logam Kajian PP No. 1 Tahun 2017 Terhadap UU No. 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral Dan Batubara (Tuti Widyaningrum).....	453 - 474
Aspek Hukum Perminyakan Dan Bioremediasi Dalam Rangka Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Atas Hak Mendapatkan Lingkungan Hidup Yang Baik Dan Sehat (Bagus Oktafian Abrianto dan Franky Butar Butar)	475 - 496
Akibat Hukum Pengakhiran Bilateral Investment Treaty (BIT) Oleh Indonesia (Gwendolyn Ingrid Utama dan Andhitta Audria Putri).....	497 - 522
Perlindungan Hukum Pencipta Mode Sebagai Ekonomi Kreatif Dalam Masyarakat Ekonomi Asean (Dwi Tatak Subagiyo)	523 - 536
Perlindungan Hak Dan Hukum Bagi Korban Perkosaan Yang Melakukan Aborsi Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia (Rizky Karo Karo).....	537 - 562

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.

**EKSEKUSI ATAS LEMBAGA JAMINAN HAK TANGGUNGAN SEBAGAI
PENYELESAIAN KREDIT MACET DI LEMBAGA PERBANKAN (STUDI KASUS
DI BPR PURIDANA ARTHAMAS DAN BPR ARMINDO KENCANA)**

Adi Widjaja, A. Rachmad Budiono, Bambang Winarno
Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
notaris.mkn@gmail.com

Abstract

With the enactment of Law No. 4/1996 on Land and Land Property Rights, the Insurance Guarantee Insurance Agency may provide a legal certainty regarding the binding of collateral with land and other property related to the land as collateral In Banking Institutions. So that when a bad credit occurs, the Deposit Insurance Institution is expected to be able to provide a solution for the settlement of non-performing loans for the Banking Institution. In the face of debtors who default/promise to create bad debts, the Bank may make efforts to settle bad loans by executing Execution of the Guarantee Institution of Mortgage right to the land, by executing the execution of the guarantee that has been burdened by the Mortgage Rights. Whereas in practice the Banking Institution, for Rural Banks (BPR) also provides credit to its customers with a guarantee of land and/or buildings tied up by the Deposit Rights. Credit to its customers with guarantees in the form of land and/or buildings tied up with Mortgage Rights is also carried out in BPR Puridana Arthamas in Sidoarjo and BPR Armindo Kencana in Malang. Whereas in RBs there are also some debtors performing wanprestasi resulting in credit quality or Earning Assets Quality to bad credit. With the bad credit, the BPR seeks the return of credit that has been channeled by executing the execution of the Mortgage Rights to the security object that has been tied up and burdened by the Mortgage. The way execution execution is by means of Sales Under Hand, execution by Parate Execution and execution based on Executorial Title. Constraints that become obstacles in the execution of the object of Mortgage Rights is the emergence of certain legal issues, namely the existence of confiscation, dispute or lawsuit.

Keywords: *Deposit Rights, Banking Institution, Execution*

Abstrak

Dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang “Hak Tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah”, maka lembaga jaminan Hak Tanggungan dapat memberikan suatu kepastian hukum tentang pengikatan jaminan dengan tanah dan benda-benda yang berkaitan dengan tanah sebagai jaminan dalam Lembaga Perbankan. Sehingga bilamana terjadi kredit macet maka Lembaga Jaminan Hak Tanggungan diharapkan mampu memberikan solusi penyelesaian kredit macet bagi Lembaga Perbankan. Dalam menghadapi debitor yang wanprestasi/ingkar janji sehingga menimbulkan kredit macet, maka Bank dapat melakukan upaya penyelesaian kredit macet dengan melaksanakan Eksekusi atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan atas tanah, dengan cara melaksanakan eksekusi terhadap jaminan yang telah dibebani Hak Tanggungan. Bahwa dalam praktek Lembaga Perbankan, untuk Bank Perkreditan Rakyat (BPR) juga memberikan kredit kepada para nasabahnya dengan jaminan berupa tanah dan/atau bangunan yang diikat dengan menggunakan Hak Tanggungan. Kredit kepada para nasabahnya dengan jaminan berupa

tanah dan/atau bangunan yang diikat dengan Hak Tanggungan juga dilaksanakan di BPR Puridana Arthamas di kabupaten Sidoarjo dan BPR Armindo Kencana di kota Malang. Bahwa pada BPR juga terjadi beberapa debitor melakukan wanprestasi sehingga mengakibatkan kualitas kredit atau Kualitas Aktiva Produktif menjadi kredit macet. Dengan adanya kredit macet tersebut maka pihak BPR mengupayakan pengembalian atas kredit yang telah disalurkan dengan cara melaksanakan eksekusi Hak Tanggungan terhadap obyek jaminan yang telah diikat dan dibebani Hak Tanggungan. Cara pelaksanaan eksekusi adalah dengan cara Penjualan Di Bawah Tangan, eksekusi berdasarkan Parate Eksekusi dan eksekusi berdasarkan Titel Eksekutorial. Kendala yang menjadi penghambat dalam pelaksanaan eksekusi obyek Hak Tanggungan adalah timbulnya permasalahan hukum tertentu, yaitu adanya sita, sengketa atau gugatan hukum.

Kata Kunci: Hak Tanggungan, Lembaga Perbankan, Eksekusi

A. Pendahuluan

Tujuan pembangunan nasional adalah terwujudnya masyarakat adil dan makmur yang merata baik materiil maupun spiritual berdasarkan Pancasila dan Undang- Undang Dasar 1945. Indonesia sebagai Negara berkembang senantiasa berupaya membangun masyarakat adil dan makmur dengan melaksanakan pembangunan nasional yang berkesinambungan, serta adanya peningkatan taraf hidup rakyat dari segi materiil dan sprirituil, dan diikuti dengan pembangunan di bidang ekonomi, keuangan dan hukum.

Menghadapi era modern tentang perdagangan bebas, masyarakat membutuhkan suatu pembiayaan yang besar agar dapat mewujudkan potensi pembiayaan pembangunan tersebut dan menjamin penyalurannya yang menjadi sumber pembiayaan yang nyata. Dana perkreditan merupakan suatu sarana yang mutlak diperlukan untuk pembiayaan pembangunan, dan untuk itu perlu adanya jaminan agar dapat memberikan perlindungan hukum sertakepastian hukum bagi pemberi dana, yang diatur dalam kelembagaan jaminan kredit dengan tujuan adanya jaminan kepastian pembayaran kepada penyedia maupun kepada penerima kredit.

Kredit merupakan suatu fasilitas keuangan yang memungkinkan seseorang atau badan usaha untuk meminjam uang untuk membeli produk dan membayarnya kembali dalam jangka waktu yang ditentukan. Pengembalian pinjaman ini biasanya disertai dengan pembebanan bunga. Ada kesepakatan antara Pihak yang meminjamkan dan Pihak yang meminjam sehubungan dengan kebutuhan dana tersesbut. Undang-undang Nomor 10 tahun 1998 (selanjutnya disebut “UU No. 10 Tahun 1998”) tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan pada Pasal 1 angka 1 butir (11) menyebutkan bahwa

“penyediaan uang berdasarkan kesepakatan pinjam meminjam dengan jangka waktu tertentu pihak peminjam harus melunasi berikut bunga.”¹

Dewasa ini pembangunan di bidang ekonomi menjadi salah satu sektor penting dari tujuan pembangunan. Pembangunan di bidang ekonomi menjadi titik berat pembangunan jangka panjang dengan sasaran utama mencapai keseimbangan antara bidang pertanian dan industri serta terpenuhinya kebutuhan pokok rakyat, sedangkan pembangunan di bidang lainnya seimbang dan serasi dengan kemajuan-kemajuan yang dicapai dalam bidang ekonomi, memerlukan dana dan daya yang dihimpun dari masyarakat, yang dicapai melalui lembaga keuangan, termasuk lembaga perbankan, yang pada pokoknya bertujuan untuk meningkatkan sumber dana pembangunan. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa peranan Bank adalah sebagai alat pemerintah untuk memantapkan ekonomi dan moneter.

Sektor perbankan telah menunjukkan peranannya yang semakin penting dalam menunjang pembangunan ekonomi nasional, baik melalui fungsinya sebagai penghimpun dana maupun sebagai lembaga yang dapat menyalurkan kembali dana yang berhasil dihimpun tersebut kepada berbagai pihak untuk kegiatan yang produktif. Peranan lembaga perbankan yang penting ini diatur dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, yang kemudian diperbaharui dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998.

Bank juga mempunyai fungsi yang di arahkan sebagai agen pembangunan (*agent of development*), yaitu sebagai lembaga yang bertujuan guna mendukung pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan pembangunan dan hasil-hasilnya, pertumbuhan ekonomi, dan stabilitas nasional, ke arah peningkatan taraf hidup rakyat banyak.² Fungsi tersebut sebagai penjabaran dari Pasal 4 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, yaitu:

“Perbankan Indonesia bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi, dan stabilitas nasional kearah peningkatan kesejahteraan rakyat banyak”

Pemerintah terus mengadakan pembinaan dan penyempurnaan terhadap lembaga perbankan melalui kebijaksanaan-kebijaksanaannya. Kebijakan ini ditujukan guna

¹Pasal 1 angka 1 butir (11) UU No. 10 Tahun 1998: “kredit adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga.”

² Muhammad Djumhana, *Hukum Perbankan di Indonesia* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006), hal. 110

menumbuhkan gairah masyarakat untuk menggunakan lembaga ini sebagai lembaga yang dapat memberikan modal kepada masyarakat melalui fasilitas kredit Bank.

Perbankan merupakan salah satu sumber dana dalam masyarakat, diantaranya dalam bentuk pemberian kredit untuk perseorangan atau badan hukum, dengan tujuan untuk memenuhi kebutuhan konsumsinya, atau untuk meningkatkan kegiatan usaha/bisnisnya. Dengan demikian istilah kredit dalam kehidupan masyarakat saat ini bukanlah suatu istilah yang asing, mengingat mulai dari petani, nelayan hingga pedagang, dan lain-lain sudah mengenal istilah kredit. Dalam menjalankan usaha, baik perseorangan maupun badan hukum, dapat menggunakan fasilitas dari Bank yang berupa kredit, baik dari Bank Pemerintah maupun Bank Swasta.

Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk-bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup orang banyak. Guna mencapai tujuan tersebut, dalam melaksanakan pembangunan harus senantiasa memperhatikan keserasian, keselarasan dan keseimbangan berbagai unsur pembangunan termasuk di dalam bidang ekonomi dan keuangan.

Dalam pelaksanaan pembangunan di tanah air terdapat hambatan-hambatan yang salah satunya adalah penyediaan dana. Untuk mengatasi hal ini maka perbankan hendaknya lebih meningkatkan fungsi dan peranannya dalam menyediakan modal dan kemudian memberikan kemudahan dalam mengeluarkan kredit bank untuk masyarakat yang membutuhkan.

Dana masyarakat yang terkumpul dalam jumlah besar tersebut merupakan sumber utama bagi bank dalam menyalurkan kembali dana tersebut dalam bentuk kredit kepada masyarakat yang memerlukan. Jadi bank adalah lembaga yang menjalankan fungsi intermediasi, yaitu lembaga yang menjembatani antara masyarakat kelebihan dana (surplus spending unit) dengan masyarakat yang membutuhkan (defisit spending unit). Sesuai dengan fungsi perbankan sebagai penyalur dana dalam bentuk pinjaman kepada masyarakat, di dalam kenyataannya penyaluran pinjaman tersebut mengandung resiko yang cukup besar, karenanya apabila hasil dari analisa bank menyetujui suatu permohonan fasilitas pinjaman dalam bentuk kredit, maka atas kredit yang diberikan oleh bank dituangkan dalam suatu perjanjian tertulis antara bank dan pemohon (calon debitor) yang dinamakan dengan perjanjian kredit.

Segala bentuk pemberian kredit dari bank kepada debitor, pada hakikatnya yang terjadi adalah suatu perjanjian pinjam meminjam sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) atau Burgerlijk Wetboek, Pasal 1754 sampai dengan Pasal 1769 BW.

Dengan adanya penyaluran dana kepada masyarakat dalam bentuk kredit yang disertai dengan resiko dalam hal pengembalian kredit oleh debitor, itu menunjukkan betapa pentingnya fungsi perjanjian kredit untuk menunjang pembangunan dan karena itu mendorong kita untuk menilai apakah perjanjian kredit itu dari segi hukumnya memenuhi unsur-unsur yang diperlukan sehingga mampu menjamin agar kredit itu dapat dikembalikan kepada Bank setelah jangka waktu yang diperjanjikan. Pengertian kredit dapat dilihat pada pasal 1 angka 12 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yang menyatakan bahwa kredit adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi hutangnya setelah jangka waktu tertentu dengan jumlah bunga, imbalan atau pembagian hasil keuntungan.

Kredit itu diberikan atas dasar suatu kepercayaan namun faktor jaminan kredit atau agunan merupakan hal yang dominan di dalam hal memperoleh kredit. Kredit yang diberikan oleh bank perlu diamankan. Tanpa adanya pengamanan, bank sulit mengelakkan resiko yang datang, sebagai akibat wanprestasinya debitor. Untuk mendapatkan kepastian dan keamanan dari kreditnya, bank melakukan tindakan pengamanan dan meminta kepada debitor agar mengikatkan suatu barang tertentu sebagai jaminan atau agunan dalam kreditnya.

Pada umumnya jaminan atau agunan dalam lembaga perbankan dapat dibedakan menjadi jaminan kebendaan (*zakelijk zekerheid*) dan jaminan perorangan (*persoonlijk zekerheid*). Dalam lembaga perbankan posisi Jaminan kebendaan adalah jaminan yang mempunyai posisi strategis, hal ini didasarkan pada kenyataan bahwa dalam pemberian fasilitas kredit dalam jumlah besar maka jaminan berupa tanah dan/atau bangunan mempunyai kedudukan yang dominan karena jaminan kebendaan berupa tanah memberikan perlindungan dan kepastian hukum bagi kreditor serta mempunyai nilai ekonomis yang menguntungkan pihak Bank bila terjadi kredit macet.

Pasal 1313 KUHPerdata dapat memberikan definisi perjanjian sebagai suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Sementara berdasarkan pendapat Abdulkadir Muhammad pengertian perjanjian adalah

suatu persetujuan antara dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan sesuatu hal dalam lapangan harta kekayaan.³

Dari perumusan perjanjian tersebut dapat disimpulkan bahwa unsur-unsur perjanjian adalah sebagai berikut:

- a. Ada pihak-pihak, sedikitnya dua orang
- b. Ada persetujuan antara pihak-pihak
- c. Ada tujuan yang akan dicapai
- d. Ada prestasi yang akan dilaksanakan
- e. Ada syarat-syarat tertentu sebagai isi dari suatu perjanjian
- f. Ada bentuk tertentu, lisan atau tertulis.

R. Setiawan dalam bukunya yang berjudul *Pokok-Pokok Hukum Perikatan* juga berpendapat bahwa definisi perjanjian dalam pasal 1313 KUHPdata tersebut selain belum lengkap juga terlalu luas. Belum lengkapnya definisi tersebut karena hanya menyebutkan perjanjian sepihak saja, terlalu luas karena dipergunakan kata “perbuatan” yang juga mencakup perwakilan sukarela dan perbuatan melawan hukum. Sehubungan dengan hal tersebut, maka definisi perjanjian perlu diperbaiki menjadi:

- a. Perbuatan tersebut harus diartikan sebagai perbuatan hukum, yaitu perbuatan yang bertujuan untuk menimbulkan akibat hukum.
- b. Menambahkan perkataan “atau saling mengikatkan dirinya” dalam pasal 1313 KUHPdata.

Menurut R. Setiawan, perjanjian adalah suatu perbuatan hukum dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengaitkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.⁴

Menurut R. Wiryono Prododikoro, perjanjian adalah suatu perhubungan hukum mengenai harta benda antara dua belah pihak, dalam mana suatu pihak berjanji untuk melakukan suatu hal atau tidak melakukan suatu hal, sedangkan pihak lain berhak untuk menuntut pelaksanaan perjanjian.⁵

³*Ibid*, hal. 78

⁴ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan* (Bandung: Bina Cipta, 1979), hal. 49

⁵ R. Wiryono, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, cet. VII (Bandung: Sumur, 1987), hal. 7

Sedangkan perjanjian menurut R. Subekti merupakan suatu peristiwa bahwa seseorang berjanji kepada orang lain atau dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.⁶

Baron dan Henny Teguh mengadakan perjanjian hutang piutang atau dapat disebut juga perjanjian kredit sekaligus perjanjian penyerahan jaminan yaitu Hak Tanggungan. Adanya Subyek hukum dalam suatu perjanjian yaitu Baron dan Henny Teguh.

Suatu perjanjian adalah sah apabila telah memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan undang-undang, sehingga keberadaan perjanjian tersebut diakui oleh hukum. Syarat sahnya perjanjian dapat kita lihat dalam Pasal 1320 KUHPerdata, yaitu:

- 1) Ada sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.

Persetujuan itu harus bebas tidak ada paksaan, kekhilafan, atau penipuan. Dikatakan tidak ada paksaan apabila orang yang melakukan perbuatan itu tidak berada dibawah ancaman, baik kekerasan jasmani maupun dengan upaya bersifat menakut-nakuti (Pasal 1324 KUHPerdata). Tidak ada kekhilafan apabila salah satu pihak tidak khilaf tentang hal pokok yang diperjanjikan atau tentang sifat-sifat penting barang yang menjadi objek perjanjian, atau mengenai orang dengan siapa perjanjian itu diadakan (Pasal 1322 KUHPerdata). Tidak ada penipuan apabila tidak ada tindakan menipu menurut Undang-Undang yaitu dengan sengaja melakukan tipu muslihat dengan memberikan keterangan palsu atau tidak benar untuk membujuk pihak lawannya untuk menyetujui (Pasal 1328 KUHPerdata).

- 2) Ada kecakapan untuk membuat suatu perikatan.

Orang yang membuat perjanjian harus cakap menurut hukum. Pada dasarnya orang yang telah dewasa dan sehat pikirannya cakap untuk melakukan perbuatan hukum.

- 3) Suatu hal tertentu yang diperjanjikan.

Suatu hal tertentu yang diperjanjikan, artinya apa yang diperjanjikan hak-haknya dan kewajiban-kewajiban kedua belah pihak jika timbul suatu perselisihan. Barang yang dimaksudkan perjanjian disini adalah suatu barang yang paling sedikit dapat ditentukan jenisnya. Perlu diperhatikan bahwa barang itu harus merupakan objek perdagangan, artinya benda-benda diluar perdagangan seperti badan milik tidak boleh menjadi objek perjanjian (Pasal 1332 dan Pasal 1333 KUHPerdata). Adapun mengenai apakah barang tersebut telah ada atau telah berada ditangan debitur pada saat perjanjian dibuat tidak

⁶. R. Subekti, *Hukum Perjanjian* (Jakarta: PT. Intermasa, 1963), hal. 1

diharuskan oleh undang-undang. Demikian juga mengenai jumlah barangnya pun tidak harus disebutkan asalkan nanti dapat dihitung atau ditentukan.

4) Ada sesuatu sebab yang halal.

Sebab yang halal, maksudnya adalah isi perjanjian itu sendiri yang menggambarkan tujuan yang akan dicapai oleh para pihak. Pengertian sebab yang halal dapat diketahui dalam Pasal 1337 KUHPerdata, yaitu: Suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang atau apabila berlawanan dengan kesusilaan atau ketertiban umum. Jadi suatu sebab yang memenuhi tiga hal tersebut adalah batal, kebatalan ini bersifat mutlak.

Jika syarat subjektif yang meliputi kesepakatan dan kecakapan tidak dipenuhi, maka perjanjian itu dapat dibatalkan. Pihak yang dapat membatalkan perjanjian adalah salah satu pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberi sepakatnya secara tidak bebas. Jadi perjanjian yang telah dibuat itu tetap mengikat selama tidak dibatalkan oleh hakim atas permintaan pihak yang berhak minta pembatalan itu.

Dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata disebutkan bahwa “Perjanjian-Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik”, yaitu harus mengindahkan norma-norma kepatuhan dan kesusilaan.

Perjanjian kredit merupakan perikatan yang termasuk dalam perjanjian pinjam meminjam sesuai Pasal 1754 KUH Perdata. Sedangkan menurut Pasal 1 angka 11 Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan (selanjutnya disebut UU No. 10 Tahun 1998), yang dimaksud dengan Perjanjian Kredit adalah:

“Penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam meminjam antara Bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga.”⁷

Perjanjian kredit mempunyai fungsi yang sangat penting dalam pemberian kredit oleh Kreditur baik pengelolaannya maupun pelaksanaan kredit itu sendiri yaitu antara lain: Perjanjian kredit berfungsi sebagai perjanjian pokok, artinya perjanjian kredit merupakan sesuatu yang menentukan batal atau tidaknya perjanjian lain yang mengikutinya.

- 1) Perjanjian kredit berfungsi sebagai alat bukti mengenai batasan-batasan hak dan kewajiban diantara Kreditur dan Debitur.
- 2) Perjanjian kredit berfungsi sebagai alat untuk melakukan monitoring kredit.

⁷ Pasal 1 angka 11 UU No. 10 Tahun 1998

Untuk mendapat fasilitas kredit, Debitur akan menyerahkan sertifikat tanah kepada Kreditur sebagai agunan kredit, dimana syarat-syarat untuk memberikan kredit, lembaga perbankan harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- 1) Bank tidak diperkenankan untuk memberikan kredit tanpa surat perjanjian tertulis.
- 2) Bank tidak diperkenankan memberikan kredit kepada usaha yang sejak semula telah diperhitungkan kurang sehat dan akan membawa kerugian.
- 3) Bank tidak diperkenankan memberikan kredit untuk pembelian saham dan modal kerja dalam rangka kegiatan jual beli saham.
- 4) Bank tidak diperkenankan memberikan kredit melampaui batas-batas maksimum pemberian kredit (Legal ending limit).

Undang-undang Perbankan dalam mengambil pendekatan yang serupa dengan pendekatan tradisional sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 8 Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 yang menyatakan: Kredit yang diberikan oleh Bank mengandung resiko, sehingga dalam pelaksanaannya Bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan sehat. Untuk mengurangi resiko tersebut, jaminan pemberian kredit dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan Debitur untuk melunasi utangnya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh Bank. Untuk memperoleh keyakinan tersebut, sebelum memberikan kredit Bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan dan prospek usaha Debitur. Dari kemampuan tersebut diatas yang paling penting bagi Kreditur dalam menyalurkan dana untuk mendapat kredit dari bank harus didasarkan pada suatu jaminan.

Penyaluran dana kepada masyarakat yang berupa kredit ini tidak selamanya dikembalikan oleh peminjam tepat waktu atau sesuai dengan yang telah diperjanjikan. Ada yang tidak tepat waktu, ada yang mengulur-ulur dan bahkan ada yang memang tidak mampu lagi mengembalikan pinjaman tersebut.

Kredit yang tidak dibayar pada waktunya atau menunggak ini dapat dikatakan sebagai kredit macet, oleh karena dana yang semula oleh bank disediakan untuk digunakan secara merata oleh masyarakat menjadi terhenti perputarannya. Kemacetan kredit ini tidak saja mempengaruhi usaha bank sendiri dalam memutar modalnya, tetapi juga merugikan pihak lain. Hal ini disebabkan jika kredit dibayar oleh peminjam secara tepat dan lunas maka bank dapat menyalurkan kembali kepada para calon peminjam yang lain. Dengan adanya peminjam yang tidak mengembalikan pinjamannya tepat pada waktunya, perputaran kredit

menjadi macet. Tentang kredit macet ini menjadi kendala yang signifikan dalam lembaga perbankan, karenanya salah satu materi yang diatur ketentuan perbankan yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 yang mengalami perubahan melalui Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 adalah: adanya penanganan kredit macet oleh lembaga khusus (Unit Pengelola Aset/Asset Management Unit).

Dengan diundangkannya Undang-Undang tentang “Hak Tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah”, maka lembaga jaminan Hak Tanggungan dapat memberikan suatu kepastian hukum tentang pengikatan jaminan dengan tanah dan benda-benda yang berkaitan dengan tanah sebagai jaminan atau agunan dalam Lembaga Perbankan. Sehingga bilamana terjadi kredit macet maka Eksekusi atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan diharapkan mampu memberikan solusi penyelesaian kredit macet bagi Lembaga Perbankan.

Dalam menghadapi debitor yang wanprestasi/ingkar janji dalam memenuhi kewajiban pengembalian kredit sesuai dengan perjanjian kredit, yang menimbulkan kredit macet, maka Bank dapat melakukan penyelesaian kredit macet dengan melaksanakan Eksekusi atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan yang dimiliki oleh Bank sebagai penerima jaminan.

Bahwa dalam praktek Lembaga Perbankan, untuk Bank Perkreditan Rakyat (BPR) juga memberikan kredit kepada para nasabahnya dengan jaminan berupa tanah dan/atau bangunan yang diikat dengan menggunakan Hak Tanggungan. Kredit kepada para nasabahnya dengan jaminan berupa tanah dan/atau bangunan yang diikat dengan menggunakan Hak Tanggungan juga dilaksanakan di Bank Perkreditan Rakyat Puridana Arthamas di kabupaten Sidoarjo dan Bank Perkreditan Rakyat Armindo Kencana di kota Malang.

Bahwa pada BPR Puridana Arthamas maupun pada BPR Armindo Kencana juga terjadi beberapa debitor yang melakukan wanprestasi sehingga mengakibatkan kualitas kredit atau Kualitas Aktiva Produktif menjadi kredit macet. Sebagaimana diketahui Kualitas Aktiva Produktif untuk BPR ditetapkan dalam 4 (empat) golongan yaitu: Lancar, Kurang Lancar, Diragukan dan Macet. Dengan adanya kredit macet tersebut maka pihak Bank atau BPR mengupayakan pengembalian atas kredit yang telah disalurkan kepada Debitor dengan cara melaksanakan eksekusi Hak Tanggungan terhadap obyek jaminan atau agunan yang telah diikat dan dibebani Hak Tanggungan oleh pihak BPR.

Bahwa dengan adanya kredit macet yang terjadi di Bank Perkreditan Rakyat tersebut, dan kemudian pihak Bank melaksanakan Eksekusi atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan sebagai penyelesaian kredit macet, maka penulis melakukan penelitian di Bank Perkreditan Rakyat Puridana Arthamas dan Bank Perkreditan Rakyat Armindo Kencana. Penulis melakukan penelitian tentang Eksekusi atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Sebagai Penyelesaian Kredit Macet, dengan fokus penelitian pada pelaksanaan eksekusi Hak Tanggungan berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

Penelitian hukum merupakan suatu kegiatan ilmiah, yang didasarkan pada metode, sistematika dan pemikiran tertentu yang bertujuan untuk mempelajari sesuatu atau beberapa gejala hukum tertentu, dengan jalan menganalisisnya. Di samping itu, juga diadakan pemeriksaan yang mendalam terhadap faktor hukum tersebut, untuk kemudian mengusahakan suatu pemecahan atas permasalahan-permasalahan yang timbul di dalam gejala yang bersangkutan.

Metode yang dilakukan dalam penelitian ini adalah penelitian empiris, yaitu penelitian hukum yang didasarkan pada observasi di lapangan dengan meneliti peristiwa hukum tertentu yang terjadi dalam masyarakat terkait dengan eksekusi atas lembaga jaminan Hak Tanggungan sebagai penyelesaian kredit macet di lembaga perbankan.

B. Pembahasan

Bahwa bilamana debitor melakukan wanprestasi sehingga tidak dapat memenuhi kewajibannya membayar hutang sesuai dengan jangka waktu yang telah disepakati dalam perjanjian kredit, sehingga menjadi kredit macet, maka pihak BPR atau pihak bank selaku kreditor berhak untuk memperoleh kembali piutangnya dengan jalan melaksanakan eksekusi atas benda jaminan yang telah dibebani dengan Hak Tanggungan. Pelaksanaan eksekusi Hak Tanggungan ini dilaksanakan berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

B. 1. Pelaksanaan Eksekusi Lembaga Hak Tanggungan

Pihak BPR atau pihak bank melaksanakan eksekusi Hak Tanggungan berdasarkan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 (UUHT), yang menentukan tiga cara eksekusi Hak Tanggungan, yaitu:

- a. Menjual obyek Hak Tanggungan melalui pelelangan umum atas kekuasaan sendiri dari pemegang Hak Tanggungan pertama (Pasal 6 UUHT).
- b. Menjual obyek Hak Tanggungan melalui pelelangan umum berdasarkan titel eksekutorial (Pasal 14 ayat 2 UUHT).
- c. Menjual Hak Tanggungan secara dibawah tangan berdasarkan kesepakatan pemberi dan penerima Hak Tanggungan (Pasal 20 ayat 2 UUHT).

Dari ketiga alternatif tersebut, dalam prakteknya pihak bank selalu lebih mengutamakan dan paling sering melaksanakan eksekusi Penjualan Dibawah Tangan sesuai Pasal 20 ayat (2) UUHT untuk dilaksanakan terlebih dahulu. Penjualan obyek Hak Tanggungan dengan cara Penjualan Di bawah Tangan dapat terjadi apabila ada kesepakatan antara pemberi Hak Tanggungan dan pemegang Hak Tanggungan, dengan tujuan agar dapat diperoleh hasil penjualan obyek jaminan dengan harga tertinggi yang menguntungkan semua pihak baik kreditor maupun debitor, dan dari sisi hukum atas Penjualan Di bawah Tangan ini adalah prosedur hukum yang paling mudah dan sederhana.

Dalam prakteknya proses penjualan obyek Hak Tanggungan tersebut tidak melalui proses pengumuman di media massa sebagaimana dipersyaratkan dalam Pasal 20 ayat (3) UUHT. Bilamana ternyata Penjualan Di bawah Tangan tidak dapat terlaksana, barulah pihak bank memilih alternatif eksekusi yang lain, yaitu: dengan cara Parate Eksekusi atau berdasarkan titel eksekutorial dari Sertifikat Hak Tanggungan. Pihak bank cenderung memilih cara eksekusi obyek Hak Tanggungan dengan cara Parate Eksekusi berdasarkan Pasal 6 UUHT.

Dengan cara Parate Eksekusi, pihak bank dapat langsung melakukan eksekusi obyek Hak Tanggungan tanpa melewati meminta fiat atau penetapan dari Ketua Pengadilan Negeri. Dengan demikian pihak bank dapat melaksanakan eksekusi obyek Hak Tanggungan dengan waktu yang lebih cepat, biaya lebih ekonomis, dan prosedur hukum yang lebih sederhana, dibandingkan dengan eksekusi berdasarkan titel eksekutorial dari Sertifikat Hak Tanggungan yang membutuhkan fiat dari pengadilan negeri dan membutuhkan waktu yang relatif lebih panjang, biaya lebih mahal dan prosedur hukum lebih kompleks.

Parate Eksekusi tidak dapat dilaksanakan, bilamana ternyata timbul sita, sengketa atau gugatan hukum yang diajukan oleh pihak ketiga (dalam arti bukan gugatan hukum yang diajukan oleh debitor sendiri, suami atau istri dari debitor), baik dalam bentuk gugatan perdata, pidana maupun PTUN pada saat eksekusi Hak Tanggungan sedang berlangsung.

Dengan adanya permasalahan hukum tersebut maka Parate Eksekusi tidak dapat dijalankan, karena Kantor Lelang (KPKNL) tidak bersedia atau tidak dapat melaksanakan lelang atas obyek jaminan, sehingga bagi pihak bank pilihan selanjutnya adalah pelaksanaan eksekusi berdasarkan titel eksekutorial dari Sertifikat Hak Tanggungan.

Untuk melaksanakan eksekusi obyek Hak Tanggungan melalui eksekusi grosse akta Sertifikat Hak Tanggungan yang mempunyai titel eksekutorial ini berdasarkan pada Pasal 20 ayat 1 huruf b UUHT, maka Bank mengajukan permohonan lebih dahulu kepada Ketua Pengadilan Negeri untuk mendapatkan fiat pengadilan, untuk kemudian dilaksanakan eksekusi atas obyek Hak Tanggungan yang menjadi agunan kredit. Dengan kata lain tanpa adanya fiat dari pengadilan maka Kantor Lelang (KPKNL) tidak dapat melaksanakan pelelangan umum atas obyek Hak Tanggungan.

Dengan demikian dalam prakteknya menunjukkan bahwa untuk melaksanakan eksekusi atas obyek Hak Tanggungan berdasarkan titel eksekutorial dari Sertifikat Hak Tanggungan, maka pihak bank selaku pemohon eksekusi harus meminta fiat terlebih dahulu ke Pengadilan Negeri setempat, sehingga dalam pelaksanaan eksekusi ini semua tahapan dalam pelaksanaan eksekusi didasarkan perintah dan di bawah pimpinan dari Ketua Pengadilan Negeri, hal ini membutuhkan waktu yang relatif lebih panjang dan biaya yang lebih mahal daripada eksekusi berdasarkan Parate Eksekusi.

B. 2. Kendala yang menjadi Penghambat dalam pelaksanaan eksekusi obyek Hak Tanggungan

Fungsi utama lembaga jaminan adalah disatu sisi merupakan kebutuhan bagi kreditur untuk memperkecil resiko dalam menyalurkan kredit. Disisi lain jaminan sebagai sarana perlindungan bagi keamanan kreditur yaitu kepastian pelunasan hutang atas pelaksanaan suatu prestasi oleh debitur atau penjamin debitur, apabila debitur tidak mamapu menyelesaikan segala kewajiban memenuhi prestasinya yang dijamin dengan jaminan benda bergerak ataupun benda tidak bergerak dipenuhi oleh debitur dengan baik, maka benda jaminan tidak tampak peranannya tetapi manakala debitur tidak memenuhi kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan dengan kreditur, dalam hal demikian debitur dikatakan telah cidera janji, dengan demikian fungsi benda jaminan baru nampak kegunaannya.

Bagi masyarakat perorangan atau badan usaha yang berusaha meningkatkan kebutuhan konsumtif atau produktif sangat membutuhkan pendanaan dari bank sebagai salah

satu sumber dana yang diantaranya dalam bentuk perkreditan, agar mampu mencukupi dalam mendukung peningkatan usahanya. Mengingat pentingnya kedudukan dana perkreditan dalam proses pembangunan, sudah semestinya jika pemberi dan penerima kredit serta pihak lain yang terkait mendapat perlindungan melalui suatu lembaga hak jaminan yang kuat agar dapat memberikan kepastian hukum bagi semua pihak yang berkepentingan sebagai upaya mengantisipasi timbulnya resiko bagi kreditur pada masa yang akan datang. Untuk usaha tersebut dapat menggunakan jasa perbankan.

Seperti yang diketahui bahwa jaminan yang bersifat kebendaan dilembagakan dalam bentuk hipotek, hak tanggungan, fidusia, dan gadai. Jaminan kebendaan sendiri adalah tindakan penjaminan oleh kreditur terhadap debiturnya guna memenuhi kewajiban dari pihak debitur.⁸ Pemberian jaminan tersebut dapat berupa menyendirikan suatu bagian dari kekayaan seseorang, si pemberi jaminan, dan menyediakannya guna pemenuhan (pembayaran) kewajiban (utang) seorang debitur. Kekayaan tersebut dapat berupa kekayaan si debitur sendiri atau kekayaan seseorang pihak ketiga. Jaminan disini berfungsi sebagai sarana atau menjamin pemenuhan jaminan atas utang debitur seandainya wanprestasi sebelum sampai jatuh tempo pinjaman atau utangnya berakhir. Hanya dengan jaminan kebendaan saja kreditur mempunyai hak mendahului sehingga ia berkedudukan sebagai kreditur preferen yang berarti akan memiliki keistimewaan yang tidak dimiliki oleh kreditur konkuren (1132 BW), sehingga kreditur preferen mampu mengambil pelunasan terlebih dahulu dari barang jaminan tanpa memperhatikan kreditur-kreditur lainnya.

Pada jaminan kebendaan terjadinya karena perjanjian antara kreditur dan debitur, maka Undang-undang memberikan hak istimewa kepada kreditur-kreditur tertentu berdasarkan sifat piutangnya, disebut dengan hak istimewa atau privilege sebagaimana tercantum dalam Pasal 1134 ayat (1) BW⁹. Jaminan kebendaan selalu melekat dengan adanya hak kebendaan yang memberikan ciri-ciri sebagai berikut:

- a) Hak kebendaan merupakan hak yang mutlak, yaitu dapat dipertahankan. Berbeda dengan pemegang hak kebendaan seperti hak milik atas suatu benda maka pemiliknya dapat menuntut kemanapun benda itu berada dengan hak yang diberikan oleh Undang-Undang yaitu hak Revindikasi (Pasal 574 BW).

⁸ Abdul R. Saliman, *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan Teori dan Contoh Kasus* (Jakarta: Kencana, 2010), hal. 22

⁹ Oey Hoey Tiong, *Fiducia sebagai Jaminan Unsur-Unsur Perikatan* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1984), hal.16-17

- b) Hak kebendaan itu mempunyai *zaaksevolgataudroit de suite* (hak yang mengikuti) artinya hak itu akan tetap mengikuti bendanya ke tangsi apapun benda itu berada. Jadi hak kebendaan itu melekat pada benda itu. Jadi hak kebendaan itu melekat pada bendanya sehingga kalau berpindahtangan yang bersangkutan akan terkena pula untuk wajib menghormatinya.

Maka atas ciri hak kebendaan tersebut dapat disimpulkan bahwa munculnya jaminan tidak lain dimaksudkan untuk menjamin kepastian hukum kepada para pihak yang menyelenggara perjanjian antara kreditur dan debitur yang dilakukan penjaminan tersebut diharapkan dapat memberikan perlindungan kepada kreditur apabila debitur mengalami kepailitan yang menyebabkan kemampuan untuk melunasi hutangnya kecil. Dengan jaminan kebendaan ini maka akan melahirkan hak kebendaan yang akan mengikuti benda jaminan itu berada dan sebagai hak kebendaan ini pula memiliki hak prioritas dan didahulukan dari kreditur lainnya apabila debitur lalai dalam melakukan pelunasan utangnya. Berbeda dengan jaminan perorangan yang melahirkan hak perorangan. Jaminan perorangan ini lahir atas hak relative yang hanya berlaku pada lawan kontraknya saja berdasarkan Pasal 1315 jo Pasal 1340 KUHP.

Munir Fuady mengatakan bahwa separatis berkonotasi “perpisahan” hal tersebut dikarenakan kedudukan kreditur tersebut memang dipisahkan dari kreditur lainnya, dalam arti bahwa kreditur separatis dapat menjual serta mengambil sendiri dari hasil penjualan yang terpisah.¹⁰ Sedangkan menurut Sri Soedewi, hak kreditur separatis atas para pemegang jaminan kebendaan dapat melaksanakan haknya dengan cepat dan mudah, tidak terpengaruh dengan adanya kepailitan.¹¹

Kendala yang menjadi penghambat dalam pelaksanaan eksekusi obyek Hak Tanggungan sebagai upaya penyelesaian kredit macet adalah timbulnya beberapa permasalahan hukum yang menjadi kendala, yaitu antara lain:

- a. Adanya gugatan perdata dari nasabah atau debitur berkaitan dengan jumlah hutang yang dianggap tidak pasti. Tujuan terselubung dari debitur adalah mengajukan gugatan perdata agar terjadi penundaan eksekusi atas obyek Hak Tanggungan.
- b. Adanya gugatan perdata dari pihak ketiga terkait dengan sengketa kepemilikan atas jaminan kredit.

¹⁰ Munir Fuady, *Jaminan Fidusia* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hal. 97

¹¹ Sri Soedewi Masjhoen Sofyan, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok - Pokok Hukum jaminan dan Jaminan Perorangan* (Yogyakarta: Liberty, 1980), hal. 77-78

- c. Adanya gugatan di Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) dari pihak ketiga terhadap Kantor Pertanahan/BPN yg menerbitkan Sertifikat hak atas tanah, pokok gugatan biasanya mempermasalahkan keabsahan dari penerbitan Sertifikat sebagai bukti hak atas tanah.
- d. Adanya gugatan perlawanan (*verzet*) dari pihak debitor / pihak tereksekusi terhadap pelaksanaan eksekusi yang dimohonkan oleh pihak bank.
- e. Adanya gugatan perlawanan (*derden verzet*) dari pihak ketiga terhadap pelaksanaan eksekusi yang dimohonkan oleh pihak bank.
- f. Adanya Sita Persamaan (*Vergelijkend Beslag*) yang masuk berdasarkan penetapan yang dikeluarkan oleh Majelis Hakim dalam sebuah gugatan perdata yang diajukan oleh pihak ketiga.
- g. Adanya Sita Jaminan (*Conservatoir Beslag*) yang masuk berdasarkan penetapan yang dikeluarkan oleh Majelis Hakim dalam sebuah gugatan perdata yang diajukan oleh pihak ketiga. Dalam prakteknya adanya Sita Jaminan (*Conservatoir Beslag*) ini bila pada obyek sita terlebih dahulu telah dibebani dengan Hak Tanggungan, maka Sita Jaminan ini dikualifikasikan sebagai Sita Persamaan (*Vergelijkend Beslag*).
- h. Adanya Laporan Polisi tentang adanya dugaan tindak pidana yang berkaitan dengan legalitas dalam proses penerbitan Sertifikat tersebut, atau adanya tindak pidana saat peralihan Sertifikat hak atas tanah tersebut, atau ada tindak pidana tertentu, sehingga ada dugaan atas Sertifikat hak atas tanah tersebut adalah hasil kejahatan atau terkait tindak pidana tertentu. Sehingga penyidik Kepolisian atau Jaksa Penuntut Umum melakukan Blokir Pidana atau Sita Pidana.

Dalam prakteknya eksekusi Hak Tanggungan dengan titel eksekutorial melalui fiat Pengadilan Negeri dipandang lebih mampu menyelesaikan beberapa hambatan-hambatan yang terjadi, dalam hal timbul permasalahan hukum tertentu.

C. Kesimpulan

Bahwa bilamana terjadi kredit macet maka pihak BPR atau pihak bank melaksanakan eksekusi Hak Tanggungan berdasarkan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 (UUHT), yang menentukan tiga cara eksekusi Hak Tanggungan, yaitu: Menjual obyek Hak Tanggungan melalui pelelangan umum atas kekuasaan sendiri dari pemegang Hak Tanggungan pertama (Pasal 6 UUHT), Menjual obyek Hak Tanggungan melalui pelelangan

umum berdasarkan titel eksekutorial (Pasal 14 ayat 2 UUHT), atau Menjual Hak Tanggungan secara dibawah tangan (Pasal 20 ayat 2 UUHT).

Dari ketiga alternatif tersebut, dalam prakteknya pihak bank selalu lebih mengutamakan dan paling sering melaksanakan eksekusi Penjualan Dibawah Tangan (Pasal 20 ayat (2) UUHT), dengan tujuan agar diperoleh hasil penjualan obyek jaminan dengan harga tertinggi yang menguntungkan semua pihak, dan dari sisi hukum cara ini adalah prosedur yang paling mudah dan sederhana.

Bilamana ternyata Penjualan Di bawah Tangan tidak dapat terlaksana, barulah pihak bank memilih cara eksekusi berdasarkan Parate Eksekusi (Pasal 6 UUHT), yaitu eksekusi tanpa melewati meminta fiat atau penetapan dari Ketua Pengadilan Negeri. Dengan demikian pihak bank dapat melaksanakan eksekusi dengan waktu yang lebih cepat, lebih ekonomis, dan prosedur hukum yang lebih sederhana, dibandingkan eksekusi berdasarkan titel eksekutorial dari Sertifikat Hak Tanggungan.

Bila ternyata timbul permasalahan hukum berupa adanya sita, sengketa atau gugatan hukum tertentu yang menyebabkan pihak bank tidak dapat melaksanakan Parate Eksekusi, maka pilihan terakhir adalah pelaksanaan eksekusi berdasarkan titel eksekutorial dari Sertifikat Hak Tanggungan (Pasal 14 ayat (2) UUHT). Pelaksanaan eksekusi ini membutuhkan waktu yang relatif lebih panjang, lebih mahal dan prosedur hukum lebih kompleks.

Kendala yang menjadi penghambat dalam pelaksanaan eksekusi obyek Hak Tanggungan sebagai upaya penyelesaian kredit macet adalah timbulnya beberapa permasalahan hukum tertentu, yaitu adanya sita, sengketa atau gugatan, baik dalam bentuk gugatan perdata, pidana, maupun PTUN.

Dalam prakteknya kendala berupa timbulnya permasalahan hukum tertentu tersebut dapat menyebabkan eksekusi Hak Tanggungan dengan titel eksekutorial juga tidak dapat dilaksanakan, yaitu bila terjadi Perlawanan oleh Pihak Ketiga yang mempunyai bukti yang kuat, adanya gugatan perdata di Pengadilan Negeri atau gugatan di PTUN mengenai pembatalan Sertifikat Hak atas Tanah, adanya Blokir Pidana atau Sita Pidana terhadap Sertifikat Hak atas Tanah tersebut.

DAFTAR PUSTAKA

Peraturan Perundang-Undangan

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata)

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang berkaitan dengan Tanah

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan

Buku

Achmad, Ali. *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*. Jakarta: Prenadamedia Group, 2013

Agus, Santoso H.M. *Hukum, Moral dan Keadilan*. Jakarta: Prenada media Group, 2015 D

Ali Safa'at Muhammad dan Jimly Assiddiqie. *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*. Jakarta: Konstitusi Press, 2006

Badruzaman, Mariam Darus. *Perjanjian Kredit Bank*. Bandung: Alumni, 1989

_____. *Perjanjian Kredit Bank*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991

Daeng, Naja H. R. *Hukum Kredit dan Bank Garansi*. Bandung: Citra Aditya Bakti. 2005

Djumhana, Muhammad. *Hukum Perbankan di Indonesia*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006

Fuady, Munir. *Jaminan Fidusia*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003

Harahap, M. Yahya. *Ruang Lingkup Permasalahan Eksekusi Bidang Perdata*. Jakarta: Sinar Grafika, 2006

Hadjon, Philipus M. dkk. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2011

Ibrahim, Johannes. *Cross Default & Cross Collateral Sebagai Upaya Penyelesaian Kredit Bermasalah*. Bandung: Refika Aditama, 2004

Irman, Tb. S. *Anatomi Kejahatan Perbankan*. Bandung: MQS& A AYYCCS, 2006

- Mahmud, Peter Marzuki. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008
- Mulyadi, Kartini dan Gunawan Widjaja. *Hak Tanggungan*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2006
- Poesoko, Herowati. *Parate Executie Objek Hak Tanggungan*. Yogyakarta: LaksBang Pressindo, 2007
- Hartono, Rezeki Sri. *Hukum Ekonomi Indonesia*. Malang: Banyumedia, 2007
- Rochmat, Soemitro. *Peraturan dan Intruksi Lelang*. Bandung: Eresco, 1987
- Sjahdeini, Sutan Remy. *Hak Tanggungan, Asas-asas, Ketentuan-ketentuan Pokok dan Masalah yang dihadapi oleh Perbankan*. Bandung: Alumni 1999.
- Soewandi, I Made. *Balai Lelang*. Yogyakarta: Yayasan Gloria, 2005
- Sutarno. *Aspek-aspek Hukum Perkreditan pada Bank*. Bandung: Alfaberta, 2005

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)



Law Review

Volume XVI, No. 2 – Maret 2017

Penafsiran Mahkamah Agung Terhadap Indirect Evidence Dalam Menyelesaikan Perkara Kartel: Studi Kasus Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012
(Alfeus Jebabun)

Penentuan Besaran Suku Bunga Bank Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha Dikaitkan Dengan Adanya Dugaan Kartel (Djoko Widodo)

Tinjauan Yuridis Atas Keterlambatan Pemberitahuan Pengambilalihan Saham Secara Tertulis (Studi Kasus Putusan Nomor 03/KPPU-M/2014)
(Harris Sofyan Hardwin)

**Analisis Sanksi Pidana Pada Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan
Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**
(Pandu Prabowo)

**Peran Komisi Pengawas Persaingan Usaha Dalam Melakukan Penemuan Hukum dalam
Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia**
(Teukoe Harmanshah S. B. Ali)

**Implikasi Yuridis Kewenangan Terbatas Badan Supervisi Bank Indonesia Sebagai
Organ Pengawasan Fungsi Bank Indonesia Berdasarkan Undang-Undang No. 6 Tahun
2009 Tentang Bank Indonesia**
(Reka Dewantara)

From the Comparison of the ASEAN and European Economic Communities and the Role of Lex Mercatoria, What Factors Appear To Be Necessary To Establish Successful Single Market In ASEAN?
(Reggiannie Christy Natalia)

Problematika Normatif Syarat Subjektif Penahanan Dalam Penyidikan (Fahmi Arif)



Law Review

Volume XVI, No. 3 – November 2017

Eksekusi Atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Sebagai Penyelesaian Kredit Macet Di Lembaga Perbankan (Studi Kasus Di Bpr Puridana Arthamas Dan Bpr Armindo Kencana)
(Adi Widjaja, A. Rachmad Budiono, Bambang Winarno)

Perlindungan Hukum Bagi Pembeli Satuan Rumah Susun Terkait Hak Kepemilikan (Athalia Saputra)

Makna Negara Dan Konstitusi Dalam Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Bagi Warga Negara Indonesia
(Ujang Charda S.)

**Hak Menguasai Negara Dalam Pemurnian Mineral Logam
Kajian PP No. 1 Tahun 2017 Terhadap UU No. 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan
Mineral Dan Batubara
(Tuti Widyaningrum)**

Aspek Hukum Perminyakan Dan Bioremediasi Dalam Rangka Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Atas Hak Mendapatkan Lingkungan Hidup Yang Baik Dan Sehat
(Bagus Oktafian Abrianto dan Franky Butar Butar)

Akibat Hukum Pengakhiran Bilateral Investment Treaty (BIT) Oleh Indonesia
(Gwendolyn Ingrid Utama dan Andhitta Audria Putri)

**Perlindungan Hukum Pencipta Mode Sebagai Ekonomi Kreatif Dalam Masyarakat
Ekonomi Asean**
(Dwi Tatak Subagiyo)

Perlindungan Hak Dan Hukum Bagi Korban Perkosaan Yang Melakukan Aborsi Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia (Rizky Karo Karo)



Law Review

Law Review Edisi selanjutnya.

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)



PERLINDUNGAN HUKUM BAGI PEMBELI SATUAN RUMAH SUSUN TERKAIT HAK KEPEMILIKAN

Athalia Saputra

Fakultas Hukum Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Airlangga Surabaya
athaliaetagh@yahoo.com

Abstract

The sale and purchase's binding agreement is often becomes a temporary hold for buyer of apartment units over the years. In every sale and purchase's binding agreement always made by developer only, beside that sale and purchase's binding agreement had a standard character and not detail, because there are still many things to be done in the process of splitting certificate. But this is becoming a sudden concern for developers, how if something wrong happens with the developer. every buyer has no proof of ownership yet. It is a dangerous thing for buyer. Proof of ownership to buyers is sale and purchase's agrrement who made by Pejabat Pembuat Akta Tanah in Indoensia. Indonesia regulates the legal provisions for buyers where buyers can apply for legal remedies through courts of law in Indonesia. the regulation which regulated are Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011 tentang Rumah Susun.

Keywords: *sale and purchase's binding agreement, legal protection, apartment*

Abstrak

Perjanjian pengikatan jual beli seringkali menjadi pegangan yang bersifat sementara untuk para pembeli satuan rumah susun hingga bertahun-tahun. Selama ini, perjanjian pengikatan jual beli yang dibuat oleh pengembang bersifat baku. Hal tersebut dikarenakan masih banyak yang harus diselesaikan dalam proses penerbitan sertifikat hak milik satuan rumah susun, namun apabila secara tiba-tiba terjadi permasalahan pada pengembang, maka dapat membahayakan bagi pihak pembeli. Sebab belum ada bukti kepemilikan hak yaitu Akta Jual Beli dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah. Akan tetapi, Indonesia mengatur ketentuan mengenai perlindungan hukum bagi para pembeli dimana pembeli dapat mengajukan upaya hukum melalui sarana peradilan hukum yang ada di Indonesia. Regulasi di Indonesia yang mengatur mengenai perlindungan konsumen serta rumah susun menjadi titik bantu untuk memberikan perlindungan bagi seluruh pembeli rumah susun, diantaranya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011 tentang Rumah Susun.

Kata Kunci: *perjanjian pengikatan jual beli, perlindungan hukum, rumah susun*

A. Pendahuluan

Perkembangan usaha di bidang properti saat ini berkembang sangat pesat. Permintaan perumahan yang semakin banyak dengan lahan yang jumlahnya terbatas terutama di area perkotaan menyebabkan usaha ini menghadapi tantangan yang semakin berat untuk mendapatkan tempat-tempat yang strategis. Terbatasnya lahan yang strategis di daerah

perkotaan membuat bidang perumahan ini mulai beralih dari perumahan ke rumah susun, yang sering disebut juga sebagai satuan rumah susun serta apartemen.

Rumah susun memiliki bukti kepemilikan berupa sertipikat kepemilikan atas satuan rumah susun yang disebut Sertipikat hak milik atas satuan rumah susun. Kepemilikan rumah susun pada umumnya terjadi karena adanya transaksi jual beli antara penjual/pengembang/developer dengan pembeli. Akta jual beli pada umumnya dilakukan apabila rumah susun telah selesai dibangun atau paling tidak tinggal memasuki masa penyelesaian akhir.

Cara mengatasi hal tersebut, maka dibuatkanlah perjanjian pendahuluan jual beli atas rumah susun tersebut. Pre Project Selling merupakan penjualan sebelum proyek dibangun di mana properti yang dijual tersebut baru berupa gambar atau konsep. Dalam pelaksanaannya di Indonesia dilakukan penyesuaian sehingga ada pengembang proyek yang melaksanakan pre project selling sebelum prasarana dan sarana dibangun, tetapi ada juga yang memasarkan setelah sarana dan prasarana tersebut telah dibangun.

Sebagaimana diketahui tujuan dibuatnya perjanjian standar tersebut dilakukan adalah untuk memberikan kemudahan bagi para pihak yang bersangkutan, namun mengingat yang membuat Perjanjian Pengikatan Jual Beli tersebut adalah pihak pengembang, tentunya ada kecenderungan kepentingan pengembang yang lebih dominan dan menguntungkan pihak pengembang.

Sebagai perjanjian standar, biasanya Perjanjian Pengikatan Jual Beli tidak memberikan perlindungan hukum yang memadai bagi pembeli satuan rumah susun karena dibuat secara sepihak oleh pengembang. Posisi pengembang yang dominan ini membuka peluang untuk cenderung menyalahgunakan kedudukannya.

Salah satu bukti ketidakseimbangan kedudukan antara pengembang dengan pembeli dapat terlihat pada saat Perjanjian Pengikatan Jual Beli, banyak informasi yang tidak diberikan secara terbuka, misalnya tidak memiliki banyak peluang untuk mendapatkan informasi tentang status kepemilikan tanah, konstruksi atau spesifikasi bangunan, fasilitas-fasilitas lain yang melekat pada bangunan rumah susun, pengenaan pajak atas transaksi pembelian, informasi penting lainnya dari pengembang, sehingga pengembang dapat mempermainkan kepentingan pembeli dengan mudah.

Ditambah dengan status hak kepemilikannya yang seringkali belum jelas, lalu hak yang menjadi dasar atas tanah hak milik satuan rumah susun tersebut berupa hak guna

bangunan tidak dapat diperpanjang ataupun jika pihak yang memiliki hak pengelolaan menolak untuk memperpanjang atau memberikan syarat yang memberatkan untuk dapat memperpanjang penggunaan hak tersebut. Sedangkan pembangunan rumah susun telah selesai dan penyerahan objek telah lama dilakukan.

Ketidaktahuan pembeli satuan rumah susun untuk segera mendorong pengembang dalam pemecahan sertipikat satuan rumah susunnya tersebut dan kurangnya pengontrolan serta pengawasan Pemerintah terhadap penyelenggaraan pembangunan rumah susun di Indonesia, menjadi salah satu faktor pengembang tidak segera melakukan pemecahan sertipikat dan justru semakin mengejar pangsa pasar untuk tetap menjual dan memasarkan rumah susun dengan penawaran proyek-proyek pengembang yang baru tanpa memperhatikan kepentingan pembeli. Oleh karena itu diperlukan perlindungan hukum yang dapat melindungi kepentingan pembeli satuan rumah susun.

Dari latar belakang yang telah penulis paparkan di atas maka permasalahan yang akan dibahas dalam penulisan proposal thesis ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

- a. Apakah pembelian rumah susun yang dibuktikan dengan Perjanjian Pengikatan Jual Beli telah terjadi pemindahan hak atas satuan rumah susun dari pengembang kepada pembeli?
- b. Apakah pembelian rumah susun yang dibuktikan dengan Perjanjian Pengikatan Jual Beli memberikan perlindungan hukum bagi pembeli satuan rumah susun?

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penelitian yuridis normatif. Pemilihan metode ini sebagaimana yang ditulis oleh Peter Mahmud Marzuki¹²: ‘karena bahwa penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu yang dihadapi’.

Pendekatan masalah dalam penelitian ini menggunakan *Statutes Approach*. *Statutes Approach* merupakan pendekatan yang didasarkan pada peraturan perundang-undangan.

Dimana pendekatan dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan dengan isu hukum yang ditangani, di antara lain Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011 tentang Rumah Susun serta Undang-Undang No. 5 tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah.

¹² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Prenada Media, 2005), hal. 35

B. Pembahasan

B. 1. Pembelian Satua Rumah Susun Yang Dibuktikan Dengan Perjanjian Pengikatan Jual Beli

Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata merupakan sumber utama yang memberikan definisi dari perjanjian atau *overeenkomst* dalam Pasal 1313 BW, yaitu suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.

Menurut Subekti, suatu perjanjian dinamakan juga persetujuan karena kedua pihak itu setuju untuk melakukan sesuatu, dapat dikatakan bahwa dua perkataan (perjanjian dan persetujuan) itu adalah sama artinya. Subekti memberikan rumusan perjanjian sebagai suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain dimana dua orang tersebut saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal.¹³ Menurut R. Setiawan, perjanjian adalah “suatu perbuatan hukum dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih”.¹⁴ Berdasarkan pengertian perjanjian tersebut diatas, terdapat unsur-unsur dari perjanjian, yaitu:

- a. Ada pihak-pihak, sedikitnya dua orang;
- b. Adanya persetujuan diantara para pihak;
- c. Ada tujuan yang ingin dicapai;
- d. Ada prestasi yang akan dilaksanakan;
- e. Ada syarat-syarat tertentu sebagai isi dari perjanjian;
- f. Ada bentuk tertentu, bisa berupa lisan atau tertulis.

Perjanjian tersebut adalah hasil kesepakatan antara para pihak pihak, penjual dan pembeli yang mengikat para pihak berdasarkan asas *Pacta Sun Servanda* yang tertuang dalam Pasal 1338 BW berbunyi: Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Para pihak diberikan kebebasan untuk membuat isi perjanjian yang mereka buat untuk menjadi pengaplikasian asas kebebasan berkontrak. Namun kebebasan tersebut dibatasi oleh pengaturan dalam Pasal 1337 BW yang menghendaki suatu perjanjian itu tidak boleh bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum, selain itu juga dengan tetap berpedoman pada Pasal 1320 BW yang menentukan:

Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat yaitu

¹³ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata* (Jakarta: Intermasa, 2001), hal. 36

¹⁴ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan* (Bandung: Bina Cipta, 1979), hal. 49

1. Sepakat mereka yang mengikat dirinya
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan
3. Suatu hal tertentu
4. Suatu sebab yang diperbolehkan

Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian menurut Pasal 1329 sampai dengan Pasal 1330 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata seorang dikatakan cakap melakukan perbuatan hukum, apabila oleh undang-undang tidak dinyatakan tak cakap. Tak cakap untuk membuat perjanjian adalah :

- a) Orang-orang yang belum dewasa;
- b) Mereka yang di bawah pengampuan;
- c) Orang-orang perempuan, dalam hal yang ditetapkan undang-undang.

Yang dimaksud dengan suatu hal tertentu dalam hal ini adalah objek yang sudah ditentukan dengan jelas yakni adalah satuan rumah susun yang kepemilikannya bersifat individual dan bagian bersama, benda bersama serta tanah bersama yang bersifat kolektif kolegal yang tidak dapat dimiliki secara individual. Yang dimaksud dengan suatu sebab yang diperbolehkan dalam hal ini adalah objek yang tertuang dalam perjanjian tersebut bukanlah objek yang dilarang oleh undang-undang, berlawanan dengan kesusilaan dan ketertiban umum sesuai Pasal 1337 BW, serta kepatutan yang berlaku dalam masyarakat. Dengan kata lain merupakan suatu objek yang diperbolehkan untuk menjadi objek jual beli.

Suatu hal tertentu merupakan pokok perjanjian, prestasi yang wajib dipenuhi. Prestasi itu harus tertentu atau sekurang-kurangnya dapat ditentukan. Apa yang diperjanjikan harus cukup jelas, ditentukan atau ditetapkan. Syarat suatu sebab yang halal ini mempunyai dua fungsi yaitu perjanjian harus mempunyai sebab, tanpa syarat ini perjanjian batal, kalau tidak halal perjanjian batal. Dalam pembuatan perjanjian pengikatan jual beli, antara penjual dengan pembeli harus memperhatikan ketentuan tersebut yang bersifat kumulatif. Baik penjual maupun pembeli telah dengan kesadarannya sepakat untuk mengikat dirinya masing-masing.

Perjanjian pengikatan jual beli merupakan kesepakatan dari ke 2 (dua) belah pihak untuk melaksanakan prestasi masing-masing dikemudian hari.

Perjanjian pengikatan jual beli lahir disebabkan karena syarat-syarat untuk dilaksanakan jual beli belum dapat dipenuhi. Dalam jual beli adanya kehendak dari para

pihak adalah bersedia menjual dan pihak lainnya bersedia membeli. Perjanjian pengikatan jual beli merupakan perjanjian permulaan.

Oleh karena perjanjian pengikatan jual beli merupakan perjanjian pendahuluan, maka di dalam perjanjian tersebut memuat janji-janji dari para pihak yang mengandung ketentuan-ketentuan manakala syarat untuk jual beli yang sebenarnya terpenuhi.

Tentu saja setelah syarat untuk jual beli telah dipenuhi dapat bertemu kembali atau menghadap kembali untuk melaksanakan jual belinya. Pembeli yang ingin membeli Satuan Rumah Susun yang telah dipasarkan, pada hari pemesanan pembeli menerima dan menandatangani surat pesanan yang disiapkan oleh pengembang dan setelah menandatangani surat pesanan, pembeli dan pengembang menandatangani Perjanjian Pengikatan Jual Beli di hadapan Notaris sesuai dengan waktu yang ditentukan oleh pengembang, dan selanjutnya kedua belah pihak harus memenuhi kewajiban yang telah ditetapkan sebagaimana dalam Perjanjian Pengikatan Jual Beli Hak Milik atas Satuan Rumah Susun.

Perjanjian pengikatan jual beli adalah perjanjian obligatoir yang berarti perjanjian yang mewajibkan seseorang untuk menyerahkan atau membayar sesuatu. Perjanjian pengikatan jual beli merupakan perjanjian obligatoir dengan jenis perjanjian timbal balik, perjanjian atas beban, perjanjian konsensual dan perjanjian atas nama. Perjanjian timbal balik merupakan perjanjian yang membebaskan prestasi kepada kedua belah pihak.¹⁵

Unsur esensial dari perjanjian pengikatan jual beli adalah barang dan harga. Para pihak yang berkepentingan dalam perjanjian jual beli mengikatkan dirinya terhadap barang dan harga dengan kesepakatan yang telah disepakatinya. Sepakat yang merupakan salah satu unsur syarat sahnya perjanjian adalah pertemuan antara permintaan (*demand*) dan penawaran (*offer*) baik lisan maupun tulisan yang melahirkan jual beli yang sah dan mengikat para pihak. Perjanjian pengikatan jual beli merupakan perjanjian dengan asas konsensualisme.¹⁶ Konsensualisme yang berarti perjanjian tersebut berlaku sah dan mengikat para pihak sejak terjadinya kesepakatan meskipun secara lisan dan barang belum berpindah maupun harga yang belum terbayar.

Rumah susun yang sedang dalam proses pembangunan dapat dipasarkan oleh pelaku pembangunan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 42 ayat (3) Undang-Undang Nomer 20 Tahun 2011 yang berbunyi “dalam hal pemasaran dilakukan sebelum pembangunan rumah

¹⁵ Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan* (Bandung: Citra Aditya, 2010), hal. 54-55

¹⁶ J. Andy Hartanto, “Karakteristik Hak Milik Atas Satuan Rumah Susun di Indonesia dan Peralihannya”, *Disertasi* (Surabaya: Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 2012), hal. 15

susun sebagaimana dimaksud pada ayat (2), segala sesuatu yang dijanjikan oleh pelaku pembangunan dan/atau agen pemasaran mengikat sebagai perjanjian pengikatan jual beli bagi para pihak”.

Sebagai suatu perjanjian pendahuluan, maka terdapat suatu perbuatan hukum yang terkait dan melekat setelah dibuatnya PPJB, yaitu perbuatan hukum jual beli. Jual beli hak atas tanah tidak didefinisikan oleh Undang-Undang Pokok Agraria. Dijumpai dalam Pasal 26 ayat (1) Undang-Undang Pokok Agraria bahwa “jual beli, penukaran, penghibahan, pemberian dengan wasiat, pemberian menurut adat dan perbuatan-perbuatan lain yang dimaksudkan untuk memindahkan hak milik serta pengawasannya diatur oleh peraturan pemerintah”.

Jual beli hak atas tanah diadakan pengaturan tersendiri dalam Undang-Undang Pokok Agraria beserta peraturan pelaksanaannya dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997, tidak tunduk pada perjanjian jual beli yang di atur dalam BW. Jual beli sebagai salah satu bentuk peralihan hak atas satuan rumah susun harus dituangkan dalam suatu akta otentik yang dibuat di PPAT. Pada saat dilakukan jual beli satuan rumah susun dengan akta otentik yang dibuat di PPAT tentunya disertai dengan bukti kepemilikan berupa sertifikat dari pihak pengembang yang nantinya akan diserahkan kepada pembeli.

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya bahwa pada prakteknya sering dijumpai jual beli satuan rumah susun telah dilakukan sebelum adanya fisik dari satuan rumah susun itu sendiri. Oleh karena fisik dari satuan rumah susun yang menjadi objek jual beli belum ada, maka sertifikat hak milik atas satuan rumah susun belum ada pula. Proses jual beli yang satuan rumah susun yang dilakukan sebelum adanya fisik atau bangunan dari satuan rumah susun serta sertifikat bukti kepemilikannya disebut *Pre Project Selling*.

Dalam hal demikian, pihak pembeli hanya menyerahkan sebagian dari nilai jual yang telah disepakati. Kalau memang demikian kenyataannya maka pada saat itu dibuat perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun antara pengembang dan pembeli. Dalam pembahasan mengenai perjanjian pengikatan jual beli, selain dibuat oleh notaris juga dilakukan karena belum terdapatnya sertifikat hak milik atas satuan rumah susun sebagai bukti kepemilikan yang sah dan dapat digunakan untuk mengalihkan hak. Oleh karena itu, perjanjian pengikatan jual beli berbeda dengan perjanjian jual beli. Dimana perjanjian jual beli merupakan suatu perbuatan hukum yang mengakibatkan berpindahnya suatu hak kepada pihak lain.

Perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun antara pihak penjual dengan pihak pembeli tersebut dikatakan sebagai perjanjian pengikatan jual beli dikarenakan objek dari perjanjian yaitu satuan rumah susun yang belum ada fisik bangunannya yang nyata serta belum disertai dengan sertifikat hak milik sebagai bukti kepemilikan satuan rumah susun, dan pihak pembeli masih belum melakukan pembayaran secara lunas atas satuan rumah susun yang dibelinya.

Dengan adanya perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun antara pihak penjual dengan pihak pembeli, secara hukum belum memindahkan hak milik atas satuan rumah susun dari pihak penjual kepada pihak pembeli. Sebagaimana diketahui bahwa dalam perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun antara pihak penjual dengan pihak pembeli bukan merupakan perjanjian jual beli satuan rumah susun. Antara perjanjian pengikatan jual beli dengan perjanjian jual beli berbeda. Satuan rumah susun merupakan objek dari suatu perjanjian, baik objek perjanjian pengikatan jual beli maupun objek perjanjian jual beli.

Ditentukan suatu syarat formil dalam pelaksanaannya. Pada perjanjian jual beli satuan rumah susun yang merupakan penyebab terjadinya perpindahan hak milik atas satuan rumah susun dari tangan penjual ke tangan pembeli diisyaratkan bahwa perjanjian jual beli satuan rumah susun dituangkan dalam suatu akta otentik yang dibuat dan ditanda tangani oleh PPAT.

Hal ini diatur dalam Pasal 37 ayat (1) PP Nomor 24 Tahun 1997 yang menyatakan:

Peralihan hak atas tanah dan hak milik atas satuan rumah susun melalui jual-beli, tukar-menukar, hibah, pemasukan dalam perusahaan dan perbuatan hukum pemindahan hak lainnya, kecuali pemindahan hak melalui lelang hanya dapat didaftarkan jika dibuktikan dengan akta yang dibuat oleh PPAT yang berwenang menurut ketentuan perundang-undangan yang berlaku.

Ketentuan tersebut mengandung pengertian pendaftaran peralihan Hak Milik atas tanah karena perbuatan hukum (jual beli) hanya dapat dilakukan jika dibuktikan dengan Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah. Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah merupakan syarat mutlak yang harus dipenuhi untuk mendaftarkan peralihan Hak Milik atas tanah karena perbuatan hukum (jual beli).

Berbeda halnya dengan perjanjian pengikatan jual beli belum dapat menyebabkan terjadinya pemindahan hak milik atas satuan rumah susun, dalam perjanjian tersebut tidak

terikat oleh suatu aturan formil seperti halnya perjanjian jual beli. Pada perjanjian pengikatan jual beli yang belum memindahkan hak milik satuan rumah susun dari tangan penjual ke tangan pembeli dituangkan dalam akta otentik yang dibuat oleh notaris yang disebut dengan akta notariil.

Walaupun perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun dituangkan dalam akta otentik yang dibuat dan di tanda tangani oleh notaris, namun akta otentik yang dibuat dan ditanda tangani notaris bukan merupakan syarat formal yang ditentukan, sehingga perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun yang dibuat dan ditandatangani oleh notaris bukan merupakan bukti peralihan atau pemindahan hak milik atas satuan rumah susun.

Berdasarkan uraian di atas maka sangat jelas bahwa terjadinya pemindahan hak milik atas satuan rumah susun dari pengembang kepada pembeli hanya dengan adanya jual beli satuan rumah susun yang dituangkan dengan akta yang dibuat dan ditandatangani oleh PPAT. Sebagaimana tercantum dalam Pasal 37 ayat (1) PP No 24 Tahun 1997, maka hanya akta PPAT yaitu Akta Jual Beli merupakan bukti otentik adanya peralihan atau perpindahan hak milik atas satuan rumah susun.

B. 2. Perlindungan Hukum Dalam Kepemilikan Satuan Rumah Susun

Suatu perkembangan baru dalam masyarakat dewasa ini adalah makin meningkatnya perhatian terhadap masalah perlindungan konsumen. Apabila dimasa lalu pihak pengembang yang dipandang sangat berjasa bagi penyedia satuan rumah susun masyarakat dan perkembangan perekonomian suatu negara dan mendapat perhatian lebih besar, maka dewasa ini perlindungan terhadap konsumen lebih mendapat perhatian sesuai makin meningkatnya perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia.

Praktek keberpihakan kepada pengembang dan tidak adanya perlindungan konsumen telah meletakkan posisi konsumen dalam tingkat yang terendah dalam menghadapi para pengembang, karena pihak konsumen yang dipandang lebih lemah hukum maka perlu mendapat perlindungan lebih besar dibandingkan pada masa-masa yang lalu. Pasal 3 huruf h Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011 menetapkan bahwa tujuan penyelenggaraan rumah susun adalah memberikan kepastian hukum dalam penyediaan, kepenghunan, pengelolaan, dan kepemilikan rumah susun. Dalam rangka memberikan jaminan kepastian hukum dalam

pemilikan satuan rumah susun, kepada pemilik satuan rumah susun diberikan surat tanda bukti hak berupa Sertipikat hak berupa Sertipikat Hak Milik Atas Satuan Rumah Susun.¹⁷

Namun pengembang seringkali menunda-nunda melakukan penerbitan akta pemisahan satuan rumah susun. Hal tersebut merupakan salah satu hak dari pembeli satuan rumah susun yang tidak terpenuhi. Sehingga memicu terjadi sengketa konsumen. Pengertian perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.¹⁸

Menurut Philipus M. Hadjon berpendapat bahwa Perlindungan Hukum adalah perlindungan akan harkat dan martabat, serta pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia yang dimiliki oleh subyek hukum berdasarkan ketentuan hukum dari kesewenangan. Sarana perlindungan Hukum ada dua macam, yaitu¹⁹:

1. Sarana Perlindungan Hukum Preventif

Pada perlindungan hukum preventif ini, subyek hukum diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Artinya perlindungan hukum yang preventif bertujuan mencegah terjadinya sengketa.

Perlindungan hukum preventif sangat besar artinya bagi tindak pemerintahan yang didasarkan pada kebebasan bertindak karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah terdorong untuk bersifat hati-hati dalam mengambil keputusan yang didasarkan pada diskresi. Di Indonesia belum ada pengaturan khusus mengenai perlindungan hukum preventif.

2. Sarana Perlindungan Hukum Represif

Perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Penanganan perlindungan hukum oleh Pengadilan Umum dan Pengadilan Administrasi di Indonesia termasuk kategori perlindungan hukum ini. Sarana perlindungan hukum represif berupa peradilan administrasi dan peradilan hukum. Di Negara Civil Law sistem hanya mengenal satu pengadilan yaitu ordinary court.

Prinsip perlindungan hukum terhadap tindakan pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi

¹⁷ Urip Santoso, *Hukum Perumahan* (Jakarta: Kencana Prenamedia Group, 2014), hal. 434

¹⁸ Satjipto Raharjo, *Penyelenggaraan Keadilan dalam Masyarakat yang Sedang Berubah* (Bandung: Jurnal Masalah Hukum, 1993), hal. 13

¹⁹ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat Indonesia* (Surabaya: Bina Ilmu, 1987), hal. 117

manusia karena menurut sejarah dari barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban masyarakat dan pemerintah.

Prinsip kedua yang mendasari perlindungan hukum terhadap tindakan pemerintahan adalah prinsip negara hukum. Dikaitkan dengan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikaitkan dengan tujuan dari negara hukum.

Adanya pedoman dalam perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun yang diatur dalam Keputusan Menteri Negara Perumahan Rakyat Nomor 11/KTPS/1994 merupakan salah satu bentuk perlindungan hukum bagi pembeli dalam jual beli satuan rumah susun yang menggunakan perjanjian baku. Dengan adanya keputusan Menteri Perumahan tersebut diharapkan dapat menjamin kepastian hukum khususnya mengenai standarisasi kontrak sehingga pengembang tidak akan dengan leluasan lagi dalam menentukan klausula-klausula bakunya.

Berkaitan dengan prosedur jual beli melalui perjanjian pengikatan jual beli, dalam Pasal 43 ayat (2) menyatakan mengenai persyaratan untuk dapat dilakukan perjanjian pengikatan jual beli yaitu

Perjanjian Pengikatan Jual Beli sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan setelah memenuhi persyaratan kepastian atas:

- a. Status kepemilikan tanah;
- b. Kepemilikan IMB;
- c. Ketersediaan prasarana, sarana, dan utilitas umum;
- d. Keterbangunan paling sedikit 20% (dua puluh persen);
- e. Hal yang diperjanjikan.

Jika mengacu pada Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011 tentang Rumah Susun menyatakan bahwa proses jual beli satuan rumah susun sebelum pembangunan rumah susun selesai dapat dilakukan melalui PPJB yang dibuat di hadapan notaris, dan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011 tentang Rumah Susun menyatakan bahwa Perjanjian Pengikatan Jual Beli sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan setelah memenuhi persyaratan kepastian atas status kepemilikan tanah, kepemilikan IMB,

ketersediaan prasarana, sarana, dan utilitas umum, dan keterbangunan paling sedikit 20% (dua puluh persen), sesuai hal yang diperjanjikan.

Perlindungan hukum juga diberikan oleh Undang-Undang Nomer 20 Tahun 2011 dalam Pasal 98 disebutkan bahwa: “Pelaku pembangunan dilarang membuat perjanjian pengikatan jual beli:

- 1) yang tidak sesuai dengan yang dipasarkan; atau
- 2) sebelum memenuhi persyaratan kepastian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (2)

Khusus untuk konsumen perumahan termasuk rumah susun terdapat perlindungan hukum yang diatur dalam Undang-Undang tentang Rumah Susun serta Peraturan Pemerintah tentang Rumah Susun, beberapa ketentuan tersebut membebankan kewajiban kepada penjual (badan hukum) untuk memenuhi persyaratan teknis, administratif maupun keperdataan dengan ancaman sanksi baik adminitrasi, perdata, maupun pidana.²⁰

Hal ini menekankan bahwa pelanggaran yang terjadi berkaitan dengan perjanjian pengikatan jual beli rumah susun akan mengacu pada aturan dalam Undang-Undang tentang Rumah Susun serta Undang-Undang Perlindungan Konsumen. Berdasarkan ketentuan Pasal 98 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011 tersebut, di dalam pasal 110 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011 menentukan bahwa pelaku pembangunan yang membuat PPJB:

- a. yang tidak sesuai dengan yang dipasarkan; atau
- b. sebelum memenuhi persyaratan kepastian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (2);

sebagaimana dimaksud dalam Pasal 98, dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun atau denda paling banyak Rp. 4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).

Berdasarkan uraian di atas maka pengembang harus bersikap jujur dan mematuhi aturan yang sudah ditentukan di dalam ketentuan Pasal 43 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011. Termasuk pada pengembang Apabila aturan tersebut dilanggar maka dapat dikenakan ketentuan Pasal 110 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011 jo. Pasal 98 Undang Nomor 20 Tahun 2011. Hal itu ditujukan untuk melindungi kepentingan dari pembeli satuan rumah susun.

Di dalam ketentuan Pasal 117 Undang Nomor 20 Tahun 2011 disebutkan bahwa:

- (1) Dalam hal perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 109 sampai dengan Pasal 116 dilakukan oleh badan hukum, maka selain pidana penjara dan denda terhadap

²⁰ Eman Ramelan, *Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Pembeli Satuan Rumah Susun/Strata Title/Apartemen* (Yogyakarta: Laksbang Grafika, 2014), hal. 45

pengurusnya, pidana dapat dijatuhkan terhadap badan hukum berupa pidana denda dengan pemberatan 3 (tiga) kali dari pidana denda terhadap orang.

- (2) Selain pidana denda sebagaimana dimaksud pada ayat (1), badan hukum dapat dijatuhi pidana tambahan berupa:
- a. pencabutan izin usaha; atau
 - b. pencabutan status badan hukum.

Selain itu, sebagai pembeli untuk mendapat perlindungan dapat melakukan upaya musyawarah dan gugatan apabila tidak menemukan hasil. Berdasarkan Pasal 1276 BW, ada lima kemungkinan gugatan yang dapat dilakukan oleh pembeli apabila pengembang wanprestasi, diantara lain²¹:

- a. Memenuhi/melaksanakan perjanjian;
- b. Memenuhi perjanjian disertai keharusan membayar ganti rugi;
- c. Membayar ganti rugi;
- d. Membatalkan perjanjian; dan
- e. Membatalkan perjanjian disertai dengan ganti rugi.

Sedangkan untuk penyelesaian sengketa mengenai rumah susun diatur dalam Pasal 105 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011, yaitu:

- (1) Penyelesaian sengketa di bidang rumah susun terlebih dahulu diupayakan berdasarkan musyawarah untuk mufakat.
- (2) Dalam hal penyelesaian sengketa melalui musyawarah untuk mufakat tidak tercapai, pihak yang dirugikan dapat menggugat melalui pengadilan yang berada di lingkungan pengadilan umum atau di luar pengadilan berdasarkan pilihan yang disepakati para pihak yang bersengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa.
- (3) Penyelesaian sengketa di luar pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan melalui arbitrase, konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, dan/atau penilaian ahli sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (4) Penyelesaian sengketa di luar pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) tidak menghilangkan tanggung jawab pidana.

²¹ Madama Taufiq, "Perlindungan Hukum terhadap Debitur Wanprestasi Tanpa Agunan ditinjau dari Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen", *Tesis* (Jakarta: Universitas Islam Negeri, 2014), hal. 53

C. Kesimpulan dan Saran

C. 1. Kesimpulan

1. Perjanjian pengikatan jual beli sebagai perjanjian awal sebelum dilakukan akta jual beli. Adanya perjanjian pengikatan jual beli dikarenakan beberapa hal, merujuk pada kasus di atas, salah satu alasannya karena belum adanya atau terbitnya sertifikat hak milik atas satuan rumah susun, sehingga hak milik atas tanah belum beralih walaupun para pihak yaitu pembeli dan pengembang sudah menandatangani perjanjian pengikatan jual beli. Berdasarkan Pasal 37 ayat (1) PP No 24 Tahun 1997, kepemilikan baru terjadi dari pengembang kepada pembeli yaitu saat telah dilakukannya akta jual beli.
2. Perjanjian pengikatan jual beli pada dasarnya dapat digunakan sebagai perlindungan dan merupakan salah satu kekuatan hukum sekaligus jaminan hukum bagi para pembeli rumah susun dalam melakukan transaksi jual beli. Asalkan dalam pembuatan perjanjian pengikatan jual beli didasarkan pada aturan yang berlaku yaitu syarat sahnya perjanjian juga asas kebebasan berkontrak dan sesuai prosedur pada pedoman dalam perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun yang diatur dalam Keputusan Menteri Negara Perumahan Rakyat Nomor 11/KTPS/1994 serta tidak memihak dan memberatkan salah satu pihak dalam hal ini yaitu pembeli satuan rumah susun.

C. 2. Saran

1. Dalam memenuhi perlindungan hukum bagi pembeli pemerintah harus menjalankan aturan Undang-Undang tentang Rumah Susun secara adil dan tidak memihak kepada salah satu pihak, khususnya kepada pengembang, sehingga diharapkan agar pembeli mendapat perlindungan sebagaimana mestinya.
2. Aturan mengenai perjanjian pengikatan jual beli dalam Undang-Undang tentang Rumah Susun lebih diperjelas secara rinci, dimana tidak diperbolehkan mencantumkan klausula-klausula yang memberatkan pembeli, selain itu, menambahkan sanksi untuk pengembang secara lebih tegas sesuai dengan pelanggaran yang diperbuat.

DAFTAR PUSTAKA

Peraturan Perundang-Undangan

Burgerlijk Wetboek (BW)

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria

Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2011 tentang Rumah Susun

Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah

Keputusan Menteri Negara Perumahan Rakyat Nomor 11/KTPS/1994 tentang Pedoman Perikatan Jual Beli Satuan Rumah Susun

Buku

Hadjon, Philipus M. *Perlindungan Hukum bagi Rakyat Indonesia*. Surabaya: Bina Ilmu, 1987

Herlien, Budiono. *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, Citra Aditya, Bandung, 2010

Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Prenada Media, 2005

Ramelan, Eman. *Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Pembeli Satuan Rumah Susun/Strata Title/Apartemen*. Yogyakarta: Laksbang Grafika, 2014

Santoso, Urip. *Hukum Perumahan*. Jakarta: Kencana Prenamedia Group, 2014

Setiawan. R, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, 1979

Subekti. *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermase, Jakarta, 1985

Hasil Penelitian

Hartanto, J. Andy. “Karakteristik Hak Milik Atas Satuan Rumah Susun di Indonesia dan Peralihannya”. *Disertasi*. Surabaya: Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2012

Taufiq, Madama. “Perlindungan Hukum terhadap Debitur Wanprestasi Tanpa Agunan ditinjau dari Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen”. *Tesis*. Jakarta: Universitas Islam Negeri, 2014

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)



Law Review

Volume XVI, No. 2 – Maret 2017

Penafsiran Mahkamah Agung Terhadap Indirect Evidence Dalam Menyelesaikan Perkara Kartel: Studi Kasus Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012
(Alfeus Jebabun)

Penentuan Besaran Suku Bunga Bank Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha Dikaitkan Dengan Adanya Dugaan Kartel (Djoko Widodo)

Tinjauan Yuridis Atas Keterlambatan Pemberitahuan Pengambilalihan Saham Secara Tertulis (Studi Kasus Putusan Nomor 03/KPPU-M/2014)
(Harris Sofyan Hardwin)

**Analisis Sanksi Pidana Pada Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan
Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**
(Pandu Prabowo)

**Peran Komisi Pengawas Persaingan Usaha Dalam Melakukan Penemuan Hukum dalam
Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia**
(Teukoe Harmanshah S. B. Ali)

**Implikasi Yuridis Kewenangan Terbatas Badan Supervisi Bank Indonesia Sebagai
Organ Pengawasan Fungsi Bank Indonesia Berdasarkan Undang-Undang No. 6 Tahun
2009 Tentang Bank Indonesia**
(Reka Dewantara)

From the Comparison of the ASEAN and European Economic Communities and the Role of Lex Mercatoria, What Factors Appear To Be Necessary To Establish Successful Single Market In ASEAN?
(Reggiannie Christy Natalia)

Problematika Normatif Syarat Subjektif Penahanan Dalam Penyidikan (Fahmi Arif)



Law Review

Volume XVI, No. 3 – November 2017

Eksekusi Atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Sebagai Penyelesaian Kredit Macet Di Lembaga Perbankan (Studi Kasus Di Bpr Puridana Arthamas Dan Bpr Armindo Kencana)
(Adi Widjaja, A. Rachmad Budiono, Bambang Winarno)

Perlindungan Hukum Bagi Pembeli Satuan Rumah Susun Terkait Hak Kepemilikan (Athalia Saputra)

Makna Negara Dan Konstitusi Dalam Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Bagi Warga Negara Indonesia
(Ujang Charda S.)

Hak Menguasai Negara Dalam Pemurnian Mineral Logam
Kajian PP No. 1 Tahun 2017 Terhadap UU No. 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan
Mineral Dan Batubara
 (Tuti Widyaningrum)

Aspek Hukum Perminyakan Dan Bioremediasi Dalam Rangka Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Atas Hak Mendapatkan Lingkungan Hidup Yang Baik Dan Sehat
(Bagus Oktafian Abrianto dan Franky Butar Butar)

Akibat Hukum Pengakhiran Bilateral Investment Treaty (BIT) Oleh Indonesia
(Gwendolyn Ingrid Utama dan Andhitta Audria Putri)

**Perlindungan Hukum Pencipta Mode Sebagai Ekonomi Kreatif Dalam Masyarakat
Ekonomi Asean**
(Dwi Tatak Subagiyo)

Perlindungan Hak Dan Hukum Bagi Korban Perkosaan Yang Melakukan Aborsi Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia (Rizky Karo Karo)



Law Review

Law Review Edisi selanjutnya.

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)



**MAKNA NEGARA DAN KONSTITUSI DALAM MEWUJUDKAN
KESEJAHTERAAN SOSIAL BAGI WARGA NEGARA INDONESIA**

Ujang Charda S.

Fakultas Hukum Universitas Subang
ujangch@gmail.com

Abstract

The Constitution can be understood not only as a state attribute to the state, but also at the same time as the basic law for the arrangement of power sharing (state organization), authority, and the relationship between state and citizen in general to achieve and realize the highest state objectives. Therefore, this paper explores two issues, namely the meaning of the Indonesian legal state in realizing social welfare for citizens as constitutional commitments, and importantly the constitution as the basic law in realizing social welfare for Indonesian citizens. The approach taken in this research is qualitative with data obtained through literature study and secondary data collection. Based on the result of research, that the meaning of state and constitution in realizing social welfare for Indonesian citizen in order to protect the whole nation of Indonesia and the entire blood of Indonesia in maintaining the balance between order, power and freedom. Therefore, the constitution for Indonesia is a means to achieve the goals of the state based on the four principles of law, namely: protecting all elements of the nation for integrity, realizing social justice in the field of economy and prosperity, realizing the sovereignty of the people (democracy) and the state law (nomocracy), and create tolerance on the basis of humanity and civilization that should always be a general principle for the realization of the ideals and goals of the state that is normative and constitutive.

Keywords: *State, constitution, and social welfare*

Abstrak

Konstitusi dapat dipahami tidak hanya sebagai atribut kenegaraan bagi negara, namun juga sekaligus sebagai hukum dasar bagi pengaturan pembagian kekuasaan (organisasi negara), kewenangan, dan hubungan antara negara dengan warga negara secara garis besar untuk mencapai dan mewujudkan tujuan negara yang tertinggi. Oleh karena itu, tulisan ini menggali dua permasalahan, yaitu tentang makna negara hukum Indonesia dalam mewujudkan kesejahteraan sosial bagi warga negara sebagai komitmen konstitusional, dan penting konstitusi sebagai hukum dasar dalam mewujudkan kesejahteraan sosial bagi Warga Negara Indonesia. Pendekatan yang dilakukan dalam penelitian ini adalah kualitatif dengan data diperoleh melalui studi literatur dan pengumpulan data sekunder. Berdasarkan hasil penelitian, bahwa makna negara dan konstitusi dalam mewujudkan kesejahteraan sosial bagi Warga Negara Indonesia dalam rangka melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dalam menjaga keseimbangan antara ketertiban, kekuasaan, dan kebebasan. Oleh karena itu, konstitusi bagi Indonesia adalah sarana untuk mencapai tujuan negara yang berpijak pada empat prinsip cita hukum, yaitu melindungi semua unsur bangsa demi keutuhan (integritas), mewujudkan keadilan sosial dalam bidang ekonomi dan kesejahteraan, mewujudkan kedaulatan rakyat (demokrasi) dan negara hukum (nomokrasi), serta menciptakan toleransi atas dasar kemanusiaan dan peradaban yang harus selalu

menjadi asas umum guna terwujudnya cita-cita dan tujuan negara yang bersifat normatif dan konstitutif.

Kata Kunci : negara, konstitusi, dan kesejahteraan sosial.

A. Pendahuluan

Hakikat negara atau esensi negara ialah suatu organisasi, baik dalam arti statis maupun dinamis untuk melaksanakan kegiatan-kegiatan yang bertalian dengan pelaksanaan kekuasaan oleh badan-badan negara atau administrasi negara untuk mencapai tujuan dari negara itu.²² Negara sebagai alat, lazim disamakan dengan bahtera yang mengangkut para penumpang (seluruh lapisan rakyat) ke pelabuhan sejahtera. Hanya dengan memandang negara sebagai alat, sebagai bahtera dapat diselami hakikat negara yang sebenarnya.²³

Negara ialah lembaga sosial yang diadakan manusia untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan vital yang tidak diperuntukan memenuhi kebutuhan khusus dari segolongan orang tertentu, tetapi untuk memenuhi keperluan-keperluan dari seluruh rakyat negara itu. Tiada negara yang dibentuk untuk menimbulkan kesukaran-kesukaran dan kekacauan bagi umat manusia. Setidak-tidaknya, secara teoritis tujuan yang baik dari negara itu semuanya dipusatkan pada penciptaan kesejahteraan bagi warga negara, dan kesejahteraan itu yang menjadi hukum yang tertinggi bagi negara dan penguasa negara (*solus populu suprema lex*)²⁴ yang dituangkan ke dalam konstitusi sebagai suatu naskah yang berisi kerangka kerja dan tugas-tugas pokok dari badan-badan pemerintah suatu negara dan menentukan pokok-pokok cara kerja badan-badan tersebut.²⁵

Berajak dari hal ini, Miriam Budiardjo mengemukakan, salah satu fungsi dari konstitusi, yaitu dilihat dari sudut kekuasaan (organisasi kekuasaan), maka konstitusi merupakan kumpulan asas yang menetapkan bagaimana kekuasaan dalam negara dibagi yang oleh Herman Finner dinamakan undang-undang dasar sebagai riwayat hidup suatu hubungan kekuasaan (*the authobiography of a power relationship*).²⁶ Kemudian, bagi negara yang mendasarkan diri pada demokrasi, konstitusi, undang-undang dasar mempunyai fungsi khas, yaitu membatasi kekuasaan pemerintah sehingga penyelenggara negara (kekuasaan) tidak berbuat sewenang-wenang. Dengan demikian diharapkan hak-hak warga negara lebih

²² Sukarna, *Pengantar Ilmu Politik* (Bandung: Mandar Maju, 1994), hal. 20

²³ F. Isjwara, *Pengantar Ilmu Politik* (Bandung: Binacipta, 1997), hal. 144

²⁴ A. Mukhtie Fadjar, *Tipe Negara Hukum* (Malang: Banyumedia, 2005), hal. 26

²⁵ Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik* (Jakarta: Gramedia, 1988), hal. 96

²⁶ *Ibid.*

terlindungi yang dikenal dengan gagasan atau paham pembatasan kekuasaan melalui undang-undang dasar yang dinamakan konstitusionalisme yang oleh Carl J. Friederich, bahwa konstitusionalisme itu merupakan gagasan, bahwa pemerintahan merupakan kumpulan kegiatan yang diselenggarakan oleh dan atas nama rakyat, tetapi dikenakan beberapa pembatasan yang diharapkan akan menjamin, bahwa kekuasaan yang diperlukan untuk pemerintahan itu tidak disalahgunakan oleh mereka yang mendapat tugas untuk memernitah, yakni cara pembatasan yang dianggap paling efektif adalah membagi kekuasaan.²⁷

Di negara-negara komunis (dulu) gagasan konstitusional tidak dikenal, namun saat ini undang-undang dasar di negara komunis mempunyai fungsi ganda, yaitu di satu pihak mencerminkan kemenangan-kemenangan yang telah dicapai dalam menuju masyarakat komunis dan di pihak lain, undang-undang dasar memberikan rangka dan dasar hukum untuk perubahan masyarakat yang dicita-citakan dalam perkembangan tahap berikutnya.²⁸ Sementara itu, pada negara-negara yang timbul di kawasan Asia dan Afrika, seperti India, Filipina, dan Indonesia, keberadaan dari undang-undang dasar merupakan salah satu atribut kenegaraan yang melambangkan kemerdekaan yang baru diperoleh dan menganggap bahwa undang-undang dasar itu sebagai dokumen yang mempunyai arti khas (*konstitusionalisme*).²⁹

Dengan demikian, dalam arti khas ini konstitusi dapat dipahami tidak semata sebagai atribut kenegaraan bagi negara baru atau rezim baru, namun juga sekaligus sebagai sumber hukum dasar bagi pengaturan pembagian kekuasaan (organisasi negara), kewenangan, dan hubungan antara negara dengan warga negara secara garis besar untuk mencapai dan mewujudkan tujuan negara yang tertinggi yang dalam konteks Indonesia adalah melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia (berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial) dalam menjaga keseimbangan antara ketertiban, kekuasaan, dan kebebasan.

Oleh karena itu, konstitusi adalah sarana untuk mencapai tujuan tersebut yang berpijak pada empat prinsip cita hukum (*rechtsidee*), yaitu :³⁰

1. Melindungi semua unsur bangsa (*nation*) demi keutuhan (integrasi).

²⁷ Carl J. Friederich dalam Otono Rosadi, "Negara dan Konstitusi dalam Perspektif Ketatanegaraan dan Posisi Ilmu Hukum Tata Negara", *Makalah*, Disampaikan pada Kuliah Umum (Cirebon: Fakultas Hukum UMC, 2016), hal. 3

²⁸ Miriam Budiardjo, *Op. Cit.*, hal. 97

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Moh. Mahfud MD., *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi* (Jakarta: LP3ES, 2006), hal.

2. Mewujudkan keadilan sosial dalam bidang ekonomi dan kesejahteraan.
3. Mewujudkan kedaulatan rakyat (demokrasi) dan negara hukum (nomokrasi).
4. Menciptakan toleransi atas dasar kemanusiaan dan keberadaban dalam hidup beragama.

Empat prinsip cita hukum tersebut harus selalu menjadi asas umum yang memandu terwujudnya cita-cita dan tujuan negara, sebab cita hukum adalah kerangka keyakinan (*belief framework*) yang bersifat normatif dan konstitutif. Cita hukum itu bersifat normatif, karena berfungsi sebagai pangkal dan prasyarat ideal yang mendasari setiap hukum positif, dan bersifat konstitutif karena mengarahkan hukum pada tujuan yang hendak dicapai oleh negara.³¹

Negara sebagai salah satu subjek hukum yang harus memiliki unsur-unsur tertentu sebagaimana ditentukan dalam Konferensi Pan Amerikan tahun 1933 di Kota Montevideo atau lebih lazim dikenal sebagai Konvensi Montevideo, bahwa negara sebagai subjek hukum harus memiliki penduduk yang tetap, wilayah tertentu, pemerintah, dan kemampuan mengadakan hubungan dengan negara-negara lainnya.³²

B. Pembahasan

B. 1. Makna Negara Hukum Indonesia dalam Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Bagi Warga Negara sebagai Komitmen Konstitusional

Konsep mengenai negara telah berkembang dari abad ke abad, baik disebabkan oleh perkembangan filsafat yang bertitik tolak dari pemikiran spekulatif maupun karena munculnya praktik-praktik kenegaraan dalam pengalaman empiris berbagai bangsa di sepanjang sejarah. Ciri-ciri umum pemikiran yang berkembang sebelum abad ke-19, ditandai oleh kebutuhan untuk mengembangkan kebebasan rakyat berhadapan dengan kerajaan-kerajaan diktator yang diperintah dengan sewenang-wenang oleh raja-raja zalim.

Dalam kerangka pemikiran seperti itu, maka sejak menjelang abad ke-19 muncul pandangan yang menganggap, bahwa fungsi negara harus dibatasi secara minimal, sehingga kebebasan raja untuk melakukan tindak sewenang-wenang dapat ditangkal, bahkan dikatakan dengan dalil bahwa *the least government is the best government*³³ yang merupakan ciri dari konsep negara penjaga malam yang dianggap ideal menjelang abad ke-19.

³¹ *Ibid.*

³² Pasal 1 Konvensi Montevideo 1933

³³ Miriam Budiardjo, *Op. Cit.*, hal. 52

Bersamaan dengan perkembangan konsep penjaga malam itu, muncul pula gejala kapitalisme di lapangan perekonomian yang secara perlahan-lahan menyebabkan terjadinya kepincangan dalam pembagian sumber-sumber kemakmuran bersama. Akibatnya, timbul jurang kemiskinan yang kecenderungannya semakin menajam dan sulit dipecahkan oleh negara yang difungsikan secara minimal itu.

Kenyataan tersebut, mendorong munculnya kesadaran baru mengenai pentingnya keterlibatan negara dalam menangani dan mengatasi masalah ketimpangan ini. Negara dianggap tidak dapat melepaskan tanggung jawabnya untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat, sehingga negara perlu turut campur tangan dalam mengatur sumber-sumber kemakmuran agar tidak dikuasai oleh sekelompok orang.

Bersama dengan ini, muncul pula aliran sosialisme yang sangat menentang individualisme dan liberalisme, karena dianggap sebagai sebab munculnya kapitalisme yang menindas rakyat miskin, bahkan menciptakan kemiskinan itu sendiri. Atas pengaruh sosialisme ini, muncul konsep baru mengenai negara sejak permulaan abad ke-20 sebagai pengganti dari negara penjaga malam, yaitu negara kesejahteraan (*welfare state*).³⁴

Dalam perkembangan negara-negara di dunia memperlihatkan gerakannya menuju bentuk negara kesejahteraan yang ditandai dengan 4 (empat) unsur dan karakteristik sebagai berikut :³⁵

- a. Hukum dasar memberikan perlindungan sosial secara khusus yang menjadi sumber hukum dari semua hukum dan peraturan perundang-undangan dalam urusan sosial.
- b. Kewajiban pemerintah untuk mengadakan segala kebutuhan rakyat dalam berbagai hak yang benar-benar nyata sesuai dengan cita-cita dalam Undang-Undang Dasar.
- c. Undang-undang harus memacu atau membangkitkan pengadaan jaminan sosial yang baru untuk mendorong hak-hak rakyat.
- d. Dalam berbagai hak yang tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar terlebih dahulu harus dikonsultasikan dengan parlemen.

Sesungguhnya konsep negara kesejahteraan tidak asing lagi di kalangan ahli hukum, ekonomi, dan politik. Namun karena luasnya cakupan, maka kajian hukum akan berbeda dari kajian ekonomi dan politik tentang apa *welfare state* itu. Setidak-tidaknya ada beberapa

³⁴ Ujang Charda S., “Perlindungan Hukum Terhadap Tenaga Kerja Anak dari Bentuk-bentuk Pekerjaan Terburuk”, *Disertasi* (Bandung: Program Pascasarjana Unisba, 2015), hal. 64

³⁵ Lukmanul Hakim, *Kedudukan Hukum Komisi Negara di Indonesia; Eksistensi Komisi-komisi Negara (State Auxiliary Agency) sebagai Organ Negara yang Mandiri dalam Sistem Ketatanegaraan* (Malang: Program Pascasarjana Universitas Brawijaya bekerja sama dengan Penerbit Intrans, 2010), hal. 49

pandangan yang satu dan lainnya berbeda tentang konsep *welfare state* sebagaimana yang terjadi di berbagai negara.³⁶

Definisi *welfare state* di dalam *Black's Law Dictionary* disebutkan sebagai berikut :³⁷

“Negara kesejahteraan adalah suatu bangsa yang pemerintahannya menjalankan berbagai program asuransi sosial, seperti kompensasi pengangguran, pensiun, bantuan uang untuk keluarga, kupon makanan, dan bantuan bagi orang buta atau tuli”.

Sementara itu, definisi *welfare state* dalam *Collin Colbuid English Dictionary* sebagaimana dikutip Safri Nugraha adalah sebagai berikut :³⁸

“Negara kesejahteraan adalah sebagai suatu sistem pemerintahan yang menyediakan pelayanan sosial secara gratis (bebas biaya) dalam hal kesehatan, pendidikan, dan bantuan keuangan bagi warga negara yang tidak mampu bekerja, karena usia lanjut, pengangguran atau sakit”.

Berdasarkan 2 (dua) definisi tersebut dapat disimpulkan, bahwa *welfare state* adalah suatu pemerintahan negara yang mengatur sekaligus menjalankan tugas berkaitan dengan pemenuhan kebutuhan dasar hidup manusia (*basic needs*), seperti perumahan, pendidikan, makanan, pakaian, pekerjaan, dan pelayanan sosial (santunan keuangan bagi para pensiun, orang tua, sakit) serta orang-orang penyandang penyakit sosial (buta, tuli).³⁹

Berdasarkan definisi tersebut, dalam kenyataannya memunculkan berbagai pandangan berbeda tentang konsep *welfare state* yang secara umum dapat dikelompokkan sebagai berikut :⁴⁰

a. Pandangan Ramesh Mishra, Lawrence Friedmann, dan Jan M. Boekman

Ketiga sarjana ini pendapatnya menitikberatkan pada tanggung jawab negara untuk kesejahteraan warga negara terhadap pemenuhan kebutuhan dasar hidup (*basic needs*), pelayanan sosial juga termasuk intervensi ekonomi pasar. Tanggung jawab negara untuk mensejahterakan warganya bukan sekedar dimaknai sebagai hak politik dan ekonomi, tetapi lebih merupakan aspek hukum.⁴¹

³⁶ Jauhari, “Kajian Teori *Welfare State* dalam Perspektif Barat dan Islam”, *Jurnal Hukum Vol. XVI, No. 1* (Yogyakarta: Fakultas Hukum UNISILA, Maret 2006), hal. 27

³⁷ Bryan A. Gamer, *Black's Law Dictionary (Seventh Edition)* (Minn: West Group St. Paul, 1990), hal. 1588

³⁸ *Collin Colbuid English Dictionary* dalam Safri Nugraha, *Privatisation of State Enterprises in the 20th Century a Step Forwards or Backwards* (Jakarta: FH UI, 2004), hal. 1

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Jauhari, *Op. Cit.*, hal. 29.

Secara khusus, Lawrence Friedmann menyatakan, bahwa *welfare state* sebagai suatu tanggung jawab negara terhadap kesejahteraan warganya dalam lingkup yang luas sampai menjangkau intervensi pasar maupun terhadap perbankan, telekomunikasi, dan transportasi. Dengan ruang lingkup yang luas ini, maka tanggung jawab negara meliputi sarana hukum dan institusi untuk mewujudkan kesejahteraan bagi warga negara menjadi kewajiban negara.⁴²

Sementara itu, Ramesh Mishra menyatakan, bahwa *welfare state* adalah suatu tanggung jawab negara terhadap kesejahteraan warga negara yang meliputi intervensi ekonomi pasar, kebijakan ketenagakerjaan, dan pelayanan kesejahteraan sosial, termasuk lembaga dan kebijakan dalam bidang kesejahteraan adalah menjadi pemikiran dan tanggung jawab negara.⁴³

Selanjutnya Jan M. Boekman, *welfare state* dimaknai sebagai integrasi fakta ekonomi dan gagasan umum tentang keadilan yang di dalamnya terjabar keberadaan dan fungsi hukum dalam berbagai aspek kehidupan. Oleh sebab itu, sebenarnya hukum menjadi bukti yang selalu terkait dengan negara kesejahteraan dan keadilan harus menjadi tujuan negara.⁴⁴ Dengan demikian, peranan hukum untuk melindungi, mengatur, dan merencanakan kehidupan ekonomi, sehingga dinamika kegiatan ekonomi itu dapat diarahkan kepada kemajuan dan kesejahteraan bagi seluruh rakyat.⁴⁵

b. Pandangan Ross Cranston

Ross berpendapat, bahwa pengertian *welfare state* selalu dikaitkan dengan tanggung jawab pemerintah dalam bidang kesehatan, pengangguran, dan perumahan yang memberikan perlindungan bagi warga negaranya terhadap standar minimum pendapatan, gizi, kesehatan, perumahan dan pendidikan, keamanan kerja, sebagai hak politik dan bukan sumbangan sukarela, bahkan aspek-aspek kesejahteraan juga terkait dengan pelayanan sosial berbentuk kesejahteraan sosial, pajak, dan keamanan kerja.⁴⁶

Memahami beragam pandangan para ahli dalam uraian di atas, bahwa negara hukum ideal adalah tetap memperhatikan peran hukum sebagai piranti vital dalam penyelenggaraan negara hukum yang demokratis. Artinya, beragam unsur melekat pada suatu negara hukum,

⁴² Lawrence Friedmann dalam *Ibid.*

⁴³ Ramesh Mishra dalam *Ibid.*

⁴⁴ Jan M. Boekman dalam *Ibid.*

⁴⁵ Gunarto Suhadi, *Peranan Hukum dalam Pembangunan Ekonomi* (Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2002), hal. 12

⁴⁶ Ross Cranston dalam Jauhari, *Loc. Cit.*, hal. 27

seperti adanya kepastian hukum, penyelenggaraan negara berdasarkan atas hukum, adanya pemisahan kekuasaan negara, adanya peradilan administrasi negara dan lainnya, merupakan referensi fundamental bagi negara hukum tersebut melaksanakan aktivitas untuk kepentingan masyarakatnya.

Konsep negara hukum kesejahteraan adalah negara bertanggung jawab untuk mewujudkan kesejahteraan hidup masyarakatnya sebagai titik tolak dan landasan urgensial dalam penyelenggaraan kehidupan bernegara. Oleh karena itu, tugas pemerintah tidak semata-mata hanya di bidang pemerintahan saja, melainkan juga harus melaksanakan kesejahteraan sosial dalam rangka mencapai tujuan negara yang dijalankan melalui pembangunan nasional yang bersifat multikompleks dengan banyaknya turut campur tangan negara di semua sektor.⁴⁷

Menurut Sjachran Basah, bahwa campur tangan negara tersebut tertuang dalam ketentuan peraturan perundang-undangan, baik dalam bentuk undang-undang maupun peraturan pelaksanaan lainnya yang dilaksanakan oleh administrasi negara selaku alat perlengkapan negara yang menyelenggarakan tugas servis publik.⁴⁸ Campur tangan negara dalam berbagai bidang mewarnai substansi pembangunan nasional, mengindikasikan semangat untuk memajukan dan meningkatkan kesejahteraan hidup masyarakatnya sebagai amanat konstitusi dalam praktik penyelenggaraan negara hukum kesejahteraan.⁴⁹

Berdasarkan ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam UUD 1945, negara yang dikehendaki adalah negara hukum demokratis kesejahteraan⁵⁰ yang fakta empiriknya dapat dirujuk pada pemikiran para ahli atau substansi UUD 1945 yang memiliki atribut untuk menyelenggarakan pemerintahan, bahwa Pemerintah Indonesia memiliki landasan kuat untuk mengatur dan menyelenggarakan mekanisme pemerintahan yang meliputi bidang kehidupan, seperti ekonomi, politik, hukum, dan bidang lainnya dalam mewujudkan demokrasi sosial.

Terwujudnya negara Indonesia yang mampu menciptakan dan melaksanakan demokrasi sosial bagi seluruh rakyatnya berarti negara sebagai instrumen mewujudkan keadilan sosial. Konsep demokrasi sosial menuntut negara agar selalu mempraktikkan jaminan sosial atas warganya secara menyeluruh. Jaminan sosial ini harus mampu memberikan

⁴⁷ Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia* (Bandung: Alumni, 1985), hal. 11

⁴⁸ *Ibid.*, hal. 3

⁴⁹ Syamsuharya Bethan, *Penerapan Prinsip Hukum Pelestarian Fungsi Lingkungan Hidup dalam Aktivitas Industri Nasional* (Bandung: Alumni, 2008), hal. 23

⁵⁰ Bernard Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum* (Bandung: Mandar Maju, 2000), hal. 207

perlindungan atas hak-hak dasar yang semestinya dimiliki oleh semua individu bagi warga negara. Untuk itu, negara harus dapat menyediakan pendapatan minimum bagi individu dan keluarga, selain itu dituntut untuk menyediakan sejumlah pelayanan sosial, seperti pengawasan anak dan pengawasan terhadap orang lanjut usia.⁵¹

Dalam praktik demokrasi sosial, setiap pemerintahan dituntut memiliki komitmen untuk menjamin adanya kesetaraan dan keadilan sosial bagi setiap warganya yang tidak hanya di bidang politik semata, tetapi dalam bidang sosial dan ekonomi.⁵² Negara harus menjamin atas ketersediaan kesempatan dasar dalam kehidupan warga. Agar dapat melakukan semua itu, negara harus memiliki jaminan berupa kepastian hukum dalam bentuk undang-undang, sehingga negara benar-benar berperan dapat memberikan jaminan kesejahteraan dan keadilan sosial berbasis hak bagi warganya. Hal ini merupakan tanggung jawab politik suatu negara demokratis yang mengakomodasi kebutuhan hajat hidup warganya.⁵³

Secara konseptual negara hukum kesejahteraan Indonesia yang demokratis secara empirik maupun yuridik menggabungkan dengan nilai-nilai ke-Tuhanan sebagaimana tersurat dalam Pembukaan UUD 1945, bahwa pembentukan negara hukum Indonesia didasarkan atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa dan dengan didorongkan oleh keinginan luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas⁵⁴ atau dalam bahasa nenek moyang gemah ripah loh jinawi,⁵⁵ tata tentram kerta raharja.⁵⁶ Konsep ini merupakan model keseimbangan yang dikembangkan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia sebagaimana telah diterapkan pada masa pemerintahan Islam ketika pemerintahan Rasulullah SAW⁵⁷ yang menurut Muhammad Tahir Azhary di dalamnya mengandung prinsip kekuasaan sebagai amanah, prinsip musyawarah, prinsip keadilan, prinsip persamaan, prinsip pengakuan dan perlindungan hak

⁵¹ Ujang Charda S., “Negara sebagai Instrumen Mewujudkan Kesejahteraan Sosial”, *Jurnal Law Enforcement*, Vol. 5 No. 2 (Subang: Fakultas Hukum UNSUB, 2014), hal. 2

⁵² Sri Hastuti Puspitasari (ed.), *Bunga Rampai Pemikiran Hukum di Indonesia* (Yogyakarta: FH-UII, 2009), hal. 319

⁵³ Ujang Charda S., “Negara ...” *Loc. Cit.*, hal. 2

⁵⁴ Alinea ketiga Pembukaan UUD 1945

⁵⁵ Kaelan, *Pendidikan Pancasila* (Yogyakarta: Paradigma, 2004), hal. 73

⁵⁶ Moh. Busyro Muqoddas, et. al. (ed.), *Politik Pembangunan Hukum Nasional* (Yogyakarta: UII Press, 1992), hal. 43

⁵⁷ R.H. Otje Salman dan Anthon F. Susanto, *Teori Hukum (Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali)* (Bandung: Refika Aditama, 2004), hal. 159

asasi manusia, prinsip peradilan bebas, prinsip perdamaian, prinsip kesejahteraan, dan prinsip ketaatan rakyat.⁵⁸

Keberadaan negara hukum Indonesia apabila dihubungkan dengan alinea keempat Pembukaan UUD 1945, memiliki makna historis pembentukan negara hukum Indonesia yang secara eksplisit maupun implisit ternormativisasi dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 adalah negara hukum Pancasila, yaitu konsep negara hukum yang harus memenuhi kriteria dari konsep negara hukum pada umumnya⁵⁹ yang ditopang oleh 3 (tiga) pilar, seperti pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia, peradilan yang bebas dan tidak memihak, dan asas legalitas dalam arti formal maupun materiil yang diwarnai juga oleh aspirasi-aspirasi ke-Indonesia-an, yaitu 5 (lima) nilai fundamental dari Pancasila.⁶⁰

Menurut Rukmana Amanwinata, bahwa negara hukum Indonesia dikatakan sebagai negara hukum yang memiliki karakteristik mandiri dan memiliki ciri khas yang berbeda dengan negara lainnya⁶¹ yang berpegang teguh pada falsafah Pancasila.⁶² Oleh karena itu, segala aktivitas pemerintahan dan rakyat dalam kehidupan berbangsa dan bernegara harus sesuai atau tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku. Hukum menjadi landasan pokok dalam melakukan segala aktivitas kehidupan berbangsa dan bernegara menuju cita-cita masyarakat yang adil dan makmur secara merata.⁶³

Berdasarkan uraian di atas, bahwa negara Indonesia yang diperjuangkan adalah untuk mewujudkan negara Pancasila dengan ciri-ciri sebagai berikut :⁶⁴

- a. Negara Pancasila adalah negara hukum yang di dalamnya semua penggunaan kekuasaan harus selalu ada landasan hukumnya dan dalam kerangka batas-batas yang ditetapkan oleh hukum.
- b. Negara Pancasila adalah negara demokrasi yang dalam keseluruhan kegiatan menegaranya selalu terbuka bagi partisipasi seluruh rakyat yang dalam pelaksanaan kewenangan dan penggunaan kekuasaan publik harus dipertanggungjawabkan kepada

⁵⁸ Muhammadiyah Tahir Azhary, *Negara Hukum : Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi-segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini* (Jakarta: Prenada Media, 2004), hal. 105-153

⁵⁹ Bernard Arief Sidharta, *Op. Cit.*, hal. 199

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Rukmana Amanwinata dalam Wiratni Ahmadi, *Perlindungan Hukum bagi Wajib Pajak dalam Penyelesaian Sengketa Pajak* (Bandung: Refika Aditama, 2006), hal. 3

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Bernard Arief Sidharta, *Op. Cit.*, hal. 48

rakyat dan harus selalu terbuka bagi pengkajian rasional oleh semua pihak dalam kerangka tata nilai dan tata hukum yang berlaku.

- c. Negara Pancasila adalah organisasi seluruh rakyat yang menata diri secara rasional dalam kebersamaan ikhtiar, dalam kerangka, dan melalui tata kaidah hukum yang berlaku, mewujudkan kesejahteraan lahir batin bagi seluruh rakyat dengan selalu mengacu pada nilai-nilai martabat manusia dan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Di sisi lain pembentukan negara Indonesia secara etis rasional sebagai aktualisasi *fitrah* manusia yang cenderung ingin hidup damai di bawah kekuasaan negara dan hukum tertentu daripada hidup bebas tetapi anarkis dan penuh ancaman. Untuk itu pula, negara Indonesia dibentuk guna mencapai tujuan bersama, seperti dalam perspektif teori kontrak sosial, negara merupakan produk kontrak sosial, sebuah kesepakatan bersama untuk menjaga dan menciptakan keselamatan bersama dalam naungan kekuasaan negara.⁶⁵

Dengan demikian, pengklaiman Indonesia sebagai negara hukum apabila dicermati dan ditelusuri dari substansi Pembukaan maupun pasal-pasal UUD 1945, tercipta bukan karena historis dan kontrak sosial saja, tetapi juga atas dasar fungsi manusia sebagai khalifah Allah SWT di bumi pertiwi yang mengemban amanah-Nya untuk kemakmuran dan mensejahterakan warga negaranya, seperti dikemukakan oleh *the founding father* yang telah membuat fondasi kokoh untuk membangun negara kesejahteraan, yakni Soekarno dan Moch. Hatta yang memberikan bentuk demokrasi tidak hanya bercorak demokrasi politik saja tetapi juga demokrasi ekonomi yang dituangkan dalam UUD 1945.⁶⁶

Pertama, Soekarno menyebut sosio-demokrasi, suatu demokrasi politik dan demokrasi ekonomi. Hal yang demikian tidak lazim bagi demokrasi yang dikembangkan di dunia Barat dan Eropa yang hanya bercorak demokrasi politik.⁶⁷ Kedua, Moch. Hatta memberikan bentuk negara Indonesia dengan sebutan “negara pengurus” yang berlandaskan gotong royong, usaha bersama, bercorak kekeluargaan yang tidak lain adalah negara kesejahteraan.⁶⁸

Kejernihan pemikiran Moch. Hatta tersebut mengilhami lahirnya Pasal 33 UUD 1945 yang secara konstitusional mengatur tentang dasar perekonomian negara Indonesia yang intinya adalah perekonomian yang berasaskan kekeluargaan dan demokrasi ekonomi yang secara historis pernah dikemukakan oleh Moch. Hatta yang memberikan konseptual Pasal 33

⁶⁵ Moh. Mahfud MD dalam Kata Pengantar buku Ahmad Sukardja, *Hukum Tata Negara & Hukum Administrasi Negara dalam Perspektif Fikih Siyash* (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hal. vi

⁶⁶ Sri Hastuti Puspitasari (ed.), *Op. Cit.*, hal. 319

⁶⁷ *Ibid.*, hal. 319-320

⁶⁸ *Ibid.*

UUD 1945 dengan istilah demokrasi ekonomi dengan mengedepankan kemakmuran rakyat dan bukan kemakmuran orang perseorangan, sehingga perekonomian Indonesia disusun sebagai usaha bersama berdasarkan asas kekeluargaan.⁶⁹

Pengaturan di bidang ekonomi ini yang berkaitan dengan Pasal 33 UUD 1945, di era reformasi terjadi fundamental dengan munculnya 2 (dua) pandangan yang bertentangan secara diametral, yaitu :⁷⁰

- a. Perubahan perumusan Pasal 33 diganti dengan yang baru

Kelompok pertama, menolak “asas kekeluargaan” yang dianggap tidak relevan untuk diganti dengan asas lain, misalnya “pasar berkeadilan” atau setidaknya sistem pasar sosial (*social market economy*).

- b. Terdapat perubahan dengan melestarikan prinsip utamanya

Kelompok kedua, yang menghendaki pelestarian rumusan Pasal 33, walaupun menyetujui tambahan ayat-ayat yang merupakan perkembangan pemikiran baru. Akhirnya terjadi perubahan yang menghasilkan rumusan judul Bab XIV menjadi “Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial” yang sebelum dilakukan perubahan berjudul “Kesejahteraan Sosial” dengan menambah Pasal 33 yang semula 3 ayat menjadi 5 ayat.

Di sini dipertegas, bahwa negara Indonesia tetap berkomitmen dengan bentuk Negara Kesejahteraan sebagaimana terbukti dengan adanya perubahan Pasal 33 dengan menambah 2 ayat. Ditambahnya 2 ayat tersebut, sistem kesejahteraan khususnya dalam bidang perekonomian menerima sisi positif dari sistem liberal dan sosialis, tetapi tetap menolak pandangan fundamentalisme pasar (*market fundamentalism*).⁷¹

Selanjutnya paham negara kesejahteraan Indonesia ternyata dipertegas dalam tambahan pasal-pasal sosial-ekonomi, yaitu dalam Pasal 34 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945. Sementara itu, Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 merupakan penegasan negara kesejahteraan dengan mengambil istilah yang dipakai Giddens sebagai “*social investment state*” (negara investasi sosial). Hasil perubahan terhadap Pasal 33 UUD 1945, sesungguhnya tidak menghilangkan pemikiran Moch. Hatta dan Soekarno, tetapi justru memberikan perluasan pemikiran terhadap perkembangan ekonomi global yang menuntut fleksibilitas.⁷²

Selain Pasal 33 UUD 1945, Moch. Hatta juga menyebutkan Pasal 27 ayat (2) UUD 1945 sebagai peraturan untuk melaksanakan ekonomi Indonesia, jika Pasal 33 mengenai

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, hal. 322

sistem perekonomian, maka Pasal 27 ayat (2) UUD 1945 mengenai hak sosial warga negara, yaitu hak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan.⁷³ Ketentuan yang masih berhubungan dengan ketenagakerjaan dalam UUD 1945 adalah Pasal 28D ayat (2) dan Pasal 28I ayat (2). Pasal 27 ayat (2) merupakan deklarasi, bahwa untuk mendapatkan pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan, sedangkan Pasal 28D ayat (2) dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 merupakan hak untuk bekerja tanpa diskriminatif merupakan hak asasi manusia setiap orang, sehingga Pasal ini tepat dikategorikan dalam aturan yang mengatur perihal hak asasi manusia.

Konsep negara hukum yang dianut Indonesia lebih ditekankan pada aspek sistem jaminan sosial yang dituangkan dalam wujud legislasi dan kebijakan sosial. Tidak dapat disangkal, bahwa konsep negara kesejahteraan tidak identik dengan kebijakan sosial, tetapi sebuah negara yang disebut mengusung konsep negara kesejahteraan tidak akan bermakna, jika tidak terdapat sistem jaminan sosial di dalam legislasi dan kebijakan sosialnya.

Meskipun menekankan pentingnya peran negara dalam pelayanan sosial, negara kesejahteraan pada hakikatnya bukan merupakan dominasi negara, melainkan merupakan wujud dari prinsip-prinsip demokrasi negara yang diberikan mandat untuk melaksanakan kewajibannya dalam memenuhi hak-hak warga negara.⁷⁴ Menurut Darmawan Triwibowo yang mengutip pendapat Esping-Andersen mengemukakan sebagai berikut :⁷⁵

“Negara kesejahteraan bukan satu konsep dengan pendekatan baku, negara kesejahteraan lebih sering ditengarai dari atribut-atribut kebijakan pelayanan dan transfer sosial yang disediakan oleh negara (c.q pemerintah) kepada warganya, seperti pelayanan pendidikan, transfer pendapatan, pengurangan kemiskinan, sehingga keduanya (negara kesejahteraan dan kebijakan sosial) sering diidentikkan. Hal itu tidak tepat, karena kebijakan sosial tidak mempunyai hubungan implikasi dengan negara kesejahteraan. Kebijakan sosial bisa diterapkan tanpa keberadaan negara kesejahteraan, tapi sebaliknya negara kesejahteraan selalu membutuhkan kebijakan sosial untuk mendukung keberadaannya”.

Pemikiran tersebut merupakan penolakan terhadap teori Adam Smith atas perumpamaan *homo economicus* yang melahirkan sistem liberalisme dengan bentuk *laissez*

⁷³ Sri Bintang Pamungkas, *Pokok-pokok Pikiran tentang Demokrasi Ekonomi dan Pembangunan* (Jakarta:Yayasan Daulat Rakyat, 1996), hal. 1

⁷⁴ Edi Suharto, *Kebijakan Sosial sebagai Kebijakan Publik* (Bandung: Alfabeta, 2008), hal. 58

⁷⁵ Esping-Andersen dalam Darmawan Triwibowo, *Mimpi Negara Kesejahteraan* (Jakarta: LP3ES, 2006), hal. 8

*faire, laissez aller, laissez passer*⁷⁶ yang dipandang oleh pemikir *the founding father* tidak sesuai dengan alam pikiran masyarakat Indonesia. Oleh karena itu, konsep negara kesejahteraan Indonesia oleh para pujangga Jawa digambarkan sebagai “negara panjang hapunjung pasir wukir loh jinawi, gemah ripah kertoraharjo”⁷⁷ yang mengandung makna, bahwa suatu wilayah negara meluas dari pantai sampai puncak gunung dengan tanah yang subur dan murah sandang dan murah pangan, keadaan aman tentram dengan suasana rukun, serta tidak ada kejahatan, serta pemerintah selalu memenuhi kebutuhan rakyat.⁷⁸

Indonesia sebagai negara hukum kesejahteraan berwenang menentukan arah berbagai bidang kehidupan bangsa dalam keikutsertaannya menentukan arah kebijakan di bidang-bidang kehidupan bangsa, terutama di bidang ekonomi adalah untuk mengukur dan mengarahkan kegiatan ekonomi agar sesuai dengan prinsip perekonomian bangsa⁷⁹ sebagaimana diamanatkan dalam UUD 1945.

Dengan demikian, negara kesejahteraan adalah sebuah model ideal pembangunan yang difokuskan pada peningkatan kesejahteraan melalui pemberian peran dan tanggung jawab penting kepada negara dalam memberikan pelayanan sosial secara universal dan komprehensif bagi warganya, seperti dikemukakan Spicker, bahwa negara kesejahteraan “ ... stands for a developed ideal in which welfare is provided comprehensively by the state to the best possible standards ”.⁸⁰

Negara kesejahteraan mengacu pada peran dan campur tangan pemerintah yang responsif dalam mengelola dan mengorganisasikan perekonomian, sehingga mampu menjalankan tanggung jawabnya untuk menjamin ketersediaan pelayanan kesejahteraan dasar dalam tingkat tertentu bagi warganya. Konsep ini dipandang sebagai bentuk keterlibatan negara dalam menentukan kesejahteraan rakyat melalui penerapan kebijakan sosial sebagai fondasi utama negara kesejahteraan.⁸¹

Perkembangan pemikiran tentang fungsi negara hukum kesejahteraan Indonesia, khususnya peran negara dalam mewujudkan masyarakat sejahtera (*welfare state*) telah

⁷⁶ Adam Smith dalam Sri Edi Swasono, *Daulat Rakyat versus Daulat Pasar* (Yogyakarta: Pustep UGM, 2005), hal. 7

⁷⁷ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Ilmu Negara dan Politik* (Bandung: Eresco, 1981), hal. 14

⁷⁸ Sri Hastuti Puspitasari (ed.), *Op. Cit.*, hal. 320-321

⁷⁹ Wiratni Ahmadi, *Op. Cit.*, hal. 2

⁸⁰ Spicker dalam Edi Suharto, *Kebijakan Sosial Op. Cit.*, hal. 57

⁸¹ *Ibid.*

meninggalkan konsep negara penjaga malam.⁸² Wujud campur tangan negara dalam mengupayakan kesejahteraan masyarakatnya, antara lain dengan membuat aturan-aturan untuk masalah hubungan kerja yang dikategorikan sebagai hubungan/peristiwa publik.

Konsep negara kesejahteraan yang diterapkan Indonesia merupakan hasil pergulatan konsep yang berkembang dalam pemikiran Barat, Islam dan juga para *the founding father* di Indonesia yang dikonstruksikan dengan meletakkan konsep kesejahteraan masyarakat secara fisik, jasmani yang disertai dengan rohani. Oleh karena itu, seberapa jauh instrumen hukum mampu mewujudkannya dapat dilihat dari efektif tidaknya suatu peraturan hukum.

B.2. Arti Penting Konstitusi sebagai Hukum Dasar dalam Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Bagi Warga Negara Indonesia

Istilah konstitusi pada mulanya berasal dari perkataan bahasa Latin, *constitutio* yang berkaitan dengan kata *jus* atau *ius* yang berarti hukum atau prinsip.⁸³ Di zaman modern, bahasa yang biasa dijadikan sumber rujukan mengenai istilah ini adalah Inggris, Jerman, Perancis, Italia, dan Belanda.⁸⁴ Untuk pengertian *constitution* dalam bahasa Inggris, bahasa Belanda membedakan antara *constitutie* dan *grondwet*, sedangkan bahasa Jerman membedakan antara *verfassung* dan *grundgesetz*. Malah dibedakan pula antara *gerundrecht* dan *grundgesetz*, seperti antara *grondrecht* dan *grondwet* dalam bahasa Belanda. Demikian pula dalam bahasa Perancis dibedakan antara *Droit Constitutionnel* dan *Loi Constitutionnel*.⁸⁵

Istilah yang pertama identik dengan pengertian konstitusi, sedang yang kedua adalah undang-undang dasar dalam arti yang tertuang dalam naskah tertulis. Untuk pengertian konstitusi dalam arti undang-undang dasar, sebelum dipakainya istilah *grondwet*, di Belanda juga pernah dipakai istilah *staatsregeling*. Namun, atas prakarsa Gijsbert Karel van Hogendorp pada tahun 1813, istilah *grondwet* dipakai untuk menggantikan istilah *staatsregeling*.⁸⁶

Di kalangan para ahli hukum, pada umumnya bahwa konstitusi dipahami sebagai hukum yang mempunyai tiga tujuan pokok, yaitu keadilan (*justice*), kepastian (*certainty* atau

⁸² Agusmidah, *Hukum Ketenagakerjaan Indonesia: Dinamika & Kajian Teori* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2010), hal. 9

⁸³ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2015), hal. 95

⁸⁴ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia* (Jakarta: Konpres, 2005), hal. 1

⁸⁵ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara: Jilid I* (Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2006), hal. 119

⁸⁶ Sri Soemantri Matosoewignjo, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi* (Bandung: Alumni, 1987), hal. 1-2 dan hal. 9-10

zekerheid), dan kebergunaan (*utility*).⁸⁷ Keadilan itu sepadan dengan keseimbangan (*balance, mizan*) dan kepatutan (*equity*), serta kewajaran (*proportionality*), sedangkan kepastian hukum terkait dengan ketertiban (*order*) dan ketenteraman. Sementara itu, kebergunaan diharapkan dapat menjamin bahwa semua nilai-nilai tersebut akan mewujudkan kedamaian hidup bersama.⁸⁸ Oleh karena konstitusi itu sendiri adalah hukum yang dianggap paling tinggi tingkatannya, maka tujuan konstitusi sebagai hukum tertinggi itu juga untuk mencapai dan mewujudkan tujuan yang tertinggi.

Tujuan yang dianggap tertinggi itu menurut Jimly Asshiddiqie adalah keadilan, ketertiban, dan perwujudan nilai-nilai ideal, seperti kemerdekaan atau kebebasan dan kesejahteraan atau kemakmuran bersama, sebagaimana dirumuskan sebagai tujuan bernegara oleh para pendiri negara (*the founding fathers and mothers*),⁸⁹ misalnya, 4 (empat) tujuan bernegara Indonesia adalah seperti yang termaktub dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disingkat UUD 1945) sebagai Konstitusi Negara Republik Indonesia, yakni dalam alinea IV Pembukaan UUD 1945 sebagai berikut :

“Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, dan Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/ Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan Sosial bagi Seluruh Rakyat Indonesia”.

Keempat tujuan itu menurut UUD 1945 adalah melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia (berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial). Sehubungan dengan itu, maka beberapa sarjana merumuskan

⁸⁷ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar ... Op. Cit.*, hal. 149

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

tujuan konstitusi itu seperti merumuskan tujuan negara, yaitu negara konstitusional, atau negara berkonstitusi. Menurut J. Barents, ada 3 (tiga) tujuan negara, yaitu untuk memelihara ketertiban dan ketenteraman, mempertahankan kekuasaan, dan mengurus hal-hal yang berkenaan dengan kepentingan-kepentingan umum,⁹⁰ sedangkan Maurice Hauriou menyatakan bahwa tujuan konstitusi adalah untuk menjaga keseimbangan antara ketertiban (*orde*), kekuasaan (*gezag*), dan kebebasan (*vrijheid*).⁹¹

Kebebasan individu warga negara harus dijamin, tetapi kekuasaan negara juga harus berdiri tegak, sehingga tercipta tertib bermasyarakat dan bernegara. Ketertiban itu sendiri terwujud apabila dipertahankan oleh kekuasaan yang efektif dan kebebasan warga negara tetap tidak terganggu. Sementara itu, G.S. Diponolo merumuskan tujuan konstitusi ke dalam lima kategori, yaitu kekuasaan, perdamaian, keamanan, dan ketertiban, kemerdekaan, keadilan, serta kesejahteraan dan kebahagiaan.⁹²

Menyimak rumusan alinea keempat Pembukaan UUD 1945 tersebut merupakan arah dan tujuan pembangunan nasional Indonesia dalam mengisi kemerdekaan sebagai hak segala bangsa, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat sebagai atribut negara yang membedakan negara dari persekutuan-persekutuan lainnya.⁹³

Hakikat negara melekat pada kedaulatan, tanpa kedaulatan tidak ada negara,⁹⁴ oleh karenanya pemerintah sebagai pimpinan organisasi dibentuk dan ditentukan oleh yang berdaulat, yaitu rakyat seluruhnya melalui kemauan umumnya (*volunte generale*)⁹⁵ dan kedaulatan itu merupakan suatu kekuasaan tertinggi yang dijalankan oleh negara atas nama pemegangnya,⁹⁶ yaitu rakyat sebagaimana dirumuskan dalam UUD 1945, bahwa kedaulatan ada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar,⁹⁷ dan Negara Indonesia adalah negara hukum⁹⁸ sebagai bingkainya.

⁹⁰ J. Barents, “De Wetenschap de Politiek, Een Terreinverkenning”, terjemahan L.M. Sitorus, *Ilmu Politika : Suatu Perkenalan Lapangan* (Jakarta: Pembangunan, 1958), hal. 38

⁹¹ Maurice Hauriou dalam Abu Daud Busro, *Ilmu Negara* (Jakarta: Bumi Aksara, 1990), hal. 99

⁹² G.S. Diponolo, *Ilmu Negara, Jilid I* (Jakarta: Balai Pustaka, 1951), hal. 23

⁹³ A. Mukti Fajar, *Op. Cit.*, hal. 13

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*, hal. 18

⁹⁶ Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988), hal. 74

⁹⁷ Pasal 1 ayat (2) UUD 1945

⁹⁸ Pasal 1 ayat (3) UUD 1945

Negara memiliki tujuan tertinggi yang pada umumnya dirumuskan dalam konstitusi,⁹⁹ yakni untuk menjamin dan melindungi hak-hak rakyat yang terpusat pada penciptaan kesejahteraan umum bagi warga negara sebagai hukum tertinggi (*solus populu suprema lex*).¹⁰⁰ Penciptaan kesejahteraan bagi warga negara dimandatkan kepada negara sebagai bahtera yang mengangkut penumpangnya (seluruh lapisan rakyat) ke pelabuhan kesejahteraan (masyarakat aman, adil, dan makmur rohaniyah dan jasmaniah).¹⁰¹

Negara sebagai organisasi berdaulat tergambar dalam konstitusi yang secara substansial realita kekuasaanya dipegangan oleh penguasa yang legitimet sehubungan dengan tugas-tugas dan fungsi semua aparat dalam menjalankan pemerintahan yang baik (*good governance*) guna mewujudkan cita-cita, tujuan, dan tanggung jawab negara tersebut. Dengan demikian, negara adalah entitas, sarana, bahtera, dan lembaga sosial yang diadakan manusia untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhannya yang vital dan tidak diperuntukan memenuhi kebutuhan khusus dari segolongan orang tertentu, tetapi untuk memenuhi keperluan-keperluan dari seluruh rakyat negara¹⁰² dan itu yang dapat diselami dari hakikat negara yang sebenarnya.

Disusunnya suatu pemerintahan Indonesia dengan segala atributnya yang dapat bertindak sebagai subjek hukum publik, aktor, institusi paling absah, dan memiliki legitimasi publik dengan fungsinya dapat menyelenggarakan kesejahteraan sosial yang membahagiakan rakyat dalam memenuhi (*to fulfill*), melindungi (*to protect*), menghargai (*to respect*) hak-hak dasar, ekonomi, dan budaya warganya.¹⁰³

Indonesia sebagai negara hukum, apabila dicermati dan ditelusuri dari substansi Pembukaan maupun pasal-pasal dalam UUD 1945, bahwa model negara yang dianut Indonesia adalah negara hukum dalam arti materiil atau diistilahkan dengan negara kesejahteraan (*welfare state*) atau negara kemakmuran¹⁰⁴ atau negara hukum pengurus (*verzorgingstaat*)¹⁰⁵ atau dengan meminjam istilah Giddens sebagai negara investasi sosial (*social investment state*)¹⁰⁶ yang tercipta atas berkat rahmat serta ridha Allah Yang Maha

⁹⁹ Jimly Asshiddiqie dalam kata pengantar buku Ahmad Sukardja, *Op. Cit.*, hal. v

¹⁰⁰ A. Mukti Fajar, *Op. Cit.*, hal. 26

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Edi Suharto, *Membangun Masyarakat Memberdayakan Rakyat* (Bandung: Refika Aditama, 2010), hal. 157

¹⁰⁴ Wiratni Ahmadi, *Op. Cit.*, hal. 2

¹⁰⁵ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan (Dasar-dasar dan Pembentukannya)* (Yogyakarta: Kanisius, 1998), hal. 1

¹⁰⁶ Anthony Giddens dalam Dawam Rahardjo, *Evaluasi dan Dampak Amandemen UUD 1945* (Yogyakarta: UNISIA, 2003), hal. 243

Kuasa (*baldatun thayibatun warabun ghaffur*) dan dengan didorong oleh keinginan luhur bangsa supaya berkehidupan, kebangsaan yang bebas,¹⁰⁷ merdeka berdasarkan suatu ketertiban menuju kesejahteraan¹⁰⁸ sebagai tujuan nasional.

Atas dasar tersebut, mamahami negara hukum Indonesia bukan hanya dari sisi historis dan kontrak sosial saja, tetapi juga atas dasar fungsi manusia sebagai khalifah Allah SWT di bumi yang mengemban amanah-Nya.¹⁰⁹ Oleh karena itu, peran pemerintah dalam rangka mewujudkan kesejahteraan warga negara secara umum harus selalu memperhatikan dan melaksanakan *amar ma'ruf* dan *nahi munkar*.¹¹⁰

Model negara hukum kesejahteraan yang dirumuskan dalam UUD 1945 memuat instruksi kepada negara untuk menyelenggarakan kesejahteraan sosial dengan hukum sebagai sarannya dalam meraih kesejahteraan¹¹¹ masyarakat luas sebagai hukum tertinggi (*solus publica supreme lex*)¹¹² yang secara universal dapat menjamah kebahagiaan bagi manusia untuk mencukupi apa adanya untuk dirinya (*to be happy means to be sufficient for one's self*).¹¹³

Untuk mewujudkan tujuan negara hukum dalam arti materiil tersebut, menimbulkan konsekuensi berkaitan dengan penataan berbagai hal demi terciptanya kebaikan bersama. Menurut Thomas Aquinas, penataan tersebut menjadi tugas semua orang, namun tugas tersebut dapat berubah menjadi tanggung jawab sekelompok orang, yakni pemerintah.¹¹⁴ Oleh karena itu, negara harus dipimpin oleh orang yang memiliki kepedulian kepada semua orang¹¹⁵ atau dengan kata lain pemerintahan harus mengutamakan kepentingan seluruh rakyat, sehingga negara ikut turut serta secara aktif dalam pergaulan sosial.

Untuk itu, negara harus diperkuat bukan dilemahkan dalam penyelenggaraan kesejahteraan sosial sebagaimana amanat konstitusional dengan bertumpu pada kata “segenap bangsa” sebagai asas persatuan seluruh bangsa Indonesia, di samping kata “melindungi” yang mengandung makna asas perlindungan (hukum) bagi segenap bangsa

¹⁰⁷ Lihat Alinea Ketiga Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

¹⁰⁸ Moh. Busyro Muqoddas, et. al. (ed.), *Op. Cit.*, hal. 43. Lihat Abu Daud Busroh & Abubakar Busro, *Op. Cit.*, hal. 109-110

¹⁰⁹ Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum : Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi-segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini* (Jakarta: Prenada Media, 2004), hal. 17

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Padmo Wahjono, *Indonesia Negara Berdasarkan atas Hukum* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1986), hal. 160

¹¹² Ujang Charda S., “Pendidikan Tinggi Hukum Mencetak Sarjana Hukum *Homo Juridicus* dan *Homo Ethicus*”, *Jurnal Wawasan Hukum Edisi Khusus* (Bandung: STHB, September 2006), hal. 75

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Thomas Aquinas dalam Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum* (Yogyakarta: Kanisius, 2009), hal. 52-53

¹¹⁵ *Ibid.*

Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, tanpa kecuali.¹¹⁶ Legitimasi penyelenggaraan kesejahteraan sosial di Indonesia, tidak lepas dari turut campur negara dan tanggung jawab negara dalam upaya mewujudkan perlindungan hukum¹¹⁷ terhadap warga negaranya sebagai konsekuensi pengklaiman Indonesia sebagai negara hukum.¹¹⁸

Seiring dengan perkembangan kenegaraan dan pemerintahan, ajaran negara hukum yang kini dianut oleh negara-negara di dunia khususnya setelah perang dunia adalah negara kesejahteraan (*welfare state*). Konsep negara ini muncul sebagai reaksi atas kegagalan konsep *legal state* atau negara penjaga malam. Dalam konsep *legal state* terdapat prinsip *staats onthouding* atau pembatasan peran negara dan pemerintah dalam bidang politik yang melahirkan dalil *the least goverment is the goverment* dan terdapat prinsip *laissez faire* atau *laissez aller* dalam bidang ekonomi yang melarang negara dan pemerintah mencampuri kehidupan ekonomi masyarakat (*staatbenoeienis*). Akibat pembatasan ini pemerintah atau administrasi negara menjadi pasif dan oleh karenanya sering disebut negara penjaga malam (*nachwakerstaat*). Adanya pembatasan negara, gagasan yang menempatkan pemerintah sebagai pihak yang bertanggung jawab atas kesejahteraan rakyatnya, yaitu *welfare*.¹¹⁹

Pengertian negara kesejahteraan di sini adalah negara ikut campur tangan seluas-luasnya terhadap kesejahteraan rakyat, karena tujuan negara bukan sekedar memelihara ketertiban hukum, melainkan juga aktif mengupayakan kesejahteraan warganya secara luas, sehingga selayaknya tujuan negara itu disebut secara plural (tujuan-tujuan negara) dengan dasar pemerintahan adalah mengatur dan mengurus untuk mencapai kesejahteraan (*welfare*).¹²⁰

Saat ini banyak negara menganut tujuan ideal negara berupa negara kesejahteraan (*welfare state*),¹²¹ yang ide dasarnya beranjak dari abad ke 18 ketika Jeremy Bentham (1748-1832) mempromosikan gagasannya, bahwa pemerintah memiliki tanggung jawab untuk

¹¹⁶ Az. Nasution, *Hukum Perlindungan Konsumen (Suatu Pengantar)* (Jakarta: Diadit Media, 2002), hal. 31

¹¹⁷ M. Arief Amarullah, *Politik Hukum Pidana dalam Perlindungan Korban Kejahatan Ekonomi di Bidang Perbankan* (Malang: Banyumedia, 2007), hal. 2

¹¹⁸ Ujang Charda S., "Reaktulisasi Supremasi Hukum dalam Merekonstruksi Lembaga Peradilan Menuju Indonesia Baru", *Jurnal Jurista Insentif* 06, Vol. 1 No. 1 (Bandung: Kopertis Wilayah IV Jabar – Banten, 2006), hal. 48-49

¹¹⁹ Ridwan H.R., *Hukum Administrasi Negara* (Yogyakarta: UII Press, 2002), hal. 12

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Toto Tohir Suriaatmadja, *Hukum Keagenan dalam Berbagai Sistem Hukum (Suatu Kajian Awal)* (Bandung: Insan Mandiri, 2011), hal. 68

menjamin¹²² masyarakat dalam mendapatkan kebahagiaan yang sebesar-besarnya (*the greatest good of the greatest number*)¹²³ dan mengurangi ketidakbahagiaan.¹²⁴

Bentham menggunakan istilah *utility* (kegunaan) untuk menjelaskan konsep kebahagiaan atau kesejahteraan¹²⁵ dengan prinsip utilitarianisme, bahwa sesuatu yang menimbulkan kebahagiaan adalah sesuatu yang baik, sebaliknya sesuatu yang menimbulkan sakit adalah buruk.¹²⁶ Oleh karena itu, aksi-aksi pemerintah harus selalu diarahkan untuk menimbulkan kebahagiaan sebanyak mungkin orang.¹²⁷

Menurut Bentham, pembentuk hukum harus membentuk hukum yang adil bagi segenap warga masyarakat secara individual,¹²⁸ namun konsep Bentham ini berat sebelah, sehingga Rudolph Von Jhering yang dikenal dengan ajaran *social utilitarianisme* mengemukakan sebagai berikut :¹²⁹

”Hukum merupakan suatu alat bagi masyarakat untuk mencapai tujuan dan hukum merupakan sarana untuk mengendalikan individu-individu agar tujuannya sesuai dengan tujuan masyarakat atau dengan kata lain dijadikan tujuan pribadi menjadi bagian dari tujuan sosial,¹³⁰ sehingga hukum merupakan suatu alat yang dapat dipergunakan untuk melaksanakan perubahan-perubahan sosial,¹³¹ maka isi hukum adalah ketentuan tentang pengaturan penciptaan kesejahteraan negara”.¹³²

Sementara itu, menurut Mochtar Kusumaatmadja, bahwa tujuan hukum tersebut pada akhirnya diarahkan untuk memberikan perlindungan kepada kepentingan manusia, yaitu kepentingan dalam melangsungkan dan memenuhi kebutuhan hidup yang layak tanpa diskriminasi.¹³³ Oleh karenanya, melalui hukum ini hendak diwujudkan berlakunya tujuan

¹²² Edi Suharto, *Op. Cit.*, hal. 58

¹²³ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)* (Yogyakarta: Liberty, 1996), hal. 67

¹²⁴ R.H. Otje Salman, *Filsafat Hukum (Perkembangan & Dinamika Masalah)* (Bandung: Refika Aditama, 2009), hal. 60-61

¹²⁵ Badariah Sahamid, *Jurisprudens dan Teori Undang-Undang dalam Konteks Malaysia* (Selangor – Malaysia: Sweet&Maxwell Asia, 2005), hal. 45

¹²⁶ Michael Doherty (ed.), *Jurisprudence : The Philosophy of Law* (London: Old Bailey Press, 2001), hal. 50

¹²⁷ Hari Chan, *Modern Jurisprudence* (Kualalumpur: ILBS, 2005), hal. 68

¹²⁸ H.R. Otje Salman, *Filsafat Op. Cit.*, hal. 72

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Darji Darmodihardjo & Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum : Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia* (Jakarta: Gramedia, 2008), hal. 122

¹³¹ H.R. Otje Salman, *Filsafat Loc. Cit.*, hal. 61

¹³² *Ibid.*, hal. 44

¹³³ Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional* (Bandung: Binacipta, Tanpa Tahun), hal. 3

hukum menjadi kenyataan¹³⁴ dengan hukum sebagai sarannya untuk merekayasa umat manusia menuju tujuan yang baik dan benar dalam ridho Allah SWT,¹³⁵ sebagaimana dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja sebagai berikut :¹³⁶

”Hukum merupakan sarana pembangunan (*a tool of development*), yakni hukum dalam arti kaidah atau peraturan hukum yang difungsikan sebagai alat (pengatur) atau sarana yang mengatur pembangunan dalam penyalur arah kegiatan manusia ke arah yang dikehendaki oleh pembangunan. Dengan demikian, dalam suasana pembangunan tersebut, hukum berfungsi bukan hanya sekedar *as a tool of social control* dalam arti sebagai alat yang hanya berfungsi untuk mempertahankan stabilitas,¹³⁷ tetapi juga sebagai alat pembaharuan masyarakat (*as a tool of social engineering*)”.¹³⁸

Apabila hal tersebut dilihat dari sudut sejarah hukum, fungsi hukum bagi bangsa Indonesia adalah sebagai sarana untuk mensejahteraan rakyat¹³⁹ yang ditandai dengan berkembangnya hukum yang melindungi pihak yang lemah.¹⁴⁰ Pada periode ini negara mulai memperhatikan perlindungan konsumen dan perlindungan tenaga kerja dalam menyelenggarakan kemakmuran warganya untuk kepentingan seluruh rakyat dan negara,¹⁴¹ sehingga fungsi negara dan pemerintah makin luas,¹⁴² baik di bidang politik, ekonomi, sosial dan kultural.¹⁴³ Hal ini tentu saja makin luas pula peranan Hukum Administrasi Negara untuk menciptakan negara kesejahteraan, sehingga akhirnya menjadi negara hukum sosial (*social service state*), sebab negara dibebani tugas servis publik.¹⁴⁴

¹³⁴ Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum, Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional* (Bandung: Binacipta, 1976), hal. 15

¹³⁵ Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam* (Tasikmalaya: Lathifah Press bekerjasama dengan Fakultas Syari’ah IAILM Suryalaya, 2004), hal. 75

¹³⁶ Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi ... Loc. Cit.*, hal. 3

¹³⁷ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan* (Bandung: Alumni, 2002), hal. 88

¹³⁸ Roscoe Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, terjemahan Mohamad Radjab (Jakarta: Bharatara, 1954), hal. 47

¹³⁹ Budiono Kusumohamidjojo, *Ketertiban yang Adil : Problematika Filsafat Hukum* (Jakarta: Grasindo, 1999), hal. 133

¹⁴⁰ Erman Radjagukguk, “Hukum Ekonomi Indonesia: Menjaga Persatuan Bangsa, Memulihkan Ekonomi, dan Memperluas Kesejahteraan Sosial”, *Jurnal Hukum Bisnis, Volume 22 No. 5* (Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, 2003), hal. 25

¹⁴¹ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia* (Surabaya: Bina Ilmu, 1987), hal. 65

¹⁴² Setiap negara tidak terlepas dari ideologinya menyelenggarakan beberapa minimum fungsi yang mutlak perlu, yaitu: 1. Melaksanakan ketertiban (*law and order*); 2. Menghendaki kesejahteraan dan kemakmuran daripada rakyatnya; 3. Pertahanan; 4. Menegakkan keadilan. Lihat Moh. Kusnardi & Bintan R. Saragih, *Ilmu Negara* (Jakarta: Gaya Media Pratama), 2008, hal. 224-233

¹⁴³ A. Mukhtie Fadjar, *Op. Cit.*, hal. 28

¹⁴⁴ Ni’matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi & Judicial Review* (Yogyakarta: UII Press, 2005), hal. 8

Konsekuensi lain, Indonesia sebagai negara hukum, berarti segala tindakan negara/pemerintah didasarkan pada hukum, baik dalam merencanakan dan mengarahkan program pembangunan nasional. Hal ini menurut Philipus M. Hadjon, bahwa tindakan pemerintahan sebagai titik sentral dapat dikaitkan dengan perlindungan hukum bagi rakyat yang dibedakan menjadi 2 (dua) macam perlindungan hukum, yaitu preventif dan represif. Perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, sebaliknya perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa¹⁴⁵ atas sikap tindak pemerintah maupun warga negara lain.

C. Kesimpulan

Negara merupakan suatu organisasi kekuasaan yang terdiri dari unsur rakyat (penduduk), wilayah dan pemerintah yang menyelenggarakan dan melaksanakan tugas-tugas demi terwujudnya tujuan negara. Dalam suatu negara demokratis, pemerintah yang baik adalah pemerintah yang menjamin sepenuhnya kepentingan warga negara serta hak-hak dasar warga negara yang dituangkan dalam suatu aturan yang umumnya disebut konstitusi (hukum dasar atau undang-undang dasar) yang memiliki arti penting bagi warga negara Indonesia dalam mewujudkan kesejahteraan sosial guna memandu terwujudnya cita-cita dan tujuan negara secara normatif dan konstitutif. Cita hukum itu bersifat normatif, karena berfungsi sebagai pangkal dan prasyarat ideal yang mendasari setiap hukum positif, dan bersifat konstitutif karena mengarahkan hukum pada tujuan yang hendak dicapai oleh negara.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Agusmidah. *Hukum Ketenagakerjaan Indonesia: Dinamika & Kajian Teori*. Bogor: Ghalia Indonesia, 2010
- Ahmadi, Wiratni. *Perlindungan Hukum bagi Wajib Pajak dalam Penyelesaian Sengketa Pajak*. Bandung: Refika Aditama, 2006
- Amarullah, M. Arief. *Politik Hukum Pidana dalam Perlindungan Korban Kejahatan Ekonomi di Bidang Perbankan*. Malang: Banyumedia, 2007
- Asshiddiqie, Jimly. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. Jakarta: Konpres, 2005
- _____. *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara : Jilid I*. Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2006

¹⁴⁵ Philipus M. Hadjon, *Op. Cit.*, hal. 2

_____. *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2015

Atmosudirdjo, Prajudi. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988

Azhary, Muhammadiyah Tahir. *Negara Hukum : Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi-segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*. Jakarta: Prenada Media, 2004

Barents, J. “De Wetenschap de Politiek, Een Terreinverkenning”. terjemahan L.M. Sitorus, *Ilmu Politika : Suatu Perkenalan Lapangan*. Jakarta: Pembangunan, 1958

Basah, Sjachran. *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*. Bandung: Alumni, 1985

Bethan, Syamsuharya. *Penerapan Prinsip Hukum Pelestarian Fungsi Lingkungan Hidup dalam Aktivitas Industri Nasional*. Bandung: Alumni, 2008

Budiardjo, Miriam. *Dasar-dasar Ilmu Politik*. Jakarta: Gramedia, 1988

Busro, Abu Daud. *Ilmu Negara*. Jakarta: Bumi Aksara, 1990

Chan, Hari. *Modern Jurisprudence*. Kualalumpur: ILBS, 2005

Darmodihardjo, Darji & Shidarta. *Pokok-pokok Filsafat Hukum : Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. Jakarta: Gramedia, 2008

Diponolo, G.S. *Ilmu Negara. Jilid I*. Jakarta: Balai Pustaka, 1951

Doherty, Michael (ed.). *Jurisprudence : The Philosophy of Law*. London: Old Bailey Press, 2001

Edi Swasono, Sri. *Daulat Rakyat versus Daulat Pasar*. Yogyakarta: Pustep UGM, 2005

Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary (Seventh Edition)*. Minn: West Group St. Paul, 1990

Puspitasari, Sri Hastuti, (ed.). *Bunga Rampai Pemikiran Hukum di Indonesia*. Yogyakarta: FH-UII, 2009

Fadjar, A. Mukhtie. *Tipe Negara Hukum*. Malang: Banyumedia, 2005

H.R., Ridwan. *Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: UII Press, 2002

Hadjon, Philipus M. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*. Surabaya: Bina Ilmu, 1987

- Hakim, Lukmanul. *Kedudukan Hukum Komisi Negara di Indonesia; Eksistensi Komisi-komisi Negara (State Auxiliary Agency) sebagai Organ Negara yang Mandiri dalam Sistem Ketatanegaraan*. Malang: Program Pascasarjana Universitas Brawijaya bekerja sama dengan Penerbit Intrans, 2010
- Huda, Ni'matul. *Negara Hukum, Demokrasi & Judicial Review*. Yogyakarta: UII Press, 2005
- Indrati, Maria Farida. *Ilmu Perundang-undangan (Dasar-dasar dan Pembentukannya)*. Yogyakarta: Kanisius, 1998
- Isjwara, F. *Pengantar Ilmu Politik*. Bandung: Binacipta, 1997
- Kaelan. *Pendidikan Pancasila*. Yogyakarta : Paradigma, 2004
- Kusnardi, Moh. & Bintang R. Saragih. *Ilmu Negara*. Jakarta: Gaya Media Pratama, 2008
- Kusumaatmadja, Mochtar. *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*. Bandung: Binacipta, Tanpa Tahun
- _____. *Hukum, Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional*. Bandung: Binacipta, 1976
- _____. *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan*. Bandung: Alumni, 2002
- Kusumohamidjojo, Budiono. *Ketertiban yang Adil : Problematika Filsafat Hukum*. Jakarta: Grasindo, 1999
- Mahfud MD., Moh. *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*. Jakarta: LP3ES, 2006.
- Matosoewignjo, Sri Soemantri. *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*. Bandung: Alumni, 1987
- Mertokusumo, Sudikno. *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*. Yogyakarta: Liberty, 1996
- Muqoddas, Moh., Busyro et.al. (ed.), *Politik Pembangunan Hukum Nasional*. Yogyakarta. UII Press, 1992
- Nasution, Az. *Hukum Perlindungan Konsumen (Suatu Pengantar)*. Jakarta: Diadit Media, 2002
- Nugraha, Safri. *Privatisation of State Enterprises in the 20th Century a Step Forwards or Backwards*. Jakarta: FH UI, 2004
- Pamungkas, Sri Bintang. *Pokok-pokok Pikiran tentang Demokrasi Ekonomi dan Pembangunan*. Jakarta: Yayasan Daulat Rakyat, 1996
- Pound, Roscoe. *Pengantar Filsafat Hukum*, terjemahan Mohamad Radjab. Jakarta: Bharatara, 1954

Ujang Charda S. : Makna Negara Dan Konstitusi Dalam Mewujudkan Kesejahteraan...

Praja, Juhaya S. *Filsafat Hukum Islam*. Tasikmalaya: Lathifah Press bekerjasama dengan Fakultas Syari'ah IAILM Suryalaya, 2004

Prodjodikoro, Wirjono. *Asas-asas Ilmu Negara dan Politik*. Bandung: Eresco, 1981.

Rahardjo, Dawam. *Evaluasi dan Dampak Amandemen UUD 1945*. (Yogyakarta: UNISIA, 2003

Sahamid, Badariah. *Jurisprudens dan Teori Undang-Undang dalam Konteks*. Selangor – Malaysia: Sweet & Maxwell Asia, 2005

Salman, R.H. Otje dan Anthon F. Susanto. *Teori Hukum (Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali)*. Bandung: Refika Aditama, 2004

_____. *Filsafat Hukum (Perkembangan & Dinamika Masalah)*. Bandung: Refika Aditama, 2009

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

Suhadi, Gunarto. *Peranan Hukum dalam Pembangunan Ekonomi*. Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2002

Suharto, Edi. *Kebijakan Sosial sebagai Kebijakan Publik*. Bandung: Alfabeta, 2008

_____. *Membangun Masyarakat Memberdayakan Rakyat*. Bandung: Refika Aditama, 2010

Sukardja, Ahmad. *Hukum Tata Negara & Hukum Administrasi Negara dalam Perspektif Fikih Siyasah*. Jakarta: Sinar Grafika, 2012

Sukarna. *Pengantar Ilmu Politik*, Bandung: Mandar Maju, 1994

Suriaatmadja, Toto Tohir. *Hukum Keagenan dalam Berbagai Sistem Hukum (Suatu Kajian Awal)*, Bandung: Insan Mandiri, 2011

Triwibowo, Darmawan. *Mimpi Negara Kesejahteraan*. Jakarta: LP3ES, 2006

Ujan, Andre Ata. *Filsafat Hukum*. Yogyakarta: Kanisius, 2009

Wahjono, Padmo. *Indonesia Negara Berdasarkan atas Hukum*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1986

Jurnal Ilmiah

Jauhari. "Kajian Teori *Welfare State* dalam Perspektif Barat dan Islam". *Jurnal Hukum Vol. XVI, No. 1*. Yogyakarta: Fakultas Hukum UNISILA, Maret 2006

Charda S., Ujang. “Pendidikan Tinggi Hukum Mencetak Sarjana Hukum *Homo Juridicus* dan *Homo Ethicus*”. *Jurnal Wawasan Hukum Edisi Khusus*. Bandung: STHB, September 2006

_____. “Reaktulisasi Supremasi Hukum dalam Merekonstruksi Lembaga Peradilan Menuju Indonesia Baru”. *Jurnal Jurista Insentif’06, Vol. 1 No. 1*. Bandung: Kopertis Wilayah IV Jabar – Banten, 2006

_____. “Negara sebagai Instrumen Mewujudkan Kesejahteraan Sosial”. *Jurnal Law Enforcement, Vol. 5 No. 2*. Subang: Fakultas Hukum UNSUB, 2014

Radjagukguk, Erman. “Hukum Ekonomi Indonesia: Menjaga Persatuan Bangsa, Memulihkan Ekonomi, dan Memperluas Kesejahteraan Sosial”. *Jurnal Hukum Bisnis, Volume 22 No. 5*. Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, 2003

Makalah

Rosadi, Oton. “Negara dan Konstitusi dalam Perspektif Ketatanegaraan dan Posisi Ilmu Hukum Tata Negara”. *Makalah*. Disampaikan pada Kuliah Umum. Cirebon: Fakultas Hukum UMC, 2016

Hasil Penelitian

Charda S., Ujang. “Perlindungan Hukum Terhadap Tenaga Kerja Anak dari Bentuk-bentuk Pekerjaan Terburuk”. *Disertasi*. Bandung: Program Pascasarjana Unisba, 2015

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)



Law Review

Volume XVI, No. 2 – Maret 2017

Penafsiran Mahkamah Agung Terhadap Indirect Evidence Dalam Menyelesaikan Perkara Kartel: Studi Kasus Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012
(Alfeus Jebabun)

**Penentuan Besaran Suku Bunga Bank Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha
Dikaitkan Dengan Adanya Dugaan Kartel**
(Djoko Widodo)

Tinjauan Yuridis Atas Keterlambatan Pemberitahuan Pengambilalihan Saham Secara Tertulis (Studi Kasus Putusan Nomor 03/KPPU-M/2014)
(Harris Sofyan Hardwin)

**Analisis Sanksi Pidana Pada Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan
Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**
(Pandu Prabowo)

Peran Komisi Pengawas Persaingan Usaha Dalam Melakukan Penemuan Hukum dalam Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia
(Teukoe Harmanshah S. B. Ali)

**Implikasi Yuridis Kewenangan Terbatas Badan Supervisi Bank Indonesia Sebagai
Organ Pengawasan Fungsi Bank Indonesia Berdasarkan Undang-Undang No. 6 Tahun
2009 Tentang Bank Indonesia**
(Reka Dewantara)

From the Comparison of the ASEAN and European Economic Communities and the Role of Lex Mercatoria, What Factors Appear To Be Necessary To Establish Successful Single Market In ASEAN?
(Reggiannie Christy Natalia)

Problematika Normatif Syarat Subjektif Penahanan Dalam Penyidikan (Fahmi Arif)



Law Review

Volume XVI, No. 3 – November 2017

**Eksekusi Atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Sebagai Penyelesaian Kredit Macet Di
Lembaga Perbankan (Studi Kasus Di Bpr Puridana Arthamas Dan Bpr Armindo
Kencana)**
(Adi Widjaja, A. Rachmad Budiono, Bambang Winarno)

Perlindungan Hukum Bagi Pembeli Satuan Rumah Susun Terkait Hak Kepemilikan (Athalia Saputra)

Makna Negara Dan Konstitusi Dalam Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Bagi Warga Negara Indonesia
(Ujang Charda S.)

**Hak Menguasai Negara Dalam Pemurnian Mineral Logam
Kajian PP No. 1 Tahun 2017 Terhadap UU No. 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan
Mineral Dan Batubara
(Tuti Widyaningrum)**

Aspek Hukum Perminyakan Dan Bioremediasi Dalam Rangka Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Atas Hak Mendapatkan Lingkungan Hidup Yang Baik Dan Sehat
(Bagus Oktafian Abrianto dan Franky Butar Butar)

Akibat Hukum Pengakhiran Bilateral Investment Treaty (BIT) Oleh Indonesia
(Gwendolyn Ingrid Utama dan Andhitta Audria Putri)

Perindungan Hukum Pencipta Mode Sebagai Ekonomi Kreatif Dalam Masyarakat
Ekonomi Asean
(Dwi Tatak Subagiyo)

**Perlindungan Hak Dan Hukum Bagi Korban Perkosaan Yang Melakukan Aborsi
Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia
(Rizky Karo Karo)**



Law Review

Law Review Edisi selanjutnya.

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)



**HAK MENGUASAI NEGARA DALAM PEMURNIAN MINERAL LOGAM
KAJIAN PP NO. 1 TAHUN 2017 TERHADAP UU NO. 4 TAHUN 2009 TENTANG
PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA**

Tuti Widyaningrum

Dosen Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta
tuti.widyaningrum@gmail.com

Abstract

The regulation of mineral and coal mining activities that often change has led to inconsistencies that tend to be unconstitutional. When content about the implementation of mining business activities according to Law No.4 of 2017 should be governed directly by the Presidential Regulation but in fact it is delegated to the ministers regulations that are not appropriate to handle it. Provisions allowing exports within certain limits constitute breaches of compulsory norms for domestic processing and refining as mandated in Articles 102 and 103 of the Minerba Law. That is, the Minerba Act confirms the mandatory norm but EMR Regulation No.6 of 2017 is set only for certain conditions and can be exported. Confusion of arrangement and suitability of type, hierarchy and content material in PP No.1 Year 2017 with Law No.4 Year 2009 has caused polemic which must be solved by constitutionally.

Keywords: *Mineral and coal mining, The Right to Rule, Constitution*

Abstrak

Tata kelola pemerintah dalam mengatur kegiatan pertambangan mineral dan batubara yang sering berganti aturan telah menimbulkan inkonsistensi yang cenderung inkonstitusional. Pada saat materi muatan tentang pelaksanaan kegiatan usaha pertambangan menurut UU No.4 Tahun 2017 seharusnya diatur langsung oleh Peraturan Presiden namun pada kenyataannya justru didelegasikan kepada peraturan menteri yang tidak sesuai secara prosedurnya mengatur. Ketentuan yang memperbolehkan ekspor dengan batasan tertentu merupakan pelanggaran norma wajib dalam melakukan pengolahan dan pemurnian di dalam negeri sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 102 dan 103 UU Minerba. Artinya, UU Minerba menegaskan norma wajib tetapi Permen ESDM No.6 Tahun 2017 mengatur hanya untuk kondisi tertentu saja dan dapat diekspor. Kerancuan pengaturan dan kesesuaian jenis, hierarki dan materi muatan dalam PP No.1 Tahun 2017 dengan UU No.4 Tahun 2009 telah menimbulkan polemik yang harus segera dipecahkan secara konstitusional.

Kata Kunci: *Mineral dan Batubara, Hak Menguasai Negara, Konstitusi*

A. Pendahuluan

Pertambangan Mineral dan Batubara merupakan sektor penting dan strategis yang mampu memberikan manfaat bagi hajat hidup orang banyak. Sebagai suatu komponen produksi yang vital, sektor pertambangan masuk dalam cakupan Pasal 33 UUD 1945 yang menekankan bahwa seluruh kekayaan alam yang terkandung dalam bumi Indonesia

diupayakan untuk kesejahteraan rakyat. Sejak industri pertambangan mineral dan batubara mulai beroperasi di Indonesia, keuntungan ekonomis yang tinggi dari sektor ini menjadi magnet penarik investor baik swasta asing maupun nasional untuk mengembangkannya.

Namun diluar keuntungan dan manfaat yang didapat dari hasil pertambangan mineral dan batubara tersebut, banyak pula permasalahan yang timbul seperti persoalan HAM dan lingkungan, ketenagakerjaan, kepemilikan saham, tolak tarik pendapatan pusat dan daerah serta kepentingan alih teknologi dan sediaan komoditas untuk kepentingan dalam negeri. Berdasarkan laporan Direktorat Mineral dan Batubara, sampai dengan tahun 2005 terdapat 13 Perusahaan tambang skala besar yang beroperasi di Indonesia. Perusahaan itu bersifat padat modal yang hanya menyerap sedikit tenaga kerja sebagai operator untuk mengangkut material yang diolah menjadi konsentrat. Konsentrat itu diperoleh dengan cara memisahkan material bernilai ekonomis dari yang tidak bernilai ekonomis.¹⁴⁶ Pengolahan konsentrat mineral tambang ini menjadi salah satu pokok perhatian pemerintah karena teknologi pengolahannya masih dikuasai modal asing. Kepentingan nasional atas pertambangan mineral dan batubara dalam hal alih teknologi ini yang masih belum selesai selama 50 tahun sejak dimulainya kontrak karya Indonesia dengan Freeport yang menandai pembangunan sektor pertambangan mineral dan batubara di Indonesia. Indonesia hanya mendapatkan sebagian kecil dari hasil pertambangan mineral dan batubara, belum lagi kerusakan ekologi yang parah sangat lama untuk dipulihkan.

Pengaturan sektor pertambangan mineral dan batubara telah beberapa kali dilakukan perubahan peraturan sampai yang terbaru yaitu melalui UU No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Dimulai dari pengaturan mengenai jenis-jenis mineral dan batubara, ijin dan proses produksi, peran pemerintah dan masyarakat serta pelaku bisnis pertambangan, semuanya disusun dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang dilengkapi dengan peraturan operasional dalam bentuk Peraturan Pemerintah (PP) dan peraturan pelaksana dalam bentuk Peraturan Menteri (Permen). Regulasi terbaru mengenai pertambangan mineral dan batubara adalah PP No.1 Tahun 2017 tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 Tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral Dan Batubara. Pada PP tersebut mengatur kembali salah satunya yaitu tentang pelaksanaan peningkatan nilai tambah mineral logam melalui kegiatan pengolahan dan pemurnian mineral logam sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 4

¹⁴⁶ Salamudin Daeng, *Makro Ekonomi Minus: Sebuah Tinjauan Kritis Penanaman Modal di Indonesia* (Jakarta: Institute for Global Justice, 2008), hal.120

Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, yang sebelumnya diatur dalam PP No.77 Tahun 2014 dan kemudian diperbarui lagi dengan PP No.23 Tahun 2010 Tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara.

Pada UU No.4 Tahun 2009 terutama Pasal 102 menentukan bahwa “Pemegang IUP dan IUPK wajib meningkatkan nilai tambah sumber daya mineral dan/atau batubara dalam pelaksanaan penambangan, pengolahan dan pemurnian, serta pemanfaatan mineral dan batubara”. Selanjutnya Pasal 103 UU No.4 Tahun 2009, menentukan lebih lanjut bahwa

- (1) Pemegang IUP dan IUPK Operasi Produksi wajib melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri.
- (2) Pemegang IUP dan IUPK sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat mengolah dan memurnikan hasil penambangan dari pemegang IUP dan IUPK lainnya.
- (3) Ketentuan lebih lanjut mengenai peningkatan nilai tambah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 102 serta pengolahan dan pemurnian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur dengan peraturan pemerintah.

Ketentuan tersebut menjadi salah satu indikator kesungguhan pemerintah dalam mengusahakan peningkatan nilai tambah sumber daya mineral dan/atau batubara dalam pelaksanaan penambangan, pengolahan dan pemurnian serta pemanfaatannya untuk kepentingan nasional.

Namun demikian, kepentingan pertambangan mineral dan batubara nasional yang menuntut diwujudkannya pemberian nilai tambah secara nyata pada pertumbuhan perekonomian nasional, sangat sarat dengan berbagai macam kepentingan politis yang mempengaruhi konsistensi peraturan pelaksana di lapangan dengan UU No.4 Tahun 2009 sebagai payung hukumnya. Pada PP No.1 Tahun 2017 ditentukan mengenai penambahan keuntungan pemerintah atas divestasi saham sebesar 51% untuk perusahaan IUP dan IUPK, selain itu diatur mengenai ketentuan yang mewajibkan penjualan harus sesuai harga patokan, serta diatur pula mengenai pemurnian hasil pengolahan mineral logam. Sekilas PP No.1 Tahun 2017 memberikan keuntungan dan kepastian hukum bagi pemerintah sebagai representasi negara yang mempunyai hak menguasai atas sumber daya alam. Akan tetapi jika dilihat lebih jauh ada inkonsistensi aturan dalam PP tersebut dengan kewajiban pemegang IUP dan IUPK seperti yang tercantum pada Pasal 102 dan 103 UU No.4 Tahun 2009.

Pasal 112C angka 4 PP No.1 Tahun 2017 menentukan bahwa Pemegang IUP Operasi Produksi sebagaimana dimaksud pada angka 2 yang melakukan kegiatan penambangan mineral logam dan telah melakukan kegiatan pengolahan, dapat melakukan penjualan ke luar

negeri dalam jumlah tertentu. Padahal didalam UU No.4 Tahun 2009 ditentukan wajib dilakukan pemurnian terlebih dahulu sebelum di ekspor dan tidak satu pun yang menentukan adanya ketentuan jumlah tertentu yang harus dipenuhi. Dalam Pasal 103 angka 3 UU No.4 Tahun 2009 dijelaskan tentang “ketentuan lebih lanjut mengenai peningkatan nilai tambah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 102 serta pengolahan dan pemurnian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur dengan peraturan pemerintah”. Ketentuan yang sudah jelas tersebut semestinya bisa diwujudkan dalam PP, sebab bagi pelaku usaha pertambangan PP menjadi arah dalam melakukan eksekusi langkah bisnisnya.¹⁴⁷

Demokrasi ekonomi menghendaki pemberdayaan ekonomi, rakyat secara keseluruhan diberi kesempatan yang seluas-luasnya untuk ikut serta menguasai cabang-cabang produksi. Terciptanya suasana ekonomi yang demikian tidak begitu saja diserahkan kepada kekuatan pasar, tetapi memerlukan intervensi negara, baik secara langsung (*direct*) maupun tidak langsung (*indirect*). Secara langsung dengan memfungsikan Badan Usaha Milik Negara (BUMN) dan secara tidak langsung dalam bentuk regulasi yang disertai atau tanpa deregulasi.¹⁴⁸ Dari sisi tata organisasi negara, tata kelola pemerintah dalam mengatur kegiatan pertambangan mineral dan batubara yang sering berganti aturan sesuai rezim telah menimbulkan inkonsistensi yang berujung pada saat ini cenderung inkonstitusional.

Pada saat materi muatan tentang pelaksanaan kegiatan usaha pertambangan menurut UU No.4 Tahun 2017 seharusnya diatur langsung oleh Peraturan Presiden namun pada kenyataannya justru didelegasikan kepada peraturan menteri yang tidak sesuai secara prosedurnya mengatur. Ketentuan yang membolehkan melakukan penjualan ke luar negeri setelah dilakukan pengolahan tentunya memberikan kelonggaran dan keuntungan usaha yang besar bagi pemegang IUP dan IUPK. Akan tetapi pemerintah Indonesia terkait kepentingan demokrasi ekonomi yang bertujuan untuk menyelenggarakan kesejahteraan rakyat tentunya hal tersebut menjadi kontra produktif terhadap hak menguasai negara yang melekat pada Pasal 33 Ayat (3) UUD 1945 dan juga Pasal 2 UU Pokok Agraria.

Ketentuan yang memperbolehkan ekspor dengan batasan tertentu tersebut merupakan pelanggaran norma wajib melakukan pengolahan dan pemurnian di dalam negeri sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 102 dan 103 UU Minerba. Artinya, UU Minerba menegaskan norma wajib tetapi Permen ESDM No.6 Tahun 2017 mengatur hanya untuk kondisi tertentu saja dan dapat diekspor. Kerancuan pengaturan dan kesesuaian jenis, hierarki

¹⁴⁷ Singgih Widagdo, “Relaksasi Ekspor Mineral”, *Harian Kompas*, 12 Januari 2017, hal.7

¹⁴⁸ Abrar Saleng, *Hukum Pertambangan* (Yogyakarta: UII Press, 2004), hal. 34

dan materi muatan dalam PP No.1 Tahun 2017 dengan UU No.4 Tahun 2009 telah menimbulkan polemik yang harus segera dipecahkan secara konstitusional. Kerancuan pengaturan kewajiban pengolahan dan pemurnian mineral di dalam negeri harus dipecahkan karena berkaitan dengan hak menguasai negara atas kepentingan manfaat sumber daya alam yang ada. Pada tataran konsep hak menguasai negara atas pemanfaatan hasil sumber daya alamnya diketahui bahwa peran pemerintah dibutuhkan agar tujuan demokrasi ekonomi untuk sebesar-besarnya kesejahteraan rakyat dapat terpenuhi. Atas dasar latar belakang tersebut penulis tertarik untuk mengambil judul penelitian “Hak Menguasai Negara Dalam Pemurnian Mineral Logam, Kajian PP No.1 Tahun 2017 Terhadap UU No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara”.

Berdasarkan latar belakang yang peneliti kemukakan tersebut di atas, maka terdapat dua rumusan masalah yang akan peneliti teliti lebih lanjut, yaitu:

- a. Apakah Pasal 112C angka 4 PP 1 Tahun 2017 tentang pelaksanaan kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara mencerminkan hak menguasai negara yang mewajibkan pemegang IUP dan IUPK wajib melakukan pemurnian mineral logam seperti diatur dalam Pasal 102 dan Pasal 103 UU No.4 Tahun 2009 tentang pertambangan mineral dan batubara?
- b. Apa upaya hukum yang dapat dilakukan untuk meneguhkan hak menguasai negara atas pengolahan dan pemurnian mineral logam Pasca diberlakukannya PP No.1 Tahun 2017?

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui kajian yuridis Pasal 112C angka 4 PP No.1 Tahun 2017 bertentangan dengan ketentuan UU No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara serta menganalisis akibat hukum atas izin ekspor pemegang IUP Operasi Produksi yang menjual mineral mentah yang belum dilakukan pengolahan dan pemurnian atas dasar Permen No.5 tahun 2017.

Selain tujuan, penelitian ini memiliki kegunaan, yaitu kegunaan teoritis dan praktis. Kegunaan teoretis penelitian ini adalah dapat digunakan sebagai kajian teoritis tentang hak menguasai negara yang terdapat dalam PP No.1 Tahun 2017 terhadap UU No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Kegunaan praktis dari hasil penelitian ini diharapkan mampu memberikan masukan kepada pemerintah agar memperhatikan kemanfaatan yang sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyat yang didapat dari hak menguasai negara pada sektor pertambangan mineral dan batubara sesuai dengan UU No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif, yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan meneliti data sekunder dan mengkaji hukum sebagai kaedah.¹⁴⁹ Data yang digunakan dalam paper ini adalah data sekunder, yang terdiri dari: *pertama* bahan hukum primer yang meliputi Undang-Undang No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, dan UU No 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Peraturan Pemerintah No.1 Tahun 2017 Tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 Tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral Dan Batubara. Selain Undang-undang juga disertakan Peraturan pelaksana lainnya yaitu Peraturan Menteri (Permen) ESDM No.5 Tahun 2017 Tentang Peningkatan Nilai Tambah Mineral melalui Kegiatan Pengolahan dan Pemurnian Mineral di Dalam Negeri dan Permen No.6 Tahun 2017 Tentang Tata Cara dan Persyaratan Pemberian Rekomendasi Pelaksanaan Penjualan Mineral Ke Luar Negeri Hasil Pengolahan dan Pemurnian. *Kedua* bahan hukum sekunder yang meliputi literatur dan sumber internet yang berkaitan dengan judul penelitian ini. Ketiga bahan hukum tersier yang berupa kamus Bahasa Indonesia dan Kamus Bahasa Inggris. Metode pendekatan dilakukan dengan *statute approach* (pendekatan undang-undang) dan *pendekatan konsep* (pendekatan kasus). *Statute approach* dilakukan dengan menelaah regulasi yang berkaitan dengan isu hukum yang dikaji, dilakukan dengan melakukan telaah kasus berkaitan dengan isu hukum yang telah berkekuatan hukum tetap.¹⁵⁰ Analisis dilakukan dengan metode deskriptif kualitatif yaitu penulis berusaha menggambarkan kondisi yang ada melalui data sekunder dengan kalimat-kalimat dan metode penafsiran, kemudian dikaitkan dengan konsep atau teori yang relevan dengan judul penelitian ini.

B. Pembahasan

B. 1. Teori Negara Hukum Kesejahteraan dan Hak Menguasai Negara

Semenjak awal Abad XX, muncul konsepsi baru mengenai Negara Hukum yaitu *welvaart staat* atau *welfare state* (Negara Hukum Kesejahteraan). Dimana menurut konsep *welvaart staat* atau *welfare state*, Negara justru perlu dan bahkan harus melakukan intervensi dalam berbagai masalah sosial dan ekonomi untuk menjamin terciptanya kesejahteraan

¹⁴⁹ Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2011), hal.13

¹⁵⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*. (Jakarta: Kencana, 2006), hal.93-94

bersama dalam masyarakat.¹⁵¹ Dalam konsep *welfare state* ini, negara dituntut untuk memperluas tanggung jawabnya kepada masalah-masalah sosial ekonomi yang dihadapi rakyat banyak, peran personal untuk menguasai hajat hidup rakyat banyak dihilangkan. Perkembangan inilah yang memberikan legislasi bagi negara intervensionis pada abad XX. Negara justru perlu dan bahkan harus melakukan intervensi dalam berbagai masalah sosial ekonomi untuk menjamin terciptanya kesejahteraan bersama dalam masyarakat.¹⁵²

Menurut Oloan Sitorus, kewenangan Negara dalam bidang pertanahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (2) UU Pokok Agraria dimana merupakan pelimpahan tugas bangsa untuk mengatur penguasaan dan memimpin penggunaan tanah bersama yang merupakan kekayaan nasional. Pada prinsipnya, hak menguasai dari negara adalah pelimpahan kewenangan publik konsekwensinya, kewenangan tersebut hanya bersifat publik semata.¹⁵³ Menurut Muhammad Bakri yang menjelaskan pengertian “dikuasai negara”, dimana haruslah diartikan mencakup makna penguasaan negara dalam arti luas yang bersumber dan diturunkan dari konsepsi kedaulatan rakyat Indonesia atas segala sumber kekayaan bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya, termasuk pula didalamnya pengertian kepemilikan publik oleh kolektifitas rakyat atas sumber-sumber kekayaan yang dimaksud. Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh Undang-undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 memberikan mandat kepada negara untuk melakukan fungsinya dalam mengadakan kebijakan (*Beleid*) dan tindakan pengurusan (*Besturrsdaad*), pengaturan (*Regelenddaad*), pengelolaan (*Begeersdaad*) dan pengawasan (*Toezichthoudensdaad*) oleh Negara.¹⁵⁴

Di tahun 2003 lalu, MK telah memberikan panduan (Putusan Nomor 002/PUU-I/2003) untuk memahami frasa *dikuasai oleh negara* ke dalam 4 makna. *Pertama*, negara yang membuat kebijakan; kemudian yang *kedua*, negara yang melakukan tindakan pengurusan; *ketiga*, negara melakukan pengaturan; dan yang *keempat*, negara melakukan pengelolaan dan pengawasan untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Melihat makna penguasaan negara yang seperti poin pertama sampai ketiga, maka dapat dipahami

¹⁵¹ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*. (Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 2004), hal.222-223

¹⁵² Muntoha, *Negara Hukum Indonesia Pasca Perubahan UUD 1945* (Yogyakarta: Kaukaba, 2013), hal.7

¹⁵³ Urip Santoso, *Hukum Agraria dan Hak-Hak Atas Tanah* (Jakarta: Kencana, 2008), hal.78

¹⁵⁴ Achmad Sodiki, “Pelebagaan Nilai-Nilai Pancasila Dalam Perspektif Ekonomi dan Kesejahteraan”, *Prosiding, KONGRES PANCASILA IV Strategi Pelebagaan Nilai-Nilai Pancasila dalam Menegakan Konstitusionalitas Indonesia*, (Yogyakarta: PSP UGM, 31 Mei – 01 Juni 2012)

pengertian seperti demikian sangatlah longgar. Dengan negara hanya mengatur, sudahlah termasuk klasifikasi negara menguasai, hal yang sama juga dengan mengawasi, sudah termasuk dalam kategori menguasai. Sehingga, oleh karena longgarnya pemahaman menguasai dalam definisi MK ini, dalam beberapa putusan berikutnya, oleh MK, definisi tersebut lebih dispesifikasikan lagi. MK memberikan *stressing*, hal yang terpenting dalam penguasaan, baik dalam bentuk kebijakan, pengaturan, pengawasan, pengurusan, maupun pengelolaan, adalah untuk kepentingan sebesar-besarnya keuntungan rakyat. Jadi, apabila negara telah mampu melakukan pengelolaan dan penguasaan secara langsung sehingga dapat mendatangkan keuntungan sebesar-besarnya bagi rakyat, maka yang demikianlah tujuan yang paling ideal sebagaimana yang dikehendaki oleh konstitusi.

MK memberikan pengertian dari maksud *sebesar-besarnya kemakmuran rakyat* yang menjadi ukuran paling utama. Dalam hal ini, MK memberikan 4 kriteria. *Pertama*, sejauh mana kemanfaatan sumber daya alam bagi rakyat. Semakin tinggi tingkat kemanfaatan sumber daya alam, harus semakin maksimal pemanfaatannya bagi rakyat banyak. Itulah suatu makna sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyat. *Kedua*, tingkat pemerataan kemanfaatan sumber daya alam bagi rakyat. Selain aspek kemanfaatannya, juga diperhatikan aspek pemerataan. Setiap warga negara Indonesia mesti ikut mendapatkan manfaat dari sumber daya alam. *Ketiga*, sejauh mana tingkat partisipasi rakyat dalam menentukan manfaat sumber daya alam. *Keempat*, penghormatan terhadap hak-hak rakyat secara turun temurun dalam memanfaatkan sumber daya alam. Mencontoh kepada putusan MK mengenai pembubaran BP Migas, sambung Hamdan, MK menentukan kriteria konstitusionalitas secara peringkat. Apabila negara memenuhi peringkat pertama secara ekonomi, teknologi, dan sumber daya alam, maka itulah pilihan yang konstitusional. Tapi ketika kesanggupan itu sudah dimiliki oleh negara, namun negara mengambil kebijakan dengan menempatkan peringkat penguasaan pada peringkat yang kedua, maka pilihan pada peringkat kedua itu menjadi inkonstitusional.

Terkait peringkat penguasaan konstitusional ini, Hamdan memberikan gambaran sebagai berikut: *Peringkat pertama* adalah negara melakukan pengelolaan secara langsung atas sumber daya alam. Dalam rangka untuk memenuhi penguasaan tingkat pertama, apabila negara masih menggunakan peringkat kedua dalam kondisi negara yang sudah mampu, itu sama dengan inkonstitusional. *Peringkat kedua*, negara membuat kebijakan dan pengurusan. Hal ini menunjukkan belum mampunya negara sampai pada tahap melakukan pengelolaan

sumber daya secara langsung, sehingga negara dibenarkan hanya membuat kebijakan dan pengurusan sumber daya alam. *Peringkat ketiga* adalah negara hanya melakukan pengaturan dan pengawasan. Pengaturan dan pengawasan, dipilih sebagai model penguasaan, apabila negara tidak memiliki apa-apa. Negara tidak memiliki modal, negara tidak memiliki sumber daya alam dan negara tidak memiliki teknologi untuk itu. Hamdan mengutip Moh. Hatta saat mengatakan,

“cita-cita yang tertanam dalam pasal 33 UUD 1945 adalah produksi yang sebesar-besar, sedapat-dapatnya dilaksanakan oleh pemerintah, dengan bantuan kapaital pinjaman dari luar. Apabila siasat ini tidak berhasil, perlu juga diberi kesempatan kepada pengusaha asing menanam modal di Indonesia dengan syarat yang ditentukan oleh pemerintah.”

Ini dalam tahap pengaturan dan kebijakan.

“Apabila tenaga nasional dan kapital tidak mencukupi, kita pinjamkan kapital tenaga asing untuk memperlancar produksi. Apabila bangsa asing tidak bersedia meminjamkan kapitalnya, maka diberikan kesempatan kepada mereka untuk menanamkan modalnya di tanah air kita dengan syarat-syarat yang ditentukan oleh pemerintah sendiri. Syarat-syarat yang ditentukan itu terutama menjamin kekayaan alam kita seperti hutan dan kesuburan tanah harus tetap terpelihara. Bahwa dalam pembangunan negara dan masyarakat, bagian-bagian pekerjaan kapital nasional makin lama makin besar, bantuan tenaga kapital asing sudah sampai pada satu tingkat, makin lama makin berkurang”.

Jadi semakin tinggi kemampuan nasional kita maka semakin tinggi pula penguasaan negara atas sumber daya alam dan produksi yang penting bagi rakyat.¹⁵⁵

Intervensi negara dalam usaha ekonomi sebagai konsekuensi dari salah satu fungsi negara sebagai penjamin (*provider*) dan penanggung jawab kesejahteraan rakyat. Keterlibatan langsung negara dalam usaha ekonomi sebagai *entrepreneur* dimaksudkan dapat melakukan efisiensi dan efektifitas dalam pengusahaan sumber daya alam yang diperuntukan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.¹⁵⁶ Hak penguasaan negara yang dinyatakan dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 memposisikan negara sebagai pengatur dan penjamin kesejahteraan rakyat. Fungsi negara itu tidak dapat dipisahkan satu dengan lainnya, artinya

¹⁵⁵ Hamdan Zoelfa, “Meneropong Bisnis Tambang Pasca PP Minerba Mencermati Konstitusionalitas Kebijakan Hilirisasi Mineral”, <http://www.hukumonline.com>, terakhir diakses tanggal 1 April 2017

¹⁵⁶ Abrar Saleng, *Op. Cit.*, hal. 34

melepaskan suatu bidang usaha atas sumber daya alam kepada koperasi, swasta harus disertai dengan bentuk-bentuk pengaturan dan pengawasan yang bersifat khusus, karena itu kewajiban mewujudkan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat tetap dapat dikendalikan oleh negara.¹⁵⁷

B. 2. Teori Hierarkhi Perundang-Undangan

Berbicara mengenai norma hukum maka tidak dapat ditinggalkan pendapat dari Hans Kelsen mengenai tata urutan norma hukum (*Stufentheorie*). Hans Kelsen berpendapat bahwa norma hukum itu bukanlah sistem norma yang satu dengan yang lainnya dikoordinasikan berdiri sejajar atau sederajat, melainkan bertingkat-tingkat yang terdapat dalam satu tata hukum yang memiliki hubungan superordinasi dan subordinasi. Pembentukan norma yang satu (lebih rendah) ditentukan oleh norma lain yang lebih tinggi untuk selanjutnya pembentukan norma hukum ini berakhir pada suatu norma dasar yang paling tinggi sehingga menjadi norma dasar tertinggi dari keseluruhan tata hukum yang membentuk kesatuan tata hukum ini.¹⁵⁸

Menurut Hans Kelsen, hierarkhi norma hukum terdiri atas (i) norma dasar (*fundamental norm*), (ii) norma umum (*general norms*), dan (iii) norma konkret (*concrete norms*). “*Fundamental norms*” terdapat dalam konstitusi, “*general norms*” terdapat dalam undang-undang, “*statute*” atau “*legislative acts*”, sedangkan “*concrete norms*” terdapat dalam putusan pengadilan (*vonnis*) dan keputusan-keputusan pejabat administrasi negara.¹⁵⁹

Hans Nawiasky kemudian menyempurnakan teori gurunya (*stufen theorie*) bahwa norma hukum di samping berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis juga berkelompok-kelompok, yaitu:

A. *Staats Fundamental Norm* atau Norma Fundamental Negara

Staats Fundamental Norm (norma fundamental negara) menurut Hans Kelsen adalah sama dengan *Grundnorm* (norma dasar) seperti yang telah diuraikan sebelumnya pada *stufen theorie*. Namun bentuk *staats fundamental norm* secara konkrit belum memperlihatkan sebagai norma hukum yang sebenarnya.

¹⁵⁷ Tri Haryati, dkk, *Konsep Penguasaan Negara di Sektor Sumber Daya Alam Berdasarkan Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945* (Jakarta: Sekjen MKRI & CLGS FHUI, 2005), hal. 17

¹⁵⁸ Hans Kelsen, *Teori Umum Hukum dan Negara Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif sebagai Ilmu Hukum Deskriptif-Empirik* (Jakarta: Bee Media Indonesia, 2007), hal. 55

¹⁵⁹ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang* (Jakarta: Konpress, 2006), hal. 38

B. *Staats Grund Gesetz* atau *Aturan Dasar Negara*.

Staats Grund Gesetz (*Aturan Dasar Negara*) dimana norma hukumnya sudah mulai terlihat jika dibandingkan dengan *staat fundamental norm* yang berisi rangkaian kalimat dan di dalamnya terdapat unsur norma hukum. Di Indonesia adalah Pasal-pasal dari UUD 1945.

C. *Formell Gesetz* atau *Aturan Formal*.

Formell Gesetz disebut juga Undang-Undang Formil. Namun di Indonesia tidak mengenal undang-undang formil maupun undang-undang materil. Mengetahui hukum materil maupun hukum formil. Hukum materil adalah hukum yang memuat tentang isi hukum. Isi hukum adalah berupa perintah maupun larangan. Sifatnya adalah:

1. Memaksa / *impraktif* adalah aturan yang tidak bisa dikesampingkan berlakunya. Pada umumnya sebagian besar ada di hukum publik dan sebaliknya sebagian kecil ada di hukum privat.
2. Mengatur / *fakultatif* adalah aturan yang bisa dikesampingkan berlakunya. Pada umumnya sebagian besar ada di hukum privat dan sebaliknya sebagian kecil ada di hukum publik.

D. *Verordnunge And Autonome Satzung*. *Verordnunge satzung* (Peraturan Pelaksana)

Verordnunge satzung adalah peraturan pelaksana dari peraturan yang ada di atasnya (misalnya di Indonesia adalah Undang-undang maka peraturan di atasnya adalah Peraturan Pemerintah). *Verordnunge satzung* lahir karena diperintahkan oleh peraturan yang ada di atasnya, baik diperintahkan secara langsung maupun kewenangan lahir dari peraturan pelaksana karena sudah ditetapkan oleh konstitusi (*staat grund gesetz*). *Verordnunge satzung* adalah kewenangan Distribusi/Delegasi, misalnya di Indonesia:

- 1) Di dalam suatu undang-undang terdapat ketentuan seperti ini “Terhadap hal ini diatur kemudian oleh Peraturan Pemerintah.” Ini dinamakan diperintahkan secara langsung.
- 2) Dan ada yang tidak langsung misalnya dalam konstitusi atau undang-undang dasar yaitu “Terhadap ketentuan ini maka diatur kemudian” maka di dalam suatu Pasal di UUD 1945 yaitu Peraturan Pemerintah diciptakan untuk melaksanakan undang-undang sebagaimana mestinya, hal ini menjelaskan tentang kelahirannya peraturan pemerintah oleh undang-undang dasar.

B. 3. *Idee des Recht* (Teori Cita Hukum) Gustav Radbruch

Sejak awal perkembangan teori dan filsafat hukum terutama sejak adanya ajaran cita hukum (*idee des recht*) yang dikembangkan oleh Gustav Radbruch sebagaimana dikutip oleh Sudikno Mertokusumo menyebutkan ada 3 (tiga) unsur cita hukum yang harus ada secara proposional, yaitu kepastian hukum (*rechssicherheit*), keadilan (*gerechtikeit*), dan kemanfaat (*zweckmasigkeit*).¹⁶⁰ Cita hukum tersebut merupakan satu kesatuan, tidak dapat dipisahkan satu persatu, ketiganya harus diusahakan ada dalam setiap aturan hukum. Dalam pelaksanaannya ketiga unsur cita hukum tersebut saling membutuhkan. Ketiga unsur cita hukum tersebut diwujudkan dalam masyarakat. Kendatipun ketiganya selalu ada dan mendasari dalam kehidupan masyarakat, tetapi tidak berarti bahwa ketiganya selalu dalam keadaan dan hubungan yang harmonis. Dalam menegakan hukum harus diusahakan ada kompromi antara ketiga unsur tersebut, tetapi dalam praktek tidak selalu mudah dalam mengusahakan kompromi secara proposional seimbang antara ketiga unsur tersebut.¹⁶¹

B. 4. Hak Menguasai Negara Dalam Pemurnian Mineral Logam dalam PP No.1 Tahun 2017 Tentang Pelaksanaan Kegiatan Pertambangan Mineral dan Batubara

Pasal 1 angka 1 UU No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara menentukan Pertambangan adalah sebagian atau seluruh tahapan kegiatan dalam rangka penelitian, pengelolaan dan pengusahaan mineral atau batubara yang meliputi penyelidikan umum, eksplorasi, studi kelayakan, konstruksi, penambangan, pengolahan dan pemurnian, pengangkutan dan penjualan, serta kegiatan pascatambang. Ijin Usaha Pertambangan (IUP) adalah izin untuk melaksanakan usaha pertambangan. Ijin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) adalah izin untuk melaksanakan usaha pertambangan di wilayah izin usaha pertambangan khusus.

Kegiatan pokok dalam usaha mineral dan batubara (minerba). Pertama, kegiatan penambangan (*mining*), kemudian peleburan (*smelting*), dan terakhir adalah pemurnian. Dari ketiga kegiatan pokok tersebut, yang berada pada sektor hulu dalam usaha mineral batubara adalah aktifitas penambangan, sedang dua lainnya (Peleburan dan pemurnian) adalah termasuk aktifitas hilir. Sehingga, hilirisasi dimaknai sebagai segala proses peleburan dan

¹⁶⁰ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar* (Yogyakarta : Liberty, 1999), hal. 88

¹⁶¹ Fence M. Wantu, "Peranan Hakim Dalam Mewujudkan Kepastian Hukum, Keadilan Dan Kemanfaatan Dalam Peradilan Perdata", *Ringkasan Disertasi*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, (Yogyakarta: Universitas Gadjah Mada, 2011)

pemurnian hasil tambang. Bila dilihat pilihan antara hulu dan hilir, dapat diidentifikasi bahwa pilihan hilir adalah kegiatan yang selama ini menjadi idealisme konstitusi karena kegiatan hilirisasi turut melibatkan partisipasi rakyat yang lebih luas. Nilai tambahnya lebih besar sehingga lebih besar juga keuntungan bagi rakyat. Maka, bila melihat kebijakan hilirisasi yang dicanangkan oleh negara, maka bisa dipandang bahwa itulah kebijakan yang diinginkan oleh konstitusi.

Hak menguasai negara melekat erat pada ketentuan angka 2 dan 3 Pasal 33 UUD 1945, yang menekankan cabang-cabang produksi yang penting bagi hajat hidup orang banyak dikuasai negara, termasuk mineral logam yang terkandung di dalam bumi Indonesia dikuasai oleh negara guna sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Seiring dengan dinamisnya industri pertambangan mineral dan batubara, pemerintah melalui UU No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara sudah mengatur mengenai jenis sumber daya alam yang termasuk mineral dan batubara, kewenangan pemerintah baik pusat maupun daerah, kewajiban pemerintah dan juga kewajiban investor para pemegang hak IUP dan IUPK maupun Kontrak Karya yang mengusahakan pertambangan mineral di wilayah ijin usaha pertambangan yang ditetapkan pemerintah. Dikarenakan sifat mineral dan batubara sebagai sumber daya alam yang tidak terbarukan, UU No.4 Tahun 2009 mengatur secara khusus tahapan kegiatan dalam rangka penelitian, pengelolaan dan pengusahaan mineral atau batubara yang meliputi penyelidikan umum, eksplorasi, studi kelayakan, konstruksi, penambangan, pengolahan dan pemurnian, pengangkutan dan penjualan, serta kegiatan pascatambang.

Salah satu tahapan penting dalam proses pengusahaan mineral adalah pengolahan dan pemurnian mineral yang dalam prosesnya membutuhkan ketersediaan sumber daya manusia (SDM) untuk mengerjakannya. Sifat massal proses ini selain membutuhkan ketersediaan SDM, kecukupan modal dan teknologi yang digunakan berperan penting agar dapat meningkatkan nilai tambah mineral dan batubara khususnya mineral logam. Sampai saat ini problem pemurnian masih menjadi persoalan krusial karena Indonesia masih belum mampu melakukan pemurnian sendiri dari hasil tambang yang telah diolah baik oleh swasta asing, swasta nasional maupun usaha pertambangan rakyat yang banyak tersebar. Kondisi demikian menyebabkan banyak investor pemegang IUP, IUPK dan Kontrak Karya memilih untuk menjual hasil pengolahannya tanpa melalui pemurnian.

Kondisi diatas merupakan fenomena yang nyata yang dihadapi pemerintah, namun dengan UU No.4 Tahun 2009 pemerintah sudah memulai langkah-langkah strategis

untuk menghindari penjualan gelap minerba dengan mewajibkan Pemegang IUP dan IUPK Operasi Produksi wajib melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri. Kewajiban pemurnian ini merupakan upaya serius pemerintah untuk menjamin ketersediaan komoditas minerba untuk pasar dalam negeri sekaligus menyerap tenaga kerja secara massal sehingga manfaat yang didapat dari sektor ini benar-benar bisa digunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Kaitannya dengan hak menguasai negara pada ketentuan Pasal 103 angka 2 UU No.4 Tahun 2009, norma wajib merupakan kesungguhan pemerintah agar setiap pemegang hak ijin usaha pertambangan tanpa kecuali yang berada di wilayah Indonesia tunduk pada kewajiban pemurnian didalam negeri. Norma wajib menjadi suatu perintah yang mengikat pemegang hak IUP, IUPK dan Kontrak Karya, dimana ada konsekuensi yuridisnya ketika kewajiban tersebut dilanggar. Norma wajib tersebut menegaskan hak menguasai negara dalam hal *Pertama*, negara yang membuat kebijakan; kemudian yang *kedua*, negara yang melakukan tindakan pengurusan; *ketiga*, negara melakukan pengaturan; dan yang *keempat*, negara melakukan pengelolaan dan pengawasan untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Selanjutnya ketentuan kewajiban melakukan pemurnian di dalam negeri oleh pemegang hak IUP, IUPK, dan Kontrak Karya, oleh UU No.4 Tahun 2009 didelegasikan kepada PP untuk melaksanakan detail tata cara pelaksanaan kegiatan pengolahan dan pemurnian mineral logam dalam rangka meningkatkan nilai tambah minerba. Pengaturan norma UU yang didelegasikan pada PP isi materi muatannya semestinya merupakan turunan dari aturan pokok dalam UU yang diserahkan secara teknis kepada pemerintah. Namun demikian, dalam PP No.1 Tahun 2017 pengaturan mengenai kewajiban pemurnian hasil pengolahan mineral logam hanya berlaku untuk pemegang kontrak karya. Bagi pemegang hak IUP dan IUPK Operasi Produksi yang telah melakukan pengolahan justru diberikan kelonggaran dengan memperbolehkan melakukan penjualan ke luar negeri dalam jumlah tertentu (Pasal 112C angka 4 PP No.1 Tahun 2017). Secara eksplisit disebutkan dalam Pasal tersebut tidak ada keterangan yang menegaskan kewajiban melakukan pemurnian terlebih dahulu sebelum dijual ke luar negeri. Hal ini berimbas pada pelanggaran atas norma wajib seperti yang diamanatkan oleh UU untuk diteruskan pelaksanaannya oleh PP. Lebih ironisnya PP mendelegasikan lagi kepada Permen untuk mengatur teknis penjualan mineral logam ke luar negeri. Dari uraian tersebut semakin menjelaskan bahwa PP No.1 tahun 2017 dan Permen nya tidak mendukung upaya UU menegakkan norma wajib melakukan pemurnian di dalam negeri.

Pada saat penormaan wajib dalam Pasal 103 UU No.4 tahun 2009 dianulir dengan memperbolehkan penjualan ke luar negeri hasil pengolahan dalam jumlah tertentu tanpa melalui proses pemurnian, maka hal ini bertentangan dengan hak menguasai negara. Empat kriteria hak menguasai negara yang telah disampaikan diatas menjadi rujukan untuk menentukan apakah negara benar-benar menguasai atas sumber daya mineral dan batubara yang diatur dalam UU No.4 Tahun 2009. Dimulai dari hak menguasai atas kebijakan, pengurusan, pengaturan, pengelolaan dan pengawasan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat tidak bisa dipenuhi oleh pemerintah, sehingga negara sudah kehilangan hak menguasai atas kemanfaatan pengolahan mineral logam yang sudah diusahakan oleh IUP dan IUPK. Terkait dengan konteks negara hukum kesejahteraan, implikasi lebih lanjut dari tidak terpenuhinya hak menguasai negara dari sektor pertambangan, khususnya untuk meningkatkan nilai tambah dari proses pemurnian logam, menyebabkan negara tidak mampu memberikan manfaat untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Dalam putusan Mahkamah Nomor: 03/PUU-VIII/2010, tanggal 16 Juni 2011, Mahkamah mempertimbangkan bahwa, “...dengan adanya anak kalimat dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat maka sebesar-besar kemakmuran rakyat itulah yang menjadi ukuran bagi negara dalam menentukan tindakan pengurusan, pengaturan, atau pengelolaan atas bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya...”¹⁶² Apabila penguasaan negara tidak dikaitkan secara langsung dan satu kesatuan dengan sebesar-besar kemakmuran rakyat maka dapat memberikan makna konstitusional yang tidak tepat. Artinya, negara sangat mungkin melakukan penguasaan terhadap sumber daya alam secara penuh tetapi tidak memberikan manfaat sebesar-besar kemakmuran rakyat. Di satu sisi negara dapat menunjukkan kedaulatan pada sumber daya alam, namun di sisi lain rakyat tidak serta merta mendapatkan sebesar-besar kemakmuran atas daya alam. Oleh karena itu, menurut Mahkamah, kriteria konstitusional untuk mengukur makna konstitusional dari penguasaan negara justru terdapat pada frasa “untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat”. Upaya untuk memperbesar kemakmuran rakyat tersebut akan dapat terpenuhi jika pemerintah benar-benar melakukan pengurusan sektor minerba sesuai dengan ketentuan perundang-undangan. Adapun kebijakan yang berkaitan dengan politik ekonomi sumber daya alam semestinya diupayakan dengan mempertimbangkan faktor kemakmuran rakyat sebagai pijakannya.

¹⁶² Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VIII/2010, hal. 158

B. 5. Upaya Hukum Untuk Meneguhkan Hak Menguasai Negara Sesuai UU No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Dalam bidang ekonomi, UUD 1945 menegaskan bahwa dalam pelaksanaan demokrasi ditegaskan dengan menambahkan ayat (4) pada Pasal 33 yaitu “bahwa perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas asas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Pengertian demokrasi ekonomi dalam pengelolaan sumber daya alam adalah jika suatu negara dapat menguasai sumber daya ekonomi nasional yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak.¹⁶³ Kepentingan pemerintah dalam mengupayakan pengolahan dan pemurnian mineral dilakukan di dalam negeri adalah agar peningkatan nilai produksi mineral berupa konsentrat dapat dikerjakan sendiri untuk kepentingan ekonomi yang berkelanjutan. Proses alih teknologi akan lambat laun terintegrasi bersama dengan dibangunnya pabrik-pabrik pengolahan mineral yang dapat meluaskan kesempatan usaha masyarakat termasuk para pekerjanya.

Pengertian “penguasaan negara” dalam putusan Mahkamah Nomor 002/PUU-I/2003 memberikan penjelasan mendalam terhadap makna Pasal 33 UUD 1945. Dalam putusan Mahkamah tersebut, penguasaan negara dimaknai rakyat secara kolektif dikonstruksikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Fungsi pengurusan (*bestuursdaad*) oleh negara dilakukan oleh Pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perijinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*), dan konsesi (*consessie*). Fungsi pengaturan oleh negara (*regelendaad*) dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama Pemerintah, dan regulasi oleh Pemerintah. Fungsi pengelolaan (*beheersdaad*) dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*share-holding*) dan/atau sebagai instrumen kelembagaan, yang melaluinya negara, c.q. Pemerintah, mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Demikian pula fungsi pengawasan oleh negara (*toezichthoudensdaad*) dilakukan oleh Negara, c.q. Pemerintah, dalam rangka mengawasi

¹⁶³ Ahmad Zarkasi Efendi, *Demokrasi Ekonomi* (Jakarta: Averroes Press, 2012), hal. 61

dan mengendalikan agar pelaksanaan penguasaan oleh negara atas sumber-sumber kekayaan dimaksud benar-benar dilakukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat.¹⁶⁴

Lewat serangkaian kewenangan yang melekat pada hak menguasai negara dalam sektor pengaturan, pengelolaan dan pengawasan hasil-hasil sumber daya alam termasuk minerba, Pemerintah sejatinya sudah melakukan tindakan yang benar. Akan tetapi dalam proses pengawasan seringkali pemerintah melanggar sendiri apa yang sudah diatur. Kewenangan mengatur yang dimiliki pemerintah tidak dapat dipergunakan dengan bijak karena tolak tarik kepentingan sektor minerba yang melibatkan perusahaan pertambangan besar yang seolah-olah berada di atas angin karena menguasai modal dan teknologi yang belum sepenuhnya bisa dimiliki oleh Indonesia.

Pada saat diketahui bahwa PP No.1 Tahun 2017 Tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 Tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral Dan Batubara, menegaskan hak menguasai negara dalam kewajiban pemurnian mineral logam, maka dengan demikian pemerintah telah melanggar UU No.4 Tahun 2009. Sejatinya banyak cara yang bisa dilakukan pemerintah untuk mengoptimalkan manfaat dari sektor minerba. Penguasaan negara tidak hanya bicara pada skala makro saja melainkan juga dengan tidak terkecuali membuat aturan yang memaksa dan mengikat pemegang IUP, IUPK, dan Kontrak Karya untuk melibatkan partisipasi masyarakat. Makna sebesar-besarnya kemakmuran rakyat dalam perspektif hukum adalah adanya jaminan hukum atas hak-hak sosial ekonomi rakyat, sehingga dapat hidup layak sebagai warga negara. Dalam kaitannya dengan hak menguasai negara atas pertambangan, maka makna itu dapat ditafsirkan keterlibatan rakyat secara hukum dalam pengusaha dan menikmati pemanfaatan segala potensi yang ada di lingkungannya.¹⁶⁵ Pemerintah sebagai Kuasa Pertambangan memiliki kewenangan yang besar yang berasal dari rakyat untuk menentukan kebijakan penggunaan dan pemanfaatan sumber daya alam yang meliputi upaya mengatur, mengurus, mengelola, dan mengawasi pengelolaan dan pemanfaatan sumber daya alam tersebut.

Pada Pasal 112C PP No.1 Tahun 2017 antara angka 1 dengan angka 4 sudah berbeda dalam hal pengaturan kewajiban melakukan pemurnian mineral logam di dalam negeri. Hanya pemegang kontrak karya saja yang masih diwajibkan melakukan pemurnian didalam negeri sama seperti yang disebutkan dalam UU No.4 Tahun 2009. Namun bagi pemegang

¹⁶⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VIII/2010, hal.158

¹⁶⁵ Abrar Saleng, *Op.Cit.*, hal. 40

hak IUP dan IUPK hal ini tidak berlaku, padahal tahapan proses produksinya sama. Hal ini tentu saja menimbulkan inkonsistensi pengaturan yang berujung pada tidak optimalnya manfaat yang bisa diperoleh rakyat banyak. Munculnya rezim pemegang hak IUP dan IUPK pada UU No.4 Tahun 2009 telah membawa konsekuensi yang berbeda pada pemegang kontrak karya yang lambat laun juga akan beralih statusnya menjadi pemegang hak IUPK. Adapun persoalan pemegang kontrak karya tersebut mau atau tidak berubah statusnya itu tidak menjadi masalah sepanjang masih dalam pengaturan kewajiban memurnikan hasil pengolahannya di dalam negeri.

Tindakan pemerintah dalam menentukan siapa yang wajib dan tidak bukanlah upaya hukum yang mampu menyelesaikan masalah. Justru tindakan yang membedakan antara pemegang hak IUP dan IUPK dengan pemegang hak atas kontrak karya atas kewajiban pemurnian mineral logam telah menimbulkan cacat konstitusional didalam tubuh PP itu sendiri. Sehingga saat ketentuan yang sama digunakan untuk mengatur dua kondisi yang berbeda dan di subdelegasikan lagi pada Permen tentunya tidak sesuai dengan asas pembentukan peraturan perundang-undangan. Pada Pasal 8 angka 2 UU No.12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, disebutkan bahwa Peraturan perundang-undangan seperti Permen, diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan. Jika menilik ketentuan tersebut PP No.1 Tahun 2017 bisa mengikat sebagai peraturan perundang-undangan sepanjang tunduk mengikuti materi yang sama dalam rangka menjalankan UU No.4 Tahun 2009 sebagaimana mestinya. Akan tetapi saat yang terjadi tidak sesuai atau tidak menjalankan amanat UU No.4 Tahun 2009 maka PP tersebut inkonstitusional karena melanggar ketentuan Pasal 5 huruf c UU No.12 Tahun 2011 mengenai kesesuaian antara jenis, hierarki dan materi muatan yang semestinya bisa diatur dengan lebih harmonis.

Upaya hukum yang bisa dilakukan pemerintah saat terjadi tumpang tindih aturan yang tidak sinkron adalah dengan memilih kepentingan yang lebih tinggi yaitu kepentingan UU No.4 Tahun 2009 yang mengikat seluruh subjek pemegang hak IUP, IUPK dan Kontrak Karya untuk wajib melakukan pemurnian mineral logam didalam negeri. Adanya peraturan pemerintah secara hierarkhi perundang-undangan yang dimaksudkan untuk diatur kemudian oleh Peraturan Pemerintah, artinya haruslah dijalankan karena diperintahkan langsung oleh UU. Semestinya pengaturan yang muncul dalam PP tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha

Pertambangan Mineral Dan Batubara, dan peraturan pelaksana dibawahnya (Permen) bisa sejalan dengan kehendak pembuat UU (UU Minerba) yang menentukan wajib dilakukan pemurnian di dalam negeri.

Tindakan yuridis yang dapat diambil untuk mengatasi konflik norma ini adalah dengan membatalkan PP No.1 Tahun 2017 berikut dengan Permen yang mengatur teknis pelaksanaan kegiatan peningkatan nilai tambah mineral dan batubara. Untuk meneguhkan hak menguasai negara dalam hal kebijakan, pengurusan, pengaturan, pengelolaan dan pengawasan minerba, maka pemerintah harus memilih jalan yang konsisten terhadap UU No.4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Konsistensi pemerintah dalam hak menguasai negara ini harus diwujudkan dengan dikeluarkannya PP yang mengatur mengenai kewajiban pemurnian atas hasil pengolahan sebelum dijual ke luar negeri kepada para pemegang hak IUP, IUPK dan Kontrak Karya tanpa terkecuali.

C. Kesimpulan dan Saran

C. 1. Kesimpulan

Dari analisis yang sudah dipaparkan diperoleh kesimpulan sebagai berikut :

1. Pasal 112C angka 4 PP No.1 Tahun 2017 tentang pelaksanaan kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara, tidak mencerminkan hak menguasai negara dalam pengaturan mengenai kewajiban pemegang hak IUP dan IUPK melakukan pemurnian hasil pengolahan mineral logam. Pemberian kelonggaran untuk pemegang hak IUP dan IUPK dapat melakukan penjualan mineral logam ke luar negeri dalam jumlah tertentu tanpa kewajiban pemurnian telah mengakibatkan negara kehilangan kontrol dalam upaya peningkatan nilai tambah mineral logam yang diamanatkan oleh UU No.4 Tahun 2009. PP No.1 Tahun 2017 telah menegasikan hak menguasai negara yang meliputi hak untuk membuat kebijakan, pengurusan, pengaturan, pengelolaan dan pengawasan kegiatan pertambangan, sehingga tidak mampu memenuhi kemanfaatan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.
2. Adanya cacat yuridis di dalam ketentuan PP No.1 Tahun 2017 tentang pelaksanaan kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara, telah mengakibatkan tumpang tindih pengaturan dan inkonstitusional terhadap ketentuan UU No.4 Tahun 2009. Tindakan yuridis yang dapat diambil untuk mengatasi konflik norma ini adalah dengan membatalkan PP No.1 Tahun 2017 berikut dengan Permen yang mengatur teknis

pelaksanaan kegiatan peningkatan nilai tambah mineral dan batubara. Untuk meneguhkan hak menguasai negara dalam hal kebijakan, pengurusan, pengaturan, pengelolaan dan pengawasan minerba, maka pemerintah harus memilih jalan yang konsisten terhadap UU No. 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

C. 2. Saran

Saran yang dapat penulis sampaikan atas kesimpulan adalah sebagai berikut:

1. Agar hak menguasai negara bisa tercermin dalam sektor pertambangan mineral dan batubara, maka perlu dibuat Peraturan Presiden yang mewajibkan untuk setiap pemegang hak IUP, IUPK, dan Kontrak Karya tanpa terkecuali agar mematuhi kewajiban untuk melakukan pemurnian atas hasil pengolahan mineral logam di dalam negeri sebelum dijual ke luar negeri.
2. Upaya hukum yang bisa dilakukan pemerintah adalah dengan membatalkan PP No.1 tahun 2017 beserta dengan Permen pelaksanaannya, dan membuat PP yang sejalan dengan kewajiban pemurnian mineral logam sebelum dijual ke luar negeri seperti yang diamanatkan dalam UU No.4 tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Asshiddiqie, Jimly. *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*. Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 2004

_____. *Perihal Undang-Undang*. Jakarta: Konpress, 2006

Budiardjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2009

Efendi, Ahmad Zarkasi. *Demokrasi Ekonomi*. Jakarta: Averroes Press, 2012

Daeng, Salamudin. *Makro Ekonomi Minus: Sebuah Tinjauan Kritis Penanaman Modal di Indonesia*. Jakarta: Institute for Global Justice, 2008

Kelsen, Hans. *Teori Hukum Umum Dan Negara*. Jakarta: BEE Media Indonesia, 2007

_____. *Teori Umum Hukum dan Negara Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif sebagai Ilmu Hukum Deskriptif-Empirik*. Terj. Somardi. Jakarta: Bee Media Indonesia, 2007

Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana, 2006

- Mertokusumo, Sudikno. *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*. Yogyakarta: Liberty, 1999
- Muntoha. *Negara Hukum Indonesia Pasca Perubahan UUD 1945*. Yogyakarta: Kaukaba, 2013
- Rahardjo, Satjipto. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Kompas, 2006
- Saleng, Abrar. *Hukum Pertambangan*. Yogyakarta: UII Press, 2004
- Santoso, Urip. *Hukum Agraria dan Hak-Hak Atas Tanah*. Jakarta: Kencana, 2008
- Soekanto, Soerjono. *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2008
- Soekanto, Soerjono & Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2011
- Tri Haryati, dkk. *Konsep Penguasaan Negara di Sektor Sumber Daya Alam Berdasarkan Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Jakarta: Sekjen MKRI & CLGS FHUI, 2005
- Wignyosoebroto, Soetandyo. *Hukum Dalam Masyarakat*. Yogyakarta: Graha Ilmu, 2013

Hasil Penelitian dan Tulisan Ilmiah

- Sodiki, Achmad. “Pelebagaan Nilai-Nilai Pancasila Dalam Perspektif Ekonomi Dan Kesejahteraan”. *Prosiding. KONGRES PANCASILA IV Strategi Pelebagaan Nilai-Nilai Pancasila dalam Menegakan Konstitusionalitas Indonesia*. Yogyakarta: PSP UGM, 31 Mei – 01 Juni 2012
- Wantu, Fence M. “Peranan Hakim Dalam Mewujudkan Kepastian Hukum, Keadilan Dan Kemanfaatan Dalam Peradilan Perdata”. *Ringkasan Disertasi*. Yogyakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2011

Putusan Pengadilan

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VIII/2010

Media Massa

Widagdo, Singgih. “Relaksasi Ekspor Mineral”. *Harian Kompas*. 12 Januari 2017

Media Internet

Zoelfa, Hamdan. “Meneropong Bisnis Tambang Pasca PP Minerba Mencermati Konstitusionalitas Kebijakan Hilirisasi Mineral”. <http://www.hukumonline.com>

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)



Law Review

Volume XVI, No. 2 – Maret 2017

Penafsiran Mahkamah Agung Terhadap Indirect Evidence Dalam Menyelesaikan Perkara Kartel: Studi Kasus Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012
(Alfeus Jebabun)

**Penentuan Besaran Suku Bunga Bank Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha
Dikaitkan Dengan Adanya Dugaan Kartel**
(Djoko Widodo)

Tinjauan Yuridis Atas Keterlambatan Pemberitahuan Pengambilalihan Saham Secara Tertulis (Studi Kasus Putusan Nomor 03/KPPU-M/2014)
(Harris Sofyan Hardwin)

**Analisis Sanksi Pidana Pada Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan
Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**
(Pandu Prabowo)

**Peran Komisi Pengawas Persaingan Usaha Dalam Melakukan Penemuan Hukum dalam
Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia**
(Teukoe Harmanshah S. B. Ali)

**Implikasi Yuridis Kewenangan Terbatas Badan Supervisi Bank Indonesia Sebagai
Organ Pengawasan Fungsi Bank Indonesia Berdasarkan Undang-Undang No. 6 Tahun
2009 Tentang Bank Indonesia**
(Reka Dewantara)

From the Comparison of the ASEAN and European Economic Communities and the Role of Lex Mercatoria, What Factors Appear To Be Necessary To Establish Successful Single Market In ASEAN?
(Reggiannie Christy Natalia)

Problematika Normatif Syarat Subjektif Penahanan Dalam Penyidikan (Fahmi Arif)



Law Review

Volume XVI, No. 3 – November 2017

Eksekusi Atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Sebagai Penyelesaian Kredit Macet Di Lembaga Perbankan (Studi Kasus Di Bpr Puridana Arthamas Dan Bpr Armindo Kencana)
(Adi Widjaja, A. Rachmad Budiono, Bambang Winarno)

Perlindungan Hukum Bagi Pembeli Satuan Rumah Susun Terkait Hak Kepemilikan (Athalia Saputra)

Makna Negara Dan Konstitusi Dalam Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Bagi Warga Negara Indonesia
(Ujang Charda S.)

Hak Menguasai Negara Dalam Pemurnian Mineral Logam
Kajian PP No. 1 Tahun 2017 Terhadap UU No. 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan
Mineral Dan Batubara
 (Tuti Widyaningrum)

Aspek Hukum Perminyakan Dan Bioremediasi Dalam Rangka Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Atas Hak Mendapatkan Lingkungan Hidup Yang Baik Dan Sehat
(Bagus Oktafian Abrianto dan Franky Butar Butar)

Akibat Hukum Pengakhiran Bilateral Investment Treaty (BIT) Oleh Indonesia
(Gwendolyn Ingrid Utama dan Andhitta Audria Putri)

**Perlindungan Hukum Pencipta Mode Sebagai Ekonomi Kreatif Dalam Masyarakat
Ekonomi Asean**
(Dwi Tatak Subagiyo)

Perlindungan Hak Dan Hukum Bagi Korban Perkosaan Yang Melakukan Aborsi Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia (Rizky Karo Karo)



Law Review

Law Review Edisi selanjutnya.

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)



**ASPEK HUKUM PERMINYAKAN DAN BIOREMEDIASI DALAM RANGKA
PERLINDUNGAN HUKUM BAGI RAKYAT ATAS HAK MENDAPATKAN
LINGKUNGAN HIDUP YANG BAIK DAN SEHAT**

Bagus Oktafian Abrianto dan Franky Butar Butar

Fakultas Hukum Universitas Airlangga

bagusoa@fh.unair.ac.id

Abstract

Research with a title “Legal Aspect of Oil and Bioremediation in The Context of Legal Protection for The People on Right to Enjoy a Good and Healthy Environment” proposed in an effort to know the legal aspects relating to oil and bioremediation. This research review interconnected between implementation of bioremediation in oil sector with legal protection of the people on the right to enjoy a good and healthy environment. Based on this connection then we will get a clear on the existance of investors in oil sector, it refer to corporate and companies oil to increase independence of local community, especially in economics sector. Legal issues in this research is : first, is it still needed transportation permission of Soil Bioremediation Facility if we in the operation mining area? And second, is everyone can be charged with the provision of the article 103 Act No. 32 of 2009 on Protection and Management of Environment when is in the process of proposed extra permission or permission not left but was manage the hazardous materials and poisonous? This research use statute approach based on regulation especially related with oil, gas, and environment. Expected of the research will obtained legal reform relating to bioremediation aspect.

Keywords : Legal Protection for The People, Bioremediation, Protection and Management of Environment

Abstrak

Penelitian dengan judul “Aspek Hukum Perminyakan dan Bioremediasi dalam Rangka Perlindungan Hukum bagi Rakyat atas Hak Mendapatkan Lingkungan Hidup yang Baik dan Sehat” diajukan dalam rangka untuk mengetahui aspek aspek hukum yang berkaitan dengan perminyakan dan bioremediasi. Penelitian ini akan mengkaji adanya keterkaitan antara implementasi dan bioremediasi dalam bidang perminyakan dengan perlindungan hukum bagi rakyat atas hak mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat. Berdasarkan keterkaitan tersebut maka kita akan mendapatkan gambaran yang jelas tentang keberadaan investor di bidang perminyakan dalam hal ini korporasi dan perusahaan-perusahaan minyak dalam usaha untuk meningkatkan kemandirian masyarakat setempat, khususnya di bidang ekonomi. Adapun rumusan masalah dalam penelitian ini antara lain adalah *pertama*, apakah masih diperlukan izin pengakutan *Soil Bioremediation Facility* bila masih dalam daerah operasi pertambangan minyak dan gas bumi dan *kedua*, apakah setiap orang dapat dikenai ketentuan pasal 103 UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup apabila masih dalam proses mengajukan perpanjangan izin atau izin belum keluar namun sudah mengelola limbah bahan berbahaya dan beracun. Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundangan-undangan yang didasarkan pada peraturan perundang-undangan terkait, khususnya tentang minyak dan gas bumi serta

lingkungan hidup. Diharapkan dengan adanya penelitian ini akan terdapat reformasi hukum di bidang bioremediasi.

Kata Kunci: perlindungan hukum bagi rakyat, bioremediasi, perlindungan dan manajemen lingkungan

A. Pendahuluan

Definisi limbah Bahan Berbahaya dan Beracun (selanjutnya disingkat B3) berdasarkan UU No. 32 tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (Selanjutnya disebut UU 32/2009) adalah sisa suatu usaha dan/atau kegiatan yang mengandung B3. Sedangkan B3 adalah zat, energi, dan/atau komponen lain yang karena sifat, konsentrasi, dan/atau jumlahnya, baik secara langsung maupun tidak langsung, dapat mencemarkan dan/atau merusak lingkungan hidup, dan/atau membahayakan lingkungan hidup, kesehatan, serta kelangsungan hidup manusia dan makhluk hidup lain. Berdasarkan sumbernya, limbah B3 dapat diklasifikasikan menjadi:

1. *Primary sludge*, yaitu limbah yang berasal dari tangki sedimentasi pada pemisahan awal dan banyak mengandung biomassa senyawa organik yang stabil dan mudah menguap
2. *Chemical sludge*, yaitu limbah yang dihasilkan dari proses koagulasi dan flokulasi
3. *Excess activated sludge*, yaitu limbah yang berasal dari proses pengolahan dengan lumpur aktif sehingga banyak mengandung padatan organik berupa lumpur dari hasil proses tersebut
4. *Digested sludge*, yaitu limbah yang berasal dari pengolahan biologi dengan digested aerobic maupun anaerobic di mana padatan/lumpur yang dihasilkan cukup stabil dan banyak mengandung padatan organik.¹⁶⁶

Limbah B3 dikarakterisasikan berdasarkan beberapa parameter yaitu *total solids residue* (TSR), kandungan *fixed residue* (FR), kandungan *volatile solids* (VR), kadar air (*sludge moisture content*), volume padatan, serta karakter atau sifat B3 (toksisitas, sifat korosif, sifat mudah terbakar, sifat mudah meledak, beracun, serta sifat kimia dan kandungan senyawa kimia).

Contoh limbah B3 ialah logam berat seperti *Al, Cr, Cd, Cu, Fe, Pb, Mn, Hg, dan Zn* serta zat kimia seperti *pestisida, sianida, sulfida, fenol* dan sebagainya. *Cd* dihasilkan dari

¹⁶⁶ http://www1-media.acehprov.go.id/uploads/LIMBAH_B3.pdf, diakses pada 2 Agustus 2016

lumpur dan limbah industri kimia tertentu sedangkan *Hg* dihasilkan dari industri klor-alkali, industri cat, kegiatan pertambangan, industri kertas, serta pembakaran bahan bakar fosil. *Pb* dihasilkan dari peleburan timah hitam dan accu. Logam-logam berat pada umumnya bersifat racun sekalipun dalam konsentrasi rendah. Minyak bumi merupakan sumber energi utama yang digunakan baik pada rumah tangga, industri maupun transportasi. Hal ini menyebabkan meningkatnya kegiatan eksplorasi, eksploitasi, pengolahan dan transportasi produksi minyak bumi untuk memenuhi kebutuhan manusia sehingga semakin besar pula kecenderungannya untuk mencemari lingkungan, terutama di wilayah pesisir. Pencemaran tersebut berasal dari buangan limbah kilang minyak, hasil sampingan dari proses produksi, distribusi maupun transportasi.¹⁶⁷

Limbah yang dihasilkan dari kilang minyak berupa limbah cair dan limbah padat. Produksi kilang minyak bumi sebanyak 1000 barrel per hari akan menghasilkan limbah padat (lumpur minyak) lebih dari 2.6 barrel sedangkan di Indonesia, produksi kilang menghasilkan minyak bumi sekitar 1,2 juta barrel per hari yang berarti menghasilkan limbah padat sebanyak 3120 barrel per hari dan dalam waktu satu tahun menghasilkan limbah sebanyak 1.3 juta barrel, yang 285.000 barrel diantaranya adalah limbah B3 (Bahan Berbahaya dan Beracun).

Limbah lumpur minyak bumi berpengaruh pada ekosistem pesisir baik terumbu karang, mangrove maupun biota air, baik yang bersifat *lethal* (mematikan) maupun *sublethal* (menghambat pertumbuhan, reproduksi dan proses fisiologis lainnya). Hal ini karena adanya senyawa hidrokarbon yang terkandung di dalam minyak bumi, yang memiliki komponen senyawa kompleks, termasuk didalamnya *Benzena*, *Toluena*, *Ethilbenzena* dan *isomer Xylena* (*BTEX*), merupakan senyawa aromatik dalam jumlah kecil dalam hidrokarbon, namun pengaruhnya sangat besar terhadap pencemaran, perairan. Kasus yang terjadi, minyak di *Gulf of Eilat (Red Sea)* telah merusak gonad *Stylophora pistillata*, menurunkan *survival rate* koloni-koloni karang dan menurunkan jumlah produksi planula serta tumpahan minyak diesel dan minyak "Bunker C" Witwater di daerah Panama 1968 menyebabkan benih-benih *Avicennia* dan *Rhizophora sp.* serta berbagai invertebrata, penyu, burung dan alga yang hidup di daerah intertidal mangrove mati, serta banyak kasus lain seperti tumpahan minyak bahan bakar pembangkit listrik tenaga gas uap (PLTGU) yang bersumber dari kapal tongkang

¹⁶⁷<http://staffnew.uny.ac.id/upload/131930137/pengabdian/c14pengelolaan-bahan-dan-limbah-kimiaregina-tutikuny.pdf>, diakses pada 2 Agustus 2016

pengangkut minyak (Kompas, 21 Februari 2004).¹⁶⁸ Semua itu berpengaruh buruk bagi lingkungan perairan khususnya biota yang ada didalamnya, sehingga menyebabkan turunnya produktivitas sumberdaya perikanan. Oleh karena itu, upaya penanggulangannya mutlak harus dilakukan.

Pengolahan limbah minyak bumi dilakukan secara fisika, kimia dan biologi. Pengolahan secara fisika dilakukan untuk pengolahan awal yaitu dengan cara melokalisasi tumpahan minyak menggunakan pelampung pembatas (*oil booms*), yang kemudian akan ditransfer dengan perangkat pemompa (*oil skimmers*) ke sebuah fasilitas penerima "*reservoir*" baik dalam bentuk tangki ataupun balon dan dilanjutkan dengan pengolahan secara kimia, namun biayanya mahal dan dapat menimbulkan pencemar baru. Pengolahan limbah secara biologi merupakan alternatif yang efektif dari segi biaya dan aman bagi lingkungan. Pengolahan dengan metode biologis disebut juga bioremediasi, yaitu bioteknologi yang memanfaatkan makhluk hidup khususnya mikroorganisme untuk menurunkan konsentrasi atau daya racun bahan pencemar.

Mikroorganisme, terutama bakteri yang mampu mendegradasi senyawa yang terdapat di dalam hidrokarbon minyak bumi disebut bakteri hidrokarbonoklastik. Bakteri ini mampu mendegradasi senyawa hidrokarbon dengan memanfaatkan senyawa tersebut sebagai sumber karbon dan energi yang diperlukan bagi pertumbuhannya. Mikroorganisme ini mampu menguraikan komponen minyak bumi karena kemampuannya mengoksidasi hidrokarbon dan menjadikan hidrokarbon sebagai donor elektronnya. Mikroorganisme ini berpartisipasi dalam pembersihan tumpahan minyak dengan mengoksidasi minyak bumi menjadi gas karbon dioksida (CO₂), bakteri pendegradasi minyak bumi akan menghasilkan bioproduk seperti asam lemak, gas, surfaktan, dan biopolimer yang dapat meningkatkan porositas dan permeabilitas batuan reservoir formasi klastik dan karbonat apabila bakteri ini menguraikan minyak bumi.

Berikut adalah reaksi degradasi senyawa hidrokarbon fraksi aromatik oleh bakteri yang diawali dengan pembentukan Pro-to-ca-techua-te atau catechol atau senyawa yang secara struktur berhubungan dengan senyawa ini. Kedua senyawa ini selanjutnya didegradasi menjadi senyawa yang dapat masuk ke dalam siklus Krebs (siklus asam sitrat), yaitu *suksinat*, *asetil KoA*, dan *piruvat*. Bakteri hidrokarbonoklastik diantaranya adalah *Pseudomonas*, *Arthrobacter*, *Alcaligenes*, *Brevibacterium*, *Brevibacillus*, dan *Bacillus*.

¹⁶⁸<https://www.esdm.go.id/en/media-center/news-archives/bakteri-pengolah-limbah-minyak-bumi-yang-ramah-lingkungan>, diakses pada 3 Agustus 2016

Bakteri-bakteri tersebut banyak tersebar di alam, termasuk dalam perairan atau sedimen yang tercemar oleh minyak bumi atau hidrokarbon. Kita hanya perlu mengisolasi bakteri hidrokarbonoklastik tersebut dari alam dan mengkulturkannya, selanjutnya kita bisa menggunakannya sebagai pengolah limbah minyak bumi yang efektif dan efisien, serta ramah lingkungan.¹⁶⁹

Karena pentingnya lingkungan yang baik dan sehat serta bioremediasi sebagai salah satu alternatif pengolahan limbah B3 yang dihasilkan dari usaha minyak dan gas bumi, maka penulis tertarik mengangkat penelitian ini yang penulis rumuskan dalam dua isu hukum yaitu *pertama* apakah izin pengakutan yang dimaksudkan dalam pasal 2 ayat (1) huruf a Peraturan Menteri Negara Lingkungan Hidup No. 18 Tahun 2009 tentang Tata Cara Perizinan Pengelolaan Limbah Berbahaya dan Beracun (selanjutnya disebut Permen LH 18/2009) masih diperlukan apabila kegiatan pengelolaan limbah B3 masih dalam wilayah kerja badan usaha? dan *kedua* apakah badan usaha yang mengelola limbah B3 dapat dikenai pasal 102 dan 103 UU 32/2009 apabila perpanjangan izin pengelolaan limbah B3 masih dalam proses penerbitan?

B. Pembahasan

B. 1. Hakikat Pengelolaan Minyak dan Gas Bumi di Indonesia

Tujuan Negara Republik Indonesia sesuai dengan ketentuan pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Selanjutnya disebut UUD NRI Tahun 1945) alinea keempat adalah salah satunya memajukan kesejahteraan umum, hal tersebut kemudian ditegaskan kembali pada pasal 33 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 yang menyatakan bahwa bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.

Pemikiran para pendiri bangsa tentang negara kesejahteraan lahir karena mereka mengenyam pendidikan Eropa, menjalin pergaulan intelektual dan bersentuhan dengan gagasan para pemikir sosial ekonomi, yang menganut ide modern *welfare state*. Secara sederhana, negara kesejahteraan didefinisikan sebagai “*is a state which provides all individuals a fair distribution of the basic resources necessary to maintain a good standard of living.*”¹⁷⁰ Berdasarkan pembukaan UUD NRI Tahun 1945 maka dapat dikatakan bahwa

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Richard Quinney, *The Prophetic Meaning of Social Justice* dalam Bruce Arrigo (ed), *Social Justice/Criminal Justice: Critical Theory in Law, Crime, and Deviance* (Belmont, CA, USA: West/Wadsworth, 1999), hal. 76-77

Indonesia merupakan bagian dari negara kesejahteraan (*welfare state*). Sebagai negara kesejahteraan, maka program-program kerja pemerintahan diarahkan dalam rangka mewujudkan kesejahteraan rakyat. Menurut Richard Titmuss¹⁷¹ mengupas ide negara kesejahteraan sebagai berikut: "*a welfare state is a state in which organized power is deliberately used through politics and administration in an effort to modify the play of market forces to achieve social prosperity and economic well-being of the people*".

Pemikiran tersebut dapat disarikan menjadi tiga hal esensial. Pertama, negara harus menjamin tiap individu dan keluarga untuk memperoleh pendapatan minimum agar mampu memenuhi kebutuhan hidup paling pokok. Kedua, negara harus memberi perlindungan sosial jika individu dan keluarga ada dalam situasi rawan/rentan sehingga mereka dapat menghadapi *social contingencies*, seperti sakit, usia lanjut, menganggur, dan miskin yang potensial mengarah ke atau berdampak pada krisis sosial. Ketiga, semua warga negara, tanpa membedakan status dan kelas sosial, harus dijamin untuk bisa memperoleh akses pelayanan sosial dasar, seperti pendidikan, kesehatan, pemenuhan gizi (bagi anak balita), sanitasi, dan air bersih.¹⁷²

Negara kesejahteraan tidak dapat dilepaskan oleh bentuk pemerintahan demokratis yang menegaskan bahwa negara bertanggung jawab terhadap kesejahteraan rakyat yang minimal, bahwa pemerintah harus mengatur pembagian kekayaan negara agar tidak ada rakyat yang kelaparan, tidak ada rakyat yang menemui ajalnya karena tidak dapat membayar biaya rumah sakit. Dapat dikatakan bahwa negara kesejahteraan mengandung unsur sosialisme, mementingkan kesejahteraan di bidang politik maupun di bidang ekonomi. Oleh karena itu usaha di bidang minyak dan gas bumi khususnya dalam hal pengolahan limbah B3 dengan metode bioremediasi harusnya memenuhi prinsip negara kesejahteraan yaitu memajukan kesejahteraan masyarakat khususnya dalam hal hak bagi masyarakat untuk mendapatkan lingkungan yang baik dan sehat.

Pengaturan gas di Indonesia berakar dari ketentuan Konstitusi Negara yaitu Pasal 33 UUD NRI Tahun 1945. Selanjutnya mengenai gas diatur melalui beberapa peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI Tahun 1945 seperti Undang Undang Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi (Selanjutnya disebut UU 22/2001), Peraturan Pemerintah Nomor 35 Tahun 2004 Tentang Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi

¹⁷¹ Richard M. Titmuss, *Essays on The Welfare State* (London: George Allen & Unwin, 1958), hal. 5

¹⁷² Edi Suharto, "Negara Kesejahteraan dan Reinventing Depsos", hal. 7 diunduh dari <http://www.policy.hu/suharto/Naskah%20PDF/ReinventingDepsos.pdf> pada 26 Agustus 2016

(selanjutnya disebut PP 35/2004), Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2004 Tentang Kegiatan Usaha Hilir Minyak dan Gas Bumi (Selanjutnya disebut PP 36/2004), serta peraturan perundang-undangan lainnya yang merupakan perubahan dari peraturan perundang-undangan tersebut dan juga peraturan-peraturan pelaksanaan.

Gas merupakan salah satu cabang produksi yang penting bagi negara dan oleh karena itu pengelolaannya tunduk ke dalam pengaturan Pasal 33 UUD NRI Tahun 1945. Berdasarkan pasal 33 ayat (2) dan (3), “dikuasai oleh negara” dan “sebesar-besar kemakmuran rakyat” menjadi kunci terkait pengelolaan gas di Indonesia. Dengan demikian maka pengelolaan minyak dan gas bumi yang merupakan salah satu cabang produksi yang penting bagi negara karena berkaitan dengan energi, harus atas penguasaan negara dan pemanfaatan atas produksi minyak dan gas bumi tersebut harus demi kepentingan masyarakat, dalam arti harus digunakan sebesar-besarnya untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat secara keseluruhan.

Jika ditafsirkan secara ekstensif dapat dikatakan bahwa pengelolaan sumber daya yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak harus bertujuan menyejahterakan rakyat dan menghindari liberalisasi mengingat dalam liberalisasi ada kemungkinan orang seorang berkuasa dan rakyat yang banyak ditindas. Kekhawatiran akan adanya liberalisasi di bidang minyak dan gas bumi tersebut terlihat dengan adanya beberapa uji materi terhadap UU No. 22/2001 dan terlihat pula dari pendapat hukum para hakim konstitusi yang memeriksa dan mengadili permohonan uji materi tersebut. Yang perlu diketahui dan diperhatikan adalah, bahwa beberapa pasal dalam UU No. 22/2001 telah mengalami perubahan karena telah dimohonkan uji materi kepada Mahkamah Konstitusi. Pasal 11 ayat (2) UU No. 22/2001 yang menyatakan “Setiap Kontrak Kerja Sama yang sudah ditandatangani harus diberitahukan secara tertulis kepada Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia.” telah dimohonkan uji materi ke Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi telah mengeluarkan Putusan MK No. No. 20/PUU-V/2007 tertanggal 13 Desember 2007 yang pada amar putusannya MK menyatakan bahwa permohonan uji materi para pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*). Akan tetapi dalam putusan ini, terdapat *dissenting opinion* oleh 2 (dua) hakim konstitusi dari 7 (tujuh) Hakim Konstitusi yang mengadili perkara tersebut.

Dissenting opinion para hakim konstitusi tersebut pada intinya adalah *pertama*, kedua hakim konstitusi berpendapat bahwa pemohon uji materi, yaitu para anggota DPR memiliki

legal standing untuk mengajukan uji materi UU No. 22/2001, *kedua*, hakim konstitusi Maruarar Siahaan mengutip pendapat Joseph E Stiglitz¹⁷³ yang mengatakan bahwa dalam kontrak-kontrak perusahaan minyak dan sumber daya mineral pada umumnya, sebagaimana diungkapkan dari hasil penelitian ekonom dunia, bahwa terlalu sering negara tidak mendapat nilai penuh dari sumber daya alamnya, karena harus tergantung pada aparat pemerintahan dan kontraktor swasta yang mempunyai tujuan lain, yaitu memaksimalkan penghasilan mereka sendiri sebesar-besarnya, yang pada gilirannya berarti memperkecil jumlah pembayaran yang harus disetorkan kepada Pemerintah. Dikatakan bahwa tantangan utama yang dihadapi tiap pemerintahan adalah untuk mencari cara bagaimana bekerja sama dengan para aktor di luar pemerintahan, yang tujuan utamanya sangat berbeda secara radikal dari Pemerintah, dan bagaimana seharusnya Pemerintah bekerja sama dengan sektor swasta untuk memaksimalkan total penerimaan pendapatan dari kekayaan alam negaranya.

Kemudian terdapat upaya permohonan uji materi kembali terhadap UU No. 22/2001 yang diajukan kepada Mahkamah Konstitusi. Melalui putusan Mahkamah Konstitusi No. 36/PUU-X/2012 tertanggal 5 November 2012 Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Pasal 1 angka 23, Pasal 4 ayat (3), Pasal 41 ayat (2), Pasal 44, Pasal 45, Pasal 48 ayat (1), Pasal 59 huruf a, Pasal 61, dan Pasal 6 UU No. 22/2001 bertentangan dengan UUD NRI tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat serta frasa “dengan Badan Pelaksana” dalam Pasal 11 ayat (1), frasa “melalui Badan Pelaksana” dalam Pasal 20 ayat (3), frasa “berdasarkan pertimbangan dari Badan Pelaksana” dan dalam Pasal 21 ayat (1), frasa “Badan Pelaksana” dan dalam Pasal 49 bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 serta tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Putusan MK terkait uji materi UU No. 22/2001 tersebut menunjukkan bahwa begitu pentingnya minyak dan gas bumi bagi negara. Hal tersebut disebabkan karena minyak dan gas bumi merupakan sumber energi penting yang menguasai hajat hidup orang banyak. Akan tetapi di satu sisi perlu adanya pengaturan yang komprehensif terkait pengelolaan minyak dan gas bumi sehingga dalam proses pengelolaannya, tidak menimbulkan permasalahan baru khususnya mengenai dampak lingkungan hidup. Dari uraian-uraian di atas maka menurut penulis, pengelolaan minyak dan gas bumi pada hakikatnya harus diarahkan untuk memajukan kesejahteraan umum yang selaras dengan tujuan negara yang tertuang dalam pembukaan UUD NRI Tahun 1945.

¹⁷³ Macartan Humphreys, Jeffrey D Sachs dan Joseph E Stiglitz, *Escaping The Resource Curse* (New York: Columbia University Press, 2007), hal. 28

B. 2. Bioremediasi sebagai Alternatif Pencegahan Pencemaran Lingkungan

Bioremediasi adalah proses degradasi biologis dari sampah organik pada kondisi terkontrol menjadi suatu bahan yang tidak berbahaya atau konsentrasinya di bawah batas yang ditentukan oleh lembaga berwenang. Sedangkan menurut *United States Environmental Protection Agency*¹⁷⁴, bioremediasi adalah suatu proses alami untuk membersihkan bahan-bahan kimia berbahaya. Ketika mikroba mendegradasi bahan berbahaya tersebut, akan dihasilkan air dan gas tidak berbahaya seperti CO₂.

Bioremediasi merupakan pengembangan dari bidang bioteknologi lingkungan dengan memanfaatkan proses biologi dalam mengendalikan pencemaran dan cukup menarik. Selain hemat biaya, dapat juga dilakukan secara *in situ* langsung di tempat dan prosesnya alamiah.¹⁷⁵ Laju degradasi mikroba terhadap logam berat tergantung pada beberapa faktor, yaitu aktivitas mikroba, nutrisi, derajat keasaman dan faktor lingkungan¹⁷⁶. Teknologi bioremediasi ada dua jenis, yaitu *ex-situ* dan *in situ*. *Ex-situ* adalah pengelolaan yang meliputi pemindahan secara fisik bahan-bahan yang terkontaminasi ke suatu lokasi untuk penanganan lebih lanjut¹⁷⁷. Penggunaan bioreaktor, pengolahan lahan (*landfarming*), pengkomposan dan beberapa bentuk perlakuan fase padat lainnya adalah contoh dari teknologi *ex-situ*, sedangkan teknologi *in situ* adalah perlakuan yang langsung diterapkan pada bahan-bahan kontaminan di lokasi tercemar. Berdasarkan agen proses biologis serta pelaksanaan rekayasa, bioremediasi dapat dibagi menjadi dalam Empat kelompok, yaitu:

- a. Fitoremediasi;
- b. Bioremediasi *in situ*
- c. Bioremediasi *ex situ*
- d. Bioaugmentasi

Sebagaimana diketahui Migas adalah sumber daya alami yang tidak terbarukan (*non renewable*) artinya bila dieksploitasi secara terus menerus maka suatu saat cadangan migas di dalam “perut bumi” akan habis karena menurut para ahli permigasan terbentuknya sumber energi hidro karbon (migas) memerlukan waktu puluhan juta tahun.

¹⁷⁴ Hertien Koosbandiah Surtikanti, *Toksikologi Lingkungan dan Metode Uji Hayati* (Bandung: Rizqi Press, 2011) hal. 143

¹⁷⁵ Henggar Hardiani, Teddy Kardiansyah, dan Susi Sugesty, “Bioremediasi Logam Timbal (Pb) Dalam Tanah Terkontaminasi Limbah Sludge Industri Kertas Proses Deinking”, *Jurnal Selulosa Vol. 1, No. 1, Juni 2011*, (Jakarta: Kementerian Perindustrian, 2011), hal. 31 – 41

¹⁷⁶ *Ibid*, hal. 32

¹⁷⁷ *Ibid*.

Kegiatan eksploitasi migas merupakan kegiatan yang diperkirakan memiliki dampak yang signifikan terhadap lingkungan hayati (alam) serta lingkungan sosial. Oleh karena itu diperlukan suatu kebijakan pembangunan yang tidak saja berorientasi pada peningkatan sektor perekonomian saat ini, namun sudah saatnya diterapkan kebijakan pembangunan berkelanjutan (*sustainable development*) dan berwawasan lingkungan.

Konsideran menimbang huruf b. Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (Selanjutnya disebut UU No. 32/2009) menyebutkan bahwa pembangunan ekonomi nasional sebagaimana diamanatkan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 diselenggarakan berdasarkan prinsip pembangunan berkelanjutan dan berwawasan lingkungan, kemudian dalam pasal 22 ayat (1) UU No. 32/2009 menyebutkan **Setiap usaha dan/atau kegiatan yang berdampak penting terhadap lingkungan hidup wajib memiliki amdal.**

Ketentuan yang tertuang dalam UU No. 32/2009 dalam penerapannya sejalan dengan salah satu ketentuan PP 35/2004 khususnya pasal 39 ayat (4) mengenai kaidah keteknikan yang baik yaitu kewajiban pemenuhan terhadap ketentuan keselamatan dan kesehatan kerja serta pengelolaan lingkungan hidup maka dari itu semua kegiatan usaha hulu migas termasuk dalam kegiatan wajib amdal. Di Sektor Hulu Migas persetujuan Amdal merupakan prasyarat untuk dapat diterbitkan persetujuan rencana pengembangan lapangan migas (*Plan of Development / POD*). Dengan kata lain bila Amdal yang diajukan tidak dapat disetujui maka kegiatan eksploitasi tidak dapat dilaksanakan.

Sebelum sampai pada pengajuan Amdal untuk rencana pengembangan lapangan migas, selama kegiatan eksplorasi tertentu KKKS juga diwajibkan untuk mengajukan persetujuan Upaya Pengelolaan Lingkungan dan Upaya Pemantauan Lingkungan (disingkat dengan UKL/UPL). Kewajiban untuk mendapatkan persetujuan UKL/ UPL ini sesuai dengan kebijakan yang dibuat oleh Menteri Lingkungan Hidup dalam rangka pengelolaan lingkungan hidup yang lebih baik bahwa untuk kegiatan yang berdampak lingkungan tetapi tidak terlalu signifikan diperlukan adanya UKL/ UPL. Contohnya untuk kegiatan *Seismic* dan Pengeboran Sumur Eksplorasi sebelum dilaksanakan harus terlebih dahulu mendapatkan persetujuan UKL/ UPL yang dikeluarkan oleh Direktorat Jenderal Minyak dan Gas Bumi mengacu pada Master Upaya Pengelolaan Lingkungan dan Pemantauan Lingkungan Kegiatan Eksplorasi Minyak dan Gas Bumi serta Panasbumi yang merupakan implementasi dari Keputusan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral No. 1457 K/28/MEM/2000 tentang Pedoman

Teknis Pengelolaan Lingkungan di Bidang Pertambangan dan Energi (Selanjutnya disebut Kepmen ESDM No. 1457 K/28/MEM/2000).

Baik Amdal maupun UKL/ UPL merupakan dokumen lingkungan yang berisi komitmen pemrakarsa (dalam hal ini KKKS) untuk melaksanakan Pengelolaan dan Pemantauan Lingkungan. Dalam dokumen Amdal maupun UKL/ UPL disebutkan secara rinci perkiraan-perkiraan dampak, sifat dampak, cara pengelolaan serta cara pemantauannya. Di dalam Amdal rincian langkah-langkah Pengelolaan dan Pemantauan Dampak Lingkungan dijelaskan dalam Dokumen tentang Rencana Pengelolaan Dampak dan Rencana Pemantauan Dampak (RKL/RPL).

Proses persetujuan Amdal lebih rumit dibandingkan dengan persetujuan UKL/UPL. Untuk Amdal diwajibkan adanya sosialisasi dan pengumuman rencana kegiatan kepada publik (masyarakat) terlebih dahulu untuk mendapatkan saran, pendapat, masukan dan tanggapan. Intinya bahwa semua pada proses Amdal wajib melibatkan peran serta masyarakat. Ketentuan ini mengacu pada Peraturan Menteri Negara Lingkungan Hidup Nomor 17 Tahun 2012 tentang Pedoman Keterlibatan Masyarakat dalam Proses Analisis Dampak Lingkungan Hidup dan Izin Lingkungan (Selanjutnya disebut Permen LH No. 12/2012) serta Keputusan Kepala Badan Pengendalian Dampak Lingkungan Nomor 8 Tahun 2000 tentang Keterlibatan Masyarakat dan Keterbukaan Informasi dalam Proses Analisis Mengenai Dampak Lingkungan (Selanjutnya disebut Keputusan Kepala Bapedal No. 8/2000). Hal ini merupakan salah satu mekanisme untuk memberikan ruang partisipasi bagi masyarakat terhadap rencana kegiatan pengembangan lapangan migas.

Selain UU No. 32/2009, terdapat beberapa peraturan perundang-undangan yang dijadikan rujukan untuk persetujuan Amdal antara lain:

- 1) Undang-undang No 5 Tahun 1990 tentang Konservasi Sumber Daya Alam Hayati dan Ekosistemnya
- 2) Undang-undang Nomor 26 Tahun 2007 tentang Penataan Ruang
- 3) Peraturan Pemerintah No 27 Tahun 2012 tentang Izin Lingkungan
- 4) Keputusan Menteri Negara Lingkungan Hidup Nomor 17 Tahun 2001 tentang Jenis Rencana Usaha dan/atau Kegiatan yang Wajib Dilengkapi dengan Analisis Mengenai Dampak Lingkungan Hidup.

Peraturan Pemerintah No. 101 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Limbah Bahan Berbahaya Dan Beracun (selanjutnya disebut PP No. 101/2014) Pasal 1 angka 11

menyatakan bahwa Pengelolaan Limbah B3 adalah kegiatan yang meliputi pengurangan, penyimpanan, pengumpulan, pengangkutan, pemanfaatan, pengolahan, dan/atau penimbunan. Dari sisi pengangkutan, PP 101/2014 ini menguraikan secara terperinci pada Bab VI mengenai Pengangkutan Limbah B3. Pengangkutan limbah B3 adalah bagian yang tidak terpisahkan dari pengelolaan limbah B3, sehingga aspek pengangkutan sangat penting kaitannya dengan pengelolaan limbah B3 dimana sesuai dengan ketentuan pasal 51 ayat (2) menyebutkan Izin Pengelolaan Limbah B3 untuk kegiatan Pengangkutan Limbah B3 sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diterbitkan oleh menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang perhubungan. Jadi dari aspek pengangkutan limbah B3 maka karena pentingnya sisi pengangkutan limbah B3 terdapat setidaknya dua kementerian yang terlibat di dalamnya, yaitu kementerian lingkungan hidup dan kementerian perhubungan. Adapun syarat atau kewajiban yang harus dilakukan dalam hal pengangkutan limbah B3 adalah diaman Pengangkutan Limbah B3 wajib memiliki:

- a) rekomendasi Pengangkutan Limbah B3; dan
- b) izin Pengelolaan Limbah B3 untuk kegiatan Pengangkutan Limbah B3

Rekomendasi Pengangkutan Limbah B3 tersebut menjadi dasar diterbitkannya izin Pengelolaan Limbah B3 untuk kegiatan Pengangkutan Limbah B3. Sehingga dengan kata lain, tanpa adanya rekomendasi maka izin Pengelolaan limbah B3 untuk kegiatan pengangkutan limbah B3 tidak akan keluar.

Untuk memperoleh rekomendasi Pengangkutan Limbah B3, Pengangkut Limbah B3 harus mengajukan permohonan secara tertulis kepada Menteri LH. Menteri LH setelah menerima permohonan rekomendasi memberikan pernyataan tertulis mengenai kelengkapan administrasi paling lama 2 (dua) hari kerja sejak permohonan diterima. Setelah permohonan dinyatakan lengkap, Menteri LH melakukan verifikasi paling lama 45 (empat puluh lima) hari kerja. Dalam hal hasil verifikasi sebagaimana dimaksud pada ayat (2) menunjukkan:

1. permohonan rekomendasi memenuhi persyaratan, Menteri menerbitkan rekomendasi Pengangkutan Limbah B3 paling lama 7 (tujuh) hari kerja sejak hasil verifikasi diketahui; atau
2. permohonan rekomendasi tidak memenuhi persyaratan, Menteri menolak rekomendasi Pengangkutan Limbah B3 disertai dengan alasan penolakan.

Setelah mendapat rekomendasi dari Menteri LH, Pengangkut Limbah B3 wajib mengajukan permohonan izin Pengelolaan Limbah B3 untuk kegiatan Pengangkutan Limbah

B3. Izin Pengelolaan Limbah B3 untuk kegiatan Pengangkutan Limbah B3 diterbitkan oleh menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang perhubungan, jadi disini terdapat dua kementerian yang terlibat yaitu kementerian LH dan kementerian Perhubungan. Pengangkut Limbah B3 yang telah memperoleh izin Pengelolaan Limbah B3 untuk kegiatan Pengangkutan Limbah B3 wajib:

- a. melakukan Pengangkutan Limbah B3 sesuai dengan rekomendasi Pengangkutan Limbah B3 dan izin Pengelolaan Limbah B3 untuk kegiatan Pengangkutan Limbah B3;
- b. menyampaikan manifes Pengangkutan Limbah B3 kepada Menteri; dan
- c. melaporkan pelaksanaan Pengangkutan Limbah B3

Laporan tersebut disampaikan kepada Menteri LH dan ditembuskan kepada Menteri Perhubungan paling sedikit 1 (satu) kali dalam 6 (enam) bulan.

B. 3. Perizinan sebagai Instrumen Hukum Bioremediasi di Bidang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi

Izin adalah Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN) yang dikeluarkan oleh badan atau tata usaha negara yang digunakan bagi pemohon sebagai legitimasi terhadap kegiatan yang sebenarnya dilarang. Dengan kata lain, izin adalah suatu persetujuan dari pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan untuk menyimpang dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang mempunyai fungsi untuk mengendalikan masyarakat. Oleh karena itu, izin adalah sarana bagi pemerintah untuk mengawasi kegiatan tertentu yang dilarang untuk menghalangi keadaan-keadaan buruk. Dengan kata lain, izin merupakan *instrumen yuridis preventif*, sehingga izin mempunyai fungsi:

- a. mengarahkan /mengendalikan (*sturen*) aktivitas tertentu
- b. mencegah bahaya bagi lingkungan
- c. melindungi obyek tertentu
- d. mengatur distribusi benda langka
- e. Pengarahan dengan menyeleksi orang-orang dan/atau aktivitas-aktivitas tertentu.

Persyaratan yang berkaitan dengan perizinan mengandung dua aspek:

1. Persyaratan-persyaratan perolehan izin,
2. Persyaratan pelaksanaan izin.

Keberlakuan izin harus memenuhi persyaratan-persyaratan yaitu meliputi syarat-syarat administrasi yang harus dipenuhi oleh badan atau institusi untuk dapat memperoleh izin.

Sedangkan persyaratan pelaksanaan izin adalah syarat-syarat teknis yang harus dilakukan dengan dikeluarkan izin. Apabila persyaratan – persyaratan perolehan izin dilanggar dan hal itu diketahui setelah izin dikeluarkan maka akibatnya adanya pembatalan izin atau pencabutan izin yang bersifat batal demi hukum (*van rechtwege nietig*), yang berlaku *ex tunc* yaitu perbuatan dan akibatnya dianggap tidak pernah ada. Jika persyaratan teknis atau pelaksanaan izin yang dilanggar maka adanya pembatalan izin atau pencabutan izin yang bersifat Dapat Dibatalkan (*vernietigbaar*), yang berlaku *ex nunc* yaitu perbuatan dan akibatnya dianggap ada sampai saat pembatalan.

Prinsip yang terkait dengan usaha pengolahan limbah B3 hasil usaha minyak dan gas bumi adalah prinsip wewenang, sebab dari prinsip ini dapat ditentukan wewenang apa saja yang dimiliki oleh Pemerintah dan/atau pemerintah daerah dalam pengelolaan limbah B3 hasil usaha minyak dan gas bumi. Prinsip wewenang dapat menjelaskan arah kebijakan dari tindak pemerintahan yang harus dilakukan oleh pemerintah. Menurut Nur Basuki Minarno¹⁷⁸ kewenangan atau wewenang memiliki kedudukan penting dalam kajian hukum tata negara dan hukum administrasi. Begitu pentingnya kedudukan wewenang ini sehingga F.A.M Stroink dan J.G Steenbeek menyatakan : “*Het begrip bevoegdheid is dan ook een kernbegrip in het staats-en administratief recht*”.¹⁷⁹ Dari pernyataan ini dapat ditarik suatu pengertian bahwa wewenang merupakan konsep inti dari hukum tata negara dan hukum administrasi.

Philipus M. Hadjon menjelaskan bahwa wewenang dalam konsep hukum kita merupakan konsep hukum publik. Hal ini berbeda dengan konsep hukum Belanda tentang *bevoegdheid*. Berdasarkan konsep wewenang dalam hukum kita, wewenang bisa diperoleh melalui atribusi, delegasi, dan mandat.¹⁸⁰ Menurut Philipus M. Hadjon¹⁸¹ wewenang terdiri atas sekurang-kurangnya tiga komponen yaitu:

- a) Pengaruh;
- b) Dasar hukum;
- c) Konformitas hukum;

¹⁷⁸ Nur Basuki Minarno, *Penyalahgunaan Wewenang dalam Pengelolaan Keuangan Daerah yang Berimplikasi Tindak Pidana Korupsi* (Yogyakarta: Laksbang Mediatama, 2010), hal. 65

¹⁷⁹ *Ibid*, dikutip dari F.A.M Stroink dan J.G Steenbeek, *Inleiding in het Staats en Administratief Recht* (Alphen aan den Rijn: Samson H.D Tjeenk Willink, 1985), hal. 26

¹⁸⁰ Philipus M. Hadjon, *et.al*, *Kebutuhan akan Hukum Administrasi Umum dalam Hukum Administrasi dan Good Governance* (Jakarta: Penerbit Universitas Trisakti, 2010), hal. 28

¹⁸¹ Philipus M. Hadjon, “Tentang Wewenang”, *Yuridika No. 5, Sept-Des 1997* (Surabaya: Universitas Airlangga, 1997), hal. 1

Komponen pengaruh ialah bahwa penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subyek hukum. Komponen dasar hukum, bahwa wewenang itu selalu harus dapat ditunjuk dasar hukumnya, artinya kewenangan tidak dapat diciptakan sendiri, melainkan diberi berdasarkan peraturan perundang-undangan yang ada. Komponen konformitas hukum, mengandung makna adanya standar wewenang, yaitu standar umum (semua jenis wewenang) dan standar khusus (untuk jenis wewenang tertentu).¹⁸² Sedangkan menurut Harjono¹⁸³ dari segi hukum, kewenangan mempunyai aspek ruang lingkup kewenangan, tata cara penggunaan kewenangan, dan batas kewenangan.

Adapun wewenang dapat diperoleh melalui 3 (tiga) sumber, antara adalah atribusi, delegasi, dan mandat. Atribusi berasal dari bahasa latin dari kata *ad tribuere* artinya memberikan kepada. Konsep teknis hukum tata negara dan hukum administrasi mengartikan wewenang atribusi adalah wewenang yang diberikan atau ditetapkan untuk jabatan tertentu. Dengan demikian wewenang atribusi merupakan wewenang yang melekat pada suatu jabatan. Delegasi berasal dari bahasa Latin *delegare* yang artinya melimpahkan. Dengan demikian konsep wewenang delegasi adalah wewenang pelimpahan. Mandat berasal dari bahasa Latin *mandare* yang artinya memerintahkan. Dengan demikian konsep mandat mengandung makna penugasan.¹⁸⁴

Dari konsep wewenang di atas maka dapat kita ambil kesimpulan bahwa pemerintah dalam menjalankan kewajibannya yaitu melaksanakan fungsi pemerintahan guna tercapainya kesejahteraan masyarakat harus sesuai dengan kaidah-kaidah asas legalitas dan sumber wewenang yang jelas. Bila dikaitkan dengan usaha minyak dan gas bumi maka eksplorasi yang dilakukan badan hukum perdata yang memiliki izin dari pemerintah, maka pemerintah wajib melakukan tindakan baik tindakan hukum maupun tindakan nyata guna mencegah dan menanggulangi kerusakan sumber daya alam atas eksplorasi dari eksese usaha minyak dan gas bumi.

Menurut Spelt dan Ten Berge¹⁸⁵ izin adalah salah satu instrumen yang paling banyak digunakan dalam hukum administrasi. Dalam arti luas izin adalah suatu persetujuan dari

¹⁸² Philipus M. Hadjon, *Pengertian-Pengertian Dasar tentang Tindak Pemerintahan* (Surabaya: Djumali, 1985), hal. 29

¹⁸³ Harjono, *Transformasi Demokrasi* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2009), hal. 74

¹⁸⁴ Philipus M. Hadjon, *Kebutuhan akan Hukum Administrasi Umum*, dalam *Hukum Administrasi dan Good Governance*, *Op.Cit*, hal. 20

¹⁸⁵ Spelt dan Ten Berge disunting Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Perizinan* (Surabaya: Yuridika, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 1993), hal. 2

penguasa berdasarkan undang-undang atau peraturan pemerintah untuk dalam keadaan tertentu menyimpang dari ketentuan-ketentuan larangan perundangan. Sedangkan dalam arti sempit yang pokok pada izin adalah bahwa suatu tindakan dilarang, terkecuali diperkenankan, dengan tujuan agar dalam ketentuan-ketentuan yang bersangkutan dengan perkenan dapat dengan teliti diberikan batas-batas tertentu bagi tiap kasus. Jadi persoalannya bukanlah untuk hanya memberi perkenan dalam keadaan-keadaan yang sangat khusus, tetapi agar tindakan-tindakan yang diperkenankan dilakukan dengan cara tertentu (dicantumkan dalam ketentuan-ketentuan).¹⁸⁶

Menurut Siti Sundari Rangkuti¹⁸⁷ pengelolaan lingkungan hidup dapat berhasil menunjang pembangunan berkelanjutan apabila administrasi pemerintahan berfungsi secara efektif dan terpadu. Salah satu sarana yuridis adminitratif untuk mencegah dan menanggulangi pencemaran lingkungan adalah sistem perijinan. Izin tertulis diberikan dalam bentuk penetapan (*beschikking*) penguasa. Pemberian izin yang keliru atau tidak cermat serta tidak memperhitungkan dan mempertimbangkan kepentingan lingkungan akan mengakibatkan terganggunya keseimbangan ekologis yang sulit dipulihkan.

Berkaitan dengan bentuk dan isi izin, dapat ditelaah pendapat Spelt dan Ten Berge¹⁸⁸ bahwa izin hampir selalu dari sudut pandang kepastian hukum diberikan dalam bentuk tertulis. Keputusan dalam memberikan izin harus diambil oleh organ yang berwenang. Bila dikaitkan dengan kasus di atas maka kasus tersebut tidak terlepas dari tindak pemerintah, yaitu penerbitan izin oleh pemerintah atas pengelolaan hasil minyak dan gas bumi yang diberikan kepada perusahaan pengelola tersebut. Dalam penerbitan suatu izin tentu harus disertai pula dengan pertimbangan-pertimbangan yang matang dan pengawasan yang memadai. Apabila terjadi penyalahgunaan izin dimana izin tersebut digunakan tidak dalam tujuan semula, maka dapat dilakukan penarikan kembali atau pengubahan atas izin tersebut.

Tidak adanya pelimpahan kewenangan dari Pemerintah (Pusat) kepada Daerah berkenaan dengan pengelolaan kegiatan Eksplorasi dan Eksploitasi Migas menurut peraturan perundang-undangan tentang migas, maka persoalan perizinan daerah sering menjadi persoalan yang diperdebatkan dalam praktek pelaksanaannya. Pada satu sisi Pemerintah Daerah merasa memiliki wewenang mengatur wilayahnya, namun ketika sebagai wilayahnya, apalagi bila sebagian besar wilayahnya ditetapkan sebagai Wilayah Kerja (Pertambangan

¹⁸⁶ *Ibid*, hal. 3

¹⁸⁷ Siti Sundari Rangkuti, *Hukum Lingkungan dan Kebijakan Lingkungan Nasional* (Surabaya: Airlangga University Press, 2005), hal. 146

¹⁸⁸ Spelt dan Ten Berge disunting Philipus M. Hadjon, *Op. Cit*, hal. 11

Minyak dan Gas Bumi) maka kewenangan otonomnya atas wilayah tersebut menjadi “terbatas”.

Undang-undang Migas hanya “memperkenankan” Pemerintah Daerah memungut pajak daerah dan retribusi daerah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 31 Undang-Undang No. 22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas (UU Migas). Sayangnya jenis pungutan daerah, khususnya mengangkut Retribusi Daerah, yang boleh dipungut oleh Pemerintah Daerah juga tidak disebutkan secara jelas oleh Undang-undang Migas atau peraturan pelaksanaannya sehingga sering terjadi “ketidak sepahaman” antara Pemerintah Daerah dan Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap yang melaksanakan Eksplorasi dan Eksploitasi. Mereka merasa tidak melakukan hubungan kontraktual apapun dengan Pemerintah Daerah serta tidak wajib memohon perijinan apapun kepada Pemerintah Daerah sehingga mempertanyakan fungsi dan kewenangan Pemerintah Daerah dalam hal retribusi daerah yang dianggap sebagai sesuatu yang “tidak jelas tujuan dan kepastian hukumnya”.

Pasal 18 ayat (3) Undang-undang Nomor 34 Tahun 2000 tentang mengatur hal-hal berkenaan dengan Pajak dan Retribusi daerah. Untuk Retribusi Daerah Undang-undang tersebut membagi Retribusi Daerah menjadi:

- 1) Retribusi Jasa Umum
- 2) Retribusi Jasa Usaha
- 3) Retribusi Perijinan Tertentu

Dengan dasar Undang-undang Pemerintah Daerah (UU No. 23 Tahun 2014) serta Undang-undang Nomor 34 Tahun 2000 tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah tersebut di atas banyak Pemerintah Daerah mengeluarkan Peraturan tentang Pajak dan Retribusi Daerah untuk meningkatkan Pendapatan Asli Daerah. Terkait dengan Kewenangan Daerah mengeluarkan kebijakan tentang Pajak dan Retribusi Daerah dalam praktek kegiatan Industri Hulu Migas sering terjadi benturan kepentingan. Sebagaimana diketahui Migas adalah sumber daya alami yang tidak terbarukan (*non renewable*) artinya bila dieksploitasi secara terus menerus maka suatu saat cadangan migas di dalam “perut bumi” akan habis karena menurut para ahli permigasan terbentuknya sumber energi hidro karbon (migas) memerlukan waktu puluhan juta tahun.

Merujuk pada ketentuan hukum perizinan dan kaitannya dengan aspek bioremediasi yang tidak dapat dilepaskan dari limbah B3, maka sesuai ketentuan Pasal 2 ayat (1) Peraturan Menteri Lingkungan Hidup No. 18 Tahun 2009 tentang Tata Cara Perizinan Pengelolaan

Limbah Berbahaya dan Beracun menyatakan bahwa Jenis kegiatan pengelolaan limbah B3 yang wajib dilengkapi dengan izin terdiri atas kegiatan:

- a. pengangkutan;
- b. penyimpanan sementara;
- c. pengumpulan;
- d. pemanfaatan;
- e. pengolahan; dan
- f. penimbunan.

Pasal 1 angka 6 dari Permen LH ini menyatakan bahwa Izin pengelolaan limbah B3 yang selanjutnya disebut izin adalah keputusan tata usaha negara yang berisi persetujuan permohonan untuk melakukan pengelolaan limbah B3 yang diterbitkan oleh Menteri, Gubernur, atau Bupati/Walikota

Pasal 3 (1) Permen ini menyatakan bahwa kegiatan pengangkutan limbah B3 sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) huruf a wajib memiliki izin dari Menteri yang menyelenggarakan urusan di bidang perhubungan setelah mendapat rekomendasi dari Menteri. Kemudian Pasal 4 ayat (1) Permen ini juga menjelaskan bahwa Permohonan rekomendasi Menteri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 ayat (1) wajib dilengkapi dengan persyaratan sebagaimana tercantum dalam Lampiran I yang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Peraturan Menteri ini. Pasal 4 ayat (2) menyatakan bahwa Pengangkutan limbah B3 hanya diperkenankan jika penghasil telah melakukan kontrak kerjasama dengan perusahaan pemanfaatan limbah B3, penimbun limbah B3, pengolah limbah B3, dan/atau pengumpul limbah B3. Sehingga Izin pengangkutan ini tetap diperlukan dan harus dipenuhi oleh pemrakarsa kegiatan atau usaha sebagai bagian yang tidak dipisahkan dalam rangka memperoleh izin lingkungan dalam wilayah kerja badan usaha (*Integrated environmental license system*).

Pasal 102 UU PPLH menyatakan bahwa Setiap orang yang melakukan pengelolaan limbah B3 tanpa izin sebagaimana dimaksud dalam Pasal 59 ayat (4), dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 3 (tiga) tahun dan denda paling sedikit Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dan paling banyak Rp3.000.000.000,00 (tiga miliar rupiah). Sedangkan Pasal 59 (4) UU ini menyatakan bahwa Pengelolaan limbah B3 wajib mendapat izin dari Menteri, gubernur, atau bupati/walikota sesuai dengan kewenangannya.

Pasal 103 UUPPLH juga menyatakan bahwa Setiap orang yang menghasilkan limbah B3 dan tidak melakukan pengelolaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 59, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 3 (tiga) tahun dan denda paling sedikit Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dan paling banyak Rp3.000.000.000,00 (tiga miliar rupiah).

Menurut hemat kami bahwa perpanjangan tersebut sejatinya dilakukan beberapa bulan sebelum izin tersebut berakhir sehingga pada waktu izin pengelolaan limbah tersebut sudah habis/ tidak berlaku, maka perpanjangan izin yang baru tersebut yang menjadi dasar pengelolaan limbah B3. Perpanjangan izin adalah permohonan ulang atas izin yang telah diperoleh sebelumnya sehingga tidak perlu mengajukan dokumen baru kecuali ada perubahan perubahan yang berkaitan dengan substansi izin dan/atau peraturan perundang-undangan yang berlaku.

C. Kesimpulan dan Saran

C. 1. Kesimpulan

Berdasarkan analisa dan kajian yang kami lakukan maka kesimpulan dari penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Izin pengelolaan limbah B3 untuk kegiatan pengangkutan harus dipenuhi oleh seseorang atau badan hukum yang mau melakukan pengangkutan limbah B3 meskipun berada di wilayah usahanya. Akan tetapi izin tersebut harus didahului dengan adanya rekomendasi. Tanpa adanya rekomendasi maka izin Pengelolaan limbah B3 untuk kegiatan pengangkutan limbah B3 tidak akan keluar.
2. Setiap orang yang melakukan pengelolaan limbah B3 tanpa izin dapat dikenai pasal 102 dan 103 UU PPLH, akan tetapi apabila masih dalam proses perpanjangan izin maka seharusnya tidak bisa. Akan tetapi peraturan perundang-undangan tidak mengatur hal tersebut.

C. 2. Saran

Adapun saran yang dapat diberikan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Perlu dipertegas bahwa izin pengelolaan limbah B3 untuk kegiatan pengangkutan baik di dalam maupun di luar wilayah usaha suatu badan hukum tetap harus dipenuhi karena

mengingat kandungan yang sangat berbahaya dari limbah B3 dan dampak yang dapat ditimbulkannya.

2. Perlu adanya penegasan dalam peraturan perundang-undangan bahwa perpanjangan tersebut seharusnya dilakukan beberapa bulan sebelum izin tersebut berakhir sehingga pada waktu izin pengelolaan limbah tersebut sudah habis/tidak berlaku, maka perpanjangan izin yang baru tersebut yang menjadi dasar pengelolaan limbah B3. Perpanjangan izin adalah permohonan ulang atas izin yang telah diperoleh sebelumnya sehingga tidak perlu mengajukan dokumen baru kecuali ada perubahan-perubahan yang berkaitan dengan substansi izin dan/atau peraturan perundang-undangan yang berlaku.
3. Teknik bioremediasi wajib dilaksanakan terlebih dahulu dan diupayakan secara optimal sebelum cara lain digunakan dalam pengelolaan limbah B3 termasuk dalam konteks penambangan minyak dan gas bumi, hal ini harus dipertegas dengan mencantumkan kata “wajib” di peraturan perundang-undangan khususnya peraturan di bidang minyak dan gas bumi.

DAFTAR PUSTAKA

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 136, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4152)

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 140, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5059)

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

Peraturan Pemerintah Nomor 79 Tahun 2010 tentang Biaya Operasi yang Dapat Dikembalikan dan Perlakuan Pajak Penghasilan di Bidang Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2010 Nomor 139, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5173)

Peraturan Pemerintah Nomor 101 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Limbah Bahan Berbahaya dan Beracun (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 333, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5617)

Peraturan Menteri Negara Lingkungan Hidup Nomor 18 Tahun 2009 tentang Tata Cara Perizinan Pengelolaan Limbah Bahan Berbahaya dan Beracun

Keputusan Menteri Negara Lingkungan Hidup Nomor 123 Tahun 2003 tentang Tata Cara dan Persyaratan Teknis Pengolahan Limbah Minyak Bumi dan Tanah Terkontaminasi oleh Minyak Bumi Secara Biologis

Buku

Hadjon, Philipus M., *et.al. Kebutuhan akan Hukum Administrasi Umum dalam Hukum Administrasi dan Good Governance*. Jakarta: Penerbit Universitas Trisakti, 2010

Hadjon, Philipus M. *Pengertian-Pengertian Dasar tentang Tindak Pemerintahan*. Surabaya: Djumali, 1985

Harjono. *Transformasi Demokrasi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2009

Minarno, Nur Basuki. *Penyalahgunaan Wewenang dalam Pengelolaan Keuangan Daerah yang Berimplikasi Tindak Pidana Korupsi*. Yogyakarta: Laksbang Mediatama, 2010

Rangkuti, Siti Sundari. *Hukum Lingkungan dan Kebijakan Lingkungan Nasional*, Surabaya: Airlangga University Press, 2005

Stroink, F.A.M dan J.G Steenbeek. *Inleiding in het Staats en Administratief Recht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D Tjeenk Willink, 1985

Titmuss, Richard M. *Essays on The Welfare State*. London: George Allen & Unwin, 1958

Jurnal Ilmiah

Hadjon, Philipus M. "Tentang Wewenang". *Yuridika* No. 5, Sept-Des 1997. Surabaya: Universitas Airlangga, 1997

Media Internet

<http://esdm.go.id/berita/56-artikel/3507-bakteri-pengolah-limbah-minyak-bumi-yang-ramah-lingkungan.html>

<http://www.policy.hu/suharto/Naskah%20PDF/ReinventingDepsos.pdf>

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)



Law Review

Volume XVI, No. 2 – Maret 2017

Penafsiran Mahkamah Agung Terhadap Indirect Evidence Dalam Menyelesaikan Perkara Kartel: Studi Kasus Putusan Nomor 294 K/PDT.SUS/2012
(Alfeus Jebabun)

**Penentuan Besaran Suku Bunga Bank Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha
Dikaitkan Dengan Adanya Dugaan Kartel**
(Djoko Widodo)

Tinjauan Yuridis Atas Keterlambatan Pemberitahuan Pengambilalihan Saham Secara Tertulis (Studi Kasus Putusan Nomor 03/KPPU-M/2014)
(Harris Sofyan Hardwin)

**Analisis Sanksi Pidana Pada Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan
Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**
(Pandu Prabowo)

Peran Komisi Pengawas Persaingan Usaha Dalam Melakukan Penemuan Hukum dalam Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia
(Teukoe Harmanshah S. B. Ali)

**Implikasi Yuridis Kewenangan Terbatas Badan Supervisi Bank Indonesia Sebagai
Organ Pengawasan Fungsi Bank Indonesia Berdasarkan Undang-Undang No. 6 Tahun
2009 Tentang Bank Indonesia**
(Reka Dewantara)

From the Comparison of the ASEAN and European Economic Communities and the Role of Lex Mercatoria, What Factors Appear To Be Necessary To Establish Successful Single Market In ASEAN?
(Reggiannie Christy Natalia)

Problematika Normatif Syarat Subjektif Penahanan Dalam Penyidikan (Fahmi Arif)



Law Review

Volume XVI, No. 3 – November 2017

**Eksekusi Atas Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Sebagai Penyelesaian Kredit Macet Di
Lembaga Perbankan (Studi Kasus Di Bpr Puridana Arthamas Dan Bpr Armindo
Kencana)**
(Adi Widjaja, A. Rachmad Budiono, Bambang Winarno)

Perlindungan Hukum Bagi Pembeli Satuan Rumah Susun Terkait Hak Kepemilikan (Athalia Saputra)

Makna Negara Dan Konstitusi Dalam Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Bagi Warga Negara Indonesia
(Ujang Charda S.)

Hak Menguasai Negara Dalam Pemurnian Mineral Logam
Kajian PP No. 1 Tahun 2017 Terhadap UU No. 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan
Mineral Dan Batubara
 (Tuti Widyaningrum)

Aspek Hukum Perminyakan Dan Bioremediasi Dalam Rangka Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Atas Hak Mendapatkan Lingkungan Hidup Yang Baik Dan Sehat
(Bagus Oktafian Abrianto dan Franky Butar Butar)

Akibat Hukum Pengakhiran Bilateral Investment Treaty (BIT) Oleh Indonesia
(Gwendolyn Ingrid Utama dan Andhitta Audria Putri)

Perindungan Hukum Pencipta Mode Sebagai Ekonomi Kreatif Dalam Masyarakat
Ekonomi Asean
(Dwi Tatak Subagiyo)

Perindungan Hak Dan Hukum Bagi Korban Perkosaan Yang Melakukan Aborsi
Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia
(Rizky Karo Karo)



Law Review

Law Review Edisi selanjutnya.

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)

Judul Artikel Law Review Edisi Selanjutnya.
Penulis (Afiliasi Penulis)



**AKIBAT HUKUM PENGAKHIRAN *BILATERAL INVESTMENT TREATY* (BIT)
OLEH INDONESIA**

Gwendolyn Ingrid Utama dan Andhitta Audria Putri

Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan
gwen.ingrid@gmail.com dan audria.putri@gmail.com

Abstract

In order to increase economy system, every country need other country to contribute in investment as a booster in natural and human resources. This kind of cooperation is distribute through foreign investment, which is give opportunity to other country to investing in destinate country. Along with the growing number of investors as well as capital values and business fields, then governments formed a pact known as the Bilateral Investment Treaty (BIT). Similarly, Indonesia, also has a BIT against some countries. But in recent years, some of the BIT between Indonesia and other countries that have been going on for years, terminated by Indonesia. This study analyzes the legal consequences of the termination of the BIT, with the aim of finding a solution of cooperation between countries in investment without BIT.

Keywords: *foreign investment, BIT, termination*

Abstrak

Dalam rangka meningkatkan sistem perekonomian negara, setiap negara membutuhkan kerjasama dengan negara lain dalam bidang penanaman modal yang berfungsi sebagai pendongkrak pemanfaatan sumber daya, baik alam maupun manusia. Kerjasama dalam penanaman modal tersebut disalurkan melalui penanaman modal asing, yaitu kesempatan yang diberikan oleh suatu negara terhadap negara lain untuk berusaha di negara tujuan. Seiring dengan berkembangnya jumlah penanam modal serta nilai modal dan bidang usaha, maka terbentuklah suatu perjanjian yang dikenal dengan Bilateral Investment Treaty (BIT). Begitu pula dengan Indonesia, juga mempunyai BIT terhadap beberapa negara. Namun pada beberapa tahun terakhir, beberapa BIT antara Indonesia dengan negara lain yang sudah berlangsung bertahun-tahun, diakhiri oleh Indonesia. Penelitian ini menganalisis akibat hukum dari pengakhiran BIT tersebut, dengan tujuan mencari solusi kerjasama antar negara dalam penanaman modal tanpa menggunakan BIT.

Kata kunci: *penanaman modal asing, BIT, pengakhiran*

A. Pendahuluan

Dalam era Globalisasi terjadi pertukaran informasi yang cepat antara masyarakat di dunia termasuk bagi masyarakat yang hidup di Indonesia. Globalisasi berpengaruh kepada bidang ekonomi, dimana terjadi peningkatan kebutuhan sumber daya baik yang bersifat alami seperti energi maupun kebutuhan akan komoditas ekonomi berupa barang dan jasa lainnya. Kebutuhan manusia yang kian berkembang tidak dapat dipenuhi sendiri oleh industri maupun sumber daya yang dimiliki oleh satu negara. Untuk memenuhi kebutuhan tersebut perlu

dilakukan berbagai kerjasama antara negara satu dengan yang lain. Hal ini menimbulkan urgensi untuk melakukan kerjasama tidak hanya antar pelaku usaha dalam negeri tetapi juga dengan pelaku usaha yang berasal dari luar negeri.

Penanaman modal merupakan aspek penting dalam pertumbuhan ekonomi, penanaman modal asing dapat memberikan keuntungan seperti menciptakan lowongan pekerjaan bagi penduduk di negara penerima modal, menciptakan kesempatan bekerjasama dengan perusahaan lokal, meningkatkan penjualan dan produksi melalui ekspor impor. Kesempatan-kesempatan tersebut dapat menjadi sarana untuk meningkatkan devisa bagi negara.¹⁸⁹ Potensi ekonomi dari penanaman modal asing menimbulkan urgensi untuk mengatur dan melindungi penanaman modal asing secara hukum. Upaya untuk mengatur hal ini dimulai sejak Rancangan Undang-Undang Penanaman Modal Asing (RUU PMA) yang diajukan pada tahun 1952 pada masa Kabinet Ali Sastroamidjojo I. Rancangan tersebut akhirnya tidak berkelanjutan dengan jatuhnya Kabinet tersebut. Pada tahun 1953 RUU PMA dihidupkan kembali dan diajukan kepada parlemen tetapi ditolak. Kedua RUU PMA tersebut diajukan dengan tujuan untuk memberikan batasan kepada PMA sehingga stigma negatif dari masyarakat akan keberadaan modal asing dapat dieliminir. Pada tahun 1958 pada masa Kabinet Karya barulah pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat mengeluarkan Undang-Undang Penanaman Modal Asing yaitu, Undang-Undang Nomor 78 Tahun 1958, yang kemudian di perbaharui dengan Undang-Undang Nomor 15 tahun 1960.¹⁹⁰ Undang-undang tersebut kemudian dicabut serta dinyatakan tidak berlaku dan digantikan dengan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 1965. Alasan dicabutnya UU penanaman modal 1960 adalah berkembangnya pandangan masyarakat bahwa penanaman modal menghambat revolusi Indonesia sebagai negara yang merdeka.¹⁹¹

Pada awal masa pemerintahan Orde baru dibawah kepemimpinan Presiden Soeharto, penanaman modal kembali disadari sebagai aspek penting dalam pembangunan perekonomian nasional. Didukung dengan keadaan perekonomian nasional yang mengalami guncangan dimana negara harus menghadapi utang luar negeri sebesar 2 Miliar Dollar. Laju inflasi pada saat itu sekitar 20-30% per bulan. Keadaan ekonomi yang mengkhawatirkan tersebut mendorong pemerintah untuk mengadakan pendekatan baru dalam membuat

¹⁸⁹ Suparji, *Penanaman Modal Asing di Indonesia Insentif Versus Pembatasan* (Jakarta: Universitas Al-Azhar, 2008), hal. 1

¹⁹⁰ Hulman Panjaitan dan Anner Mangatur Sianipar, *Hukum Penanaman Modal Asing* (Jakarta: Penerbit IND HILL CO, 2008), hal. 1

¹⁹¹ *Ibid.*

kebijaksanaan ekonomi termasuk didalamnya dengan mengundang kembali penanaman modal asing. Atas tujuan tersebut, lahirlah Undang-undang penanaman modal yang baru yaitu Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (UU PMA). UU PMA tersebut membuka Indonesia menjadi negara yang lebih liberal dan terbuka terhadap penanaman modal asing. UU PMA berlaku selama 40 tahun hingga tahun 2007 pada saat lahirnya Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UU PM). UU PM memuat pengaturan penanaman modal baik penanaman modal asing maupun dalam negeri.

Undang-Undang Penanaman Modal tahun 2007 tersebut diselenggarakan berdasarkan asas kepastian hukum, keterbukaan, akuntabilitas, perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara, kebersamaan, efisiensi berkeadilan, dan berkelanjutan.¹⁹² Dalam asas-asas tersebut terkandung kepastian hukum, yaitu Indonesia sebagai negara hukum meletakkan hukum dan ketentuan perundangan-undangan sebagai dasar dalam kebijakan dan tindakan dalam bidang penanaman modal. Yang artinya penanaman modal dilaksanakan sesuai hukum dan memberikan kepastian hukum bagi para investor yang menanamkan modalnya di Indonesia. Asas perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara, merupakan asas yang bersifat non-diskriminasi artinya setiap investor asing yang berasal dari negara asing manapun mendapat perlakuan yang sama di mata hukum.¹⁹³ Undang-undang tersebut dibuat dengan tujuan untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional, menciptakan lapangan kerja, meningkatkan pembangunan ekonomi berkelanjutan, meningkatkan kemampuan daya saing dunia usaha nasional, meningkatkan kapasitas dan kemampuan teknologi nasional, mendorong pengembangan ekonomi kerakyatan, mengolah ekonomi potensial menjadi kekuatan ekonomi riil, serta meningkatkan kesejahteraan masyarakat.¹⁹⁴ Tujuan-tujuan tersebut tentu untuk meningkatkan perekonomian nasional melalui dana yang diterima dari penanam modal baik dalam maupun luar negeri. Dengan adanya investasi tersebut, negara berkembang seperti Indonesia dapat memperoleh dana investasi yang kemudian dimanfaatkan untuk meningkatkan perekonomian. Penanaman modal asing dapat menjadi sarana bagi pengusaha lokal untuk mengembangkan usahanya baik secara kapital (modal) maupun teknologi dan manajemen.

¹⁹² *Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal*, Pasal 3 ayat (1)

¹⁹³ *Penjelasan Umum Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal*

¹⁹⁴ *Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal*, Pasal 3 ayat (2)

Selain melalui hukum nasional, penanaman modal asing juga tunduk kepada perjanjian-perjanjian internasional yang berupa kerjasama antara Indonesia dan negara lain. Karena, kerjasama di bidang ekonomi tidak hanya dilakukan antara individu tetapi juga antara dua negara atau lebih. Negara sebagai subyek hukum dapat melakukan perjanjian kerjasama transnasional baik secara bilateral maupun multilateral. Perjanjian-perjanjian tersebut dibuat untuk memudahkan investasi asing yang dapat membantu pertumbuhan ekonomi nasional. Investasi asing merupakan sarana yang vital bagi pembangunan global serta kemakmuran.¹⁹⁵ Indonesia telah melakukan berbagai perjanjian internasional terkait penanaman modal baik secara bilateral maupun multilateral yang dilakukan untuk mendorong penanaman modal asing.

Meningkatkan perekonomian nasional dapat didorong dengan membuka diri kepada investor asing, yaitu diantaranya dengan menciptakan keadaan yang atraktif bagi investor asing seperti memberikan kemudahan dan fasilitas penanaman modal untuk investor. Salah satu upaya yang dilakukan oleh negara berkembang untuk menarik PMA adalah dengan melakukan perjanjian penanaman modal Bilateral dengan negara-negara maju. Perjanjian ini disebut Perjanjian Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M) atau *Bilateral Investment Treaty* (BIT). BIT yang dilakukan antara negara maju dan Indonesia dapat menjadi sarana untuk mempromosikan transfer modal, teknologi, dan kemampuan manajerial, memperbaiki ekonomi. Dengan adanya BIT yang dilakukan antar negara, diharapkan investasi yang dilakukan oleh investor asing terlindungi dari resiko-resiko politik seperti perubahan rezim dan kebijakan politik dan ekonomi di negara penerima.¹⁹⁶ BIT dianggap sebagai salah satu sarana bagi Indonesia untuk menjamin kepastian hukum bagi para investor yang menanamkan modalnya di Indonesia. Dalam konteks Indonesia contohnya, sering terjadi perubahan-perubahan regulasi terkait penanaman modal saat bergantinya rezim pemerintahan, hal ini kerap menimbulkan rasa khawatir bagi investor. BIT dapat menanggulangi kekhawatiran tersebut dengan menjanjikan payung hukum yang dianggap lebih stabil bagi investor asing.

BIT merupakan salah satu bentuk dari perjanjian internasional yang mengikuti prinsip-prinsip dasar perjanjian internasional sebagaimana diatur dalam *Vienna Convention on the of Treaties* 1969. Indonesia telah terlibat dalam berbagai BIT sejak tahun 1960-an dan meningkat secara pesat pada tahun 1990-an, saat ini telah ada lebih dari 62 negara yang

¹⁹⁵ August Reinisch, *Standards of Investment Protection* (New York: Oxford University Press, 2008), hal. 9

¹⁹⁶ *Ibid.*, hal. 10

membuat BIT.¹⁹⁷ Indonesia sendiri sejak tahun 1960-an telah memiliki lebih dari 60 BIT. Perjanjian BIT yang dilakukan antara dua negara dibidang investasi diharapkan dapat memberikan jaminan akan adanya perlindungan terhadap investasi yang dilakukan oleh subjek-subjek hukum antar kedua negara yang melakukan hubungan-hubungan kerjasama dalam bidang investasi.

BIT secara umum menjamin investor untuk mendapatkan perlindungan dari *host state* atau negara penerima modal atas investasinya, hal-hal yang secara universal terkandung dalam BIT adalah:¹⁹⁸

1. *Non-discrimination treatment*
2. *Fair and equitable treatment*
3. Perlindungan dari tindakan pengambil-alihan atau nasionalisasi
4. Mekanisme penyelesaian sengketa antara investor dan negara melalui *Investor-State Dispute Settlement (ICSID)*

Perlindungan-perlindungan tersebut diberikan untuk menciptakan iklim yang kondusif bagi penanaman modal asing sehingga menarik dan meningkatkan PMA ke negara berkembang seperti Indonesia. *BITs* bersandar pada keinginan dari negara-negara maju untuk dapat berinvestasi dengan aman di negara-negara berkembang (termasuk Indonesia) dimana selain terlindungi secara hukum melalui hukum nasional yang berlaku di masing-masing negara juga membutuhkan sebuah kerangka hukum internasional untuk memfasilitasi dan memberi rasa aman bagi investor. Tanpa *BITs*, investor internasional dipaksa hanya mengandalkan hukum perlindungan hukum melalui hukum nasional yang seringkali dianggap beresiko bagi para investor asing.¹⁹⁹ Akan tetapi, perlu dicatat bahwa perjanjian BIT hanya berlaku bagi investor yang telah memperoleh persetujuan hukum sebagaimana diatur dalam UU Penanaman Modal.²⁰⁰

Salah satu hal terpenting yang diatur oleh BIT adalah mekanisme penyelesaian sengketa melalui ICSID yang berkedudukan di Washington D.C. ICSID adalah badan

¹⁹⁷ Yahya Harahap, *Arbitrase* (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hal. 5

¹⁹⁸ Wenhua Shan, *The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study* (Oxford: Hart Publishing, 2001), hal. 21

¹⁹⁹ Jeswald W. Salacuse dan Nicholas P. Sullivan, "Do BITs Really Work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their grand Bargain", *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (Oxford: Oxford Scholarship Online, 2009), hal. 4

²⁰⁰ Theodoor Bakker, Chandrawati Dewi, dan Gustaaf Reerink, "Indonesia: The Foreign Investment Regulation Review - Third Edition", <http://www.mondaq.com/x/461126/Inward+Foreign+Investment/The+Foreign+Investment+Regulation+Review+Third+Edition>, diakses 3 September 2016

arbitrase yang didirikan berdasarkan Konvensi tentang Penanaman Modal antara Negara dan Warga Negara dari Negara yang Lain yang ditandatangani di Washington DC pada 18 Maret 1965 dan berkedudukan di Washington. Kelahiran ICSID diprakarsai oleh Bank Dunia (*World Bank*) sebagai lembaga arbitrase untuk menyelesaikan perselisihan antara Negara dan penanam modal. Indonesia telah menjadi anggota ICSID sejak tahun 1968 dengan diratifikasinya konvensi tersebut melalui Undang-Undang No.5 Tahun 1968 Tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal. Klausula arbitrase tersebut kemudian dituangkan dalam BIT antara Indonesia dengan negara lain dengan *pactum de compromittendo* yaitu klausula yang memuat kesepakatan para pihak untuk menyelesaikan sengketa yang muncul antara mereka melalui seorang arbiter atau badan arbitrase.²⁰¹ Pada umumnya pihak pemberi modal menuntut agar perjanjian memuat klausula arbitrase yang tunduk kepada ICSID. Dengan adanya kesepakatan tersebut, maka ICSID telah diberikan kewenangan untuk menyelesaikan perselisihan yang muncul antara Negara dan investor dari negara yang memiliki BIT dengan Indonesia.

Kewenangan ICSID tersebut telah mengakibatkan kerugian bagi Indonesia karena Indonesia telah beberapa kali menghadapi permohonan dari para investor asing yang merasa dirugikan oleh Pemerintah Indonesia karena melanggar ketentuan-ketentuan yang diatur dalam BIT. Permohonan yang dalam beberapa tahun ini di hadapi oleh Indonesia yaitu PT Newmont v Indonesia, Ravat Ali Rizvi v Indonesia, dan yang saat ini masih berjalan Churchill Mining v Indonesia. Dalam kasus-kasus tersebut Indonesia harus menghadapi permohonan ganti rugi yang bernilai puluhan miliar dollar. Dalam sistem arbitrase ICSID, negara hanya dapat menanggapi klaim dari pihak pemohon tetapi tidak bisa mengajukan permohonan kepada investor.²⁰² Sengketa arbitrase ICSID selain beresiko merugikan negara untuk membayar ganti rugi kepada investor juga memakan biaya yang besar untuk mendanai proses arbitrase tersebut.

Selain potensi terjadinya sengketa melalui arbitrase internasional, BIT yang dibuat oleh Indonesia pada tahun 1960-an dianggap sudah tidak relevan dengan kondisi ekonomi Indonesia saat ini. Perlindungan hukum yang diberikan untuk investor asing dalam BIT menimbulkan berbagai kontroversi, karena sering kali dianggap merugikan *host state* karena memberikan begitu banyak hak istimewa bagi investor asing. BIT seringkali hanya memuat

²⁰¹ Sudargo Gautama, *Indonesian Business Law* (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 1995), hal. 440

²⁰² Mahnaz Malik, "The Stakes of States in Defending Investment Treaty Arbitration: A game of luck and chance?", *Background Papers* dalam IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators (New Delhi: International Institute for Sustainable Development, October 27-29, 2010), hal. 1

kewajiban bagi negara penerima seperti Indonesia dan memberikan berbagai hak istimewa bagi investor asing. BIT memberikan hak kepada investor untuk melakukan perlawanan terhadap negara yang mengganggu investasi, sebagai contoh merusak perjanjian, menerapkan peraturan yang diskriminatif, membatalkan izin atau menyita properti.²⁰³ Perlindungan BIT juga meliputi perlindungan dari ekspropriasi yaitu, pengambil-alihan aset oleh negara tanpa notifikasi dan kompensasi yang sesuai dengan nilai investasi dalam pasar.²⁰⁴ Ketentuan tersebut dibuat untuk melindungi kepentingan investor untuk melindungi investasinya di Indonesia.

Keberadaan BIT yang menjadi payung hukum tambahan selain hukum nasional kerap dianggap mengganggu kedaulatan Indonesia sebagai negara yang berwenang untuk mengatur aktivitas penanaman modal yang dilakukan di wilayahnya, Atas alasan tersebut, pada tahun 2014 pemerintah Indonesia memutuskan untuk mengakhiri BIT yang telah dijalin dengan Belanda dengan tidak memperpanjang perjanjian yang habis masa berlakunya pada Juni 2015. Lebih lanjut, pemerintah Indonesia berkeinginan untuk tidak memperpanjang seluruh BIT dengan negara lain setelah masa berlakunya berakhir.²⁰⁵ Perjanjian penanaman modal berupa BIT yang telah dilakukan oleh Indonesia diantaranya dilakukan dengan negara-negara yang memiliki hubungan bisnis dengan Indonesia secara signifikan termasuk, Australia, Cina, Perancis Jerman, Singapura, Spanyol, Swedia, dan Inggris. Selain BIT antara Indonesia dan Belanda, pada tahun 2015 telah berakhir BIT antara Indonesia dengan Perancis, Italia, dan Hungaria. Berita dari berakhirnya BIT antara Indonesia dan Belanda mendorong investor asing untuk segera mengambil langkah preventif untuk melindungi investasinya di Indonesia.²⁰⁶ Hal ini dikhawatirkan oleh investor akan mengganggu kegiatan usahanya di Indonesia.

Berakhirnya BIT antara Indonesia dan Belanda memiliki efek yang signifikan mengingat banyaknya investor asal Belanda yang telah menanamkan modalnya di Indonesia. Investor asing asal Belanda telah menanamkan modal di Indonesia dalam berbagai sektor, termasuk pertambangan, minyak dan gas, perbankan, industri manufaktur, retail, serta

²⁰³ Calvin A. Hamilton dan Paula Rochwerger, "Trade and Investment: Foreign Direct Investment through Bilateral and Multilateral Treaties". *New York International Law Review*, Winter 2005, Vol. 18, No. 1 (New York: New York State Bar Association, 2005), hal. 1

²⁰⁴ *Bilateral Investment Treaty between Netherlands and Indonesia (1994)*, Article 5(1)

²⁰⁵ Norton Rose Fulbright, "Indonesia Signals Intention to Terminate More Than 60 Bilateral Investment Treaties", <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/116101/indonesia-signals-intention-to-terminate-more-than-60-bilateral-investment-treaties>, diakses pada 28 Mei 2016

²⁰⁶ Antony Crockett, "Indonesia's Bilateral Investment Treaties: Between Generations?", *ICSID Review (2015)* 30 (2) (Oxford: Oxford University Press on behalf of ICSID, 2015), hal. 437

infrastruktur. Investasi pada bidang-bidang tersebut tentunya dilakukan dalam jumlah yang besar mencapai miliaran dollar. Investor-investor asal belanda di Indonesia contohnya, Shell, Unilever, ABN AMRO, dan sebagainya. Perusahaan-perusahaan tersebut telah melakukan aktivitas bisnis-nya di Indonesia berpuluh-puluh tahun dan telah membantu perekonomian Indonesia. Seperti dengan membukakan lapangan kerja bagi masyarakat, memberikan teknologi untuk menggali dan mengolah sumber daya alam, meningkatkan sistem manajerial diberbagai perusahaan, dan lain-lain.

Berakhirnya BIT antara Indonesia dan Belanda kemudian diikuti juga dengan berakhirnya berbagai BIT yang dilakukan oleh Indonesia dengan negara-negara lainnya. Sejak pengumuman pemerintah tentang berakhirnya BIT antara Indonesia dan Belanda pada tahun 2014, pada tahun 2015 Indonesia telah memberikan pemberitahuan kepada Hungaria, Perancis dan Italia bahwa BITs dengan negara-negara tersebut tidak akan diperpanjang.²⁰⁷ Baru-baru ini, pemerintah Singapura telah diberitahu bahwa BIT Singapura-Indonesia tidak akan diperpanjang ketika berakhir pada 20 Juni 2016. Hal tersebut menimbulkan kekhawatiran bagi investor yang sebelumnya telah menikmati kenyamanan dari perlindungan investasi dalam BIT serta memiliki hak untuk menegakkan hak-hak tersebut melalui arbitrase.²⁰⁸ Berakhirnya BIT tentu diikuti dengan berakhir dan hilangnya perlindungan-perindungan hukum yang terkandung didalamnya. Sehingga, investor asing yang berasal dari negara-negara yang BIT-nya telah berakhir dengan Indonesia perlu memikirkan alternatif perlindungan hukum yang stabil dan dapat diandalkan.

Keputusan pemerintah Indonesia untuk mengakhiri adalah keputusan yang kontroversial karena dapat dipandang sebagai langkah positif untuk menegakkan kedaulatan hukum Indonesia akan tetapi seperti yang telah dipaparkan, mengurangi kepercayaan investor terhadap Indonesia. Menurut Hikmahanto Juwana, langkah pemerintah untuk menghentikan BIT merupakan langkah yang positif, karena BIT seringkali memuat klausul-klausul yang merugikan Indonesia.²⁰⁹ Klausul-klausul yang merugikan diantaranya, pajak berganda dan penyelesaian sengketa pada forum ICSID. Selanjutnya, keputusan investor untuk berinvestasi tidak semata-mata berpaku pada kemudahan tetapi terpengaruh juga oleh ketersediaan

²⁰⁷ "BIT by BIT: Indonesia's Move Away From Bilateral Investment Treaties Continues". <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/bit-by-bit-indonesias-move-away-from-bilateral-investment-treaties-continues/>, diakses 3 Juli 2016

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ "Sering Dirugikan Indonesia Harus moratorium BIT", <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt539abacadb117/sering-dirugikan--indonesia-harus-moratorium-bit>, diakses 20 Mei 2016

sumber daya tertentu serta standar gaji di negara penerima.

Pada sisi lain, Indonesia masih membutuhkan penanaman modal untuk dapat meningkatkan roda perekonomian. Penanaman modal asing dapat membuka perekonomian Indonesia kepada kancan internasional. Dengan adanya transfer ilmu pengetahuan dan teknologi yang terjadi akibat penanaman modal, perekonomian Indonesia dapat berkembang dan bersaing secara internasional. Investasi asing merupakan sarana yang vital bagi pembangunan nasional serta kemakmuran. Dengan adanya investasi asing, negara yang sedang berkembang dapat memanfaatkannya untuk membangun industri lokal dan memperbaiki infrastruktur negaranya. Berbagai upaya untuk menarik investor asing seperti memberikan ruang usaha yang lebih luas, memberi kemudahan untuk kepemilikan usaha di Indonesia, serta memberikan insentif untuk bagi penanam modal merupakan langkah yang efektif untuk mengkondisikan Indonesia sebagai negara yang atraktif bagi investor.

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, BIT dapat menjadi salah satu cara untuk mempromosikan peluang investasi dan mengelola risiko bagi investor ketika berinvestasi di negara asing. Sebelum membuat investasi asing, investor akan mempertimbangkan dengan hati-hati perlindungan investor yang tersedia, dan struktur investasi mereka sehingga dapat menerima perlindungan dan BIT merupakan bentuk perlindungan yang efektif.²¹⁰ Alasan investor pihak asing membutuhkan perlindungan diluar hukum nasional adalah ketidakfamiliaran mereka atas sistem tata hukum yang berlaku di negara lain serta terdapat keraguan terhadap obyektivitas hukum setempat. Sehingga perlindungan melalui perjanjian internasional diharapkan dapat memberikan perlindungan hukum yang adil untuk semua pihak.

Berdasarkan latar belakang yang telah dipaparkan, peneliti tertarik untuk meneliti secara lebih lanjut akibat hukum yang timbul dari berakhirnya BIT yang telah dilakukan oleh pemerintah Indonesia. Hal ini menarik bagi peneliti karena, pada satu sisi, sebagai negara yang berdaulat Indonesia berhak untuk menempatkan hukum nasional sebagai keutamaan. Akan tetapi pada sisi lainnya aktivitas ekonomi tidak bisa luput dari investor asing. Dalam hal tersebut, Indonesia sebagai negara penerima modal harus dapat memberikan rasa aman kepada calon investor yang akan berinvestasi di Indonesia. Perlindungan hukum yang diberikan oleh BIT bagi investor asing dapat menjadi media untuk menarik investor dan

²¹⁰ Herbert Smith Freehills LLP, "Termination of Indonesia's Bilateral Investment Treaties: Considerations for Japanese Investors", <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d48d5edb-b22c-4c39-bc4d-505a3f7f09a6>, diakses 10 Mei 2016

menempatkan Indonesia sebagai pelaku yang signifikan pada perekonomian global. Sehingga untuk menutupi kekosongan hukum dari berakhirnya BIT perlu ada payung hukum alternatif yang tetap dapat melindungi kepentingan nasional maupun mengelola resiko investor asing dalam menanamkan modal dalam yurisdiksi hukum Indonesia.

Fokus pembahasan penelitian ini adalah mengenai pembentukan dan pelaksanaan BIT dalam penanaman modal asing di Indonesia yang disertai dengan akibat hukum dari berakhirnya BIT terhadap Penanaman Modal Asing di Indonesia. Artikel ini merupakan hasil penelitian yang dilakukan pada tahun 2016 dengan judul “Akibat Hukum Pengakhiran Bilateral Investment Treaty (BIT) oleh Indonesia”. Untuk itu peneliti mengucapkan terima kasih kepada Universitas Pelita Harapan atas dukungannya berupa dana melalui skema penelitian Fakultas Hukum No. No. P-009-FH/X/2016.

B. Pembahasan

B. 1. Pembentukan dan Pelaksanaan BIT dalam Penanaman Modal Asing di Indonesia

BIT adalah perjanjian yang disepakati oleh dua negara untuk melindungi investasi. BIT dilakukan antara negara maju seperti negara-negara Eropa dan Amerika Serikat dengan negara berkembang seperti Indonesia.²¹¹ BIT secara umum memuat enam prinsip yaitu, akses, kewajaran, keamanan, transparansi, non-diskriminasi, dan due process yang memberikan kemudahan bagi investor asing berinvestasi di negara penerima (host state) melalui kepastian hukum.²¹²

Diadakannya perjanjian investasi antara negara maju dan negara berkembang di latar belakang oleh kekhawatiran investor asing yang berasal dari negara maju terhadap perjanjian investasi yang dilakukannya di negara berkembang.²¹³ Kekhawatiran tersebut terutama kepada pemerintah negara penerima investasi. Pada pertengahan abad ke-20, terdapat banyak investor asing yang mengalami kerugian yang diakibatkan oleh kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah negara setempat seperti ekspropriasi dan nasionalisasi tanpa kompensasi yang sesuai. Sehingga sering kali investor terpaksa untuk merenegosiasikan investasinya.²¹⁴ Hasil renegosiasi tersebut tidak selalu menguntungkan sehingga dapat menimbulkan sengketa

²¹¹ Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation* (New York: Oxford University Press, 2010), hal. 19

²¹² *Ibid.*

²¹³ Jeswald W. Salacuse dan Nicholas P. Sullivan, *Op. Cit.*, hal. 200

²¹⁴ *Ibid.*

antara investor dan pemerintah negara penerima modal. Hal ini menimbulkan kebutuhan untuk mengadakan perjanjian internasional terkait investasi baik dalam tingkat bilateral maupun multilateral. Ketika dua negara sepakat untuk terikat dalam perjanjian BIT, kedua negara memberikan perlindungan yang berlaku bagi para pihak.

BIT secara umum mengandung klausa-klausa yang menyangkut PMA dengan meliberalisasi investasi di negara penerima sehingga diharapkan dapat meningkatkan dan mengundang investor asing untuk menanamkan modalnya. Klausa-Klausa tersebut mengandung perlakuan-perlakuan istimewa untuk penanam modal yang berasal dari negara yang menyetujui BIT. Perlakuan ini antara lain bahwa mereka akan diperlakukan oleh *host country* secara layak dan jaminan pemberian ganti rugi apabila terjadi pengambilalihan atau nasionalisasi oleh *host country* atau kerusakan akibat terjadinya kerusuhan politik dan sosial.²¹⁵ Jenis-jenis perlindungan bagi investor yang diberikan oleh BIT adalah:

1. *National treatment atau Most favoured national treatment*
2. *Fair and equitable treatment*
3. *Protection from expropriation and performance requirements for investments*
4. *Access to neutral dispute settlement*

Adanya perlindungan-perlindungan tersebut diharap dapat menjamin perlindungan hukum bagi investor.

Maksud dari *national treatment* dalam BIT adalah kewajiban bagi negara penerima investasi untuk memperlakukan investor asing secara setara dengan penanam modal dalam negeri.²¹⁶ Perlakuan tersebut bertujuan untuk meningkatkan status hukum dari investor asing. Akan tetapi, perlakuan *national treatment* pada umumnya memiliki beberapa batasan sehingga negara penerima modal tetap dapat mengontrol kepentingan domestiknya.²¹⁷ Batasan-batasan dari *National Treatment* yang diterapkan di Indonesia contohnya pembatasan kepemilikan saham dalam PT PMA sebagaimana diatur dalam Daftar Negatif Investasi (DNI), kewajiban untuk memiliki izin prinsip dari BKPM, dan peraturan-peraturan lainnya yang terkait dengan pendirian PT PMA. Meskipun ada pembatasan-pembatasan dari perlakuan *national treatment* pihak negara penerima modal tetap berkewajiban untuk memberikan perlakuan adil serta perlindungan hukum secara keseluruhan kepada investor.

²¹⁵ August Reinisch, *Op. Cit.*, hal. 2

²¹⁶ Doizer dan Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (The Hague: Kluwer Academic Publisher, 1995), hal. 63

²¹⁷ *Ibid.*

Dengan adanya klausa *national treatment* dalam BIT, investor asing wajib untuk diperlakukan secara non-diskriminatif dimata hukum dari investor dalam negeri.

Alternatif dari klausa *national treatment* adalah *most-favoured nation treatment* (MFN), yang dimana investor asing mendapatkan perlindungan yang sama atau tidak di bawah dari investor asing lainnya yang dilindungi oleh traktat atau perjanjian investasi lainnya yang sejenis.²¹⁸ Klausa MFN menganut paham *equality of states* yang mewajibkan perlakuan setara bagi investor tanpa memandang negara asalnya. MFN adalah salah satu standar perlakuan yang banyak dianut dalam berbagai perjanjian investasi internasional, MFN menjamin kesetaraan bagi investor untuk dapat berkompetisi baik dalam sektor perdagangan, investasi, maupun kerjasama ekonomi lainnya.²¹⁹ Hal ini dilakukan untuk mencegah perlakuan diskriminatif antara investor yang berasal dari negara-negara yang berbeda oleh negara penerima modal. MFN juga dapat memuat pengecualian, contohnya dalam model BIT Kerajaan Belanda yang memperbolehkan perlakuan lebih istimewa kepada investor yang berasal dari negara yang terintegrasi dalam perjanjian perdagangan bebas dan perjanjian ekonomi sejenis.²²⁰ Contoh dari pengecualian MFN adalah kerjasama seperti NAFTA, ASEAN, dan Uni Eropa.

Selanjutnya BIT juga memuat *fair and equitable treatment* (FET), yaitu jaminan tidak adanya diskriminasi terhadap para pihak dalam menjalankan investasi.²²¹ Prinsip persamaan hak ini sesuai dengan Konvensi Wina tahun 1969 tentang Perjanjian Internasional yang memuat prinsip persamaan hak dan penentuan nasib sendiri bagi bangsa, persamaan kedaulatan serta kemerdekaan dari semua negara, prinsip tidak mencampuri urusan dalam negara lain, prinsip untuk tidak menggunakan ancaman atau kekerasan.²²² FET memiliki pengertian yang luas, secara umum FET didefinisikan sebagai Suatu standar yang diatur oleh hukum internasional mengenai perlakuan negara terhadap properti yang dimiliki oleh warga negara asing di dalam teritori negaranya. Standar ini mewajibkan diberikannya perlindungan kepada properti asing sebagaimana perlindungan yang diberikan kepada warga negaranya sendiri, dengan catatan bahwa standar yang diberlakukan dalam hukum nasional negara harus

²¹⁸ OECD, "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment* 2004/02 (OECD Publishing: 2004), hal. 2, <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>

²¹⁹ *Ibid.*, hal. 16

²²⁰ *Ibid.*, hal. 6

²²¹ Tudor, Iona. "The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment", *European Journal of International Law* 20 (2009) (Oxford: Oxford University Press, 2008), hal. 315

²²² *Vienna Convention on the Law of Treaties*

memenuhi standar minimum perlakuan berdasarkan hukum kebiasaan internasional.²²³ Jaminan FET adalah salah satu hal sentral yang terkandung dalam BIT, baik untuk menjamin berjalannya investasi maupun dalam penyelesaian sengketa yang muncul dari investasi.

Pelindungan yang diberikan oleh BIT juga mencakup *Protection from expropriation and performance requirements for investments* yang merupakan jaminan yang diberikan oleh pemerintah negara penerima modal untuk melindungi investasi dari tindakan nasionalisasi yang dilakukan secara satu pihak tanpa kompensasi.²²⁴ Hal ini mencakup ekspropriasi yang dilakukan secara langsung maupun tidak langsung. Menurut Novele, dalam praktek PMA terdapat kasus nasionalisasi atau pengambilalihan langsung yang cenderung merampas sehingga merugikan investor.²²⁵ Ekspropriasi langsung tidak hanya semata-mata pengambilalihan saham tetapi juga mencakup pengurangan nilai properti yang dimiliki oleh swasta. BIT melalui klausula yang melindungi investor dari ekspropriasi tanpa kompensasi, karena dalam prinsip hukum perdata internasional perlu ada kepastian hukum bagi investor untuk terlindungi nilai investasinya.²²⁶

Dalam setiap BIT terdapat klausula yang menjamin *Access to neutral dispute settlement* dalam konteks ini adalah akses untuk menyelesaikan sengketa antara negara dan investor melalui *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). ICSID merupakan pusat arbitrase internasional yang khusus untuk menyelesaikan persengketaan antara negara dengan warga negara asing yang didirikan sesuai dengan ketentuan dalam *Convention on Settlement of Investment Dispute Between State and National of Other State*. Dalam praktek PMA terdapat kemungkinan munculnya perbedaan pendapat antara penanam modal dengan negara penerima modal. Klausula penyelesaian melalui arbitrase di ICSID memberikan alternatif bagi investor untuk mengajukan gugatan ke ICSID selain dari penyelesaian sengketa yang dilakukan melalui pengadilan negeri. Dalam konteks Indonesia dan negara berkembang lainnya, seringkali investor merasa tidak percaya dengan keobyektifan pengadilan setempat. Sedangkan dengan penyelesaian sengketa melalui mekanisme arbitrase di ICSID diharapkan dapat memberikan penyelesaian sengketa yang bersifat netral karena dilakukan menurut tata cara internasional. Adanya klausula tersebut

²²³ “Dissenting Opinion of Arbitrator Asante to AAPL v. Sri Lanka”, *OECD Draft Convention* (OECD, 1990), Paragraf 639

²²⁴ OECD, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law* (OECD, 2004), hal. 3

²²⁵ *Ibid.*, hal. 4

²²⁶ *Ibid.*, hal. 22

merupakan salah satu hal esensial yang dapat meningkatkan kepercayaan investor untuk berinvestasi di suatu negara.

Hal-hal yang secara umum termuat dalam BIT bertujuan untuk meningkatkan kepastian hukum bagi investor karena BIT pada dasarnya diadakan untuk menjamin hak dan kewajiban antara kedua negara yang menyepakati perjanjian BIT. Namun tidak menutup kemungkinan bahwa BIT memuat klausula-klausula yang lebih menguntungkan salah satu pihak (keuntungan berat sebelah), kemungkinan terbesarnya adalah merugikan pihak yang membutuhkan (dalam hal ini pihak negara berkembang yang umumnya berada pada posisi yang lebih membutuhkan). Hal ini menyebabkan negara berkembang seperti Indonesia mengkaji ulang keberadaan BIT. BIT telah dilaksanakan oleh pemerintah Indonesia sejak era orde baru pada tahun 1960-an, sehingga pemerintah menilai terdapat banyak klausula yang sudah tidak relevan dengan keadaan penanaman modal saat ini. Pada setiap BIT seperti BIT antara Belanda dan Indonesia, memuat pasal mengenai berakhirnya BIT. Berikut adalah pasal yang menjelaskan mekanisme berakhirnya BIT:²²⁷

- 1) *The present Agreement shall enter into force on the first day of the third month after the date of the latest notification by any Contracting Party of the accomplishment of the procedures constitutionally required in their respective countries. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue to be in force thereafter for another period of ten years and so forth unless denounced in writing by either Contracting Party one year before its expiration.*
- 2) *In respect of investments made prior to the date of termination of the present Agreement, the foregoing Articles shall continue to be effective for a further period of fifteen years from the date of termination of the present Agreement.*

Menurut pasal tersebut disebutkan dengan jelas, BIT antara Belanda dan Indonesia berlaku selama 10 tahun sejak berlakunya perjanjian tersebut pada tahun 1995 dan akan terus terbaharui secara otomatis setiap 10 tahun jika tidak ada pemberitahuan tertulis dari salah satu pihak untuk mengakhiri BIT. Pada tahun 2014, pemerintah Indonesia memberikan notifikasi kepada Belanda untuk mengakhiri BIT sehingga BIT antara Belanda dan Indonesia berakhir secara efektif pada tahun 2015.

Pasal yang mengatur tentang berakhirnya BIT tersebut sesuai dengan peraturan dalam *Vienna Convention on the Laws of Treaties* (VCLT) pada pasal 42 (2) yaitu: *The termination*

²²⁷ *Bilateral Investment Treaty between Netherlands and Indonesia* (1994), Lampiran 3

of a treaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or of the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.

Bahwa berakhirnya traktat harus dilakukan sesuai dengan tata cara yang telah disepakati oleh para pihak dan tercantum dalam traktat yang bersangkutan. Dalam hal ini kedua belah pihak dalam perjanjian telah menyepakati tata cara berakhirnya traktat tersebut melalui notifikasi secara tertulis untuk tidak lagi memperpanjang kerjasamanya.

Secara teoritis menurut hukum perdata internasional, berakhirnya BIT dibagi menjadi dua yaitu *mutual termination* dan *unilateral termination*. Dalam perjanjian bilateral yang dilakukan oleh dua negara, ketika salah satu pihak berkeputusan untuk melakukan denunciation atau mengakhiri secara sepihak maka secara otomatis traktat tersebut berakhir untuk kedua belah pihak.²²⁸

Traktat dapat berakhir melalui *mutual termination* yaitu berakhirnya traktat yang secara bersama-sama disetujui oleh para pihak yang terlibat dalam traktat tersebut.²²⁹ Mekanisme berakhirnya BIT melalui persetujuan dari para pihak ini diakui oleh Pasal 54(a) dari VCLT yang dimana pengakhiran traktat diperbolehkan untuk dilakukan sepanjang sesuai dengan provisi yang telah disepakati oleh para pihak dalam traktat tersebut selanjutnya mekanisme berakhirnya traktat diatur dalam masing-masing perjanjian. Contohnya dalam BIT yang dilakukan antara Indonesia dan Belanda, terdapat persyaratan yang mewajibkan pihak yang ingin mengakhiri untuk memberikan notifikasi kepada pihak lainnya untuk mengakhiri BIT. Begitu juga dalam BIT antara Indonesia dan Republik Rakyat Cina (RRC) yang juga dapat diakhiri melalui pemberitahuan tertulis.²³⁰ Dengan adanya persetujuan dari para pihak untuk mengakhiri perjanjian BIT pada waktu tertentu, maka BIT berakhir.

Traktat dapat juga diakhiri melalui *unilateral termination* atau *withdrawal* yang dimana keinginan untuk mengakhiri traktat datang dari salah satu pihak dalam perjanjian yang bersangkutan. Keputusan untuk keluar atau mengakhiri traktat yang datang dari satu pihak dapat dipandang melalui dua sudut pandang. Yang pertama, *unilateral treaty*

²²⁸ Laurence R. Helfer, "Terminating Treaties", http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5338&context=faculty_scholarship, diakses 16 Oktober 2016

²²⁹ Ed. Steffen Hindelang and Markus Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016), hal. 245

²³⁰ *Agreement between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The People's Republic of China on The Promotion and Protection of Investments*, Article 13 (1)

withdrawal dipandang sebagai hak dari sebuah negara yang dijamin secara hukum.²³¹ Sedangkan bagi pihak yang tidak ingin perjanjian berakhir menganggap keputusan yang dilakukan secara sepihak menganggap keluarnya sebuah negara dari traktat sebagai tindakan yang tidak konsisten dari negara yang ingin keluar tersebut.²³² Secara prosedural terdapat enam model prosedur untuk mengakhiri traktat secara sepihak yaitu:²³³

- a. Traktat yang dapat diakhiri sepihak setiap saat;
- b. Traktat yang memuat klausa yang mencegah pembatalan selama periode tahun tertentu sejak traktat mulai berlaku atau dari tanggal ratifikasi oleh negara peserta;
- c. Traktat yang hanya mengizinkan pembatalan pada interval waktu yang tetap;
- d. Traktat yang hanya dapat diakhiri pada periode tertentu atau pada kejadian tertentu;
- e. Traktat yang pembatalannya terjadi secara otomatis setelah ratifikasi akan ketentuan atau negosiasi;
- f. Traktat yang tidak memuat pembatalan secara sepihak .

Setiap traktat dapat memuat berbagai macam prosedur tersebut, sehingga jika sebuah negara berkeputusan untuk mengakhiri perjanjian atau mundur dari perjanjian harus mengacu kepada perjanjian yang telah disepakati.

Dalam hukum penanaman modal di Indonesia, BIT berfungsi sebagai pelengkap dari peraturan hukum penanaman modal nasional. Peraturan utama yang mengatur Penanaman Modal saat ini adalah melalui UU PM yang didalamnya sebetulnya telah mengatur perlindungan bagi investor asing. Perlindungan bagi investor asing yang terdapat di UU PM adalah perlakuan yang sama atau *fair and equitable treatment*, perlindungan dari pengambilalihan aset tanpa kompensasi, hak repatriasi, dan juga memuat ketentuan penyelesaian sengketa baik melalui lembaga peradilan nasional maupun melalui arbitrase. Akan tetapi, hukum nasional dianggap tidak cukup untuk melindungi kepentingan investor asing karena seringkali rentan dari pengaruh situasi politik sehingga dianggap sebagai tidak dapat secara stabil melindungi investor.²³⁴ Atas alasan tersebutlah BIT yang dibuat menurut hukum internasional dianggap sebagai perlindungan hukum yang lebih stabil untuk

²³¹ Laurence R. Helfer, "Exiting Treaties", *Virginia Law Review* [Vol. 91:2005], http://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/1579_0.pdf, hal. 1593

²³² *Ibid.*, hal.1594

²³³ *Ibid.*, hal. 1597

²³⁴ Hasil wawancara dengan Valenshia Destaningtyas, Staf Direktorat Kerjasama Regional Badan Koordinasi Penanaman Modal, tanggal 19 November 2016

melindungi kepentingan investor.²³⁵ Selain itu, perlindungan hukum yang merupakan perjanjian internasional dianggap oleh pihak asing sebagai jaminan bahwa investasinya dilakukan sesuai dengan standar hukum internasional.

Salah satu keistimewaan dari BIT adalah ketentuan mengenai penyelesaian sengketa antara negara dan investor melalui badan arbitrase ICSID. Dalam konteks Indonesia, hal ini sering dianggap oleh investor sebagai keistimewaan yang penting karena lembaga peradilan nasional dianggap tidak adil dan korup. ICSID dipandang sebagai badan yang dapat menyelesaikan sengketa secara adil karena merupakan badan yang netral.²³⁶ Investor asing terutama yang berasal dari negara-negara Eropa dan Amerika seringkali memiliki keraguan kepada lembaga peradilan yang ada di negara-negara berkembang. Investor-investor tersebut juga ragu dengan stabilitas politik, keamanan, dan birokrasi di negara berkembang termasuk Indonesia.²³⁷

Dengan adanya klausula mengenai penyelesaian sengketa melalui ICSID yang diatur dalam BIT, investor mendapatkan hak untuk mengugat pemerintah apabila negara dianggap telah melakukan pelanggaran dalam menjalankan prinsip-prinsip seperti *fair and equitable treatment*, *Most-Favoured Nation Treatment*, *Expropriation*, dan *full protection of investment*.²³⁸ Contohnya apabila terdapat peraturan yang tumpang tindih sehingga merugikan investor atau ada peraturan baru yang memaksa investor mengubah struktur investasinya. Salah satu contoh nyata adalah kewajiban divestasi saham sebagaimana diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 77 Tahun 2014 tentang Perubahan Ketiga atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara. Dalam peraturan tersebut, para pemegang Izin Usaha Pertambangan (IUP) dan pemilik IUP khusus (IUPK) yang telah melakukan eksplorasi hanya boleh dimiliki saham asing sebesar 75%.²³⁹ Dengan adanya BIT terutama peraturan mengenai expropriasi, investor yang harus melakukan divestasi atas peraturan tersebut dijamin untuk mendapatkan kompensasi yang sesuai.

²³⁵ Kenneth J. Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements", <https://jilp.law.ucdavis.edu/issues/volume-12-1/van5.pdf>, diakses 15 November 2016, hal. 193-194

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*, hal. 188

²³⁸ "What Indonesia's Reconsideration of Bilateral Investment Treaties Means for Foreign Investors", <http://www.jonesday.com/files/Publication/292eda73-84ac-495b-83d4-20318fed41ce/Presentation/PublicationAttachment/3659f711-0a69-4cc0-9255-2e786cceff1ce/Turning%20Tides%20-%20Indonesia%27s%20Reconsideration.pdf>, diakses 10 November 2016

²³⁹ Peraturan Pemerintah Nomor 77 Tahun 2014 tentang Perubahan Ketiga atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara, Pasal 7c

Melihat hal tersebut, BIT memiliki berbagai keistimewaan dalam hal memberikan kepastian hukum bagi para penanam modal asing. BIT memastikan warga negara dari negara yang memiliki BIT dengan Indonesia seperti Belanda, Malaysia, India, Jerman, dan lainnya mendapatkan perlindungan hukum. BIT juga menunjukkan komitmen pemerintah Indonesia untuk melindungi dan memudahkan akses bagi penanam modal asing. Meskipun hal-hal yang diatur dalamnya diatur juga oleh UU PM, hukum nasional dapat saja diganti secara tiba-tiba tanpa pemberitahuan. Dalam konteks tersebut BIT dapat memberikan perlindungan hukum yang stabil dan tidak rentan dari faktor-faktor non ekonomi yang dapat mengganggu keberlangsungan usaha para penanam modal. Perlindungan-perlindungan istimewa tersebut diharapkan dapat mempromosikan dan meningkatkan penanaman modal asing di Indonesia.

B. 2. Akibat Hukum Berakhirnya BIT Terhadap Penanaman Modal Asing di Indonesia

Berakhirnya suatu perjanjian BIT yang dilakukan secara sepihak atau *unilateral termination* tidak mengakibatkan perubahan hukum secara langsung terhadap pihak-pihak yang terlibat. Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 70 VCLT berakhirnya perjanjian yang dilakukan berdasarkan konvensi tersebut melepaskan para pihak dari kewajiban dengan terjadinya pemutusan traktat, akan tetapi tidak mempengaruhi hak, kewajiban, atau situasi hukum antara para pihak yang telah dilaksanakan sebelum tanggal pemberhentian perjanjian berlaku.²⁴⁰ Notifikasi untuk mengakhiri perjanjian internasional tidak menghilangkan kewajiban negara untuk memenuhi kewajiban apapun yang terkandung dalam perjanjian. Ketentuan tersebut berlaku kepada perjanjian yang diakhiri secara sepihak maupun berdasarkan kesepakatan para pihak,²⁴¹ sehingga dalam konteks Indonesia yang memberikan notifikasi untuk tidak melanjutkan atau mengakhiri BIT dengan negara lain, Indonesia tetap memiliki kewajiban untuk memenuhi perjanjian BIT hingga tanggal berakhirnya perjanjian tersebut.

Selain itu pada umumnya BIT mengandung *sunset clauses* yang memastikan keberlangsungan perlindungan terhadap investor hingga periode tertentu. Pada BIT antara Indonesia dan Belanda terdapat *sunset clause* dengan periode selama 15 tahun.²⁴² Hal ini

²⁴⁰ Vienna Convention on the Laws of Treaties, Article 70

²⁴¹ Laurence R. Helfer, "Terminating Treaties", *Loc.Cit.*, hal. 640

²⁴² "BIT by BIT: Indonesia's Move away from bilateral investment treaties continues", <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/bit-by-bit-indonesias-move-away-from-bilateral-investment-treaties-continues/>, diakses 16 Oktober 2016

diatur dalam Pasal 15 (2) dalam BIT Indonesia dan Belanda yang dimana menjamin provisi yang diatur didalamnya tetap berlaku secara efektif selama 15 tahun sejak tanggal berakhirnya BIT tersebut.²⁴³ Akan tetapi, ketentuan tersebut hanya berlaku bagi investasi yang dilakukan sebelum 1 Juli 2015 saat perjanjian BIT berakhir sehingga investor yang telah menanamkan modalnya tetap mendapatkan proteksi dari BIT. Penanaman modal yang baru dilaksanakan setelah tanggal 1 Juli 2015 sudah tidak mendapat perlindungan dari BIT yang termasuk didalamnya ketentuan mengenai mekanisme penyelesaian sengketa ISDS melalui ICSID. Dalam hal ini pihak yang paling terpengaruh secara hukum dari berakhirnya BIT adalah investor asing yang menanamkan modalnya setelah masa berlaku BIT selesai. Bagi investor yang sudah terlebih dahulu masuk ke Indonesia, mereka masih mendapat perlindungan dari BIT melalui keberadaan *sunset clause*. Sehingga dalam keadaan dimana mereka merasa dirugikan atau menemukan wanprestasi oleh pihak pemerintah Indonesia, investor masih dapat mengajukan gugatan melalui forum ICSID.

Seperti yang telah dijelaskan pada bagian sebelumnya, dalam sistem hukum penanaman modal yang berlaku di Indonesia BIT berfungsi sebagai perlindungan hukum tambahan dari UU PM. BIT berfungsi sebagai perlindungan hukum yang stabil, pasti, dan tidak terpengaruh dengan perubahan politik. BIT dalam sistem hukum penanaman modal memberikan rasa aman bagi investor dari perubahan hukum yang terjadi secara tiba-tiba dan peraturan yang saling bertentangan yang dapat mengakibatkan ketidakpastian hukum. Sehingga berakhirnya BIT menimbulkan rasa kekhawatiran dari pihak investor dalam hal perlindungan hukum. Hal ini menimbulkan urgensi bagi investor yang tertarik untuk menanamkan modalnya di Indonesia perlu untuk mencari payung hukum alternatif untuk melindungi investasinya.

Dalam konteks perlindungan melalui perjanjian internasional investor dapat melihat perjanjian seperti *ASEAN Comprehensive Investment Agreement* (ACIA), yang merupakan perjanjian multilateral antara negara anggota ASEAN. ACIA yang dilakukan secara kolektif oleh negara-negara ASEAN tersebut pertama kali dicetuskan pada ASEAN Economic Ministers Meeting ke 39 di Makati City, Filipina pada 23 Agustus 2007, pertemuan tersebut merupakan kelanjutan dari ASEAN Investment Area Agreement (AIA Agreement) yang

²⁴³ *Bilateral Investment Treaty between Netherlands and Indonesia*, Article 15 (2)

ditandatangani negara anggota ASEAN pada 7 Oktober 1998.²⁴⁴ Dalam ACIA, terdapat provisi mengenai investasi dengan klausa-klausa seperti BIT seperti *National Treatment, fair and equitable treatment, expropriation and compensation*, dan ketentuan ISDS. Perbedaan ACIA dengan BIT selain merupakan perjanjian yang dilakukan multilateral, ACIA merupakan perjanjian internasional yang bersifat komprehensif sehingga mencakup tidak hanya investasi tetapi juga ketentuan mengenai perdagangan. Selain itu, ACIA yang baru ditandatangani oleh negara-negara ASEAN pada tahun 2012 memiliki model yang lebih modern dibandingkan oleh BIT yang telah memiliki model yang sama sejak tahun 1960-an. ACIA sudah dibuat sesuai dengan perkembangan zaman contohnya, dalam ACIA definisi dari investasi mencakup aset yang berupa *Intellectual Property* atau Hak Kekayaan Intelektual. ACIA yang bersifat komprehensif ini lebih relevan jika dibandingkan dengan BIT yang telah berlaku puluhan tahun.

ACIA yang memuat berbagai provisi yang sama dengan BIT dapat menggantikan BIT sebagai payung hukum tambahan untuk melindungi PMA. Akan tetapi, keberlakuan ACIA hanya terbatas kepada negara-negara yang telah menandatangani. Negara yang merupakan anggota dari perjanjian ACIA yang sebelumnya memiliki BIT dengan Indonesia adalah Singapura, Malaysia, Laos, Kamboja, dan Vietnam. Bagi investor yang berasal dari negara-negara tersebut, saat BIT dengan Indonesia berakhir secara otomatis terlindungi oleh ACIA. Akan tetapi bagi investor yang tidak berasal dari negara anggota ACIA seperti Belanda, Swiss, Turki, India, dan Finlandia yang sebelumnya mendapatkan perlindungan dari BIT, mereka tidak dapat memanfaatkan perlindungan hukum yang diberikan oleh ACIA. Untuk dapat dilindungi oleh ACIA investor yang berasal dari negara non-ASEAN dapat merestrukturisasi investasinya dengan mendirikan badan hukum di negara ASEAN seperti di Singapura. Selanjutnya badan hukum tersebut harus memenuhi persyaratan investor yang diatur dalam ACIA. Salah satu persyaratan tersebut adalah wajib untuk beroperasi sebagai badan usaha yang substantif dalam wilayah negara anggota ACIA, sehingga badan hukum tersebut tidak bisa hanya berupa *holding* atau perusahaan induk dan harus memiliki kegiatan usaha yang riil. Apabila tidak memenuhi persyaratan tersebut, maka investor dikecualikan dari perlindungan ACIA.

²⁴⁴ “ASEAN Comprehensive Investment Agreement”, http://www.asean.org/storage/images/2013/economic/aia/ACIA_Final_Text_26%20Feb%202009.pdf, diakses 3 Oktober 2016

Seperti BIT, ACIA juga memuat mekanisme ISDS melalui ICSID yang memberikan yurisdiksi terhadap forum arbitrase tersebut untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi antara investor dan negara. Klausula ICSID yang berada pada ACIA membuka jalan bagi investor yang berasal dari negara-negara ASEAN untuk tetap dapat mengajukan gugatan melalui ICSID. Sehingga dalam konteks ini akibat hukum dari berakhirnya BIT antara Indonesia dengan negara ASEAN adalah adanya perubahan dasar hukum untuk menggugat negara ke forum arbitrase ICSID. Melihat keberadaan *sunset clause* pada BIT serta adanya perjanjian multilateral seperti ACIA yang secara umum melindungi investor, sejumlah besar investor asing di Indonesia masih dapat menikmati manfaat dari perlindungan hukum yang diberikan oleh perjanjian internasional. Artinya, berakhirnya BIT tidak menutup kemungkinan Indonesia masih harus menghadapi sengketa ISDS.²⁴⁵ Akan tetapi merujuk kepada alasan pemerintah untuk mengakhiri BIT yaitu investor asing dapat dengan mudahnya mengajukan gugatan melalui ICSID, dengan berakhirnya BIT mekanisme untuk mengajukan gugatan akan menjadi lebih rumit. Jika dalam BIT seluruh investor yang berkewarganegaraan dari negara yang memiliki BIT dengan Indonesia dapat secara otomatis memiliki hak untuk menggugat. Sedangkan dalam *framework* multilateral treaty (MIT) terdapat syarat-syarat yang lebih restriktif bagi investor untuk dapat menggugat Indonesia ke ICSID.

Hierarki hukum yang mengatur penyelesaian sengketa ISDS adalah sebagai berikut:²⁴⁶

1. Ketentuan dalam BIT;
2. Ketentuan dalam hukum nasional;
3. Hukum internasional dan hukum kebiasaan internasional.

Menurut hierarki tersebut maka ketentuan dalam BIT yang merupakan perjanjian antara dua negara merupakan peraturan yang spesifik mengatur PMA antara kedua negara sehingga bersifat *lex specialis*. Sedangkan ketentuan hukum nasional seperti UU PM dan ketentuan menurut hukum internasional dan kebiasaan internasional bersifat *lex generalis*. Tanpa

²⁴⁵ Alvin Yeo SC dan Smitha Menon. "Indonesia – Arbitrating with Foreign Parties: A Closer Look at Indonesia's Approach to Investor-State Dispute Settlement". *18 Asian Dispute Review, Issue 3* (Leiden: Kluwer Law International, 2016), hal. 130

²⁴⁶ Fritz Horas Silalahi, "Indonesia Arbitration Update", Dipresentasikan pada Konferensi APRAG 2016 di Bali: BANI Arbitration Center, 7 Oktober 2016), <http://www.apragbali2016.baniarbitration.org/filepaper/Session%203/Fritz%20Silalahi.pdf>, diakses 28 November 2016

adanya BIT maka, penyelesaian sengketa ISDS harus mengikuti hukum nasional dan hukum internasional serta hukum kebiasaan internasional.

Dalam hukum nasional yaitu UU PM, penyelesaian sengketa antara negara dan investor telah diatur dalam Pasal 32 (4) yaitu,

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.²⁴⁷

Dalam konteks ini, arbitrase internasional untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal antara negara dan investor ada ICSID. Kesepakatan para pihak yang menentukan forum manakah yang memiliki kewenangan untuk menyelesaikan sengketa dapat berbentuk BIT maupun *multilateral treaties*. Melalui perjanjian internasional tersebut, setiap pihak yang terlibat telah memberikan *consent* terhadap mekanisme penyelesaian sengketa. Tanpa adanya BIT atau perjanjian lainnya yang memuat kesepakatan antara para pihak atas wewenang lembaga arbitrase tertentu maka forum arbitrase internasional tidak memiliki yurisdiksi untuk menyelesaikan sengketa yang timbul diantara para pihak. Selain pengaturan dalam UU PM tersebut, Indonesia juga telah meratifikasi konvensi ICSID melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warganegara Asing Mengenai Penanaman Modal. Dalam undang-undang tersebut, diatur pada Pasal 2 bahwa pemerintah memiliki wewenang untuk memberikan persetujuan atas penyelesaian sengketa antara warganegara asing dan negara dilakukan menurut konvensi ICSID. Mengacu kepada peraturan tersebut, maka apabila pemerintah setuju untuk beracara di ICSID sengketa antara investor asing dan pemerintah dapat diselesaikan melalui forum arbitrase tersebut. Bentuk persetujuan pemerintah dalam konteks ini dapat berbentuk BIT.

Pengaruh dari berakhirnya BIT tidak hanya terhadap aspek perlindungan hukum terhadap investor tetapi juga memiliki akibat-akibat non hukum. Akibat non hukum atas berakhirnya BIT adalah terhadap reputasi Indonesia sebagai *host state* dalam menjaga kepercayaan investor. Keputusan Indonesia untuk keluar dari BIT menimbulkan persepsi dari para investor bahwa pemerintah Indonesia tidak serius untuk menjamin investasi para investor.²⁴⁸ Citra Indonesia yang dianggap sebagai negara berkembang dan belum stabil secara politik berpotensi untuk memperlambat masuknya modal ke wilayah Indonesia.

²⁴⁷ Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, Pasal 32 ayat (4)

²⁴⁸ Hasil wawancara dengan Valenshia Destaningtyas, Staf Direktorat Kerjasama Regional Badan Koordinasi Penanaman Modal, tanggal 19 November 2016

Sementara Indonesia masih membutuhkan investor asing untuk terus meningkatkan pertumbuhan ekonomi.

C. Kesimpulan

Pembentukan BIT secara umum mengandung klausa-klausa yang menyangkut PMA dengan meliberalisasi investasi di negara penerima sehingga diharapkan dapat meningkatkan dan mengundang investor asing untuk menanamkan modalnya. Klausa-Klausa tersebut mengandung perlakuan istimewa dalam rangka memberikan perlindungan untuk penanam modal yang berasal dari negara yang menyepakati BIT. Jenis-jenis perlindungan bagi investor yang diberikan oleh BIT adalah:

- a. *National treatment atau Most favoured national treatment*
- b. *Fair and equitable treatment*
- c. *Protection from expropriation and performance requirements for investments*
- d. *Access to neutral dispute settlement*

Salah satu keistimewaan dari BIT adalah ketentuan mengenai penyelesaian sengketa antara negara dan investor melalui badan arbitrase ICSID. Dalam pelaksanaannya di Indonesia, hal ini sering dianggap oleh investor sebagai keistimewaan yang penting karena lembaga peradilan nasional dianggap tidak adil dan korup. ICSID dipandang sebagai badan yang dapat menyelesaikan sengketa secara adil karena merupakan badan yang netral.²⁴⁹ Investor asing terutama yang berasal dari negara-negara Eropa dan Amerika seringkali memiliki keraguan kepada lembaga peradilan yang ada di negara-negara berkembang. Investor-investor tersebut juga ragu dengan stabilitas politik, keamanan, dan birokrasi di negara berkembang termasuk Indonesia.²⁵⁰ Dengan adanya klausula mengenai penyelesaian sengketa melalui ICSID yang diatur dalam BIT, investor mendapatkan hak untuk mengugat pemerintah apabila negara dianggap telah melakukan pelanggaran dalam menjalankan prinsip-prinsip seperti *fair and equitable treatment*, *Most-Favoured Nation Treatment*, *Expropriation*, dan *full protection of investment*. Pada pelaksanaannya, BIT menjamin kepastian hukum atas perlindungan investasi asing dan mekanisme penyelesaian sengketa ISDS melalui forum arbitrase ICSID.

Akibat hukum dari berakhirnya BIT tidak terjadi secara langsung atas keberadaan sunset clause yang tetap melindungi investor yang sudah terlebih dahulu berinvestasi sebelum BIT berakhir. Sunset clause tersebut menjamin investor untuk tetap terlindungi

²⁴⁹ Kenneth J. Vandeveld, *Loc. Cit.*, hal. 193-194

²⁵⁰ *Ibid.*

provisi dalam BIT hingga 15 tahun setelah berakhirnya BIT. Bagi investor yang berasal dari negara-negara ASEAN, tidak ada akibat hukum yang signifikan karena terlindungi oleh ACIA yang memiliki provisi yang mirip dengan BIT. Dalam konteks tersebut, terjadi perubahan dasar hukum perlindungan dari BIT yang dilakukan secara bilateral antara negara investor dengan Indonesia menjadi perlindungan yang disetujui melalui perjanjian multilateral yaitu ACIA. Bagi investor yang tidak berasal dari negara ASEAN atau negara lain yang memiliki perjanjian multilateral terkait investasi, perlindungan hukum atas investasinya akan bergantung sepenuhnya kepada ketentuan hukum nasional yaitu UU PM.

DAFTAR PUSTAKA

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

Peraturan Pemerintah Nomor 77 Tahun 2014 tentang Perubahan Ketiga atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara

Buku

Doizer dan Stevens. *Bilateral Investment Treaties*. The Hague: Kluwer Academic Publisher, 1995

Gautama, Sudargo. *Indonesian Business Law*. Jakarta: Citra Aditya Bakti, 1995

Harahap, Yahya. *Arbitrase*. Jakarta: Sinar Grafika, 2004

OECD. *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*. OECD, 2004

Oxford. Ed. Steffen Hindelang and Markus Krajewski. *Shifting Paradigms in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016

Panjaitan, Hulman dan Anner Mangatur Sianipar. *Hukum Penanaman Modal Asing*. Jakarta: Penerbit IND HILL CO, 2008

Reinisch, August. *Standards of Investment Protection*. New York: Oxford University Press, 2008

Salacuse, Jeswald W. dan Nicholas P. Sullivan. "Do BITs Really Work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their grand Bargain". *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2009

Shan, Wenhua. *The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study*. Oxford: Hart Publishing, 2012

Suparji. *Penanaman Modal Asing di Indonesia Insentif Versus Pembatasan*. Jakarta: Universitas Al-Azhar, 2008

Vandeveld, Kenneth J. *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*. New York: Oxford University Press, 2010

Jurnal Ilmiah

Crockett, Antony. “Indonesia’s Bilateral Investment Treaties: Between Generations?”. *ICSID Review* (2015) 30 (2). Oxford: Oxford University Press on behalf of ICSID, 2015

Hamilton, Calvin A. dan Paula Rochwerger. “Trade and Investment: Foreign Direct Investment through Bilateral and Multilateral Treaties”. *New York International Law Review*, Winter 2005, Vol. 18, No. 1. New York: New York State Bar Association, 2005

Helfer, Laurence R. “Extinct Treaties”. *Virginia Law Review* [Vol. 91:2005]. http://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/1579_0.pdf

SC, Alvin Yeo dan Smitha Menon. “Indonesia – Arbitrating with Foreign Parties: A Closer Look at Indonesia’s Approach to Investor-State Dispute Settlement”. *18 Asian Dispute Review*, Issue 3. Leiden: Kluwer Law International, 2016

Tudor, Iona. “The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment”. *European Journal of International Law* 20 (2009). Oxford: Oxford University Press, 2008

Vandeveld, Kenneth J. “A Brief History of International Investment Agreements”. <https://jilp.law.ucdavis.edu/issues/volume-12-1/van5.pdf>

Makalah

Malik, Mahnaz. “The Stakes of States in Defending Investment Treaty Arbitration: A game of luck and chance?”. *Background Papers* dalam IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators. New Delhi: International Institute for Sustainable Development, October 27-29, 2010

OECD. “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”. *OECD Working Papers on International Investment* 2004/02 (OECD Publishing: 2004). <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>

Silalahi, Fritz Horas. “Indonesia Arbitration Update”. Dipresentasikan pada Konferensi APRAG 2016 di Bali: BANI Arbitration Center, 7 Oktober 2016. <http://www.apragbali2016.baniarbitration.org/filepaper/Session%203/Fritz%20Silalahi.pdf>

Perjanjian Internasional

Agreement between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The People's Republic of China on The Promotion and Protection of Investments (1994)

Agreement between The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of The Republic of Indonesia for the Promotion and Protection of Investments (1977)

Bilateral Investment Treaty between Netherlands and Indonesia (1994)

Vienna Convention on The Law of Treaties

Media Internet

“BIT by BIT: Indonesia's Move Away From Bilateral Investment Treaties Continues”.
<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/bit-by-bit-indonesias-move-away-from-bilateral-investment-treaties-continues/>

“Sering Dirugikan Indonesia Harus moratorium BIT”.
<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt539abacadb117/sering-dirugikan--indonesia-harus-moratorium-bit>

“What Indonesia's Reconsideration of Bilateral Investment Treaties Means for Foreign Investors”. <http://www.jonesday.com/files/Publication/292eda73-84ac-495b-83d4-20318fed41ce/Presentation/PublicationAttachment/3659f711-0a69-4cc0-9255-2e786cce1ce/Turning%20Tides%20-%20Indonesia%27s%20Reconsideration.pdf>

Bakker, Theodoor, Chandrawati Dewi, dan Gustaaf Reerink. “Indonesia: The Foreign Investment Regulation Review - Third Edition”.
<http://www.mondaq.com/x/461126/Inward+Foreign+Investment/The+Foreign+Investment+Regulation+Review+Third+Edition>

Fullbright, Norton Rose. “Indonesia Signals Intention to Terminate More Than 60 Bilateral Investment Treaties”. <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/116101/indonesia-signals-intention-to-terminate-more-than-60-bilateral-investment-treaties>

Helfer, Laurence R. “Terminating Treaties”. http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5338&context=faculty_scholarship

Herbert Smith Freehills LLP. “Termination of Indonesia's Bilateral Investment Treaties: Considerations for Japanese Investors”.
<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d48d5edb-b22c-4c39-bc4d-505a3f7f09a6>

Lain-lain

“Dissenting Opinion of Arbitrator Asante to AAPL v. Sri Lanka”. *OECD Draft Convention*. OECD, 1990

**PERLINDUNGAN HUKUM PENCIPTA MODE SEBAGAI EKONOMI KREATIF
DALAM MASYARAKAT EKONOMI ASEAN**

Dwi Tatak Subagiyo

Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya
tataksubagiyo@gmail.com

Abstract

The creative economy is closely related to copyright because the development of the creative economy focuses on the creation of goods and services by relying on the skills, talents and creativity that can bring economic benefits to its creators. The creative economy in the AEC era made the fashion copyright vulnerable to piracy because the MEA imposed a single market on ASEAN member countries. Hijacking resulted in the creator experiencing moral loss because he felt his work was not appreciated and material losses because his work has been scattered but did not provide incentives to the creator. The form of copyright protection to the creative economy in the MEA is evident from the government's policy of updating the UUHC and the approval of the Presidential Regulation on Bekraf. Bekraf is tasked with establishing policies toward the creative economy. The UUHC renewal and the endorsement of the Presidential Regulation on Bekraf are expected to meet the elements of protection and development of the creative economy.

Keywords: *Copyright of Fashion, Creative Economy, ASEAN Economic Community*

Abstrak

Ekonomi kreatif erat hubungannya dengan hak cipta karena perkembangan ekonomi kreatif berfokus kepada penciptaan barang dan jasa dengan mengandalkan keahlian, bakat dan kreativitas yang dapat mendatangkan manfaat ekonomi kepada penciptanya. Ekonomi kreatif di era Masyarakat Ekonomi ASEAN (selanjutnya disebut MEA), membuat hak cipta mode rentan terkena pembajakan karena MEA memberlakukan pasar tunggal terhadap negara anggota ASEAN. Pembajakan mengakibatkan pencipta mengalami kerugian moril karena merasa hasil karyanya tidak dihargai dan kerugian materiil karena hasil karyanya telah tersebar namun tidak memberikan insentif kepada pencipta. Bentuk perlindungan hak cipta sebagai ekonomi kreatif dalam MEA terlihat dari kebijakan pemerintah memperbaharui UUHC dan pengesahan Peraturan Presiden No. 72 tahun 2015 tentang Perubahan Atas Peraturan No 6 Tahun 2015 Tentang Badan Ekonomi Kreatif yang kemudian disingkat Perpres Bekraf. Bekraf bertugas untuk menetapkan kebijakan terhadap ekonomi kreatif. Pembaruan UUHC dan mengesahkan Perpres Bekraf diharapkan dapat memenuhi unsur perlindungan dan pengembangan ekonomi kreatif.

Kata Kunci: *Hak Cipta mode, Ekonomi Kreatif, Masyarakat Ekonomi ASEAN*

A. Pendahuluan

Seiring berkembangnya ilmu pengetahuan, teknologi, perekonomian, hubungan politik dan kepastian hukum hal ini mendorong terciptanya suatu hubungan yang saling membangun antara negara bertetangga di ASEAN dengan tujuan yang sama dan kemampuan yang terbatas. Negara-negara yang tergabung di ASEAN sepakat untuk membuat suatu kerjasama ekonomi ASEAN yang diarahkan kepada pembentukan Komunitas Ekonomi ASEAN yang disebut dengan Masyarakat Ekonomi ASEAN kemudian disingkat dengan MEA. MEA adalah kesepakatan yang dibuat oleh para pimpinan ASEAN untuk membentuk pasar tunggal di kawasan Asia Tenggara. Pasal 1 angka 1 Undang-undang No. 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta yang kemudian disebut dengan UUHC adalah hak eksklusif pencipta yang timbul secara otomatis berdasarkan prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembahasan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Hak eksklusif yang dimaksud dalam pengertian hak cipta adalah kebebasan yang dimiliki pemilik hak cipta untuk menggunakan dan memanfaatkan hasil ciptaannya dan prinsip deklaratif yaitu hak yang dimiliki oleh pihak yang pertama kali mencatatkan ciptaan.

Pembaharuan UUHC dikarenakan perkembangan ekonomi kreatif yang menjadi salah satu andalan Indonesia, mengingat hak cipta menjadi basis terpenting dari ekonomi kreatif nasional. UUHC yang memenuhi unsur perlindungan dan pengembangan ekonomi kreatif ini maka diharapkan kontribusi sektor hak cipta dan hak terkait bagi perekonomian negara dapat lebih optimal.

Ekonomi kreatif adalah pemanfaatan sumber daya yang bukan hanya terbarukan, bahkan tak terbatas yaitu ide, gagasan, bakat, atau talenta dan kreativitas. Nilai ekonomi dari suatu produk atau jasa di era kreatif tidak lagi ditentukan oleh bahan baku atau sistem produksi seperti pada era industri, tetapi lebih kepada pemanfaatan kreativitas dan penciptaan inovasi melalui perkembangan teknologi yang semakin maju. Ekonomi kreatif terbukti berpengaruh positif dalam membangun, menggali dan mengembangkan potensi kreativitas yang dimilikinya. Negara-negara membangun potensi ekonomi kreatif dengan caranya masing-masing sesuai dengan kemampuan yang dimiliki negara tersebut.²⁵¹ Salah satu tujuan dibentuknya MEA adalah untuk mengembangkan ekonomi kreatif yang erat hubungannya

²⁵¹ Wenny, "Analisis Prospek Ekspor Industri Kreatif dalam Meningkatkan Perekonomian Indonesia", <http://repository.usu.ac.id/bitstream/123456789/31611/5/Chapter%20I.pdf> (Medan: Fakultas Ekonomi Universitas Sumatera Utara) diakses tanggal 2 Februari 2017

dengan bidang HKI yang nantinya diharapkan dapat meningkatkan pendapatan masing-masing negara anggota ASEAN. Hal ini dibuktikan dengan dengan diterbitkannya Peraturan Presiden No. 6 tahun tentang Badan Ekonomi Kreatif 2015 dan kemudian dirubah dengan Peraturan Presiden No. 72 tahun 2015 tentang Perubahan Atas Peraturan No 6 Tahun 2015 Tentang Badan Ekonomi Kreatif yang kemudian disingkat Perpres Bekraf. Berdasarkan Pasal 2 Perpres Bekraf, Bekraf mempunyai tugas membantu Presiden dalam merumuskan, menetapkan, mengoordinasikan, dan sinkronisasi kebijakan di bidang ekonomi kreatif. Berdasarkan uraian yang telah disampaikan, maka rumusan masalah yang menjadi pembahasan dalam tulisan ini adalah “bagaimana urgensi hak cipta mode sebagai ekonomi kreatif dalam masyarakat ekonomi ASEAN?”, dan “bagaimana perlindungan hukum pencipta mode sebagai ekonomi kreatif dalam masyarakat ekonomi asean?”.

B. Pembahasan

B. 1. Urgensi Hak Cipta Mode Sebagai Ekonomi Kreatif Dalam Masyarakat Ekonomi ASEAN

Mode atau fesyen (*Inggris: fashion*) adalah gaya berpakaian yang populer dalam suatu budaya. Secara umum, fesyen termasuk masakan, bahasa, seni, dan arsitektur.²⁵² Hak Cipta mode menjadi urgen untuk dilindungi karena mode merupakan salah satu dari tiga sektor ekonomi kreatif yang menyumbangkan PDB terbanyak yaitu sebesar 18% (delapan belas persen) setiap tahunnya. Pemerintah menargetkan pada tahun 2020 mode menyumbang 20% PDB dengan menjadikan Indonesia sebagai pusat mode pakain muslin sedunia.²⁵³ Hak cipta mode juga rentan terjadi pembajakan. Pembajakan adalah suatu pelanggaran hak cipta yang sering dialami oleh pencipta dan pemegang hak cipta. Penggandaan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah proses, cara perbuatan membajak. Membajak hak cipta yaitu mengambil hasil ciptaan orang lain tanpa sepengetahuan dan izin pemiliknya. Menurut Pasal 1 angka 23 UUHC Pembajakan adalah penggandaan ciptaan dan/ atau produk Hak Terkait secara tidak sah dan pendistribusi an barang hasil penggandaan dimaksud secara luas untuk memperoleh keuntungan ekonomi. Pembajakan terjadi bila melanggar pasal 44 dan 48 UUHC. Pelanggaran hak cipta terjadi bila ciptaan yang digandakan merupakan karya yang Persyaratan secara implisit mengindikasikan norma sebaliknya bahwa karya yang

²⁵²<https://id.wikipedia.org/wiki/Mode>, diakses tanggal 12 Oktober 2017

²⁵³Sabartua Tampubolon, “Pentingnya Pemetaan dan Harmonisasi Regulasi Ekonomi Kreatif”, <http://lppm.ugm.ac.id/wp-content/uploads/2016/11/Presentasi-BEKRAF-UGM-28-11-16.pdf>, disampaikan pada FGD Harmonisasi Regulasi Ekraf (Yogyakarta: BEKRAF, 18 November 2016), hal. 19

digandakan merupakan ciptaan milik umum, maka pembajakan yang dilakukan ini bukan merupakan tindakan pelanggaran hak cipta. Interpretasi ini perlu di konfirmasi mengingat tindakan pembajakan seperti ini merupakan tindakan pelanggaran hak moral dan hak ekonomi pencipta, yang di beberapa negara perlindungan hukum tidak mengenal batas waktu artinya bersifat abadi.²⁵⁴

Industri kreatif rentan dengan isu pembajakan yang kerap menyerap para pelaku di dalamnya. Kemiripan rancangan antara desainer yang satu dengan desainer lainnya sering terjadi. Kemiripan tersebut sering menimbulkan dugaan pembajakan yang tentunya bisa merugikan pemilik ide asli. Kerugian yang dialami akibat pembajakan desain bisa berupa materiil maupun non-materiil. Misalnya angka penjualan menurun karena ternyata hasil rancangan yang sama persis dengan milik desainer lain lalu dijual lebih murah sehingga mengurangi penghasilan. Sementara kerugian non-materiil lebih kepada harga diri sang desainer, yang merasa hasil karya yang telah diciptakan dengan susah payah tidak dihargai karena dibajak begitu saja.

Desainer bisa melakukan langkah untuk mencegah karyanya tidak dibajak begitu saja oleh orang lain yaitu dengan cara melaporkan hasil rancangan yang telah dibajak tanpa harus mencatatkannya terlebih dahulu ke Direktorat Jenderal Kekayaan Intelektual (Dirjen KI) jika itu bersifat hak cipta. Hak cipta tidak perlu didaftarkan sejauh desainer bisa membuktikan karyanya sendiri yang bisa dilihat dari tanggal pembuatan dan publikasi. Jika belum pernah di publikasi maka dapat dibuktikan dengan adanya saksi yang melihat desainer menciptakan desain tersebut.

Desainer atau pelaku industri kreatif yang tetap ingin melindungi hak ciptanya bisa mengajukan pencatatan ke Direktorat Jenderal Kekayaan Intelektual (DJKI). Namun bentuknya bukan perlindungan hukum, melainkan penekanan kepemilikan karya cipta. Hak cipta tidak perlu dicatatkan, jika dicatatkan itu hanya untuk memperkuat kepemilikan terhadap hasil ciptaannya saja. Hak cipta yang bisa dicatatkan adalah motif dan gambar, boneka, gambar dan lainnya yang diciptakan. Prosedur pencatatan hak cipta diatur dalam Pasal 66 sampai dengan Pasal 73 UUHC, pihak yang mengajukan pencatatan adalah pencipta atau pemegang hak cipta dan harus melampirkan hasil karyanya, bisa berupa desain, motif ataupun bentuk sketsa. Kemudian membayar biaya administrasi, lalu menunggu 9 (sembilan) bulan untuk memastikan karya yang dicatatkan belum pernah dicatatkan sebelumnya dan

(Yogyakarta: BEKRAF, 2016), ²⁵⁴Henry Soelistyo, *Plagiarisme Pelanggaran Hak Cipta dan Etika* (Yogyakarta: PT. Kanisius, 2011), hal. 15

benar merupakan karya cipta pemohon. Jika hasil karya belum pernah dicatatkan dan terbukti karya merupakan ciptaan pemohon maka dikeluarkanlah Surat Pencatatan ciptaan. Fungsinya adalah langkah awal pengamanan karya cipta bila terjadi sengketa terhadap karya cipta.

B. 2. Perlindungan Hukum Pencipta Mode Sebagai Ekonomi Kreatif Dalam Masyarakat Ekonomi Asean

B.2.1. Bentuk Perlindungan Hak Cipta Terhadap Fesyen Dalam Undang-undang No. 28 Tahun 2014 Tentang Hak Cipta

Hak cipta memerlukan perlindungan hukum karena dilandasi oleh beberapa pemikiran-pemikiran:²⁵⁵

1. Tidak semua orang memiliki kemampuan menemukan sesuatu yang baru (*creative*) dan diterima oleh umum (*patent*), seperti karya dalam bidang ilmu pengetahuan dan teknologi, bioteknologi, kesustraan, industri, karya seni, merek dagang, serta karya ciptaan atau rekaman suara.
2. Tidak semua orang memiliki talenta (bakat dan keterampilan) dalam suatu bidang tertentu yang hasil ciptaannya banyak diminati dan bermanfaat untuk khalayak ramai.
3. Tidak semua orang memiliki banyak waktu, tenaga dan biaya untuk menemukan atau menciptakan karya yang hasilnya bermanfaat untuk kepentingan umum.

Bentuk perlindungan hak cipta terhadap fesyen dalam UUHC diuraikan sebagai berikut:

A) Jangka Waktu Perlindungan Hak Cipta Mode

1) Perlindungan Hak Cipta atas Ciptaan menurut Pasal 58 UUHC

Berlaku selama hidup pencipta dan terus berlangsung selama 70 (tujuh puluh) tahun selama pencipta yaitu dalam hal ini disebut desainer meninggal dunia, terhitung 1 (satu) januari tahun berikutnya. Ciptaan yang dimiliki oleh 2 (dua) orang atau lebih, maka perlindungan hak cipta berlaku selama hidup pencipta yang meninggal dunia paling akhir dan berlangsung selama 70 (tujuh puluh) tahun sesudahnya, terhitung mulai tanggal 1 (satu) januari tahun berikutnya. Apabila perlindungan hak cipta dan ciptaan dimiliki atau dipegang oleh badan hukum, maka berlaku selama 50 (lima puluh) tahun sejak pertama kali dilakukan pengumuman. Perlindungan hak cipta

²⁵⁵Munyarif Abdul Chalim, "Pengaruh Perkembangan IPTEK Terhadap Permasalahan HAKI" , *Jurnal Dinamika Hukum Vol.11 Edisi khusus Februari 2011* (Purwokerto: Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman, 2011), hal. 48

berjangka waktu ini berlaku bagi hak ekonomi desainer sebagai pencipta, atau pemegang hak cipta atau pemegang hak terkait.

2) Perlindungan Hak Cipta Tanpa Batas Waktu menurut pasal 5 ayat (2)

Jangka waktu perlindungan bersifat abadi ini berlaku bagi hak moral pencipta, dalam hal ini hanya dimiliki oleh desainer saja. Hak Moral berlangsung tanpa batas waktu. Dalam hal ini termasuk perlindungan atas pencantuman dan perubahan nama atau nama samaran pencipta berlangsung tanpa batas waktu. Jika ada perubahan ciptaan atas persetujuan pencipta atau ahli warisnya dalam hal pencipta sudah meninggal dunia atau perubahan judul atau anak judul, jangka waktu perlindungan berlangsung sesuai dengan jangka waktu ciptaan yang bersangkutan.²⁵⁶

B) Perlindungan Hak Cipta

1) Ciptaan Yang Dilindungi Hak Cipta.

Ciptaan yang dilindungi hak cipta tidak terbatas ditentukan dalam *Article 2 Berne Convention* yang pada dasarnya terdiri dari ciptaan asli dan ciptaan turunannya dari bidang ciptaan sastra, ilmu pengetahuan dan ciptaan seni apapun media ekspresi yang digunakan. Namun negara juga diberikan kebebasan untuk menentukan di dalam peraturan perundang-undangan bahwa ciptaan secara umum atau dengan kategori tertentu tidak diberikan perlindungan sampai ciptaan tersebut diwujudkan dalam bentuk materiil.²⁵⁷ Mode adalah bagian dari ciptaan dalam bidang seni, maka perancang mode (desainer) berhak untuk dilindungi oleh hak cipta. Perlindungan hak cipta tidak hanya kepada warga negara Indonesia saja, tapi juga kepada warga negara asing asalkan negaranya telah mempunyai perjanjian bilateral dan perjanjian multilateral dengan negara Republik Indonesia,²⁵⁸ dengan kata lain terjadi pertukaran perlindungan hak cipta.²⁵⁹

2) Perlindungan Otomatis Hak Cipta Mode.

Perolehan dan perlindungan Hak Cipta bersifat otomatis (*automatic protection*) dan bersifat independen yakni perlindungan yang diberikan tanpa tergantung pada pengaturan perlindungan hukum negara setempat (*Independence Protection*).

²⁵⁶Rahmi I, *Hukum Hak Cipta (Copyright Law)* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2014), hal. 111

²⁵⁷Rahmi Jened, *Interfekt Hukum Kekayaan Intelektual dan hukum Persaingan (Penyalahgunaan HKI)* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2013), (Selanjutnya disingkat Rahmi II), hal. 85

²⁵⁸Eddy Diamian, *Hukum Hak Cipta menurut Beberapa Konvensi Internasional, Undang-undang Hak Cipta 1997 dan Perlindungan terhadap Buku serta Perjanjian Penerbitannya* (Bandung: PT. Alumni, 2001), hal. 187

²⁵⁹Sudargo Gautama, *Segi-Segi hukum Hak Milik Intelektual* (Bandung: PT. Eresco, 1995), hal. 82

Pendaftaran tidak merupakan keharusan karena tanpa didaftarkan hak cipta telah ada, diakui dan dilindungi.²⁶⁰ Berarti hak cipta desainer terhadap desain fesyen yang ciptakan otomatis dilindungi tanpa harus dicatatkan ke DJKI.

C) Penyelesaian Sengketa Hak Cipta Mode

Pada umumnya metode-metode penyelesaian sengketa digolongkan ke dalam dua kategori yaitu cara-cara penyelesaian secara damai dan cara-cara penyelesaian secara paksa atau dengan kekerasan.²⁶¹ Penyelesaian sengketa hak cipta dilakukan dengan cara Arbitrase, Mediasi dan Melalui Pengadilan Niaga. Sengketa terhadap hak cipta adalah sengketa terhadap harta kekayaan dalam terminologi hak cipta disebut sebagai *economic right* atau hak ekonomi. Sengketa-sengketa itu tidak hanya berawal pada adanya perbuatan melawan hukum yang menyebabkan timbulnya kerugian.

D) Sanksi Perdata

Perbuatan melawan hukum mengakibatkan pencipta mengalami kerugian maka secara perdata pencipta dapat meminta ganti rugi kepada pelaku pelanggaran. Ganti rugi timbul karena adanya wanprestasi. Untuk mengajukan gugatan ganti rugi haruslah dipenuhi dua unsur perbuatan melawan hukum yaitu:

- 1) Adanya orang yang melakukan kesalahan.
- 2) Kesalahan itu menyebabkan orang lain menderita kerugian.

Apabila kedua unsur itu telah dipenuhi, barulah peristiwa itu dapat diajukan ke pengadilan dalam bentuk gugatan ganti rugi. Gugatan dapat diajukan serentak dengan tuntutan pidana. Hanya saja karena unsur perbuatan melawan hukum menentukan harus ada kesalahan, maka sebaiknya gugatan ganti rugi itu diajukan setelah ada putusan pidana yang menyatakan yang bersangkutan telah melakukan kesalahan. Hal ini untuk menjaga sinkronisasi atau keselarasan putusan hakim dalam perkara pidana dan perkara perdata. Jangan sampai terjadi sebelum seseorang dinyatakan bersalah gugatan ganti rugi sudah dikabulkan atau ditolak. Seandainya gugatan ganti rugi itu dikabulkan, berselang beberapa hari putusan hakim menyatakan yang bersangkutan tidak bersalah. Sudah

²⁶⁰Rahmi Jened, *Hak Kekayaan Intelektual Penyalahgunaan Hak Eksklusif* (Surabaya: Airlangga University Press, 2007), (Selanjutnya disingkat Rahmi III), hal. 74

²⁶¹Dewa Gede Sudika Mangku, "Suatu Kajian Umum Tentang Penyelesaian Sengketa Internasional Termasuk di Dalam Tubuh ASEAN", *Jurnal Perspektif* Vol. XVII No. 3 Tahun 2012 Edisi September, hal. 151

barang tentu hal ini akan merumitkan dalam proses hukum selanjutnya, demikian pula sebaliknya.²⁶²

E) Sanksi Pidana

Hak cipta merupakan hak kekayaan yang bersifat immaterial dan merupakan hak kebendaan. Dalam perspektif hukum pidana hak kebendaan memiliki nilai ekonomi adalah harta kekayaan. Jika harta kekayaan itu diganggu maka orang yang mengganggu itu termasuk dalam kategori subjek hukum yang melakukan kejahatan atau pelanggaran terhadap harta kekayaan yang dibedakan dengan kejahatan terhadap kesusilaan, kejahatan terhadap kehormatan atau kejahatan terhadap jiwa orang. Kejahatan terhadap hak cipta adalah kejahatan terhadap harta benda atau kejahatan terhadap harta kekayaan.²⁶³ Penegakan pidana terhadap perbuatan pidana hak cipta, ada dua lembaga yang dapat melakukan penyidikan yaitu pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dan Pejabat Pegawai Negeri Sipil tertentu di lingkungan kementerian yang menyelenggarakan urusan pemerintah dibidang hukum yang diberi wewenang khusus sebagai penyidik. Kewenangan penyidik diatur dalam pasal 110 ayat (2).

Jenis perbuatan pidana pelanggaran dan kejahatan hak cipta mode serta ancaman hukumnya yang diatur dalam UUHC yaitu :

1) Pasal 113 ayat (3) :

Setiap orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin pencipta atau pemegang hak cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi pencipta meliputi:

- a. penerbitan ciptaan;
- b. penggandaan ciptaan dalam segala bentuknya;
- c. pendistribusian ciptaan atau salinannya;
- d. pengumuman penciptaan yang digunakan secara komersial.

Dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp 1.000.000.000 (satu milyar rupiah).

2) Pasal 113 ayat (4)

Khusus untuk perbuatan yang memenuhi unsur tanpa hak atau tanpa izin melakukan perbuatan pembajakan untuk hak ekonomi pencipta yang meliputi :

- a. Penerbitan pencipta;

²⁶²O.K. Saidin, *Aspek hukum Hak Kekayaan Intelektual (intellectual Property Rights)* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2015), hal. 267

²⁶³*Ibid*, hal. 275

- b. penggandaan ciptaan dalam segala bentuknya;
- c. pendistribusian ciptaan atau salinan;
- d. pengumuman ciptaan.

Dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp 4.000.000.000 (empat milyar rupiah).

3) Pasal 114

Memasarkan hak cipta dan atau hak terkait hasil pelanggaran atau perbuatan melawan hukum dengan cara apa pun, didenda paling banyak Rp 100.000.000 (seratus juta rupiah).

B.2.2. Ekonomi Kreatif Masyarakat Ekonomi ASEAN Dalam Perlindungan Hak Cipta Mode

Keseriusan pemerintah Indonesia untuk menjadikan ekonomi kreatif sebagai salah satu sektor penting dalam peningkatan kesejahteraan masyarakat tidak hanya dengan memperbaharui UUHC, pemerintah juga menerbitkan Peraturan Presiden No. 6 tahun tentang Badan Ekonomi Kreatif 2015 dan kemudian dirubah dengan Peraturan Presiden No. 72 tahun 2015 tentang Perubahan Atas Peraturan No 6 Tahun 2015 Tentang Badan Ekonomi Kreatif yang kemudian disingkat Perpres Bekraf. Berdasarkan Pasal 1 ayat (1) Badan ekonomi kreatif adalah lembaga pemerintah non kementerian yang berada dibawah dan bertanggung jawab kepada Presiden melalui menteri yang membidangi urusan pemerintah di bidang pariwisata.

Untuk mendukung kelancaran pengembangan dan perlindungan hak cipta mode di bidang ekonomi kreatif dalam terselenggaranya MEA, maka harus ditetapkan beberapa aspek pembangunan berupa: ²⁶⁴

1. Meningkatkan perhatian dan pengetahuan tentang kontribusi yang sudah ada dan yang potensial dari industri kreatif bidang mode untuk pengembangan ekonomi;
2. meningkatkan jaringan dan kolaborasi antara industri busana, pemerintah, institusi akademis, dan organisasi penelitian;
3. meningkatkan profil industri kreatif;

²⁶⁴ Mohammad Adam Jerusalem, “Perancangan Industri Kreatif Bidang Fashion Dengan Pendekatan *Benchmarking pada Queensland’s Creative Industry*”, Skripsi, (Yogyakarta: Jurusan Pendidikan Teknik Boga dan Busana, Fakultas Teknik , Universitas Negeri Yogyakarta, 2009), hal. 4

4. menyadarkan peran dari pelaku budaya dalam pengembangan produk industri kreatif bidang mode;
5. meningkatkan ekspor produk-produk industri bidang mode pemasaran dan jaringan distribusi;
6. memaksimalkan peluang dengan memanfaatkan jaringan klaster yang ada dalam industri kreatif;
7. melakukan publikasi atas karya cipta mode yang diciptakan desainer.

B.2.3. Perlindungan Hak Cipta Mode di Masyarakat Ekonomi ASEAN

1. Melakukan Pencatatan

Pencatatan hak cipta diatur dalam Pasal 66 sampai dengan Pasal 73 UUHC No. 28 Tahun 2014. Tujuan dari pencatatan ciptaan ini dibuat dalam rangka agar negara melalui pemerintah sebagai pelaksana dapat mengetahui secara positif kepemilikan suatu ciptaan yang beredar di masyarakat atau ada dalam wilayah Republik Indonesia, dalam hal ini mengetahui secara formal pencipta, pemegang hak, dan jenis ciptaan. Pencatatan ini diharapkan dapat menjadi bukti kepemilikan hak dan selanjutnya dapat memberikan kepastian hukum bagi pemilik dari pihak yang berkepentingan. Pencatatan ini bersifat deklaratif yaitu dimana yang memperoleh perlindungan hukum adalah pemakai pertama dari hak cipta yang bersangkutan, tetapi menimbulkan ketidakpastian hukum karena berdasarkan Pasal 74 Pasal 1 huruf (c) kekuatan hukum pencatatan ciptaan dan hak terkait hapus karena putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap mengenai pembatalan pencatatan ciptaan atau produk terkait. Putusan pengadilan dapat di dasari atas gugatan dari pencipta asli yang dapat membuktikan bahwa ciptaan yang telah tercatat adalah hasil karya ciptanya.

Pencatatan juga bentuk keseriusan pemerintah untuk melindungi hak cipta karena bersedia menyediakan perangkat administratif dalam menata ciptaan yang akan di catatkan. Pasal 69 ayat (3) UUHC menyatakan bahwa daftar umum ciptaan dapat dilihat oleh setiap orang tanpa dikenai biaya. Berarti sebelum desainer mencatatkan hak ciptanya, dapat melihat di daftar umum, apakah karya ciptanya telah ada yang mencatatkan atau belum. Pasal 72 UUHC juga mengatakan bahwa pencatatan ciptaan bukan merupakan pengesahan atas isi, arti, maksud, atau bentuk dari ciptaan yang dicatat. Berarti pencatatan ciptaan bukan keharusan, tapi merupakan kerelaan bagi pencipta atau pemegang hak cipta. perlindungan

suatu ciptaan dimulai sejak ciptaan itu berwujud dan bukan karena suatu pencatatan. Pencatatan ini tidak mutlak atau tidak diwajibkan, karena tanpa Pencatatan hak cipta dilindungi oleh UU, dan mengenai ciptaan yang tidak di catatkan akan lebih sukar dan lebih memakan waktu lama untuk pembuktiannya dari pada hak cipta yang dicatatkan.²⁶⁵

2. Melakukan Pengumuman Hak Cipta

Desainer dapat melakukan pengumuman yaitu dengan cara menyelenggarakan pameran, penyiaran, penggandaan, pendistribusian karya cipta, Tujuannya untuk mempublikasi karya cipta desainer agar masyarakat dan pelaku usaha mengetahui bahwa desain tersebut merupakan karya cipta yang dimiliki oleh desainer penyelenggara pengumuman. Pengumuman hak cipta diatur dalam pasal 50 UUHC. Pengumuman merupakan hak moral dan hak ekonomi pencipta. Orang yang ingin menggunakan dan mengambil manfaat ekonomi dari hasil karya cipta, orang tersebut harus mendapatkan izin dari pencipta. Orang tersebut dapat melakukan perjanjian jual beli hak ekonomi pencipta ataupun perjanjian lisensi dengan pencipta. Hak yang dialihkan adalah hak ekonomi pencipta saja, karena hak moral merupakan hak mutlak dan tidak dapat dipindahkan kepada orang lain. Hak moral merupakan bentuk penghargaan kepada pencipta. Ini adalah satu cara untuk melindungi hak cipta. Apabila ada yang melanggar hak cipta, maka akan dikenai hukuman pidana yang terdapat pada Pasal 112 sampai dengan Pasal 120 UUHC. Ketentuan pidana dapat diberlakukan bila pencipta atau pemegang hak cipta merasa dirugikan karena tindak pidana yang berlaku bersifat delik aduan. MEA merupakan pasar yang bebas dan luas karena terdiri dari negara-negara anggota ASEAN. Pembajakan dan kejahatan terhadap hak cipta terutama fesyen akan sangat mudah terjadi dan akan sulit untuk terdeteksi karena hukum di negara Indonesia akan sulit menjangkau ke negara-negara anggota ASEAN lainnya, maka perlu peran desainer sendiri untuk melindungi hak ciptanya salah satunya dengan cara pendaftaran dan pengumuman. Hal ini diharapkan dapat mengurangi kemungkinan terjadinya pembajakan.²⁶⁶

²⁶⁵Suyud Margono, “Prinsip Deklaratif Pendaftaran Hak Cipta: Kontradiksi Keadah Pendaftaran Ciptaan dengan Asas Kepemilikan Publikasi Pertama Kali”, *Jurnal Rechts Vinding Mediaan Pembinaan Hukum Nasional* Vol. 1 No. 2, Agustus 2012 (Bandung: Magister Ilmu Hukum, Universitas Parahyangan, 2012), hal. 239

²⁶⁶*Ibid*, hal. 245

C. Kesimpulan dan Saran

C. 1. Kesimpulan

Hak cipta mode penting untuk dilindungi karena mode merupakan salah satu sektor andalan ekonomi kreatif dalam MEA. Terselenggaranya MEA mengakibatkan ekonomi kreatif khususnya dibidang fesyen rentan terkena pembajakan. Pembajakan yaitu pelanggaran hak cipta dengan cara pengambilan karya orang tanpa izin dan menjadikannya seolah-olah karyanya sendiri. Pembajakan ini dapat berupa pembajakan ide, kata demi kata, sumber, dan pembajakan kepengarangan. Pihak yang dirugikan dengan adanya pembajakan ini adalah pencipta dari desain fesyen. Jika pembajakan tidak ditangani dengan benar, ditakutkan hak para pencipta dan desainer mode tidak terlindungi dan mengakibatkan minat para desainer untuk berkarya dan menciptakan sesuatu akan berkurang. Hal ini bisa mengakibatkan dampak negatif terhadap perkembangan ekonomi kreatif di Indonesia.

Bentuk perlindungan hak cipta terhadap ekonomi kreatif dapat dijumpai dalam Penjelasan UUHC yang menyebutkan bahwa tujuan pembaharuan UUHC karena adanya ekonomi kreatif. Pemerintah Republik Indonesia menyadari bahwa ekonomi kreatif berfokus pada penciptaan barang dan jasa dengan mengandalkan keahlian, bakat dan kreativitas. Berdasarkan hal inilah pemerintah juga menerbitkan Perpres Bekraf. Berdasarkan Pasal 1 ayat (1) Badan ekonomi kreatif adalah lembaga pemerintah non kementerian yang berada dibawah dan bertanggung jawab kepada Presiden melalui menteri yang membidangi urusan pemerintah di bidang pariwisata. Bekraf mempunyai tugas membantu Presiden dalam merumuskan, menetapkan, mengoordinasikan, dan sinkronisasi kebijakan di bidang ekonomi kreatif. Mode sulit untuk dilindungi karena pergerakannya yang dinamis. Hal ini membuat desainer dan pemerintah kesulitan melindungi hak cipta desainer. Perlindungan hak cipta mode tidak hanya membutuhkan peran pemerintah, tapi juga butuh peran dari desainer sendiri dalam perlindungan karyanya. Langkah yang dapat dilakukan oleh desainer adalah melakukan pencatatan dan pengumuman hak cipta. Mencatatkan ciptaannya merupakan antisipasi agar tidak mengalami pembajakan. Pengumuman hak cipta tujuannya agar orang lain tahu hasil karya desainer. Walaupun UUHC tidak mengharuskan pencatatan hak cipta mode, namun hal ini penting dilakukan guna kepentingan pengumuman dan perlindungan terhadap ciptaanya.

C. 2. Saran

Pembajakan merupakan hal yang sangat rentan terjadi pada hak cipta, pemerintah dan para pelaku ekonomi kreatif mode diharapkan lebih kooperatif dalam melakukan perlindungan terhadap karya cipta dan pelaku pembajakan harus ditindak tegas oleh pemerintah.

Aturan tentang Bekraf seharusnya ditingkatkan dari bentuk Peraturan Presiden menjadi undang-undang karena Bekraf merupakan pihak yang berperan penting dalam kemajuan ekonomi kreatif di era MEA.

DAFTAR PUSTAKA

Peraturan Perundang-undangan

Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, Lembar Negara Republik Indonesia Tahun 2014 nomor 266, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5599

Peraturan Presiden Nomor 6 Tahun 2015 tentang Badan Ekonomi Kreatif Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 7

Peraturan Presiden 72 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 6 Tahun 2015 tentang Badan Ekonomi Kreatif, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 139

Buku

Diamian, Eddy. *Hukum Hak Cipta menurut Beberapa Konvensi Internasional, Undang-undang Hak Cipta 1997 dan Perlindungan terhadap Buku serta Perjanjian Penerbitannya*. Bandung: PT. Alumni, 2001

Gautama, Sudargo. *Segi-Segi Hukum Hak Milik Intelektual*. Bandung: PT. Eresco, 1995

Jened, Rahmi. *Hak Kekayaan Intelektual Penyalahgunaan Hak Eksklusif*. Surabaya: Airlangga University Press, 2007

_____. *Interfekt Hukum Kekayaan Intelektual dan hukum Persaingan (Penyalahgunaan HKI)*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2013

_____. *Hukum Hak Cipta (Copyright Law)*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2014

Saidin, OK. *Aspek hukum Hak Kekayaan Intelektual (Intellectual Property Rights)*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2015

Soelistyo, Henry. *Plagiarisme Pelanggaran Hak Cipta dan Etika*. Yogyakarta: PT. Kanisius, 2011

Hasil Penelitian

Chalim, Munsyarif Abdul. “Pengaruh Perkembangan IPTEK Terhadap Permasalahan HAKI”. *Jurnal Dinamika Hukum* Vol.11 Edisi khusus Februari 2011

Jerusalem, Mohammad Adam. “Perancangan Industri Kreatif Bidang Fashion Dengan Pendekatan *Benchmarking pada Queensland’s Creative Industry*”. Skripsi. Yogyakarta: Jurusan Pendidikan Teknik Boga dan Busana, Fakultas Teknik, Universitas Negeri Yogyakarta, 2012

Mangku, Dewa Gede Sudika. “Suatu Kajian Umum Tentang Penyelesaian Sengketa Internasional Termasuk Di Dalam Tubuh ASEAN”. *Jurnal Perspektif* Vol. XVII No. 3 Tahun 2012 Edisi September

Margono, Suyud. “Prinsip Deklaratif Pendaftaran Hak Cipta: Kontradiksi Keadah Pendaftaran Ciptaan dengan Asas Kepemilikan Publikasi Pertama Kali”. *Jurnal Rechts Vinding Mediaan Pembinaan Hukum Nasional*, Vol. 1 No. 2, Agustus 2012. Jakarta: BPHN, 2012

Media Internet

<https://id.wikipedia.org/wiki/Mode>

Tampubolon, Sabartua. “Pentingnya Pemetaan dan Harmonisasi Regulasi Ekonomi Kreatif”, <http://lppm.ugm.ac.id/wp-content/uploads/2016/11/Presentasi-BEKRAF-UGM-28-11-16.pdf>. Disampaikan pada FGD Harmonisasi Regulasi Ekraf. Yogyakarta: BEKRAF, 18 November 2016

Wenny. “Analisis Prospek Ekspor Industri Kreatif dalam Meningkatkan Perekonomian Indonesia”. <http://repository.usu.ac.id/bitstream/123456789/31611/5/Chapter%20I.pdf>. Medan: Fakultas Ekonomi Universitas Sumatera Utara

**PERLINDUNGAN HAK DAN HUKUM BAGI KORBAN PERKOSAAN YANG
MELAKUKAN ABORSI BERDASARKAN PERATURAN PERUNDANG-
UNDANGAN DI INDONESIA**

Rizky Karo Karo

Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan
rizkykarokaro@hotmail.com

Abstract

Women are likely to be victims especially for rape cases which consequently lead to unwanted pregnancies. Women who become the rape victims have an option to raise her child conceived in rape or do abortion, yet choosing the first option would surely give psychological trauma for her. Moreover, the act of abortion itself is prohibited by the Indonesia Health Act. However, the Indonesia Health Act (Law No.36 Year 2009) provides an exception that the act of abortion is allowed and committed only for rape victims. The act of abortion because of rape cases would be considered legal, and the victims have rights to do abortion safely, get good health facilities, receive counselling services before or after the abortion, and another rights. Furthermore, victims of abortion rape could not be undertaken criminally liable for reasons of erasure criminal sanction of force, and on the basis of a law order.

Keywords: *Rape Victims, Abortion, Legal Protection, Criminal Removal*

Abstrak

Perempuan seringkali menjadi korban tindak kejahatan khususnya perkosaan yang menyebabkan kehamilan yang tidak diinginkan. Perempuan yang menjadi korban perkosaan tersebut memiliki pilihan meneruskan kehamilan atau melakukan aborsi, namun kehamilan tersebut tentu membuat penderitaan psikologis bagi perempuan. Tindakan aborsi adalah tindakan yang dilarang oleh Undang-Undang Kesehatan di Indonesia, namun Undang-undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan memberikan pengecualian bahwa tindakan aborsi dapat dilakukan oleh korban perkosaan. Korban perkosaan yang melakukan aborsi memiliki hak-hak hukum untuk mendapatkan fasilitas kesehatan yang aman, bermutu, hak mendapatkan layanan konseling sebelum atau sesudah tindakan aborsi, dan hak-hak lainnya, serta korban perkosaan yang melakukan aborsi tidak dapat dimintai pertanggungjawaban pidana karena adanya alasan penghapus pidana yakni adanya daya paksa, dan atas dasar perintah undang-undang.

Kata Kunci: *Korban Perkosaan, Aborsi, Hak Hukum, Alasan Penghapus Pidana*

A. Pendahuluan

Indonesia adalah negara hukum. Hal tersebut dengan tegas dinyatakan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Hasil Amandemen Ke-IV, selanjutnya disebut UUD 1945. Menurut Aristoteles sebagaimana dikutip oleh Ridwan

HR²⁶⁷, suatu negara dikatakan sebagai negara yang baik jika negara yang diperintahkan dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum.

Hukum diciptakan oleh penguasa, Pemerintah untuk mengatur kehidupan bermasyarakat. Menurut Sudikno Mertokusumo²⁶⁸, tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban, dan keseimbangan. Tujuan hukum dapat dibagi menjadi 3 (tiga) teori, yakni: (1). tujuan hukum menurut teori etis bahwa hukum semata-mata bertujuan keadilan, hakikat keadilan adalah penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan dengan mengajinya dengan suatu norma yang menurut pandangan subyektif melebihi norma lain²⁶⁹; (2). Tujuan hukum menurut teori utilistis berarti bahwa hukum menjamin kebahagiaan yang sebanyak-banyaknya di kehidupan manusia²⁷⁰; (3). Tujuan hukum menurut teori campuran berarti bahwa tujuan hukum positif Indonesia sebagaimana tercantum dalam alinea 4 Pembukaan UUD 1945 yakni melindungi segenap Bangsa Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia²⁷¹.

Aborsi adalah salah satu perbuatan yang dilarang oleh hukum positif di Indonesia²⁷². Menurut *Black's Law Dictionary*, *Abortion is the expulsion of the fetus at a period of utero-gestation so early that it has not acquired the power of sustaining an independent life*. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), aborsi adalah penguguran kandungan, dan dibagi menjadi 2 (jenis): (1). aborsi kriminalis yakni aborsi yang dilakukan dengan sengaja karena suatu alasan dan bertentangan dengan undang-undang yang berlaku; (2). aborsi legal yakni aborsi yang dilaksanakan dengan sepengetahuan pihak yang berwenang.

Angka aborsi di dunia pada umumnya, dan di Indonesia pada khususnya sangat memprihatinkan. Menurut *World Health Organization (WHO)*, Badan Kesehatan Dunia) sebagaimana dikutip oleh Saroh Mutaya²⁷³ memaparkan bahwa angka aborsi di dunia masih tergolong tinggi yakni tindakan aborsi di seluruh dunia pada tahun 2010-2014 adalah sebanyak 56 (lima puluh enam) juta tindakan. Menurut Perkumpulan Keluarga Berencana

²⁶⁷Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006), hal.2

²⁶⁸ *Ibid*, hal.77

²⁶⁹ *Ibid*, hal.77-78

²⁷⁰ *Ibid*, hal.80

²⁷¹ *Ibid*, hal.81

²⁷² Pasal 75 ayat (1) Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan yang mengatur bahwa “Setiap orang dilarang melakukan aborsi”

²⁷³ Saroh Mutaya, artikel tanggal 12 Mei 2016 berjudul “WHO: Tiap Tahun, 56 Juta Janin Digugurkan”, diakses dari <https://gaya.tempo.co/read/770548/who-tiap-tahun-56-juta-janin-digugurkan> tanggal 25 Agustus 2017

Indonesia (PKBI)²⁷⁴, sejak tahun 2010-2014 terdapat 32.729 perempuan yang mengalami Kehamilan Tidak Diinginkan (KTD) mendapatkan layanan-layanan aborsi aman di 13 klinik-klinik PKBI. PKBI menemukan bahwa lebih dari 50% pasien yang dilayani sebelum datang ke klinik PKBI mengaku sudah pernah melakukan upaya pengguguran yang tidak aman, 32% dengan cara meminum obat/jamu, 1% datang ke dukun, dan sebanyak 16,6% yang pernah datang ke PKBI adalah berstatus belum pernah menikah (hamil diluar nikah)²⁷⁵.

Angka yang mencengangkan juga dipaparkan oleh Badan Kependudukan dan Keluarga Berencana (BKKBN), menurut Sudibyo, Deputi BKKBN sebagaimana dikutip oleh Putro Agus, dan Merry Wahyuningsih²⁷⁶, setiap tahun diperkirakan 2,5 juta nyawa meninggal karena aborsi, angka tersebut terhitung dari separuh jumlah kelahiran di Indonesia yakni 5 juta kelahiran per tahun. Sekitar 1-1,5 juta diantara angka 2,5 juta nyawa tersebut adalah usia remaja. Remaja sudah bisa aktif secara seksual, namun sulit memperoleh alat kontrasepsi, akibatnya terjadi kehamilan yang tidak diinginkan. BKKBN tidak menganjurkan alat kontrasepsi bagi remaja, namun menekankan kepada pembinaan di sekolah dan keluarga agar remaja terhindar dari seks bebas yang berujung pada kehamilan dan aborsi karena tidak dapat bertanggung jawab.

Prinsipnya adalah aborsi adalah hal yang dilarang harus ditempuh hingga selesai. Hal senada diungkapkan oleh dr. Priyo Sidipratomo, Ketua Majelis Kehormatan Etik Kedokteran Ikatan Dokter Indonesia²⁷⁷, “Pada dasarnya, kehamilan tidak boleh diaborsi. Kehamilan adalah proses yang harus ditempih sampai selesai.”

Pendapat serupa juga dikemukakan oleh Nafsiah Mboi, Menteri Kesehatan RI sebagaimana dikutip oleh Fitri Prawitasari²⁷⁸, bahwasanya harus ditegaskan sekali lagi, aborsi

²⁷⁴ Perkumpulan Keluarga Berencana Indonesia (PKBI) artikel tanggal 4 Desember 2015 berjudul “Siaran Pers Penyelamatan Perempuan yang Mengalami KTD melalui Pengaturan Layanan Aborsi Aman dan Bertanggung Jawab”, diakses dari <http://pkbi.or.id/berita-pers-pkbi-penyelamatan-perempuan-yang-mengalami-ktd-melalui-pengaturan-layanan-aborsi-aman-dan-bertanggung-jawab/> tanggal 25 Agustus 2017

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ Putro Agus, dan Merry Wahyuningsih artikel tanggal 30 Mei 2012 berjudul “Remaja Putri, Pelaku Aborsi Paling Banyak di Indonesia?”, diakses dari <https://health.detik.com/read/2012/05/30/124811/1928339/775/remaja-putri-pelaku-aborsi-paling-banyak-di-indonesia> tanggal 25 Agustus 2017

²⁷⁷ EH Ismail, artikel tanpa tanggal, tahun 2014, berjudul “Aborsi Korban Perkosaan Dilegalkan”, diakses dari <http://www.republika.co.id/berita/koran/halaman-1/14/08/09/na13p7-aborsi-korban-perkosaan-dilegalkan> tanggal 25 Agustus 2017

²⁷⁸ Fitri Prawitasari, artikel tanggal 20-08-2014 berjudul “Menteri Kesehatan Bantah Keberadaan PP Aborsi”, diakses dari <http://lifestyle.kompas.com/read/2014/08/20/145801123/Menteri.Kesehatan.Bantah.Keberadaan.PP.Aborsi> tanggal 26 Agustus 2017

tetap dilarang, aborsi adalah pidana, kecuali untuk 2 (dua) hal, yakni aborsi karena kedaruratan medis atau kehamilan akibat perkosaan.

Jikalau perempuan tetap nekat melakukan aborsi, terlebih lagi apabila aborsi yang dilakukannya tidak aman, bersih tentu perempuan tersebut melawan hukum dan membahayakan dirinya sendiri. Menurut Brian Clowes dalam bukunya *Facts of Life* sebagaimana dikutip oleh Hendra Spy (BKKBN Kalteng)²⁷⁹, banyak risiko yang akan dihadapi seorang wanita pada saat melakukan aborsi dan setelah melakukan aborsi, yakni:

a). Kematian mendadak karena pendarahan hebat; b). kematian secara lambat akibat infeksi serius disekitar kandung; c). rahim yang sobek (*uterine perforation*); d). Kerusakan leher rahim (*cervical lacerations*); e. Kanker payudara karena ketidakseimbangan hormon estrogen pada wanita; f). Mandul/tidak mampu memiliki keturunan lagi (*ectopic pregnancy*); g). Infeksi pada lapisan rahim (*endometriosis*).

Selain masalah fisik, wanita juga akan mengalami gangguan psikis seperti: a). Kehilangan harga diri; b). Berteriak-teriak histeris; c). Ingin melakukan bunuh diri; d). Mulai mencoba menggunakan obat-obat terlarang; e). Tidak bisa menikmati lagi hubungan seksual.

Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan (UU Kesehatan) jo. Peraturan Pemerintah Nomor 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi (PP Kesehatan Reproduksi) dengan tegas melarang tindakan aborsi, namun dengan klausula pengecualian (*clause d'exception*) bahwa larangan aborsi dapat dikecualikan berdasarkan²⁸⁰: (a). indikasi kedaruratan medis yang dideteksi sejak usia dini kehamilan, baik yang mengancam nyawa ibu dan/atau janin, yang menderita penyakit genetik berat dan/atau cacat bawaan, maupun yang tidak dapat diperbaiki sehingga menyulitkan bayi tersebut hidup di luar kandungan; (b). kehamilan akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban perkosaan.

Penulis hanya akan berfokus pada perlindungan hukum bagi korban perkosaan yang melakukan aborsi berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan mengkritisi apakah korban perkosaan yang melakukan aborsi dapat diberi pertanggungjawaban pidana atau tidak? Metode penulisan yang penulis gunakan adalah metode yuridis normatif dengan analisis yang bersifat kualitatif.

²⁷⁹ Hendra Spy artikel tanggal 21-2-2012 berjudul "Aborsi dan Permasalahannya" diakses dari http://kalteng.bkkbn.go.id/_layouts/mobile/dispform.aspx?List=8c526a76-8b88-44fe-8f81-2085df5b7dc7&View=69dc083c-a8aa-496a-9eb7-b54836a53e40&ID=40 tanggal 27 Agustus 2017

²⁸⁰ Pasal 75 ayat (2) huruf a, dan huruf b Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan

B. Pembahasan

B. 1. Korban Perkosaan yang Melakukan Tindak Pidana Aborsi Tidak Dapat Dipertanggungjawabkan Secara Pidana

B.1.1. Tinjauan Singkat tentang Aborsi dan Penyebabnya

Salah satu definisi yuridis tentang aborsi dapat ditemukan dalam Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 3 Tahun 2016 tentang Pelatihan dan Penyelenggaraan Pelayanan Aborsi atas Indikasi Kedaruratan Medis dan Kehamilan Akibat Perkosaan (Permenkes 3/2016). Aborsi adalah upaya mengeluarkan hasil konsepsi dari dalam rahim sebelum janin dapat hidup di luar kandungan²⁸¹.

Menurut dr.Rika Kartika, Sp.OG binti H.Syarief Musa (selanjutnya disebut dr.Rika), salah seorang ahli dari Fakultas Kedokteran Umum Universitas Padjajaran (UNPAD), dan pendidikan lanjutan jurusan Spesialis Kandungan di UNPAD. Menurut dr.Rika, aborsi adalah suatu ancaman atau pengeluaran hasil konsepsi yang usianya kurang dari 22 minggu atau berat janin kurang dari 5 gram, karena hasil konsepsi yang kurang 22 minggu tidak akan kuat berada di luar kandungan sedangkan lebih dari atau sama dengan 22 minggu, artinya jika janin yang telah berusia 22 minggu atau lebih bila dilahirkan bisa hidup.²⁸²

Menurut dr.Rika aborsi terdiri dari 2 (dua) macam, yakni aborsi normal dan aborsi induksi. A). Aborsi normal adalah janin keluar karena faktor ilmiah hal ini disebabkan karena cacat kromosom atau karena ada trauma misal kecelakaan; B). Sedangkan aborsi induksi dibagi lagi menjadi 2 (dua) macam, yakni ‘induksi medicanlis’ yakni aborsi yang dilakukan karena alasan medis, dan ‘induksi kriminalis’ yakni aborsi di luar tindakan medis. Salah satu cara melakukan ‘aborsi medicinalis’ yakni pasien diberi obat khusus yang dapat menyebabkan rahim melakukan kontraksi (obat yang mengandung *uterotonica*) dan hal tersebut harus dilakukan oleh dokter dengan syarat-syarat yang harus dipenuhi terlebih dahulu²⁸³.

Aborsi di Indonesia dipandang sebagai hal yang memalukan, aib bagi keluarga. Aborsi di Indonesia disebabkan berbagai faktor. Menurut Ramona Sari, Sekretaris Pengurus

²⁸¹ Pasal 1 angka 1 Permenkes 3/2016

²⁸² Putusan Pengadilan Negeri Kuningan Nomor 118/Pid.Sus/2014/PN.KNG atas nama Miranti Tri Dianingsih binti Suhendri, hal. 22

²⁸³ Putusan Pengadilan Negeri Kuningan Nomor 118/Pid.Sus/2014/PN.KNG atas nama Miranti Tri Dianingsih binti Suhendri, hal. 23

Nasional PKBI sebagaimana dikutip oleh Lusia Kus Anna²⁸⁴ berpendapat bahwa alasan terbanyak menggurkan kandungan adalah punya cukup anak, usia anak yang satu dengan yang lainnya terlalu dekat, gagal program keluarga berencana (KB), dan persoalan ekonomi.

Hal serupa diungkapkan oleh Inne Silviane, Direktur Eksekutif PKBI Pusat sebagaimana dikutip oleh Merry Wahyuningsih²⁸⁵, terdapat beberapa alasan perempuan ingin melakukan aborsi yakni: a). Terlalu memiliki banyak anak sehingga pasangan yang sudah menikah berniat melakukan aborsi; b). Anak masih kecil, alasan ini disebabkan karena usia anak terlalu dekat dan karena alat kontrasepsi gagal berfungsi; c). Hamil diumur yang tua, hamil di usia sangat tua sangat berisiko bagi nyawa dan kesehatan ibu; d). Tidak siap jadi ibu, alasan ini dikarenakan perempuan masih ingin berkuliah, berkarier, dan belum siap menjadi ibu.

B.1.2. Tinjauan Singkat Perkosaan dan Penyebab Terjadinya Perkosaan;

Menurut hemat penulis, perkosaan adalah tindakan keji, dan melawan hukum. Pelaku memaksa korban yang lemah untuk melakukan hubungan intim, tidak ada rasa suka sama suka, si korban tidak nyaman dengan perbuatan itu, dan terpaksa melakukan itu karena takut dengan berbagai ancaman. Pasca perkosaan, korban mengalami trauma psikologis yang sangat berat, korban merasa dirinya menjadi tidak berguna lagi, tidak suci, dan pikiran-pikiran lainnya terlebih jika korban mengalami kehamilan, tentu korban akan semakin depresi.

Jika korban adalah perempuan dibawah umur, masih usia sekolah menengah maka korban akan mengalami depresi yang hebat, korban akan merasa malu untuk sekolah lagi, kehilangan masa depan, bahkan akan timbul pikiran untuk bunuh diri. Pilihan untuk menggurkan kandungan (*pro choice*) ataupun meneruskan kehamilan (*pro life*) sejatinya adalah hak dari perempuan tersebut. Perempuan memiliki otoritas atas tubuhnya, namun keluarga/psikolog harus tetap mendampingi perempuan tersebut dalam menentukan pilihan.

Tindak pidana perkosaan diatur dalam Pasal 285 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yakni “barangsiapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa

²⁸⁴ Lusia Kus Anna artikel tanggal 7-12-2015 berjudul “Aborsi Tak Aman Memicu Kematian Ibu”, diakses dari <http://lifestyle.kompas.com/read/2015/12/07/143000723/Aborsi.Tak.Aman.Memicu.Kematian.Ibu> tanggal 26 Agustus 2017

²⁸⁵ Merry Wahyuningsih artikel tanggal 30-06-2012 berjudul “Ini Alasan Perempuan Lakukan Aborsi” diakses dari <https://health.detik.com/read/2012/05/30/102255/1928122/775/ini-alasan-perempuan-lakukan-aborsi> diakses tanggal 27 Agustus 2017

perempuan yang bukan isterinya bersetubuh dengan dia, dihukum, karena memperkosa, dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun”.

Selain dalam KUHP, tindak pidana kesusilaan juga diatur dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak jo. Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, selanjutnya disebut UU Perlindungan Anak. Salah satu Pasal yang mengaturnya terdapat dalam Pasal 76D UU Perlindungan Anak. Demikian isi Pasal tersebut:

Pasal 76 D UU Perlindungan Anak yang mengatur bahwa Setiap orang dilarang melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain

Jika Pasal 76 D dilanggar maka akan berlaku sanksi sebagaimana diatur dalam Pasal 81 UU Perlindungan Anak yakni penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun dan denda paling banyak Rp.5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)²⁸⁶. Sanksi tersebut ditambah 1/3 (sepertiga) dari ancaman pidana jika dilakukan oleh orang tua, wali pengasuh anak, pendidik, atau tenaga kependidikan²⁸⁷.

Perkosaan dapat terjadi karena pelbagai faktor, namun menurut hemat penulis, faktor utamanya adalah karena pelaku tidak dapat menahan hawa nafsu, mengandalkan kekuatan, dan kurangnya pendidikan seks, serta tidak takut dengan ajaran agama. Penulis berikan contoh bagaimana seorang pria memperkosa seorang wanita yang notabene adalah keluarganya sendiri:

(1). Usman Said (40 tahun, Islam) dijatuhi pidana penjara selama 8 (delapan) tahun karena terbukti melakukan tindak pidana perkosaan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 285 KUHP. Usman Said memperkosa Yoan Umar yang notabene masih adik ipar terpidana, Usman memperkosa Yoan secara paksa, dan mengancam dengan pisau badik yang diarahkan ke leher Yoan, Usman melakukannya sebanyak 6 (enam) kali sekitar bulan Okt-Nov 2009 di rumah Usman, di Kota Gorontalo²⁸⁸;

(2). Seorang bapak bernama Adi Pranoto (38tahun, Islam, Kabupaten Ngawi) yang telah dijatuhi pidana penjara selama 13 (tiga belas) tahun, dan denda sebesar Rp.100.000.000 (seratus juta rupiah) subsider pidana kurungan selama 1 (satu) tahun Pasal 81 ayat (1)

²⁸⁶ Pasal 81 ayat (1) Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak jo. Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014

²⁸⁷ Pasal 81 ayat (3) Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak jo. Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014

²⁸⁸ Putusan Pengadilan Negeri Gorontalo Nomor 48/Pid.B/2010/PN. Glto atas nama Usman Said alias Ka Kucu.

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Adi Pranoto telah terbukti memperkosa korban Ike Wahyu yang notabene adalah anak kandungya sendiri selama “5 (lima) tahun” mulai usia 11 tahun (kelas 5 SD) sampai korban berusia 16 (enam belas) tahun (Kelas 1 SMK) hingga hamil dengan usia 24 minggu kehamilan pada waktu visum et repertum dikeluarkan pada tanggal 11 Maret 2013.²⁸⁹ Korban diperkosa dengan cara diancam tidak akan dibiayai lagi sekolahnya jika tidak mau bersetubuh, dan korban takut, tidak berani melaporkan kejadian tidak manusiawi tersebut kepada siapapun selama 5 (lima) tahun itu.

Penyebab perkosaan dapat terjadi karena berbagai faktor, dan perempuan adalah korban perkosaan karena dianggap lemah. Berikut penulis sarikan penyebab-penyebab perkosaan:

1. Menurut Sani Hermawan, Psikolog dari Klinik Daya Insani sebagaimana dikutip oleh redaksi *kompas.com*²⁹⁰, penyebab perkosaan terjadi di kalangan remaja adalah karena *anger aggression* atau agresi yang disebabkan oleh amarah, amarah karena terjadinya penolakan di pergaulan;
2. Pola pikir yang menyatakan bahwa korbanlah yang salah. Menurut Elizabeth Santosa²⁹¹, Psikolog dan juga Komisioner Komnas Anak berpendapat bahwa terjadinya tindak pidana perkosaan secara beramai-ramai (*gang rape*) adalah karena pelaku menyalahkan cara berpakaian si korban atau karena perilaku korban yang dianggap menggoda, dan memancing pelaku untuk melakukan tindak pidana, padahal nyatanya adalah tidak sama sekali, perempuan berpakaian sopan, tertutup, dan berperilaku biasa.
3. Kebutuhan akan kekuasaan. Menurut Alissa Wahid²⁹², Psikolog. Perkosaan dipicu oleh adanya kebutuhan berkuasa/*need of power*. Pria yang tidak dewasa akan menunjukkan bahwa dirinya berkuasa dengan berbagai cara, termasuk perkosaan.

²⁸⁹ Putusan Pengadilan Negeri Ngawi Nomor 120/Pid.B/2013/PN.NGW atas nama Adi Pranoto bin Mitro Suwarno

²⁹⁰ Michael M artikel tanggal 23 Mei 2016 berjudul “Ini Pemicu Remaja Lakukan Perkosaan”, diakses dari <http://lifestyle.kompas.com/read/2016/05/22/195714723/ini.pemicu.remaja.lakukan.perkosaan> diakses tanggal 25 Agustus 2017

²⁹¹ Zika Zakiya, artikel tanggal 18 November 2016 berjudul “Penyebab Terjadinya Perkosaan Beramai-Ramai (*Gang Rape*)” diakses dari <https://www.vemale.com/keluarga/99495-penyebab-terjadinya-perkosaan-beramai-ramai-gang-rape.html> tanggal 25 Agustus 2017.

²⁹² Tim VIVA, artikel tanggal 16 Januari 2013 berjudul “Lima Pemicu Maraknya Tindak Pemerkosan” <http://www.viva.co.id/gaya-hidup/kesehatan-intim/382565-lima-pemicu-maraknya-tindak-perkosaan> diakses tanggal 25 Agustus 2017

B.1.3. Larangan Aborsi Berdasarkan Peraturan Perundang-undangan

Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) dengan tegas melarang perempuan/ibu menggugurkan nyawa janinnya. Berikut penulis paparkan beberapa Pasal dalam KUHP yang melarang wanita menggurkan nyawa janinya:

1. Pasal 346 KUHP yang mengatur bahwa seorang wanita yang disengaja menggurkan atau mematikan kandungannya atau menyuruh orang lain untuk itu, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun;
2. Pasal 347 ayat (1) KUHP yang mengatur bahwa barang siapa dengan sengaja menggurkan atau mematikan kandungan seorang wanita tanpa persetujuannya, diancam dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun;
3. Pasal 348 ayat (1) KUHP yang mengatur bahwa barangsiapa dengan sengaja menggurkan atau mematikan kandungan seorang wanita dengan persetujuannya, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun enam bulan.

Menurut Andi Hamzah²⁹³, ketentuan Pasal 346 KUHP terdiri dari 2 unsur yakni: a). unsur sengaja, kesengajaan tersebut ditujukan kepada gugurnya kandungan; b) unsur menggugurkan kandungan dilakukan terhadap diri dan membiarkan orang lain untuk itu berarti bahwa mengizinkan orang itu menyebabkan pengguguran kandungannya, dan membunuh kandungan yang ada di dalam perut ibu tersebut.

Menurut Adami Chazawi²⁹⁴, perbuatan mematikan kandungan baru dapat dinyatakan selesai terwujud setelah dari perbuatan itu menimbulkan kematian dari bayi/janin tersebut. Sedangkan perbuatan menggugurkan baru dapat dinyatakan selesai dilakukan, setelah perbuatan itu menimbulkan akibat bayi atau janin keluar/lahir dari rahim, kelahiran yang mana merupakan kelahiran yang belum waktunya menurut alam, yang dapat berupa bayi/janin dalam keadaan hidup atau sudah mati.

Penulis sependapat dengan pendapat Adami, proses pengguguran baru selesai jika janin/bayi telah keluar dari rahim seorang wanita sebelum waktu kelahirannya. Tindakan tersebut adalah tindakan ilegal karena proses tersebut dilarang oleh peraturan perundang-undangan dan dapat membahayakan nyawa perempuan tersebut jika pengguguran dilakukan secara sembarangan, tidak aman, misalnya menggunakan jamu, atau terapi pijat.

²⁹³ Andi Hamzah, *Delik-Delik Tertentu (Speciale Delicten) di dalam KUHP* (Jakarta: PT. Raja Grafindo, 2009), hal. 63

²⁹⁴ Adami Chazawi, *Kejahatan Terhadap Tubuh dan Nyawa* (Jakarta: Raja Grafindo, 2001), hal. 115-116

Berdasarkan UU Kesehatan dengan tegas mengatur bahwa setiap orang dilarang melakukan aborsi²⁹⁵. Tindakan aborsi hanya dapat dilakukan berdasarkan syarat dan pengecualian yang diatur dalam Pasal 75 ayat (2) UU Kesehatan²⁹⁶. Jikalau tetap ada orang yang sengaja melakukan perbuatan, maka sanksi penjara dan denda menanti orang tersebut. Berdasarkan Pasal 194 UU Kesehatan diatur bahwa “Setiap orang yang dengan sengaja melakukan aborsi tidak sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 75 ayat (2) dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (Sepuluh) tahun dan denda paling banak Rp.1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).”

Penulis ambil contoh perempuan yang dengan sengaja melakukan aborsi sebagaimana telah diputus dalam Putusan Pengadilan Negeri Kuningan Nomor 118/Pid.Sus/2014/PN.KNG. Seorang perempuan bernama Miranti (18 tahun, beragama Islam) telah terbukti bersalah melakukan tindak pidana aborsi, Miranti dijatuhkan pidana penjara paling lama 7 (tujuh) bulan dan denda sejumlah Rp.10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah) subsidi pidana kurungan 1 (satu) bulan.

Adapun cara Miranti menggugurkan kandunganya adalah pada saat usia kehamilan sudah memasuki usia 5 (lima) bulan Miranti meminum jamu pelancar haid merek “Pusaka Djawi” cap Kates di warung jamu sebanyak 6 (enam) bungkus. Pada tanggal 8 Mei 2014 sekitar pukul 22.00 WIB, Miranti merasakan sakit perut yang luar biasa, dan di kamar mandi, Miranti mengeluarkan janin dari dalam kandungannya dengan keadaan tidak bernyawa. Pada tanggal 9 Mei 2014, Miranti menguburkan janin yang telah digugurkan tersebut ke pemakaman umum Randobawalir, Kuningan, janin tersebut dibungkus dengan celana dalam Miranti.²⁹⁷

²⁹⁵ Pasal 75 ayat (1) UU Kesehatan

²⁹⁶ Larangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dikecualikan berdasarkan: a. indikasi kedaruratan medis yang dideteksi sejak usia dini kehamilan, baik yang mengancam nyawa ibu dan/atau janin, yang menderita penyakit genetik berat dan/atau cacat bawaan, maupun yang tidak dapat diperbaiki sehingga menyulitkan bayi tersebut hidup diluar kandungan; atau b. kehamilan akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban perkosaan

²⁹⁷ Putusan Pengadilan Negeri Kuningan Nomor 118/Pid.Sus/2014/PN.KNG atas nama Miranti Tri Dianingsih binti Suhendri

B.1.4. Korban Perkosaan yang Melakukan Aborsi Tidak Dapat Dimintai Pertanggungjawaban Pidana

Pengertian Tindak pidana/*strafbaarfeit* menurut Simons sebagaimana dikutip oleh Leden Marpaung²⁹⁸ adalah suatu tindakan melanggar hukum yang telah dilakukan dengan sengaja oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas tindakanya dan yang oleh undang-undang telah dinyatakan sebagai suatu tindakan yang dapat dihukum. Menurut Van Hamel sebagaimana dikutip oleh Sudarto²⁹⁹, perbuatan pidana sebagai perbuatan yang dirumuskan oleh undang-undang, melawan hukum, dan dapat dicela, dipidana karena kesalahan.

Menurut Moeljatno³⁰⁰, perbuatan pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan dengan suatu pidana. Apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian dijatuhi pidana, sebagaimana telah diancamkan, ini tergantung dari soal apakah dalam melakukan perbuatan ini dia mempunyai kesalahan.

Moeljatno berpendapat bahwa seseorang dapat dipertanggungjawabkan secara pidana jika telah memenuhi unsur-unsur sebagai berikut³⁰¹:

1. Melakukan perbuatan pidana sebagaimana yang diatur dalam undang-undang;
2. Diatas umur tertentu dan mampu bertanggungjawab;

Kemampuan bertanggungjawab dapat terlihat dari 2 (dua) perbuatan ini: (a). kemampuan untuk membedakan antara perbuatan yang baik dan yang buruk, sesuai dengan hukum dan yang melawan hukum; (b). kemampuan untuk menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik/buruknya perbuatan itu³⁰².

3. Mempunyai suatu bentuk kesalahan yang berupa kesengajaan atau kealpaan;

Berdasarkan *Memorie van Toelichting* dipaparkan bahwa arti sengaja adalah sadar dikehendaki, dan diketahui melakukan perbuatan yang dilarang³⁰³. Sedangkan kealpaan berarti kurang mengindahkan larangan sehingga tidak berhati-hati dalam melakukan perbuatan yang objektif sehingga menimbulkan keadaan yang dilarang³⁰⁴

²⁹⁸ Leden Marpaung, *Asas Teori Praktik Pidana* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hal. 7

²⁹⁹ Sudarto, *Hukum Pidana I, Cetakan Ke-2* (Semarang: Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 1990), hal. 41

³⁰⁰ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana, Cetakan ke-2* (Jakarta: Rineka Cipta, 1984), hal. 165

³⁰¹ *Ibid*, hal. 164

³⁰² *Ibid*, hal.165

³⁰³ *Ibid*

³⁰⁴ *Ibid*, hal. 201

4. Tidak adanya alasan pemaaf atau alasan penghapus pidana

Menurut Schaffmeister³⁰⁵, alasan penghapus pidana adalah keadaan khusus yang harus dikemukakan oleh terdakwa yang, kalau dipenuhi menyebabkan-meskipun terhadap semua unsur tertulis dari rumusan delik telah terpenuhi-tidak dapat dijatuhkan pidana. Jika ada alasan pembeda, maka sifat melawan hukum tidak ada ataupun dihapuskan walaupun perbuatan telah memenuhi unsur delik, sedangkan kalau ada alasan pemaaf (*fait d'excuse*), maka sifat dapat dicela menjadi tidak ada³⁰⁶ walaupun perbuatannya tersebut terbukti melanggar undang-undang.

Menurut Adami Chazawi³⁰⁷, alasan pemaaf adalah bersifat subjektif dan melekat pada diri orangnya/pelaku tindak pidana khususnya mengenai sikap batin sebelum atau pada saat akan berbuat, sedangkan alasan dasar pembeda adalah bersifat objektif dan melekat pada perbuatannya atau hal lain di luar batin si pelaku.

Menurut Schaffmeister³⁰⁸, alasan pembeda (*rechtvaardigingsgrond*) yang terdapat dalam KUHP adalah Pasal 48 tentang daya paksa; Pasal 49 ayat (1) tentang pembelaan terpaksa; Pasal 50 tentang melaksanakan peraturan perundang-undangan; Pasal 51 ayat (1) tentang melaksanakan perintah jabatan yang sah.

Sedangkan alasan pemaaf (*schuivingsgronden*) yang terdapat dalam KUHP adalah Pasal 44 tentang keadaan tidak mampu bertanggung jawab; Pasal 49 ayat (2) tentang pembelaan terpaksa yang melampaui batas; Pasal 51 ayat (2) tentang iktikad baik melaksanakan perintah jabatan yang tidak sah.

Menurut hemat penulis, perempuan yang melakukan aborsi akibat perkosaan tidak dapat dipidana. Alasannya karena terdapat alasan pembeda bagi korban perkosaan yang melakukan aborsi yang disengaja (*abortus provoatus*). Alasan pembeda adalah alasan yang menghapus sifat melawan hukum dari suatu tindak pidana.

Adapun alasan pembeda tersebut ialah karena adanya daya paksa (*overmacht*), dan menjalankan perintah undang-undang (Pasal 50 KUHP). Alasan penghapus pidana daya paksa (*overmacht*) dirumuskan dalam Pasal 48 KUHP yang demikian: “Barangsiapa yang melakukan perbuatan karena pengaruh daya paksa tidak dipidana.” Menurut Sudarto

³⁰⁵ Schaffmeister, N. Keijer, E.P.H. Sitorius, *Hukum Pidana*, Editor Penerjemah J.E. Sahetappi (Yogyakarta: Liberty, 1995), hal.55

³⁰⁶ *Ibid*, hal. 56

³⁰⁷ Adami Chazawi, *Penafsiran Hukum Pidana, Dasar Penindakan, Pemberatan, dan Peringatan, Kejahatan Aduan, Perbarengan dan Ajaran Kasualitas* (Jakarta: PT. Rajagrafindo, 2009), hal. 18

³⁰⁸ Schaffmeister, *Op.Cit*, hal. 56

sebagaimana dikutip oleh Adami Chazawi³⁰⁹ menyatakan bahwa daya paksa sebagaimana diatur dalam Pasal 48 KUHP ialah daya paksa relatif baik yang bersifat fisik ataupun psikis, baik yang karena perbuatan manusia ataupun yang bukan karena perbuatan manusia.

Korban perkosaan yang melakukan tindakan aborsi adalah karena keterpaksaan. Korban mendapat paksaan dan tekanan, dan tidak dapat berbuat apapun lagi saat diperkosa yang berujung pada kehamilan yang tidak diinginkan. Oleh sebab itu, pilihan melakukan aborsi yang diatur dalam UU Kesehatan adalah upaya terakhir agar korban juga tidak mengalami gangguan kejiwaan karena kehamilan yang tidak diinginkan.

Alasan pembenar kedua adalah oleh karena menjalankan peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Pasal 50 KUHP yang demikian: “Barangsiapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang, tidak dipidana.” Menurut Sudarto³¹⁰, pelaksanaan Pasal 50 KUHP yang diperintahkan oleh peraturan undang-undang harus dilakukan secara patut, wajar, dan masuk akal, sehingga ada keseimbangan antara tujuan yang hendak dicapai dengan cara pelaksanaannya.

Menurut Lamintang³¹¹, orang yang melaksanakan perintah peraturan perundang-undangan harus dapat memahami dengan baik bahwa orang tersebut hanya dapat melakukan tindakan tersebut karena peraturan perundang-undangan menentukan hal tersebut, dan bukan karena orang itu memiliki hak untuk bertindak demikian.

B. 2. Perlindungan Hukum Bagi Korban Perkosaan yang Melakukan Aborsi Berdasarkan Peraturan Perundang-undangan yang Berlaku

Menurut *Black's Law Dictionary*, *Victims is the person who is the object of a crime or tort, as the victim of robbery is the person robbed*. Berdasarkan Pasal 1 angka (3) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban (UU Perlindungan SK) jo. Undang-undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban menyatakan bahwa “korban adalah orang yang mengalami penderitaan fisik, mental, dan/atau kerugian ekonomi yang diakibatkan oleh suatu tindak pidana.”

³⁰⁹ *Ibid*, hal. 32

³¹⁰ Sudarto, *Hukum Pidana I* (Semarang: Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 1990), hal. 152

³¹¹ P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia* (Jakarta: Sinar Baru, 1984), hal. 515

Menurut hemat penulis, seorang wanita yang melakukan aborsi akibat perkosaan adalah tidak tepat jika dikategorikan sebagai pelaku kejahatan aborsi, melainkan adalah tepat jika dikategorikan sebagai korban perkosaan. Seorang wanita tersebut tentu tidak menghendaki perkosaan bahkan berujung pada kehamilan. Menurut dr. Priyo Sidipratomo, Ketua Majelis Kehormatan Etik Kedokteran Ikatan Dokter Indonesia³¹², aborsi bagi korban perkosaan dijalankan dengan melihat kadar tekanan psikologis yang dialami korban kekerasan seksual. Jika kondisi kehamilan menurunkan kondisi kesehatan jiwanya, maka bisa saja dilakukan aborsi.

Menurut Veronica Komalawati³¹³, aborsi terhadap korban perkosaan dapat disamakan dengan indikasi medis sehingga dapat dilakukan namun harus secara aman karena jika tidak dilakukan dapat menyebabkan gangguan psikis terhadap ibu yang juga dapat mengancam nyawa sang ibu, dan janin.

Perlindungan hukum bagi korban perkosaan yang melakukan aborsi dapat dijamin hak-haknya oleh Pemerintah guna mendapatkan bantuan medis, bantuan rehabilitasi psikosial, dan psikologis³¹⁴. Korban perkosaan yang berujung menjadi pelaku aborsi karena kehamilannya tidak diinginkan tidak dapat dituntut secara hukum, baik pidana maupun perdata atas kesaksian dan/atau laporan yang akan, sedang, atau telah diberikannya, kecuali kesaksian atau laporan tersebut diberikan tidak dengan itikad baik³¹⁵. Penjelasan tentang “tidak dengan itikad baik” dapat ditemukan dalam Penjelasan Pasal 32A UU Perlindungan SK yakni memberikan keterangan palsu, sumpah palsu, dan permufakatan jahat.

B.2.1. Asas Pembangunan Kesehatan

UUD 1945 Negara Republik Indonesia telah menjamin dan menegaskan bahwa setiap orang berhak memperoleh pelayanan kesehatan³¹⁶, dan hal tersebut ialah tanggung jawab negara untuk menyediakan fasilitas pelayanan kesehatan yang layak³¹⁷. Pemerintah telah

³¹² EH Ismail, artikel tanpa tanggal, tahun 2014, berjudul “Aborsi Korban Perkosaan Dilegalkan”, diakses dari <http://www.republika.co.id/berita/koran/halaman-1/14/08/09/na13p7-aborsi-korban-perkosaan-dilegalkan> tanggal 25 Agustus 2017

³¹³ D. Veronica Komalawati, *Hukum dan Etika Dalam Praktek Dokter* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1989), hal. 64

³¹⁴ Pasal 6 ayat (1) Undang-undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban

³¹⁵ Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban

³¹⁶ Pasal 28 H ayat (1) UUD 1945: “Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik, dan sehat serta berhak memperoleh layanan kesehatan.

³¹⁷ Pasal 34 ayat (3) UUD 1945

mengejawantahkan amanat UUD 1945 tersebut melalui UU Kesehatan dimana pembangunan kesehatan wajib diselenggarakan dengan berasaskan:

1. Perikemanusiaan yang berarti pembangunan kesehatan harus dilandasi atas perikemanusiaan yang berdasarkan pada Ketuhanan Yang Maha Esa dengan tidak membedakan golongan agama dan bangsa;
2. Keseimbangan yang berarti pembangunan kesehatan harus dilaksanakan antara kepentingan individu dan masyarakat, antara fisik dan mental, serta antara material dan spiritual;
3. Manfaat yang berarti pembangunan kesehatan harus memberikan manfaat yang sebesar-besarnya bagi kemanusiaan dan perikehidupan yang sehat bagi setiap warga negara;
4. Perlindungan yang berarti pembangunan kesehatan harus dapat memberikan perlindungan dan kepastian hukum kepada pemberi dan penerima pelayanan kesehatan;
5. Penghormatan terhadap hak-hak dan kewajiban yang berarti pembangunan kesehatan dengan menghormati hak dan kewajiban masyarakat sebagai bentuk kesamaan kedudukan hukum;
6. Keadilan yang berarti penyelenggaraan kesehatan harus dapat memberikan pelayanan yang adil dan merata kepada semua lapisan masyarakat dengan pembiayaan yang terjangkau;
7. Gender dan Non diskriminatif yang berarti pembangunan kesehatan tidak membedakan perlakuan terhadap perempuan dan laki-laki;
8. Norma-norma agama yang berarti pembangunan kesehatan harus memperhatikan dan menghormati serta tidak membedakan agama yang dianut masyarakat.

B.2.2. Batasan/Pembolehan aborsi menurut UU Kesehatan

Sebagaimana penulis paparkan sebelumnya, prinsipnya bahwa aborsi adalah dilarang, dan tidak boleh sembarang dengan dilakukan, terlebih jika aborsi tersebut tidak aman. Pengecualian yang diberikan oleh UU Kesehatan terhadap aborsi adalah bagi kehamilan akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban perkosaan³¹⁸.

Menurut hemat penulis, pembatasan tersebut telah sesuai dengan asas keadilan, kemanfaatan, dan perlindungan bagi korban perkosaan. Jika kehamilan pada korban perkosaan tetap diteruskan, penulis dapat bayangkan bahwa korban tersebut akan

³¹⁸ Pasal 75 ayat (2) UU Kesehatan

mengalami trauma yang sangat mendalam, tidak menginginkan kehamilan tersebut, dan akan mengganggu kesehatan bagi ibu, dan juga janin, bisa saja walau tetap diteruskan, bayi yang dilahirkan akan menjadi tidak sehat, sering sakit-sakitan, dan bertubuh lemah.

Tindakan aborsi bagi korban perkosaan pun harus dilakukan dengan saksama, tidak boleh asal-asalan tanpa memperhatikan kondisi psikologis korban. Oleh karena itu, pendampingan secara psikologis, secara rohani harus dilakukan baik sebelum tindakan aborsi, bahkan setelah tindakan aborsi, terlebih orang tua korban harus mendampingi dan tidak boleh menghakimi ataupun malu, menganggap aborsi adalah aib.

Penulis tegaskan lagi bahwasanya tindakan aborsi itu dilarang, kecuali berdasarkan hal-hal yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan. Syarat-syarat yang rigid dan ketat telah ditentukan baik dari usia kehamilan, dan ancaman sanksi bagi yang terbukti melanggar dikenakan kepada tenaga kesehatan dan penyelenggara fasilitas kesehatan dalam tindakan aborsi. Definsi 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 kesehatan³¹⁹

Jika tenaga kesehatan tetap melakukan tindakan aborsi akibat perkosaan bagi usia kehamilan yang telah lebih dari 40 (empat puluh) hari dihitung sejak hari pertama haid terakhir, dan melakukan tindakan aborsi yang tidak aman, tidak bermutu, dan membahayakan nyawa ibu, dan terbukti bersalah, maka tenaga kesehatan tersebut dapat diberikan sanksi administratif berupa teguran tertulis, dan/atau pencabutan izin tetap³²⁰. Sanksi administratif yang diberikan oleh Menteri, Pemerintah Daerah Provinsi, ataupun Pemerintah Kabupaten/Kota tidak menghapus sanksi pidana³²¹.

B.2.3. Tata Cara Aborsi bagi Korban Perkosaan Menurut Peraturan Perundang-undangan

Tindakan aborsi sebagaimana yang diatur dalam UU Kesehatan dilakukan secara saksama, aman, dan memberikan manfaat, serta dengan syarat yang ketat. Tindakan aborsi hanya dapat dilakukan setelah melalui konseling dan/atau penasihat pra tindakan dan

³¹⁹ Pasal 1 angka 2 Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 71 Tahun 2014

³²⁰ Pasal 4 ayat (1) Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 71 Tahun 2014

³²¹ Pasal 4 ayat (4) Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 71 Tahun 2014

diakhiri dengan konseling pasca tindakan yang dilakukan oleh konselor yang berkompeten dan berwenang³²².

Berdasarkan Pasal 76 UU Kesehatan, aborsi hanya dapat dilakukan dengan cara sebagai berikut:

1. Sebelum kehamilan berumur 6 (enam) minggu dihitung dari hari pertama haid terakhir, kecuali dalam hal kedaruratan medis;
2. Oleh tenaga kesehatan yang memiliki keterampilan dan kewenangan yang memiliki sertifikat yang ditetapkan oleh Menteri;
3. Dengan persetujuan ibu hamil yang bersangkutan;
4. Dengan izin suami, kecuali korban perkosaan, dan
5. Penyedia layanan kesehatan yang memenuhi syarat yang ditetapkan oleh Menteri
6. Peraturan Pemerintah Nomor 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi (PP Kesehatan Reproduksi) adalah peraturan pelaksanaan daripada UU Kesehatan. Perihal pengecualian atas larangan aborsi diatur dalam PP Kesehatan Reproduksi Bab IV tentang Indikasi Kedaruratan Medis dan Perkosaan sebagai Pengecualian Atas Larangan Aborsi. Korban perkosaan yang akhirnya hamil merupakan kehamilan yang terpaksa. Kehamilan tersebut adalah hasil hubungan seksual tanpa adanya persetujuan dari pihak perempuan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan³²³.

Pengecualian ini dengan tegas harus dilaksanakan berdasarkan peraturan perundang-undangan karena dapat saja perempuan mengaku telah diperkosa dan hamil namun faktanya perempuan tersebut melakukan hubungan seksual dengan pasangannya atas dasar suka sama suka, namun karena keduanya masih kecil, masih kuliah, ataupun belum punya penghasilan tetap, malu jika ketahuan keluarga.

Oleh karena itu, kehamilan akibat perkosaan tersebut harus dapat dibuktikan dengan 2 (dua) cara³²⁴, yakni: (1). Usia kehamilan sesuai dengan kejadian perkosaan, yang dinyatakan oleh surat keterangan dokter; dan (2). Keterangan penyidik, psikolog, dan/atau ahli lain (dokter spesialis psikiatri, dokter spesialis forensik, dan pekerja sosial) mengenai adanya dugaan perkosaan.

³²² Pasal 75 ayat (3) UU Kesehatan

³²³ Pasal 34 ayat (1) PP Kesehatan Reproduksi

³²⁴ Pasal 34 ayat (2) PP Kesehatan Reproduksi

Penyelenggaraan aborsi harus dilakukan dengan aman, bermutu, dan bertanggung jawab. Pihak penyedia layanan kesehatan, rumah sakit, klinik, dokter, tenaga medis tetap wajib menjalankan tindakan sesuai standar medis yang berlaku, tidak boleh asal-asalan.

Berdasarkan PP Kesehatan Reproduksi, praktik aborsi yang aman, bermutu, dan bertanggung jawab meliputi³²⁵:

1. dilakukan oleh dokter sesuai dengan standar;
2. dilakukan di fasilitas pelayanan kesehatan yang memenuhi syarat yang ditetapkan oleh Menteri;
3. atas permintaan atau persetujuan perempuan hamil yang bersangkutan;
4. dengan izin suami, kecuali korban perkosaan;
5. tidak diskriminatif;
6. tidak mengutamakan imbalan materi.

Tindakan aborsi kehamilan akibat perkosaan hanya dapat dilakukan setelah melalui konseling, bimbingan. Konseling dilakukan sebelum tindakan aborsi, dan setelah tindakan aborsi dilakukan. Hal tersebut diperlukan untuk melindungi kondisi kejiwaan sang ibu yang tentu stres, trauma.

Konseling sebelum tindakan wajib dilakukan dengan tujuan³²⁶: (1). menjajaki kebutuhan dari perempuan yang ingin melakukan aborsi; (2). menyampaikan dan menjelaskan kepada perempuan yang ingin melakukan aborsi bahwa tindakan aborsi dapat atau tidak dapat dilakukan berdasarkan hasil pemeriksaan klinis dan pemeriksaan penunjang; (3). menjelaskan tahapan tindakan aborsi yang akan dilakukan dan kemungkinan efek samping atau komplikasinya; (4). membantu perempuan yang ingin melakukan aborsi untuk mengambil keputusan sendiri untuk melakukan aborsi atau membatalkan keinginan untuk melakukan aborsi setelah mendapatkan informasi mengenai aborsi; dan (5). menilai kesiapan pasien untuk menjalani aborsi

Konseling setelah tindakan aborsi pun wajib dilakukan dengan tujuan³²⁷: (1). mengobservasi dan mengevaluasi kondisi pasien setelah tindakan aborsi; (2). membantu pasien memahami keadaan atau kondisi fisik setelah menjalani aborsi; (3). menjelaskan perlunya kunjungan ulang untuk pemeriksaan dan konseling lanjutan atau tindakan rujukan

³²⁵ Pasal 35 ayat (2) PP Kesehatan Reproduksi

³²⁶ Pasal 37 ayat (3) PP Kesehatan Reproduksi

³²⁷ Pasal 37 ayat (4) PP Kesehatan Reproduksi

bila diperlukan; dan (4). menjelaskan pentingnya penggunaan alat kontrasepsi untuk mencegah terjadinya kehamilan.

B.2.4. Hak-Hak bagi Korban Perkosaan Menurut Peraturan Perundang-undangan

Pemerintah wajib melindungi dan mencegah perempuan dari aborsi yang tidak bermutu, tidak aman, dan tidak bertanggung jawab serta bertentangan dengan norma agama dan ketentuan peraturan perundang-undangan³²⁸. Oleh karena itu sebagai bentuk menjalankan kewajiban tersebut, Pemerintah melalui Kementerian Kesehatan harus berupaya menyediakan fasilitas kesehatan yang ramah, dan aman.

Menurut hemat penulis, perempuan yang mengalami perkosaan dan berujung pada kehamilan dikategorikan sebagai korban, korban tindak pidana. Oleh karena itu, korban perkosaan juga dilindungi oleh UU Perlindungan Saksi dan Korban. Berdasarkan UU Perlindungan Saksi dan Korban, setiap korban berhak mendapatkan³²⁹:

1. Mendapatkan perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga, dan harta bendanya, serta bebas dari ancaman yang berkenaan dengan kesaksian yang akan, sedang, atau telah diberikannya;
2. Ikut serta dalam proses memilih dan menentukan bentuk perlindungan dan dukungan keamanan;
3. Memberikan keterangan tanpa tekanan;
4. Mendapat penerjemah;
5. Bebas dari pertanyaan yang menjerat;
6. Mendapat informasi mengenai perkembangan kasus;
7. Mendapat informasi mengenai putusan pengadilan;
8. Mendapat informasi dalam hal terpidana dibebaskan;
9. Dirahaskan identitasnya;
10. Mendapat identitas baru;
11. Mendapat tempat kediaman sementara;
12. Mendapat tempat kediaman baru;
13. Memperoleh penggantian biaya transportasi sesuai dengan kebutuhan;
14. Mendapat nasihat hukum;

³²⁸ Pasal 77 UU Kesehatan

³²⁹ Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban

15. Memperoleh bantuan biaya hidup sementara sampai batas waktu perlindungan berakhir;
16. Mendapat pendampingan.

Selain itu, berdasarkan Pasal 6 ayat (1) UU Perlindungan Saksi dan Korban, diatur bahwa salah satunya adalah korban tindak pidana kekerasan seksual berhak juga mendapatkan:

1. Bantuan medis. Bantuan medis yang dimaksud adalah bantuan yang diberikan untuk memulihkan kesehatan fisik korban, termasuk melakukan pengurusan dalam hal korban meninggal dunia misalnya pengurusan jenazah hingga pemakaman³³⁰.
2. Bantuan rehabilitasi psikosial dan psikologis. Yang dimaksud dengan bantuan rehabilitasi psikosial adalah semua bentuk pelayanan dan bantuan psikologis serta sosial yang ditujukan untuk membantu meringankan, melindungi, dan memulihkan kondisi fisik, psikologis, sosial, dan spiritual korban sehingga mampu menjalankan fungsi sosialnya kembali secara wajar, antara lain LPSK (Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban) berupaya melakukan peningkatan kualitas hidup korban dengan melakukan kerja sama dengan instansi terkait yang berwenang berupa bantuan pemenuhan sandang, pangan, papan, bantuan memperoleh pekerjaan, atau bantuan kelangsungan pendidikan. Sedangkan yang dimaksud dengan bantuan rehabilitasi psikologis adalah bantuan yang diberikan oleh psikolog kepada korban yang menderita trauma atau masalah kejiwaan lainnya untuk memulihkan kembali kondisi kejiwaan korban³³¹.

Berdasarkan Pasal 7A ayat (1) UU Perlindungan Saksi dan Korban, bahwa korban tindak pidana juga dapat memperoleh restitusi³³²/ganti kerugian berupa:

1. Ganti kerugian atas kehilangan kekayaan atau penghasilan;
2. Ganti kerugian yang ditimbulkan akibat penderitaan yang berkaitan langsung sebagai akibat tindak pidana; dan/atau
3. Penggantian biaya perawatan medis dan/atau psikologis.

Pemberian hak restitusi kepada korban tindak pidana diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi, dan

³³⁰ Penjelasan Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban

³³¹ Penjelasan Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban

³³² Definisi restitusi dapat ditemukan dalam Pasal 1 angka 5 Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi, dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban. Definisi restitusi adalah ganti kerugian yang diberikan kepada korban atau keluarganya oleh pelaku atau pihak ketiga, dapat berupa pengembalian harta milik, pembayaran ganti kerugian untuk kehilangan atau penderitaan, atau penggantian biaya untuk tindakan tertentu.

Bantuan Kepada Saksi dan Korban (PP 44/2008). Cara memperoleh restitusi adalah dengan cara mengajukan permohonan kepada pengadilan melalui LPSK, permohonan dapat diajukan oleh korban, keluarga, atau kuasanya dengan surat kuasa khusus.³³³

LPSK³³⁴ adalah lembaga yang bertugas dan berwenang untuk memberikan perlindungan dan hak-hak lain kepada saksi dan/atau korban sebagaimana diatur dalam undang-undang. LPSK adalah lembaga yang mandiri, memiliki wewenang beberapa diantaranya yakni, melakukan pendampingan saksi dan/atau korban dalam proses peradilan³³⁵, melakukan penilaian ganti rugi dalam pemberian restitusi dan kompensasi³³⁶. LPSK berkedudukan di Ibukota Negara Republik Indonesia, dan memiliki perwakilan di daerah³³⁷. Biaya yang diperlukan untuk pelaksanaan tugas LPSK dibebankan kepada Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN)³³⁸.

Adapun permohonan restitusi harus memuat sekurang-kurangnya hal berikut³³⁹:

1. Identitas pemohon;
2. Uraian tentang tindak pidana;
3. Identitas pelaku tindak pidana;
4. Uraian kerugian yang nyata-nyata diderita;
5. Bentuk restitusi yang diminta.

Pengajuan permohonan restitusi dapat dilakukan sebelum atau setelah pelaku dinyatakan bersalah berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap³⁴⁰. Menurut hemat penulis, semangat undang-undang ini adalah demi terciptanya perlindungan bagi korban, dan kemanfaatan bagi kelangsungan hidup korban selanjutnya.

Roh UU Perlindungan Saksi dan Korban juga memberikan kepastian hukum agar restitusi tersebut cepat segera diterima oleh korban yang membutuhkan. Permohonan restitusi dapat dilakukan sebelum atau sesudah putusan pengadilan. Jika permohonan dilakukan berdasar putusan pengadilan yang telah *inkracht*, dan pelaku tindak pidana dinyatakan bersalah, LPSK menyampaikan permohonan tersebut ke pengadilan yang

³³³ Pasal 20 ayat (2), dan ayat (3) Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

³³⁴ Pasal 1 angka (3) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006

³³⁵ Pasal 12A ayat (1) huruf i Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

³³⁶ Pasal 12A ayat (1) huruf j Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

³³⁷ Pasal 11 ayat (1), dan ayat (2) Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

³³⁸ Pasal 27 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006

³³⁹ Pasal 22 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

³⁴⁰ Pasal 21 Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

berwenang³⁴¹. Setelah LPSK mengajukan permohonan restitusi ke pengadilan yang bersangkutan, maka pengadilan memeriksa dan menetapkan permohonan restitusi dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal permohonan diterima³⁴². Penetapan pengadilan disampaikan kepada LPSK dalam jangka waktu paling lambat 7 (tujuh) hari terhitung sejak tanggal penetapan. LPSK menyampaikan salinan penetapan pengadilan tersebut kepada korban, keluarga, atau kuasanya, dan kepada pelaku dalam jangka waktu paling lambat 7 (tujuh) hari terhitung sejak tanggal menerima penetapan³⁴³.

Cara kedua adalah permohonan restitusi diajukan sebelum tuntutan dibacakan, LPSK menyampaikan permohonan tersebut kepada penuntut umum. Penuntut Umum dalam tuntutan nya mencantumkan permohonan restitusi dari LPSK tersebut³⁴⁴.

Pelaku tindak pidana wajib melaksanakan penetapan pemberian restitusi dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal salinan penetapan pengadilan diterima³⁴⁵. Jika pemberian restitusi melampaui/telat lebih dari 30 (tiga puluh) hari maka korban, keluarga, atau kuasanya dapat melaporkan hal tersebut kepada pengadilan yang menetapkan permohonan restitusi dan LPSK sehingga Pengadilan dapat segera memerintahkan kepada pelaku tindak pidana dan/atau pihak ketiga untuk melaksanakan pemberian restitusi, dalam jangka waktu paling lambat 14 (empat belas) hari terhitung sejak tanggal perintah diterima.

C. Kesimpulan dan Saran

C.1. Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan diatas, penulis mengambil kesimpulan bahwa tindakan aborsi adalah tindakan melawan hukum jika dilakukan secara ilegal. UU Kesehatan dengan tegas melarang tindakan aborsi ‘kecuali’ dengan alasan yang diperbolehkan oleh UU Kesehatan yakni: (1). indikasi kedaruratan medis yang dideteksi sejak usia dini kehamilan, baik yang mengancam nyawa ibu dan/atau janin, yang menderita penyakit genetik berat dan/atau cacat bawaan, maupun yang tidak dapat diperbaiki sehingga menyulitkan bayi

³⁴¹ Pasal 28 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

³⁴² Pasal 29 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

³⁴³ Pasal 29 ayat (3) Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

³⁴⁴ Pasal 28 ayat (3), dan ayat (4) Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

³⁴⁵ Pasal 31 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008

tersebut hidup diluar kandungan; atau (2). kehamilan akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban perkosaan.

Pengecualian tersebut pun ditentukan lebih lanjut melalui syarat ketat. Kehamilan akibat perkosaan harus dapat dibuktikan dengan: (1). Usia kehamilan sesuai dengan kejadian perkosaan yang dinyatakan oleh surat keterangan dokter; (2). Keterangan penyidik, psikolog dan/atau ahli lain mengenai dugaan perkosaan.

Perempuan yang melakukan aborsi dapat dimintai pertanggungjawaban pidana berdasarkan ketentuan KUHP (*Lex Generalis*), namun berdasarkan UU Kesehatan (*Lex Specialis*), perempuan yang melakukan aborsi atas dasar terjadinya perkosaan, hubungan seksual tanpa adanya persetujuan dari pihak perempuan tidak dapat dimintai pertanggungjawaban pidana. Selain itu, perempuan yang menjadi korban perkosaan dan melakukan aborsi tidak dapat dipidana karena adanya alasan penghapus pidana yakni: (1). *Overmacht* yang mengakibatkan perempuan harus melakukan hubungan seksual secara ‘terpaksa’, dan ‘dipaksa’ dan mengakibatkan kehamilan yang tidak diinginkan; (2). Perintah Undang-Undang, pengecualian UU Kesehatan yang mengizinkan aborsi dapat dilakukan kepada perempuan yang mengalami perkosaan adalah bentuk perintah Undang-Undang.

Perempuan yang menjadi korban perkosaan dan melakukan aborsi wajib dilindungi oleh Pemerintah melalui Kementerian Kesehatan dari praktik aborsi yang tidak aman, tidak bermutu, dan membahayakan perempuan tersebut. Perempuan yang menjadi korban perkosaan dan melakukan aborsi memiliki hak-hak hukum untuk dilindungi, memiliki hak untuk diberikan pendampingan sebelum tindakan aborsi, dan pasca tindakan aborsi. Korban perkosaan yang melakukan aborsi juga memiliki hak untuk dapat meminta ganti kerugian kepada pelaku tindak pidana melalui Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK).

C.2. Saran

Berdasarkan kesimpulan diatas, Penulis memberikan saran kepada:

- (1) Pemerintah melalui Kementerian terkait, misalnya Kementerian Kesehatan, Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan, agar lebih aktif lagi mensosialisasikan bahaya melakukan hubungan seksual kepada remaja, anak sekolah;
- (2) Penyelenggara Sekolah/Universitas, agar memberikan pendidikan seksual kepada para peserta didik di sekolah/perguruan tinggi mereka.

DAFTAR PUSTAKA

Peraturan Perundang-undangan

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak

Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban

Undang-undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban

Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak

Undang-undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan

Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi, dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban

Peraturan Pemerintah Nomor 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi

Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia Nomor 71 Tahun 2014 tentang Tata Cara Pengenaan Sanksi Administratif bagi Tenaga Kesehatan dan Penyelenggara Fasilitas Pelayanan Kesehatan dalam Tindakan Aborsi dan Pelayanan Kesehatan Reproduksi dengan Bantuan atau Kehamilan di luar Cara Alamiah

Buku

Chazawi, Adami. *Kejahatan Terhadap Tubuh dan Nyawa*. Jakarta: Raja Grafindo, 2001

_____. *Penafsiran Hukum Pidana, Dasar Peniadaan, Pemberatan, dan Peringatan, Kejahatan Aduan, Perbarengan dan Ajaran Kasualitas*. Jakarta: PT. Rajagrafindo, 2009

Hamzah, Andi. *Delik-Delik Tertentu (Speciale Delicten) di dalam KUHP*. Jakarta: PT. Raja Grafindo, 2009

HR, Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006

Komalawati, D.Veronica. *Hukum dan Etika Dalam Praktek Dokter*. Pustaka Sinar Harapan, 1989

Lamintang, P.A.F. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. Jakarta: Sinar Baru, 1984

Marpaung, Leden. *Asas Teori Praktik Pidana*. Jakarta: Sinar Grafika, 2006

Moeljatno. *Asas-Asas Hukum Pidana. Cetakan ke-2*. Jakarta: Rineka Cipta, 1984

Schaffmeister, N. Keijer, E.PH. Sitorius. *Hukum Pidana*. Editor Penerjemah J.E. Sahetappy. Yogyakarta: Liberty, 1995

Sudarto. *Hukum Pidana I. Cetakan Ke-2*. Semarang: Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 1990

Putusan Pengadilan

Putusan Pengadilan Negeri Gorontalo Nomor 48/Pid.B/2010/PN.Glto

Putusan Pengadilan Negeri Ngawi Nomor 120/Pid.B/2013/PN.NGW

Putusan Pengadilan Negeri Kuningan Nomor 118/Pid.Sus/2014/PN.KNG

Internet

“Lima Pemicu Maraknya Tindak Pemerkosan”. <http://www.viva.co.id/gaya-hidup/kesehatan-intim/382565-lima-pemicu-maraknya-tindak-perkosaan>

“Siaran Pers Penyelamatan Perempuan yang Mengalami KTD melalui Pengaturan Layanan Aborsi Aman dan Bertanggung Jawab”. <http://pkbi.or.id/berita-pers-pkbi-penyelamatan-perempuan-yang-mengalami-ktd-melalui-pengaturan-layanan-aborsi-aman-dan-bertanggung-jawab/>

Agus, Putro dan Merry Wahyuningsih. “Remaja Putri, Pelaku Aborsi Paling Banyak di Indonesia?”. <https://health.detik.com/read/2012/05/30/124811/1928339/775/remaja-putri-pelaku-aborsi-paling-banyak-di-indonesia>

Anna, Lusiana Kus. “Aborsi Tak Aman Memicu Kematian Ibu”. <http://lifestyle.kompas.com/read/2015/12/07/143000723/Aborsi.Tak.Aman.Memicu.Kematian.Ibu>

Ismail, EH. “Aborsi Korban Perkosaan Dilegalkan”. <http://www.republika.co.id/berita/koran/halaman-1/14/08/09/na13p7-aborsi-korban-perkosaan-dilegalkan>

M, Michael. “Ini Pemicu Remaja Lakukan Perkosaan”. <http://lifestyle.kompas.com/read/2016/05/22/195714723/ini.pemicu.remaja.lakukan.perkosaan>

Mutaya, Saroh. “WHO: Tiap Tahun, 56 Juta Janin Digugurkan”. <https://gaya.tempo.co/read/770548/who-tiap-tahun-56-juta-janin-digugurkan>

Prawitasari, Fitri. “Menteri Kesehatan Bantah Keberadaan PP Aborsi”. <http://lifestyle.kompas.com/read/2014/08/20/145801123/Menteri.Kesehatan.Bantah.Keberadaan.PP.Aborsi>

Spy, Hendra. “Aborsi dan Permasalahannya”. http://kalteng.bkkbn.go.id/_layouts/mobile/dispsform.aspx?List=8c526a76-8b88-44fe-8f81-2085df5b7dc7&View=69dc083c-a8aa-496a-9eb7-b54836a53e40&ID=40

Wahyuningsih, Merry. “Ini Alasan Perempuan Lakukan Aborsi”.
<https://health.detik.com/read/2012/05/30/102255/1928122/775/ini-alasan-perempuan-lakukan-aborsi>

Zakiya, Zika. “ Penyebab Terjadinya Perkosaan Beramai-Ramai (Gang Rape)”.
<https://www.vemale.com/keluarga/99495-penyebab-terjadinya-perkosaan-beramai-ramai-gang-rape.html>

BIODATA PENULIS

Adi Widjaja, SH

Mahasiswa program Magister Kenotariatan yang berdomisili di kota Malang. Penulis adalah bekerja di salah satu lembaga keuangan di Malang sebagai legal, selain itu juga aktif sebagai konsultasi hukum.

Prof. Dr. A. Rachmad Budiono

Penulis adalah seorang Dosen di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya dan saat ini menjabat sebagai Ketua Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Brawijaya.

Dr. Bambang Winarno, SH., M.Hum

Saat ini domisili di Kota Malang. Penulis adalah seorang Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya dan juga aktif sebagai peneliti dan konsultan hukum perusahaan.

Athalia Saputra, SH., MH

Lahir di Surabaya pada tanggal 7 Maret 1993. Menyelesaikan jenjang pendidikan tinggi di Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan Surabaya pada tahun 2015 (Strata 1) dan 2016 (Strata 2). Kemudian penulis melanjutkan studinya pada Progran Studi Magister Kenotariatan di Universitas Airlangga sejak tahun 2016 dan segera menyelesaikannya pada akhir tahun 2017. Ia memiliki pengalaman kerja sebagai kepala legal di salah satu perusahaan dalam bidang *Property Developer* selama satu tahun 5 bulan. Saat ini sedang bekerja di salah satu kantor notaris di Surabaya.

Dr. Ujang Charda S., SH., MH.

Penulis adalah Dekan Fakultas Hukum Universitas Subang dan Ketua Lembaga Penelitian dan Pengabdian pada Masyarakat (LPPM) Universitas Subang. Pendidikan S1 dari Sekolah Tinggi Hukum Bandung, Magister Hukum (S2) dari Program Pascasarjana UNISBA, dan Doktor (S3) Ilmu Hukum pada Pascasarjana UNISBA. Saat tercatat sebagai mahasiswa S2 Megister Ilmu Pemerintahan Universitas Langlangbuana Bandung.

Tuti Widyaningrum, SH., MH

Lahir di Brebes 1983, menamatkan S1 di Universitas Jenderal Soedirman di kota Purwokerto. Selepas kuliah S-1 tahun 2006-2008 bekerja pada LSM Perempuan di (SPEK-HAM) Solo dan sebagai Regional Researcher lembaga Penelitian SMERU di Jawa Tengah. Tahun 2009 berkesempatan melanjutkan studi S-2 di Universitas Sebelas Maret (UNS) sampai lulus tahun 2012. Tahun 2013 bekerja di Komnas Perempuan Jakarta di GK Perempuan dalam Konstitusi dan Hukum Nasional. Tahun 2014 diterima bekerja sebagai Dosen di Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta. Selain sebagai dosen penulis pernah menjabat sebagai Kaprodi S-1 Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta. Aktifitas sehari-hari saat ini selain mengajar, penulis dipercaya juga menjadi ketua Gerakan Mahasiswa Penegak Pancasila (GMPP) yaitu organisasi mahasiswa tingkat universitas yang bergerak dalam bidang akademik dan non akademik selayaknya senat universitas. Selama bekerja sebagai Dosen, penulis mengajar bidang hukum administrasi negara, Perbandingan Hukum Pidana, HAM, dan Metode Penafsiran dan Penemuan Hukum. Saat ini penulis sedang dalam proses menyelesaikan Disertasi pada Program Studi Doktor ilmu hukum di Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta.

Biodata Penulis

Bagus Oktafian Abrianto, SH., MH

Penulis yang lahir di Kediri pada tanggal 3 Oktober 1988, memulai karirnya pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga sebagai dosen pemula sejak lulus kuliah strata 1 (satu) pada tahun 2012. Penulis memiliki keahlian pada bidang hukum administrasi dan acara administrasi. Kegiatan sehari-hari penulis adalah mengajar pada program sarjana Fakultas Hukum Universitas Airlangga, dan juga sebagai konsultan hukum pada beberapa kantor hukum dan perusahaan.

Franky Butar Butar, SH., M.Dev

Penulis adalah alumni dari Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada pada tingkat Strata 1 dan James Cook University Australia pada tingkat Strata 2. Ia seorang pengajar pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga dengan bidang hukum lingkungan, hukum pertambangan, dan hukum agraria.

Gwendolyn Ingrid Utama, SH., MH

Penulis adalah Dosen Tetap Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan sejak tahun 2007 sampai dengan sekarang. Menyelesaikan studi strata 1 (konsentrasi Hukum Bisnis) pada Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan tahun 2006 dan strata 2 pada program Magister Hukum (Hukum Ekonomi) Universitas Indonesia tahun 2009.

Andhitta Audria Putri, SH

Lahir di Jakarta, 2 Oktober 1991. Penulis lulus studi strata 1 dengan gelar Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum, Universitas Pelita Harapan (UPH) tahun 2017. Sebelumnya, ia menempuh pendidikan di Foundation in Humanities di University College London dan Bachelor of Arts in Southeast Asian Studies di School of Oriental Studies (SOAS), University of London. Saat ini Audria bekerja sebagai Associate di kantor hukum Christian Teo & Partners, in association with Stephenson Harwood

Dwi Tatak Subagiyo, SH., M.Hum

Penulis dilahirkan di kota Pasuruan Jawa Timur, 20 Januari 1964. Menamatkan pendidikan di SDN kebonagung Pasuruan Tahun 1975, menamatkan pendidikan di SMPN I Pasuruan Tahun 1978, Menamatkan pendidikan di SMAN I Pasuruan Tahun 1982. Masuk Pendidikan Tinggi di Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya menamatkan tahun 1986. Masuk Pendidikan Pasca sarjana S-2 UGM Jogjakarta jurusan Keperdataan lulus tahun 1995. Sekarang Sedang studi lanjut S-3 Ilmu Hukum di UNTAG Surabaya. Pekerjaan yang pernah dijalani penulis antara lain, sebagai guru si SMEA PGRI I kota Pasuruan tahun 1987 s/d tahun 1990 Juga pernah bekerja di Kantor Notaris Liliana, SH. Di jalan Raya Pasuruan selama 2 tahun. Tahun 1990 s/d sekarang sebagai tenaga pengajar di FH Universitas Wijaya Kusuma Surabaya dengan jabatan akademik Lektor Kapala. Pernah juga mengajar di FH Univ. Panca Marga Probolinggo sebagai dosen tamu. Pengasuh Mata Kuliah Pengantar Hukum Indonesia, Hukum Dagang, Hukum Asuransi, Hukum Pembiayaan dan Hukum Hak Atas kekayaan Intelektual. Sertifikat yang pernah diperoleh, antara lain: Peraih terbaik Diklat Audit Mutu Internal tingkat Universitas, Assesor pada sertifikasi pendidik, Tim Penyusunan Borang Akreditasi Progdil Ilmu Hukum, Anggota assosiasi pengajar HKI. Menulis buku hukum asuransi yang diterbitkan oleh PT. Revka Petra Media ISBN: 978-602-4170-40-0, juga menulis buku hukum perusahaan, Pengatra Hukum Indonesia dan Pengantar Hukum dagang yang diterbitkan oleh Pusat Pengkajian Hukum Dan pembangunan Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya. Didorong oleh istri tercinta Unik Lestari Ernaningsih,

dan 2 anak penulis yaitu Lorensia Resda Gestora dan Dian Arlantika menambah semangat untuk tetap menekuni bidang ilmu Hukum.

Rizky Karo Karo, SH., M.Hum

Penulis menyelesaikan pendidikan Sarjana dan Magister pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada. Saat ini, Penulis bekerja sebagai Dosen Tidak Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan mengampu mata kuliah 'Kejahatan Dunia Maya'. Penulis juga bekerja sebagai paralegal di SHEYOPUTRA Law Office yang berfokus pada hak kekayaan intelektual.

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 gelas 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 Gajah 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.

UPH GLOBAL CAMPUS

Jl. M.H. Thamrin Boulevard 1100 Lippo Village, Tangerang 15811, Indonesia
Telp. 62-21-5460901 (hunting), Fax. 62-21-5460910 <http://www.uph.edu>



UPH